

# مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاضل بين الباحثين في الشرع والقانون

مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية المدير المسؤول: الدكتور صلاح الدين دكدك / العدد الثاني عشر: أكتوبر 2013

➤ من مواضيع العدد الثاني عشر: أكتوبر 2013 :

- منازعات الوظيفة العامة في ميزان القضاء .
- آثار انقطاع المحامي المتمرن عن التمرين .
- تعليق على حكم بالمحكمة العليا اليمينية .
- الوقف على المكتبات في الحضارة الإسلامية .
- الرقابة السابقة واللاحقة للدستور المغربي .
- القانون الجبائي و دوره في حماية البيئة .
- جريمة التعذيب في القانون الجزائري .
- المؤسسات الزكوية كآلية لمعالجة الفقر .

Rechercher dans ce site

## مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاضل بين الباحثين في الشرع والقانون

الصفحة الرئيسية | البريد الإلكتروني: الدكتور صلاح الدين دكدك | اتصل بالبريد الإلكتروني: sldg55@gmail.com | شروط النشر | أخبار المجلة

اسم الله الرحمن الرحيم	الصفحة الرئيسية
استقلال القضاء : أهم المعوقات وطرق معالجتها أستاذ الدكتور محمد محيوي أستاذ القانون الخاص (2012/08/30)... <a href="#">المزيد</a>	اللجنة الاستشارية
كتاب القانون الدولي الخاص : إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور علي خليل إسماعيل الحديقي صيد جامعة لاهاي الدولية (2012/10/21)... <a href="#">المزيد</a>	أهداف المجلة
إنهاء عبودية الإعدام بين الفقه الإسلامي والفقه المغربي : الدكتور صلاح الدين دكدك مدير مجلة الفقه والقانون (2012/10/17)... <a href="#">المزيد</a>	أخبار المجلة
قراءة في النظام القانوني للمواثيق ( قانون 02/15 ) : الأستاذ القتيب الطيب بن لمقدم محام بهيئة الرباط خميسات (2012/10/14)... <a href="#">المزيد</a>	تسلسلنا بنينا
	المدير المسؤول
	شروط النشر
	مقالات فقهية
	مقالات قانونية
	مقالات مقارنة
	مقالات بلغارية
	حوارات علمية
	تقارير جامعية
	المساهمون بالمجلة
	أعداد المجلة
	اتشارك بالمجلة

## العدد الثاني عشر أكتوبر 2013

❖ قواعد النشر وشروطه :

- المشاركة بمقالات مناسبة لتخصص المجلة تراعى ضوابط البحث العلمي الأكاديمي. (ترسل في ملف word)
- إرسال نبذة من السيرة الذاتية لكاتب المقال.
- ألا يكون المقال قد سبق نشره على شبكة الإنترنت.
- ألا تقل صفحات المقال عن أربع صفحات (مايقارب 1200 كلمة)
- إرفاق صورة لصاحب المقال.(اختياري).
- المراجعة اللغوية للمقال قبل إرساله.
- ترسل المساهمات إلى البريد الإلكتروني sldg55@gmail.com
- كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون.

❖ اللجنة العلمية الاستشارية مجلة الفقه والقانون :

- الدكتور صلاح الدين دكدك : مدير مجلة الفقه والقانون.
- الدكتور نور الدين الناصري : أستاذ جامعي بكلية الحقوق بسطات.
- الدكتور أحمد خرطة : أستاذ نظام التوثيق بجامعة محمد الأول بوجدة.
- الدكتور محمد كولفرني : أستاذ بكلية الشريعة بأكادير.
- الدكتور عمر العسري أستاذ بكلية الحقوق السوسيسي بالرباط.
- الدكتور الميلود بوطريكي أستاذ القانون الإداري بكلية الناظور.
- الدكتور إحياء الطالبي أستاذ بكلية الآداب والحقوق بأكادير.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

www.majalah-droit.ici.st

ردمد : 0615 - 2336

## بسم الله الرحمن الرحيم

## العدد الثاني عشر : لشهر أكتوبر 2013

محتويات العدد :

## ➤ دراسات وأبحاث بالعربية :

- 1) منازعات الوظيفة العامة في ميزان قضاء مجلس الدولة الجزائري : فضيلة الأستاذ الدكتور عمار بوضياف عميد كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة تبسة - الجزائر الشقيقة - .....04
- 2) الجريمة المنظمة والهجرة السرية : فضيلة الأستاذ الدكتور محمد ولد الداه ولد عبد القادر أستاذ مكلف بالتدريس بكلية العلوم القانونية والاقتصادية بجامعة نواكشوط وبالمدرسة الوطنية للإدارة والصحافة والقضاء.....16
- 3) المنهجية السليمة لمعالجة ظاهرة الانحراف : فضيلة الأستاذ الدكتور علي عمار جامعة تلمسان الجزائر الشقيقة-.....24
- 4) آثار انقطاع المحامي المتمرن عن ممارسة التمرين : فضيلة الأستاذ النقيب الطيب بن لمقدم محام بهيئة الرباط ( الخميسات ).....32
- 5) حكم الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا اليمنية بعدم دستورية مواد من قانون القضاء مُعلقاً عليه : فضيلة الأستاذ الدكتور خالد الجمرة ، مستشار قانوني لمؤسسات وجهات خاصة ، أستاذ الفقه المقارن والقانون الجنائي في عديد من الجامعات اليمنية ، كاتب رأي في عدد من المواقع والصحف اليمنية والعربية.....37
- 6) الوقف على المكتبات في الحضارة الإسلامية ( الأندلس نموذجاً ) : فضيلة الأستاذ الدكتور أنور محمود زناتي جامعة عين شمس.....43
- 7) الجمع بين الرقابة السابقة واللاحقة للدستور المغربي بمقتضى تعديل يوليوز 2011 : الدكتور سعيد الطواف دكتوراه في القانون الدستوري و العلوم السياسية - المغرب - .....48
- 8) نطاق حجية الحكم الجنائي على المساءلة التأديبية : فضيلة الأستاذ بوادي مصطفى أستاذ مساعد قسم "أ" بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة معسكر- الجزائر عضو بوحدة بحث علمي/ عضو بمخبر بكلية الحقوق والعلوم السياسية عضو في البرنامج الوطني للبحث.....58
- 9) القانون الجبائي و دوره في حماية البيئة من أخطار التلوث - دراسة تحليلية لنموذج الجباية البيئية في الجزائر فضيلة الأستاذ : بن عزة محمد / جامعة تلمسان كلية العلوم الاقتصادية والتسيير والعلوم التجارية.....70
- 10) جريمة التعذيب في قانون العقوبات الجزائري : إعداد محسن شداوي باحث في القانون الجنائي الدولي أستاذ مؤقت بجامعة محمد الشريف مساعدي سوق أهراس.....87
- 11) أبعاد إنسانية من حياة رسول الله الأسرية : فضيلة الأستاذ الدكتور حميد مسرار باحث في فقه الأسرة / المملكة المغربية.....104
- 12) المؤسسات الزكوية كآلية لمعالجة الفقر وفق برنامج التنمية الاقتصادية "مؤسسة الزكاة بولاية سلا نجر بماليزيا نموذجاً": عبد العزيز خنفوسي أستاذ مساعد قسم (أ) كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة الدكتور مولاي الطاهر - سعيلا ، الجزائر.....110
- 13) المنازعات الجبائية : محمد بكشوا طالب باحث بصف الدكتوراه بكلية الحقوق جامعة محمد الأول وجدة...132

- (14) دور اتفاقيات الاستثمار الثنائية في رفع نظام الحد الأدنى لمعاملة الأجانب : عبد المومن بن صغير أستاذ مساعد قسم - ب بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة الجليلي اليابس بسيدي بلعباس -الجزائر-.....161
- (15) اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات : فضيلة الأستاذ بلحاج جيلالي أستاذ مساعد بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة مستغانم-الجزائر-.....187
- (16) دور القاضي الإداري في الرقابة على المشروعية الداخلية لسلطات الضبط الإداري : الطالب الباحث خالد بالجيلالي سنة أولى دكتوراه في القانون بجامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان.....207
- (17) التدخل الدولي في ليبيا : الأستاذة حنان حاجي أستاذة مؤقتة بجامعة محمد الشريف مساعديّة - سوق أهراس - الجزائر.....218
- (18) أثر الممارسات المخالفة للتجارة على فاعلية حماية المستهلك : ديب محمد باحث في القانون الخاص جامعة وهران - الجزائر الشقيقة -.....230

**ترتيب المقالات يخضع لاعتباراته فنية**

**كل المقالات المنشورة نعبر عن آراء كاتبها ولا نعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون**

## منازعات الوظيفة العامة في ميزان قضاء مجلس الدولة الجزائري



فضيلة : الأستاذ الدكتور عمار بوضياف

عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة تبسة - الجزائر - الشقيقة

### - تعريف منازعات الوظيفة العامة :

يمكن تعريف منازعات الوظيفة العامة على أنها مجموع المنازعات التي تحدث بين الموظف العام الإدارة المستخدمة بمناسبة تنفيذ العلاقة الوظيفية. ذلك أن المسار المهني للموظف العام إن كان يبدأ بقرار إداري يعلن عن تعيينه بأحد الإدارات العمومية، فإنه ينتهي في الوضع الطبيعي بالإحالة على التقاعد أو بتوافر الأسباب التي بينها القانون. وهو ما يعني طول أمد العلاقة بين الموظف والإدارة، واحتمال نشوء نزاع أيا كان سببه.

وتدخل منازعات الوظيفة العامة أحيانا ضمن تصنيف قضاء الإلغاء خاصة حينما يطالب الموظف العام في صلب دعواه بإلغاء قرار إداري يمس مركزه القانوني، ويمكن القول أن أكثر القرارات طعنا من جانب الموظف العام هي القرارات التأديبية بأنواعها المختلفة، وقرارات النقل. كما تدخل منازعات الوظيفة العامة ضمن القضاء الكامل مثلا حينما يطالب الموظف بحقوق مالية، أو التحاقه بالوظيفة بعد فوزه في المسابقة.

### - أهمية منازعات الوظيفة العامة :

تحتل منازعات الوظيفة العامة أهمية خاصة بالنظر لجملة من الأسباب نذكر أهمها فيما يلي :

1- إن هذا النوع من المنازعات يتعلق بشريحة مهمة داخل المجتمع هي شريحة الموظفين العموميين. والموظف هو عون من أعوان الدولة. ولا يتصور قيام الدولة بمهامها دون الاعتماد على الموظف العام. لذلك قيل أن الدولة لا تساوي أكثر مما يساويه الموظف العام.

2- يستوعب قطاع الوظيفة العامة عددا هائلا من الموظفين، وهو مرشح للزيادة كل سنة. وحتى يسود الاستقرار الوظيفي، بل وحتى الاستقرار الاجتماعي، وجب ضبط آليات فض منازعات الوظيفة العمومية لتأمين الموظف العام. وتطبيق جملة النصوص التشريعية والتنظيمية التي تحكم العلاقة الوظيفية. فاستنادا لما ورد من أرقام رسمية في الموقع الإلكتروني للمديرية العامة للتوظيف العمومي فإن قطاع الوظيفة العامة في الجزائر سنة 2010 يضم :

417.5641 موظف دائم بما يمثل 82.9%.

301.687 عون متعاقد بما يمثل 17.1%.

3- إن قطاع الوظيفة العمومية قطاع حساس وذو مكانة خاصة فوظائف الدولة ليست مكفولة لأي كان لالتحاق بها، بما يفرض أن يمارس جهاز الرقابة دوره لحماية هذه المكانة وحساسية هذا القطاع.

4- يشمل قطاع الوظيفة العمومية أسلاكاً متنوعة، ونشاطات متباينة هي كما يلي: <sup>(1)</sup>

قطاع التربية. 3%1.1

قطاع الداخلية والجماعات المحلية. 3%0.9

قطاع الصحة العمومية. 11%9

قطاع التعليم العالي والبحث العلمي. 6%5

قطاع المالية. 4%1

قطاع التكوين والتعليم المهنيين. 2.4%.

قطاع العدل. 12%

قطاعات أخرى. 11%

4- تمثل منازعات الوظيفة العامة مظهراً من مظاهر دولة القانون، وصورة من صور ممارسة الرقابة القضائية على الإدارة في مرحلة تنفيذ العلاقة الوظيفية. فالموظف العام في مركز تنظيمي مما يفرض عليه تنفيذ تعليمات الإدارة، وهو أيضاً الطرف الضعيف، ومن هنا بات لزاماً أن يوفر له المشرع جملة من الضمانات لحمايته من أي تعسف من جانب الإدارة، وعلى رأس هذه الضمانات حق اللجوء للقضاء ورفع دعوى ضد الإدارة المستخدمة.

\*تعريف الموظف العام :

التعريف التشريعي :

- الأمر 66-133 :

لم يعرف الأمر 66-133 المؤرخ في 02 يونيو المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العامة، بل اكتفى المشرع بالعناصر الأساسية التي يجب توافرها في الشخص حتى يمكن اعتباره موظفاً عاماً. حيث جاء في المادة الأولى : "يعتبر موظفين الأشخاص المعيّنين في وظيفة دائمة الذين رسموا في درجة التسلسل في الإدارات المركزية التابعة للدولة والمصالح الخارجية التابعة لهذه الإدارات والجماعات المحلية وكذلك المؤسسات والهيئات العمومية حسب كفاءات تحددهم بمرسوم". <sup>(2)</sup>

<sup>(1)</sup> أنظر الموقع الإلكتروني للمديرية العامة للتوظيف العمومي. وبخصوص إحصاءات لسنوات سابقة راجع سعيد مقدم، الوظيفة العمومية بين التطور والتحول من منظور تسيير الموارد البشرية وأخلاقيات المهنة، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010، ص182.

<sup>(2)</sup> أنظر بخصوص صفة الموظف قرار الغرفة الإدارية با مجلس الأعلى رقم 26875 بتاريخ 10-7-1982 المنشور بالمجلة القضائية، العدد 1، 1989، ص231.

## -الأمر 06-03 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية :

عرف الأمر 06-03 الموظف العام بأنه: "يعتبر موظفا كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة ورسم في رتبة في السلم الإداري. الترسيم هو الإجراء الذي يتم من خلاله تثبيت الموظف في رتبته".

وأشار المشرع قبل ذلك في المادة 2 منه لمجال تطبيق القانون الأساسي للوظيفة العمومية معتمدا على المعيار العضوي. فنصت المادة المذكورة أن الموظف يمارس نشاطا في المؤسسات والإدارات العمومية. ثم أوردت المادة ذاتها المقصود بالإدارات العمومية أنها المؤسسات العمومية والإدارات المركزية في الدولة والمصالح غير المركزية التابعة لها والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وكل مؤسسة عمومية يمكن أن يخضع مستخدموها لأحكام القانون الأساسي للوظيفة العمومية.

ولقد بررت بعض الدراسات ذلك أن الأمر 06-03 صدر في ظروف سياسية خاصة قائمة على التعددية الحزبية واقتصاد السوق لذا وجب إضفاء حماية للموظفين ولا يكون ذلك إلا بتوحيد نظامهم القانوني وهذا لضمان احترافية الإدارة، واستبدال مصطلح العامل بالموظف وهو المصطلح الأنسب والأدق.<sup>(1)</sup>

## \*التعريف الفقهي :

قدم الفقه تعريفات متنوعة للموظف العام بأنه "شخص يعهد إليه وظيفة دائمة يقوم بخدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام". وحتى نكون بصدد موظف عام لا بد من توافر المعايير التالية:

## 1- ديمومة الوظيفة أو الخدمة الدائمة :

ويقصد بها أن ينقطع الموظف لخدمة الدولة ولا تكون استعانتها به عارضة.<sup>(2)</sup> والديمومة عنصر من عناصر المرفق العام. ويقترن هذا المعنى بصفتي الاستقرار والاستمرارية اللصيقتين بمفهوم المرفق العام. لذلك يتمتع الموظف العام بحق الاستقرار، فالموظف له الحق في أن يحافظ على منصبه مهما أصاب التنظيم الإداري من تغييرات.<sup>(3)</sup> وبعنصر الديمومة يتميز الموظف العام عن العامل الخاضع للتشريع الاجتماعي أو العامل في القطاع الاقتصادي، فهذا الأخير نجده معرضا في حالات معينة للتسريح الجماعي لدواعي اقتصادية مثلا.<sup>(4)</sup>

وانطلاقا من ذلك لا يمكن إضفاء صفة الموظف على أعوان الدولة المتقاضين أجره يومية والشاغلين لمناصب غير دائمة.<sup>(5)</sup>

(1) الدكتور بوزيان مكلكل، القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية الجديد كآلية قانونية لإصلاح الإدارة في الجزائر، مجلة إدارة المدرسة الوطنية للإدارة المجلد 19، العدد 1 2009 عدد 37، ص9.

(2) أنظر الدكتور سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دار النهضة، القاهرة، ص254.

(3) أنظر الدكتور عبد اله طلبة، الوظيفة العامة في دول علمنا المعاصر، مطابع مؤسسة الوحدة، دمشق، 1981، ص63.

(4) لتفصيل أكثر راجع: الدكتور بشير هادي، الوجيز في شرح قانون العمل، علاقات العمل الفردية والجماعية، دار ربحانة، الجزائر، 2002، ص110 وما بعدها.

(5) أنظر هاشمي حربي، الوظيفة العمومية على ضوء التشريعات الجزائرية وبعض التجارب الأجنبية، الجزائر، دار هومة، 2010، ص98.

## 2- أن يعمل الموظف في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام :

ونتيجة لذلك يعد موظف عمومي كل من عمل لدى الدولة في مصالحها الوزارية المختلفة والعاملين في الولاية والبلدية والمؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري. مع توافر شرط الديمومة.

## 3- أن يعين ويرسم من قبل السلطة المختصة: <sup>(1)</sup>

حتى يكتسب الشخص صفة الموظف في الجزائر ينبغي أن يتم أولاً إدماجه في أحد الأسلاك التابعة للسلم الهرمي للإدارة. فيتقلد في وضعيته الأولى رتبة من رتب هذا السلم بصفة متمرن وهو ما ينبغي الإشارة إليه في مقرر أو قرار التعيين الصادر عن السلطة المختصة. <sup>(2)</sup> ويخضع بعد هذا لفترة تجربة تحددها النصوص ثم تصدر الإدارة المختصة قراراً آخر أو مقرر تعبر فيه عن رغبتها في ترسيم أو تثبيت العون في أحد درجات التسلسل الإداري وبذلك تكتمل عناصر الموظف العام. <sup>(3)</sup> فالترسيم هو الذي يؤكد ديمومة الوظيفة، وقد ورد تعريفه في المادة 4 من الأمر 03-06 المؤرخ في 15-يوليو-2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية. <sup>(4)</sup>

وبصدور قرار أو مقرر الترسيم يتمتع بعدها صاحب الصفة بالحماية المقررة له في القانون الأساسي للوظيفة العامة. <sup>(5)</sup> علماً أن هناك حالات استثنائية محددة يعين فيها الشخص ويثبت في ذات الوقت بموجب وثيقة واحدة كما هو الحال بالنسبة لبعض الأسلاك الجامعية المتعلقة برتبة بروفيسور.

## - تطور منازعات الوظيفة العامة :

خصص المشرع الجزائري لقطاع الوظيفة العمومية هياكل متابعة المسار الوظيفي للموظف العام تمثلت أساساً في مفتشية الوظيفة العمومية. <sup>(6)</sup> وخضعت منازعات الوظيفة العامة لأنظمة قانونية وقضائية مختلفة منذ الاستقلال وإلى غاية المرحلة الحالية يمكن إجمال أهم هذه المراحل فيما يلي :

<sup>(1)</sup> أنظر الدكتور سليمان سليم بطارسة، نظام الوظيفة العامة في المملكة الأردنية الهاشمية، الطبعة الأولى، مطبعة كنعان، اربد، الأردن، 1997، ص40.

<sup>(2)</sup> أنظر المرسوم التنفيذي 99-90 المؤرخ في 27 مارس 1990 المتعلق بسلطة التعيين والتسيير الإداري الخاصة بالموظفين والأعوان التابعين للإدارات المركزية والولايات والبلديات والمؤسسات العامة ذات الطابع الإداري التابعة لها.

<sup>(3)</sup> أنظر دمان ذبيح عاشور، شرح القانون الأساسي للوظيفة العمومية، عين مليلة، الجزائر، دار الهدى، 2010، ص11.

<sup>(4)</sup> أنظر الجريدة الرسمية رقم 46 لسنة 2006.

<sup>(5)</sup> لتفصل أكثر راجع: هاشمي خرفي، المرجع السابق، ص100. وأيضاً سعيد مقدم، المرجع السابق، ص215.

<sup>(6)</sup> أنظر عمر ذيب، مفتشية الوظيفة العمومية جهاز للرقابة الإدارية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة سوق اهراس، 2007، ص44 وما بعدها.



## 1- المرحلة الانتقالية 62-65 :

تطبيقا للقانون 62-157 المذكور اضطرت السلطة الجزائرية ولأسباب موضوعية للإعلان عن امتداد تطبيق القوانين الفرنسية في الفترة ما بعد الاستقلال إلى غاية التفكير في تشريعات وطنية تناسب توجه وفلسفة الدولة المستقلة. وهو ما ورد ونشر في الجريدة الرسمية.

ونجم عن مد العمل بالتشريع الفرنسي استمرار العمل بالمحاكم الإدارية الثلاث في كل من قسنطينة ووهران والجزائر. ومن هنا كانت منازعات الوظيفة العامة تعرض على هذه الهيئات القضائية. فيما عدا الموظفون المعينون بمرسوم رئاسي الذين كانوا طبقا للإصلاح القضائي الفرنسي الصادر في 30 سبتمبر 1953 يخضعون لقضاء مجلس الدولة بصفة أول وآخر درجة.<sup>(1)</sup>

## 2- مرحلة الإصلاح القضائي لسنة 1965 :

نجم عن صدور أمر 16 نوفمبر 1965 دخول البلاد في نمط جديد من النظام القضائي هو أقرب من وجهة نظرنا لنظام وحدة القضاء. حيث تم إنشاء مجموعة غرف على مستوى المجالس القضائية ومن بينها الغرف الإدارية .

غير أن المجالس القضائية في غرفها الإدارية لم تكن مؤهلة للفصل في كل المنازعات الإدارية، بما فيها بعض منازعات الوظيفة العامة، وتعلق الأمر أساسا بقضاء الإلغاء، الذي سحب في بداية الأمر من الغرف الإدارية بالمجالس القضائية وألحق حصريا بالغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى.

وهكذا كانت الغرف الإدارية منقوصة في مجال الاختصاص، فالإليها الفصل في قضايا، كقضايا التعويض، وحرمت من أخرى، ومس الحظر والحرمان قضاء الإلغاء، الذي انفردت به الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى لاعتبارات ظرفية من وجهة نظرنا تتعلق أساسا بقلّة عدد القضاة، وقلّة خبرتهم بالفصل في المنازعات الإدارية وخاصة منازعات الإلغاء.

## 3- إصلاح 1990 :

نجم عن صدور القانون 90-23 المؤرخ في 18 غشت 1990 المتضمن تعديل قانون الإجراءات المدنية. حيث نصت المادة 7 مكرر على أن: "تختص المجالس القضائية بالفصل ابتدائيا بحكم قابل للاستئناف أمام المحكمة العليا في جميع القضايا أيا كانت طبيعتها التي تكون الدولة أو الولايات أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها...".

وتطبيقا لهذه المادة صارت منازعات الوظيفة العامة موزعة بين غرفتين بصفة قضاء ابتدائي، وغرفة واحدة بصفة قضاء ابتدائي نهائي.

أ- غرفة محلية أي على مستوى المجلس القضائي في غرفته الإدارية إذا تعلق الأمر بقرارات إدارية صادرة عن رؤساء المجالس الشعبية البلدية أو صادرة عن مديري المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية.

ب- غرف جهوية إدارية في كل من مجلس قضاء الجزائر ووهران وقسنطينة وبشار وورقلة تختص بالنظر في منازعات الولايات.

(1) أنظر هاشمي حربي، المرجع السابق، ص385.



ج- الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا وتختص بالنظر في منازعات السلطة المركزية.

#### \* ملاحظة واستنتاج :

ميز المشرع في هذه المرحلة بين الموظفين العموميين فيما خص حظوظ الاستئناف. والتقاضي على درجتين في مجال منازعات الوظيفة العامة. فلو عرض النزاع على الغرفة الإدارية الجهوية، أو الغرفة الإدارية المحلية أمكن قانونا الطعن فيه بالاستئناف أمام المحكمة العليا الغرفة الإدارية، كما لو كان الموظف الطاعن تابع للبلدية أو الجامعة أو المستشفى أو الولاية أو مركز التكوين المهني. بينما لو كان القرار المطعون فيه صادر عن سلطة مركزية يعرض بصفة ابتدائية ونهائية على الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، ولا يقبل الطعن بالاستئناف. كما لو كان الموظف تابعا لوزارة العدل أو وزارة الخارجية أو أي وزارة أخرى.

#### 4- مرحلة المحاكم الإدارية وتطبيق قانون الإجراءات المدنية والإدارية "المرحلة الحالية" :

تؤول منازعات الوظيفة العامة في الجزائر في ظل الإصلاح الهيكلي الجديد للقضاء الإداري، وبعد تنصيب مجلس الدولة، وتنصيب أغلب المحاكم الإدارية، وفي ظل الإصلاح الإجرائي لسنة 2008 إلى كل من :

#### أ- المحاكم الإدارية :

وتفصل في كل منازعات الوظيفة العمومية سواء ما خص منها قضاء الإلغاء أو القضاء الكامل إذا كانت الجهة المدعى عليها ولاية، بلدية، مؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية.

#### ب- مجلس الدولة :

ويفصل في منازعات الوظيفة العمومية بصفة ابتدائية نهائية إذا كانت الجهة المدعى عليه سلطة مركزية. أو هيئة وطنية. علما أن التظلم وتطبيقا للمادة 830 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية صار إجراء جوازيا وهو ما يمكن معه إحالة النزاع مباشرة أمام القضاء الإداري. وهذا تحول إجرائي كبير ميز القانون الجزائري. وتعرض منازعات الوظيفة العمومية طبقا للنظام الداخلي لمجلس الدولة على الغرفة الثانية.<sup>(1)</sup>

#### - بعض منازعات الوظيفة العمومية منقوصة الدرجة في مجال التقاضي :

لما كان مجلس الدولة ينظر في بعض منازعات الوظيفة العمومية فإنه سيصدر قرارا قضائيا ابتدائيا نهائيا، وهو ما ينجم عنه عدم جواز الطعن فيه بالاستئناف. وهذا يحدث خلافا في منازعات الوظيفة العمومية بنظرنا. وحتى ندرك عمق هذا الإشكال نضرب المثال التالي. لو كان الطاعن في القرار متصرفا إداريا وكان يتبع الولاية أو البلدية أو الجامعة... يعرض النزاع هنا على المحكمة الإدارية وتفصل فيه ابتدائيا ويكون قرارها قابلا للطعن بالاستئناف أمام مجلس الدولة. ويشمل هذا قضاء الإلغاء كما يشمل القضاء الكامل. إذن تمتع الموظف هنا بضمانة التقاضي على درجتين. بينما لو كان المتصرف الإداري يعمل لدى وزارة ما، وصدر ضده قرار، وأراد الطعن فيه، تعين عليه رفع دعواه أمام مجلس الدولة بصفة ابتدائية ونهائية، بما يعني حجب طريق الاستئناف، وهو طريق من طرق الطعن العادية في الأحكام. وبالنتيجة ميز المشرع بين فئة الموظفين، بين من منحه حق الطعن بالاستئناف، وفتح أمامه بدل الفرصة

<sup>(1)</sup> حسب النظام الداخلي لمجلس الدولة تم تقسيم الغرف داخل مجلس الدولة كما يلي: الغرفة الأولى تختص بمنازعات الصفقات العمومية والمحلات التجارية والسكن. الغرفة الثانية منازعات الوظيفة العمومية ونزع الملكية للمنفعة العمومية. الغرفة الثالثة تتولى الفصل في المسؤولية الإدارية العمران والايجازات. الغرفة الرابعة العقار. الغرفة الخامسة القضاء المستعجل.

فرصتين، وبين من حرمه من ذات الحق، وفتح أمامه طريقا واحدا، ومنحه درجة واحدة من درجات التقاضي، والحجة أن منازعات السلطة المركزية تعرض ابتداءيا ونهائيا على مجلس الدولة.

### - تطبيقات قضائية في مجال منازعات الوظيفة العامة :

#### 1- متابعة جزائية للموظف :

العودة لمنصب العمل نعم/الأجور لا :

قرار مجلس الدولة الغرفة الثانية ملف 10847 بتاريخ 15-06-2004 :<sup>(1)</sup>

حيث أن المدعي المستأنف يتمسك بطلبه الأصلي وهو الحكم على المستأنف عليه بدفعه له أجوره لمدة 47 شهرا بعد توقيفه عن العمل.

حيث ثبت من الملف أن المدعي كان محل متابعة من أجل اختلاس أموال عمومية رفقة موظفين آخرين وبأمر من النيابة العامة.

حيث أن المدعي استفاد من البراءة بموجب قرار نهائي.

وحيث أن المدعي المستأنف تم تنصيبه في عمله الأصلي يوم 02-09-2000 وسويت وضعيته بعد صدور القرار الجزائي.

حيث أن المطالبة بالتعويض غير مؤسسة لكون الإدارة غير مسؤولة عن تحريك الدعوى الجزائية ضد المدعي ولا يمكن إذن المطالبة برواتبه طيلة المدة التي كان محل متابعة جزائية وفي إطار خارج عن مسؤولية الإدارة.

#### 2- استحقاق الراتب لا يكون إلا مقابل عمل فعلي:

قرار مجلس الدولة الغرفة الرابعة فهرس 328 بتاريخ 22-05-2000 :<sup>(2)</sup>

حيث أن المستأنف... كان يعمل ببلدية منعة كعون راقن مرسم منذ 1986 ثم طرد بقرار مؤرخ في 10-05-1993 إثر متابعة وحجزه من طرف السلطة القضائية.

حيث أن المجلس الخاص بقسنطينة قضى ببراءته في 03-01-1994. إلا أن المستأنف عليها بلدية منعة رفضت إعادة إدراجه. فقام بمقاضاة المستأنف عليها واستصدار قرار من الغرفة الإدارية لمجلس قضاء باتنة قضى بإبطال قرار الطرد وإلزام المستأنف عليها بإعادة إدراجه في منصب عمله وتعويضه بمبلغ 10.000 دينار.

حيث أن المستأنف رفع دعوى ثانية طالبا تسديد أجوره من يوم عزله لغاية رجوعه الفعلي فصدر قرار من الغرفة الإدارية بتاريخ 31-03-1997 الذي رفض الدعوى لعدم التأسيس.

حيث أنه من المستقر عليه قانونا وقضاء أنه لا أجر إذا لم يقابله عمل فعلي.

وبالنتيجة أيد مجلس الدولة القرار المستأنف.

(1) أنظر لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، المرجع دار هومة، الجزائر، ص347.

(2) أنظر مجلة مجلس الدولة، العدد 5، ص147.

## 3- لا يمكن للموظف رفض قرار النقل لضرورة المصلحة :

\*قرار مجلس الدولة الغرفة الثانية ملف رقم 005485 بتاريخ 22-07-2002 :<sup>(1)</sup>

حيث تنعي المستأنفة على القرار المعاد أنه أخطأ في تقدير الوقائع وفي تطبيق القانون بدعوى أنه تم نقل المستأنف عليه من مقر محافظة الغابات بقالة إلى إقليم الغابات بالشماية ولاية قالة بسبب ضرورة المصلحة.

لكن حيث أنه طبقاً للمادة 120 من المرسوم 85-60 الذي يحدد إجراءات تطبيق المرسوم 85-59 المؤرخ في 23 مارس 1985 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والإدارات العمومية. فإن الموظف غير محق أن يرفض قرار نقله من مكان إلى آخر لفائدة المصلحة شريطة أن ملفه الإداري يعرض على لجنة الموظفين.

حيث أن دراسة أوراق الملف المطروح أمام مجلس الدولة لم يفد بأن المستأنفة قامت باتباع هذا الإجراء الضروري وبما أنها أغفلت القيام به فإنها أخطأت وعرضت مقرر نقل المستأنف عليه للإلغاء.

وسبق للغرفة الإدارية بالمحكمة العليا أن كرست ذات التوجه من خلال قرارات كثيرة نذكر منها القرار رقم 115657 بتاريخ 05-01-1997.<sup>(2)</sup>

## 4- عزل موظف أثناء عطلة مرضية.

\*قرار مجلس الدولة الغرفة الثانية رقم 7462 بتاريخ 25-02-2003 :<sup>(3)</sup>

حيث أن المدعي طعن بالبطلان في القرار الصادر عن مديرية التربية لولاية سطيف المتضمن عزله عن منصب عمله.

حيث أنه بالرجوع إلى مستندات القضية وبالأخص إلى الشهادة الطبية المؤرخة في 07-04-1999 المؤشر عليها من طرف الصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية وكذلك بالنظر إلى قرار لجنة العجز التابعة للصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية والذي أشار لحق المعني في الاستفادة من عجز من الدرجة الأولى ابتداء من 08-04-1998 إلى غاية 07 أبريل 2000.

حيث أن القرار المطعون فيه والمتضمن عزل المستأنف صدر في 09-11-1999 أي خلال فترة كان فيها المستأنف في عطلة مرضية كمستفيد بعجز ممنوح من الجهات المعنية بالتأمينات الاجتماعية. التي أبلغ بها المستأنف مديرية التربية بموجب رسالة مؤرخة في 31-10-1999 ردا على إنذار بالالتحاق.

حيث أنه يعتبر إذن قرار العزل المتخذ خلال عطلة مرضية شرعية مخالف للقانون...لذا يتعين إلغاؤه.

(1) أنظر مجلة مجلس الدولة، العدد 5، ص164.

(2) أنظر المجلة القضائية، العدد الأول، 1997، ص101.

(3) أنظر مجلة مجلس الدولة، العدد 5، ص166.

5- رفض تسليم مفاتيح سكن وظيفي لا يعد خطأ مهنيا :

\*قرار مجلس الدولة الغرفة الثانية ملف رقم 010502 بتاريخ 20-01-2004 :<sup>(1)</sup>

حيث أن المستأنف يلتمس إلغاء القرار الصادر عن مجلس قضاء تيزي وزو بتاريخ 29-01-2001 والذي قضى بإلغاء المقرر المتضمن تسليط عقوبة التوبيخ على المستأنف عليها.

حيث أن العقوبة المسلطة على المستأنف عليها نتيجة لرفضها تسليم مفاتيح الشقة التي تشغلها في إطار وظيفتها وبصفة قانونية هي عقوبة مسلطة على المستأنف عليها بصفة تعسفية وغير شرعية.<sup>(2)</sup> وبالنتيجة أيد مجلس الدولة القرار المستأنف.

6- الفصل بين الخطأ الجزائي والخطأ التأديبي :

\*قرار مجلس الدولة الغرفة الثانية ملف رقم 001445 فهرس 281 بتاريخ 09-04-2001 :<sup>(3)</sup>

حيث استهدف الطاعن من خلال دعواه الطعن في قرار صادر عن المدير العام للأمن العمومي والذي قضى بعزله عن الوظيفة كعون للأمن العمومي.

وأوضح المدعي أنه وجهت له تهمة مساعدة جماعة إرهابية وبعد التحري أصدر السيد قاضي التحقيق أمر بأن لا وجه للمتابعة وهذا الأمر أيده غرفة الاتهام.

وعلى إثر هذا التمس من مسؤوله إلغاء قرار التوقيف وإعادة إدماجه في منصب عمله إلا أنه اعترض على ذلك واتخذ ضده قرارا بالطرد.

حيث أن المدير العام للأمن الوطني أجاب بواسطة الأستاذ... بأن المدعي عندما كانت الوضعية حرجة سلم العديد من الرصاصات للإرهابي... وأن هذه الوقائع أثبتت من طرف المدعو... الذي تم سماعه بموجب محضر رسمي من طرف أمن ولاية...

وأن لجنة التأديب اقترحت فصله. وتمسكت اللجنة الوطنية للطعن بنفس القرار.

وعليه أجاب المجلس :

حيث أن القاضي الجزائي يكيف الخطأ بالنظر إلى قانون العقوبات بينما تكييف السلطة التأديبية الخطأ بالنظر إلى مقتضيات المصلحة العامة. وأنه يمكن تكييف فعل ما على أنه خطأ من الناحية الإدارية دون أن يكون بالضرورة خطأ جزائيا.

(1) أنظر مجلة مجلس الدولة، العدد 5، ص175.

(2) لتفصيل أكثر بخصوص مفهوم الخطأ التأديبي وعناصره راجع: الدكتور بالشعير السعيد، النظام التأديبي للموظف العمومي في الجزائر، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، دون تاريخ، ص51 وما بعدها.

(3) غير منشور.

وذا التوجه كرسه مجلس الدولة من خلال قرار الغرفة الثانية ملف 01192 فهرس 259 بتاريخ 09-04-2001<sup>(1)</sup>. وقرار الغرفة الثانية رقم 010077 فهرس 574 بتاريخ 20-05-2003<sup>(2)</sup>.  
وقرار ذات الغرفة بتاريخ 14-11-2007<sup>(3)</sup>.

5- اختصاص الأمر بالعودة إلى المنصب لا يدخل ضمن صلاحيات المجلس الأعلى: <sup>(4)</sup>

\*قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى مجلس الدولة حاليا ملف رقم 33043 بتاريخ 25-06-1983:

إن الأحكام الخاصة المتعلقة بالغرفة الإدارية لدى المجلس الأعلى من حيث الاختصاص تشمل الطعون بالبطلان في القرارات التنظيمية أو القرارات الفردية الصادرة عن السلطة الإدارية والطعون الخاصة بتفسير هذه القرارات ومدى شرعيتها.

ولما كان الطلب يرمي إلى العودة إلى المنصب مع دفع الراتب وجب اعتباره خارجا عن صلاحيات المجلس الأعلى ويرجع اختصاص النظر فيه إلى القضاء الشامل.

7- قرار العزل لا يسري بأثر رجعي:

\*قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى ملف رقم 33853 بتاريخ 26-05-1984: <sup>(5)</sup>

متى كان من الثابت ومن المبادئ المعمول بها أن القرارات الفردية الضارة بالأفراد لا تطبق بحقهم بأثر رجعي وإنما تطبق في حقهم ابتداء من تاريخ تبليغ قرار التصريح بالعقوبة. ومن ثم فإن القرار الإداري الذي يقضي بعقوبة تأديبية خلافا لما ورد في أحكام هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون. إذ كان من الثابت أن وزير الشؤون الخارجية أصدر بتاريخ 01-04-1982 قرارا يتضمن عزل موظف بأثر رجعي ونص فيه على سريان مفعوله ابتداء من 20-11-1981.

8- لا يجوز العزل في إجازة سنوية:

\*قرار الغرفة الثانية ملف 009898 فهرس 82 بتاريخ 20-04-2004: <sup>(6)</sup>

حيث أنه ثابت من رخصة الإجازة المحررة في 28 أبريل 1999 الموجودة بالملف أن المستأنف قد استفاد من عطلته السنوية لسنة 1999 بثلاثين يوما من 02 مايو 1999 إلى غاية 31 مايو 1999 أي معناه أنه كان ولا زال في إجازة سنوية يوم 31 مايو 1999 وهو اتخاذ قرار التوقيف وهذا ما يخالف قاعدة قانونية استقر عليها الاجتهاد

(1) أنظر مجلة مجلس الدولة، العدد 1، ص 66. وراجع في التمييز بين الخطأ التأديبي والخطأ الجزائي، الدكتور بوالشعير السعيد، المرجع السابق، ص 74.

(2) غير منشور.

(3) أنظر مجلة مجلس الدولة، العدد 9، ص 61.

(4) أنظر المجلة القضائية، العدد 3، 1989، ص 184.

(5) أنظر المجلة القضائية، العدد الرابع، 1989، ص 215.

(6) غير منشور.

القضائي وهو أنه لا يجوز اتخاذ أي إجراء تأديبي ضد الموظف أو العامل بصفة عامة أثناء غيابه عن العمل بمناسبة إجازة سنوية أو عطلة مرضية.

9- وجوب استلام الموظف لاستدعاء المثلث أمام مجلس التأديب :

\*قرار مجلس الدولة الغرفة الثانية ملف 009898 بتاريخ 20-04-2004 : (1)

يجب إثبات الاستدعاء القانوني والرسمي بوصول استلام موقع عليه من طرف الموظف بحضور رسمي ممضى عليه. تقديم نسخة من الاستدعاء الموجه للمعني بالأمر دون إثبات استلامه من طرف هذا الأخير غير كاف لإثبات استدعاءه بصفة قانونية.

يعتبر استدعاء الموظف في المسائل التأديبية للمثلث أمام لجنة التأديب إجراء يدخل ضمن حقوق الدفاع.

يجب على الإدارة المستخدمة التأكد من الاستدعاء القانوني قبل اتخاذ العقوبة التأديبية.

10- فسخ عقد العمل قبل انتهاء المدة موجب للتعويض:

\*قرار مجلس الدولة الغرفة الثانية رقم 001205 بتاريخ 09-04-2001 : (2)

حيث أن الاستئناف استهدف تأييد القرار المستأنف جزئيا وتعديلا له حذف مبلغ التعويض استنادا لعدم وجود أي تعسف من طرف المستأنف الذي برر التسريح بالتصرفات السيئة للمدعي.

ولكن حيث أن فسخ العقد قبل انتهاء المدة المحددة له يضر بالعامل الذي يستحق بالضرورة تعويضا عن ذلك.

11- دعوى الحصول على المرتب من دعاوى القضاء الكامل لا تقيد بأربعة أشهر:

\*قرار مجلس الدولة الغرفة الثانية ملف رقم 009740 بتاريخ 16-12-2003 : (3)

دعوى الحصول على المرتب دعوى قضاء كامل وليس بدعوى إبطال أجل الطعن القضائي أربعة أشهر لا يطبق في دعوى الحال.

حيث أن القرار المستأنف لما قضى بعدم قبول الدعوى شكلا طبقا للمادة 169 من قانون الإجراءات المدنية مكرر فإنه أساء تطبيق القانون وذلك أن الدعوى لم تهدف إلى إلغاء القرار المتضمن توقيف المستأنف عن العمل ولكنها تتعلق أصلا بإعادة إدماجه وإفادته برواتبه وبالنتيجة فإن أجل أربعة أشهر لرفع دعوى الإلغاء لا ينطبق في دعوى الحال مما يتعين إلغاء القرار المستأنف

(1) أنظر مجلة مجلس الدولة، العدد 5، ص143.

(2) أنظر مجلة مجلس الدولة، العدد 5، ص156.

(3) أنظر مجلة مجلس الدولة، العدد 5، ص158.

## 12- خضوع قرار لجنة التأديب للرقابة القضائية :

\*قرار مجلس الدولة الغرفة الثالثة فهرس 40 بتاريخ 22-01-2001 : (1)

حيث أنه بتاريخ...نشأ خلاف بين المستأنف ورئيسه المباشر مدير المناجم فأوقفه عن العمل وأحاله على لجنة التأديب.

حيث قررت تسليط عقوبة من الدرجة الثالثة على المستأنف متمثلة في تنزيله من الرتبة.

حيث أنه بناء على هذا الطعن عقدت اللجنة اجتماعها بتاريخ...ألغت اللجنة عقوبة التنزيل من الدرجة واتخذت قرارا يقضي بتسليط عقوبة النقل الإجباري...

حيث أن المستأنف رفع استئناف على مستوى مجلس الدولة بعد عرض الأمر على الغرفة الإدارية بقسنطينة.

وأجاب مجلس الدولة :

حيث أن النزاع يتعلق بالخضر الصادر عن اللجنة التأديبية للطعن الولائي بتاريخ 11-03-1996 غير أن اللجنة المذكورة أنفا هي هيئة استشارية تصدر آراء والآراء الصادرة عنها لا تدخل ضمن القرار الإداري الذي يستوجب إلغاؤه مما يجعل دعوى المستأنف غير مقبولة شكلا.<sup>(2)</sup>

(1) أشار إليه الحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، المرجع السابق، ص301.

(2) أنظر في التعليق على هذا القرار سمية بن رموقة، النظام القانوني للجان الإدارية المتساوية الأعضاء في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة أم البواقي، 2009، ص109. وأيضا لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثاني، ص309.



## الجريمة المنظمة والهجرة السرية 1



فضيلة الأستاذ الدكتور : محمد ولد الداه ولد عبد القادر  
أستاذ مكلف بالتدريس بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية  
بجامعة نواكشوط و بالمدرسة الوطنية للإدارة والصحافة والقضاء  
البريد الإلكتروني : mohamed\_dah@yahoo.fr

المقدمة :

يضع موضوع الهجرة عدة مشاكل الأمر الذي يحتم على علم السياسية التدخل. ذلك أن الهجرة ليست حيادية فهي تؤثر على المجتمع المستقبل تغيره بل تحوله في بعض الأحيان، لكن المهاجر بإرادته أو رغما عنه عليه أن يتأقلم مع المحيط الذي يوجد فيه " 2.

تعد الهجرة من أهم التحديات التي عرفها بداية القرن الواحد والعشرين حيث بلغ إنتقال الأفراد والجماعات من بلد لآخر مدا غير مسبوق عبر العصور والأزمات، فقد قدر عدد الأشخاص الذين يعيشون خارج موطن إزديادهم بما يناهز 175 مليون ( حوالي 3% من مجموع سكان العالم )<sup>3</sup>. وسنحاول تحديد المفهومين .

عرف المشرع الموريتاني الجريمة المنظمة : " بأنها تجمع أشخاص منتظمين كما هو الشأنفي مؤسسة تجارية هدفها تحقيق أشياء أو أعمال مخالفة للقانون والنظام العام والأخلاق والعادات الحميدة " 4.

وتتفق جميع التعاريف التي وضعتها الدول أن الجريمة المنظمة نشاط إجرامي لتنظيم يعتمد على التخطيط أساس العمل الجماعي يقوم به عدد من الأفراد المؤهلين ذوي الخبرة العالية لتحقيق الكسب المالي السريع من خلال

<sup>1</sup> - المقال في الأصل مداخلة قدمت في اطار ندوة منظمة من طرف المركز المغربي للدراسات الاستراتيجية بالتعاون مع منظمة كونراد أدنوار الألمانية: تحت عنوان: الهجرة في موريتانيا الواقع والتحديات، يومي 17 - 18 دجنبر 2012 بنواكشوط.

<sup>2</sup> Philippe ardent : L'immigration, Revue Pouvoirs, N° 47, 1988, PUF.

<sup>3</sup> Organisation Internationale Pour les Migration : Eléments essentiels de gestion des migrations, Volume 1, fondements de la gestion des migrations 2009, l p 3 .

مذكور في، سيدي محمد ولد الجيد: الهجرة في زمن العولمة... الملامح والعلاقة بالاستعمار. المجلة الموريتانية للقانون والاقتصاد العدد، 18، يونيو، 2010، ص، 69 .  
<sup>4</sup> المادة الاولى من القانون رقم: 021-2010 صادر بتاريخ 15 فبراير 2010 المتعلق بمكافحة تهريب المهاجرين غير الشرعيين . الجريدة الرسمية العدد 1214 بتاريخ 30 ابريل 2010 ، ص، 451.

استخدام الوسائل والتقنيات المتطورة وغير المحظورة . وهي حسب الأنتربول "جماعة من الأشخاص تقوم بحكم تشكيلها بإرتكاب أفعال غير مشروعة بصفة مستمرة وتهدف أساسا لتحقيق الربح دون تقيد بالحدود الوطنية "1.

واعتبر البعض الأنماط و الجرائم التالية تندرج تحت لواء مصطلح الجريمة المنظمة :

- غسل الأموال - جرائم الإرهاب - سرقة التحف الفنية والآثار التاريخية .. - تهريب الأسلحة - خطف الطائرات - القرصنة البحرية - تهريب المهاجرين بصورة غير مشروعة - الفساد في الحياة السياسية ورشوة الموظفين العمالين .....2

على أن رواج الجريمة المنظمة العابرة للحدود تقوم دليلا على أن الظاهرة الإجرامية هي ظاهرة متحركة وذكية بحيث تستفيد من مظاهر التطور العام على مستوى الإمكان العلمي والإطار القانوني أيضا.

فلا يخفى على أحد أن شبكات الجريمة المنظمة تسخر لخدمتها أصحاب الإختصاص في جميع الميادين وخاصة القانونية منها وتغلق عليهم العطاء. ذلك أن مداخيل بعض هذه الشبكات تفوق بكثير ميزانيات بعض الدول.

ونظرا لطبيعة المجال فستقتصر دراستنا على تناول ظاهرة أساسية من ظواهر الجريمة المنظمة وهي : الهجرة السرية.

فالهجرة لغة هي الترك والإبتعاد والإعراض عن الشيء والهجرة إصطلاحا هي الإنتقال من مكان إلى آخر.

والهجرة في علم الاجتماع هي حركة داخل الجغرافيا أي من مكان تقل فيه أسباب الشد والجذب إلى مكان يوفر عوامل العيش والأمن.

والهجرة في المدلول القانوني هي مغادرة حدود دولة والدخول في حدود دولة أخرى3.

وعرفها المشرع الموريتاني بأنها : " الدخول إلى بلد أجنبي بالنسبة لشخص أو أشخاص ليسوا من رعاياه ولا يقيمون فيه إقامة قانونية بنية الإقامة فيه " 4.

وستتناول الموضوع من خلال محورين : (المحور الأول) أسباب الهجرة السرية على أن نخصص (المحور الثاني) لمعالجة الظاهرة .

أولا : أسباب الهجرة :

لقد انتشرت ظاهرة الهجرة السرية حيث تقذف مجموعات بشرية، أغلبها شباب بأنفسها إلى التهلكة عبر قوارب مميتة في الغالب الأعم ، وذلك بدفع اليأس والإحباط الناجم عن الواقع المعيشي في بلدانهم الأصلية وشدة أملهم وتطلعهم إلى الاستفادة من فرص لتحسين الأوضاع وتأمين المعاش في بلدان الوجهة قصد المهجر5.

<sup>1</sup> محمد ابراهيم زيد : الجريمة المنظمة تعريفها أنماطها وجوانبها التشريعية ، مؤلف جماعي: حول الجريمة المنظمة و أساليب مكافحتها، دار النشر بالمركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب بالرياض، 1999، ص، 34.

<sup>2</sup> محمد ابراهيم زيد : م، س ، ذ، ص، 37.

<sup>3</sup> الهجرة السرية: ورقة عمل تونسية 2011 دون ذكر اسم مؤلفها ، منشورة على الانترنت ، على الرابط التالي : <http://carjj.org/sites/default/.../%20عمل20%تونس202011%تم%الولوج%اليها%بتاريخ%2012/08/11>

<sup>4</sup> المادة الأولى من القانون رقم: 021-2010 ، م ، س ، ذ، ص، 451 .

<sup>5</sup> سيدي محمد ولد الجيد ، م ، س ، ذ، ص، 82.

تتعدد أسباب الهجرة غير أننا سنقتصر على تلك الأسباب التي تؤدي بالمهاجرين إلى الإرتقاء في أحضان عصابات تهريب البشر والجريمة المنظمة . فالهجرة تعود أساسا إلى التباين في مستويات التنمية في مختلف بلدان العالم . وقد أخذت الهجرة أبعادا خطيرة بعد ظهور شبكات الجريمة المنظمة وسط المهاجرين <sup>1</sup>.

### 1- تشديد إجراءات الهجرة القانونية :

بدأت هجرة اليد العاملة إلى الشمال بدأت بشكل واضح مع حركة الاستعمار. حيث كانت الدول الاستعمارية في أمس الحاجة إلى اليد العاملة في بعض الأنشطة الاقتصادية التي لا تحتاج إلى تكوين أو كفاءة خاصة.

غير أن تطور الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية والسياسية دفع الغرب إلى مراجعة سياساته المعتمدة في الهجرة وخاصة هجرة العمالة وذلك بتنظيمها وفق إجراءات إدارية وأمنية حامية.

### 2- مردودية الاستثمار في مجال الهجرة السرية :

تختلف الاستثمارات في مجال الهجرة السرية من بلد لآخر ففي السنغال مثلا يقدر مبلغ الاستثمار بـ 10000000 فرنك إفريقي أي ما يقدر بـ 15000 أورو وتشمل زوق بمبلغ 3 إلى 4 ملايين فرنك ومحركان بـ 2000000 فرنك مع الزاد بمختلف أنواعه (الأرز الزيت السكر والماء ...) و 1500000 فرنك والبنزين ما بين 3 إلى 500 لتر أي مبلغ 1200000 فرنك.

ويمكن للزورق أن يسع أكثر من 70 شخص مقابل 400000 فرنك للشخص أي ما يعني مبلغ 28000000 فرنك إفريقي أي 42000 أورو على الأقل مما يعني أن مردودية العملية لا خلاف فيها <sup>2</sup>. وستكفل مساعدو البحار بالبحث عن الزبناء في وسطهم العائلي بمقابل طبعاً.

فقد بلغت أرباح تهريب البشر إلى الإتحاد الأوربي نحو خمسة مليارات دولار سنويا <sup>3</sup>.

### 3- انسداد الآفاق بالداخل :

يؤدي انسداد الأفق واليأس بالسكان إلى التفكير في تغيير أوضاع المعيشية في أرض الوطن. لقد شهدت العقود الأخيرة تراجعاً في فرص الهجرة الدولية القانونية، مما جعل الراغبين في الهجرة إلى سلوك الطرق غير القانونية فمن الطبيعي أنه كلما تم تضيق الخناق على المهاجرين بالطرق القانونية كلما لجؤوا إلى اختيارات أخرى يأتي على رأسها اللجوء إلى عصابات تهريب البشر <sup>4</sup>.

وفي هذا الإطار كتب بعض الشباب الغينيين الرسالة التالية للأوروبيين: " إذا كنتم ترون بأننا نخاطر بحياتنا فذلك بسبب معاناتنا كأطفال في افريقيا "

<sup>1</sup> عثمان الحسن محمد نور وياسر عوض الكريم المبارك، الهجرة غير المشروعة والجريمة المنظمة، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية الرياض، 2008، ص، 72.

<sup>2</sup> Papa Demba Fall: le mbekk ou migration clandestin des subsahariens vers les iles canarie, in. Migration clandestine africaine vers l'Europe - Un espoir pour les uns, un problème pour les autres, ouvrage Collectif ; L'Harmatin ; 2010 ; P ; 110.

<sup>3</sup> عثمان الحسن محمد نور، م، س، د، ص، 23.

<sup>4</sup> نفس المرجع السابق، ص، 25.

تلك المعاناة التي أكدها "فيلبي غونزاليس" رئيس وزراء اسبانيا السابق في مقولته الشهيرة: "لو كنت مواطناً في دول الجنوب لغمرت أكثر من مرة حتى الوصول إلى أوروبا".<sup>1</sup>

#### 4- رفض الموت اجتماعياً :

تعتبر الهجرة السرية عملية في غاية الخطورة وقد كلفت العديد من المهاجرين حياتهم حيث إنتهت بهم رحلة الأمل في الصحراء عطشا أو في البحر غرقا أو برصاص حرس الحدود أو من الشبكات الإجرامية المنظمة والمسيطرة على سوق الهجرة السرية. وقد أدى الواقع المأساوي بالمهاجرين إلى ابتكار قاموس لغوي خاص بهم يضم مصطلحات ترمز إلى القطيعة النهائية مع كل ماهو قانوني. إذ ظهرت مصطلحات خاصة بالمهاجرين ككلمة MBEKK "الولفية" التي يستعملها عادة الصياد السنغالي للتعبير عن محاولة خروج السمك من المنافذ الضيقة للشبكة قبل أن يتم توسيع المصطلح ليطلق على المحاولات اليائسة للعبور إلى أوروبا قبل غلق الحدود الأوروبية المعلن . قبل أن يظهر مصطلح Dembadé الذي يعني الذهاب أو الموت ،حيث ربط الشباب مسألة الهجرة بأنها رفض للموت الاجتماعي.<sup>2</sup>

وبالجزائر والمغرب وتونس ظهر مصطلح "الحركة" وهي كل صور القطيعة مع القواعد والقوانين ومع الممارسات الرسمية . وهي تعني الذهاب بصفة غير شرعية لشاب أو مجموعة في اتجاه دول أخرى عابرا للحدود بدون وثائق إدارية ولا هوية وباستخدام نقاط عبور غير مراقبة.<sup>3</sup>

"الحركة" : في اللغة العامية تطلق على مغادرة الإقليم الوطني بصفة غير مشروعة و"الحراكة" بالنسبة للمهاجرين غير الشرعيين المغادرين للوطن ، وهي كلمة مشتقة من الحرق تعني أولئك الذين يهاجرون إلى الدول الأجنبية ( الأوروبية الأمريكية خاصة ) دون احترام القوانين والإجراءات المتعلقة بالهجرة ، أي دون حمل جواز سفر.<sup>4</sup>

#### 5- الثقة في شبكات التهريب :

يبدأ مشروع الهجرة كفكرة لدى المهاجر نفسه أو تحت تأثير بعض معارفه . إلا أن الخطورة تبدو أكثر عندما تنشط شبكات تهريب الأشخاص المنظمة في الدعاية لهذا المشروع وإقناع بعض ضحاياها بالإنخراط فيه بشكل مباشر أو عن طريق أسرهم. إذ كثيرا ما نجد أن بعض الأسر تنظلي عليها الحيلة ويشحنها الأمل فتلجأ إلى التداين أو بيع بعض الممتلكات لتمويل مشروع الهجرة.<sup>5</sup>

إن شبكات الجريمة المنظمة وسماسرة الهجرة السرية داخل الوطن ودول العبور تهدف إلى الحصول على الأموال بطريقة غير مشروعة بإعتبارها تنشط في الخفاء و تبيع الأمل الكاذب للفقراء الذين لا يملكون قوت يومهم في كثير من الأحيان .

<sup>1</sup> محمد زعو : المعالجة التشريعية لظاهرة الهجرة غير الشرعية في الجزائر، مجلة الفقه والقانون ، العدد الثاني ، 2012، ص، 141.

<sup>2</sup> Papa Demba Fall: migration, op ,cit p,103.

<sup>3</sup> Voir, L'immigration clandestine de la cote ouest algérienne : Approche qualitative socio-anthropologique, p,87 , in colloque :migration internationale clandestine en provenance d'Afrique vers l'Europe et développement durable, Casablanca ,9 -10 Juillet 2008 .

<sup>4</sup> محمد زعو :م،س،ذ،،ص، 141.

<sup>5</sup> الهجرة السرية ، م ، س،ذ، ص، 12.

فشركات التهريب تدعي دائما أن الرحلة آمنة وتقتنع ضحاياها بأنها تضمن في الآن نفسه السلامة والوصول إلى مكان الوجهة. في حين أنها ليست كذلك، إذ فقد ما بين 1200 إلى 1300 مهاجر أرواحهم ما بين نوفمبر 2005 وابريل 2006 حسب ممثلة الهلال الأحمر بموريتانيا 1.

## 6- المظهر الخارجي للعائدين من المهجر :

توحي مظاهر العديد من العائدين من بلاد المهجر ببعض المظاهر الدالة على النجاح والتوفيق ( سيارة - مبالغ مالية هيئة من اللباس مختلفة ... ) مما يساهم في الدعاية لمشروع الهجرة في الأوساط المحرومة، فيصبح لكل شاب طموح في الحصول على سيارة ومنزل وتكوين أسرة مما يعني أن الحلم بالهجرة هو أيضا حلم للحرية وللعدالة والكرامة والحصول على وضعية إجتماعية وإقتصادية أفضل 2.

حاولت الدول المعنية بمشكلة الهجرة أن تجد حلولاً للعناصر المتقدمة كان أهمها الحلول التشريعية .

## ثانيا : الحلول :

تعددت الحلول المقترحة لإيجاد حل لمشكل الهجرة المتفاقم ما بين الحلول الوطنية والحلول الدولية .

1- على مستوى التشريع الوطني : مفارقة موريتانيا بأنها من الدول الأكثر فقرا في العالم ورغم ذلك هي بلد مستقبل للمهاجرين 3. بل و في نفس الوقت بلد مصدر وبلد عبور، إذ يقدر عدد الموريتانيين القاطنين في الخارج بحوالي : 250000 مهاجر موزعين كالتالي : 128000 بإفريقيا الشرقية و17500 موزعين على باقي القارة الإفريقية، 24000 في دول الخليج و 20000 في فرنسا و 60500 في باقي العالم ويمثل هذا العدد حوالي نسبة 7،9% من عدد سكان موريتانيا سنة (2008) 4 وقد بلغ عدد المهاجرين القاطنين بموريتانيا حوالي 200000 مهاجر أي حوالي نسبة 7% من عدد سكان موريتانيا (2006) موزعين بين 35 جنسية 5. في حين بلغ عدد المهاجرين السريين العابرين لموريتانيا اتجاه اسبانيا وحدها رقما قاسيا حوالي : 11637 مهاجر 6. ومن الطبيعي أن يتدخل المشرع الموريتاني تماشيا مع هذا الوضع غير أنه تجب الإشادة أن إهتمام موريتانيا بموضوع الهجرة ليس بالأمر الحديث بل يعود إلى بداية الإستقلال و صدور المرسوم رقم 169 - 64 بتاريخ 15 دجنبر 1964 المتضمن نظام الهجرة في الجمهورية الإسلامية الموريتانية 7. قبل أن يعدل بالقانون رقم 110 - 65 الصادر بتاريخ 23 فبراير 1965 والمتضمن لبعض الأحكام الجنائية المرتبطة بنظام الهجرة 8، وأخيرا صدر القانون رقم 021 - 2010 بتاريخ 15 فبراير 2010 الخاص بمكافحة تهريب المهاجرين غير الشرعيين 9 وقد ركز أساسا على :

<sup>1</sup> Crime organisé et migration clandestine de l'Afrique vers l'Europe, juillet, 2006, Nation unies office contre la drogue et le crime .p , 11.

<sup>2</sup> الهجرة السرية ، م، س، د، ص، 12.

<sup>3</sup> Ali Ben Saad : Mauritanie, la dimension politique et social des migrations, p, 198. In, migrations méditerranéennes, Rapport 2008 \_2009, octobre, 2009, sous la direction de Philippe fargues.

<sup>4</sup> Sidna ndah mohamed saleh : Mauritanie, la dimension démographique et économique des migrations, p ,181, In, migration méditerranéennes ,op.cit.,

<sup>5</sup> Ibid .p,181 .

<sup>6</sup> Sidna ndah mohamed saleh : Mauritanie, la dimension démographique, op.cit, p, 183.

<sup>7</sup> الجريدة الرسمية (عدد مزدوج) رقم 151 و 152 بتاريخ 5 يناير 1965.

<sup>8</sup> الجريدة الرسمية رقم 165 بتاريخ 15 أغسطس 1965.

<sup>9</sup> الجريدة الرسمية العدد 1214 بتاريخ 30 ابريل 2010 .

1- منع تهريب المهاجرين

2- محاربة تهريب المهاجرين

3- حماية حقوق الضحايا .

4 - ترقية التعاون . 1

وقد تضمن مقتضيات جزائية تتعلق بتهريب المهاجرين ، إذ نصت المادة الرابعة منه على: أنه " يعاقب بالسجن من خمس إلى عشر سنوات وبغرامه مالية من خمسة إلى عشرة ملايين (5.000.000 إلى 10.000.000) أوقية كل من يمارس تهريب المهاجرين ."

فيما أعتبره البعض<sup>2</sup> مجرد استجابة للسياق الدولي القاضي بتشديد العقوبات المتعلقة بتهريب المهاجرين دون الإهتمام بالشكل الكافي بحماية حقوقهم أكثر من الإستجابة للحاجة إلى تطوير النظام المتقادم للهجرة في البلاد.

2- على مستوى التشريع الفرنسي :

تلك الوضعية يمكن الجزم بها من خلال التشريعات الفرنسية خلال الثلاثين سنة الأخيرة حول الهجرة وتشديد الرقابة عليها : نذكر منها : تعميم Macelin -fontanet لسنة 1972 وقانون 1980 Bonnet وقوانين Pasqua سنة 1986 و1993 وقانون 1997Debré.... وقد انصبت كل هذه الترسانة القانونية حول بعض الحقوق الأساسية . مما اضطر اللجنة الوطنية الإستشارية لحقوق الإنسان الفرنسية سنة 1997 أن تطالب بضرورة أن تحترم التشريعات الفرنسية " حرية التنقل والعودة " و " الحق في الحياة الأسرية العادية " و " الحق في البحث عن وسائل العيش الملائمة " وطبعا الحق في المساواة ما بين الفرنسي والأجنبي وكلها حقوق تصب في صالح المهاجر . غير أن المشرع الفرنسي كان له رأي آخر ففي 19 سبتمبر 2007 صوتت الجمعية الفرنسية على إقتراح تعديل يقترح إخضاع كل أبناء الأجانب الذين يتقدمون بطلب للحصول على التأشيرة للإلتحاق بذويهم لفحص ADN وكأنهم مجرمين ؟ علق بعض الديغوليين بعد المصادقة على التعديل بأنه أمر غير مقبول<sup>3</sup>. وأنه يذكر بالممارسات النازية . ففرنسا حقوق الإنسان في مواجهة الهجرة يشكل احترام حقوق الإنسان أهمية خاصة بالنسبة لفرنسا ، ذلك أن ارتباط فرنسا بحقوق الانسان يجد مصدره في القرن XVIII في عصر فلسفة الأنوار، إعلان حقوق الانسان والمواطن 26 اغشت 1789. 4

لكننا مع كامل الأسف وخلال العشر سنوات الأخيرة نشهد تصاعد خطير لعدم التسامح وللتمييز والعنصرية وإرهاب الأجانب في شكل عنف معلن ضد المهاجرين كما صرحت بذلك Mme Gabriela Rodrgeuz pizarro المقررة الخاصة للأمم المتحدة حول حقوق الإنسان والمهاجرين بقولها : " أصبح المهاجر في فرنسا كما في

<sup>1</sup> للمزيد انظر : محمد المختار ولد مليل ، التشريعات الموريتانية في مجال الهجرة ومدى ملائمتها للاتفاقيات الدولية . مجلة الفقه والقانون ، العدد الخامس ، مارس ، 2013 ، ص 41 .

<sup>2</sup> نفس المرجع نفس الصفحة .

<sup>3</sup> Charles Pasqua , ancien ministre de l'intérieur de la droite gaulliste , le parisien du 2 octobre 2007.

<sup>4</sup> Auguste k.kouakou : Migration clandestines internationales et d développement en Afrique : entre politique de dissuasion et incitation, p ,119 .in, Migration clandestine africaine, op. cit.

بلدان أخرى كبش فداء لكل الدول التي تعاني من مشاكل داخلية خصوصا البطالة والجريمة والمخدرات وحتى الإرهاب "1

ويبدو أن المشرع الفرنسي تناسى ما قدمه المهاجرون ولازالوا يقدموه كثروة للإقتصاد الفرنسي ، و هل كان بالإمكان إعادة تصنيع فرنسا دون قوة العمل المتمثلة في المهاجرين يتساءل أحد الباحثين؟ 2 .

#### الخلاصة :

تتطلب معالجة الهجرة السرية معالجة أسبابها ومسبباتها وقد انصبت جل التدابير الهادفة إلى معالجة الهجرة السرية ومن ثم التخفيف من آثار الجريمة المنظمة على بعض التشريعات سواء على المستوى الوطني أو الدولي غير أن تلك التشريعات لم تكن علاجا بقدر ما فاقمت من مشكل الهجرة. كما اتجه البعض إلى اقتراح ضرورة تحمل دول الشمال مسؤوليتها في المشاركة في تنمية دول الجنوب عبر انفتاح اقتصاديات تلك الدول على اقتصاديات دول أخرى بما فيها الدول الأوروبية وتشجيع الاستثمار.

وأمام فشل تلك المعالجة قدمت بدائل أخرى من أهمها التعاون في إطار الشراكة الاقتصادية بين الدول الأوروبية والدول الإفريقية المعنية. ومن أهم تلك الحلول هو الكف عن التعاطي مع المهاجر من زاوية النجاعة الاقتصادية حسب مقتضيات سوق العمل في دول المهجر .

والتعامل معه كمصدر للازعاج والمبالغة في محاصرته مما يدفعه للإختفاء والإختباء و أن يصبح فريسة بيد شبكات الإتجار بالبشر وشبكات الجريمة المنظمة .

كما أن دولة المصدر عليها أن تقوم بما يلزم لتنمية اقتصادياتها واستيعاب البطالة وتخليص الشباب من اليأس والإحباط. على سبيل المثال يقترح بعض الباحثين<sup>3</sup> أنه : " يجب أن يوجه شركاء موريتانيا في التنمية جهوداتهم لدعم قدرات الحكومة الموريتانية على مستوى السياسة الاجتماعية اتجاه المهاجرين لخلق أنشطة مدرة للدخل لصالح المهاجرين " . وما ينطبق على موريتانيا ينطبق على جل الدول الإفريقية .

ومن مفارقات العولة أنها تفسح المجال لحركة السلع بسهولة ويسر لكنها تضع العراقيل والعقبات أمام حركة الإنسان خاصة إذا كان فقيرا . ويعتبر فتح الحدود أمام المهاجرين كحل لمعضلة الهجرة نوعا من الطوباوية .

وقد اقترح بعض الباحثين<sup>4</sup> كحل للهجرة ضرورة ليبرالية حرية التنقل وفتح الحدود على أكبر مستوى كسبيل وحيد للقضاء على الهجرة السرية . ورأى أن الحل يكمن في ضمان حرية تنقل الأشخاص التي غالبا ما نتحدث عنها دون تطبيقها، فكلما كان الإنسان حرا في التنقل كان أقل استقرارا ،ذلك ما تمت تجربته على مستوى دول أوروبا الشرقية عند إقرار حرية التنقل داخل الدول الأوروبية كان تحرك تلك الشعوب أقل بكثير مما كان متوقعا ،خصوصا أن أوروبا

<sup>1</sup> Conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y associée Durban, Afrique du sud 31 août 7septembre 2001.cité par, Auguste k.kouakou , p ,119., op, cit.

<sup>2</sup> Alain Limousin : L'histoire de l'immigration en France, Revue Pouvoirs, N° 47, op, cit , p ,17.

<sup>3</sup> Sidna ndah mohamed saleh : Les dimensions sociales de la migration en Mauritanie, Organisation Internationale pour les Migrations(OIM),2009,p ,23.

<sup>4</sup> Adil Benslama : Le Maroc et la migration clandestine : les prémices d'une politique migratoire 244.,in , Migration clandestine africaine, op ,cit.



ستحتاج مليون مهاجر خلال العشر سنوات المقبلة حسب دراسة حديثة للأمم المتحدة فإن اسبانيا لوحدها ستحتاج 157000 مهاجر سنويا إلى غاية سنة 2020 من أجل المحافظة على درجة نموها الاقتصادي<sup>1</sup>.

وبذلك ستصبح الهجرة مؤقتة وليست استقرار نهائي في دول الاستقبال كما هو الحال اليوم، وبذلك نصل إلى التصور التالي: فتح الحدود = حرية التنقل = الهجرة المؤقتة = حركية أكثر ورغبة أقل في الاستقرار = انعدام الهجرة السرية. وكما يقول: Alfred Sauvy "إن الثروات إذا لم تذهب إلى حيث الإنسان المحتاج فمن الطبيعي أن يذهب ذلك الانسان إلى حيث توجد تلك الثروات " 2.

نُقش على تمثال الحرية الشامخ في أمريكا شطر بيت الشاعرة Emma lagarus " أعطوني فقرائكم ومحروميكم... Donnez – moi vos pauvres, vos opprimés... " لكن يبدو أن ذلك غير قابل للتطبيق إلا في أمريكا أرض الهجرة<sup>3</sup>. أليس من الأفضل أن نحافظ على الهجرة كمصدر غني ثقافي و تلاقح للحضارات تساعد الشعوب على التمازج في إطار تسوده المساواة والاحترام وقيم التضامن؟

<sup>1</sup> Adil Benslama , op, cit, p,245.

<sup>2</sup> Alfred Sauvy : «Si les richesses ne vont pas là où sont les hommes, les hommes vont naturellement là où sont les richesses » ,ibid,p,245 .

<sup>3</sup> Diana Pinto : immigration l'ambiguïté de la référence américaine, Revue Pouvoirs, N° 47, op, cit.

## المنهجية السليمة لمعالجة...ظاهرة الانحراف



فضيلة الأستاذ : الدكتور علي عمار  
جامعة تلمسان الجزائر- الشقيقة-

مقدمة :

تعتبر ظواهر الثلاثي الخطير (المرض -الفقر- الجهل). مميزات المجتمع. ذلك أنها تتماشى مع بعضها جنبا إلى جنب ، و المجتمع له نصيبه من هذه الأدواء الثلاثة. فالأمراض (النفسية) على اختلاف أنواعها ، وأشكالها وسوء العناية الصحية تعتبر دلائل واضحة على مكانة المجتمع. ذلك أن البدوي يكون في حياته المتنقلة أتم صحة منه في حياته المستقرة. فعلى مؤسسات التربية بمختلف أساليبها ، واجب شاق في نشر العادات الصحية والتعويد على النظافة ، والتغذية الصحية ، واللباس الصحي ، و الرياضة واللعب وتصريف الأوساخ ، والعناية بالمرضى ، واتقاء العدوى. كما يجب عليها أن تكافح الانحرافات ، والخرافات المتعلقة بالأمراض وانتشارها وتجارب الدجالين ، والمشعوذين الذين يعالجون الأمراض عن طريق السحر والرقى (اللاشرعية) ، والنار ، والبخور ، وتلمس الأضرحة ، ودخول المغارات الخطرة.

وعليها كذلك الاهتمام بواجبات الأمومة وتوعيتها بأساليب التربية العناية بالناشئة مهما كانت الظروف الاجتماعية.

### ➤ التعريف الشامل للانحراف :

الانحراف خلل أساسي في بناء الشخصية ، يحول دون توافق المنحرف مع مجتمعه. « (1).

هذا التعريف ما هو إلا تفسير للانحراف في نظرية معينة ومحددة. ومع ذلك يبقى تحديد مفهوم الانحراف كظاهرة معقدة نظرا لاختلاف وجهات النظر وذلك للاعتبارات التالية :

- إنه من الصعب اعتبار سلوك المنحرف ، سلوكا إجراميا ، أو انحرافيا ما لم يجرمه المشرع مهما كان ضرره للمجتمع.
- إن هناك سلوك قد يصدر عن المنحرف ، لا يجرمه القانون غير أنه يعتبر من وجهة نظر المجتمع سلوكا غير أخلاقي ، وضارا بالمجتمع وأنه غير مستحب.

ولذلك فقد اتجه الرأي العام إلى معاملة المنحرف معاملة خاصة لاعتبارات واضحة ومحدد من الناحيتين السلوكية والبيئية.

- عدم النضج و القدرة على التمييز و الإدراك.
- سوء التكيف نتيجة ظروف خارجية عن إرادتهم.
- عدم امتلاكهم للسيطرة الكاملة و المطلقة ، إضافة إلى عدم التحكم فيها.
- تعريف آخر:

« يعتبر منحرفا كل حدث يقوم بفعل مخالف لقواعد القانون الجنائي في بلده ، وفي حدود السن الذي حدده له هذا القانون ، وكذا القيام ببعض التصرفات مخالفة للعادات و التقاليد و الأعراف و القيم ». (2).

- المنحرف المتشرد :

ظاهرة خطيرة تندر باحتمال ارتكاب المنحرف المتشرد جرائم مخالفة للقانون الجنائي. ومعنى هذا أن التشرد ليس مجرمة في حد ذاته ، وإنما يستوجب من الدولة اتخاذ تدابير وقائية حالية تقف أمام مثل هذه التصرفات قبل استفحاله. المؤتمر الأول للأمم المتحدة المنعقد في جنيف 1900 عرف الحدث المعرض للانحراف بالمفهوم التالي: (3).

« إن الحدث المعرض للانحراف هو شخص يقل عمره عن سن محددة يناظر عادة الحد الأقصى لسن الأحداث الجنائين. وهو وإن لم يأت فعلا ما يعتبره جريمة في قوانين بلده ، غير أنه يعتبر الأسباب متعددة مضادا للمجتمع ( Anti - Sociale ) ، أو مبديا لاتجاهات سلوكية محددة ، مضاد للمجتمع بدرجة أو بصورة يحتمل معها أن يصبح جانحا جناحا صريحا ، إذا لم يخضع لنوع معين من المعاملة الوقائية.

➤ الانحراف ووجهات نظر العلماء المتخصصون :

### 1- مدرسة العوامل البيولوجيا الفيزيائية :

ويمثلها كل من (لامبرورو- تشار لزجورنج.Lamproro – T.L). ويذهبون إلى أن السلوك الإجرامي يورث كأي من الصفات الأخرى مثل : لون العينين ، ولون الشعر ، و القصر ، والطول. وأن الطفل في نظرهم يولد لديه استعداد معين للسلوك . كما أرجعوا كذلك سلوكيات المنحرف إلى أنه مصاب ببعض النقائص العقلية مثل الضعف العقلي.(4).

### 2- المدرسة النفسية و الجسدية (النفسية) :

وترى أن سلوك المنحرف يظهر نتيجة اضطرابات نفسية مختلفة لا يوجد بينها أي شبه ، سوى أنها جميعا تفصح عن نفسها في صورة سلوكية وهي مخالفة للقواعد القانونية.

### 3- مدرسة العوامل الاجتماعية :

وأصحابها تشبعوا باتجاهات مختلفة أهمها ثلاثة :

#### أ- اتجاه العوامل الجغرافيا :

بحيث يرون أن العوامل المناخية ، هي التي توجه المنحرف مثل:

الطقس ، وطبيعة الأرض. فحسب رأيهم أن عوامل الانحراف ، أو معدلات الجريمة تزيد أو تنقص حسب نوع الطقس.

## ب- اتجاه العوامل الإيكولوجيا :

وأصحابه يرجعون السلوك الانحرافين إلى العوامل المتعلقة بعلاقة الأفراد ببيئتهم المكانية ، واستجاباتهم المختلفة للآزمات البيئية في المكان الذي يعيشون فيه منها : (التفكك الأسروي - أساليب الضبط الاجتماعي - الكثافة السكانية - التدهور المادي - كثرة الحركة - الضجيج).

## ج- اتجاه عوامل التصنيع و التحضر:

وأصحابه يرجعون أسباب الانحراف إلى التقدم الصناعي والتكنولوجي و التحضر. حيث تقل العلاقات الشخصية ، ويزداد الصراع الطبقي. كما يشعر الفرد بعدم الاطمئنان و الاستقرار النفسي ، و ظهور عدم التجانس الثقافي و الاجتماعي.

## د- مدرسة العوامل الاقتصادية :

وملخص أصحابها يكمن في محاولة إيجاد العلاقة بين الجريمة والدورات الاقتصادية ، مثل الكساد ، والرخصاء ، وقانون العرض والطلب إلخ...

## 5- مدرسة العوامل الأسرية :

وأصحابها يرون أن الاضطرابات الأسرية تعتبر من أهم العوامل التي تساعد على انحراف الصغار - فالأسرة هي البيئة الأولى التي يتلقى فيها الطفل تربيته و خبراته ، وتوجيهاته. فإذا كانت هذه البيئة فاسدة ، أو مضطربة فإن الصغير يحتل سلوكيا.(5).

## ➤ الملامح العامة للانحراف :

يعي أغلب الناشئة أثناء دخولهم مرحلة المراهقة بما يدور حولهم ولذلك فهم يتميزون بخصائص معينة :

## أ- داخل الأسرة :

- الشعور بالإهانة و الخجل و الارتباك عندما يقومون بأفعال لم يكونوا يدرون من قبل أنها مسيئة لأفراد العائلة. لذلك فهم كثيرا ما يشكون من أفراد أسرهم ، ومن تصرفهم في الوقت الذي يوجهون فيه إليهم ملاحظاتهم وانتقاداتهم المريرة :

- إلى أخته التي تبدي أمامه المزيد من الترتيب المبالغ فيه في هندامها.

- إلى أخيه الذي لا يتوقف عن الصراخ المرتفع الذي يضايقه (سكتي ولدلك).

- إلى الوالد الذي يضحك بصوت مرتفع لنكتة ترسل من هنا وهناك.

- إلى الأخت الشابة التي تقرأ المجلات و الجرائد والروايات المبتذلة.

- أما من جهته هو فينظر بمظهر الاعتناء الخارجي.

- أكثر من تغيير الكراسي في قاعة الجلوس الدراسية قدمها وعدم تناسقها مع ذوق العصر (فهو عصري).

- زد على ذلك الاضطرابات التي تقع على مائدة الطعام خاصة إذا كان أفراد العائلة كثيرون. حيث التذمر و المضايقة.

- تقبل الوالدين مجريات الحياة. إلا أن بعض الأهل ، أو جميعهم في المجتمع الجزائري يشعرون بالمضايقة و القلق مع عجزهم عن تقبل التغييرات الكبيرة في شخصية المراهق - فأحيانا يخصص الوالدين المال لرضاء لأبنائهم غير أنهم يجدون أنفسهم في حالة من التذمر و التمزق و العجز عن فتح المجال أمام الأولاد لشراء الأزياء الجديدة المرغوبة لديه - والتي في نظرهم تتعارض مع القيم و التقاليد . (وأن يقبلوها بصمت اصطناعي).

- وعندما نقول تحقيق الرغبة للمراهق لا نقصد التدليل المبالغ فيه الذي كثيرا ما يغر بالمراهق بحيث يعطيه الحق في أن يكون دائما على صواب ، وأن له الحق في إدارة شؤون البيت - مما يؤدي إلى خضوع الوالدين إلى واقع لم يكونوا يتوقعونه - ومثل هذا التعاطف هو (تعاطف مزيف).

- وقد أثبتت الدراسات أن الأولاد يجدون ثقتهم في الأمهات أكثر من الآباء. كما أثبتت الدراسات أن ثقة البنات بالوالدين أكثر من الشبان خاصة الأمهات. وقد كان لهذه الثقة المتبادلة نتائجها الإيجابية مثل الاستقرار العاطفي ، والاهتمام بأمورهم. بينما لاحظت الدراسة أن معظم المتمردين و الثوار ينحدرون من عائلات يغلب عليها طابع الشك و الاهتمام من طرف الآباء للأبناء.

#### ب- أساليب التسلط على الأولاد من طرف الآباء :

- لقد عملت كثيرا من أجلك يا ولدي ... ضحيت بحياتي في سبيلك فعليك أن تبقى إلى جانبي تساعدني - وهذا أمر لاشك أنه قد يشد عاطفة الابن إلى شفقة أبيه.

- التقليل من استعدادات الشاب و أضعاف ثقته بنفسه ، الأمر الذي يجره إلى الشعور بالقصور والضعف و القعود متكلا على الوالد.

- اللجوء إلى كسب عطف الولد بادعاء العجز و الوحلة.

- رشوة الولد بالإغراق عليه إن هو بقي إلى جانب والديه في البيت.

وبصفة عامة فإن مثل هذه التصرفات قد تكون مفيدة للطرفين أحيانا. غير أن جودة تلك الأفعال ونتائجها على الشاب مستقبلا قد لا تنفعه (نمو ضعيف لشخصيته مع الآخرين).

فهناك أساليب أخرى يمكن أن يقدمها الوالدين مثل التعامل عن بعد دون المساس باستقلالية الشاب مع محاسبته بواقعية وبنقطة تامة. مع الحذر من المخادعة المتبادلة بين الطرفين لأن مثل هذه التصرفات قد تنزلق بالشاب عن طريقه الصحيح .

- والمراهق دائما في صراع مع أهله ، ولذلك على الوالدين أن يقللوا الناشئة أثناء مرحلة المراهقة على ما هو عليه. وقد أثبتت الدراسات أن المراهقين يكرهون في أهاليهم ما يلي :

- تأنيبه لعدم مراعاته لأداب الطعام و المائدة.
- متابعته في مراحل دراسته و توبيخه على النتائج المحصل عليها بسبب علامات (0) أو النتائج الضعيفة دون تقديم أية مساعدة تشجيعية.
- معارضته على سهراته أثناء الليل مع زملائه.
- التدخل في الشؤون المالية للمراهق.
- إجباره على تناول أطعمة يكرهها.

هذا بالإضافة إلى صراعات أخرى تتعلق بتدخل الوالدين في اختيار مهنة المراهق على اصراره ومتابعة دراسته. وقد أثبتت الدراسات أن الفتيات أكثر تضرر من الأمهات من الذكور ، وذلك بسبب تدخل الأم في لباسهن ، وفي علاقتهم الشخصية مع الأصدقاء والصدقات.

وقد تكون أغلب الصراعات داخل الأسرة بين الأم و البنت تدور حول شريك الحياة. فالأمهات أكثر اهتماما بمشاكل الفتيات من اهتمامهن بمشاكل الذكور. ولعل ذلك راجع إلى قلق الأمهات على مستقبل بناتهن ، وخوفهن من عجز الفتيات عن اختيار الزوج الملائم. وعلى العموم فإن الأمهات لا يبدن ثقة كبيرة في بناتهن ولا بقدرتهن على تحمل مسؤوليات ذواتهن بحرية.

ج- صفات المربيّ الجيد :

1- الصفات الشخصية :

- اللطف - الصدق - التواضع - المرح - التعاطف مع الآخرين.

2- الصفات الانضباطية :

- التقيد بالنظام - العدل - الموضوعية - الإيجابية - الصرامة.

3- الصفات الإنتاجية :

إثارة الاهتمام بالأشياء - المعرفة الواسعة - الشرح الجيد - مساعدة الأفراد في دروسهم - مساعدة التلاميذ على

الإفصاح عن آرائهم - النشاط في العمل - إثارة الحيوية داخل القاعة.

4- الصفات الجسمية :

- المظهر الخارجي - الزينة - الصوت - البشاشة - التنكيت.

➤ العوامل المساعدة على تزايد الانحراف :

انتهت الدراسات إلى أن هناك عوامل أخرى تساعد على الانحراف : (6).

- المؤسسة التربوية (المعاملة التربوية).

- وسائل الإعلام (اثار التلفزة بصفة خاصة).

- نوادي الشباب (عدم وجود أشخاص مؤهلين يحترمون النظام التربوي).

- السجون (اختلاط الصغار مع الكبار رغم اختلاف الجريمة).

- السينما (أفلام الجنس و الرعب). (ستار أكاديمي)!

وخلاصة القول أن هذه المؤسسات لا تؤدي دورها التربوي الكافي مما يسمح للصغار بمشاهدة (برامج أجنبية لا علاقة لها بالشخصية الوطنية). (ستار أكاديمي).

➤ الانحراف بين النظرية و التطبيق :

لقد أضحى من المتفق عليه حالياً أن تشكل محاكم خاصة للأحداث (المنحرفين) و المنتهكين للقواعد القانونية. يتولاها قضاة مؤهلون تأهيلاً خاصاً للتعامل معهم. وقد انتشرت محاكم للأحداث منذ أن أنشئت أول محكمة للأحداث عام 1899 بولاية لينوي - بالولايات المتحدة الأمريكية.

ومع ذلك فإننا لا نجد مثل هذه المحاكم في بلادنا حيث مازال المنحرف يحاكم أمام المحاكم العادية (سروال - مخدرات). وتتووع تدابير العلاج على الشكل التالي :

1- الملاحظة (Observation) : وهي الفترة التي يتولى فيها المختصون دراسة شخصية المنحرف وملاحظته

ووضع خطة العلاج الملائمة له في المستقبل. ثم تقديم تقرير بذلك للمحكمة للاسترشاد به في اختيار التدابير اللازمة له. وعادة ما يقوم بهذه المهمة جماعة من الأخصائيين الاجتماعيين والأطباء المختصين في الميادين النفسية و

العقلية و التربوية بحيث يتبعون جهات إدارية معينة ، أو المحكمة المباشرة ، ويتم ملاحظة المنحرف بالطرق التالية :

- الملاحظة في البيئة الطبيعية : حيث يقوم المختصون بإجراء المقابلات مع المنحرفين وهم في بيئتهم الطبيعية لعمل بعض الفحوص لهم.

- الملاحظة البيئية: يقضي المنحرف نهاره في مركز الملاحظة ، يعود بعدها إلى الأسرة.

- الملاحظة في مؤسسات مغلقة : يودع المنحرف في مؤسسة مغلقة لفترة زمنية يتم له في خلالها إعداد التقرير المطلوب.

وغالبا ما يخضع المنحرفون بالملاحظة ، إلا أن ذلك لا يمنع من أن يخضع المنحرفون لانحراف آخر.

- **الحجز (Détention)** : و المراد به وضع المنحرف تحت الحجز التحفظي قبل التصرف في أمره ، وذلك بأمر من الهيئة القضائية المختصة أو الهيئات الإدارية المعنية. وقد يتم الحجز بتسليم المنحرف إلى والديه أو ولي أمره ، أو في مؤسسات خاصة بالحجز التحفظي على المنحرفين (الأحداث). ويتخذ هذا الإجراء إزاء المنحرفين المذنبين أو غير المذنبين (المعرضين للانحراف).

- **الاختبار القضائي (Probation)** و التدابير المشابهة له :

الاختبار القضائي للمنحرفين هو تدبير مطبق على المنحرفين المذنبين بديلا عن الإيداع في المؤسسات التربوية ، وعليه يبقى المنحرف حرا طليقا في بيئته الطبيعية تحت إشراف موجه من مختصين في الخدمة الاجتماعية وفق خطة علاج تقوم على العلاج الشخصي.(7).

وتوجد هناك تدابير أخرى مشابهة للاختبار القضائي ، إلا أنها تفتقر إلى عنصر أو أكثر من عناصره وأهم التدابير :

• **الحديث Parole** :

ويستخدم للدلالة على الإفراج المشروط الذي يمنح للمنحرف على أساس انتقاء منحرف قضى فترة من العلاج داخل المؤسسة. وهو يشبه الاختبار القضائي في كونه نوعا من العلاج في البيئة.

• **الرقابة الاختيارية Contrôle de Devoir** :

وتستخدم لعلاج المنحرفين غير المذنبين (المعرضين للانحراف أو ممن في طريقهم إلى الانحراف) وهو يتعلق بالقوانين الخاصة برعاية وحماية الطفولة.

• **التعهد القضائي Contrat Justice** :

وهو تعهد يلتزم به المنحرف بضمانة ضامن أو بدونه ، يجعل المنحرف معرضا لتنفيذ العقوبة عليه إذا ما أخل بشرط من شروط التعهد.

• **العلاج داخل المؤسسة** :

كان العلاج داخل المؤسسة أسبق من غيره من التدابير التي تطبق مع المنحرفين المذنبين ، والذين تقتضي الضرورة إيداعهم إحدى المؤسسات لتلقي مثل هذا العلاج.

• **الرعاية اللاحقة Prévention à Suivre** :

وهو أسلوب تكميلي للعلاج داخل المؤسسات حيث يتم التوجيه والإشراف على المنحرف الذي انتهت فترة علاجه في مؤسسة ما ، لإعادة توافقه مع المجتمع الخارجي. ويبقى العلاج مستمرا حتى بعد الإفراج عن المنحرف.

➤ **المنهج السليمة للوقاية من الانحراف** :

تهدف برامج الوقاية إلى مواجهة العوامل و الأسباب التي تؤدي إلى انحراف الشباب و تشردهم ، والتي تشير إليها البحوث و الدراسات هنا وهناك ، واهتمامها بدراسة السلوك الجانح لدى المنحرفين الشباب ولكي تؤدي برامج الوقاية و الحماية الشبانية هدفها فلا بد من توفير الشروط التالية :

- **التشريع** :

تحقق السياسة التشريعية لبلد ما ، طرق الوقاية من الانحراف وذلك بسن القوانين المتعلقة بتدعيم الحياة الأسرية ، وحماية الطفولة من الاستغلال وتعريض الأطفال للانحراف. فبالنسبة لتدعيم الحياة الأسرية ، يجب أن تتضمن التشريعات نظم الزواج و الطلاق حفاظا على كيان الأسرة من الانهيار و التفكك ، والنص على حقوق الزوجية ،



وحقوق الأبناء لدى والديهم قال تعالى : « و الوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة... » .

أما بالنسبة لحماية الطفولة من الاستغلال ، فإن القوانين تتناول تنظيم تشغيل الأحداث ، وذلك بوضع حد أقصى لساعات العمل ، وتحديد المهن التي يخطر تشغيل الأحداث بها. حماية لهم من الأخطار و الأمراض. وكذلك حماية المعرضين منهم للانحراف نتيجة الإهمال و العجز ، وحماية القصر كما تتضمن أيضا النصوص الخاصة بعلاج الجانحين منهم وغير الجانحين.

#### - مجال الخدمات :

يجب على الدولة أن تهتم اهتماما بالغاً، بالرفاهية الاجتماعية والاقتصادية. وذلك بتوفير الخدمات لتحسين الظروف المعيشية وتهيئة الجو المناسب للتنشئة الاجتماعية السليمة للأطفال. مع تظافر الخدمات لتنشئة جيل صالح ينأ عن الجريمة وبيتعد عنها وتمثل في :

#### - رعاية الأسرة :

التي تعتبر الدعامة الأساسية للمجتمع ، والبيئة المباشرة التي يجب فيها الحدث في طفولته المبكرة ، يكتسب منها القيم و العادات السائدة. لذلك فإنه يلزم أن تتضمن برامج الوقاية من الانحراف خدمات رعاية الأسرة مثل توجيه الوالدين إلى معايير أسس التربية ، وتعديل اتجاهاتهم، وقيمهم ومعتقداتهم.

بما يساير القيم السائدة. وذلك بواسطة وسائل التثقيف المتنوعة. ومواجهة ظروفهم الاقتصادية السيئة بتوفير المعونات المادية في حالة العجز، أو الشيخوخة ، أو البطالة و تدير المسكن الصحي المناسب ، وإعادة تنظيم الأحياء المكتظة بالسكان منعا للاختلاط الغير مرغوب فيه، وإنشاء المكاتب الاستشارية لراعي الزواج، وتنظيم حياة الأسرة ، وحل مشكلاتها ، وإقامة دور الحضانة وغير ذلك من أوجه الرعاية التي تحتضن الأسرة بالتوجيه والإرشاد.

#### • الخدمات الصحية :

لقد أظهرت الدراسات التي أجريت لتقصي الأسباب المؤدية للانحراف أن هناك بعض الأمراض الوراثية التي تنتقل من الآباء إلى الأبناء وتؤثر في سلوك الأطفال فيكونون عرضة للانحراف . لذلك تلعب الخدمات الصحية دورا هاما في الوقاية بتوفير العلاج من الأمراض ووسائل التثقيف الصحي و الاهتمام بأمراض الطفولة المبكرة و العمل على مواجهتها قبل استفحالها.

#### • الخدمات التعليمية :

يجب أن تحدد الدولة سن التعليم الإلزامي للأطفال ، لما للمدرسة باعتبارها المنظمة الاجتماعية التالية للأسرة من أهمية في استكمال التنشئة الاجتماعية لهم ، فيتعلم الحدث بالمدرسة كيفية مواجهة المجتمع الخارجي ، وتكوين علاقات اجتماعية سليمة، وعن طريق المدرسة يتم اكتشاف الانحرافات السلوكية التي يعاني منها الأطفال وتعرضهم للانحراف كسوء التوافق و التكيف الاجتماعي ، وبعض المشكلات الأخرى كالتخلف الدراسي و الهروب، ووضع الخطط الكفيلة بمعالجتها.

#### • الخدمات الأخرى :

وتشمل هذه الخدمات تنمية المجتمع و مواجهة أثار التصنيع و التحضير واستغلال و تنظيم أوقات الفراغ مثل النوادي ، ومنظمات رعاية الشباب ، والكشافة الإسلامية ، مع تدعيمها تدعيما مطلقا. فبواسطتهما يمكن اكتشاف قدرات الأحداث ومهارتهم ، وأسباعتهم. وكذلك توفير الحاجات الأساسية من مأكلا ، وملبس ، ومن إنشاء العيادات النفسية ، ومواجهة الأمراض النفسية (النفسية و الجسدية) التي يصاب بها الصغار وتحسين

المستوى الاقتصادي ، وذلك برفع الأجور ، وإقامة مراكز التدريب المهني للأحداث ممن فشلوا في مواصلة تعليمهم العام والاهتمام بوسائل الإعلام ، والرقابة عليها ، والتنسيق بين الخدمات وتمويلها وتوفير الخدمات الاجتماعية ، وتخصيص شرطة للأحداث تعمل على تنفيذ القانون واحترامه ، لها دراسية واسعة في جانبها العلمي و التربوي لمواكبة مراحل نمو الأحداث.(8).

#### - البحوث :

يجب أن تشمل برامج الوقاية الإحصاءات و البيانات الدقيقة التي تشير بوضوح إلى ارتفاع ، أو انخفاض الجرائم بين الأحداث ، وتشجيع البحوث و الدراسات في هذا المجال من أجل الوصول إلى حصر العوامل المسببة لهذه الظاهرة في انخفاضها ، وارتفاعها ، وكذلك إجراء البحوث العلمية من نظرية - وميدانية ، للتعرف على مشكلات الطفولة وحاجاتها ، واقتراح برامج الوقاية ، و العلاج ، وتعميمها ، وتقييمها ، وإنشاء مراكز البحوث المتخصصة بالتعاون مع الجامعات.

#### - المراجع :

- 1- د. سمير نعيم - الدراسة العلمية للسلوك الاجتماعي - دار التأليف - ص 27-1969 القاهرة.
- 2- أ. يس السيد - مشكلة التعريف الاجتماعي للجريمة - مقال - عدد 03- م / 2 المجلة الجنائية القضائية - المركز القومي للبحوث الاجتماعية و الجنائية القاهرة.
- 3- محمد عارف (مترجم) - الوقاية من جناح الأحداث - من مطبوعات وزارة الشؤون الاجتماعية - ص 127 - 1963 - القاهرة.
- 4- د. محمد نجيب حسين - دراسة تشريعية مقارنة في معاملة الأحداث المشردين - ص 24 - 1963 - القاهرة.
- 5- ا. نجيب حسين درويش - التدابير التقويمية للأحداث المشردين - ص 76 - مصر.
- 6- د. سعيد بسيسو - قضاء الأحداث علما و عملا - مطبعة الشرق - حلب - ص 71 - 1958 - مصر.
- 7- تقارير المؤتمر المقدمة بتاريخ 24 و 94/10/25 حول الطفولة ولأحداث الجزائر العاصمة.
- 8- المؤتمر الأول للمنظمة الوطنية لجمعيات رعاية الشباب - بتاريخ : 24 و 25 أكتوبر 1994 الجزائر.

## آثار انقطاع المحامي المتمرن عن ممارسة التمرين



الأستاذ النقيب الطيب بن مقدم

محام بهيئة الرباط ( الخميسات )

Email : benlamkaddem1947@gmail.com

مقدمة :

المحامي المتمرن يخضع لفترة تدريبية مدتها ثلاث سنوات ، بعد تقييده بلائحة المحامين المتمرنين ، في هيئة من هيئات المحامين بالمغرب .

وان تحديد هذه الفترة للتمرين على مهنة المحاماة يعتبر من النظام العام ، لا يسوغ التغاضي عنه ولا الحد من مداه وبالأحرى التنازل عنه كلية والإعفاء من جزء منه لهذا السبب أو ذاك ، بل ان المشرع قد مددها في حالة نص عليها صراحة لاعتبارات تتعلق بتكوين المحامي المتمرن على مهنة المحاماة ، والتمرس على تتبع المساطر أمام المحاكم لفائدة حسن سير العدالة وتقوية جهاز الدفاع علميا وأخلاقيا ، لأنه جزء من أسرة القضاء<sup>1</sup> .

ويكون هذا التدريب بمكتب محام لا تقل أقدمية تسجيله بمجدول المحامين الرسميين عن خمس سنوات، وذلك فضلا عن المواظبة على حضور ندوات التمرين المنظمة من طرف مجلس الهيئة ، وكذا التردد على المحاكم لحضور الجلسات بها (المادة 14 من قانون المحاماة) .

وخلال فترة التمرين هذه ، قد تعتري المحامي المتمرن ظروف قد تكون صحية أو علمية أو خدمة وطنية ..تحول بينه وبين إتمام فترة التمرين ؛ أي أن هذه العوامل تؤدي به إلى الانقطاع عن ممارسة التمرين.وكمثال على ذلك؛الحالة التي عرضت على مجلس هيئة المحامين بالرباط بشأن طلب انقطاع محامية متمرنة عن ممارسة التمرين لإتمام العلاج بفرنسا من حالة مرضية مستعصية...وهذا الطرح لهذه الحالة ترك أعضاء مجلس الهيئة في دوامة من النقاش بغاية إيجاد حل لهذه المشكلة . وفي اعتقادي إن هذه المشكلة تطرح لأول مرة على هيئة المحامين بالرباط ، والحال أن النصوص القانونية في قانون المحاماة المغربي، لا تسعف لإيجاد حل لهذه المشكلة ،الشيء الذي يجعلنا نتساءل عن ما هي آثار عوامل الانقطاع هذه على التمرين؟ وما هو دور مجلس هيئة المحامين في هذه الحالة ؟

<sup>1</sup> قرار محكمة الاستئناف بطنجة ع 12 بتاريخ 1985/11/13 مجلة الندوة عدد 1 ص 99 .

وللجواب على هذا التساؤل لابد من استعراض مضمون قانون مهنة المحاماة في هذا الشأن من جهة (أولاً) مع اقتراح حل لهذه الحالة من جهة أخرى مستعينين في ذلك ببعض التشريعات الخاصة بمهنة المحاماة في البلاد العربية (ثانياً).

(أولاً) : مضمون قانون المحاماة بشأن الانقطاع عن التمرين :

حالة أو حالات الانقطاع عن ممارسة التمرين ، لم تشر إليها تشريعات المحاماة في البلاد العربية ، لا في قوانين المحاماة ولا في أنظمتها الداخلية . وكل ما أشارت إليه هذه القوانين هي النتيجة المترتبة عن انقطاع المتمر عن التمرين: من تمديد لفرته أو عدم التمديد ، ومن التشطيب على اسم المحامي المتمر من الجدول أو اللائحة ، ومن وقف التمرين 1 .

أ- في قانون المحاماة في سورية :

ففي قانون المحاماة بسورية وبالضبط في النظام الداخلي لنقابة المحامين بها فان انقطاع المتمر عن المواظبة على مكتب أستاذه دون عذر مقبول أو دون إعلامه في حالة الضرورة ، إخبار مجلس الفرع بذلك من طرف الأستاذ المشرف على التمرين (م 26 ) وعندها يوجه رئيس الفرع إلى المحامي المتمر ، كتاباً يستوضح فيه عن سبب الانقطاع ، ويتخذ مجلس الفرع على ضوء جوابه قراراً باحتساب أو عدم احتساب مدة الانقطاع من مدة التمرين (م 27) .

ب- في قانون المحاماة بالأردن :

وفي قانون المحاماة بالأردن ، فان النظام الداخلي لنقابة المحامين النظاميين لسنة 1966 وكذلك النظام الداخلي للمحامين المتدربين رقم 71 لسنة 1974 أوضح أنه في حالة انقطاع المحامي المتدرب عن الحضور وعن المواظبة على التدريب بصورة مرضية ، فان لمجلس النقابة إضافة المدة التي يراها مناسبة إلى مدة تدريبه أو عدم إضافتها ، وفي حالة الانقطاع عن التدريب نهائياً أو تكرار الانقطاع ، فيجوز له شطب اسمه من جدول المحامين المتدربين أو إطالة مدة التدريب لمدة تعادل فترات الانقطاع 2 .

وفي هذا الإطار فقد قررت محكمة العدل العليا بالأردن من أن : "الانقطاع الذي يوجب إسقاط فترة التدريب السابقة هو الانقطاع الذي يتم في ظل القانون الجديد على اعتبار أن هذا القانون يعتبر هو الذي استحدث الأثر المترتب عليه . أما فترة التدريب فبما أن النص بشأنها قد ورد مطلقاً فهو يجري على إطلاقه ويشمل الفترة السابقة لهذا القانون واللاحقة له " 3 .

<sup>1</sup> مصطلح "التمرين" في القانون المغربي يسمى في تونس ب"التربص" وفي لبنان ب"التدرج" وفي الأردن ب"التدريب" .

<sup>2</sup> المادة 10/أ من نظام 1966 والمادة 6/أ من النظام رقم 71

<sup>3</sup> قرار رقم 72/1 ع 566 س 72 انظر د. نعمان أحمد الخطيب ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة العدل العليا في خمسة وعشرين

عاماً 1972-1987 طبع ونشر الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان الأردن 2001 ص 664 .

## ج- في قانون المحاماة بلبنان :

أما في قانون المحاماة بلبنان ، فإن النظام الداخلي لنقابة المحامين في بيروت أشار إلى أن انقطاع المتدرج عن متابعة تدرجه دون عذر مقبول ، يوجب على صاحب المكتب أن يعلم مجلس النقابة تحت طائلة المسؤولية المسلكية ، وحينها يعرض النقيب الأمر على مجلس النقابة الذي يحق له اتخاذ قرار وقف تدرج المتدرج عند الاقتضاء ، وكذلك الأمر إذا لم يبين سبب الانقطاع . وفي حالة عدم العثور على المتدرج يعرض الأمر على المجلس لاتخاذ القرار الملائم بشأن وقف التدرج. غير أنه يحق للمتدرج التعرض على هذا القرار بعد تبليغه داخل أجل خمسة عشر يوماً ، مما يخول حق عودة المتدرج الموقوف تدرجه ، إلى مزاولة التدرج بقرار من مجلس النقابة ، وتؤدي مدة انقطاعه عن التدرج إلى إطالة مدة التدرج بالقدر الذي يرثيه مجلس النقابة <sup>1</sup> .

هذا وان نقابة المحامين بطرابلس لبنان أشارت في نظامها الداخلي إلى أن حالة الالتحاق بخدمة العَلم توقف فترة تدرج المتدرج ( م 3/19 ) .

## د- في قانون المحاماة بالمغرب :

إن المشرع المغربي في قانون المحاماة رقم 28.08 الصادر بتاريخ 2008/10/20 رتب جزاء الانقطاع عن ممارسة التمرين بتمديد التمرين لنفس مدة الانقطاع ، وذلك عن كل انقطاع في ممارسة التمرين بدون سبب مشروع (المادة 16 من قانون المحاماة) . كما أن الاستمرار في الانقطاع رغم تمديد فترة التمرين قد يؤدي إلى الحذف من لائحة التمرين (م 17 من ق.المحاماة) .

أما إذا كان سبب الانقطاع مشروعاً ، فإن المشرع لم يتعرض لحالاته ولا لنتائجه . فما هو السبب المشروع؟ (أ) وما هي نتائجه المحتملة؟ (ب) .

## أ- السبب المشروع للانقطاع عن التمرين :

الانقطاع عن التمرين هو الغياب عن ندوات التمرين أو الغياب عن أشغال مكتب المحامي الممرن ، أو عدم الحضور بالجلسات <sup>2</sup> .

ومن الناحية العملية فإنه لم تطرح على هيئات المحامين بالمغرب - على حد معرفتي - أية حالة للانقطاع عن التمرين بأسبابها المشروعة ، ولهذا السبب فإن المشرع في قانون المحاماة لم يتعرض لهذه النقطة في قوانين المحاماة المتعاقبة إلى غاية القانون الحالي الصادر سنة 2008 ، وكذلك فإن الأنظمة الداخلية لهيئات المحامين بالمغرب هي بدورها لم تتعرض لهذه الأسباب المشروعة ، وأشارت فقط إلى أن : " كل انقطاع دون سبب مشروع عن ممارسة التمرين ينتج عنه وجوباً تمديد فترة التمرين لنفس المدة (م 88 من النظام الداخلي لهيئة الرباط) .

ولعله من الأسباب المشروعة، الحالات التالية : الانقطاع لخدمة العَلم سواء في الداخل أو في الخارج ، وكذلك الانقطاع بسبب مرض قد يطول شفاؤه ، أو الانقطاع لسفر للخارج بغية الدراسة أو العلاج أو الانقطاع بسبب القيام بخدمة وطنية ، أو الانقطاع بسبب قوة القاهرة .

<sup>1</sup> المادة 17 و 18 حسب تعديلها بقرار المجلس رقم 5696 بتاريخ 13/4/1973

<sup>2</sup> الفصل 78 من النظام الداخلي لهيئة المحامين بالرباط لسنة 1995 .

وفي هذا المعنى فقد جاء الفصل 81 من المرسوم رقم 91-1197 الصادر بتاريخ 1991/11/27 الذي ينظم مهنة المحاماة بفرنسا تقول ترجمته<sup>1</sup>: " لا يمكن للتمرين أن يتوقف لأكثر من ثلاثة أشهر إلا برخصة ممنوحة استثناء من المجلس الإداري للمركز الإقليمي للتكوين المهني . وتكون الرخصة من حق المتمرّن عند أدائه لخدمة وطنية " .

وجاء أيضا في هذا المعنى، قرار محكمة العدل العليا بالأردن ، من أن : "تعيين المستدعي محاضرا متفرغا في الجامعة الأردنية قبل إكمال مدة التدريب تستدعي انقطاعه عن التدريب ، ذلك لأن التفرغ بمعناه اللغوي والاصطلاحي يفيد التخلي عن الأشغال في الأعمال الأخرى وبذل الجهود في العمل الذي تفرغ له ، وهذا أمر لا يتحقق عندما يكون المحامي المتدرب محاضرا متفرغا في الجامعة إذ أن هذا التفرغ يحول بينه وبين التفرغ للتدريب وملازمة أستاذه ومرافقته في حضور قضاياها أمام المحاكم طيلة أيام التدريب . إن المدة التي تلي تعيين المحامي المتدرب محاضرا في الجامعة لا تحسب من مدة التدريب . إن المدة التي تلي تعيين المحامي المتدرب مدرسا في الجامعة لا تحسب من مدة تدريبه ما دام أن القيام بواجباته كمدرس يحول بينه وبين القيام بواجباته كمحام متدرب " 2 .

أما من حيث الانقطاع بسبب قوة القاهرة كحالة الحرب ؛ فقد كان التشريع المغربي<sup>3</sup> يمنح تخفيضا وليس فقط إيقافا، من مدة التمرين قد تصل إلى نصف المدة المقررة في القانون ، ويعتبرها كمدة تمرين أنجزت فعلا ، وذلك إما لأسباب لها علاقة بالحرب وإما بسبب إجراءات عامة أو خاصة غير مألوفة في القانون العام . وكان هذا التخفيض من مدة التمرين تمنح أيضا لأولئك الذين توفرت فيهم شروط القبول في التمرين ولكن حالت دونهم تلك الظروف والأسباب المشار إليها آنفا (ف 1، 2، من الظهير)<sup>4</sup>.

#### ب- النتائج المحتملة للانقطاع المشروع عن التمرين :

فإذا كان الانقطاع عن التمرين لأسباب مشروعة حسب الحالات المشار إليها سابقا فما هي نتائج ذلك ؟ .

أعتقد أنه إذا كان الانقطاع عن مدة التمرين تزيد عن ثلاثة أشهر بسبب مشروع ، فإن مجلس

الهيئة لن يتخذ قرارا بالحذف من لائحة التمرين حتى ولو كان التمديد قد تم قبل ذلك .

أما إذا كان الانقطاع والاستمرار فيه قد يطول كثيرا بسبب مرض أو متابعة الدراسة بالخارج

مثلا ، فإنه ينبغي العمل على إيقاف<sup>5</sup> التمرين إلى حين إنهاء الحالة المرضية أو إنهاء الدراسة . ولكن كيف السبيل إلى ذلك ؟ .

<sup>1</sup> - Le stage ne peut être suspendu plus de trois mois, sauf dérogation accordée par le conseil d'administration du centre régional de formation professionnelle. Pour l'accomplissement de service national, la dérogation est de droit.

<sup>2</sup> قرار محكمة العدل العليا رقم 81/112 س 82 د. نعمان أحمد الخطيب ، م.س.ص 652 .

<sup>3</sup> ظهير شريف صادر بتاريخ 1945/10/28 بشأن امكانية تخفيض مدة التمرين لبعض المحامين المتمرّنين (ج.ر عدد 1727 في 1945/11/30) .

<sup>4</sup> وقد جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالرباط تفسير لهذا الظهير بقولها من أن : " نص ظ 1945/10/28 لأسباب قد أوضحها ، على تخفيض

من مدة التمرين بالنسبة للذين برروا أنهم كانوا من قبل في وضعية استحالة عليهم فيها التماس أو الحصول على قبولهم في التمرين .

فهذا النص يقصد بالتأكيد الطلبة أو المجازين في الحقوق الذين كانوا قد توجهوا الى الهيئة الا انه حيل بينهم وبين التماس قبولهم في التمرين نتيجة أحداث الحرب ، وليس جمهور الموظفين أو غيرهم من مدنيين أو عسكريين الحاصلين على الإجازة في الحقوق والذين كان يخامرهم شعور عرضي ويعيد بممارسة مهنة المحاماة في يوم ما والذين فقط أجّلوا طموحاتهم المستقبلية فظلوا من جراء الظروف المترتبة عن الحرب مرتبطين بالدولة أو بإدارتهم زمنا طويلا لم يكونوا ليتمنونه (قرار 1949/1/11 إبراهيم زعيم ومحمد فركت ، وكالة الخصام ، المحاماة ، ج 1 مؤسسة بنشرة للطباعة والنشر ، الدار البيضاء 1991 ص 252 ) .

<sup>5</sup> وقف أو إيقاف suspension أي تعطيل مؤقت عن السير العادي إذا كان الموضوع حقا أو عن النفاذ إذا كان شرطا (المعجم القانوني رباعي اللغة ، عبد الفتاح مراد ، ط 1996 ص 520) .

ثانياً: اقتراح حل لحالة الانقطاع بسبب مشروع عن ممارسة التمرين :

أعتقد أن على المحامي المتمرن في هذه الحالات من الانقطاع بسبب مشروع عن ممارسة التمرين، والتي قد تطول مدتها فتتجاوز الثلاثة أشهر، أن يتقدم بطلب إلى مجلس هيئة المحامين يشرح فيه ظروف انقطاعه عن ممارسة التمرين حسب الحالات مع إثبات جدية الطلب قصد الاستفادة من إيقاف التمرين، وبعد دراسة الطلب في مجلس الهيئة والمداولة بشأنه يقرر إيقاف التمرين إلى حين انتهاء المدة المطلوبة أو المحتملة لانتهاء الحالة موضوع الطلب .

وفي جميع حالات الانقطاع عن ممارسة التمرين، فإنه لا يمكن اتخاذ أي مقرر من طرف مجلس الهيئة، إلا إذا تم الاستماع إلى المعني بالأمر لشرح ظروف انقطاعه سواء بصفة تلقائية أو بتوجيه استدعاء من طرف المجلس .

وينبغي أن يذكر في مقرر المجلس الإيجابي، تاريخ بداية إيقاف ممارسة التمرين وسببه ومدته ..

وفي هذا الإطار لابد من الإشارة إلى أن النقيب فرنان بالي نقيب المحامين في حلب بسورية، أشار في مقالة حول التمرين إلى هذه الفكرة، حيث قال: " يمكن لمجلس النقابة إيقاف مدة التمرين بناء على طلب المحامي المتمرن في أحوال معينة، لخدمة العلم أو بسبب مرض قد يطول شفاؤه أو لسفر للخارج بغية الدراسة الخ.." 1 .

ونفس هذا الرأي، جاء في الفقرة 3 من القاعدة رقم 15/13 من كتاب دستور المحامين كما يلي: "

يجوز إيقاف مدة التمرين بناء على طلب المحامي المتمرن في أحوال معينة كخدمة العلم أو بسبب مرض قد يطول شفاؤه أو لسفر للخارج بغية الدراسة أو العلاج" 2 .

خاتمة باقتراح تعديل النظام الداخلي لهيئة المحامين :

وفي الختام لابد من تعديل المادة 88 من النظام الداخلي لهيئة المحامين بالرباط، وذلك حتى تصير مواكبة لحل مثل المشكل المطروح والمشاكل المشابهة، كما سبق الإشارة إلى ذلك آنفاً، وبذلك نقترح التعديل التالي بإضافة فقرة ثالثة إلى المادة المذكورة وتعديل الفقرة الرابعة منه كما يلي :

" يجوز لمجلس الهيئة إيقاف مدة التمرين لسبب مشروع وبطلب من المحامي المتمرن .

" لا يمكن لمجلس الهيئة اتخاذ مقرر الإيقاف أو التمديد إلا بعد الاستماع إلى المعني بالأمر أو تخلفه عن الحضور " .

<sup>1</sup> أسامة توفيق أبو الفضل، كنوز المحامين، ج1 ط2 دار الطليعة الجديدة، دمشق 2008 ص 361

<sup>2</sup> أسامة توفيق أبو الفضل، دستور المحامين، دار العوام للطباعة والنشر، سورية، دمشق 2011 ص 317



## حكم الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا اليمنية بعد دسئورية مواد من قانون القضاء مُعلقاً عليه...



فضيلة الأستاذ الدكتور: خالد الجمرة مستشار قانوني لمؤسسات وجهات خاصة

أستاذ الفقه المقارن والقانون الجنائي في عديد من الجامعات اليمنية

كاتب رأي في عدد من المواقع والصحف اليمنية والعربية

email : khaledalj@hotmail.com

مقدمة :

لقد أصدرت الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا اليمنية حكماً قضى في فقراته بعدم دستورية مواد من قانون السلطة القضائية في اليمن ، هذا الحكم سابقة قضائية وقد أدى لتعطل جزء كبير من أجهزة السلطة القضائية التي كانت تديرها وزارة العدل ويشرف عليها الوزير حيث كان أهم ما قضى به الحكم من فقرات هو تعطيل عضوية وزير العدل بمجلس القضاء وعدم مشروعية الكثير من الاختصاصات التي رتبها القانون بحجة أن وزير العدل يمثل السلطة التنفيذية وفي هذا افتتات على السلطة القضائية و استقلالها كما جاء في الحكم. لقد قرأت الحكم وتناولته تحليلاً ومناقشة وهو موضوع هذه الكتابة المتواضعة...

في كتابة سابقة تناولت ما سترتب على حكم الدائرة الدستورية بشأن عدم دستورية بعض مواد قانون السلطة القضائية، وتطرقت للخطوات الواجب المضي بها لتلافي دخول القضاء في غيبوبة طويلة بفعل شل الكثير من أجهزته نتيجة هذا الحكم ، وقلت أن أهم هذه الخطوات التحرك السريع لإصدار تعديلات تشريعية جديدة تُفصل ما ترتب على هذا الحكم من قواعد في نصوص قانونية جديدة، وعلى هذه الفكرة استقام صلب تلك الكتابة باستثناء تعليقات مقتضبة لبعض ما تطرق له الحكم اقتضته الضرورة لمزيد من التوضيح وقتها.

أما التعليق على الأحكام القضائية فهو شيء آخر إذ يُعدّ عملاً قانونياً مجتاً، ويكون في الغالب منصباً على تلك النوعية من الأحكام التي تقوم تسيباتها أو أغلبها على الاجتهاد إما لغموض في النص أو لفراغ تشريعي.

وسبق تناول الفقه مسألة التعليق على أحكام القضاء وصاحب ذلك الكثير من الجدل، وللأسف فإن غياب المطبوعات والمنشورات القانونية الدورية والمحكمة في اليمن لم يسمح بالاطلاع على رأى فقهاء القانون في اليمن تجاه هذه المسألة، مع استحالة الاطلاع على كل المنشورات العلمية القانونية الأخرى من مثل المؤلفات والدراسات

العلمية الخاصة وغيرها ، وفي هذا أتذكر أن مطبوعة التحكيم الذي يصدرها المركز اليمني للتوفيق والتحكيم كانت في عدد قديم قد نشرت دراسة حول هذه المسألة؛ وللأسف اعتمدت هذه الدراسة على مراجع فقهية غير يمنية ، مع هذا انتهت هذه الدراسة إلى أن الفقه القانوني اختلف في مسألة جواز التعليق على أحكام القضاء بين مؤيد ومعارض، المعارض اعتبر أن التعليق على أحكام القضاء تدخل في شؤون واستقلالية القضاء، يؤثر عليه بوجه أو بأخر سواء كان التعليق إيجاباً أو سلباً ، بينما الرأي الثاني خالف هذا الاتجاه واعتبر نقد الأحكام القضائية إضافة للدراسات القانونية تساعد السلطة التشريعية على تلمس إيجابيات وسلبيات التشريع ، إلا أن هذا الرأي اشترط لذلك أن تكون الأحكام القضائية محل النقد أحكام باثة لا تحتمل الطعن بالطرق العادية وغيرها....

هذا الجدل تجدد عقيب ثورة يناير في مصر الشقيقة ؛ حيث تم إحالة رموز النظام السابق إلى القضاء، وتباينات القرارات القضائية الإجرائية والموضوعية في حقهم ، ونُظر للكثير منها على أنه لصالح المتهمين ، وهو ما دفع بمؤسسات إعلامية حزبية ومستقلة فردية وجماعية إلى مهاجمة هذه المقررات ومصدريها ، هذا الهجوم أدى إلى إثارة جديدة لمسألة جواز أو عدم جواز نقد الأحكام القضائية ؛ وهو ما استدعى بمجلس القضاء المصري إلى التصدي لهذه الظاهرة إن جاز التعبير، وأصدر بيان خلص فيه إلى حظر التعليق على الأحكام القضائية أو التعرض لها إلا بإحدى وسيلتين :

- الأولى : الطعن على الحكم وتعيينه أمام محكمة الطعن وفقاً للطرق والضوابط المقررة قانوناً .
- أما الثانية : فهي التعليق العلمي على الأحكام وهي كما وصفها بيان مجلس القضاء الأعلى وسيلة مشروطة بضوابط عديدة أهمها : أن يكون التعليق من متخصص ، وأن يتناول حكماً استنفدت طرق الطعن عليه تفادياً لمظنة التأثير على قضاء الطعن. وألا يناقش التعليق إلا المبادئ التي شيد عليها الحكم بناءه دون أدنى تعرض للهيئة التي أصدرته أو التفتيش في خبايا النوايا أو مكنون الضمائر، وأن يتم التعليق من خلال مطبوعة قانونية متخصصة، وبغير هاتين الوسيلتين قرر مجلس القضاء الأعلى في مصر أنه يحظر التعليق على أحكام القضاء، بل ونص صراحة أنه يضحى التعليق جريمة ويوقع صاحبه تحت طائلة العقاب ، خاصة إذا تجاوز للمساس بشخص القاضى والتعرض لأسرته وحرمة حياته الخاصة.

ومع أن هذا البيان كان واضحاً في لفظه صريحاً في معناه ، إلا أنه قوبل برفض من جميع وسائل الإعلام ، بل وتمدد هذا الرفض إلى أن وصل إلى قطاع كبير من مكونات الجهاز العدلي والقانوني داخل مصر ، ووصف هذا البيان بأنه تكميم للأفواه، وقيد للحرية التي قامت من أجلها ثورة يناير، واستمر مع ذلك نقد الأحكام القضائية ؛ بل وحتى تعرض الكثير من القضاة للتجريح والرد والتشكيك بعداتهم ووطنيتهم وتعالى المطالب بعزلهم. هذه التجربة تؤكد أن تحصين الأحكام القضائية من النقد مع الانفتاح الإعلامي المتعدد الوسائط مستحيلاً.

إن من المهم القول أن الأحكام القضائية عمل إنساني بحت ، لذلك لا يستحسن ولا يُفضل تحصيلها من النقد لا بقرار ولا ببيان ولا حتى بقانون ؛ لاسيما حال ما كان القضاء ركيكاً وضعيفاً ، ويعانى من اختلال كبير في مدخلاته، وتلقى مخرجاته سخط مجتمعي عريض ، لهذا تكون في الغالب الدراسات النقدية للأحكام القضائية وجه مؤثر من أوجه الرقابة الشعبية على أداء السلطة القضائية، ووسيلة علمية لمناقشة أحكام القضاء يستحيل حتى ضبطها بقواعد محددة، إذ يبقى ضابطها الوحيد هو ضمير الناقد القانوني فحسب.. مع اعتبار أنه يجب التمييز بين حجية الأحكام وبين تسببها وحيثياتها فإذا كان نقد مسببات الأحكام وحيثياتها عملاً مشروعاً يدخل ضمن الرقابة المجتمعية على أعمال القضاء ، فإن حجية الأحكام بالمقابل أمر مقدس لا يمكن رفضها وعدم القبول بها مهما كانت مقرراتها إلا بالطرق القانونية الإجرائية المشروعة فقط.

إن هذه المقدمة مهمة وضرورية للتأكيد على أن الدراسات النقدية للأحكام القضائية مشروعة ، لكن ينبغي أن تكون وفق أصول أهمها احترام اجتهاد الهيئة القضائية مصدرة الحكم فرداً كان أو مجموعة، والتسليم طوعاً بأحكامها الباتة.

فنقد الأحكام القضائية إنما هو مشاركة في الاجتهاد، قد تتفق وتختلف في التقدير مع ما قرره الهيئة القضائية المصدرة للحكم ؛ لكنها في كل الأحوال مشاركة يجب أن تتأسس على قاعدة الاحترام لهذه الأحكام ومصدرها بل والقبول بها كذلك وفق ما سبق، ولل قضاء كما للسلطة التشريعية الاستفادة من هذه المشاركة والأخذ بها إن كانت أهلاً لذلك. إن ما يجب التأكيد عليه أو بالأصح إعادة التأكيد عليه هو أن الحكم الصادر بعدم دستورية بعض نصوص قانون السلطة القضائية الصادر من الدائرة الدستورية بالحكمة العليا - محل التعليق - بما تضمنه من مقررات هو بكل تأكيد علامة فارقة في العلاقة بين القضاء وغيره من السلطات في اليمن، لكن لا يعني هذا أن الاجتهاد المبذول فيه كان سليماً وكافياً، ومع ما سبق في الكتابة السابقة تظهر بوضوح بعض جوانب الضعف في الحكم - محل التعليق - في عديد من الفقرات منها فقرة الحكم المتعلقة بالتقرير بعدم دستورية المادة (89) من قانون السلطة القضائية ؛ إذ قررت الدائرة الدستورية في حكمها أن الحوار الدستوري واضحاً في هذه المادة لأن فيها مخالفة للمادة (149) من الدستور لفظاً ومعنى ، فالدستور قد قرر استقلال القضاء قضائياً ومالياً وإدارياً، بينما هذه المادة تعطي وزير العدل الذي يمثل السلطة التنفيذية حق الإشراف المالي والإداري....

وحتى تتضح أكثر أبعاد هذه المادة المحكوم بعدم دستورتها أنسخها بنصها حرفياً هنا ليسهل توضيح ما يمكن أن يوصف بأنه قصور في الاجتهاد عند هيئة حكم الدائرة الدستورية في ما يتعلق بهذه الجزئية من الحكم محل التعليق ، إذ نصت المادة (89) من قانون السلطة القضائية على أن : (مع عدم الإخلال بما للقضاء من استقلال فيما يصدر عنه من أحكام أو قرارات.. يكون لوزير العدل حق الإشراف الإداري والمالي والتنظيمي على جميع المحاكم والقضاة ، ولرئيس كل محكمة حق الإشراف على القضاة التابعين له ، وللنائب العام حق الإشراف على أعضاء النيابة العامة على ضوء القوانين والقرارات التي تنظم ذلك).

من النص يتضح ويتبين إن المشرع وهو يمنح وزير العدل حق الإشراف المالي والإداري والتنظيمي على المحاكم والقضاة إنما يمنحها محرزة بضابطين دقيقين جداً نص عليهما صراحة في مطلع المادة وخاتمتها ؛ الأول عدم الإخلال باستقلال القضاء ، والثاني أن يتم ذلك وفق ما ينص عليه القانون ، وهذا يعني أن المشرع بهذا النص حصّن مبدأ استقلال القضاء من أي قرار يضر به قد يصدره وزير العدل وفق هذا الاختصاص الممنوح في هذا النص ، وهو بهذا أي المشرع يمنح القضاء العادي حق مراقبة التزام وزير العدل بهذين الضابطين ، بل ويقرر إعدام كل القرارات التي تتعارض مع مبدأ استقلال القضاء، فيكون بالتالي القضاء العادي هو القضاء الذي يراقب ويحمي هذا المبدأ الوارد في هذا النص وفقاً لولاية إلغاء القرارات الإدارية وليس القضاء الدستوري الذي يمتلك حق ولاية إلغاء النصوص القانونية ، فمع هذا النص الوارد في مطلع هذه المادة لم يكن هنالك محل أصلاً للاجتهاد لا لهيئة الدائرة الدستورية ولا غيرها ، والقول أن هذه المادة تعارض استقلال القضاء مع هذين الضابطين الدقيقين الواردين فيها يبقى تقرير غير سليم واجتهاد في غير محلة البتة لتقاطعه مع النص فإذا حضر النص غاب الاجتهاد...

إذا كانت هيئة الدائرة الدستورية وقعت في خطأ بتقديرها لأحكام تأسيساً على اجتهاد ولد ميتاً لمزاحمته نصاً جلياً نافذاً كما بقرارها بشأن المادة (89) من قانون السلطة القضائية ، فإنها وقعت في خطأ جسيم عندما لم تتوفق في قراءة وتفسير بعض النصوص أو أنها استوعبتها بشكل قاصر ويظهر هذا جلياً في استيعابها لمفهوم الفقرة الأخيرة من نص المادة (152) من الدستور إذ نصت هذه المادة على أنه: (يكون للقضاء مجلس أعلى ينظمه القانون ويبين

اختصاصاته وطريقة ترشيح وتعيين أعضائه ، ويعمل على تطبيق الضمانات الممنوحة للقضاة من حيث التعيين و الترقية و الفصل و العزل وفقاً للقانون ، ويتولى المجلس دراسة وإقرار مشروع موازنة القضاء ، تمهيداً لإدراجها رقماً واحداً في الموازنة العامة للدولة ) .

وفقاً للدستور فإن إقرار موازنة الدولة بما فيها موازنة القضاء وغيره من هيئات وسلطات الدولة لا يتم إلا بقانون يصدر من مجلس النواب الذي هو السلطة التشريعية ، فيكون اختصاص إقرار موازنة القضاء هو اختصاص أصيل للسلطة التشريعية ، وبالتالي وفقاً للمادة (152) من الدستور فإن الجزء المتعلق بموازنة القضاء يفهم ويستوعب في أن مجلس القضاء الحق في أن يقر موازنة القضاء كمشروع فقط، ومن ثم يُقدم هذا المشروع للسلطة التشريعية المختصة دستورياً بإقرار موازنة الدولة بقانون تصدره لأجل ذلك... وهنا يمكن أن نضع تساؤل كيف سيقدم مجلس القضاء الأعلى هذا المشروع للسلطة التشريعية المعنية دستورياً بقراءة ومراجعة وإقرار موازنة الدولة المقدمة فقط من الحكومة؟

الإجابة الوحيدة لهذا التساؤل وفق ما يذهب إليه ويقره الدستور ووفق ما تقدم شرحه أن مجلس القضاء يقر موازنة القضاء كمشروع فحسب يقدم بعد ذلك عبر وزير العدل إلى الحكومة التي تدمج رقمه النهائي مع موازنة الدولة كرقم واحد دون تفصيل أو تبويب وتقدمها كموازنة متكاملة إلى السلطة التشريعية... ولكن كيف لمجلس القضاء أن يقر مشروع موازنته ، وهل القانون وضح الوسيلة المثلى لتقدير هذه الموازنة ، وهل أحاط هذا التقدير بضمانات بحيث يكون التقدير متوازناً مع الوضع المالي للخزينة العامة!!!؟ للأسف الإجابة لا؛ فالقانون وهو الشارح الأمين للدستور لم يجدد إجراءات ووسائل معينة تحكم هذا التقدير، كما لم يجدد الطريقة التي يمكن لمجلس القضاء تقديم هذا التقدير في مشروع إلى مجلس النواب وهذا هو للأسف ما أعدم الجدوى من هذا النص وجعل من تطبيقه بالسير الذي فهمته الدائرة الدستورية وأفصحت عنه في حكمها محل التعليق أمر مستحيل لتناقضه مع الواقع، وحيث وأن النص قديم فإنه يخضع في ترجمته عملياً للواقع والسوابق... والسوابق في هذا تتحدث أن مجلس القضاء قدم غير مرة أرقام لموازنة القضاء عبر مجلس القضاء إلى مجلس الوزراء لم تحترمها السلطة التنفيذية ولم تصل حتى إلى السلطة التشريعية لأنها بحسب تبرير الحكومة لم تكن مبنية على تقديرات واقعية للحساب المالي العام للدولة ، وهنا يجب التوضيح أن النص الدستوري الواضح في المادة (152) لم يمنح كما يعتقد البعض لمجلس القضاء حق إقرار مشروع موازنة القضاء كرقم واحد فقط؛ بل إن الحق الممنوح من الدستور لمجلس القضاء تضمن حق إقرار مشروع متكامل لموازنته، ولم يضمن ويحصن إلا عملية إدراجه من السلطة التشريعية في ما بعد ضمن الموازنة المقررة كرقم واحد ، فيكون المجلس ملزماً بتقرير موازنة متكاملة ومبوبة للقضاء لمناقشتها مع السلطة التنفيذية بحسب ما هو عليه الحساب المالي للدولة وفق التقديرات الواقعية المبنية على قواعد وأحكام حسابية علمية دقيقة ترتبها الحكومة ، وعند إقرار مجلس القضاء لمشروع موازنة القضاء بعد ذلك يقدمه (كمشروع) إلى الحكومة التي تدرجه ضمن مشروع موازنة الدولة المقدم للسلطة التشريعية التي بدورها تراجع وتقر ثم تصدر هذا المشروع بقانون فيه يجب أن تكون موازنة القضاء المقيدة به رقماً واحداً فحسب..، إذن فقراءة هذا النص بما يخالف ما سبق تفصيله هو بكل تأكيد مخالفة لمبادئ دستورية واضحة ومؤكدة بنصوص صريحة في الدستور والقانون معاً؛ لنخلص في هذا أن إقرار الموازنة لا يتم إلا بتشريع من السلطة التشريعية التي لا تستطيع أي سلطة أخرى أن تلزمها بتشريع ما لا يتفق مع توجهها هي باعتبارها تمثل إرادة الشعب التي لا يعلى عليها، فهي الوحيدة التي تمتلك حق التشريع ، بينما حق اقتراح مشاريع للقوانين وفق ما جاء في الدستور هو حق أصيل للحكومة أو لأحد أعضاء مجلس النواب ، فتكون السلطة القضائية ممثلة بمجلس القضاء وفق هذا ملزمة بتقديم مشروعها إلى مجلس الوزراء الذي هو جهاز السلطة

التنفيذية التي تقدم بدورها هذا المشروع إلى السلطة التشريعية لمناقشته وإقراره وفق ما تقرره هي أي السلطة التشريعية وليس للسلطات الأخرى حق إملاء أو فرض تشريع ما عليها، وهو ما يعنى في أحسن الأحوال أن مجلس القضاء دستورياً ليس له إلا حق التشاور وطلب التفاهم مع السلطتين التنفيذية والتشريعية لإقرار مشروعه المقترح لموازنة القضاء كرقم واحد في الموازنة، ولا يمتلك حق إلزام أو إرغام السلطتين التنفيذية والتشريعية على القبول بالرقم الذي يقرره... ثم إنه لا يعقل منطقياً وعملياً أن يفرض مجلس القضاء رقماً معيناً للموازنة القضائية دون تروى ومراجعة علمية مهنية للحساب العام للدولة، وإلا لقليل جداً أن مجلس القضاء يستطيع أن يضع رقماً كبيراً يساوى موازنة الدولة ككل، وعلى السلطتين التشريعية والتنفيذية حينئذ القبول به دون نقاش أو جدال، وهذا أمر يستحيل بالطبع وغير قابل للتطبيق في أكثر الأنظمة القضائية المعاصرة استقلالية وأكثرها عراقية، ومن ثم فإن دور مجلس القضاء لا يتجاوز في هذا سوى إبداء الرأي والمشورة للسلطتين التنفيذية والتشريعية في ما يتعلق بمشروع موازنة القضاء وهو ما ترجمته المادة (109/ و) من قانون السلطة القضائية التي قررت الدائرة الدستورية عدم دستوريته، وهي ترجمة أنقذت النص الدستوري الوارد بالمادة (152) من أزميتين الأولى أزمة مشروعيتها تعلقت بمشروعية النص حتى تُمنح سلطة غير التشريعية حق إقرار تشريع، والثاني أزمة فعالية تمثلت في استحالة تنفيذ النص وفق التفسير الخاطئ للدائرة الدستورية للنص الدستوري كما سبق تفصيله.

إن الاجتهادات متى ما بنيت على قناعات مُسبقة فأنها بكل تأكيد ستكون قاصرة غير مُقنعة استدلالاتها، وهذا ما حدث مع ما جاء في حكم الدائرة الدستورية بشأن ما قرره بعدم دستورية المادة (104) التي تحدد قوام مجلس القضاء الأعلى و تسمى وزير العدل عضواً بمجلس القضاء الأعلى، إذ كان يجب على الدائرة الدستورية أن تتوسع في تفسيرها لما ذهب إليه بشأن عدم مشروعية عضوية وزير العدل في مجلس القضاء الأعلى، إذ أن كل ما قرره في هذا؛ أن مجلس القضاء يقوم بدورة واختصاصاته بمجموع أعضائه وهذا بحسب ما جاء في التفسير الغريب للدائرة يعنى أن وزير العدل سيمارس هذه الاختصاصات باعتباره عضواً في المجلس وهو ما يعنى إشراك السلطة التنفيذية في إدارة شؤون القضاة والقضاء كون وزير العدل ممثل للسلطة التنفيذية، هذا ما أرادت الدائرة أن توضحه؛ ويبدو أن الدائرة لم ترجع إلى لائحة مجلس القضاء الأعلى النافذة والصادرة بقرار رئيس الجمهورية التي توضح أن اتخاذ القرارات داخل اجتماعات المجلس يتم بالتصويت ولا يمتلك وزير العدل فيه إلا صوتاً واحداً بجانب ثمانية أصوات أخرى بمعنى أن مشاركته في إدارة شؤون القضاء ستذوب حتماً أمام أصوات باقى الأعضاء ومشاركاتهم، ومع أن التقرير بعدم دستورية هذه المادة كان جزئياً يتعلق بعضوية الوزير فقط للمجلس إلا أن الدائرة الدستورية ومن حيث لا تعلم عطلت كل مجلس القضاء الأعلى تماماً، إذ أن المجلس بحاجة إلى نص جديد ليمارس سلطاته الدستورية والقانونية وفق قوامه الناقص لعضوية وزير العدل، فالأحكام الدستورية لا تمنح تراخيص، ولا تشرع نصوص لأحكام جديدة لأنها بهذا تغتصب اختصاصات السلطة التشريعية؛ هي فحسب تسحب المشروعية الدستورية من النصوص القانونية في حال قررت عدم دستوريته، ومن هنا فإن مجلس القضاء الأعلى لا يستطيع أن يمارس اختصاصاته بخلاف قوامه المحدد بنص المادة (104) من قانون السلطة القضائية وتعديلاته إلا بنص قانونى جديد يمنحه مشروعية بذلك، فالتقرير بعدم دستورية عضوية وزير العدل بمجلس القضاء لا يعنى تشريعاً جديداً بتكوين جديد لمجلس القضاء يستطيع أن يمارس اختصاصاته وفقاً له؛ فهذه الجزئية من الحكم تفرض قاعدة ذو أهمية على السلطة التشريعية، فهي ملزمة بأن تسارع في إصدار تشريع جديد يعيد ترتيب قوام المجلس بناءً على ما جاء في الحكم، إذ أن السلطة التشريعية في هذا الجانب أمام أكثر من خيار لكن جميعها يجب أن تشير صراحة أن وزير العدل لا يُمثل السلطة التنفيذية، هذه الخيارات يمكن أن تتجسد في إما بإعادة إصدار تشريع يرتب قوام مجلس القضاء دون

عضوية وزير العدل، أو بالنص على عضويته في المجلس وبشكل يضمن منعه من مباشرة اختصاصات المجلس كمنعه من حق التصويت - وهو ما جاء في مشروع نص مقترح جديد يتم مناقشته حالياً عبر لجنة مشكلة من مجلس الوزراء - كما يمكن التوفيق كذلك بين منح الوزير العضوية الكاملة لمجلس القضاء الأعلى متمتعاً بحق التصويت وأيضاً سحب الصفة التي أطلقها عليه الحكم عندما وصفه بممثل السلطة التنفيذية و يتأتى هذا بطريقتين إما بمنح مجلس القضاء الحق في سحب عضوية الوزير أو تجميدها من المجلس متى ما هددت قراراته أو توجهاته استقلال القضاء، أو باختيار من يكلف بشغل منصب وزير العدل من رجال القضاء بموافقة مسبقة من مجلس القضاء الأعلى بحيث يضمن أكثر تبعية الوزير لمجلس القضاء لا للسلطة التنفيذية مع ضرورة وضع ضوابط دقيقة جداً لهذا الاختيار، أما القول أن مجلس القضاء الأعلى يستطيع أن يباشر اختصاصاته بقوامه الناقص هذا على اعتبار أن الحكم لا يمس إلا عضوية وزير العدل فهو قول يخالف المبادئ القانونية والدستورية لا يجب التورط به لأن مثل هذا القول لو مضى في الواقع سيعرض كل مقررات اجتماعات مجلس القضاء بعد الحكم للبطلان، بل وسيشكك في قدرات وتقديرات رئيس وأعضاء المجلس للأحكام القضائية واحترامهم لها...

في الأخير مع أن الكثير من تسييبات وحيثيات الحكم غابت عنها قوة الحجة والإقناع نتيجة لافتقادها إلى تفسير محكم ومنضبط وواقعي للنصوص التشريعية من قبل هيئة الدائرة، إلا أن ما قرره الدائرة الدستورية في حكمها بإيجابياته وسلبياته بكماله وقصوره يلزم العمل به وحججه ثابتة على جميع السلطات.. هذه حقيقة ووضع يجب الوقوف عندها باحترام من الجميع إن كان القضاء بأحكامه محل للاحترام فعلاً، وهو مبدأ انضبطت عليه هذه الكتابة المتواضعة الذي يجب التأكيد في نهايتها من أن الجميع مع استقلال القضاء ولكن يجب أن يكون هذا الاستقلال محكوماً بنصوص صريحة وواضحة تتسق مع الواقع وتلبي الطموحات المعقولة، كما لا أنسى في الأخير أن أوجه دعوة لمعالى الأخ وزير الشؤون القانونية بضرورة الفحص الدقيق والتحري عند اختيار من يمثل الوزارة للرد على الدعاوى المحكومة بالقانون العام، كون ما ساقه ممثلوه من مبررات كردود على الدعوى الدستورية محل الحكم المعلق عليه قاصرة وسطحية جداً؛ والحمد لله رب العالمين.....

## الوقف على المكتبات في الحضارة الإسلامية (الأندلس نموذجاً)



مقالة من إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور

أنور محمود زناتي - جامعة عين شمس

تشير القراءة المتأنية لتاريخ الحضارة الإسلامية، في عصورها المختلفة إلى أن الوقف (1) قام بدور بارز في تطوير المجتمعات الإسلامية اقتصادياً واجتماعياً وثقافياً وعمرانياً. فقد امتدت تأثيراته لتشمل معظم أوجه الحياة بجوانبها المختلفة (2). ومن أهم المظاهر التي يتجلى فيها البعد العلمي للوقف هو "إنشاء المكتبات"، وفتح أبوابها في وجه طلاب العلم، وهو ما يعكس حب المسلمين للعلم، وحرصهم على نشره بين الناس، وتقديرهم البالغ لأهله وطلابه (3).

### ➤ الوقف على الكتب :

انتشرت مكتبات الوقف في الأندلس والمغرب على مر التاريخ، وكان شعب الأندلس شعباً يقبل على العلم للعلم ذاته، ومن ثم كان علماءهم متقنين لفنون علمهم لأنهم يسعون إليها مختارين غير مدفوعين بهدف غير التعلم، وكان الرجل ينفق ما عنده من مال حتى يتعلم، ومتى عُرف بالعلم أصبح في مقام التكريم والإجلال ويشير الناس إليه بالبنان (4). أما العلماء فقل من تجده متبحراً في علم واحد أو علمين؛ بل فيهم من يعد من الفقهاء والمحدثين والفلاسفة والأدباء والمؤرخين واللغويين (5).

كثرت مكتبات الأوقاف في الأندلس، وكانت تتاح فيها استعارة الكتب للجميع، ولا أدل على ذلك من الخبر الذي أثار على أبي حيان محمد بن يوسف بن حيان الأندلسي (ت 745 هـ / 1344 م) " إذ كان يعيب على مشتري الكتب، ويقول: الله يرزقك عقلاً تعيش به، أنا أي كتاب أردته استعرتته من خزائن الأوقاف وقضيت حاجتي " (6).

تعتبر مكتبات المساجد هي النواة التي قامت على أساسها كل أنواع المكتبات الأخرى، فكانت هناك مكتبة في كل مسجد واحتوت هذه المكتبات على كل أنواع الكتب دينية وثقافية، وقد كان من عادة العلماء أن يوقفوا كتبهم على المساجد ليضمنوا حفظها وإتاحتها للطلاب والدارسين (7). فخلال مدة إقامة المسلمين الطويلة في الأندلس

وجد العديد من المكتبات الملحقة بالمساجد والتي يستخدمها الناس الذين ليس لديهم مكتبات خاصة، فقد كان من عادة العلماء أن يوقفوا كتبهم على المساجد لضمان حفظها وجعلها متاحة للطلاب الدارسين وكانت هذه المكتبات تمتلئ بالكتب القيمة ذات الخط الجميل والتجليد الرائع والمصاحف وكتب الفقه وعلم الكلام (8).

كانت هناك مكتبة مسجد طَلَيْطَلَة (9) حيث كان من المساجد الشهيرة وتعقد فيه حلقات الدروس التي تجتذب الطلاب المسلمين والنصارى على السواء حتى كان يقصدها طلاب نصارى من جميع أنحاء أوروبا بما فيها إنجلترا واسكتلنده، وقد بلغت شهرة مكتبتها من حيث هي مركز للثقافة إلى أقصى البلاد النصرانية في الشمال (10). ومكتبة المسجد الجامع بقَرْطَبَة (11)، التي أسَّسَهَا الخليفة الأموي الحكم المستنصر سنة (350هـ/961م)، وقد أقام لها موظفين مخصَّصين للعناية بشئونها، وجمع فيها النسخ، وعيَّن لها عددًا كبيراً من المُجَلِّدين، وقد ظلَّت محطَّ أنظار العلماء وطلاب العلم في الأندلس (12)، وقد أمها مختلف الطلاب المسلمين والمسيحيين لا من اسبانيا فقط ولكن من أنحاء أخرى من أوروبا وأفريقيا وآسيا. ومكتبة مسجد الزهراء (13). ومكتبة مسجد مالقة وكان العلماء يدعمونها بما يجسونه عليها من كتب ومنهم محمد بن لب الكناني، الذي وقف جزءاً كبيراً من مكتبته الخاصة على الجامع الكبير بمالقة (14) وكان ابن لب " ذاكراً للعلوم القديمة معتياً بها عاكفاً عليها وقيل وفاته حبس داره وطائفة من كتبه على الجامع الكبير ومكتبته (15)..

قام المسجد بدور المدرسة ولذلك وجد به الكثير من الكتب القيمة وإن كانت الصفة الغالبة على هذه الكتب هي كتب الفقه وعلم الكلام بينما تقل فيها كتب الشعر غير الديني وكتب الفلسفة (16). وتذكر المستشرق سيجيريد هونكة أن الحكام أنشئوا في كل حي داراً للكتب وزودوها بمئات الألوف من الكتب وجعلوها في متناول الجميع وفي مختلف فروع المعرفة، وكانت مجموعاتها ما بين عشرة آلاف ومائة ألف مجلد (17). كمكتبة إشبيلية العامة أيام الرازي بن المعتمد (18).

كان الإنفاق على المكتبات بصفة عامة من ريع الأوقاف التي تُوقَف عليها؛ حيث كانت الدولة تُخصِّصُ لها أوقافاً مُعيَّنة، ويُقدِّمُ لها بعض الأغنياء وأهل الخير أوقافاً تساعد في الإنفاق عليها (19).

### ➤ الدور الحضاري :

ساهمت تلك المكتبات بدور فعال في عملية الاتصال بين العلماء حيث عملت على إمداد المؤلفين الأندلسيين بمصادر للمعلومات كان لها تأثير على مؤلفاتهم فيما بعد. كما وفرت تلك المكتبات الكتب النادرة والموجودة في المشرق سواء توفرت هذه الكتب في مكتبات خاصة، أو شبه عامة، أو عامة، حتى أتاحت للمؤلفين وإن لم يسافروا إلى خارج الأندلس أن يحصلوا على المعلومات التي يريدونها من داخل تلك المكتبات (20).

نتيجة لتلك الأوقاف على الكتب في الأندلس نشأت حضارة شاخحة ارتكزت على مجموعة من الركائز من أبرزها توفير الكتب للعامة فانتشرت المكتبات في طول البلاد وعرضها، وتعلق الأندلسيون بالكتب تعلقاً ملفتاً، وانتشرت موجة حب الكتب والقراءة بين جميع طبقات المجتمع الأندلسي بلا استثناء.

كما انتشرت ظاهرة وقف الكتب في الأندلس والمغرب على مر العصور، وجرت العادة أن تسلم للخزانات العامة، لتوضع تحت تصرف طلاب العلم والعلماء. وبفضل وقف الكتب والمكتبات انتشرت الثقافة في العالم



الإسلامي وشملت جميع طبقات الناس، فقد كان نظام المكتبات يشجع الناس على الإقبال عليها لما يجدونه من العناية والنفقة السخية والإقامة المريحة، فينكبون على القراءة والنسخ والمطالعة، لايزعجهم همٌّ، ولايشغلهم خوف، كل هذا بفضل الخير العميم الذي فاض على المجتمع الإسلامي من مؤسسة الوقف العامرة (21).

كما ساهم الوقف على الكتب بطبيعة الحال في تنشيط حركة التأليف في الأندلس حيث تفرغ عدد كبير من العلماء في مختلف المجالات للتأليف نتيجة توفر المكتبات الوقفية ووجود عدد لا بأس به في كل مدينة أندلسية. كما كانت تلك المكتبات تفتح أبواب المعرفة أمام الجميع، وأتاحت لهم فرصة الاطلاع على كتب وعلوم جديدة لم تكن متاحة لعدد كبير من الناس ولعبت دوراً في تثقيف الناس وجعلت من بينهم المفكرين والعلماء والأدباء وأمدتهم بما يحتاجون إليه في تأليف كتبهم.

لم تكن تلك المكتبات مجرد خزائن كتب، وإنما كانت مؤسسات تعليمية وتربوية أيضاً، فقد كانت أشبه ما تكون بالمدارس والجامعات، وبالتالي أسهمت نصيب وافر في العملية التعليمية فكانت مكاناً لعقد حلقات الدرس والمحاورات والمناقشات بين العلماء وأهل العلم، مما يتيح الفرصة للطلاب لعرض الأسئلة والاستفسارات وتلقي الإجابة عنها.

كان كثير من الأهالي يجسسون كثيراً من أراضيتهم وبيوتهم أو بعض موارد دخلهم على المساجد مثلما فعل عبد الملك بن حبيب السلمي (852/238 م) الذي كان له أرض وزيتون بقرية بيرة وهي إحدى قرى غرناطة وكان بها مسجد قراءته وحبس جميع ذلك على مسجد قرطبة (22) ومكتبته بطبيعة الحال.

وأمثلة وقف الكتب في الأندلس كثيرة منها أن العالم أبو الوليد البلجي (ت 1081/474 م) أوقف كل كتبه على مسجد بيرة عند أبي الحكم عبد الرحمن بن الحاج اللخمي (ت 601 هـ/1204 م) خطيب المسجد القائم بالاشراف على مكتبة المسجد (23).

وهناك العالم ابن مروان البلجي الذي وقف كل كتبه على مكتبة المسجد الجامع بإشبيلية. وكذلك وقف محمد بن محمد بن لب الكناني طائفة من كتبه على الجامع الكبير بمالقة (24). كما كان الوقف الطريقة التي حصلت بها الجامعات العظيمة مثل جامعتي قرطبة وطليطلة (25) على مكتبتهما (26).

كانت الكتب الموقوفة منهاً صافياً لطلاب العلم، وكان بعض العلماء يجسسون كتبهم عند أشخاص يثقون فيهم لضمان الحفاظ عليها وعدم تبديدها، وحتى يستفيد منها طلبة العلم بعد وفاة حابسها، ومنهم هارون بن سالم (ت 238 هـ/852 م) الذي وقف كتبه عند أحمد بن خالد (27)، وقاسم بن سعدان بن عبد الوارث (ت 347 هـ/957 م) الذي حبس كتبه عند محمد بن أبي دليم (28). وقام الفقيه محمد بن عيسى بن اسحق التجيبي (ت 485 هـ/1092 م) بحبس كتبه على طلاب العلم بالعدوة (29). ووقف أبو عبد الله محمد بن فتوح بن عبد الله الأزدي الحميدي (ت 488 هـ/1095 م) كتبه على أهل العلم فانتفع بها الناس (30) كما قام محمد بن علي بن ياسر الأنصاري الجياني (ت 563 هـ/1168 م) بوقف كتبه على أصحاب الحديث (31) ومحمد بن محمد بن محارب الصريحي المالقي (ت 750 هـ/1349 م) فقد عهد ببيع كبير على طلبة العلم وحبس عليهم كتبه (32).

## ➤ في الختام :

تعتبر المكتبات بصفة عامة ومكتبات الوقف بصفة خاصة من أهم دعائم الحضارة، فهي تقوم بحفظ وصيانة كنوز المعرفة وتنظيمها وإتاحتها للجميع، كما أنها تعطي صورة صادقة لدى اهتمام الشعب الأندلسي بالفكر والعلم والعلماء. والوقف على المكتبات، يعكس حب المسلمين للعلم، وحرصهم على نشره بين الناس، وتقديرهم البالغ لأهله وطلابه. وبفضل هذا الحب الذي غرسه الإسلام في أهله أقبل الناس على وقف الكتب وإنشاء المكتبات العامة والخاصة، وإن وقف المكتبات والكتب كان من مفاخر الحضارة الإسلامية ومآثرها التي فاقت بها سائر الحضارات (33).

## ➤ الهوامش :

(1) الوقف في اللغة: هو الحبس والمنع، يقال وقفت الدار، أي حبستها، ولا يقال أوقفتها، لأنها لغة رديئة، ويقال للشيء الموقوف: وقف من باب إطلاق المصدر وإرادة اسم المفعول. والوقف في الاصطلاح الشرعي فقد تعددت عبارات الفقهاء في تعريفه بناء على اختلاف آرائهم في لزومه، وتأييده، وملكيته. عرفه الإمام أبو حنيفة بقوله: " هو حبس العين على حكم ملك الواقف، وتسجيل منفعتها على جهة من جهات البر، وعبرة الإمام هنا تدل على أنه يرى أن ملكية العين الموقوفة تبقى في يد الواقف. وعرفه بعض المالكية بقوله: هو جعل المالك منفعة مملوكة، ولو كان مملوكا بأجرة، أو جعل غلته كدراهم، لمستحق، بصيغة مدة ما يراه الحبس"، راجع، علي جمعة محمد، الوقف وأثره التنموي، أبحاث ندوة "نحو دور تنموي للوقف"، صفحة 91، وأحمد أبوزيد: نظام الوقف الإسلامي: تطوير أساليب العمل وتحليل نتائج بعض الدراسات الحديثة، المنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة (الإيسيسكو)، الرباط، 1421هـ 2000م.

(2) راجع محمد عبدالقادر الفقي: دور الوقف الإسلامي في التنمية، مجلة الوعي الإسلامي، عدد رقم 532، بتاريخ 03-09-2010.

(3) راجع أحمد أبوزيد: نظام الوقف الإسلامي، مرجع سابق.

(4) مصطفى الشكعة: الأدب الأندلسي، دار العلم للملايين، ط5، 1983، ص 71.

(5) مصطفى صادق الرافعي: تاريخ آداب العرب، ج3، مطبعة الاستقامة، ط1، 1940، ص 331.

(6) المقري: نفع الطبيب، تحقيق إحسان عباس ط 1. دار صادر بيروت 1968 ج7، ص 376، 377.

(7) محمد محمد أمان: الكتب الإسلامية، مكتبة فهد الوطنية، الرياض 1990، ص 59.

(8) رضا سعيد مقبل: تاريخ المكتبات الإسلامية في الأندلس، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الآداب جامعة المنوفية، 2001 م، ص 89.

(9) شعبان عبد العزيز خليفة: الكتب والمكتبات في العصور الوسطى، مرجع سابق، ص 349.

(10) دي بور: تاريخ الفلسفة في الإسلام، ترجمة وتحقيق: محمد عبد الوهادي أبو ريبة، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1938 م، ص 283.

(11) خوليان ريبيرا: التربية الإسلامية في الأندلس، ترجمة الطاهر أحمد مكي، دار المعارف، 1994 م ص 207.

(12) ابن الأبار: التكملة لكتاب الصلوة، 190/1.

(13) أحمد فكري: قُرْبَةُ في العصر الإسلامي: تاريخ وحضارة، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية 1983 م، ص 123.

(14) مَالِقَةُ Malaga: بفتح اللام والقاف كلمة عجمية. مدينة بالأندلس عامرة من أعمال رية سورها على شاطئ البحر بين الجزيرة الخضراء وألمرية. قال

الْحُمَيْدِيُّ: هي على ساحل بحر الحجاز المعروف بالزقاق، والقولان متقاربان وأصل وضعها قديم ثم عمرت بعد وكثر قصد المراكب والتجار إليها فتضاعفت عمارتها حتى صارت أرشذونة وغيرها من بلدان هذه الكورة كالبادية لها أي الرستاق، وقد نسب إليها جماعة من أهل العلم. منهم عزيز بن محمد اللخمي

المالقي وسليمان المعافري المالقي. راجع: ياقوت: معجم، ج5، ص 43، أبو بكر الزهري: كتاب الجغرافية، ص 93.

(15) ابن الخطيب: الإحاطة في أخبار غرناطة، ص 80.

- (16) خوليان ريبيرا : التربية الإسلامية في الأندلس، ص 188.
- (17) سيجريد هونكه : شمس العرب تسطع على الغرب، ترجمة فاروق بيضون، ط7، دار الأفاق الجديدة بيروت، 1982، ص 449 - 450.
- (18) حسين مؤنس : تاريخ الجغرافيا والجغرافيون في الأندلس، مكتبة مدبولي، ط2، القاهرة 1986، ص 38
- (19) محمد حسين محاسنة : أضواء على تاريخ العلوم عند المسلمين، دار الكتاب الجامعي، العين. 2001 ص161.
- (20) شرين السيد عبده : الاتصال الوثائقي في الأندلس، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الآداب، جامعة الاسكندرية، ص 158.
- (21) راجع أحمد أبوزيد : نظام الوقف الإسلامي، مرجع سابق.
- (22) ابن الخطيب : الإحاطة، ج3، ص 548.
- (23) شرين السيد عبده : الاتصال الوثائقي في الأندلس، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الآداب، جامعة الاسكندرية، ص 157.
- (24) ابن الخطيب : الإحاطة، ج3، ص 80 - 81.
- (25) طُلَيْطَلَةُ : كانت عاصمة الأندلس قبل دخول طارق، وهي : مدينة قديمة في أسبانيا تقع في وسط شبه جزيرة أيبيريا على مسافة 91 ك جنوبى غربى مدريد. كانت مزدهرة أيام الرومان وتسمى (توليتيم) (toletum) ثم صارت حاضرة الدولة القوطية. فتحها المسلمون بقيادة طارق بن زياد وموسى بن نصير سنة 92 هـ (713 م) وجعلوها قاعدة الثغر الأدنى للدولة الإسلامية وحينما سقطت دولة الخلافة الأموية وانقسمت الأندلس إلى طوائف كانت طُلَيْطَلَةُ مستقلة يحكمها بنو ذي النون سنة 427 هـ (1035م) وهم من زعماء البربر وسقطت طُلَيْطَلَةُ في يد ملك (فَشْتَالَةَ) (الفونسو السادس) في الحرم سنة 487 هـ 1085 م وينتسب إليها كثير من العلماء منهم عيسى بن دينار الغافقى الطليطلي ومحمد بن عبدالله بن عيشون الطليطلي وصاعد الأندلسي صاحب كتاب طبقات الأمم (راجع، ياقوت : معجم البلدان (4 / 39)، أبو بكر الزهري : كتاب الجغرافية، ص 83، ويوسف بنى ياسين : بلدان الأندلس، ص 391).
- (26) محمد محمد أمان : الكتب الإسلامية، ص 59.
- (27) القاضي عياض : ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، مجلد 2، ج3، ص 48.
- (28) ابن الفرضي : تاريخ علماء الأندلس، ج1، ص 367.
- (29) ابن بشكوال : الصلة، ص 558.
- (30) ابن الأثير : الكامل في التاريخ، مج 8، ص 518، المقري : نفع الطيب.
- (31) المقري : نفع الطيب : ج2، ص 157.
- (32) ابن الخطيب : الإحاطة في أخبار غرناطة، ج3، ص 79.
- (33) للمزيد من التفاصيل راجع أحمد أبوزيد : نظام الوقف الإسلامي، مرجع سابق.

## الجمع بين الرقابة السابقة واللاحقة للدستور المغربي بمقتضى تعديل يوليوز 2011



الدكتور سعيد الطواف\* دكتوراه في القانون  
الدستوري والعلوم السياسية - المغرب -

تقديم :

عهد الدستور المغربي الذي تمت المصادقة عليه في فاتح يوليوز 2011، إلى المحكمة الدستورية دون غيرها بتولي الرقابة على دستورية القوانين، وبناء على هذا التفويض حول القانون الأساسي للمملكة اختصاصا منفردا لهذه المحكمة الدستورية بأن تفحص القوانين للتحقق من عدم مخالفتها لأحكام الدستور، مانعا أية جهة من مزاحمتها فيه، وذلك ضمانا منه لمركزية الرقابة على الشرعية الدستورية، وتأميننا لبناء الوحدة العضوية لأحكام الدستور.

ففي إطار النظم الديمقراطية المعاصرة، تعتبر الرقابة على دستورية القوانين ورقابة مشروعية القرارات الإدارية الدعامة الأولى التي تقوم عليها سيادة القانون، بحيث لا تنهض ولا تؤتي ثمارها إلا بقيام هذين المبدئين جنبا إلى جنب يكمل أحدهما الآخر<sup>1</sup>.

ويطلق الفقه مصطلح الرقابة على دستورية القوانين، على العمل الذي يتم من خلاله فحص التطابق بين التشريع والدستور، أو بين التشريع الفرعي أو اللائحي والدستور، وهذا الفحص يجب أن يؤدي إلى إلغاء القانون أو على الأقل عدم تطبيقه إذا كان يخالف الدستور<sup>2</sup>.

وإذا كان الفقه الدستوري قد حدد الرقابة على دستورية القوانين، إما رقابة سياسية أو رقابة قضائية، حيث أن الرقابة السياسية تكون قبل إصدار القانون ونفاذه تتولاها محكمة دستورية مختصة (أي ما يسمى بالرقابة السابقة)، في حين أن الرقابة القضائية تكون بواسطة المحاكم تتخذ شكلين سواء المراقبة عن طريق دعوى أصلية أو المراقبة عن طريق الدفع أو الامتناع، فإن الدستور المغربي لسنة 2011، نص ولأول مرة في فصله 133 على " إن المحكمة الدستورية تختص

<sup>1</sup> بدوي إبراهيم حمودة، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، دراسة مقارنة، مجلة العلوم الإدارية، العدد الثاني دجنبر 1978.

<sup>2</sup> Maurice Dauverger, institutions politiques et droit constitutionnel, 1/ Les grand systèmes politiques-p.197

بالنظر في كل دفع متعلق بعدم دستورية قانون، أثير أثناء النظر في قضية، و ذلك إذا دفع أحد الأطراف بأن القانون الذي سيطبق في النزاع، يمس بالحقوق و الحريات التي يتضمنها الدستور."، أي أن الدستور الجديد أضاف إلى الرقابة السياسية التي كان يعتمد عليها دستورا 1992 و 1996، رقابة قضائية هذه المرة، حيث يلاحظ من مضمون الفصل 133 ، تطور موقف المشرع الدستوري في موضوع الرقابة القضائية على دستورية القوانين، لأنه أجاز لأول مرة للأفراد الطعن في دستورية قانون معين، عن طريق الدفع، حيث استلهم المشرع المغربي هذا التعديل من التجربة الفرنسية التي ابتدأت بتعديل الدستور في عهد الرئيس ساركوزي عام 2008.

فمن خلال هذا التقديم سنحاول تحديد الركائز التي يبنى عليها مبدأ سمو الدستور، مع بيان مفهومي الرقابة السياسية والقضائية، لنعرج على شرح التجربة المغربية في مجال مراقبة دستورية القوانين، والجمع لأول مرة بين الرقابة السابقة واللاحقة من خلال الدستور الجديد، وبما أن التجربة الفرنسية استلهمت المشرع المغربي، فكان لزاما أن نفرّد مبحثا خاصا بالرقابة اللاحقة على الدستورية بفرنسا بمقتضى التعديل الدستوري لسنة 2008، وذلك من خلال التقسيم التالي :

أولا : مبدأ سمو الدستور.

ثانيا : الرقابة السياسية.

ثالثا : الرقابة القضائية.

رابعا : التجربة المغربية في مجال مراقبة دستورية القوانين .

خامسا : الجمع بين الرقابة السابقة واللاحقة من خلال دستور 2011.

سادسا : الرقابة اللاحقة على الدستورية بفرنسا بمقتضى التعديل الدستوري لعام 2008.

خاتمة.

أولا : مبدأ سمو الدستور :

لعل من أمهات المسائل التي يعنى بها في مجال القانون العام هو مبدأ سيادة الدستور، وهو المبدأ الذي يضع الدستور على قمة القواعد القانونية في دولة ما حتى يمكن على ضوءه أن نعرف متى يكون التشريع غير دستوري، وحينئذ تنبسط عليه الرقابة ويوقع عليه الجزاء.

إن مبدأ سمو الدستور يراد منه وجود الدستور على قمة هرم النصوص القانونية في الدولة، مما يقتضي احترام النصوص التشريعية الأدنى لأحكام الدستور سواء من الناحية الشكلية أو الموضوعية. فمن الناحية الشكلية يجب أن يصدر التشريع وفقا للإجراءات والشروط المقررة دستوريا سواء من حيث السلطة المختصة باقتراحه أو المبادرة به وإقراره وتوقيعه وإصداره، أو من حيث النصاب الواجب توافره للمصادقة عليه، أما من الناحية الموضوعية فيجب ان يوافق التشريع أحكام الدستور نصا وروحا.

و بالتالي فسمو الدستور يكون على جانبين أساسيين، أولهما السمو الموضوعي ويقصد به إن القانون الدستوري يتناول موضوعات تختلف عن موضوعات القوانين العادية، ويترتب على السمو الموضوعي أن الدستور هو القانون الأساسي في الدولة وهو الذي يبين أهداف الدولة ويضع الإطار السياسي والاجتماعي والاقتصادي، وأن الدستور هو الجهة الوحيدة التي تنشئ السلطات الحاكمة وتحدد اختصاصاتها، وعلى هذه السلطات احترام الدستور لأنه هو السند الشرعي لوجودها. ويؤدي ذلك إلى تأكيد مبدأ المشروعية ومبدأ تدرج القواعد القانونية وخضوع القاعدة الأدنى درجة للقاعدة الأعلى.

كما أن الاختصاصات التي تمارسها السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية مفوضة لهم بواسطة الدستور، فلا يحق لها تفويض اختصاصاتها لجهة أخرى إلا بنص صريح من الدستور.

أما السمو الشكلي فيقصد به أن القانون الدستوري هو القانون الذي يتبع في وضعه وتعديله إجراءات معينة أشد من الإجراءات اللازمة لوضع وتعديل القوانين العادية. وهذا السمو موجود في الدساتير المكتوبة الجامدة فقط، و يضمن السمو الشكلي احترام الدستور وقواعده، وينظم الرقابة على دستورية القوانين الأخرى .

ويثار مبدأ سمو الدستور فقط في ظل الأنظمة ذات الدساتير الجامدة، أما تلك التي تأخذ بالدساتير المرنة فلا تثار فيها هذه المسألة على اعتبار أن الدستور في هذه الأنظمة يتساوى من حيث التدرج مع التشريعات العادية، فنجد أحكامه تعدل بنفس الكيفية التي تعدل بها التشريعات العادية سواء من حيث الجهة المختصة أو من حيث الإجراءات المتبعة.

غير أنه رغم الإقرار للدستور بالسمو على بقية القواعد القانونية إلا أن ذلك يبقى مبدأ نظريا إذا لم تتوفر الآلية الناجعة لتجسيد هذا السمو واحترامه، خاصة إذا عرفنا أن القوانين التي تصدر مخالفة للدستور تعتبر باطلة ولا يعتد بها، وتتجلى هذه الآلية في الرقابة على دستورية القوانين التي تقوم بها الجهة المخولة بذلك، سواء كانت جهة سياسية أو قضائية.

وليس من السهل ضمان تحقق هذا السمو إلا بوضع نظام يضمن عدم الخروج على النصوص الدستورية، دون توقيع جزاء على هذا الخروج، وبغير ذلك يتحول هذا السمو وهذا الثبات إلى فوضى في التطبيق العملي لنصوص الدستور، ولذا ظهرت الحاجة إلى خلق نظام للرقابة يضمن إلغاء القواعد القانونية التي تتعارض مع الدستور<sup>1</sup>.

وقد ارتبطت الرقابة على دستورية القوانين بسمو الدستور على القانون، وأن الدستور بخصائصه الإلزامية وقيمته العليا يجب أن يخضع له التشريع، فالتدرج بين القاعدة الدستورية بوصفها الأعلى مرتبة والقاعدة التشريعية باعتبارها الأدنى، يوجب مطابقة الثانية مع الأولى، فإذا حدث خلاف بين الدستور والتشريع وجب تفضيل الدستور عليه، لأن في ذلك تفضيلا لإرادة الشعب ووضوح الدستور على إرادة نوابه واضعي التشريع<sup>2</sup>.

وقد تجلّى هذا الأساس القانوني في المحكمة العليا الأمريكية حين باشرت الرقابة على دستورية القوانين بناء على أن الدستور هو القانون الأساسي الذي يجب أن ينظر إليه القضاة بهذه الصفة، ولا يعني هذا الحل أن السلطة القضائية أعلى من السلطة التشريعية، بل يعني أن سلطة الشعب التي وضعت الدستور هي الأعلى.

<sup>1</sup> Maurice Prélot, institutions politiques et droit constitutionnel, 6ème édition, 1975, pp211

<sup>2</sup> أحمد فتحي سرور-مجلة الدستورية-عدد 8-أكتوبر 2005

وجاء الفقيه النمساوي "هانز كيلسن" الذي تأثرت أوروبا بكتاباتة عند صياغة نموذج القضاء الدستوري ، فأكد بدوره أفضلية الدستور على التشريع، وأن ضمان احترام التشريع للدستور يتطلب وجود رقابة على دستورية القوانين، وذهب جانب من الفقه الألماني (كارل شيمدت) إلى أن القضاء الدستوري هو الحارس للدستور بمعناه القانوني لكي تتفق معه سائر القواعد القانونية.

وقد أسفرت الرقابة على دستورية القوانين عن ظهور علامات بارزة تعكس مدى احترام سيادة القانون، فبعد أن كان القضاء العادي يباشر هذه المهمة من خلال النموذج الأمريكي الذي عرفته المحكمة العليا الأمريكية، من خلال الامتناع عن تطبيق ما يخالف الدستور، نشأ في أوروبا قضاء متخصص انحصرت وظيفته في الرقابة الدستورية، إلا أنه داخل هذا النموذج الأوربي ظهر نوعان من الرقابة "رقابة سابقة" تتم قبل إصدار القانون ، و"رقابة لاحقة" تتم بعد إصدار القانون.

### ثانيا : الرقابة السياسية :

تسمى هذه الرقابة بالسياسية لكونها رقابة قبلية تتولاها هيئة دستورية تتكون من أعضاء ينتدبون عن طريق مسطرة التعيين يفترض فيها الاستقلالية عن جميع السلطات التنفيذية و التشريعية والقضائية لكونها تمارس اختصاصات قضائية قبل إصدار القانون ليكون نافذا. و يصفها الفقه الدستوري بالرقابة الوقائية، وظيفتها التحقق من مطابقة التشريع للدستور. فهي بذلك رقابة قبلية أو سابقة على إصدار القانون، بحيث لا يكون القانون نافذا إلا بعد إعمال مبدأ الرقابة من طرف الهيئة المسند إليها ممارسة الاختصاص المذكور.

وعليه فإن مفهوم الرقابة السياسية، كما يعرفها الفقه، هي رقابة وقائية تسبق صدور القانون، ومن ثم تحول دون صدوره إذا خالف نصا في القانون الأساسي، وتقوم بهذه الرقابة لجنة سياسية يتم اختيار أعضائها بواسطة السلطة التشريعية، أو بالاشتراك مع السلطة التنفيذية<sup>1</sup>، وعلى ذلك فإن أهم سمات الرقابة السياسية، أنها رقابة وقائية تمارس على القانون قبل صدوره، فهي تمارس على مشروعات القوانين، كذلك فإن هذه الرقابة تمارس عن طريق هيئة تشكل سياسيا، وقد تكون هذه الهيئة متخصصة، أي يمارسها ذوو المؤهلات القانونية الرفيعة، كما قد تكون غير متخصصة، أي من لا تتوافر فيهم الكفاءة التقنية القانونية، وإنما يقوم الاختيار على أسس أخرى، وفي كلتا الحالتين فهي ليست قضائية، ويفضل البعض تسميتها بالرقابة الغير القضائية، كما من سماتها أن تحريك الرقابة يعود في الأغلب الأعم إلى القابضين على السلطة، ويكون رهنا لإرادتهم<sup>2</sup>.

وبذلك تتميز الرقابة على دستورية القوانين بواسطة هيئة سياسية بأمرين، الأمر الأول أنها رقابة سابقة على صدور القانون ، تستهدف التحقق من مدى دستوريته والحيلولة دون صدوره إذا ما ثبت مخالفته للدستور، ولهذا تعد في الواقع رقابة وقائية، والأمر الثاني هو أن من يتولاها ليس هيئة قضائية تتكون من قضاة متخصصين، بل يتولى مهمة هذه الرقابة هيئة سياسية، حيث يغلب الطابع السياسي على الأعضاء المكلفين بمباشرتها، أي التحقق من مدى موافقة أو مخالفة القوانين لأحكام الدستور، وتنظم الدساتير عادة كيفية تشكيل هذه الهيئة السياسية، فقد يتم اختيار أعضائها عن طريق التعيين بواسطة الحكومة أو البرلمان أو بطريق الانتخاب من القاعدة الشعبية أو بطريق اختيار تلك الهيئة لأعضائها بذاتها.

<sup>1</sup> فؤاد العطار، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، 1974م، ص.197  
<sup>2</sup> عبد العزيز محمد سالم، نظم الرقابة على دستورية القوانين، دار الفكر العربي، 1995، ص.23

وتعتبر فرنسا من الدول التي تميل تقليدياً إلى إبعاد القضاء عن معترك الرقابة على دستورية القوانين، وتكليف هيئة سياسية بمهمة التحقق من مطابقة القانون للدستور، وقد شهدت فرنسا عدة تطبيقات لأسلوب الرقابة السياسية منذ دستور السنة الثامنة الصادر سنة 1799 .

### ثالثاً: الرقابة القضائية :

يقصد بهذا النوع من الرقابة، أن يعهد بعملية الرقابة على دستورية القوانين إلى هيئة قضائية تنظر في مدى تطابق التشريع للدستور، وتصدر في هذا الصدد حكماً قضائياً<sup>1</sup>.

حيث ترمز الرقابة القضائية إلى صفة الهيئة التي تباشرها فهذه الرقابة تباشر من قبل هيئات قضائية سواء أكانت الجهاز القضاء العادي أو كانت جهازاً خاصاً وتنحصر مهمته في الرقابة على دستورية القوانين، فالرقابة القضائية هي رقابة قانونية يقوم بها قاضٍ مهمته مهمة قانونية وهي التحقق من تطابق القانون لأحكام الدستور والتعرف على ما إذا كان البرلمان المنوط به التشريع قد التزم بالحدود التي رسمها له الدستور أم تجاوزها وخرج عن نطاقها.

ويسمح هذا النوع من الرقابة القضائية، ضمان حق حرية التقاضي بالنسبة للأفراد، على العكس منه في الرقابة السياسية، حيث يعتبر بعض الفقه الدستوري بأن الرقابة القضائية هي رقابة حقيقية بامتياز، لكونها تسمح للأفراد المطالبة إما بإسقاط نص قانوني، أو بإبعاده.

فهذه الرقابة تتميز عن الرقابة بواسطة هيئة سياسية، بأن الذي يقوم بها إذن الهيئة القضائية ذاتها، إما المحاكم المختلفة، وإما محكمة عليا منصوص عليها دستورياً، كما تتميز هذه الرقابة القضائية عموماً، بخلاف الرقابة السياسية، بأنها رقابة لاحقة على صدور القانون ونفاذه، وليست رقابة سابقة على صدور القانون.

والرقابة القضائية على دستورية القوانين تمتاز ببعض المميزات أهمها الاستقلال و الحياد والموضوعية المستمدة من استقلال القضاء وموضوعيته، وكذا وجود قضاة مؤهلين بحكم تكوينهم للاضطلاع بمهمة فحص القوانين والفصل في مدى موافقتها أو مخالفتها لأحكام الدستور، وتوفر ضمانات للمتقاضين هدفها الوصول إلى الحقيقة المجردة ومن هذه الضمانات حرية التقاضي وحق الترافع وعلانية الجلسات وحق الطعن.

ورغم النجاح النسبي الذي تحقق عن طريق الرقابة القضائية على دستورية القوانين إلا أنها لم تسلم من النقد، فالجدل الفقهي حولها لم يتوقف، إذ اعترض جانب من الفقه على هذه الرقابة واعتبرها غير ديمقراطية، لأن القضاء يمارس رقابته على السلطة التشريعية ومن المعروف أن القضاء جهة غير منتخبة بينما السلطة التشريعية جهة مكلفة من قبل الشعب ومعبرة عن إرادته.

وهناك جانب آخر من الفقه يرى بأن المسألة لا تشكل أي تجاوز لقواعد الديمقراطية، فالسلطة القضائية في هذا الجانب ليست سوى سلطة مكلفة من الشعب بمقتضى أحكام الدستور بالفصل في المنازعات وفق قوانين الدولة فهي حين تراقب مدى دستورية القوانين إنما تفعل ذلك تقديساً واحتراماً للدستور وتطبيقاً لأحكامه، فالقضاء في هذه الحالة لا يباشر أي اعتداء على السلطة التشريعية، ومن هنا يلاحظ أن هذا الدور القضائي لا يتعارض مع قواعد الديمقراطية كما قد يوحي به ظاهر الحال.

<sup>1</sup> عبد العزيز محمد سالمان، قيود الرقابة الدستورية، مكتبة كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 1998، ص.74



والرقابة القضائية نوعان، هناك المراقبة عن طريق الدعوى، وتعني أن الدستور سمح للمتضرر بأن يتقدم إلى المحاكم المختصة بدعوى إلغاء القانون الغير مطابق للدستور يطالب فيها بإصدار حكم ينص على عدم دستورية القانون موضوع النزاع، فإذا صدر الحكم بعدم دستورية القانون موضوع الدعوى فإنه لا يهيم المدعي وحده، بل يستفيد منه جميع المواطنين ويعتبر لاغيا.

وتأخذ فيدرالية سويسرا بهذا النوع من المراقبة بحيث يمكن لأي مواطن أن يرفع دعوى قضائية أمام المحكمة الفيدرالية للمطالبة بإبطال أي قانون غير مطابق لأحكام الدستور ويسبب له الضرر.

وهناك نوع ثان من الرقابة القضائية، يتجلى في المراقبة بطريقة الدفع، و تعرف كذلك برقابة الامتناع، وهي رقابة تنصب على عدم دستورية نص قانوني يراد تطبيقه على نازلة معروضة على أنظار المحكمة، سواء كانت محكمة مدنية أو محكمة جزائية. والدفع بعدم الدستورية يمكن أن يصدر عن أحد المتقاضين كوسيلة دفاع عن نفسه يطلب فيه باستبعاد القانون المراد تطبيقه عليه لعدم دستوريته، ومخالفته لأحكام الدستور. حيث يبحث القاضي في مدى جدية هذا الدفع، فإذا وجدته جديا وأن القانون يخالف الدستور حقيقة، فلا يقوم القاضي بإلغاء هذا القانون، وإنما فقط بالامتناع عن تطبيقه في القضية المطروحة<sup>1</sup>،

لذلك فإن رقابة الامتناع تختلف عن رقابة الإلغاء في كون المحكمة عند إثباتها عدم دستورية القانون لا تعترف لنفسها بالحق في إبطاله، بل تكتفي بعدم تطبيقه وإبعاده عن القضية المطروحة أمامها. فالقانون يظل العمل به جاريا، وينبغي في نوازل مماثلة إثارة نفس الامتناع من طرف متقاضين آخرين.

وتعتبر الولايات المتحدة الأمريكية رائدة في هذا النوع من الرقابة الدستورية، بحيث يمكن لأي مواطن أن يدفع بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه مع دستور الولاية أو الدستور الفيدرالي أمام جميع المحاكم.

#### رابعا: التجربة المغربية في مجال مراقبة دستورية القوانين :

لم تنص دساتير 1962 و 1970 و 1972، على وجود مؤسسة دستورية مستقلة تضطلع بمهمة الرقابة على دستورية القوانين، بحيث كان المغرب في هذه المراحل من حياته الدستورية قد أسند هذه المهمة إلى الغرفة الدستورية بالمجلس الأعلى (القضاء العادي). وبعد ثلاثة عقود من تجربة القضاء الدستوري كان لابد أن يفضي سنة 1992 إلى مراجعة دستورية جاءت بتحول عميق لمؤسسة المراقبة في إطار "المجلس الدستوري" الذي حل محل الغرفة الدستورية بالمجلس الأعلى ولكن في إطار من الاستقلال التام عن المجلس الأعلى والمؤسسات الأخرى، كما شمل التحول العميق تركيبة المجلس وتنظيمه واختصاصاته .

و بموجب دستور سنة 2011 تم التنصيب صراحة في الفصل 129 على إحداث محكمة دستورية تمارس الاختصاص المسند إليها بفصول الدستور، و بأحكام القوانين التنظيمية، حيث حافظت المحكمة الدستورية بنفس العدد الذي حدده دستور 1996 بالنسبة للمجلس الدستوري، من حيث التكوين، أي اثني عشر عضوا مع تعديل بسيط هو أن أحد الأعضاء الذين يعينهم الملك يقترحه الأمين العام للمجلس العلمي الأعلى.

<sup>1</sup> فتحي فكري، القانون الدستوري والمبادئ الدستورية العامة، تاس للطباعة 2002، ص.32

وبذلك تتألف المحكمة الدستورية من اثني عشر عضواً، يعينون لمدة تسع سنوات غير قابلة للتجديد، ستة أعضاء يعينهم الملك، من بينهم عضو يقترحه الأمين العام للمجلس العلمي الأعلى، وستة أعضاء يُنتخب نصفهم من قبل مجلس النواب، وينتخب النصف الآخر من قبل مجلس المستشارين من بين المرشحين الذين يقدمهم مكتب كل مجلس، وذلك بعد التصويت بالاقتراع السري وبأغلبية ثلثي الأعضاء الذين يتألف منهم كل مجلس. وإذا تعذر على المجلسين أو على أحدهما انتخاب هؤلاء الأعضاء، داخل الأجل القانوني للتجديد، تمارس المحكمة اختصاصاتها، وتصدر قراراتها، وفق نصاب لا يحتسب فيه الأعضاء الذين لم يقع بعد انتخابهم.

وتمارس المحكمة الدستورية الاختصاصات المسندة إليها بفصول الدستور، وبأحكام القوانين التنظيمية، وتبت بالإضافة إلى ذلك في صحة انتخاب أعضاء البرلمان وعمليات الاستفتاء. وتحال إلى المحكمة الدستورية القوانين التنظيمية قبل إصدار الأمر بتنفيذها، والأنظمة الداخلية لكل من مجلس النواب ومجلس المستشارين قبل الشروع في تطبيقها لتبت في مطابقتها للدستور. ويمكن للملك، وكذا لكل من رئيس الحكومة، ورئيس مجلس النواب، ورئيس مجلس المستشارين، وخمس أعضاء مجلس النواب، وأربعين عضواً من أعضاء مجلس المستشارين، أن يحيلوا القوانين أو الاتفاقيات الدولية، قبل إصدار الأمر بتنفيذها، أو قبل المصادقة عليها، إلى المحكمة الدستورية، لتبت في مطابقتها للدستور. وهي في كل الأحوال رقابة قبلية.

وتحال إلى المحكمة الدستورية القوانين قبل إصدار الأمر بتنفيذها، والأنظمة الداخلية لكل من مجلس النواب ومجلس المستشارين قبل الشروع في تطبيقها لتبت في مطابقتها للدستور.

كما أضاف الدستور الجديد اختصاصاً لم يكن مألوفاً في الدساتير السابقة أو في القوانين العادية، ويتعلق الأمر بالاختصاص المتعلق بالنظر في كل دفع يتعلق بعدم دستورية قانون (الفصل 133) هذا النوع من الرقابة يعرف بالرقابة عن طريق الدفع أو رقابة امتناع.

#### خامساً: الجمع بين الرقابة السابقة واللاحقة من خلال دستور 2011 :

بمقتضى التعديلات الدستورية الجديدة تم التأكيد بأن المحكمة الدستورية تحتكر مجال الرقابة على دستورية القوانين سواء تعلق الأمر بالرقابة الوقائية ( الرقابة السياسية) التي تتوخى بأن يصدر القانون بشكل مطابق للدستور أو تعلق الأمر بالرقابة عن طريق الدفع ( رقابة امتناع). وعلى هذا الأساس يستخلص بأن الدستور المغربي أخذ بالرقابة السياسية والرقابة عن طريق الدفع، مع احتكار مجال الاختصاص للمحكمة الدستورية، أي عدم جواز البث في دستورية القوانين من طرف المحاكم ( مدنية، جنائية، إدارية، أو تجارية).

لقد نص دستور 2011 في فصله 133 " بان المحكمة الدستورية تختص بالنظر في كل دفع متعلق بعدم دستورية قانون ما، أثير أثناء النظر في قضية، وذلك إذا دفع أحد الأطراف بأن القانون الذي سيطبق في النزاع، يمس بالحقوق والحريات التي يتضمنها الدستور.

ويلاحظ من مضمون الفصل المذكور، تطور موقف المشرع الدستوري في موضوع الرقابة القضائية على دستورية القوانين، لأنه أجاز لأول مرة الطعن في دستورية قانون معين، عن طريق الدفع.

إن تقرير مبدأ جواز حق الأفراد مباشرة الطعن في دستورية قانون معين عن طريق الدفع، معناه أن هذا الحق حتى وإن كان مكانه الطبيعي أمام المحاكم العادية و المختصة، فإن أمر البث فيه يعود للمحكمة الدستورية دون سواها وفقا لقراءة مضمون الفصل 133 من الدستور. هذا الإتجاه يكرس إنكار حق الرقابة على دستورية القوانين على القضاء، وفي هذه الحالة فالمحكمة الدستورية هي من يتولى فحص دستورية القانون المطعون فيه عن طريق الدفع بإحالة من المحكمة العادية بعد أن توقف البت في الدعوى.

وعليه فإذا كان المتقاضي بإمكانه الطعن في دستورية قانون ما، أمام القضاء (جنائي، مدني، إداري، تجاري)، بمناسبة عرض نزاع عليه عن طريق الدفع فإن ذلك لا يعني بأن القضاء قد أسند إليه الدستور مبدأ النظر في دستورية القانون المذكور. فالقاضي في هذا الإطار تنحصر وظيفته في إحالة الأمر على المحكمة الدستورية و يوقف النظر في الدعوى إلى حين البث في الدفع المثار من طرف المحكمة الدستورية، ولن يواصل مناقشة القضية إلا بعد أن تصدر المحكمة الدستورية قرارها بشأن القانون المطعون في دستوريته عن طريق الدفع، و بذلك فأمر مطابقة القانون للدستور يبقى من اختصاص المحكمة الدستورية دون غيرها<sup>1</sup>.

إذن فقيام الرقابة الدستورية على القوانين هو اختصاص مطلق مسند إلى المحكمة الدستورية بمقتضى الدستور الجديد، لا يشاركها فيه القضاء بأي شكل من الأشكال سواء تعلق الأمر بممارسة رقابة الإلغاء أو رقابة الامتناع. فالدستور المغربي لم يقرر للأفراد حق الدفع بعدم دستورية القوانين أمام القضاء الدستوري مباشرة، وبالمقابل أجاز إثارة الدفع بعدم دستورية قانون معين بمناسبة النظر في قضية معروضة على المحاكم (مدنية، جنائية، إدارية أو تجارية).

ولعل إضافة الدستور المغربي الجديد لهذا الاختصاص الذي لم يكن مألوفاً في الدساتير السابقة والمتعلق بالنظر في كل دفع يتعلق بعدم دستورية قانون (الفصل 133)، هو اقتباس جديد من المشرع الفرنسي الذي عدل دستوره قبل أربع سنوات من أجل إضافة الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين لأول مرة.

**سادسا: الرقابة اللاحقة على الدستورية بفرنسا بمقتضى التعديل الدستوري لعام 2008 :**

منح التعديل الدستوري لعام 2008 بفرنسا، لأول مرة للمجلس الدستوري صلاحية الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين، حيث لم يبلغ التعديل أي اختصاص من اختصاصات المجلس الدستوري، وإنما أضاف إليها سلطة الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين وفقا لأسلوب الدفع الفرعي بعدم الدستورية، الذي أصبح من حق الأفراد إثارته بمناسبة أية دعوى موضوعية قائمة أمام إحدى المحاكم.

وظل اختصاص المجلس الدستوري الفرنسي في مجال رقابة الدستورية، منذ إنشائه عام 1958 وحتى إقرار التعديل الدستوري الجديد بتاريخ 23 يوليو 2008، مقصورا على الرقابة السابقة على دستورية القوانين الأساسية والعادية، والمعاهدات الدولية، واللوائح الداخلية لكل من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ، بالإضافة لرقابة دستورية توزيع الاختصاص بين القوانين واللوائح وقد نادي فقه القانون العام، مؤيدا في ذلك باتجاه واسع من بعض التيارات السياسية، بتطبيق نظام الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين ومنح الأفراد حق اللجوء للمجلس الدستوري عن طريق أسلوب الدفع الفرعي بمناسبة الدعاوي القائمة أمام المحاكم، واستند الفقه في ذلك إلى أن الرقابة اللاحقة أكثر فاعلية من الرقابة السابقة، لأن التطبيق العملي للقوانين هو الذي يكشف عن أوجه مخالفتها للدستور، كما أن

<sup>1</sup> مصطفى بنشريف-الرقابة على دستورية القوانين بالمغرب-جريدة المساء-10يناير 2012.

الرقابة اللاحقة تمكن الأفراد من الدفاع عن حقوقهم وحررياتهم التي قد تعتدي عليها القوانين، ومن شأن منح المجلس الدستوري سلطة الرقابة اللاحقة على القوانين أن يجعل منه محكمة دستورية حقيقية<sup>1</sup>.

ونادى الفقه بالإبقاء، في الوقت ذاته، على نظام الرقابة السابقة على الدستورية باعتبارها رقابة وقائية يمكن أن تمنع إصدار قانون وافقت عليه أغلبية نواب البرلمان رغم مخالفته للدستور، ولكن هذه الرقابة غير كافية لأنها يمكن أن تتأثر بالاعتبارات السياسية، كما أنها غير متاحة أمام الأفراد.

وفي عام 1990 تقدم رئيس الجمهورية فرانسوا ميتران بمشروع لتعديل الدستور يتبنى نظام الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين عن طريق أسلوب الدفع الفرعي بعدم الدستورية، والذي يجوز تقديمه بواسطة أحد أطراف دعوى قائمة أمام إحدى المحاكم أو الجهات القضائية، ولكن هذا المشروع لم يحظ بالأغلبية التي يستلزم الدستور توافرها لإقراره، وهي أغلبية ثلاثة أخماس أصوات النواب في الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ مجتمعين في هيئة مؤتمر مشترك، وذلك بسبب اعتراض النواب المنتمين للأحزاب الليبرالية الذين لم يرغبوا في أن يتم تعديل دستور الجمهورية الخامسة بناء على مبادرة من الرئيس ميتران الذي كان، قبل توليه رئاسة الدولة، من أشد المعارضين لنظام الجنرال دو كول مؤسس هذه الجمهورية وعقب فشل هذه المحاولة للإصلاح الدستوري عاد الفقه للمناداة من جديد بمنح المجلس الدستوري سلطة الرقابة اللاحقة على الدستورية بالإضافة إلى سلطته في الرقابة السابقة.

وفي عام 2008 تقدم الرئيس ساركوزي، المنتمي إلى التيار الدوكولي، بمشروع جديد لتعديل الدستور تضمن عددا من الإصلاحات، من بينها تعديل المادة 61 من الدستور بما يوسع من اختصاصات المجلس الدستوري ويمنح للأفراد حق الدفع بعدم دستورية أحد النصوص التشريعية، بمناسبة دعوى قضائية قائمة أمام إحدى الجهات القضائية، وفي حالة قبول القاضي للدفع فإنه يحيله لمحكمة النقض أو لمجلس الدولة على حسب الأحوال، اللذين يملكان إحالته للمجلس الدستوري أو رفضه.

ويشترط لتحريك هذه الرقابة جدية الدفع بأن النص المطعون فيه قد تضمن اعتداء على أحد الحقوق أو إحدى الحريات الأساسية التي كفلها الدستور، وقد تم إقرار مشروع التعديل الدستوري الجديد بتاريخ 23 يوليو 2008 بالأغلبية التي يتطلبها الدستور، في المؤتمر المشترك للجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ. ويتمثل التعديل الجديد لاختصاص المجلس الدستوري مع مشروع الرئيس ميتران، الذي تم رفضه عام 1990.

خاتمة :

يمكن القول أن الرقابة الدستورية على القوانين بالمغرب هي اختصاص مطلق مسند إلى المحكمة الدستورية بمقتضى الدستور الجديد، لا يشاركها فيه القضاء بأي شكل من الأشكال سواء تعلق الأمر بممارسة رقابة الإلغاء أو رقابة الامتناع، حيث نهل المشرع المغربي مرة أخرى من التشريعات الفرنسية، وخاصة التعديل الدستوري لسنة 2008.

فأهم اختصاص أسند في ظل الدستور المغربي الحالي إلى المحكمة الدستورية، هو فتح المجال أمامها للمراقبة البعدية للقوانين عن طريق تمسك المتقاضين أمام قضاء الموضوع بالبث في دستورية القوانين، وهكذا وان كانت الإجراءات

<sup>1</sup> يسري محمد العصار-مجلة الدستورية-عدد 16

وشروط ممارسة هذا الحق من طرف المتقاضين رهينة بما سيأتي به القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية التي جاء بها دستور 2011.

إنه بمقتضى التعديلات الدستورية تم التأكيد من جديد بأن المحكمة الدستورية تحتكر مجال الرقابة على دستورية القوانين سواء تعلق الأمر بالرقابة الوقائية ( الرقابة السياسية) التي تتوخى بأن يصدر القانون بشكل مطابق للدستور أو تعلق الأمر بالرقابة عن طريق الدفع ( رقابة امتناع).

وعلى هذا الأساس يستخلص بأن الدستور المغربي أخذ بالرقابة السياسية والرقابة عن طريق عن طريق الدفع مع احتكار مجال الاختصاص للمحكمة الدستورية، بمعنى عدم جواز البث في دستورية القوانين من طرف المحاكم ( مدنية، جنائية، إدارية، أو تجارية).

وإذا كانت الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين قد أصبحت حقيقة واقعة في فرنسا، فإن تطبيق هذه الرقابة لم يحل محل الرقابة السابقة على الدستورية التي مازال يمارسها المجلس الدستوري الفرنسي، وهو ما سيسير على خطاه التشريع المغربي بعد المصادقة على القانون التنظيمي الجديد للمحكمة الدستورية.

## نطاق حجية الحكم الجنائي على المساءلة التأديبية



فضيلة الأستاذ : بوادي مصطفى أستاذ مساعد قسم "أ"  
بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة معسكر-الجزائر  
عضو بوحدة بحث علمي / عضو بمخبر بكلية الحقوق  
والعلوم السياسية عضو في البرنامج الوطني للبحث  
البريد الإلكتروني : bouadi\_1970@hotmail.fr

### ملخص حول المقال :

إذا كانت الجريمة التأديبية مستقلة عن الجريمة الجنائية، وأن مبدأ استقلال القانون التأديبي عن القانون الجنائي لا شبهة فيه، إلا أنه قد يكون هناك تداخل بين الجريمتين بمناسبة وحدة الفعل واشتراك السلوك المكون للجريمتين التأديبية والجنائية، كما هو الحال في حال ارتكاب الموظف العام لجريمة الرشوة بمناسبة أدائه لوظيفته. إلا أن هذا الاستقلال بين الجريمتين ليس استقلالاً تاماً بينهما، بحيث أن وحدة الغاية المتمثلة في الزجر يقارب بينهما. وعلى هذا الأساس، تطرقنا في المبحث الأول إلى نطاق حجية الحكم الجنائي وأوامر قاضي التحقيق والنيابة العامة، من حيث ما إذا كانت تلك الأحكام صادرة بالبراءة، أو الإدانة. في حين خصصنا المبحث الثاني إلى آثار الحكم الجنائي مع وقف التنفيذ أمام السلطات التأديبية. كلمات مفتاح : أوامر قاضي التحقيق، النيابة العامة، الحكم الجنائي مع وقف التنفيذ، السلطات التأديبية.

### Résumé :

Cette étude visait à examiner dans la première partie l'argument de la décision pénal et l'ordonnance du juge d'instruction ainsi que le procureur de la république, que ce soit en termes de dispositions qui sont prononcées par la culpabilité, ou qui sont prononcées avec innocence.

Dans la deuxième partie ont à examiner les effets de la décision pénale avec sursis devant les autorités disciplinaires.

**Les mots clés :** l'ordonnance du juge d'instruction, le procureur de la république, décision pénal avec sursis, autorités disciplinaires.

إذا كانت الجريمة التأديبية مستقلة عن الجريمة الجنائية، وأن مبدأ استقلال القانون التأديبي عن القانون الجنائي لا شبهة فيه<sup>1</sup>، وأن النظام التأديبي مثله مثل النظام الجنائي يحمي مصالح الجماعة ممثلة في حسن سير المرافق العامة في الدولة عن طريق العقاب عن فعل، أو امتناع عن فعل يضر بمصالح هذه الجماعة، إلا أنه قد يكون هناك تداخل بين الجريمتين بمناسبة وحدة الفعل، واشتراك السلوك المكون للجريمتين التأديبية والجنائية، ويكون ذلك في الجرائم التي يرتكبها الموظفون، كما هو الحال في حال ارتكاب الموظف العام لجريمة الرشوة بمناسبة أدائه لوظيفته، أو قيامه باختلاس الأموال العامة التي يشرف على رقابتها، أو قيامه بتزوير وثائق الإدارة واستعمال المزور بمناسبة تحريره لوثائق إدارية. إلا أن هذا الاستقلال بين الجريمتين ليس استقلالاً تاماً بينهما، بحيث أن وحدة الغاية المتمثلة في الزجر يقارب بينهما. كما أن حداثة العهد بالجريمة التأديبية يجعل من القانون الجنائي هو الأصل الذي تستمد منه الأحكام فيما لم يرد فيه نص في القانون التأديبي<sup>2</sup>.

فقد يحدث أن تكون الجريمة التأديبية مرتبطة بالجريمة الجنائية، أي أن الفعل المرتكب من الموظف العام يشكل جريمة جنائية وأخرى تأديبية، كما هو الحال في جريمة الرشوة، أو الاختلاس، أو التزوير، المشار إليها آنفاً. ففي هذه الحالة يكون لسلطة التأديب الحرية وفقاً لتقتضيه المصلحة تأجيل المساءلة التأديبية إلى غاية صدور قرار قضائي نهائي. كما يمكنها توقيع العقوبة التأديبية دون انتظار العقاب الجنائي<sup>3</sup>، وهذا ما جاء في نص المادة 74 من المرسوم 302/82 وكذا المادة 174 من الأمر 03-06 المتضمن قانون الأساسي العام للوظيفة العمومية الحالي.

غير أن نص المادة 131 من المرسوم 59/85 جاء بمفهوم آخر يقضي بوقف المساءلة التأديبية إلى غاية الفصل النهائي أمام القاضي الجزائي، وذلك في حالة ارتكاب الموظف خطأ جسيم من شأنه أن يكون محل متابعة جزائية لا تسمح ببقائه في وظيفته، بحيث لا يمكن تسوية وضعيته نهائياً إلا بعد أن يصبح القرار القضائي نهائياً حائزاً على قوة الشيء المقضي به. على أن الإشكال الذي قد يطرح في هذا الصدد هو ما مدى حجية الحكم الجنائي وأوامر التحقيق أمام السلطات والجهات التأديبية، من حيث نطاقه، وآثاره مع وقف التنفيذ أمام السلطات التأديبية؟ الأمر الذي يدفعنا إلى البحث في هذا المقال من خلال العناصر التالية :

#### المبحث الأول: نطاق الحجية في الحكم الجنائي وأوامر التحقيق :

يتفق الفقه والقضاء إلى أنه لا تسري قاعدة الجنائي يوقف المدني في المجال التأديبي<sup>4</sup>. واستثناء من هذا الأصل العام، فإن الفعل أو الأفعال المنسوبة للموظف العام والتي تشكل جريمة جنائية وأخرى تأديبية، واتحدت الوقائع مع الذنب وصدر حكم جنائي بات، أي استنفذ جميع طرق الطعن فيه قبل صدور قرار تأديبي نهائي، فإن الحكم الجنائي يجوز قوة الشيء المقضي فيه أمام السلطات التأديبية، على أساس أن الحكم الجنائي يعتبر عنواناً للحقيقة فيما قضى به من

<sup>1</sup> Gustave PEISER, Droit de la fonction publique, 18<sup>e</sup> édition, 2006, DALLOZ, p.66.

<sup>2</sup> La mise en œuvre des principes de procédure pénale dans les procédures disciplinaires, Revue internationale de droit pénal, 2004/3 - Vol. 75, p.773-775.

<sup>3</sup> أنظر :

-Instruction n° 7 du 7 mai 1969 Relative à la procédure disciplinaire : « ...en cas de poursuites devant un tribunal répressif, il peut y avoir intérêt à différer la sanction disciplinaire jusqu'à la décision définitive de l'autorité judiciaire, bien qu'aucune disposition n'empêche l'administration de frapper le fonctionnaire poursuivi pénalement d'une peine disciplinaire sans attendre cette décision. ».

<sup>4</sup> Christian VIGOUROUX, Déontologie des fonctions publiques, éditions Dalloz, Paris, 2006, p.226.

ناحية إسناد أو إسقاط الواقعة المادية. فإن هذه الحجية تقيد السلطات التأديبية في حالة الحكم بالإدانة، وفي حالة الحكم بالبراءة إذا كان سببها انتفاء الفعل المادي من الموظف<sup>1</sup>.

وعلى هذا الأساس، يتعين علينا بيان نطاق حجية الأحكام الجنائية، وأوامر التحقيق، والنيابة العامة الصادرة بالبراءة (المطلب الأول)، وكذا نطاق حجية الأحكام الجنائية الصادرة بالإدانة (المطلب الثاني).

**المطلب الأول: نطاق حجية الأحكام الجنائية وأوامر التحقيق والنيابة العامة الصادرة بالبراءة:**

قد تقيد الأحكام الجنائية السلطات التأديبية في حالة الحكم بالبراءة. الأمر الذي يتوجب علينا البحث فيها بالبراءة من خلال الأحكام الجنائية (الفرع الأول)، ثم بيانها من خلال قرارات النيابة وقرارات قاضي التحقيق (الفرع الثاني).

**الفرع الأول: الأحكام الجنائية الصادرة بالبراءة:**

قد تؤسس الأحكام الجنائية الصادرة بالبراءة على أسباب مختلفة، مما يتعين علينا فحصها على النحو التالي:  
أولاً: البراءة المبنية على نفي الوقائع المادية للجريمة:

يتوجب على سلطة التأديب التي تملك حق توقيع العقوبة التأديبية على الموظف، التقيد بنتيجة الحكم الجزائي النهائي في الدعوى العمومية والقاضي بالبراءة. فإذا كان هناك ارتباط بين الجريمتين كما هو الحال في جريمة الاختلاس، وصدر الحكم الجزائي بالبراءة، تحتم على السلطة التأديبية الالتزام بنتيجة المحاكمة الجنائية. وبالتالي لا يمكن للمجلس التأديبي أن يناقش مجدداً إثبات الوقائع سبق للحكم الجزائي الذي حاز قوة الشيء، أو الأمر المقضي فيه أن نفي وقوعها<sup>2</sup>. ومن ثم لا يجوز للمجلس التأديبي أن يصدر قراراً بالإدانة على أساسها، وإلا اعتبر ذلك مساساً بقوة الأمر المقضي. وهذا ما أكدته مجلس الدولة الفرنسي في قراره بتاريخ 23 ماي 1969<sup>3</sup> في قضية الأنسة Gout والذي قضى بإعادة إدماج الأنسة Gout في منصب عملها لثبوت براءتها من التهمة الجنائية التي وجهت إليها.

ونفس الشيء أكدته القضاء الجزائري، من خلال الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى في قرارها بتاريخ 21 ديسمبر 1985<sup>4</sup>، على أنه: "متى صدر قرار قضائي فصلاً في الطعن من أجل تجاوز السلطة، ونطق ببطلان كلي أو جزئي للقرار اكتسب الحجية المطلقة للشيء المقضي فيه، فيتعين على الإدارة تجنب اتخاذ قرار آخر نفس الأطراف ونفس المحل ونفس السبب".

ونفس الحكم أكدت عليه الغرفة الإدارية، في قرارها بتاريخ 27 جوان 1987<sup>5</sup>، على أنه: "من المقرر قانوناً أن القرارات الإدارية التي تستهدف الوقوف ضد حكم قضائي نهائي يمس بمبدأ قوة الشيء المحكوم فيه تعتبر مشوبة بعيب تجاوز السلطة، تستوجب البطلان".

<sup>1</sup> أنظر: د. محمد الأخضر بن عمران، النظام القانوني لانقضاء الدعوى التأديبية في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2006/2007، ص. 312 وما بعدها.

<sup>2</sup> Serge SALON Jean Charles SAVIGNAC, Fonctions publiques et Fonctionnaires, Organisation et statuts, carrière, garanties, déontologie et responsabilités, Armand colin, paris 1997, p.199.

C.E., 26 janvier 1938, Coignet, Rec., p.89 ; C.E 23 novembre 1966, Commune de Lamotte-Beuvron, Rec., p.614.

<sup>3</sup> C.E., 23 mai 1969, Demoiselle Gout, Rec., p.269.

<sup>4</sup> الغرفة الإدارية، المجلس الأعلى، قرار رقم 43308، مؤرخ في 21 ديسمبر 1985، قضية (ع.ب)، ضد (وزير وزير الداخلية ومن معه)، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثالث، الجزائر، 1989، ص. 205-207.

<sup>5</sup> الغرفة الإدارية، المجلس الأعلى، قرار رقم 53098 مؤرخ في 27 جوان 1987، قضية (ي.أ)، ضد (و.د.و.ج.م)، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الرابع، الجزائر، 1990، ص. 175-178.



وقد اتخذ مجلس الدولة الجزائري موقفا حاسما في هذا الشأن، في قراره بتاريخ 28 جانفي 2002<sup>1</sup>، بخصوص إلغاء قرار عزل قاض من طرف المجلس الأعلى للقضاء. غير أن المجلس الأعلى للقضاء أعاد قرار عزل هذا القاضي. وقد أسس مجلس الدولة قراره بأن "العقوبة الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء للمرة الثانية مخالفة لحجية الشيء المقضي فيه، باعتباره أحد المبادئ العامة للقانون، إذ أن مجلس الدولة قد سبق أن قضى ابتدائيا ونهائيا ببطلان مقرر العزل الذي اتخذته المجلس الأعلى للقضاء في المرة الأولى، وبهذا يكون هذا الأخير ملزما بالقرارات القضائية النهائية".

ونفس الحكم أشار إليه المنشور رقم 05 المؤرخ في 12 أبريل 2004 في قوله: "غير أنه إذا صدر في حق الموظف المتابع جزائيا حكما قضائيا يقضي ببراءته يعاد إدماجه وجوبا في منصب عمله..."

وعلى كل، فإن تبرئة الموظف مما نسب إليه من وقائع يعد سببا كافيا لعدم الخوض مرة أخرى في البحث عن هذه الوقائع من طرف سلطة التأديب. كما أنه ليس من مصلحتها إعادة البحث في هذه الوقائع مادام القضاء الجنائي قد برأ ساحة الموظف منها، نظرا للاعتبارات القانونية المتمثلة في حجية الحكم المقضي فيه. غير أنه في بعض الحالات قد يقع القاضي الإداري في بعض الأخطاء، ويتجاهل مقتضيات المواد التي وردت في نصوص الوظيفة العامة، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، بالأحكام القضائية، نتيجة تداخل في أغلب الأحوال بين العقوبتين التأديبية والجنائية. الأمر الذي يستوجب التقيد بحجية الأحكام القضائية التي لا تأثير لها في اتخاذ عقوبات تأديبية في حق الموظف.

ثانيا: البراءة المبنية على انتفاء أحد أركان الجريمة :

إذا قرر الحكم الجنائي انتفاء ركن من أركان الجريمة الجنائية، ففي هذه الحالة يقتصر الأمر على تقدير الواقعة في مدى توافر أركان الجريمة، وفقا لما هو منصوص عليه في قانون العقوبات. وبالتالي لا يجوز الحكم على حجية أمام السلطات والجهات التأديبية التي تكون في حل بما انتهى إليه الحكم الجنائي من حيث البراءة المبنية على هذا الأساس، من حيث الوجود المادي للوقائع<sup>2</sup>، أو انعدامه.

ومن ثم، فقد لا تقوم للاختلاس مثلا أركان المساءلة الجنائية عنه، ومع ذلك تتصف واقعه بالإخلال بالواجب الوظيفي ومقتضياته، مستنهضة بذلك العقاب التأديبي. وهذا ما أكدته التعليم رقم 07 الصادرة في 6 ماي 1969 بقولها: "...على عدم تقييد سلطة التأديب بالمتابعة الجزائية، إذ يجوز لها النظر في القضية التأديبية قبل صدور الحكم الجزائي، كما لها أن تنتظر صدور الحكم الجزائي ثم تتخذ قرارها التأديبي".

<sup>1</sup> مجلس الدولة، الغرفة الثانية، قرار رقم 005420، مؤرخ في 28 جانفي 2002، قضية ( قاض ) ضد ( المجلس الأعلى للقضاء )، مجلة مجلس الدولة، العدد الثاني، الجزائر، 2002، ص. 165-167.

<sup>2</sup> إن الرقابة على الوجود المادي للوقائع (L'exactitude matérielle des faits) قد ظهرت في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، بمقتضى حكمه الصادر في قضية Monod. وتتلخص وقائع هذه القضية في صدور قرار بإحالة المحافظ Monod على التقاعد بحجة أن هذا الأخير تقدم بطلب في هذا الشأن. إلا أن السيد Monod طعن في ذلك بدعوى تجاوز السلطة أمام مجلس الدولة على أساس أنه لم يتقدم بأي طلب، وبالتالي فإن القرار الصادر بإحالته على التقاعد هو قرار غير مشروع لأنه استند على واقعة ادعتها الإدارة، وهي واقعة لا أساس لها من الصحة في الواقع، مما يمكن معها اعتبار ذلك القرار بمثابة فصل إداري ينطوي على جزاء تأديبي. وابتداء من هذه القضية بدأ مجلس الدولة الفرنسي في رقابته للوجود المادي للوقائع، إذ أصبح يشترط لصحة قرارات الإدارة ضرورة استنادها على وقائع صحيحة، سواء تعلق الأمر باختصاص تقديري للإدارة، أم باختصاص مقيد لها. انظر: د.مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة بين الجزائر وفرنسا، أطروحة دكتوراه دولة في القانون العام، حقوق، كلية جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2004-2005، ص. 224.

و قد سار القضاء الجزائري في نفس الاتجاه الذي كان يسير عليه مجلس الدولة الفرنسي في البداية إذ أنه كان يسلم بالوقائع التي تدعيها الإدارة، دون أن يجهد نفسه بالبحث والتأكد من صحتها المادية. وقد أكد القاضي الجزائري على موقفه هذا من عدم رقابة الصحة المادية للوقائع في قضايا منها، مثلا في قضية ب.ط ضد مديرية التربية لولاية مستغانم، عندما اتخذت هذه الأخيرة قرارا بتعليق علاقة العمل منذ سنة 1995، ضد ب.ط، ثم قرارا بتسريحه سنة 1997، فإن القاضي لم يتأكد من الصحة المادية للوقائع التي تبرر اتخاذ تلك العقوبات التأديبية، بل اعتبر أن تلك العقوبة لا تخرج عن مجال تطبيق المرسوم التشريعي رقم 93-02 المتضمن تمديد حالة الطوارئ، والمرسوم التنفيذي رقم 93-54 المحدد لبعض الالتزامات المفروضة على الموظفين العموميين. د.مراد بدران، المرجع السابق، ص. 230-233.

كما أن تخلف الوصف الجنائي للوقائع تبعا لتخلف أركان التجريم الجنائي فيها، لا تقيد المساءلة التأديبية. ومن ثم فإن السلطة التأديبية تتقيد بما أثبتته القضاء الجنائي في حكمه من وقائع، دون أن تتقيد بالتكييف القانوني لهذه الوقائع<sup>1</sup>.

وتأكيدا لهذا المبدأ، ذهب مجلس الدولة الجزائري في قراره بتاريخ 14 نوفمبر 2007<sup>2</sup>، إلى أن الحكم بالبراءة الصادر لصالح الموظف، الذي كان محل متابعة جزائية، لا يؤثر على سلطة التأديب في اتخاذ عقوبة تأديبية، إذا ثبت الخطأ التأديبي في حقه. فقد جاء ضمن حيثيات هذا القرار ما يلي: "حيث يثير الموظف أن القرار المطعون فيه قد اتخذ بسبب المتابعة الجزائية والتي انتهت ببراءته، ورغم ذلك اتخذ قرارا بعزله من وظيفته. إلا أن مجلس الدولة أجاب بأن السلوك المنسوب للموظف المتمثل في المساس الخطير بأخلاقيات المهنة وآداب الشرطة، يعتبر خطأ تأديبيا جسيما، يبرر عقوبة العزل المتخذة في حقه. ومن ثم فإن سلطة التأديب أصابت في الوصف القانوني لهذا السلوك المنسوب له والذي يبرر العقوبة المتخذة في حقه.

بهذا يكون تمسك الموظف (س) بالقرار الجزائي القاضي ببراءته من هذا السلوك، لا يؤثر على صحة التكييف القانوني الذي أسبغته السلطة التأديبية عليه، باعتباره خطأ تأديبيا جسيما يستوجب المتابعة التأديبية، بغض النظر عن براءته جزائيا، باعتبارها منفصلة عن الدعوى الجزائية، وعليه تم رفض طعن إلغاء القرار التأديبي لعدم تأسيسه".  
ونفس الحكم كان قد قرره في قرار سابق له بتاريخ 09 جويلية 2001<sup>3</sup>، على "أن الحكم بالبراءة جزائيا لا يلغي العقوبة التأديبية المبنية على خطأ وظيفي ثابت".

ثالثا: البراءة المبنية على بطلان الدليل والإجراءات :

القاعدة العامة هو أنه ليس للحكم المبني على بطلان الدليل، أو الإجراءات أي حجية له أمام جهات التأديب، ولا تتقيد بها في مساءلة الموظف تأديبيا بالحكم الجنائي القاضي بالبراءة لبطلان التفتيش، أو بطلان إجراءات القبض والضبط، أو البراءة للشك<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> بعد أن أرسى مجلس الدولة الفرنسي دعائم الرقابة على الوجود المادي للوقائع التي تدعيها الإدارة، بدأ يتجه نحو قيد آخر للحد من تعسف الإدارة خاصة عندما تتمتع بسلطة تقديرية. هذا القيد يكمن في مراجعة الإدارة لما تخلعه من تكييف أو وصف قانوني على الوقائع (La qualification juridique des faits)، التي يتذرع بها للتأكد مما إذا كان هذا التكييف أو ذلك الوصف متفقا مع ما قصده النص. فإذا لم يكن كذلك أصبح غير صالح كسبب أو كأساس لحمل القرار الإداري. الأمر الذي يفرض على رجل الإدارة التزاما بأن يتحقق قبل أن يتخذ قرارا ما أن الوقائع التي يتذرع بها في هذا الشأن تتفق والوصف الذي أعطاه المشرع لها. ومن القضايا التي طبق فيها مجلس الدولة الجزائري التكييف القانوني للوقائع في قضية عتيق محمد ضد بلدية الميلية والتي تتلخص وقائعها في أنه بتاريخ 26 جويلية 1995 أصدرت بلدية الميلية قرارا يقضي بإيقاف السيد عتيق محمد عن عمله لمدة غير محدودة، كعون عمومي بالمجلس الشعبي لبلدية الميلية، وذلك على أساس مخالفته لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 93-54 المؤرخ في 19 فبراير 1993، المتضمن لبعض الواجبات المفروضة على الموظفين العموميين. وقد استند هذا القرار على التعليمات الوزارية رقم 384 المؤرخة في 10 ماي 1993، التي شرحت كيفية تطبيق المرسوم التنفيذي رقم 93-54. فقام السيد عتيق بالطعن في ذلك القرار بدعوى تجاوز السلطة أمام الغرفة الإدارية بمجلس قضاء جبلج وذلك على أساس عدم احترام حقوق الدفاع، بالإضافة إلى أن التوقيف تم لمدة غير محدودة، وذلك خلافا لأحكام المادة 11 من المرسوم رقم 93-54. إلا أن المجلس القضائي أصدر بتاريخ 6 ماي 1996 قرارا يقضي بقبول الدعوى شكلا، وفي الموضوع رفضها لعدم التأسيس. فقام السيد عتيق باستئناف هذا القرار أمام مجلس الدولة في 3 جويلية 1996، وذلك على أساس نفس الأسس السابقة. فقام مجلس الدولة بإلغاء القرار المستأنف فيه، وذلك على أساس أن مدة التوقيف حددت في المرسوم التنفيذي رقم 93-54 من 15 يوما إلى 6 أشهر، في حين أن المستأنف أوقف لمدة غير محدودة، وهذا ما يجعل القرار الذي صدر ضده مشوبا بعيب تجاوز السلطة، ويعرضه للبطلان. أنظر: د. مراد بدران، المرجع السابق، ص. 235 وما بعدها.

-أنظر من أحكام مجلس الدولة الفرنسي: C.E., 14 avril 1995, Centre hospitalier Tourcoing, n° 116 278 ; C.E., 4 octobre 1989, Melle Leberche, Rec., p.756 ;

<sup>2</sup> مجلس الدولة، الغرفة الثانية، قرار رقم 039009، مؤرخ في 14 نوفمبر 2007، قضية (موظف أمن) ضد (مديرية الأمن الوطني)، مجلة مجلس الدولة، العدد التاسع، الجزائر، 2009، ص. 61-63.

<sup>3</sup> مجلس الدولة، الغرفة الثانية، قرار رقم الفهرس (580)، مؤرخ في 09 جويلية 2001، قضية (ع.ح) ضد (والي ولاية تلمسان). (قرار غير منشور)، أشار إليه لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثالث، دار هومة، الجزائر، 2007، ص. 137 وما بعدها.

<sup>4</sup> C.E., 11 mai 1956, Sieur Chomat, Rec., p.200, D., 1956, p.469, concl.Laurent ; A.J.D.A., 1956, p.297, chr.Fournier et Braibant.

الفرع الثاني : مدى حجبية قرارات النيابة وقرارات التحقيق :  
أولاً : قرارات النيابة :

لقد تبنى المشرع الجزائري نظام الفصل بين سلطي الاتهام والتحقيق. ومن ثم فإن قرارات النيابة بالحفظ في الدعوى العمومية من الإجراءات المحضمة تدخل ضمن الأعمال الإدارية اليومية للنيابة العامة. وبالتالي لا تقبل الطعن فيها بأي وجه من أوجه الطعن لانتفاء الصفة القضائية عنها<sup>1</sup>.

وبناء على ذلك، فإن القرارات المتخذة لا تحوز الحجية أمام السلطات التأديبية، أو أمام القاضي المدني. ومن ثم لا يمتنع على المحكمة المدنية من البحث في الدعوى والقضاء بالتعويض. كما لا يمتنع على سلطة التأديب من توقيع العقوبة، كما في حالة متابعة موظف بجرime الرشوة، ثم يحفظ الاتهام لعدم كفاية الأدلة، فإن ذلك لا يمنع من مساءلته تأديبياً.

ثانياً : أوامر قاضي التحقيق :

إن الأوامر التي يصدرها قاضي التحقيق تصنف إلى صنفين :

- أوامر إدارية، أو تحقيقية، أو غير قضائية. فالغرض منها البحث والاستقصاء عن الجريمة وعن الفاعل، وجمع أكبر قدر ممكن من المعلومات عنها. وقد يهدف من ورائها إلى حسن سير التحقيق. ومثال الأوامر الصادرة من قاضي التحقيق، إجراء تفتيش، أو تعيين خبير، أو استدعاء شهود وغيرها.

- أما الصنف الثاني من الأوامر التي يصدرها قاضي التحقيق، فهي الأوامر القضائية والتي تفصل في مسألة قانونية، أو تفصل في نزاع عرض على قاضي التحقيق، أو صدر فيه أمراً قضائياً، أو فيما توصل إليه من أوامر بانتهاء التحقيق. إلا أن الذي يهمنا في هذا الصدد هو الأمر بالأوجه للمتابعة عندما يتضح لقاضي التحقيق أن الوقائع الموجودة بالملف لا تكون جنائية، أو جنحة، أو مخالفة واضحة. أي لا توجد أدلة كافية وقائمة ضد المتهم. وبالتالي يصدر أمراً بالأوجه للمتابعة المتهم ويحلى سبيله إذا كان محبوساً<sup>2</sup>. وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في قراره بتاريخ 3 ماي 1995<sup>3</sup> في قضية السيد Moullet بإعادة إدماجه في منصب عمله بصفة مهندس رئيس لمدينة مارسيليا، تبعاً للحكم القضائي الذي أصدرته محكمة الإستئناف لديجو بتاريخ 5 نوفمبر 1987 بالأوجه للمتابعة، والذي أنهى المتابعة الجنائية للسيد Moullet.

ومن خلال استقراءنا للنصوص التشريعية الوظيفية الجزائرية المختلفة كالأمر رقم 66-133، أو المراسيم التطبيقية له، والقانون رقم 06/82 والمرسوم رقم 302/82، لا نكاد نعث على نص يشير إلى هذه المسألة.

<sup>1</sup> أنظر: مولاي ملياني البغدادي، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1976، ص. 111-145.

<sup>2</sup> يختلف الأمر بالأوجه للمتابعة المؤسس على الأسباب القانونية عن المؤسس على الأسباب الموضوعية. فالأمر بالأوجه للمتابعة المؤسس على الأسباب القانونية وهي التقادم المسقط للدعوى العمومية والعفو عن المتهم، والأفعال التي ليست لها طابع جنائي أو حالة الجنون عند ارتكاب الجريمة بحيث لا يعاقب القانون عن الجريمة ذاتها في حالة الجنون، وفي حالة الدفاع الشرعي طبقاً لما هو مقرر في قانون العقوبات الجزائري، أو كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون فإن الأمر الذي يصدره قاضي التحقيق في هذه الحالات بالأوجه للمتابعة يصبح حائزاً لقوة الشيء المقضي فيه طبقاً لما جاء في نص المادة 175 الفقرة 1 بما يلي: "... المتهم الذي صدر بالنسبة إليه الأمر من قاضي التحقيق بالأوجه للمتابعة لا يجوز متابعته من أجل الواقعة نفسها...".

- أما الأمر بالأوجه للمتابعة المؤسس على الأسباب الموضوعية وهي الأسباب التي تكون كافية لإظهار الحقيقة أو كانت الأدلة ضعيفة بحيث لا تكون مقنعة للقاضي المحقق، أو عدم توافر الأدلة أو عدم الصحة إلى غير ذلك من الأسباب، فإن الأمر لا يحوز قوة الشيء المقضي فيه، بل قد يعاد التحقيق لظهور أدلة جديدة وهو ما جاء في نص المادة 175 الفقرة 1: "...المتهم الذي صدر بالنسبة إليه أمر قاضي التحقيق بالأوجه للمتابعة لا يجوز متابعته من أجل الواقعة نفسها ما لم تطرأ أدلة جديدة". غير أن هذه الأسباب الموضوعية قد تشترك مع الأسباب القانونية في السقوط بالتقادم. أنظر: د. محمد الأخضر بن عمران، المرجع السابق، ص. 266-267.

<sup>3</sup> C.E., 3 mai 1995, M.Moullet, n° 122.679. Cité par Jacques BAZIN, La suspension dans le droit de la fonction publique, Editions du papyrus, 2000, p.171-172.

غير أن المنشور رقم 05 المؤرخ في 12 أبريل 2004، وتطبيقاً لنص المادتين 130 و 131 من المرسوم 59/85 والذي يقضي وجوباً بإعادة الموظف في منصب عمله إذا صدر في حقه أمراً بانتفاء وجه الدعوى، نتيجة لعدم تأكيد الأفعال التي كانت مصدراً للمتابعة القضائية.

على أنه يبدو أن المشرع الجزائري كان موفقاً عندما اعتمد على الأمر القضائي الصادر عن قاضي التحقيق بالأول وجه للمتابعة، بأنه يجوز قوة الأمر المقضي فيه أمام السلطات التأديبية الإدارية. ذلك أن قاضي التحقيق يمثل جهة قضائية متخصصة من غيرها على تقدير الوقائع الجزائية، لما يتمتع به من صلاحيات واسعة في هذا المجال، وخاصة وأن الاتهام في هذه الجرائم تخضع لقانون العقوبات، وليست اتهامات مستقلة عن الاتهام الجنائي. وبالتالي فإن الأمر يجوز الحجية فيما انبنى عليه من وقائع خلص للجهة المختصة عدم صحتها. ومن ثم فمن غير المعقول أن تأتي جهة التأديب وتبسط رقابتها على نفس الوقائع لتنتهي إلى ثبوتها على النحو الذي كانت عليها أمام قاضي التحقيق. فهذا من شأنه أن يهدر حجية الأمر الذي خلص إلى عدم صحة الواقعة، على أن يقتصر الأمر على الأسباب القانونية للأمر بالأول وجه للمتابعة دون غيرها.

### المطلب الثاني: نطاق حجية الأحكام الجنائية الصادرة بالإدانة:

تلحق العقوبة الجنائية الأصلية عقوبات تبعية، أو تكميلية. فترتبط العقوبة التبعية بالعقوبة الأصلية وجوداً وعدمها، بحيث لا يتوجب على القاضي تطبيقها، بل تطبق بقوة القانون، ودون حاجة إلى صدور قرار إداري تأديبي لذلك. وكذلك بالنسبة للعقوبة التكميلية التي تكون أصلاً جوازية كقاعدة عامة ويتطلب القانون أن ينطق بها القاضي في الحكم، وهي ليست أبدية بل مؤقتة. فقد يحدث أن يرتبط التجريم مع التأديب وتتداخل الجريمة الجنائية مع الجريمة التأديبية، بحيث يولد الفعل الواحد أكثر من مسؤولية في أكثر من مجال. وهذا ما نصت عليه المادة 71 من المرسوم 302/82 في الفقرة التاسعة على ما يلي: "يعد خطأ من الدرجة الثالثة ارتكاب العامل ما يأتي... ارتكاب جنحة أو جنابة طوال علاقة العمل لا تسمح بإبقائه في المنصب الذي يشغله عندما تثبت المصالح القضائية هذه المخالفة...".

ومن ثم فإن هذا الربط بين الجريمتين، هو الذي يجعل للحكم الجنائي الحجية أمام الهيئات التأديبية، بحيث تتوقف إجراءات التأديب بسبب تحريك الدعوى العمومية، وبما تنتهي إليه بحكم جزائي يجوز قوة الشيء المقضي فيه. وهذا ما نصت عليه المادة 131 من المرسوم 59/85 في فقرتها الثانية والرابعة بما يلي: "...لا يمكن أن يوقف الموظف إلا بعد مباشرة المتابعة الجزائية فعلاً من طرف وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق في إطار تحريك الدعوى العمومية...". ومن ثم يبقى قرار الوقف ساري المفعول إلى غاية التسوية النهائية للوضعية الإدارية للموظف المعني. ويمكن أن يصحب مقرر التوقيف طوال ستة (06) أشهر على الأكثر إبقاء جزء من الأجر الأساسي الذي يمكن أن يتقاضاه الموظف الموقوف، والذي لا يمكن أن يتجاوز في كل الأحوال ثلاثة أرباع الأجر الأساسي<sup>1</sup>.

نستنتج مما سبق بيانه، أن نصوص الوظيفة العامة الجزائرية تأخذ بمبدأ اختلاف النظام القانوني للتأديب، عن النظام القانوني الجزائي. وهذا ما نصت عليه المادة 160 من القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية الحالي على أنه: "يشكل كل تخل عن الواجبات المهنية أو المساس بالانضباط، وكل خطأ أو مخالفة من طرف الموظف أثناء أو بمناسبة تأدية مهامه يشكل خطأ مهنيا ويعرض مرتكبه لعقوبة تأديبية، دون المساس، عند الاقتضاء بالمتابعات

<sup>1</sup> المنشور رقم 05 المؤرخ في 12 أبريل 2004 الصادر عن مصالح الحكومة، المديرية العامة للتوظيف العمومي، المحدد لكيفيات تطبيق المادتين 130-131 من المرسوم رقم 85-59 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والإدارات العمومية. نصت المادة 174 الفقرة الثانية من الأمر 03/06 الأمر 03-06 مؤرخ في 15 جويلية 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 46 لسنة 2006، على ما يلي: "...ويمكن أن يستفيد خلال مدة لا تتجاوز ستة (6) أشهر، ابتداء من تاريخ التوقيف من الإبقاء على جزء من الراتب لا يتعدى النصف...".

الجزائية"<sup>1</sup>. كما أنه يربط المتابعة التأديبية في حالة ارتكاب الموظف خطأ جسيماً، سواء بمناسبة أدائه لوظيفته، أو بسبب ارتكاب أفعال يجرمها القانون الجنائي، ويرتب على ذلك متابعات جنائية يربطها بالفصل النهائي في الدعوى العمومية. فرباطة التبعية توقف المساءلة التأديبية إلى حين الفصل في المحاكمة الجنائية، والتي تكون ملزمة للجهة التأديبية، بحيث لا تستطيع التحلل من الإدانة التي قضى بها الحكم الجنائي النهائي البات. وهذا ما جاء في قرار مجلس الدولة الجزائري حول قرار صادر عن الغرفة الوطنية للمحضرين القضائيين الذي أيد قرار صادر عن الغرفة الجهوية لمحضري الشرق، الذي قضى ببراءة المحضر القضائي في الوقائع المنسوبة إليه، ونطق بإعادة إدماجه في منصب عمله، على الرغم من صحة الوقائع المسندة للمحضر بموجب حكم قضائي جزائي الذي أدانته وعاقبته بـ 03 أشهر حبس مع وقف التنفيذ و20.000 دج غرامة نافذة. فقام وزير العدل بالطعن في هذا القرار أمام مجلس الدولة بوصفه هو السلطة الوصية. فقبل مجلس الدولة الطعن بالبطلان في الشكل وقضى في الموضوع بإبطال قرار الغرفة الوطنية للمحضرين القضائيين<sup>2</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن التزام سلطة التأديب بحجية الحكم الجزائي النهائي تتخذ صورتين. الأولى في حالة ما إذا كانت المتابعة الجزائية نتيجة خطأ مهني جسيم وصدرت عقوبة قضائية نهائية بالإدانة ضد الموظف. ففي هذه الحالة يجب على السلطة الإدارية أن تتخذ ضده قراراً بالتسريح. وهذا ملجأ في المنشور رقم 05 المؤرخ في 12 أبريل 2004، والذي يؤكد ما ذهب إليه مجلس الدولة الجزائري في القرار المذكور آنفاً<sup>3</sup>.

أما الصورة الثانية، فتتمثل في المتابعة الجزائية للموظف بسبب ارتكابه فعلاً خارج وظيفته، وانتهت المتابعة الجزائية بحكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي بالإدانة. ففي هذه الحالة يكون للسلطة التأديبية سلطة تقديرية واسعة في اتخاذ القرار التأديبي المناسب تحت رقابة القضاء الإداري. وهذا ما نص عليه المنشور رقم 05 بقوله: "يمكن أن يصحب مقرر التوقيف طوال ستة (06) أشهر على الأكثر مع بقاء جزء من الأجر الأساسي إذا لم تحصل المتابعات نتيجة خطأ مهني جسيم يمكن أن ينجر عنه تسريحه".

على أن ربط المساءلة التأديبية بالمتابعة الجزائية بسبب ارتكاب الموظف خطأ جسيماً، مما يترتب عليه عقوبة التسريح، هو حكم فيه إجحاف ومبالغ فيه بحق الموظف، فكيف في حالة ارتكاب الموظف فعلاً خارج نطاق وظيفته. فمن غير المعقول أن يكون محلاً للمساءلة التأديبية، بسبب هذا الفعل الذي لا يمتّ بأية صلة للوظيفة، خاصة وأنه إذا رجعنا إلى المادة 63 من المرسوم 302/82 وجدناها تشير إلى هذا المعنى والتي جاء فيها ما يلي: "يخضع تحديد العقوبة التأديبية المطبقة لدرجة خطورة الخطأ وللظروف المخففة أو المغلظة التي ارتكب فيها، ولدى مسؤولية العامل المدان، وعواقب خطئه على الإنتاج وللضرر الذي يلحق الهيئة المستخدمة أو عمالها". وعليه وإعمالاً لهذا النص فإن السلطة التأديبية تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في تقدير خطورة الخطأ، والظروف التي ارتكب فيها، ومن ثم إصدار القرار التأديبي المناسب لذلك. كما أن المنشور السابق الذكر يؤكد في إحدى فقراته على ما يلي: "...تلزم الإدارة بتبليغ اللجنة المتساوية الأعضاء المؤهلة بناء على تقرير مسبق يبين بوضوح الأفعال المعاقب عليها وظروف ارتكابها...".

إلا أنه لا يفوتنا أن نشير إلى أن المشرع الجزائري، قد أعطى لسلطة التأديب كامل الصلاحية والتقدير في مثل الحالة التي ذكرناها آنفاً، والتي تقضي بأنه في حالة صدور حكماً على الموظف لأول مرة، فلا يؤدي ذلك إلى إنهاء

<sup>1</sup> المادة 160 من الأمر 06-03 سابق الإشارة إليه.

<sup>2</sup> أنظر: مجلس الدولة، الغرفة الثانية، قرار رقم 004827 مؤرخ في 24/06/2002، قضية (وزير العدل) ضد (الغرفة الوطنية للمحضرين القضائيين)، مجلة مجلس الدولة، العدد الثاني، السنة 2002.

<sup>3</sup> وتؤكد التعليمات رقم 07 المؤرخة في 7 ماي 1969 الخاصة بالإجراءات التأديبية، على هذا المعنى بقولها:

« L'infraction pénale commise par un fonctionnaire peut avoir des conséquences sur sa situation administrative même lorsqu'elle est motivé par des faits absolument étrangers au service ».

الخدمة، إلا إذا قدرت لجنة التأديب بقرار مسبب أن بقاء الموظف يتعارض مع مقتضيات الوظيفة. وهذا هو الحكم الذي أغفل عنه التشريع الفرنسي. وهذا مسلك محمود من التشريع الجزائري تقديرا للأثار الوخيمة التي قد تلحق الموظف وأسرته في حالة الفصل، أو الشطب، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، نجد أن التشريع الجزائري، قد شذ عن المألوف على ما هو مطبق في كافة التشريعات الوظيفية، من أن الأشخاص الذين صدرت في حقهم عقوبات معينة ليس لهم الحق في الالتحاق بوظيفة عمومية، إلا إذا ردّ لهم اعتبارهم القانوني أو القضائي. وهذا ما جاء في الأمر 50/72 في المادة الثالثة منه على ما يلي: "إن الإشارات إلى الإدانات المقيدة على الورتين للحصول على وظيفة، لا يمكن أن تشكل بأية صفة مانعا لتوظيف الأشخاص الذين تتعلق بهم". وجاء في نص المادة 4 منه ما يلي: "كما أنه لا يمكن لكافة المؤسسات العمومية والمزارع المسيرة ذاتيا ولا مؤسسات القطاع الخاص أن ترفض الالتحاق بالوظيفة القانونية subalternes بسبب إشارة مفيدة في ورقة صحيفة السوابق القضائية".

وجاء في نص المادة 5 منه على ما يلي: "أما بالنسبة للوظائف التي تقتضي نوعا من المسؤوليات فإنه لا يكون لفحص ورقة صحيفة السوابق القضائية، أثرا آخر غير امتناع الهيئة صاحبة العمل عن إسناد مهام ذات مسؤولية أو وظائف، لا تتفق مع المخالفة المرتكبة من أشخاص لهم سوابق قضائية، وذلك طيلة مدة معينة من الاختيار".

من خلال هذه النصوص القانونية، يتبين بأن المشرع الجزائري، وكذا نظيره الفرنسي، لم يعطيا للأحكام الجزائية الصادرة بالإدانة أي اهتمام، مهما كانت الجريمة التي يأتيها الموظف، أو العقوبة المسلطة عليه، خاصة إذا كانت الجريمة لا تمت بأية صلة للمسؤولية التي يشغلها الموظف. وبالرجوع إلى المادة 75 من الأمر 03/06 نجد أنها نصت على ما يلي: "لا يمكن أن يوظف أيا كان في وظيفة عمومية ما لم تتوفر فيه الشروط الآتية... أن لا تحمل شهادة سوابقه القضائية ملاحظات تتنافى وممارسة الوظيفة المراد الالتحاق بها...". ونفس الحكم نجده في فرنسا بخصوص الالتحاق بالوظيفة العامة، إذ يشترط التمتع بكافة الحقوق المدنية. وأن هذه الأخيرة تفقد بصدر حكم جنائي<sup>1</sup>.

إلا أنه بموجب قانون رقم 92-683 المؤرخ في 22 جويلية 1992 الذي أدخل إصلاحات على قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي، وكذا قانون العقوبات، لم تعد مسألة فقد الحقوق المدنية تشكل عقوبة تبعية ناتجة عن العقوبة الأصلية، إلا أنها أصبحت عقوبة مكملة. مما يترتب على ذلك أن القاضي يتمتع بكامل الحرية في أن يحكم أو لا يحكم بهذه العقوبة إلى جانب العقوبة الأصلية<sup>2</sup>.

وعلى هذا الأساس، فإننا نرى ضرورة إلغاء تلك القوانين السابقة باعتبارها لا تتماشى مع مقتضيات الوظيفة العمومية التي يشترط فيها ما لم تشترطه تلك القوانين، التي أملت ظروف واعتبارات إيديولوجية، يتعين قصرها فقط على بعض الجرائم المعينة، دون أن يكون الحكم معمما على كافة الجرائم.

كما نهيب على المشرع النص على الجرائم التي يكون من شأنها الحرمان من التوظيف، وهي تلك الجرائم المخلة بالشرف والأمانة أو الشائنة التي ارتكبتها أصحابها خارج نطاق الوظيفة، والتي يكون من شأنها الحيلولة دون توظيفهم في الوظائف العامة، أو الثانوية منها، حتى لا يبقى الأمر في يد سلطة الإدارة دون ضابط.

<sup>1</sup> C.E., 1 février 1961, Délégué général du gouvernement en Algérie c/Sieur Allali, Rec., p.74.

<sup>2</sup> La discipline dans la fonction publique de l'état, La discipline dans la fonction publique de l'état, Direction générale de l'administration et de la fonction publique(DGAFP), édition Française, Tiphine, La documentation française-paris,1998, p.57.

## المبحث الثاني: آثار الحكم الجنائي مع وقف التنفيذ أمام السلطات التأديبية:

إن الأمر بإيقاف تنفيذ العقوبة<sup>1</sup>، ولو كان شاملا لا يمنع من المساءلة التأديبية للموظف المحكوم عليه، متى كان الفعل المرتكب من طرفه يشكل جريمة تأديبية، حتى لو كانت الأفعال هي ذاتها التي كانت موضوع المحاكمة التأديبية. فأساس ذلك إنما يرجع إلى أن الحجية تنصرف ما نفاه الحكم الجنائي، أو أثبتته من الوقائع، متى كان الفصل في هذه الوقائع ضروريا للحكم في الدعوى. فحيث أن الحكم الجنائي قد قضى بثبوت هذه الوقائع في حق الموظف، فإن هذا الأمر يجعل السلطة التأديبية تنظر في هذه الأفعال وتكيفها في المجال التأديبي، وما إذا كانت هذه الأفعال تشكل مخالفات تأديبية من عدمها.

فإذا انتهت السلطة التأديبية إلى أن هذه الأفعال تشكل جرما تأديبيا، فيكون من حقها في هذه الحالة أن تتخذ الإجراءات اللازمة لتأديب الموظف متى رأت موجبا لذلك. وبهذا المعنى جاءت التعليمات رقم 07 المذكورة آنفا من أن الإدانة الجزائية حتى ولو كانت بسيطة (légère)، أو ماثلة لوقف التنفيذ (ou assortie de sursis)، يمكن أن تكون في جميع الأحوال سببا في عدم الاحتفاظ بالموظف المدان في المنصب الذي يشغله. وللجهة الإدارية تقدير ما إذا كانت مصلحة المرفق تتطلب نقله أو تسليط أية عقوبة تأديبية أخرى عليه<sup>2</sup>.

و بالرجوع إلى أحكام المنشور رقم 05 السالف الذكر، نجد بأنه يضع حكما عاما يقضي بضرورة تسريح الموظف الذي تصدر في حقه إدانة جزائية. كما نجد أيضا يستدرك هذا الحكم العام عندما نص على ما يلي: "...غير أنه إذا صدر في حق الموظف المتابع جزائيا حكما قضائيا نهائيا يقضي بإطلاق سراحه (relaxation)، براءته، أو بانتفاء وجه الدعوى... يعاد إدماجه وجوبا في منصب عمله بموجب مقرر من السلطة التي لها صلاحية التعيين...".

من خلال تحليلنا للنص الوارد في المنشور 05 السابق الذكر، نجد بأن المشرع الجزائري تبنى نظام إيقاف التنفيذ، من خلال النص على حالة إطلاق سراح الموظف. ذلك أن الحالات التي يمكن أن يحكم بها القاضي الجزائي لا تخرج عن هذه الحالات، إذ هي على سبيل الحصر. فمن ثم فإن التعداد المذكور في النص هو تعداد مقصود، بحيث ذكر حالة إطلاق سراح، ثم أعقبها بذكر البراءة. أي أن المشرع كان يقصد بحالة إطلاق سراحه بنظام وقف التنفيذ، على أساس أنه لو كان يقصد في إطلاق سراحه البراءة ما كان ليعدد الحكم بالبراءة في المرتبة الثانية، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، إطلاق يد السلطة التأديبية في النظر مسبقا في الأفعال المرتكبة من طرف الموظف ما إذا كانت تشكل مخالفة

<sup>1</sup> يعرف نظام وقف التنفيذ بأنه بمقتضاه يصدر القاضي حكما بالعقوبة على المتهم مع الأمر بوقف تنفيذه مدة من الزمن إذا عاد المتهم خلالها إلى ارتكاب إحدى الجرائم نفذت في حقه العقوبة الموقوف تنفيذهما مضافا إليها العقوبة الجديدة، التي توقع على الجريمة الأخيرة. أما إذا استقام ولم يعد إلى الإثم الجنائي حتى انقضت فترة التجربة، اعتبر الحكم الصادر ضده كأن لم يكن. والهدف من نظام وقف التنفيذ هو تحقيق المصلحة العامة المتمثلة في إصلاح حال المحكوم عليه. أنظر: نعيم عطية، بحث عن انتهاء الخدمة بحكم جنائي، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد 1، السنة 12 جانفي مارس 1968، القاهرة. وهو ما نصت عليه المادة 592 من قانون الإجراءات الجزائية بقولها: "يجوز للمجالس القضائية وللمحاكم في حالة الحكم بالحبس أو الغرامة إذا لم يكن المحكوم عليه قد سبق الحكم عليه بالحبس أو الغرامة إذا لم يكن المحكوم عليه قد سبق بالحبس لجنائية أو جنحة من جرائم القانون العام أن تأمر في حكمها نفسه بقرار مسبب بإيقاف تنفيذ العقوبة الأصلية".

ويضيف التعديل الأخير لقانون الإجراءات الجزائية شرطا آخر يتمثل في الإيقاف الكلي لتنفيذ العقوبة الأصلية، أما إذا كان الإيقاف جزئيا للعقوبة الأصلية فلا يمكن.

<sup>2</sup> جاء في التعليمات رقم 07 ما يلي:

« D'autre part une condamnation pénale, même légère ou assortie de sursis, peut en toute hypothèse rendre important le mentionner de l'intéressé au poste qu'il occupe.

Il appartient alors à l'administration d'apprécier si l'intérêt du service commande le déplacement de l'intéressé une autre sanction, et dans l'affirmative, de prendre la décision correspondante en observant la procédure disciplinaire ».

تأديبية أم لا، ومن ثم توقيع العقوبة المناسبة، وذلك لنصه: "إلا أنه ينبغي على اللجنة المتساوية الأعضاء النظر مسبقا في عدم وجود خطأ مهني قد يؤدي إلى تسليط عقوبة تأديبية"<sup>1</sup>.

الخاتمة:

على أنه يجب على المشرع الجزائري في نظام وقف التنفيذ، أن يفرق بين الإدانات بسبب الأفعال، والجرائم خارج نطاق الوظيفة، بشرط ألا يكون لها تعلق بكرامة وشرف الوظيفة، وبين الإدانات التي يكون سببها الأخطاء المهنية الجسيمة. ففي مثل هذه الأخيرة يجب النص على عدم صلاحيته للرجوع إلى منصب وظيفته، كما هو منصوص عليه في المنشور 05 المذكور سلفا. ومن تم فإنه كان من الواجب على المشرع أن يضمن أيضا نصا واضحا إلى جانب تحديد الجرائم المخلة بالشرف والأمانة، أن ينص على عدم السماح للإدارة بإعادة إدماج الأشخاص المدانين جزائيا، بسبب ارتكابهم لأخطاء مهنية جسيمة إلى الوظيفة العامة نهائيا، حتى ولو كانت الإدانة مع الوقف الكلي، حتى يرد لهم اعتبارهم. أما إذا كانت تلك الإدانات لا تمت بأية صلة للوظيفة العامة، فإنه من غير المنطق أن نعاقب الموظف على فعل لا علاقة له بالوظيفة التي يشغلها لا من قريب ولا من بعيد.

المراجع:

- باللغة العربية:

أ- الكتب والرسائل:

- د. محمد الأخضر بن عمران، النظام القانوني لانقضاء الدعوى التأديبية في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2007/2006.

- د. مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة بين الجزائر وفرنسا، أطروحة دكتوراه دولة في القانون العام، حقوق، كلية جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2004-2005.

- حسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثالث، دار هومة، الجزائر، 2007.

- مولاي ملياني البغدادي، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1976.

- د. نعيم عطية، بحث عن انتهاء الخدمة بحكم جنائي، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد 1، السنة 12 جانفي مارس 1968، القاهرة.

النصوص القانونية:

- الأمر 03/06 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 46،

المنشورات والتعليمات:

المنشور رقم 05 المؤرخ في 12 أفريل 2004 احدد لكيفيات تطبيق المادتين 130 و131 من المرسوم رقم 85-59 المؤرخ في 23 مارس 1985 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والإدارات العمومية.

- التعليم رقم 07 المؤرخة في 7 ماي 1969 الخاصة بالإجراءات التأديبية.

<sup>1</sup> أنظر: المنشور رقم 05 المؤرخ في 12 أفريل 2004 سابق الإشارة إليه.



المجلات القضائية :

المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثالث، الجزائر، 1989.

المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الرابع، الجزائر، 1990.

مجلة مجلس الدولة، العدد الثاني، الجزائر، 2002.

مجلة مجلس الدولة، العدد التاسع، الجزائر، 2009.

ب- باللغة الفرنسية :

Christian VIGOUROUX, Déontologie des fonctions publiques, éditions Dalloz, paris, 2006-

- Gustave PEISER, Droit de la fonction publique, 18<sup>e</sup> édition, 2006, DALLOZ.

-Serge SALON Jean Charles SAVIGNAC, Fonctions publiques et Fonctionnaires, Organisation et statuts, carrière, garanties, déontologie et responsabilités, Armand colin, paris 1997.

publique, Editions du papyrus, -Jacques BAZIN, La suspension dans le droit de la fonction 2000.

La discipline dans la fonction publique de l'état, Direction général de l'administration et de la - fonction publique(DGAFP), édition Française, Tiphine, La documentation française-paris, 1998.

**: Les instructions et les revues**

-Instruction n°7 du 7 mai 1969 Relative à la procédure disciplinaire

La mise en œuvre des principes de procédure pénale dans les procédures disciplinaires, Revue internationale de droit pénal, 2004/3 - Vol. 75

**-Recueil des arrêts du conseil d'Etat Français.**

## القانون الجبائي و دوره في حماية البيئة من أخطار التلوث - دراسة تحليلية لنموذج الجباية البيئية في الجزائر-



فضيلة الأستاذ : بن عزة محمد / جامعة تلمسان

كلية العلوم الاقتصادية والتسيير والعلوم التجارية

Email : benazza.mohammed@yahoo.fr

مقدمة :

تعمل جل دول العالم حاليا على إيجاد أهم الآليات والسياسات وكذلك سن أهم التشريعات القانونية الكفيلة بحماية البيئة والحد من أشكال التلوث الذي يواجهها، فحسب أهم الدراسات الحديثة أن هناك علاقة وطيدة بين الحاجة إلى التنمية الاقتصادية وبين مقتضيات حماية البيئة، انطلاقا من أن استمرارية رفاهية الإنسان لا يتم إلا مع بقاء البيئة الطبيعية دون استنزاف مع إتاحة الفرصة للأجيال القادمة للاستفادة منها، في إطار ما يسمى بتحقيق التنمية المستدامة، وذلك في ظل تأكيد فشل نظام السوق في تدبير الحماية الملائمة للبيئة .

ومن أهم الأدوات الاقتصادية في مجال حماية البيئة من أشكال التلوث المختلفة ما جاء به الاقتصادي (Pigou Arthur Cecil)، تعتبر الجباية البيئية أو كما يطلق عليها الجباية الخضراء، أهم أداة في هذا المجال، وفلسفة هذه الأداة تستند إلى مبدأ "الملوث الدافع" "principle: Polluter-Pays"

فقد أثبتت التشريعات الجبائية البيئية فعاليتها البيئية الأكيدة حتى، و لو لم تكن هناك معطيات حول المردودية الاقتصادية لهذه الرسوم، ففي دراسة نشرت حول الرسوم البيئية في دول منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية تشير إلى أن بعض المعطيات تؤكد فعاليتها في محاربة التلوث من بين هذه المعطيات نذكر ما يلي: \* رسم سويدي على الكبريت (مطبق منذ 1991) أدى إلى تخفيض نسبة الكبريت في المحروقات بنحو (50%) من المستوى القانوني المسموح به، هذا الرسم شجع أيضا من اعتماد إجراءات لتخفيض معدلات انبعاث الملوثات من تجهيزات حرق الوقود كما يتوقع تخفيض في انبعاث الكبريت الخاضع للرسم بحوالي (19000 طن سنويا)، أما في النرويج

الرسوم على ثاني أكسيد الكربون (CO2) و التي طبقت منذ 1991، سمحت بتخفيض انبعاث (CO2) من تجهيزات الحرق الثابتة بـ (21 %) سنويا.

والجزائر كغيرها من دول العالم- على اختلاف تقدمها الاقتصادي والسياسي- تعمل جاهدة في سبيل تطوير تشريعاتها الضريبية الخاصة بحماية البيئة رغم تأخر صدورها إلى غاية سنة 1992 من هذا المنطلق سوف نعالج هذا الموضوع انطلاقا من الإشكالية المحورية التي تتمثل فيما يلي :

#### ❖ الإشكالية :

• إلى أي مدى ساهم النظام الجبائي وخاصة الجباية البيئية في حماية البيئة والحد من أشكال التلوث البيئي في الجزائر؟

#### ❖ فرضية البحث :

من خلال الإشكالية السابقة كانت الرغبة كبيرة في معالجة هذا الموضوع بدور الجباية البيئية في حماية البيئة من أشكال التلوث المختلفة، وكمنتقل في تحليلنا لهذا الموضوع وضعنا الفرضية التالية:

• تكمن فعالية الجباية البيئية في مدى قدرتها على التقليل من أشكال التلوث؟.

#### ❖ أهمية الدراسة :

يكتسب البحث أهميته من خلال الموضوع الذي يعالجه و تكمن هذه الأهمية في الإعتبارات التالية:

• جاءت الدراسة لتبين الأهمية البالغة التي تؤديها الجباية البيئية في حماية البيئة من أشكال التلوث ، وتأثيرها البالغ في النشاط الملوث للمؤسسات والأشخاص.

• تعتبر الجباية البيئية أداة ذات أهمية بالغة اعتمدها جل المنظمات و دول العالم في محاربة التلوث البيئي.

• تفاقم حجم التلوث بكل أشكاله استدعى اللجوء إلى التفكير في آلية تساهم في حماية البيئة فكانت الجباية البيئية خلاصة هذا التفكير.

ومن خلال كل ما سبق سوف نحاول عبر ورقة العمل هذه معالجة الإشكالية المحورية باعتماد المنهج الوصفي التحليلي، ودراسة حالة للتشريع الجبائي البيئي الجزائري، وذلك من خلال تبين أهم المفاهيم المتعلقة بالنظام الضريبي والتركيز على جانب الضرائب البيئية، كما نتطرق إلى أهم بنود تشريعات النظام الضريبي البيئي في الجزائر وأهم الميكانيزمات التي تلجأ لها الدولة عن طريق الضرائب لحماية البيئة من أشكال التلوث البيئي ، وفي المرحلة الثانية نعطي تقييم لفعالية هذه التشريعات في تحقيق أهدافها المنشودة

#### 1- مفاهيم أساسية حول البيئة والتلوث البيئي :

1-1- تعريف البيئة: أول من صاغ كلمة إيكولوجيا (Ecologie) العالم "هنري ثورو" عام 1858،<sup>(1)</sup> بدون أن يعطي معنا واسع لها ، ثم تلتها عدة مفاهيم للبيئة على أنها محيط الانسان وهي التي تزوده بعناصر البقاء والموارد اللازمة لاستمرار الحياة ، وتتأثر البيئة بفعل نشاط الانسان وبالكيفية التي يستغل بها موارد البيئة المتجددة وغير المتجددة.<sup>(2)</sup> ، واعتبرها كل من ( Herfindahl et Kneese 1974 ) على أن البيئة هي بمثابة سلعة عمومية ملك للجميع لا تخضع للملكية الخاصة<sup>(3)</sup> ، كما تعرف البيئة حسب المفهوم الواسع الذي تبناه مؤتمر استكهولم 1972

بأنها "مجموع كل المؤثرات و الظروف الخارجية المباشرة و غير المباشرة المؤثرة على حية و نمو الكائنات الحية" (4)، وهناك عدة مؤشرات معنية بالبيئة أهمها: (5)

1- مؤشر الاستدامة البيئية (ESI): والذي يمثل قدرة الأمم على حماية البيئة خلال العقود المقبلة.

2- مؤشر الأداء البيئي (EPI): يركز على الأداء البيئي الحالي لدولة ما وعلى التجارب الحالية .

### 1-2-1- تعريف التلوث البيئي في التشريعات المغربية :

ومع زيادة نمط الانتاج الصناعي العامل الرئيسي المهده للبيئة والذي ساهمت فيه الدول الصناعية بنصيب الأسد في عبئ التلوث العالمي 6.8 من النفايات الصناعية و38% منه التأثير المحتمل على الغلاف الجوي، رغم أن عدد سكان هذه الدول لا يمثل إلا سوى 20% من سكان العالم. (6)

1-2-1-1- التعريف القانوني للتلوث البيئي حسب المشرع الجزائري: عرف المشرع الجزائري التلوث في الفقرة الثامنة من المادة 04 من القانون 10/03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة بأنه: " كل تغير مباشر أو غير مباشر للبيئة، يتسبب كل فعل يحدث أو قد يحدث وضعية مضرّة بالصحة وسلامة الإنسان والنبات والحيوان ، والهواء والجو والماء والأرض والممتلكات الجماعية والفردية" (7).

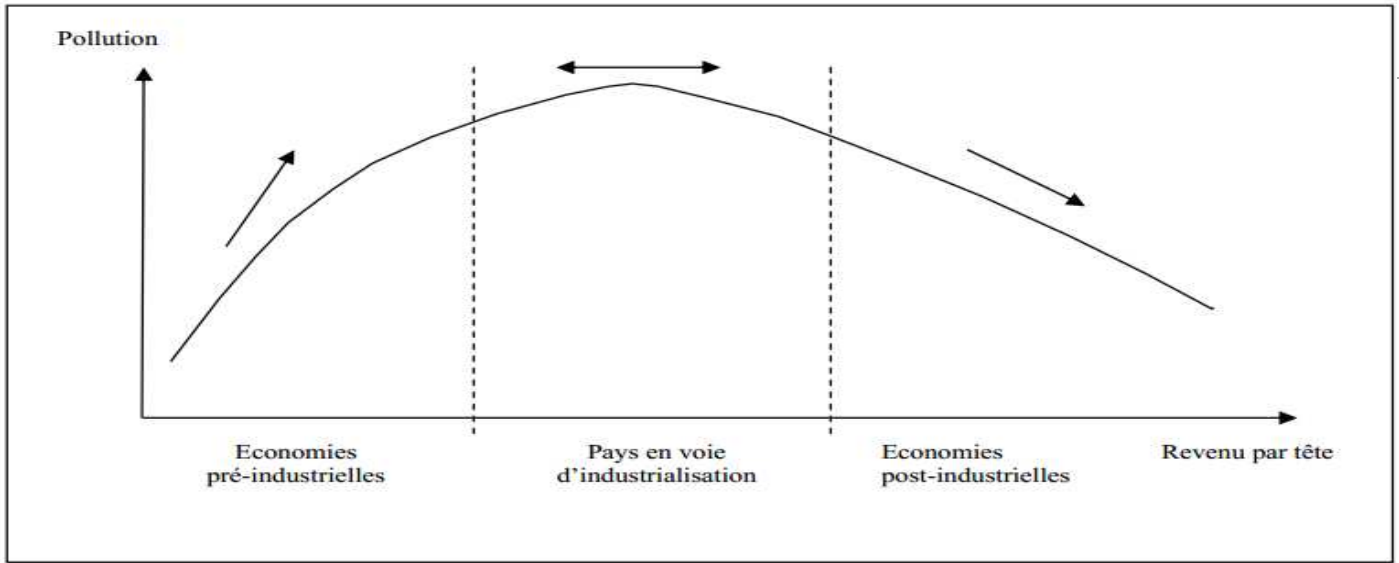
1-2-1-1- التعريف القانوني للتلوث البيئي حسب المشرع التونسي: أما المشرع التونسي عرف التلوث البيئي في المادة الثانية من القانون رقم 91 لسنة 1983 المتعلق بحماية البيئة بأنه: إدخال أية مادة في المحيط بصفة مباشرة أو غير مباشرة ، سواء كانت بيولوجية أو كيميائية أو مادية. (8)

1-2-1-1- التعريف القانوني للتلوث البيئي حسب المشرع المغربي: بينما المشرع المغربي فيعرف التلوث البيئي ضمن القانون رقم 03-11 المتعلق بحماية البيئة على أنه: كل تأثير أو تغيير مباشر أو غير المباشر في البيئة من جراء فعل أو نشاط بشري أو عامل طبيعي من المحتمل أن يؤثر على الصحة والسلامة العمومية وأمن الأشخاص والهيئات أو يحدث تغيير بالنسبة للبيئة الطبيعية، العقارات، القيم، والاستخدامات المشروعة بيئة. (9)

### 1-3-1- الأسباب الاقتصادية للتلوث البيئي: (اشكالية زيادة النمو الاقتصادي والتلوث):

لقد أسهم الاقتصادي "Simon Kuznets" (10) (1985/1901) بدراسة حول العلاقة بين اللامساواة وزيادة النمو الاقتصادي ، وحسب كل من الاقتصاديين "Grossman et Krueger (1994)" أنه يمكن اسقاط معالم هذه النظرية على الجانب البيئي (11) ، بحيث إن زيادة وتيرة النمو الاقتصادي في البداية يصاحبها زيادة في التلوث البيئي وذلك من خلال زيادة النشاط الصناعي للمؤسسات الاقتصادية، الذي يعتبر العامل الأول في إحداث التلوث البيئي، فتصل نسبة التلوث إلى أقصى حد ممكن وبارتفاع وتيرة التنمية يصبح لدى المجتمع وعي يصاحبه امكانيات لمواجهة التلوث مما يستدعي التقليل من حدة ته وذلك ما يوضحه المنحنى الموالي والمعروف بـ منحنى البيئة لـ "Kuznets" الذي يأخذ شكل حرف "u" مقلوب.

## الشكل البياني رقم (01): منحنى البيئة لـ "Kuznets":



Source : André Meunier, Controverses autour de la courbe environnementale de Kuznets, document de travail, – Université Montesquieu Bordeaux IV ,2004, p03

## 2- النظام الضريبي ودوره في حماية البيئة :

2-1- النظام الضريبي والضرائب البيئية: يمكن تعريف النظام الضريبي بصفة عامة على أنه " مجموعة القواعد القانونية والفنية التي تمكن من الاستقطاع الضريبي في مراحل مختلفة انطلاقاً من تحديد المادة الخاضعة للضريبة وحسابها ثم تحصيلها"<sup>(12)</sup> أما الضريبة بوجه عام هي عبارة عن "اقتطاع نقدي إجباري من الأفراد مساهمة في أعباء الخدمات العامة، تبعا لمقدرتهم على الدفع، ودون النظر إلى المنافع التي تعود عليهم من هذه الخدمات، وتستخدم حصيلتها في تحقيق أهداف اقتصادية واجتماعية وسياسية وغيرها"<sup>(13)</sup>.

ومن هذين التعريفين الهامين للنظام الضريبي والضريبة بوجه عام ، يتبين للوهلة الأولى صعوبة إقامة الصلة بين الضريبة والبيئة ، غير أن التخلي عن مبدأ عدم التخصيص أصبح ظاهرة متنامية في الأنظمة المالية الحديثة وذلك من أجل تحقيق مجموعة من الأهداف ذات الطابع المهم، ومن ذلك هدف تحقيق الحماية الكافية للبيئة التي تعرف خطر التلوث، ومن ذلك ظهر ما يسمى بالحماية البيئية.

حيث أنه لم يتم اللجوء إلى وسائل التحفيز الضريبي لحماية البيئة إلا حديثاً، إذ طبق لأول مرة في الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1967 ويهدف هذا النظام إلى إعفاء جزئي أو كلي من دفع الرسوم الإيكولوجية إذا امتثل المنشأة الملوثة إلى التدابير المتعلقة بمكافحة التلوث.<sup>(14)</sup>

## 2-2- تعريف الحماية البيئية :

لقد عرفت الضريبة البيئية لأول مرة من خلال الاقتصادي " Pigou Cecil Arthur " (1877/1959) الذي كان يعمل بروفيسور في الاقتصاد السياسي بجامعة كامبريدج في الفترة ما بين 1908 و 1944، وفي كتابه اقتصاديات الرفاه (الذي نشره في عام 1920) اقترح فرض ضريبة كوسيلة مناسبة لمكافحة التلوث.<sup>(15)</sup>

وتعرف الحماية البيئية على أنها نوع من الأدوات الاقتصادية لمعالجة المشاكل البيئية. وهي مصممة لاستيعاب التكاليف البيئية وتوفير حوافز اقتصادية للأشخاص والشركات لتعزيز الأنشطة المستدامة بيئياً. بحيث أن إسقاط وصف البيئية على الحماية في حالة ما إذا كانت وعاءها أو ما ينوب عنه عبارة عن وحدة طبيعية .

كما أن الاتحاد الأوروبي و في إحدى نشراته الإعلامية يؤكد على أن الاقتطاع الجبائي يعتبر بيئياً إذا كان الوعاء الخاضع لهذا الاقتطاع له آثار سلبية على البيئة، كما أن إيرادات هذا الاقتطاع توجه مباشرة إلى موازنة الدولة أو يتم تخصيصها لوجهات محددة.

و حسب نفس النشرة الإعلامية فإن هناك نوعين من اقتطاعات الحماية البيئية ( *prélèvements environnementaux* ) كما يلي :<sup>(16)</sup>

\*- تلك التي تمس انبعاث الملوثات ، رسوم على تلويث المياه، على الانبعاثات الرنانة (*sonore*) في مجال الطيران.

\*- تلك التي تمس المواد (الرسوم على المبيدات، البنزين.....)

## 2-3- المكلف بالضريبة البيئية ( مبدأ الملوث يدفع ) :

لقد تطرقت أهم الدراسات الاقتصادية والاجتماعية إلى موضوع من يتحمل أعباء حدوث التلوث، ووفق الأصل العام وما تمليه العدالة الاجتماعية أن "من يتحمل عبء التلوث البيئي هو من تسبب في إحداثه (أي الملوث) والذي تم صياغته في المبدأ الشهير الملوث يدفع *principle: Polluter-Pays* الذي طرح لأول مرة سنة 1972 من طرف منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية ويعني هذا المبدأ "أن الملوث يجب أن يتحمل التكاليف المتعلقة بإجراءات منع ومراقبة وتنظيف البيئة التي تقررها السلطات العامة" ويمكن تعريفه على أن النفقات التي تفرضها الوقاية من التلوث و محاربهته ( هذه المتطلبات تحددها السلطات العمومية من أجل أن تكون البيئة في وضع مقبول) يتحملها الملوثون"<sup>(17)</sup>

وقد تطرق المشرع الجزائري إلى مبدأ الملوث الدافع في القانون 10/03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة على أنه " يتحمل بمقتضاه كل شخص يتسبب نشاطه أو يمكن أن يتسبب في إلحاق الضرر بالبيئة ، نفقات كل تدابير الوقاية من التلوث والتقليص منه وإعادة الأماكن وبيئتها إلى حالتها الأصلية"<sup>(18)</sup>

كما تم تكريس هذا المبدأ ضمن المبدأ 16 من إعلان " Rio de Janeiro " لسنة 1992،<sup>(19)</sup> كما ظهر في القانون الفرنسي سنة 1995 بموجب قانون 2 فيفري 1995.<sup>(20)</sup>

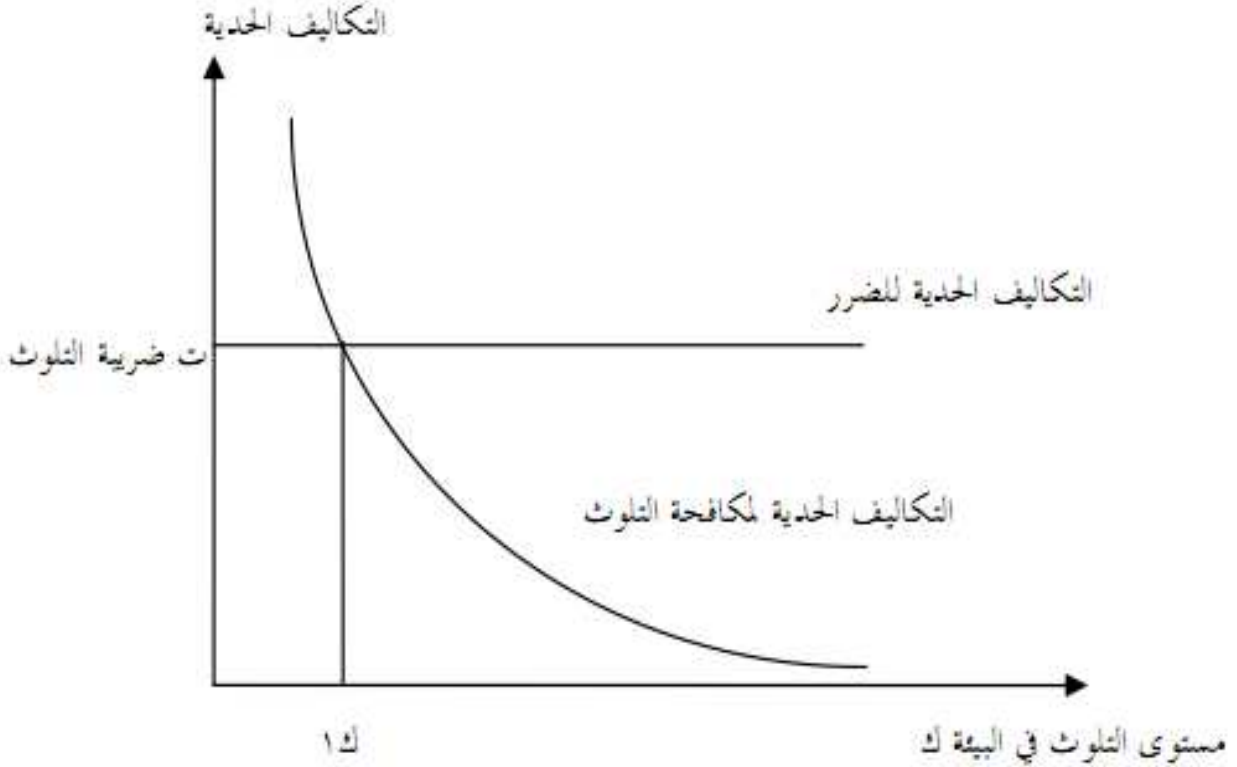
## 2-4- أساليب تحديد سعر الضريبة البيئية في صياغة التشريعات :

إن سعر الضريبة أو مقدارها هو ذلك المبلغ الذي يفرض على المتسبب في إحداث التلوث، وهناك أسلوبين معتمدين في غالب تشريعات الدول التي تعتمد الضرائب البيئية وهما:<sup>(21)</sup>

1- السعر الثابت : في الفقه الضريبي بصفة عامة يعتبر السعر الثابت للضريبة ذلك المعدل الذي لا يتغير حتى ولو تغير الوعاء الضريبي، أي تحديد قيمة ثابتة من قيمة الوعاء الضريبي.

2- السعر التصاعدي: أما أسلوب التصاعدي فيعتمد تصاعد الضريبة مع تصاعد الوعاء الضريبي، وهذا يتيح الاقتراب من مبدأ العدالة، وفي حالة الضرائب البيئية يتم تحديد هذا النوع من الضرائب عند النقطة التي تتعادل فيها تكلفة الضرر الحدي الذي يسببه التلوث مع التكاليف الحدية لمكافحة التلوث، حيث يشير إلى تكلفة مقدارها (ت) يفرضها الملوث وفي غياب الضريبة على التلوث سوف تسبب قدرا كبير من التلوث (ك)، وبفرض ضريبة (ت) تعادل الأضرار فإن التلوث يقل إلى (ك1). وذلك ما يوضحه الشكل البياني الموالي:

الشكل البياني رقم (02): منحني بياني يوضح كيفية فرض الضريبة البيئية على المؤسسات الاقتصادية:



المصدر: عمرو محمد السيد الشناوي، تقويم الضريبة كأداة لسياسة حماية البيئة دراسة حالة مصر، مقال منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة المنصورة، العدد 49، 2011، ص 427.

## 2-5- خصائص وأهداف الجباية البيئية:

فالجباية البيئية ليس هدفها مالي (تدعيم إيرادات الميزانية) فقط ولكن هي من جهة أداة فعالة في معالجة مشاكل البيئة.<sup>(22)</sup> وإحدى أهم وسائل السياسات البيئية والاقتصادية على حد سواء، والهدف الأول والأساسي هو الحد من إنتاج واستهلاك المواد الملوثة، بالإضافة إلى أهداف أخرى. يمكن تلخيصها فيما يلي:<sup>(23)</sup>

1- أنها تدمج تكاليف الخدمات البيئية والأضرار البيئية مباشرة ضمن أسعار السلع والخدمات أو الفعاليات التي أدت إليها. ويساعد هذا أيضاً على تنفيذ مبدأ قيام المتسبب بالتلوث بالدفع والدمج بين السياسات الاقتصادية والمالية والبيئية.

2 - أنها تخلق حوافز للمنتجين والمستهلكين للابتعاد عن السلوك المضر بالبيئة وخاصة إذا كانت تركز على مكافحة / التراخيص و العناصر الأخرى لمجموعة السياسات.

3 - أنها يمكن أن تحقق مكافحة التلوث وحماية البيئة مقارنة بالوسائل الأخرى وأداة فعالة في معالجة مشاكل البيئة.

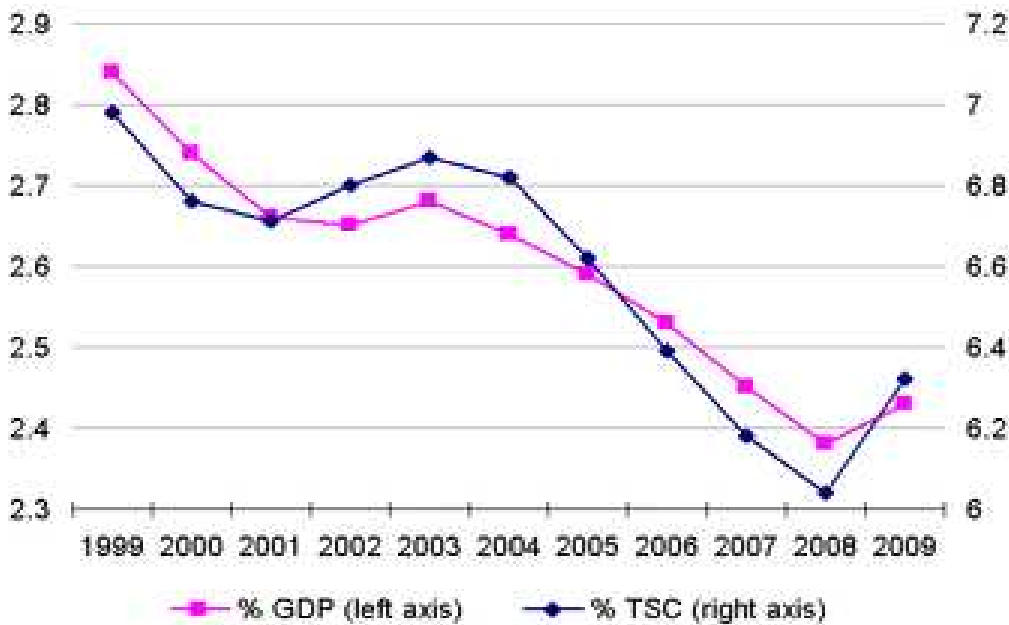
4 - بالنسبة للمنتجين قد تلعب تلك الضرائب دور محفز للابتكار . عندما تصبح الطاقة والمياه والمواد الخام وكذلك النفايات الصلبة والسائلة والغازية خاضعة للتكليف الضريبي فسوف يطور دافعوا الضرائب طرقاً جديدة للإنتاج والنقل والإسكان واستخدام الطاقة والاستهلاك . ويساعد هذا على تحقيق المزيد من " الكفاءة الاقتصادية " وتنفيذ مبدأ الاحتياطات وتحسين الاستدامة والتنافسية العالمية

5 - أنها ترفع الإيرادات التي يمكن استخدامها لتحسين البيئة ولنح الحوافز للآخرين للقيام بذلك أو

لتخفيض بعض الأعمال الأخرى ذات التكلفة الأعلى

وباستقراء أهم إحصائيات الدول الأوروبية في مجال الضرائب البيئية يلاحظ مدى التوسع في تطبيق هذا النوع من الضرائب والتزايد المستمر لحجمها مثلما يوضحه الشكل البياني الموالي:

الشكل البياني رقم (05) : حجم الجباية البيئية كنسبة من الناتج المحلي الخام في الدول الأوروبية :



Source: Eurostat (env\_ac\_tax)

Source: [http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics\\_explained/index.php/Environmental\\_taxes](http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Environmental_taxes)  
date de consultation 5/12/2011.



**3- الاهتمام بالبيئة من خلال الميزانية العامة في الجزائر :**

لقد أولت الجزائر جانبا من الإهتمام ضمن ميزانيتها لحماية البيئة من خلال النفقات والإيرادات العامة، وهذا الإهتمام عرف تأخرا حيث لم يتم إنشاء الرسوم الجبائية حتى مطلع التسعينيات، وبالمقابل كانت النفقات الموجهة لحماية البيئة آن ذاك جد ضئيلة.

**3-1- تمويل أنشطة حماية البيئة من خلال النفقات العامة:**

تعرف النفقات الموجهة لحماية البيئة نسب جد ضعيفة ضمن الميزانية العامة في سنوات الثمانينات والتي كانت تمثل ما يقارب 1.18% من الناتج المحلي الخام PIB، لتتخفف النسبة إلى 0.84% من الناتج المحلي الخام PIB، في الفترة 2000/1990، ويفسر هذا الانخفاض المقدر بـ 29% للأزمة الاقتصادية التي مرت بها البلاد في سنوات التسعينيات والتي عرفت الميزانية العامة نهجا تقشيفا.<sup>(24)</sup> وهذه المعطيات موضحة في الجدول الموالي :

الجدول رقم (01): قيمة النفقات العامة ضمن ميزانية الدولة لحماية البيئة.

Domaines	Décennie 1980 / 1989 % PIB annuel	Décennie 1990 / 2000 % PIB annuel
Assainissement, épuration (eau)	0,58	0,34
Restauration des sols, reforestation, steppes	0,37	0,14
Equipements antipollution (industrie, énergie)	0,04	0,15
Déchets	0,06	0,08
Santé	0,05	0,05
Fonctionnement des agences	0,08	0,08
Total	1,18	0,84

Source; Plan National d'Actions pour l'Environnement et le Développement Durable (PNAE-DD), Ministère de l'Aménagement du Territoire et de l'Environnement, Janvier 2002. P34

كما بلغت حصة الاستثمارات في القطاعات البيئية حوالي 28.9 مليار دينار جزائري ضمن برنامج الانعاش الاقتصادي<sup>(25)</sup>.

**3-2- الجباية البيئية ضمن ميزانية الدولة و مهمة حماية البيئة :**

اعتمدت الجزائر لأول مرة ضمن تشريعاتها وبنود الميزانية العامة مفهوم الجباية البيئية من خلال قانون المالية لسنة 1992، وتم إصدار أول رسم بيئي وهو ما يعرف ب الرسم على النشاطات الملوثة أو الخطيرة على البيئة (TAPD)، لتتوالى التشريعات الجبائية الخاصة بالبيئة، لتصل إلى ما يفوق التسع (09) رسوم جبائية مكونة هيكل الجباية البيئية، والتي سوف نستعرض لها بالتفصيل ضمن المحور الموالي.

## 4- نموذج هيكل الجباية البيئية في التشريع الجزائري :

لقد أدرجت الجزائر حماية البيئة كمطلب أساسي للسياسة الوطنية للتنمية الاقتصادية والاجتماعية، والتي تقتضي تحقيق التوازن الضروري بين متطلبات النمو الاقتصادي ومتطلبات حماية البيئة والمحافظة على إطار معيشة السكان.<sup>(26)</sup> وبالتالي سعت إلى صياغة أهم التشريعات التي تساهم في حماية البيئة من أشكال التلوث، ومن ضمن ذلك التشريعات الجبائية البيئية التي أصبحت من ضمن عناصر مدونة إيرادات الميزانية العامة في الجزائر<sup>(27)</sup>، والمتمثلة في الرسوم والغرامات والإتاوات الردعية المفروضة على المتسببين في إحداث التلوث بكل أشكاله (سواء كانوا أفراد أو مؤسسات) بغرض تأهيلهم لاحترام البيئة من أشكال التلوث، وكان أول إحداث لهذا النوع من التشريعات ضمن إصلاح النظام الضريبي في مطلع سنة 1992.

## 4-1- الرسم على النشاطات الملوثة أو الخطيرة على البيئة ( TAPD )

## Taxe sur les activités polluantes ou dangereuses pour l'environnement

لقد تم إنشاء الرسم على النشاطات الملوثة أو الخطيرة على البيئة<sup>(28)</sup> بموجب المادة 117 من قانون المالية لسنة 1992، والتي اعتبرت أول بادرة لإنشاء الرسوم البيئية، بحيث تحدد هذه النشاطات وفق التنظيم<sup>(29)</sup> وتم تحديد المعدل الأساسي لهذا الرسم ضمن المادة أعلاه كما يلي :

- 3000 دج بالنسبة للمنشآت المصنفة والتي لها نشاط واحد على الأقل خاضع لإجراء التصريح، كما هو محدد بموجب الرسوم رقم 88-19 المؤرخ في 26 يونيو 1988 والمتعلق بالمنشآت المصنفة والمحدد لقائمتها.
- 30.000 دج بالنسبة للمنشآت المصنفة التي لها نشاط واحد على الأقل خاضع لإجراء الترخيص، كما هو محدد بموجب الرسوم المذكور أعلاه.
- وبخصوص المنشآت التي لا تشغل أكثر من شخصين يخفض المعدل إلى 750 دج بالنسبة للمنشآت المصنفة الخاضعة للتصريح وإلى 6000 دج بالنسبة للمنشآت المصنفة والخاضعة للترخيص.
- يطبق العامل المضاعف المتراوح بين 1 و 6 على كل نشاط من هذه النشاطات حسب طبيعتها وأهميتها. حيث يكون مبلغ الرسم الواجب تحصيله عن كل نشاط من هذه الأنشطة مساوي لحاصل المعدل الأساسي والمعامل المضاعف.

وتم تحيين هذه المبالغ السنوية لتصبح كما يلي<sup>(30)</sup>:

- 120.000 دج بالنسبة للمنشآت المصنفة التي تخضع إحدى نشاطاتها لرخصة من وزير البيئة
- 90.000 دج بالنسبة للمنشآت التي تخضع إحدى نشاطاتها على الأقل لرخصة من الوالي المختص إقليميا.
- -20.000 دج بالنسبة للمنشآت التي تخضع إحدى نشاطاتها على الأقل لرخصة من رئيس المجلس الشعبي البلدي المختص إقليميا.
- 9000 بالنسبة للمنشآت التي تخضع إحدى نشاطاتها على الأقل لتصريح.
- أما بالنسبة للمنشآت التي لا تشغل أكثر من شخصين فإن النسب القاعدية تخفض إلى :
- 24.000 دج بالنسبة للمنشآت المصنفة التي تخضع إحدى نشاطاتها لرخصة من وزير البيئة.

- 18.000 دج بالنسبة للمنشآت التي تخضع إحدى نشاطاتها على الأقل لرخصة من الوالي المختص إقليمياً.
- 3.000 دج بالنسبة للمنشآت التي تخضع إحدى نشاطاتها على الأقل لرخصة من رئيس المجلس الشعبي البلدي المختص إقليمياً.

-2.000 دج بالنسبة للمنشآت التي تخضع إحدى نشاطاتها على الأقل لتصريح ، أما المعامل المضاعف بقي بدون تحيين، ومؤخراً تم إعفاء نشاط صناعة الخبز من الرسم على النشاطات الملوثة أو الخطيرة على البيئة.<sup>(31)</sup>

#### 4-2- رسم تشجيع عدم التخزين النفايات الصناعية الخاصة و/أو الخطرة :

حيث تم تأسيس هذا الرسم بموجب المادة 203 من قانون المالية لسنة 2002،<sup>(32)</sup> وذلك بهدف تشجيع عدم تخزين النفايات الصناعية الخاصة و/أو الخطرة وذلك باعتبار أن تخزين مثل هذه النفايات ملوث للبيئة، وحدد مبلغه ب 10.500 دج عن كل طن مخزن من هذه النفايات.

كما قام المشرع بتخصيص عائدات هذا الرسم كما يلي :

- ❖ 10 % لفائدة البلديات.
  - ❖ 15 % لفائدة الخزينة العمومية.
  - ❖ 75 % لفائدة الصندوق الوطني للبيئة وإزالة التلوث.
- بالإضافة إلى إعطاء صاحب المشروع المعني مهلة 03 سنوات لإنجاز منشآت إزالة النفايات ابتداء من تاريخ الانطلاق في تنفيذ مشروع منشأة الإفراز.

ويعتبر هذا الرسم جد مهم في التقليل أو القضاء على النفايات الخطيرة ، لذلك يجب تفعيل هذا الدور ، باعتبار أن إنتاج النفايات الصناعية الخطيرة يقدر ب 180000 طن في السنة موزعة على النحو الآتي (9.500 طن) من النفايات المتحللة البيولوجية، (6.500 طن) من النفايات العضوية 48000 طن من النفايات القليلة السامة، و هذه النفايات منتجة أساساً في ولايات عنابة (36 %) وهران (14 %) (ملحق 1-k-3)، وفيما يخص الزيوت المستعملة فإنه لا يسترد من 140000 طن من الزيوت المسوقة سنوياً سوى 8% فقط من أجل رسكلتها في الخارج فالزيوت المستعملة المطروحة في محطات البنزين، و كذلك للتفريغات غير المراقبة لزيوت السيارات تشكل مشكلة بيئية هامة كذلك التزايد السريع في إنتاج الملوثات أدى زيادة خطيرة في تركيز مستويات الغازات التي تزيد من نفاذ الأوزون إلى سطح الأرض ، إذ نجد غاز ثاني أكسيد الكربون قد تزايد بنسبة 20 % من بداية الثورة الصناعية.<sup>(33)</sup>

#### 4-3- رسم تشجيع على عدم التخزين النفايات المرتبطة بالعلاج في المستشفيات والعيادات الطبية :

لقد تم تأسيس هذا الرسم طبقاً للمادة 204 من قانون المالية 2002 ، وذلك بسعر مرجعي يقدر ب 24.000 دج للطن ، ويضبط الوزن المعني وفقاً لقدرات العلاج وأنماطه في كل مؤسسة معنية أو عن طريق قياس مباشر. بالإضافة إلى أن حاصل هذا الرسم يُخصص كما يلي :

- 10% لفائدة البلديات.
- 15% لفائدة الخزينة العمومية.
- 75 % لفائدة الصندوق الوطني للبيئة وإزالة التلوث.

بالإضافة إلى أنها تمنح مهلة ثلاث سنوات للمستشفيات والعيادات الطبية للتزود بتجهيزات الترميد الملائمة أو حيازتها.

وجاء هذا الرسم في ظل الحجم الهائل للنفايات الطبية التي يتم حرقها بطريقة غير سليمة و غير صحية لتقليل التكلفة و التهرب من دفع الضرائب و يقدر حجمها بحوالي 124 ألف طن سنويا، منها 220 ألف طن فضلات متعفنة شديدة الخطورة على الصحة، و 29 ألف طن فضلات سامة.

وأفاد مسح لنفايات الصحة المنجز من طرف وزارة تهيئة الإقليم والبيئة قد قدر ب 40.190 طن من النفايات الإستشفائية لسنة 2002. وتتم إزالتها عن طريق الحرق، كما بينت دراسة الخبرة التي خصت حظيرة منشآت الحرق المتواجدة على مستوى المؤسسات الإستشفائية سنة 2002 بأن عددها 236 منشأة، منها 64 عاطلة.

#### 4-4- الرسم التكميلي على التلوث الجوي ذي المصدر الصناعي :

لقد تم تأسيس هذا الرسم هو الآخر بموجب المادة 205 من قانون المالية 2002، ويفرض هذا الرسم على الكميات المنبعثة التي تتجاوز حدود القيم ويحدد هذا الرسم بالرجوع إلى المعدل الأساسي السنوي الذي حدد بموجب أحكام المادة 54 من قانون المالية 2000، ومن معامل مشمول بين 1 و 5 حسب نسبة تجاوز حدود القيم. بالإضافة إلى أن هذا الرسم تخصص مداخله على النحو التالي :

- 10% لفائدة البلديات.
- 15% لفائدة الخزينة العمومية.
- 75% لفائدة الصندوق الوطني للبيئة وإزالة التلوث.

#### 4-5- الرسم على الوقود : Taxe sur les carburants

تم تأسيس هذا الرسم بموجب المادة 38 من قانون المالية 2002 ، تحدد تعريفته بدينار واحد لكل لتر من البنزين الممتاز والعادي بالرصاص، كما يقتطع الرسم ويحصل كما هو الحال بالنسبة للرسم على المنتجات البترولية

#### 5- الرسم على النفايات المنزلية : (رسم التطهير Taxe d'enlèvement des ordures ménagées)

يفرض هذا الرسم بصفة عامة على النفايات ذات الاستعمال العائلي، ويحصل كليا لفائدة البلديات، وقد جاء قانون المالية لسنة 2002 بتعديل للمادة 263 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، وتم تحديد مبلغه كما يلي:

- ما بين 500 دج و 1000 دج على كل محل ذي استعمال سكني.
- ما بين 1000 دج و 10.000 دج على كل محل ذي استعمال مهني أو تجاري أو حرفي أو ما شابهه.
- ما بين 5.000 دج و 20.000 دج على كل أرض مهية للتخميم والمقطورات.
- ما بين 10.000 دج و 100.000 دج على كل محل ذي استعمال صناعي أو تجاري أو حرفي أو ما شابهه، ينتج كمية النفايات تفوق الأصناف المذكورة أعلاه.

وفيما يخص الرسوم المطبقة على في كل البلديات يتم بقرار من رئيس المجلس الشعبي البلدي، بناء على مداولة المجلس الشعبي البلدي وبعد استطلاع رأي السلطة الوصية.

**4-6- الرسم على الأكياس البلاستيكية المستوردة والمصنعة محليا :****(Taxe sur les sacs en plastique importes et ou produite localement)**

تم تأسيس هذا الرسم بموجب المادة 53 من قانون المالية 2004<sup>(34)</sup> والذي قدر ب 10.50 دج للكيلو غرام الواحد من الأكياس البلاستيكية التي تم استيرادها أو صناعتها محليا. وتم تخصيص حاصل هذا الرسم لحساب التخصيص الخاص رقم 065-302 الذي عنوانه : الصندوق الوطني للبيئة وإزالة التلوث.

**4-7- الرسم على الزيوت والشحوم وتحضير الشحوم:**

تم تأسيس هذا الرسم بموجب المادة 61 من قانون المالية لسنة 2006<sup>(35)</sup>، وحدد ب 12.500 دج عن كل طن مستورد أو مصنوع داخل التراب الوطني، والتي تنجم عن استعمالها زيوت مستعملة. وبموجب نفس المادة تم تخصيص حصيلة هذا الرسم كما يلي:

- 15 % . لفائدة الخزينة العمومية.
  - 35% لفائدة البلديات.
  - 75 % لفائدة الصندوق الوطني للبيئة وإزالة التلوث.
- 4-8- الرسم التكميلي على المياه المستعملة ذات المصدر الصناعي :**

تم تأسيس هذا الرسم بموجب المادة 94 من قانون المالية لسنة 2003 ، ويحدد هذا الرسم وفق المياه المستعملة وعبء التلوث الناجم عن النشاط الذي يتجاوز حدود القيم المحددة .

وتكمن الأسباب وراء إنشاء هذا الرسم إلى حجم المياه الصناعية الملوثة الملقى بها سنويا في الوسط الطبيعي والتي تقدر ب 120 مليون متر مكعب ، وأن 10% منها فقط تعالج قبل صرفها.<sup>(36)</sup>

ويحدد هذا الرسم بالرجوع إلى المعدل الأساسي السنوي الذي حدده أحكام المادة 54 من القانون رقم 99-11 المتضمن قانون المالية 2000 ، ومعامل مضاعف مشمول بين 1 و 5 تبعا لمعدل تجاوز حدود القيم. تم تخصيص حاصل هذا الرسم كما يلي :

- 30 % . لفائدة البلديات.
- 20% لفائدة ميزانية الدولة
- 50 % لفائدة الصندوق الوطني للبيئة وإزالة التلوث.

**4-9- إتاة المحافظة على جودة المياه :**

تم تأسيس هذه الإتاة بموجب المادة 174 من قانون المالية لسنة 1996 و التي تجبى لحساب التخصيص الخاص 086-302 تحت عنوان " الصندوق الوطني للتسيير المتكامل للموارد المائية"، و هي تحصل لدى المؤسسات الولائية والبلدية لإنتاج المياه وتوزيعها ، والدواوين الجهوية والولائية للمساحات المسقية و بصفة عامة لدى كل الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاضعين للقانون العام أو الخاص الذين يملكون ويستغلون آبارا أو تنقيبات أو

منشآت أخرى فردية. المؤسسات، و توجه هذه الأتوى لضمان مشاركة المؤسسات المذكورة في برامج حماية جودة المياه و الحفاظ عليها. و تطبق المعدلات الآتية :

- **4 %** - من مبلغ فاتورة المياه الصالحة للشرب أو الصناعة أو الفلاحة بالنسبة لولايات شمال البلاد، بالنسبة للإتاوة الخاصة، و نفس المعدل هذه المرة من السعر الأساسي مضروب في كميات المياه المقتطعة بالنسبة للإتاوة العادية.

- **2 %** - من مبلغ فاتورة المياه الصالحة للشرب أو الصناعة أو الفلاحة بالنسبة لولايات الجنوب الآتية: الأغواط، غرداية، الوادي، تندوف، بشار، إيليزي، تمراس، أدرار بسكرة و ورقلة بالنسبة للإتاوة الخاصة، و نفس المعدل هذه المرة من السعر الأساسي مضروب في كميات المياه المقتطعة بالنسبة للإتاوة العادية.

و من أجل أخذ الشروط الخاصة بكل منطقة بعين الاعتبار (حجم المدن، كثافة المياه المصرفة، نوعية مياه مجاري الصرف، المناطق الخاصة الواجب حمايتها من آثار التلوث، هشاشة وسط استقبال المياه، الاستعمال السفلي للمياه) يمكن تطبيق معاملات زيادة على النسب المذكورة أعلاه، تراوح ما بين 1 و 1.5 كحد أقصى.

## 5- تقييم فعالية الجباية البيئية في التقليل من التلوث:

إن تقدير مدى فعالية الجباية البيئية في حث المؤسسات الاقتصادية والأفراد على الحفاظ على البيئة يجب أن ينتقل من النظرة التقليدية التي مفادها تساوي الضريبة البيئية ونفقات التدمير البيئي الحدية بمعايير أكثر عقلانية أهمها (37):

❖ تأثير الضرائب على التلوث البيئي .

❖ مقارنة معدل الضريبة بتكاليف تقليل التلوث الحدية.

وفي الجزائر يعتبر قانون المالية لسنة 1992 أول قانون تطرق إلى تأسيس الرسوم البيئية من خلال الرسم على النشاطات الملوثة أو الخطيرة على البيئة، وتلتها ترسانة من الرسوم الأخرى التي يعتبر الهدف الأساسي منها حماية البيئة من أشكال التلوث البيئي. وإن تفعيل الجباية البيئية في مكافحة التلوث إنما يتم إذا ما حَسُن اختيارها وتطبيقها على أرض الواقع فيجب أن تكون أداة كفيلة بردع الملوث أيا كانت طبيعته (فردا أو مؤسسة) على إحداث التلوث بمختلف أشكاله.

لكن السؤال المطروح هل الذي يدفع الضريبة هو من يتسبب في التلوث حقيقة؟، أم المستهلك الذي يتلقى المادة الاستهلاكية من المنتج هو من يدفع الضريبة باعتبار أن المنتج يقوم بدمج الضريبة في سعر المادة الاستهلاكية، وها يظهر الغموض الذي يكتنف تعريف مبدأ الملوث يدفع الذي يجب أن يكون له مفهوم دقيق بضوابط يجعل من الضريبة البيئية رادعا حقيقيا للملوث وليس نسبيا في ذلك.

كما أن الجزائر اعتمدت نظاما ضريبيا بيئيا شمل العديد من الضرائب البيئية ومختلف القطاعات ومنها مجالات النفايات الصلبة والقطاعات الصناعية، الانبعاثات الجوية، وعلى العموم فإن التشريع الجزائري في مجال حماية البيئة أصبح يواكب التطورات الحاصلة في العالم، ولكن المنتبج لأثر هذه الضرائب يرى بأن مفعولها لا يزال ضعيف ومحدود على أرض الواقع بدليل التقارير الخاصة التي تفيد بتزايد التلوث في القطاعات المذكورة سابقا.

يذكر أن ثمة حوالي 325 ألف طن من النفايات الخطرة التي تصدرها المؤسسات الاقتصادية يتم فرزها كل سنة في الجزائر، بحيث تقدر كمية نفايات الزئبق المخزون بأزيد من مليون طن فيما تم تخزين حوالي 450 ألف طن لحوالي 20 عاما في منطقة الغزوات ووهران. ويتم تخزين هذه النفايات الخطرة حاليا بطريقة غير لائقة.<sup>(38)</sup>

كما أن أهم مواقع إنتاج النفايات توجد في ست ولايات حيث 95% منها تركيزها هناك. ويوجد نصف النفايات الخطرة، حوالي مليون طن، في عشر ولايات إلى الشرق فيماثلتها في الغرب مع بعضها في المنطقة الوسطى. وتقدر الخسارات المالية المتعلقة بصيانة المخازن بحوالي 60 مليون دولار أي 0.15 في المائة من الناتج الوطني الإجمالي الخام.<sup>(39)</sup>

#### ❖ خاتمة :

من خلال استعراضنا لهذه الدراسة يظهر جليا إن قيام الجباية البيئية بدورها الذي أنشئت من أجله الا وهو حماية البيئة من أشكال التلوث المختلفة، يلزم إيجاد الطرق المثلى لتفعيلها، بدءا بتحديد وعاء فرض هذا النوع من الضريبة بشكل دقيق لكونه أمر حساس في تحديد مصدر التلوث وكبح جماحه في إحداث التلوث، بالإضافة إلى ضرورة التركيز على إعطاء نتيجة مفصلية ألا وهي حماية البيئة وعدم التركيز على ضرورة جعلها مورد مالي بالدرجة الأولى.

، ومن خلال إجرائنا لهذه الدراسة كانت عصارتها النتائج صغناها على الشكل التالي :

- 1- الجباية البيئية كانت بمثابة الأداة ذات الطابع الاقتصادي والمالي لمكافحة التلوث وحماية البيئة، تضاف إلى الأدوات المتعددة ذات الهدف نفسه. لما لها من مرونة وحساسية على التأثير على مصادر التلوث ، ويتوقف ذلك على مدى فعاليتها.
- 2- إن التحديد الدقيق "لمبدأ الملوث الدافع" يساهم بدرجة كبيرة تفعيل دور الجباية البيئية. باعتباره التشخيص الأمثل للملوث الواجب أن تطبق عليه الضريبة.
- 3- اهتم التشريع المغربي بحماية البيئة ومن ذلك التشريع الجبائي البيئي في هذا المجال ، والجزائر كانت لها إسهامات واضحة من خلال ما عرضنا (ما يقارب 10 رسوم بيئية)ه رغم التأخر في إصدار هذه التشريعات الجبائية والتي تبينت قصر فعاليتها في حماية البيئة والتي تحتاج إلى صياغة جيدة تمكنها من أداء وظيفتها على أكمل وجه.

#### ❖ التوصيات :

- 1- حماية البيئة تعتمد بالدرجة الأولى على وعي أفراد المجتمع ، باعتبار أن التلوث بالدرجة الأولى مصدره الإنسان، لذلك وجب تخصيص كل الأفراد بضرورة المحافظة على مختلف المكونات البيئية باعتبار أن البيئة هي مصدر حياتهم.
- 2- ضرورة إيجاد ميكانيزمات تهدف إلى تفعيل دور الجباية البيئية في التقليل من التلوث البيئي والذي بدأ يعرف تطورا ملحوظا في الجزائر.
- 3- ضرورة جعل الهدف الأساسي للجباية البيئية هو رفع الوعي لدى الأفراد بالحفاظ على البيئة من جهة وليس التركيز على الحصول على إيرادات جبائية فقط.
- 4- تطبيق الجباية البيئية تكون بصفة فعالة على جنب الأدوات المتعددة في نفس المجال.

5- ضرورة دراسة الحوافز الجبائية في مجال البيئة واختيار أدواتها بصفة دقيقة بما يعطي حافزا كبيرا لمصادر التلوث ، أفرادا كانوا أو مؤسسات في تخفيض او التخلي عن التلوث.

❖ قائمة الهوامش والمراجع :

1- كمال رزيق، دور الدولة في حماية البيئة، مجلة الباحث، جامعة ورقلة، الجزائر، 2007، ص.96

2- شهيرة حسن أحمد وهبي، الأمن البيئي في المنطقة العربية ، مداخله ضمن المؤتمر العربي السادس للإدارة البيئية بعنوان التنمية البشرية وأثرها على التنمية المستدامة، شرم الشيخ، مصر، 2007، ص.356.

3-Jon Nicolaisen, Andrew Dean e t Peter Holler, ÉCONOMIE ET ENVIRONNEMENT: PROBLÈMES ET ORIENTATIONS POSSIBLES, Revue économique de l'OCDE, no 16, printemps 1994, P 13

4- محمد صالح الشيخ : الآثار الاقتصادية و المالية لتلوث البيئة و وسائل الحماية منها الطبعة الأولى عام 2002، مكتبة و مطبعة الإشعاع الفنية ص. 15.

5- نفس المرجع السابق، ص.359

6- بن فرج زوينة، استخدام المحاسبة البيئية ضرورة في قياس البيئة ، مجلة العلوم الاقتصادية والتسيير والعلوم التجارية، جامعة المسيلة، العدد 5، 2011، ص.242

7- القانون رقم 03-10 المؤرخ في 19 يوليو سنة 2003 يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، المادة 4 الفقرة 8، ج ر العدد 43.

8- منصور مجاجي، المدلول العلمي والمفهوم القانوني للتلوث البيئي، مجلة الفكر، العدد الخامس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص.103.

9- Loi relative à la protection et à la mise en valeur de l'environnement- Loi n°11-03 promulguée par le dahir n°1-03-59 du 12 mai 2003; article 3/18.

"Simon Kuznets" (1985/1901) اقتصادي وإحصائي أمريكي قام بدراسة سنة 1955 كانت نتيجتها معروفة بنظرية "Kuznets" والتي من خلالها قام بأخذ عينة من عدة دول والتي استنتج من خلالها أن هذه الدول في بداية احداثها للتنمية بعد الحرب العالمية الأولى عرفت اللامساواة في توزيع الدخول بين الأفراد، ليصل هذا الوضع إلى حد أقصى من اللاعدالة ، وبعد وصول هذه المجتمعات إلى معدل لابس به من التنمية شهدت وعيا كاملا بضرورة الرجوع إلى العدالة في توزيع الدخول نظرا لأهمية ذلك بتوفر الامكانيات.

11- Grossman, G.M. and Krueger, A.B.. (1993). Environmental Impacts of a North American Free Trade Agreement. In "The Mexico-U.S. free trade agreement", P. Garber, ed. Cambridge, Mass.: MIT Press.

12- ناصر مراد، فعالية النظام الضريبي - بين النظرية والتطبيق - دار هومة للطبع، 2003، ص.17

13- علي لطفي، اقتصاديات المالية العامة، عين شمس، القاهرة، 1999، ص.19

14- وناس يحيى، الآليات القانونية لحماية البيئة في الجزائر، رسالة دكتوراه في القانون العام، جامعة تلمسان، ص.77. نقلا عن :



- Chikhaoui Leila, le financement de la protection de l'environnement. Thèse pour le doctorat de l'université de Paris I en droit, 1996. p, 811.

15- دوناتو رومانو، الاقتصاد البيئي والتنمية المستدامة، مواد تدريبية، برنامج التنمية الريفية المستدامة مركز السياسات الزراعية، دمشق، كانون الأول 2003، ص. 129

16- سالي رشيد، أثر تلوث البيئة في التنمية الاقتصادية في الجزائر، أطروحة مقدمة ضمن متطلبات الحصول على شهادة دكتوراه في العلوم الاقتصادية فرع: التسيير، جامعة الجزائر، ص. 130

17- henri smets, (page consulté le 05 mai 2001) les subventions pour une meilleure protection de l'environnement, {en ligne} <http://www.Smets.Com/ep/publications/subventions-fr.html>.

18- القانون 10/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، المادة 3، الفقرة 7.

19- - نواز عبد الرحمن الهيتي، منجد عبد اللطيف الخشالي، المدخل الحديث في اقتصاديات المالية العامة، الطبعة الأولى، دار المناهج، الأردن، 2005. ص. 109

20- نفس المرجع السابق، ص. 110

21- محمد السيد الشناوي، تقويم الضريبة كأداة لسياسة حماية البيئة دراسة حالة مصر، مرجع سبق ذكره، ص. 427

22- ناصر مراد، فعالية النظام الضريبي - بين النظرية والتطبيق - مرجع سبق ذكره، ص. 57.

23- دوناتو رومانو، الاقتصاد البيئي والتنمية المستدامة، مرجع سبق ذكره، ص. 133.

24 - Plan National d'Actions pour l'Environnement et le Développement Durable (PNAE-DD), Ministère de l'Aménagement du Territoire et de l'Environnement, Janvier 2002. P34.

25- فريد عبدة، إسماعيل مناصرية، آليات حماية البيئة في الجزائر في ظل التنمية المستدامة، مداخلة مقدمة ضمن الملتقى الوطني الأول حول: آفاق التنمية المستدامة في الجزائر ومتطلبات التأهيل البيئي للمؤسسة الاقتصادية جامعة 08 ماي 1945 قالمة، ص. 09.

26- المادة 02، 03 من القانون رقم 83-03 المؤرخ في 05 فبراير سنة 1983 المتعلق بحماية البيئة، الجريدة الرسمية رقم 06.

27- للإطلاع على مدونة إيرادات الميزانية العامة في الجزائر بشكل مفصل بالرجوع إلى: لعمارة جمال، منهجية الميزانية العامة في الجزائر، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، ص. 46

28- لأكثر توضيح: تم تأسيس الرسم على النشاطات الملوثة أو الخطيرة على البيئة لأول مرة من خلال المادة 117 من قانون المالية 1992 الصادر بالجريدة الرسمية رقم 65 بتاريخ 18 ديسمبر 1991

29- الأنشطة الملوثة والخطيرة تم ضبطها في قائمة المنشآت المصنفة المنصوص عليها في المرسوم رقم 88-149 المؤرخ في 26 يوليو سنة 1988.

30- وذلك بموجب المادة 54 من قانون المالية لسنة 2000.

31- وذلك بموجب المادة 53 من قانون المالية لسنة 2012.

- 32- للإطلاع على مضمون المادة 203 من قانون المالية 2002 يرجى تصفح الجريدة الرسمية رقم 79 الصادرة بتاريخ 23 ديسمبر 2001.
- 33- http://www.4geography.com/vb/showthread.php?t=354 - تم الاطلاع عليه بتاريخ 2012/02/25.
- 34- للإطلاع على مضمون المادة 53 من قانون المالية 2004 يرجى تصفح الجريدة الرسمية رقم 83 الصادرة بتاريخ 29 ديسمبر 2003.
- 35- للإطلاع على مضمون المادة 61 من قانون المالية 2006 يرجى تصفح الجريدة الرسمية رقم 85 الصادرة بتاريخ 31 ديسمبر 2005.
- 36- يلس شاوش بشير، المالية العامة- المبادئ العامة وتطبيقاتها في القانون الجزائري-، ديوان المطبوعات الجامعية، 2007، ص.85
- 37- نزيه عبد المقصود محمد مبروك، الضرائب الخضراء والرخص القابلة للتداول كأدوات لمكافحة التلوث، دار الفكر الجامعي، مصر، 2011، ص.115
- 38- http://skikda-ecologie.over-blog.com/article-55599193.html تم الاطلاع عليه بتاريخ 2012./06/01
- 39- نفس الرجوع السابق.

## جريمة التعذيب في قانون العقوبات الجزائري



إعداد : محسن شادي باحث في القانون الجنائي الدولي

أستاذ مؤقت بجامعة محمد الشريف مساعدي سوق أهراس

وافقت معظم الدول الأعضاء في الأمم المتحدة وقبلت التصديق على إتفاقية مناهضة التعذيب لسنة 1984 التي تحظى باهتمام خاص وتمتيز من طرف المنظمة أولا، وكافة أعضاء المجتمع الدولي ثانيا<sup>(1)</sup>.

تنص المادة الثانية من هذه الإتفاقية على أنه: "تتخذ كل دولة طرف إجراءات تشريعية أو إدارية أو قضائية فعالة، أو أية إجراءات أخرى لمنع أعمال التعذيب في أي إقليم يخضع لاختصاصها القضائي".

لا يمكن إتخاذ إجراءات إدارية أو قضائية ما لم تكن هناك مبادرة أولا بإتخاذ إجراءات تشريعية بهدف محاولة إدماج أحكام الإتفاقية في القانون الوطني.

تماشيا مع إلتزاماته الدولية، نص المشرع الجزائري على تجريم التعذيب والمعاقبة على إرتكابه إثر تعديله لقانون العقوبات سنة 2004 بموجب القانون رقم 15/04 المؤرخ في 10/11/2004. حيث تم النص على تجريم هذه الممارسات الماسة بالسلامة الجسدية والمعنوية والمعاقبة عليها في الباب الثاني: الجنايات والجرح ضد الأفراد، الفصل الأول: الجنايات والجرح ضد الأشخاص، القسم الأول: القتل والجنايات الأخرى الرئيسية وأعمال العنف العمدية، 1-القتل العمد والقتل مع سبق الإصرار والترصد وقتل الأصول والأطفال والتسميم والتعذيب من المواد 263 مكرر إلى 263 مكرر2.

كما أدخل المشرع الجزائري أيضا تعديلات على قانون الإجراءات الجزائية، حيث يكون للمشتبه فيه الحق في الإستعانة بمحام عند مثوله أمام وكيل الجمهورية من جهة<sup>(2)</sup>، وضمن الحق في الدفاع بالنسبة للحدث من جهة

(1) تعتبر الدولة الجزائرية من بين الأوائل التي صادقت على الإتفاقية وذلك بتاريخ 10 سبتمبر 1989.

(2) إن الخطر في حضور المتهم أمام وكيل الجمهورية دون محام ، وإنما يتحقق ذلك عندما يكون المحتجز في مراكز رجال الأمن، حيث أن حضور محام معه يعد أكبر الضمانات لعدم تعرضه للتعذيب/ حسني بوالديار، التعذيب والمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة في القانون الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عنابة، 2008، ص213.

أخرى<sup>(1)</sup>، تنص المادة 1/4 من القانون المدني الجزائري على أنه: "تطبق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية". الملاحظ أن هذا النص القانوني جاء عاما-تطبق القوانين- مع إشرطه نشرها(القوانين) في الجريدة الرسمية<sup>(2)</sup>، الأمر الذي يستوجب نشر أحكام الإتفاقيات الدولية بما فيها إتفاقية مناهضة التعذيب باعتبارها قانونا، حتى يمكن تطبيقها من طرف الجهات القضائية الجزائرية.

تتجسد الفعالية أكثر بإصدار تشريعات لغرض ملاءمة القوانين الداخلية مع أحكام إتفاقية مناهضة التعذيب باعتبارها تسمو على القوانين الداخلية بمقتضى المادة 132 من دستور 1996 التي تنص على أنه: "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون".

سنحاول من خلال هذه الدراسة، حصر معالم جريمة التعذيب في القانون الجنائي الجزائري بعد إنضمام الدولة الجزائرية إلى إتفاقية مناهضة التعذيب لسنة 1984.

### • الأركان القانونية لجريمة التعذيب.

عرف المشرع الجزائري جريمة التعذيب في إطار تعديله لقانون العقوبات في المادة 263 مكرر على النحو التالي: "يقصد بالتعذيب كل عمل ينتج عنه عذاب أو ألم شديد جسديا كان أو عقليا يلحق عمدا بشخص ما، مهما كان سببه"<sup>(3)</sup>.

ما يلاحظ على هذا التعريف أنه مشتق تماما من المفهوم الوارد في المادة الأولى من إتفاقية مناهضة التعذيب لسنة 1984، بحيث إعتد المشرع معيار شدة الألم كأساس لتحديد الممارسات التي تعد من قبيل جرائم التعذيب من عدمها، وهو صعب التحديد ومتروك لسلطة القضاء، وتستخلصه محكمة الموضوع من ملابسات وظروف القضية، كما شمل هذا النص القانوني التعذيب بنوعيه الجسدي والنفسي، كما قد يجتمع النوعين (التعذيب الجسدي والمعنوي) في ذات السلوك الإجرامي مثل جريمة الإغتصاب المتكررة والمصحوبة بعنف شديد مع الإهانة والإذلال ضد النساء، وهذا الوصف ثابت على أنه جريمة تعذيب أيضا في القضاء الدولي الجنائي.

إعتبرت المادة 263 مكرر المذكورة أعلاه، التعذيب من الجرائم العمدية ركنها المعنوي مفترض، كما لم تحدد أسباب أو أهداف التعذيب التي تبقى غير محددة، المهم أن تتضمن الجريمة على سبب أو هدف معين للتعذيب أيا كان، لاسيما وأنه ورد في الإتفاقية على سبيل المثال لا الحصر.

جريمة التعذيب بهذا المعنى تقوم على ركنين: ركن مادي وركن معنوي إضافة إلى عنصر مفترض يتعلق بصفة الجني عليه.

(1) حسني بوالديار، نفس المرجع، نفس الصفحة.

(2) د/ محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، دار هومة، الجزائر، 1993، ص157.

(3) أنظر: المادة 263 مكرر من القانون رقم 15/04 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 المعدل والمتمم لقانون العقوبات.

المطلب الأول: الركن المادي<sup>(1)</sup>.

تتطلب جريمة التعذيب حسب التعريف المقدم في المادة 263 مكرر أن يقع السلوك الإجرامي إيجابيا كان أو سلبيا على "شخص" والمقصود بالشخص<sup>(2)</sup>:

الإنسان مهما كان جنسه أو سنه، حيث قد ترتكب أفعال التعذيب على الرجل أو المرأة، كما قد يقع على البالغ أو الحدث، بينما لا تقع جريمة التعذيب على الحيوان لأن إيذاء الحيوان جريمة يعاقب على إرتكابها بموجب المادة 449 ق.ع، وهي مجرد مخالفة.

يشترط كذلك أن يقع التعذيب على إنسان حي، وإلا اعتبر التعذيب الجسدي جريمة تشويه جثة، المعاقب عليها بموجب المادة 153 من قانون العقوبات بكونها جنحة، أما التعذيب المعنوي فلا يتصور ممارسته أو إرتكابه على إنسان ميت، فلا يمكن القول أنه أحدث له آلاما نفسية، ولا تقوم في هذه الحالة أية جريمة<sup>(3)</sup>.

ثار جدل فقهي قانوني حول تحديد بداية الحياة للإنسان، فهناك رأي يتسم بالبساطة من الناحية العملية، يقول أن حياة الإنسان تبدأ بميلاده حيا سواء كان الحبل السري قطع أو لم يقطع، في حين يوجد رأي آخر وهو الغالب على المستويين الفقهي والقضائي، يرى بأن الحياة تبدأ منذ لحظة إبتداء الوضع الطبيعي عند الأم، وهذا الرأي أولى بالإعتبار والإتباع، وسبب تفضيله على الرأي الأول، كونه يوفر حماية كافية للطفل أثناء عملية الولادة ذاتها، فيعد بموجبه الجنين إنسانا حيا من وقت تأهبه لمغادرة جسم الأم، أي قبل الإنفصال عنها. ويترتب على الأخذ بهذا الرأي، أن يسأل الطبيب عن جريمة القتل الخطأ إذا قصر أو أهمل في عملية التوليد، في حين أن الأخذ بالرأي الأول لا يؤدي إلى مساءلة الطبيب عن جريمة القتل الخطأ، حتى لو إرتكب خطأ مهني جسيم، لعدم إعتبار الجنين إنسانا حيا قبل إنفصاله تماما عن أمه.

أما فيما يخص إنتهاء حياة الإنسان فتكون كذلك بالوفاة أو الموت، أي بتوقف الجهاز التنفسي والقلب عن أدائهما لوظيفتهما توقفا تاما ودائما ونهائيا.

الجريمة ظاهرة سلوكية إجتماعية يقوم بارتكابها الإنسان، عادة ما تمر بمراحل يتبعها الجاني كالتفكير وعقد العزم على إرتكابها، ثم الإعداد المادي لها بتحضير وسائل تنفيذها ثم البدء في إتكابها تحقيقا للهدف الإجرامي الذي إبتغاه، هذه السلوكات إختلفت التشريعات الجنائية بشأنها من حيث مدى إضفاء صفة عدم المشروعية عليها<sup>(4)</sup>.

تؤدي الجريمة في كثير من الأحيان إلى الإضرار بحق أو قيمة أو مصلحة يحرص المشرع الجنائي على حمايتها، وقد تؤدي أحيانا أخرى إلى تعريضها للخطر، فتسمى الأولى جرائم الضرر *Délit de lésion* كجريمة التعذيب والإغتصاب وهتك العرض...، وتسمى الثانية جرائم الخطر *Délit de mise en dangé*. هذا السلوك المجرم قد

(1) Jean Larguier, Droit pénal général, édition Dalloz, 2003, page 22.

(2) نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2009، ص 70.

(3) نبيل صقر، المرجع السابق، ص 71.

(4) وهذا بحسب ما إذا كان الإتجاه المعتمد موضوعيا أو شخصيا.

يكون إيجابيا وقد يكون سلوكا سلبيا<sup>(1)</sup> تبعا للقاعدة الجنائية التي قد تتضمن أمرا أو نهيا، فيرتكبها شخصا لوحده دون مساهمة من الغير، وقد تتظافر جهود شخصين أو أكثر فيساهمون - الفاعل أو الفاعلون الشركاء - في إرتكابها<sup>(2)</sup>، وعليه فالسلوك الإجرامي سواء إنتهى إلى تحقيق الضرر أو التعريض للخطر، يشكل جوهر الركن المادي الذي لا تقوم الجريمة في حال تخلفه، لأن هذا الركن هو المعبر عن الإرادة الآتية، ذلك أن الجريمة لا تقوم إلا بقيام ركنها المادي المحسوس الذي يخرج بالجريمة من عالم الباطن في نفس من فكر في إرتكابها إلى عالم الواقع، فتخل بأمن وسكينة وطمأنينة المجتمع.

وفقا للتعريف السابق، تقتضي جريمة التعذيب أن يقوم الجاني بأعمال أو أفعال تمثل السلوك المجرم إيجابية كانت أو سلبية، كما تقتضي أن يؤدي هذا السلوك المجرم إلى إحداث نتيجة من شأنها المساس بالسلامة الجسدية والمعنوية للضحية (ألم شديد أو معاناة شديدة).

### الفرع الأول: السلوك الإجرامي :

السلوك المجرم قانونا، هو كل سلوك خارجي واع وموجه يقوم به الإنسان بغرض إحداث تغيير في العالم الخارجي<sup>(3)</sup>، فيظهر في العالم الخارجي مكونا ماديات الجريمة التي ينص القانون على تجريمها، ويقرر لها العقوبة اللازمة والمناسبة، فيسبب هذا السلوك إلحاق الضرر بمصالح محمية قانونا أو يعرضها للخطر، لأن القانون لا يعاقب أحدا على سلوك معين ما لم يكن سلوكا ماديا. المظهر المادي للسلوك الإجرامي يتطلب ألا يعتد بالنوايا مجردة من مظهرها المادي الخارجي، لأن القانون في مجال التجريم والعقاب لا يهتم بالنية كأصل عام، وإستثناءا قد يرى المشرع ضرورة تجريم بعض صور التصميم والتحضير للجريمة<sup>(4)</sup>.

السلوك في جريمة التعذيب يتمثل في فعل التعذيب ذاته، وهذا الفعل قد يقع إما بنشاط إيجابي أو بنشاط سلبي، وهو بذلك إعتداء يمس الضحية في جسده أو في نفسيته، ولا يرتبط التعذيب بجسامة الفعل المرتكب، بل بما يحدثه من آثار<sup>(5)</sup>.

### 1: السلوك الإجرامي الإيجابي .

سلوك إرادي يأتيه الفاعل بإستعمال أي عضو من أعضاء جسمه في إرتكابه للجريمة وبعبارة أخرى هو حركة عضوية إرادية يأتيها الإنسان، لإحداث أثر مادي ملموس خرقا لأمر القاعدة الجنائية أو نهيا.

(1) لأن المشرع الجنائي لا يقيم المسؤولية الجزائية إلا إذا توافرت أركانها كاملة، فوُجعت الجريمة كاملة بإتيان السلوك كاملا أو في صورة شروع فيه، أي البدء في تنفيذ الجريمة على النحو الذي يحدده القانون سلفا.

(2) Jean Languier, op, cit, page 74 .

(3) نلاحظ أن هناك من السلوكات المجرمة التي لا تتوافر على إحداث أثر مادي أو تغيير في العالم الخارجي على غرار الجرائم الشكلية .

(4) لمزيد من التفصيل أنظر: المادة 77 و 84 من القانون 23/06 المؤرخ في 20/12/2006 المتضمن قانون العقوبات.

(5) د/ سوسن تمرخان بكة، الجرائم ضد الإنسانية في ضوء أحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص 344 .

يتمثل السلوك الإيجابي في جريمة التعذيب ، في حركة أو مجموعة حركات عضوية إرادية يقوم بها الجاني، تتجسد في إتخاذ أساليب أو أفعال تمس كرامة شخص الضحية في جسده (التعذيب المادي أو البدني)، أو وسائل معنوية تمس كرامة الشخص أو إنسانيته أو نفسيته (التعذيب المعنوي أو النفسي)<sup>(1)</sup>.

## 2: السلوك الإجرامي السلبي.

يختلف عن السلوك الإيجابي، إذ ليس فيه حركة عضوية، بل هو سلوك واع يتخذ فيه الإنسان موقفا سلبيا من أمر القانون، أو الواجب الذي يرتبه على المخاطب بالقاعدة القانونية المتضمنة أمرا بالقيام بعمل محدد، بالإمتناع إراديا عن القيام به، فهو من الناحية المادية ظاهرة سلبية، ومن الناحية القانونية ظاهرة إيجابية، فالسلوك السلبي ليس عدما بل كيان قانوني له وجوده وعناصره التي يقوم عليها<sup>(2)</sup>، أي أن السلوك السلبي المحرم يقتضي بدوره وجود العلاقة النفسية بين المسلك السلبي المتخذ وإرادة صاحبه .

يتمثل السلوك السلبي في جريمة التعذيب، في إحجام أو إمتناع الجاني عن إتخاذ سلوك معين، كان من شأن القيام به الحيلولة دون وقوع النتيجة الإجرامية، أي المساس بجسد المجني عليه وسلامة بدنه وعقله في التعذيب المادي، والمساس بكرامته ونفسيته في التعذيب المعنوي.

السلوك الإجرامي الإيجابي، هو أكثر الأساليب إنتشارا في إرتكاب جريمة التعذيب ذلك أن السلوكات المحرمة في قانون العقوبات أغلبها أفعالا يقوم بها الفرد خرقا لنهي القانون، في حين لا تمثل السلوكات السلبية المحرمة في التشريع العقابي إلا القليل.

السلوك المحرم في جريمة التعذيب، يتمثل في قيام الجاني بإرتكاب فعل أو عمل ما من شأنه أن يؤدي مباشرة إلى تحقيق نتيجة إجرامية يعاقب عليها القانون، هذا السلوك أو الفعل يأخذ عدة صور، حيث قد يمارس الجاني أفعال التعذيب بنفسه، أو يحرص على إرتكابها أو يأمر بممارستها.

## 3: ممارسة الجاني للتعذيب.

في هذه الحالة يقوم الجاني بنفسه مباشرة أعمال التعذيب على الضحية، بإستعمال وسائل مختلفة لا يمكن حصرها، منها ما هو تقليدي ومنها ما هو مستحدث، ذلك أن التقدم العلمي والتطور التكنولوجي ساهما في ظهور وسائل وآليات تعذيب حديثة.

يمكن القول في بيان المقصود من التعذيب التقليدي أنه : " كل شكل من أشكال العنف سواء كان ماديا أو معنويا، مرتكب في حق الشخص الخاضع للتعذيب، لتحقيق غاية ما أو الوصول إلى هدف معين، ونقصد بالعنف المباشر، كل فعل ينطوي على إيلام جسدي أو نفسي يمس الخاضع للتعذيب، أو أنه كل فعل يتسبب في إيصال ألم إلى بدن المتهم مما يدفعه إلى الإعتراف بما ينسب إليه.

(1) د/ إسماعيل عبد الرحمان محمد، المرجع السابق، ص 565.

(2) د/ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للتدبير الإحترازي، دار النهضة العربية، الطبعة 4 ، 1977 ، ص 284 وما يليها.

وهذا يفسر تنوع أشكال التعذيب البدني واختلافها، والتي تعد من أهم وسائل الضغط على المتهم لإجباره على الإقرار وأكثرها إنتشارا وشيوعا، كما أن هذا النوع من التعذيب هو أقدم أنواع هذه العملية - التعذيب -، فكثير من الدراسات تشير إلى أن التعذيب التقليدي الواقع على البدن موجود منذ القدم، ومنها على سبيل المثال لا الحصر الضرب بالآلات الحديدية والفلكة، الضرب على باطن القدمين، الركل بالأقدام، الجلد بالسياط، التحقيق تحت إنارة كهربائية وهاجة، التعليق بشكل معكوس، الكي بأعقاب السجائر، الصدمات الكهربائية في الأجزاء الحساسة من الجسم، إخضاع المتهم للضوء بصورة مستمرة إلى درجة تجهد الجهاز العصبي، الحرمان من الطعام والشراب والنوم تمثيل الإعدامات الوهمية، إذلال وامتهان النساء وإغتصابهن، بتر أطراف الجسم والجلد.

كما تعددت أشكال التعذيب البدني والنفسي وتطورت، مستفيدة في ذلك من التقدم العلمي والتطور التكنولوجي الكبير الذي تحقق في الوقت الراهن، ورغم ما قدمه هذا الأخير - التقدم العلمي والتطور التكنولوجي - من منافع للبشرية، إلا أنه أفرز في الجهة المقابلة كثير من المتاعب والآثار السلبية تهدد الحقوق الفردية والحريات العامة، فيها من المساس بسلامة البدن والنفس وحرية الإرادة القدر الكبير، خاصة حينما يجري التحقيق مع المتهم أو القيام باستجوابه تحت تأثير تلك الوسائل المستحدثة، التي تستند على الطب الحديث وعلوم وتقنيات الصيدلة في التعذيب، لإنتاج معاناة جسدية ومعنوية قاسيتين على الضحية، دون ترك أية علامات أو آثار ظاهرة تدل على إرتكابه.

يظهر جليا أن العلم الحديث والتكنولوجيا، وإن كانا قد ساهما في مجال الكشف عن الحقيقة، وتوفير الأدلة الجنائية في العصر الحالي، إلا أن هذه الأساليب المستحدثة تمس الجسم بصورة مباشرة أو غير مباشرة، والتي تعتبر من قبيل التعذيب، تفقد الإنسان السيطرة على خباياه وأسراره ومكونات ذاته، كالحقن بمصل الحقيقة، أو التنويم المغناطيسي، أو جهاز كشف الكذب، أو غيرها من الأجهزة والعقاقير الطبية المستخدمة للوصول به إلى حالة من حالات إنهيار النفس، للحصول على أدلة أو معلومات يتبغي الشخص إخفاؤها، قد لا تحقق الهدف المنشود، والغرض المطلوب منها، ولا تعد في نهاية المطاف سوى شكل من أشكال سلب إرادة الشخص، وإحدى صور التعذيب.

هناك أمثلة عديدة في القضاء المقارن لحالات يباشر فيها الجاني ممارسة التعذيب بنفسه، منها ما اعتبره القضاء الفرنسي من قبيل التعذيب الجسدي وتشمل:

- الجاني الذي يقوم بشطب وجه الضحية ويديها ومفصلي اليدين بسكين بعد أن أشبعها ضربا باللكمات.
- الزوج الذي كتم زوجته وعراها وربطها، ثم قام بجلدها ووضع على ثديها كلابة الأقمشة وشطب مختلف أجزاء جسمها بسكين.
- الجناة الذين قاموا بتكميم عجز، وربطها في سريرها، ثم أشبعوها ضربا باللكمات بغرض السطو على بيتها، وختموا هذه الأعمال الشنيعة بإيلاج جسم في فرجها.
- الجناة الذين قاموا بضرب المخني عليها بالسوط على رجليها خلال 5 ساعات وأشربوها كمية كبيرة من الماء المالح، ومسكوا عنقها وضغطوا عليها، ثم أدخلوا منشقة في فمها<sup>(1)</sup>.

(1) د/ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجزء الأول، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2004، ص 63.



أما بالنسبة للتعذيب المعنوي، فمن خلاله يستعمل الجاني أساليب أخرى، لا تقل أهمية عن التعذيب الجسدي، فالألم النفسي المبرح الناجم عن التعذيب غالبا ما يفوق الألم البدني وزنا. فالآثار النفسية الناتجة عن مشاهدة أحد أفراد العائلة وهو يخضع للتعذيب، أو يتحمل أشكالا من سوء المعاملة الجسدية أو الجنسية، من شأنها أن تسبب صدمة تعادل صدمة التشويه أو أسوأ.

عرف العالم عدة أشكال أو أساليب أستعملت ولازالت كذلك لتعذيب الضحايا معنويا نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر: التهديد بقتل كل فرد من أفراد العائلة، إغتصاب الزوجة بحضور زوجها لحمله على الإعترا فإلخ...

#### 4: التحريض على التعذيب.

قد يقوم الجاني بالتحريض على ممارسة التعذيب، وهو في هذه الحالة (الجاني) لا يقوم بعمل مادي، أي لا يرتكب جريمة التعذيب بنفسه مباشرة، بل يكون سببا معنويا أو أدبيا في إقترافها، من خلال قيامه بدفع الجاني (المحرض) إلى ارتكاب الجريمة، بالتأثير على إرادته وتوجيهها الوجهة التي يريدتها، فيعاقب على أساس أنه إرتكب جريمة التعذيب. المشرع الجنائي لم يشترط وسيلة معينة للتحريض، لذلك يتعين علينا الرجوع إلى القواعد العامة التي تنظم التحريض<sup>(1)</sup>.

أصبح المحرض فاعلا للجريمة بموجب القانون رقم 04/82 المؤرخ في 13 فيفري 1982 بعد أن كان شريكا فيما سبق، و في هذا الخصوص نصت المادة 41 على ما يلي: " يعتبر فاعلا كلا من ساهم مساهمة مباشرة في تنفيذ الجريمة، أو حرّض على ارتكاب الفعل بالهبة أو الوعد أو التهديد أو إساءة استعمال السلطة أو الولاية أو التحايل أو التدليس الإجرامي".

إعتمد المشرع الجزائري إتجاها جديدا يخرج عن الاتجاه التقليدي الذي تأخذ به معظم التشريعات الجنائية، والتي تعتبر المحرض مجرد شريك لا فاعل، كما خالف أيضا وصية المؤتمر الدولي السابع لقانون العقوبات المنعقد في أثينا سنة 1957، والذي أوصى بإخراج التحريض من المساهمة الأصلية و التبعية، و جعله صورة مستقلة من المساهمة الجنائية. فالتحريض كما رأى المجتمعون في المؤتمر، لا يمكن اعتباره مساهمة أصلية لأن هذه الأخيرة (المساهمة الأصلية) تقتصر على التنفيذ، كما لا يجوز القول بأن نشاط المحرض نشاط تبعي، لأنه في حقيقته هو الذي يخلق التصميم الإجرامي في ذهن الفاعل<sup>(2)</sup>.

(1) أنظر المادة 41 من قانون العقوبات الجزائري.

(2) د/ عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر 2002، ص 203 -

## أ- ماهية التحريض على ارتكاب جريمة التعذيب.

التحريض على ارتكاب جريمة التعذيب، هو خلق فكرة الجريمة في ذهن شخص آخر والدفع به إلى التصميم على ارتكابها، فالتحريض عمل يؤدي دوره في التأثير على نفسية الغير، إذ يوحى إليه المحرض بفكرة الجريمة ويزرعها في ذهنه، باذلا جهده لإقناعه وخلق التصميم لديه، لتنفيذها تنفيذا ماديا<sup>(1)</sup>.

## ب- أركان التحريض.

للمساهمة في التحريض ركنان: ركن مادي و ركن معنوي.

## ب-1- الركن المادي.

بالرجوع إلى المادة 41 أعلاه ، يتبين أن المشرع الجزائري حدد على سبيل الحصر الأعمال التي يقوم عليها التحريض وهي : الهبة أو الوعد أو التهديد أو إساءة استغلال السلطة أو الولاية أو التحايل و التدليس الإجرامي.

بنصه على هذه الأعمال، يكون المشرع قد إعتد بأعمال مادية يمكن إدراك ماهيتها

و دورها في تنفيذ الجريمة، فالتحريض يمكن أن يتم بأي وسيلة كانت، إلا أن المشرع إختار أهمها، وإعتد بها دون غيرها.

وعليه، فلا يعتد بالتحريض الذي تكون أدواته مجرد إثارة شعور البغض والكرهية لدى شخص ما لارتكاب الجريمة بالقول أو النصيحة أو أداء الرأي، إذ لا ترقى مثل هذه الأفعال إلى درجة الوسائل التي يعتد به المشرع لقيام جريمة التحريض على التعذيب<sup>(2)</sup>.

## - الهبة :

يقصد بها، أن يسعى المحرض إلى تحريض الغير و إقناعه بارتكاب جريمة التعذيب مقابل شيء ما يقدمه له كهبة، و لا يشترط في الهبة أن تكون مبلغ من المال، فقد تكون سلعة أو عقار أو أي شيء آخر يمكن تقييمه بالمال. ويكون تقديم الهبة قبل ارتكاب الجريمة لكي تعتبر وسيلة من وسائل التحريض، في حين إذا قدمت بعد ارتكاب الجريمة كمكافأة، فلا تعد وسيلة من وسائل التحريض.

## - الوعد :

وهو أن يسعى المحرض لإقناع الغير بارتكاب جريمة التعذيب مقابل وعد يقطعه على نفسه. ومفهوم الوعد أوسع من مفهوم الهبة، فقد يكون الوعد بتقديم هبة، أو القيام بخدمة، أو غير ذلك، و يشترط أن يكون الوعد قد تم قبل تنفيذ الجريمة حتى يكون الإعتداد به كوسيلة من وسائل إغراء الجاني.

(1) د/ محمد الرازقي، محاضرات في القانون الجنائي، القسم العام، دار الكتاب الجديدة المتحدة، بنغازي، ليبيا، طبعة 2 1999، ص 204-205.

(2) راجع في هذا المعنى رفيق صبيوة، مسؤولية الرئيس والمرؤوس أمام المحكمة الجنائية الدولية، مذكرة ماجستير، معهد الحقوق، المركز

الجامعي سوق أهراس، 2010، ص 50.

## - التهديد :

وهو الضغط على إرادة الغير سواء كان شخصا عاديا أو مرؤوسا لإقناعه بارتكاب جريمة التعذيب، كأن يهدده بإفشاء سره الذي فيه إضرار به، أو وقوع مكروه لأحد أفراد عائلته في حالة الرفض<sup>(1)</sup>. مع الإشارة إلى إمكانية اجتماع الوعد و التهديد في آن واحد بأن يقول المحرض للفاعل الأصلي إن ارتكبت الجريمة أعطيك كذا، وإن لم تفعل أفعل بك كذا، و التهديد يجب أن يكون سابقا لارتكاب الجريمة .

## -إساءة استغلال السلطة :

قد يكون للمحرض سلطة قانونية أو فعلية على الغير، فيستغلها لإقناعه بتبني مشروعه الإجرامي، والسلطة قد تكون قانونية كسلطة الرئيس على المرؤوس، كما قد تكون السلطة فعلية كسلطة المخدم على خادمه.

## -التحايل والتدليس الإجرامي :

قد يقع التحريض بالتحايل على الغير لإقناعه بتنفيذ أو ارتكاب جريمة التعذيب والتحايل هنا يفيد مباشرة المحرض لأعمال مادية تشجع الغير على إتخاذ موقفه، و يختلط مفهوم التحايل بالتدليس الإجرامي، الذي يقوم على تعزيز الكذب بأفعال مادية، ومظاهر خارجية تساهم في إقناع الغير بالانصياع إلى رغبة المحرض، كأن ترتكب ضده جريمة و يعتمد المحرض أن يدلله على غير الفاعل لينتقم منه، وقد يدعم كذبه بأدلة مفتعلة أو بشهادات زور لغيره، فإذا توفر سلوك أو فعل من الأفعال السابقة لدى المحرض وارتكبت بموجبه الجريمة، نقول بقيام المسؤولية في حقه من جانبها وركنها المادي، في حين تبقى المسؤولية الكاملة للمحرض متوقفة على مدى توافر الجانب المعنوي، حيث يشترط أن يكون عالما بحقيقة فعله مريدا لما يترتب عنه. أما إذا حدثت نتيجة لم يكن يتوقعها أو يريد لها فإنه لا يعد مسؤولا عنها، كما لو انصب التحريض على التعذيب فقام المنفذ بالقتل فهنا تبقى مسؤولية المحرض محصورة في جريمة التعذيب فحسب.

و يشترط في التحريض - إلى جانب الوسائل التي حددها القانون - أن يكون مباشرا و فوريا<sup>(2)</sup>، و يعني ذلك أن يتوجه المحرض إلى جان محدد، أو إلى عدة جناة محددين لتحريضهم على القيام بالجريمة أو جرائم معينة.

## ب-2- الركن المعنوي.

لا يكفي توافر الركن المادي أي إستعمال المحرض إحدى الوسائل المذكورة أعلاه للقول بقيام جريمة التحريض على إرتكاب التعذيب، بل إن الأمر يتطلب زيادة على ذلك توافر الجانب المعنوي أيضا<sup>(3)</sup>.

وحيث أن جريمة التحريض على إرتكاب التعذيب جريمة عمدية، فإن صور الركن المعنوي تظهر في توافر القصد الجنائي لدى المحرض.

(1) الأستاذ عمر خوري، شرح قانون العقوبات، القسم العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006، ص 58.

(2) د/ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2003، ص 145.

(3) د/ منصور رحمانى، الوجيز في القانون الجنائي العام، فقه وقضايا، دار الهدى، الجزائر، طبعة 2003، ص 139.

القصد الجنائي يتحقق بتوافر عنصري العلم و الإرادة، بحيث تنصرف إرادة المخرض الحرة والمدركة إلى إستعمال إحدى وسائل التحريض لإقناع الغير على تنفيذ الجريمة، وتحقيق النتيجة التي يتوقع حدوثها، ويكون على علم مسبق بعناصر الجريمة التي سيقدم المخرض على تنفيذها بسبب هذا التحريض. أما إذا حدثت نتيجة لم يكن الفاعل يتوقعها أو يريدتها فإنه لا يعد مسؤولاً عنها، كما لو إنصب التحريض على التعذيب فقام المنفذ بالقتل، فهذا تبقى مسؤولية المخرض محصورة في جريمة التعذيب فحسب.

يعتبر التحريض على ارتكاب جريمة التعذيب قائما وتاما، إذا ما نجح المخرض في تحريض الغير على القيام بالجريمة، فالتحريض يبدأ بالوسائل التي حددها القانون وينتهي بنجاح المخرض في خلق فكرة الجريمة لدى المنفذ وتصميمه على ارتكابها، أما تنفيذ الجريمة أو عدم تنفيذها فهو أمر خارج عن نطاق المخرض. أي أن التحريض على ارتكاب التعذيب جريمة مستقلة لا ترتبط بتاتا بفعل أصلي، فالمخرض الذي حرص شخصا على ارتكاب جريمة التعذيب ثم عدل المخرض عن ذلك بإرادته، فإن مسؤولية المخرض تبقى قائمة، وهذا ما نصت عليه المادة 46 بقولها: "إذا لم ترتكب الجريمة المزمع ارتكابها لمجرد امتناع من كان ينوي ارتكابها بإرادته وحدها، فإن المخرض عليها يعاقب رغم ذلك بالعقوبات المقررة لهذه الجريمة"<sup>(1)</sup>.

أما إذا قام المخرض بتحريض شخص معين على القيام بالجريمة فلم يستحب له، كأن يرفض المنفذ الفكرة مباشرة، فهنا نكون بصدد شروع في جريمة التحريض، والذي يخضع إلى الأحكام العامة التي تحكم الشروع بوجه عام.

إن معنى التحريض الذي أخذ به المشرع الجزائري أوسع من الذي أخذ به القانون الدولي الجنائي، لأن هذا الأخير لا يعاقب على التحريض إلا إذا أدى إلى الإرتكاب الفعلي للجريمة التي كان المخرض يسعى إليها، أما طبيعة التحريض فهي واحدة، وهو ما يتضح من خلال ما صرحت به غرفة الدرجة الأولى لدى محكمة رواندا بقولها "إن الطابع المباشر للتحريض معناه الإثارة الصريحة للغير من أجل قيامه بعمل إجرامي، فمجرد طرح المشورة بصفة غير دقيقة وغير مباشرة ليست كافية لتشكيل صورة من التحريض"<sup>(2)</sup>.

ينطبق هذا الوصف على الشروع في جريمة التعذيب المجرم في المادة 1/4 من إتفاقية مناهضة التعذيب لسنة 1984، وكذا المادة 25 من نظام روما للمحكمة الجنائية الدولية، بشرط البدء في تنفيذ الجريمة بخطوة ملموسة، ثم يعرض عن ذلك دون إتمامها يتابع كل من المخرض والمنفذ على أساس الشروع في إرتكاب جريمة التعذيب<sup>(3)</sup>.

الجدير بالذكر، أن بعض الأنظمة القانونية تعتبر المخرض شريكا في الجريمة بغض النظر عن الوسائل المستعملة، لاسيما التشريعين الفرنسي والمصري عكس المشرع الجزائري الذي يجعل من المخرض فاعلا أصليا.

(1) د / منصور رحمانى، المرجع السابق، ص139.

(2) غربي عبد الرزاق، جريمة التعذيب والقانون الدولي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000، ص 131.

(3) راجع المادة (9/3/25) من نظام روما للمحكمة الجنائية الدولية.

## 5: الأمر بالتعذيب.

في حالات كثيرة، يقوم الجاني بإصدار أوامر للقيام بتعذيب الضحية، بحيث تكون له (للجاني) سلطة إصدار الأوامر للمنفذ، سواء كانت هذه السلطة مستمدة من الواقع أو من القانون.

فقد يكون الجاني أبا أو مدرسا أو زوجا أو مالكا أو حاكما، أي أن الأمر يتطلب وجود علاقة تبعية بين الأمر ومنفذ الأمر، كأن تكون علاقة رئيس بمرؤوسيه أو غير ذلك مهما كانت طبيعة ذلك الإلزام، وبعبارة أخرى فإن الشخص يستغل وجوده في موضع أو موقع السلطة ليجعل شخصا آخر يرتكب الجريمة.

تعتبر بعض الأنظمة القانونية فعل إصدار الأوامر نوع من الإشتراك بواسطة التعليمات الموجهة إلى الفاعل المادي للجريمة<sup>(1)</sup>، أما المشرع الجزائري فيعتبر الأمر مثله مثل ممارس فعل التعذيب كلاهما فاعل أصلي.

وعليه لكي تقوم مسؤولية الأمر بالتعذيب يتطلب الأمر توافر العناصر التالية :

- أن يمارس الشخص قانونا أو واقعا سلطة أو رقابة، سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة على الأشخاص الخاضعين لأوامره، مثل الرئيس الذي يصدر أوامر لمرؤوسيه التابعين له سلميا لارتكاب جريمة التعذيب.

- إثبات أن الأمر يمارس رقابة على مرتكب التعذيب (المأمور)، وأنه قادر على منعه من ارتكاب الجريمة، أو معاقبته إذا لم يمتثل لأوامره<sup>(2)</sup>.

- إذا كان الأمر موظفا، فإن المشرع الجزائري لا يعاقبه لمجرد إصداره أوامر لمن له رتبة أقل من رتبته، فالمسؤولية الجنائية لا تلحق إلا بالأشخاص المؤهلين لإصدار أوامر ملزمة باسمهم.

## الفرع الثاني : النتيجة :

النتيجة هي الأثر الذي يحدثه السلوك الإجرامي سواء كان أثرا إيجابيا أو سلبيا، وتتضمن في مدلول قانون العقوبات مفهوميين، واحد مادي وآخر قانوني<sup>(3)</sup>، فالأول هو الأثر المادي الذي ترتبه الجريمة، ويتحقق في العالم الخارجي، ويعتد به القانون<sup>(4)</sup> فيغير فيه عما كان عليه قبل ارتكاب الجريمة، كوفاة الجاني عليه في جريمة القتل، والاعتصاب وهتك العرض وإلحاق جروح بالجسم، والآلام البدنية والنفسية ...، أما المفهوم القانوني فهو مجرد فكرة قانونية ليس لها وجود مادي ملموس، وإنما تتمثل في صورة ضرر معنوي، بالاعتداء على حق أو مصلحة محمية قانونا<sup>(5)</sup> بتعريضها للخطر، وعليه فالنتيجة بهذا المفهوم هي المصلحة المحمية قانونا وتعريضها للخطر، أو هي الاعتداء أو العدوان الذي ينال الحقوق أو المصالح المحمية قانونا لأن المشرع الجنائي رأى أنها جديرة بالحماية. ويتحدد وجود

(1) عبد الرزاق غربي، المرجع السابق، ص 100.

(2) عبد الرزاق غربي، المرجع السابق، ص 105.

(3) وهما مفهومان يرتبطان بنوعي السلوك الإجرامي الإيجابي والسليبي، من حيث أن الجرائم الإيجابية هي وحدها التي تتحقق فيها النتيجة بمفهومها المادي والقانوني، في حين أن السلوك السليبي لا تعدو النتيجة فيه أن تكون حقيقة قانونية فقط.

(4) د/ رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، دار المعارف، 1984، ص 555 .

(5) د/ محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة 9، 2008، ص 277.

العدوان من عدمه في المفهوم المادي، بمدى وجود الآثار المادية التي تدرك بالملاحظة الحسية، وما تحدثه من تغيير في العالم الخارجي، وذلك بالرجوع إلى كل نص جنائي لتحديده بتوافر الحماية القانونية للحق أو المصلحة من عدمها.

بحسب المادة 263 مكرر من قانون العقوبات الجزائري، يشترط لقيام جريمة التعذيب أن يؤدي السلوك المجرم إلى إحداث أو إلحاق عذاب، أو ألم شديد جسدياً كان أو عقلياً. والمقصود بالعذاب كل ما شق على الإنسان ومنعه مراده، أما الألم الشديد فيقصد به الوجد الشديد.

بمعنى أن الضحية يتعرض لمعاناة لا تطاق ولا يمكنه تحملها، أما إذا كان الألم يمكن تحمله، فإن الفعل لا يعدو أن يكون مجرد جريمة ضرب أو جرح عمدي، ولقاضي الموضوع السلطة التقديرية في تكييف الجريمة بالنظر إلى درجة الألم، وشناعة الفعل وعقلية الجاني، فيما إذا كانت تشكل جريمة تعذيب من عدمها.

جريمة التعذيب من قبيل جرائم الضرر، ذلك أن القانون يوجب لقيامها أن يقع الضرر الذي يقوم عليه الركن المادي (ينطبق هذا الوصف على مباشرة الجاني لجريمة التعذيب بنفسه).

أما التحريض، أو الأمر بارتكاب جريمة التعذيب، فيعد من قبيل جرائم الخطر لكونها سلوكات إجرامية لا يشترط القانون في تجريمه إياها وقوع نتيجة إجرامية ملموسة، فهي جرائم مستقلة قائمة بذاتها.

### الفرع الثالث: علاقة السببية:

من المستقر عليه فقها وقضاء أن النتيجة حدث خارجي، فإذا ما نسب إحداث هذا الحدث إلى شخص ما، فإنه يتعين لمساءلته عنه أن يكون هو الذي تسبب فيه بسلوكه، أي أن تكون هناك صلة بين هذا الحدث وسلوك الجاني، وتلك الصلة هي رابطة السببية<sup>(1)</sup>، وبعبارة أخرى فإن النتيجة تعتبر ثمرة هذا السلوك المجرم، الذي يعتبر ضرورة لوقوع النتيجة، والذي تعتبر بدورها أثراً له.

لا تشكل رابطة السببية في جريمة التعذيب صعوبة، إذا كان الجاني الذي يقوم بالسلوك الإجرامي أي فعل التعذيب الجسدي أو النفسي الواقع على الضحية الموجود تحت إشراف المتهم بالتعذيب أو سيطرته<sup>(2)</sup>، والذي يسبب آلاماً شديدة أو معاناة كبيرة للمجني عليه لتحقيق هدف ما، سواء الاعتراف أو الحصول على معلومات أو التخويف أو التمييز أو لأي سبب كان. فالآلام الشديدة التي تعتبر نتيجة إجرامية سببها المباشر هو فعل التعذيب ذاته، أو السلوك الإجرامي لفعل التعذيب.

يعتبر الشخص الموقوف أو المتهم الذي أُلقي عليه القبض وهو بصحة عقلية وجسدية جيدة، ثم يتبين مباشرة بعد إطلاق صراحه أنه يعاني من آثار آلام شديدة دليل كاف على تعرضه للتعذيب، وعبء الإثبات ينتقل إلى السلطة

(1) السببية هي: "الرابطة بين السلوك والنتيجة والتي يكتمل بقيامها الركن المادي للجريمة ويتخلف بإنعدامها أو إنقطاعها" راجع: عادل بن محمد التوجري، المرجع السابق، ص 151.

(2) الأستاذ محمد عبد الله أبو بكر سلامة، المرجع السابق، ص 43. د/ سوسن تمرخان بكة، المرجع السابق، ص 356.

التي كانت تشرف أو تسيطر على الضحية بأنها لم ترتكب جريمة التعذيب، فالعبرة في جريمة التعذيب هو تحقق النتيجة الإجرامية، مع توافر علم الجاني وإرادته، ورابطة السببية تبقى مفترضة<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثاني: الركن المعنوي:

إن قيام الجريمة يفترض بالضرورة وجود علاقة نفسية بين من يقوم بها في أية صورة تمت، وبين السلوك والنتيجة المترتبة عنه<sup>(2)</sup>، أي أن تنسب للفاعل الواقعة المجرمة وأن يثبت أن من صدر عنه السلوك صدر عنه بإرادة واعية آثمة. وبالتالي لا تقوم المسؤولية الجنائية، إلا إذا إتجهت الإرادة إلى إرتكاب وقائع مجرمها قانون العقوبات أو القوانين المكملة له، فتسمى هذه الحالة الإرادة الإجرامية، والتي تكون العنصر المعنوي في كل جريمة.

وبعبارة أخرى لا تقوم الجريمة من الناحية الجنائية، إلا إذا تحقق الإعتداء على حق أو مصلحة يحميها القانون، عن طريق سلوك مجرمه القانون، صادر عن إرادة آثمة أو إجرامية<sup>(3)</sup>، ويعتد بالإرادة متى كانت صادرة عن شخص أهلا للمسؤولية الجنائية، لأن قيام هذه الأخيرة مرهون بتوافر عنصري الخطأ والأهلية لدى الجاني.

يحتل الركن المعنوي أهمية خاصة، لأنه لا يمكن قيام جريمة ما دون توافره. المشرع الجنائي عند تحديده للمسؤولية الجنائية، ومدى قيامها في حق الجاني، يستند للركن المعنوي، فلا يسأل إنسان عن سلوك ما، إذا لم تقم رابطة أو صلة نفسية بينه وبين السلوك أي الماديات المكونة له. وبعبارة أخرى فإن الركن المعنوي في الجريمة، هو تلك العلاقة التي تربط بين ماديات الجريمة وشخصية الجاني، تبدو فيها سيطرة هذا الأخير على السلوك وآثاره، وهي علاقة تكون محل لوم القانون على إتيانها، فيسبغ عليها عدم المشروعية<sup>(4)</sup>، وهو ما يعني أن الركن المعنوي، عبارة عن الأصول النفسية للجريمة والسيطرة عليها<sup>(5)</sup>.

جريمة التعذيب جريمة عمدية، تتطلب لقيامها توافر القصد العام و القصد الخاص.

### الفرع الأول: القصد الجنائي العام:

القصد الجنائي العام هو القصد في أبسط صورته، وهو إتجاه الإرادة الإجرامية لارتكاب الجريمة مع علم الجاني بعناصرها، أي أنه قصد يقوم على عنصري الإرادة والعلم فقط، وهو قصد يجب توافره في جميع أنواع الجرائم<sup>(6)</sup>.

(1) د/ سوسن تمرخان بكة، المرجع نفسه، ص356.

(2) Jacques Leroy, Droit Pénal Général, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2003, page 230.

(3) تختلف درجة المساهمة النفسية للجاني في إتيان السلوك المجرم، فقد تتسع وتضيق بحسب بحسب ما إذا كان الخطأ خطأ عمدية، أي توافر القصد الجنائي، أو كان الخطأ خطأ غير عمدي، فتقوم بالأول الجرائم العمدية، وتقوم بالثاني الجرائم غير العمدية، وهو جوهر الركن المعنوي.

(4) د/ محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، دراسة تأصيلية للركن المعنوي في الجرائم العمدية دار النهضة العربية، الطبعة 3، 1988، ص 8.

(5) د/ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 518.

(6) د/ عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2002، ص 261.

والملاحظ أن جميع الجرائم العمدية أو القصدية تقوم على توافر القصد العام<sup>(1)</sup>، إذ يكفي لقيامها إتيان الفاعل لسلكه عن إرادة واعية واتجاهها لارتكابه، مع علمه - مرتكب الفعل - بتوافر أركان الجريمة .

القصد الجنائي العام في جريمة التعذيب، يتمثل في إنصراف إرادة الجاني إلى ارتكاب الأفعال والممارسات التي تعد كذلك (جريمة تعذيب)، أي تتجه إرادته إلى ارتكاب السلوك الإجرامي مهما كانت الوسائل المستعملة، سواء كان تعذيب جسدي أو معنوي، كما تتجه إرادته إلى تحقيق النتيجة المتمثلة في المعاناة أو الألم الشديد الجسدي أو العقلي الذي يلحق بشخص المجني عليه. ويشترط أيضا أن يكون الجاني على علم بتوافر أركان الجريمة كما يتطلبها القانون، ولا يمكنه التمسك بالجهل بالقانون لأنه لا يعذر أحد بذلك.

### الفرع الثاني : القصد الجنائي الخاص :

إذا كان القصد الجنائي العام ضروريا لقيام كافة الجرائم العمدية ، فقد يشترط القانون علاوة على القصد العام قصدا خاصا<sup>(2)</sup> لقيام بعض الجرائم.

القصد الجنائي الخاص، هو إتجاه الإرادة لوقائع إضافية تدخل في تكوين الجريمة إضافة إلى عنصري العلم والإرادة، فإذا كان القصد الأول يقوم على هاذين العنصرين المنصرفين إلى أركان الجريمة العامة، فإن القصد الخاص لا يكتف بذلك، فيتطلب عنصرا إضافيا يتمثل في النية المنصرفة إلى غاية محددة ومعينة<sup>(3)</sup>، أو هو نية دفعها إلى السلوك باعث خاص، وبالتالي يجب أن تتجه إرادة الجاني نحو تحقيق الغاية التي يحددها القانون وهو قصد يشترط المشرع الجنائي توافره في جرائم معينة، والعبرة في تحديد ما إذا كان قانون العقوبات يكتفي لقيام الجريمة بالقصد الجنائي العام، أو يشترط توافر القصد الخاص لجانبه، يتم بالرجوع للنص الجنائي المجرم للسلوك لتقرير ذلك، فمثلا يستعمل المشرع بعض العبارات التي تفيد أنها تشترط توافر القصد الخاص.

ففي جريمة التعذيب، يشترط القانون إضافة إلى القصد الجنائي العام، توفر القصد الخاص، أي الغاية التي يقصدها الجاني من سلوكه الإجرامي، والمتمثلة في إيلاء المجني عليه والتسبب له في معاناة شديدة مع التلذذ بذلك، وهذا يتطلب أن تكون للجاني عقلية خاصة لإحداث ذلك، وهو ما عبر عنها الفقيهان الفرنسيان جان براديل وميشال دانتي جوان ب *état d'esprit*<sup>(4)</sup>.

(1) د/ نبيه صالح، النظرية العامة للقصد الجنائي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2004، ص 345.

(2) د/ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، مرجع سابق، ص 105.

(3) د/ نبيه صالح، النظرية العامة للقصد الجنائي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2004، ص 346.

(4) د/ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 64.



فإذا إنتفت هذه النية المحددة (القصد الخاص)، تنتفي جريمة التعذيب، ويكون الفعل عملا من أفعال العنف<sup>(1)</sup>.

في هذا السياق، وبالنسبة لمرتكبي أفعال ختان الإناث، إعتاد القضاء الفرنسي على متابعتهم بإرتكاب جرم بتر أحد أعضاء الجسم وليس تعذيبا، لكون الجاني لا يقصد بفعلته هذه إيلاام الضحية، وإنما تكرارا وحفاظا على عادات قديمة<sup>(2)</sup>.

المشرع الجزائري لم يأخذ بعين الإعتبار الأسباب التي دفعت الجاني إلى إرتكاب الجريمة، فقد يكون الغرض من ذلك الحصول على إقرافات مهما كانت طبيعتها، أو معلومات، أو الإلتقام من المجني عليه، أو لأي سبب آخر، فالجريمة تقوم مهما كانت الأسباب التي دفعت إلى القيام بها.

ما يمكن إستخلاصه من نصوص المواد المحرمة للتعذيب<sup>(3)</sup>، أن المشرع الجزائري لم يحصر جريمة التعذيب في الأفعال الماسة بالسلامة البدنية والمعنوية التي قد يأتيها الموظفون فقط، وإنما قد تقع الجريمة من جانبهم أو من غيرهم من الأشخاص العاديين غير أنه ميز في العقوبة المقررة لكليهما، كما وسع من السلوك المجرم الذي يقع من الموظف، حيث جرم المشرع إلى جانب ممارسة التعذيب أو التحريض عليه أو الأمر بممارسته، موافقة أو سكوت الموظف على أفعال التعذيب، فالمادة 263 مكرر<sup>(4)</sup> التي تنص على جريمة التعذيب المرتكبة من قبل الموظفين العموميين تشترط<sup>(4)</sup>:

- أن يكون الجاني موظف : وقد سبق لنا تعريفه في المطلب الأول.

- أن يوافق الموظف أو يسكت عن أفعال التعذيب: الموافقة تصرف إيجابي يعكس رضا الشخص (الموظف) عن أعمال التعذيب، فرغم أن الموظف أو الرئيس لم يقيم بمباشرة أعمال التعذيب بنفسه، ولم يحرض على إرتكابها ولم يأمر بممارستها، إلا أن رضاه بها، يجعل من فعله هذا سلوكا مجرما يعاقب عليه القانون.

أما السكوت فهو تصرف سلبي، فرغم عدم قيام الرئيس بأعمال التعذيب، إلا أن سكوته عنها مع شرط علمه بها يعتبر رضاه منه بتلك الجريمة، فيعاقبه القانون على ذلك.

يوجد فرق بين الأمر بالتعذيب والموافقة على التعذيب، ينحصر فيمن يبدأ بالمبادرة بقرار التعذيب، ففي الأمر بالتعذيب تكون زمام المبادرة من الرئيس، فهو الذي يبادر بالإفصاح عن إرادته لمروؤوسيه بتعذيب المتهم للحصول منه على إقرافات أو معلومات أو لأي سبب آخر. بينما في الموافقة على التعذيب، الذي يبدأ بالمبادرة هو المرؤوس، حيث يكون قد مارس أعمال أو أفعال التعذيب ضد الضحية، أو يطلب من رئيسه الإداري الإذن له بتعذيب المتهم (موافقة سابقة عن إرتكاب الجريمة)، فيجد هذا الطلب قبولا واستحسانا لدى الرئيس فيأذن له بذلك، وليس ثمة فارق بينهما في النتيجة المترتبة، فكل منهما تقوم به الجريمة وكلاهما نتيجة لإرادة الرئيس، وهما يختلفان عن الموافقة اللاحقة من الرئيس للمرؤوس وذلك بعد تمام إرتكاب جريمة التعذيب. فالفرض في الأخيرة أن يقوم المرؤوس بتعذيب المتهم ويحصل منه على الاعتراف المطلوب، وبعد تمام التعذيب يعرض الأمر على الرئيس الذي يقر هذا العمل، ومن ثم

(1) راجع : المادة 263 مكرر من القانون 15/04 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 المتضمن قانون العقوبات.

(2) د/ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجزء الأول، مرجع سابق، ص67.

(3) راجع : المادتين 263 مكرر- 263 مكرر من قانون العقوبات.

(4) راجع : الفقرة الثالثة من المادة 263 مكرر من قانون العقوبات.

فإقراره هذا هو موافقة لاحقة. هذه الموافقة لا تقوم بها جريمة الأمر بالتعذيب لأنها من قبيل الرضا والاستحسان لما تم، ولا تصلح أيضا لأن تكون أمراً أو إذناً بالتعذيب، لأنها لاحقة لتمام وقوع الجريمة.

تجريم مثل هذا التصرف الذي يقوم به الموظف والمعاقبة عليه، هدفه حمل الموظفين الذين يصل إلى علمهم إرتكاب جرائم التعذيب إلى التبليغ عنها. وهو نفس ما أخذ به القانون الدولي في إتفاقية مناهضة التعذيب التي نصت على أن الرئيس السلمي يمكن أن يسأل جنائياً ليس فقط لأنه أمر أو حث أو خطط لأعمال إجرامية تم إرتكابها من طرف مرؤوسيه، لكن قد يسأل أيضا إذا لم يتخذ التدابير الضرورية للوقاية أو العقاب على التصرفات المجرمة الصادرة عن مرؤوسيه، وهو ما لاحظته الأمين العام للأمم المتحدة في تقريره حول إنشاء المحكمة الجنائية الدولية، بأن كل شخص في مركز السلطة لا يجب مساءلته شخصيا على إصداره أوامر غير شرعية لإرتكاب جريمة وفق هذا النظام الأساسي فقط، وإنما يجب مساءلته أيضا على عدم منعه إرتكاب الجريمة أو لعدم إعتراضه على ذلك<sup>(1)</sup>.

المشعر الجزائري أخذ بالمسؤولية عن الأعمال السلبية، وهي تختلف في طبيعتها القانونية عن المسؤولية الناشئة عن الممارسة أو التحريض أو الأمر بممارسة التعذيب الناجمة عن المبادئ العامة للمسؤولية، أما المسؤولية الناشئة عن الأعمال السلبية، فهي تتعلق بالقاعدة القائلة أنه لا مسؤولية جنائية على الإهمال إلا إذا نص القانون على وجوب التصرف<sup>(2)</sup>.

#### قائمة المراجع :

##### \*القوانين :

1- القانون رقم 15/04 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 المعدل والمتمم لقانون العقوبات

باللغة العربية :

##### \*الكتب والمؤلفات :

- 1- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2003.
- 2- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجزء الأول، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004 .
- 3- عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2002،
- 4- محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، دار هومة، الجزائر، 1993 .
- 5- نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2009.

(1) عبد الرزاق غربي، المرجع السابق، ص 101.

(2) عبد الرزاق غربي، المرجع السابق، ص 102.

6- سوسن تمرخان بكة، الجرائم ضد الإنسانية في ضوء أحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.

7- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للتدبير الإحترازي، دار النهضة العربية، الطبعة 4، 1977.

8- عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2002.

9- محمد الرازقي، محاضرات في القانون الجنائي، القسم العام، دار الكتاب الجديدة المتحدة، بنغازي، ليبيا، طبعة 2، 1999.

10- عمر خوري، شرح قانون العقوبات، القسم العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006.

11- منصور رحمان، الوجيز في القانون الجنائي العام، فقه وقضايا، دار الهدى، الجزائر، طبعة 2003.

\*المذكرات :

1- رفيق صيودة، مسؤولية الرئيس والمرؤوس أمام المحكمة الجنائية الدولية، مذكرة ماجستير، معهد الحقوق، المركز الجامعي سوق أهراس، 2010.

2- غربي عبد الرزاق، جريمة التعذيب والقانون الدولي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000.

باللغة الأجنبية :

1 -Jean Larguier, Droit pénal général, édition Dalloz, 2003

2 -Jacques Leroy, Droit Pénal Général, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2003

## أبعاد إنسانية من حياة رسول الله الأسرية



فضيلة الأستاذ الدكتور : حميد مسرار

باحث في فقه الأسرة - المملكة المغربية

الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد و على اله و صحبه أجمعين ، أما بعد ، فلا زالت الإنسانية في حاجة لأنموذج أسري واقعي تسترشد به في زمن العولمة و الحداثة و في وقت تناسلت فيه الأفكار و الرؤى التي تنظر للأسرة و إذ لا خلاف في أن كل تلك النظريات الحديثة و المحدثه لم تستطع حل مشاكل الأسرة و إشكالاتها المتجددة (من ارتفاع نسب الطلاق و إهمال الأطفال و فشو الزنا و ظهور ما يسمى بالأم العازبة ) فلا شك أن حلها يحتاج لدستور أسري واقعي يعترف بالإنسان و ينشد صناعته من محضن التربية و الأخلاق و القيم ، و خير أنموذج أسري على الأمة أن ترجع إليه ، بيت رسول الله صلى عليه و سلم ، فهو بيت التوحيد و الدعوة إلى الله و هو بيت الأخلاق و القيم و العمران بل هو بيت صناعة الإنسان بامتياز و نظرا لأن صناعة الإنسان تستلزم الاعتراف به و بكيونته و ذاته المادية و الروحية فلا شك أن الكشف عن معالم الإنسانية من داخل بيت رسول الله صلى الله عليه و سلم يقدم للأمة طريقا واضحا لما يجب أن تكون عليه الأسرة إن هي أرادت أن تلعب دورها الحضاري المنوط بها.

### ❖ الإنسانية في التصور الإسلامي :

كرم الإسلام الإنسان و جعله خليفة في الأرض بما أودعه فيه من خصائص تميزه عن باقي المخلوقات قال تعالى : وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبُرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا<sup>1</sup> .

يقول الشيخ الطاهر بن عاشور : فالتكريم منظور فيه إلى تكريمه في ذاته و التفضيل منظور فيه إلى تشريفه فوق غيره على أنه فضله بالعقل الذي به استصلاح شؤونه و دفع الأضرار عنه و بأنواع المعارف و العلوم<sup>2</sup> لقد اعتنى الإسلام بالإنسان عناية خاصة يقول الدكتور القرضاوي : 'إن كل دارس للإسلام في كتابه و سنة رسوله يتبين له بجلاء أنه وجه عناية بالغة إلى الجانب الإنساني و أعطاه مساحة رحبة من رقعة تعاليمه و توجيهاته و تشريعاته<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>سورة الإسراء الآية 70

<sup>2</sup>التحرير و التنوير 164/15

<sup>3</sup>الخصائص العامة للإسلام يوسف القرضاوي ص 57 ط2 مؤسسة الرسالة 1421

وبالرغم من هذا الاهتمام ، فقد شق على الباحثين تعريف الإنسانية، يقول الأستاذ عبود: "ولا تعريف للإنسانية سوى أنها الإنسانية ، فالإنسانية غنية عن كل تعريف و أي تعريف لها يؤدي إلى غموض أكثر مما يؤدي على إلقاء الضوء عليها "1.

و مهما يكن من صعوبة التعريف فقد حاول بعض الباحثين الإحاطة بالمصطلح ، فعرفها الفيروز أبادي " بأنها خلاف البهيمية و جملة الصفات التي تميز الإنسان أو جملة أفراد النوع البشري التي تصدق عليها هذه الصفات "2 و الدكتور عبود" بأنها مجموعة من الملكات و المواهب الفطرية التي تدرس منفصلة إحداهما عن الأخرى بغرض الدراسة وحدها و لكنها بطبيعتها متداخلة و متكاملة و متفاعلة ليصدر عنها مجتمعة ذلك السلوك الكلي المعقد و المادي و الروحي و النفسي و الاجتماعي الذي به تعرف الشخصية في خارج إطارها المادي "3 و الذي نخلص إليه بعد الجمع بين التعريفين أن الإنسانية هي مجموعة من المواهب و الملكات التي تميز الإنسان عن غيره ،مواهب تدل على طبيعته و حقيقته و صفته و دوره الذي أنيط به و الذي نؤكد أن الإسلام راعى الإنسانية في جميع أحكامه و تشريعاته بل جعلها مقصدا من مقاصده بضوابط و أسس نعتقد أن تحقيق الإنسانية مرتبط بها ارتباطا وثيقا و منها :

#### ➤ التوحيد :

إن بلوغ الإنسان لمستوى الإنسانية الحقة مقترن بتوحيد الله وإفراجه بالعبودية ، فهو الذي خلقه وكرمه و جعله خليفة في الأرض ، وهو الذي خلق الناس متساوين لا فرق بينهم في أصل الخلقة قال تعالى : يا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ<sup>4</sup> لذلك نقول : إن الإنسانية في التصور الإسلامي مرتبطة بإفراجه الله بالعبودية دون سواه ليصبح الإنسان سيد الكون لا يخضع و لا يتدلل إلا لخالقه وموجهه.

#### ➤ الأخلاق والقيم :

فلا سمو ولا رقي لمستوى الكمال الإنساني إلا بالأخلاق و القيم ، ذلك الكمال الذي قد يضع كلما غلب على الإنسان جانبه المادي، فيرتبط نظره بالدنيا و مصالحها و يغيب بعد القيم و الأخلاق و التزكية ، لذلك كانت التزكية من مقاصد الإسلام العليا، لتثقل الإنسان إلى مدارج الكمال الإنساني بدعوته للتخلق بالصبر و الصدق و الإحسان و الكرم و الرحمة وهي قيم تهدف إلى تكوين مجتمع إنساني في سلوكاته و معاملاته .

إن بعد الأخلاق و القيم يجعل من العيش الإنساني عيشا ذا معنى رفيع يلفه الحب و التعاون و التآخي و من الحياة البشرية حياة رسالية همها الاستخلاف و التعمير .

<sup>1</sup> الملامح العامة للمجتمع الإسلامي د عبد الغني عبود 68/9 ط1979 دار الفكر العربي

<sup>2</sup> البحر المحيط في التفسير أبوحيان الاندلسي 4/1 دار الفكر

<sup>3</sup> الملامح العامة د عبد الغني عبود ص69

<sup>4</sup> سورة الحجرات الآية 13

## ➤ الاستخلاف و التعمير :

من أسس تكريم الإنسان و ضمان إنسانيته ، فهم الوجود و ترك بصمة العمران ، فالله سبحانه و تعالى لم يخلق الناس عبثا دون هدف بل كلفهم بمهمة التعمير الذي تتطلب التعاون و التكافل و الاحترام و التقدير قال تعالى : " أفحسبتم أنما خلقناكم عبثا و أنكم إلينا لا ترجعون " 1 ، لذلك كان التعمير بمختلف مستوياته ضامن لإنسانية الإنسان لما يضمنه له من تحقيق حمل الأمانة التي كلف بها قال تعالى : " إنا عرضنا الأمانة على السماوات و الأرض و الجبال فأبين أن يحملنها و حملها الإنسان إنه كان ظلوما جهولا " 2.

## ➤ بيت النبي معالم و دلالات :

إن المتأمل في بيت النبي ليجده زاخرا بألوان الدلالات و العبر التي على الأمة أن تعيها إن هي أرادت بناء جيل متفرد يحمل هم الدعوة و يصبو لتحقيق الشريعة ، و الوقوف عند أهم معالم هذا البيت يتطلب الوقوف عند بيت خديجة و هي الزوجة التي لم يتزوج غيرها حتى أسلمت الروح لبارئها و عند أزواج النبي و أبنائه .

## ➤ خديجة في بيت النبي :

تزوجها النبي و هي التي رأت أخلاق الرجولة و الوفاء و الأمانة شاخصة في محمد بن عبد الله ، فبادرت لخطبته، فكان الزواج الميمون التي أثمر أعظم بيت في التاريخ ، هي الطاهرة في الجاهلية و الإسلام و هي التي شهد لها التاريخ بوقوفها إلى جنب رسول الله في أصعب الظروف و أشدها قساوة ، لقد أعطت أمنا خديجة أنموذجا للزوجة المساندة لزوجها في وقت العسر و الشدة كما أعطى الزوج النبي أنموذجا للزوج المحب الوفي لها في الحياة و بعد الممات ، روى الإمام أحمد عن عائشة رضي الله عنها قالت ، كان رسول الله ص إذا ذكر خديجة أثنى عليها فأحسن الثناء قالت فغرت يوما فقلت ما أكثر ما تذكرها حمراء الشدين قد أبدلك الله تعالى خيرا منها فقال ما أبدلني الله عز وجل خيرا منها قد آمنت بي و كفر الناس و صدقتني إذ كذبتني الناس و واستني بما لها إذ ادخرني الناس و رزقني الله تعالى أولادها إذ حرمني أولاد الناس 3.

لقد كان بيت خديجة بيت الدعوة إلى الله و بيت الأخلاق الفاضلة فما خرجت منه إلا وقد أدت رسالتها و بشرت بأفضل الجزاء بيت من قصب لا صخب فيه ولا نصب 4.

## ➤ أزواج في بيت النبي :

توفيت خديجة ، فتزوج رسول الله صلى الله عليه و سلم تباعا بعشرة أزواج هن سودة بنت زمعة و عائشة و حفصة و أم سلمة و رملة بنت أبي سفيان و زينب بنت جحش و زينب بنت خزيمة و ميمونة بنت الحارث و جويرية و صفية ، أزواج مختلفات في العمر و الجمال و في البكارة و الثيوب و في الصفات و الأنساب، فكانت حياته مليئة بالبر و الرحمة ، و المحبة و المودة، و الفرح و الحزن ، و الغيرة و الخصام ، و المعاناة و ضيق الحال إنها حياة حافلة بالأحداث الإنسانية التي تعبر عن تكريم الإنسان و الاعتراف بفطرته ، بل تعبر عن أهمية الأسرة في بناء شخصية الفرد

1سورة المؤمنون الآية 115

2سورة الأحزاب الآية 27

3مسند الإمام أحمد باب حديث عائشة 150/6

4سنن البيهقي الكبرى باب تسمية أزواج النبي 70/7

المسلم ، لقد عبر رسول الله عن الرحمة في حياته الأسرية حينما تزوج بسودة بنت زمعة و حين تراجع عن طلاقها لما خاف إذاتها و إخراجها فما كان منها إلا أن تلقفت إشارة الرحمة فوهبت يومها لأحب نساء النبي عائشة، تلك البكر التي كان نصيبها من المحبة القلبية ما لم يكن لغيرها فقال عليه السلام معلنا عن ذلك : اللهم هذا قسمي في أملك فلا تلمني فيما تملك و لا أملك "1 وإذا كانت محبة عائشة من الأمور التي لم يستطع عليه السلام إخفاءها فقد كان حنوه على أزواجه باديا إرضاء لهن و استجلابا لمودتهن و إبقاء لخواطرن كما فعل مع حفصة و كان عدله بين نسائه ساطعا و كان حزمه في اتخاذ القرار لما خيرهن بين المكوث معه أو الطلاق لما سأله الإنفاق ولما هجرهن شهرا فارقا ، إنها حياة لم تسلم من غيرة نسائه كما في قصة زينب و مارية و الجونية و لم تعرف الرخاء فقط بل المكابدة والصبر على ضيق الحال، عن عائشة ، أَنَّهَا قَالَتْ : مَا شَبِعَ آلَ مُحَمَّدٍ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مِنْ خُبْزِ الشَّعِيرِ يَوْمَئِذٍ مُتَتَابِعِينَ حَتَّى قُبِضَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.2

و على الاتهامات الباطلة التي مست عرض أظهر بيت في الوجود كما في حادثة الإفك . لقد أعطى بيت رسول الله أنموذجا لحياة إنسانية واقعية تلمس تفاصيل الحياة البشرية التي تعتربها الأحوال الإنسانية المختلفة فما علينا إلا تلمس أبعادها الإنسانية .

### ➤ أبناء في بيت النبي :

ولد للنبي أبناء ذكورا و إناثا من خديجة و ماريه ، ولد له من الذكور القاسم و عبد الله و إبراهيم و من الإناث زينب و ورقية و أم كلثوم و فاطمة و إذ رزأ فقد الذكور وهم صغارا و الذي خلف حزنا عميقا في نفسه حيث قال في وفاة ابنه إبراهيم إِنَّ الْعَيْنَ تَدْمَعُ، وَالْقَلْبَ يَحْزَنُ، وَلَا نَقُولُ إِلَّا مَا يَرْضَى رَبُّنَا وَإِنَّا بِفِرَاقِكَ، يَا إِبْرَاهِيمَ لَمَحْزُونُونَ<sup>3</sup> فقد كان في معاملته لبناته و أبنائهن دليل على تكريم المرأة و مساواتها الفعلية للذكر، لقد كان في احترام رسول الله لبناته دعوة لاحترام الأبناء داخل الأسرة، فقد كان عليه السلام يقبل فاطمة و يجلسها مجلسه تكريما لها و إعلانا لمحبتة لها و كان يشاور بناته في تزويجهن اعترافا منه بجزية الاختيار كما أجاز ابنته زينب لما أجازت زوجها الربيع بن العاص و أصلح بين علي و فاطمة إفصاحا عن رحمته بالبنات و عدم عضلهن و الصلح بينهن و أزواجهن ، وإذا كان عطفه على بناته قد بلغ مبلغا عظيما فقد قدم في تعامله مع أحفاده: الحسن و الحسين و أميمة بنت زينب دروسا لكيفية تربية الأبناء و توجيههم داخل الأسرة برحمتهم و مداعتهم و مصاحبتهم في جميع أحوالهم تربية و تهذيبا .

لقد كان بيت النبي بيت تربية و علم، بيت خرج رجالا و نساء شهد التاريخ بصلاحتهم و دورهم الرائد في صناعة الحضارة الإسلامية .

1المستدرك على الصحيحين الحاكم النيسابوري كتاب النكاح دار الكتب العلمية - بيروت ط 1 ، 1411 - 1990

2 كثر العمال في سنن الأقوال والأفعال : علاء الدين الهندي البرهان فوري احقق : بكري حياي - صفوة السقا المؤسسة الرسالة ط 5 1401

3 صحيح البخاري كتاب الجنائز باب قول النبي إنا بك لمحزونون 439/1

## ❖ أبعاد إنسانية من حياة رسول الله الأسرية :

إن المتتبع لمعالم بيت النبي يتبين له باللموس حضور البعد الإنساني في حياته الأسرية ، فهو بيت التوحيد و الأخلاق وهو بيت التعمير و الاستخلاف و هي أسس قد نجد تجلياتها من خلال العناصر الآتية :

## • الاعتراف بالفطرة :

خلق الله تعالى الإنسان مزودا بفطرة هي مجمع الملكات و المواهب و المشاعر والأحاسيس ففطرة الإنسان هي البنية التي خلق عليها الإنسان في بعديها المادي و الروحي<sup>1</sup> ، يقول الشيخ الطاهر بن عاشور : الفطرة الخلقية أي النظام الذي أوجده الله في كل مخلوق ، ففطر الإنسان هي ما فطر أي خلق عليه الإنسان ظاهرا و باطنا أي جسدا و عقلا<sup>2</sup> ، فإذا صرفت إلى الخير كان للفرد و مجتمعه نصيب منها و إذا صرفت اتجها الشر كان له و للمجتمع كفل منها . إن اعتراف البيت بالفطرة و توجيهها و التعامل وفقها يجعل من البيت بيت مودة و رحمة و تسامح، واستقرار وسعادة، من هنا نفهم اعتراف رسول الله بالفطرة داخل بيته وتعامله وفقها فقد كان عليه السلام يبدي محبته لأزواجه ويعلن إرضاءه لهم و يكشف رحمته للأبناء ويتجاوز عن الزلات، لقد كان بيت رسول الله بيت اعتراف بالأحاسيس و المشاعر التي تحالج النفس البشرية تلك النفس التي تحتاج إلى من يحنو عليها ويقدرها و يصون كرامتها، لذلك نقول إن الاعتراف بالفطرة داخل بيت رسول الله هو اعتراف بإنسانية الإنسان .

## • حرية الاختيار :

اعتبر الشرع الحرية مقصدا من مقاصده و حذر من الاعتداء عليها لما في ذلك من استنقاص لإنسانية الإنسان و هدر لما يجب أن يقوم به من مهمة الاستخلاف والتعمير وتأسيسا على ذلك جاءت الشريعة بأحكام كثيرة تهدف إلى حفظ حرية الإنسان يقول الشيخ الطاهر بن عاشور : إن استواء أفراد الأمة في تصرفهم في أنفسهم مقصد أصلي من مقاصد الشريعة وذلك هو المراد بالحرية<sup>3</sup> ، وإذ جعلت الشريعة الحرية مقصدا من مقاصدها ، فقد كان بيت رسول الله ترجمة عملية لها ، فقد كان نساؤه يراجعنه في كثير من الأمور وهو أمر لم يقتنع به عمر رضي الله عنه حتى سأل ابنته حفصة، كما خيرهن بين البقاء معه أو تسريحهن لما اشتكين ضيق الإنفاق إعلانا بأن الحياة الزوجية هي حياة اختيار و ليست حياة إجبار كما خير عليا بين الإبقاء على عصمة ابنته فاطمة أو فراقها لما هم بزواج بنت عدو الله أبي جهل فدل كل ذلك على أن الحرية شرط أساس لضمان إنسانية الإنسان داخل الأسرة .

## • محضن الأخلاق و القيم :

قد يجد المرء نفسه مشدوها أمام مشهد الأخلاق داخل بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد كان بيته عليه السلام بيت وفاء يدل على صدق المحبة التي قد تجمع بين الأزواج ولقد مر معنا وفاؤه لخديجة حية و ميتة كما كان بيت صبر على الشدائد و الحن :محنة الحصار و محنة الإفك و محنة الدعوة إلى الله و بيت عفو و تسامح كما في قصة عائشة حينما أسقطت صفحة الطعام وبيت رحمة بالأزواج و الأطفال كما في تعامله مع سودة و الحسن و

<sup>1</sup>- مقاصد الشريعة بأبعاد جديدة عبد المجيد النجار دار الغرب الإسلامي ط1 2006 ص 87

<sup>2</sup>-مقاصد الشريعة الطاهر بن عاشور دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن ط2 2001/1421 ص198

<sup>3</sup>- نفسه ص309



الحسين وأميمة بنت زينب إنه فعلا بيت أخلاق و قيم و لقد صدق الله تعالى حينما أشاد بخلق نبيه فقال وإنك لعلی خلق عظیم<sup>1</sup>.

### • المشاركة في التعليم و السياسة و الحياة العامة :

لقد كان بيت رسول الله بيت علم و مشاركة في الحياة العامة ، فقد كانت أمنا عائشة أول مرجع بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم يرجع إليه قال الزهري : لو جمع علم عائشة إلى علم جميع أمهات المؤمنين وعلم جميع النساء لكان علم عائشة أفضل<sup>2</sup> و كان عمر رضي الله عنه يحيل عليها كل ما تعلق بأحكام النساء وبأحوال النبي البيئية ، لا يضاهاها في هذا الاختصاص أحد من النساء على الإطلاق<sup>3</sup> ، كما ساهمت أم سلمة في رأب الصدع بين المؤمنين حينما أشارت على رسول الله بمشورتها الموفقة في صلح الحديبية أما زينب بنت خزيمة أم المساكين فقد كانت كثيرة التصديق على الفقراء و المحتاجين مشاركة منها في العمل الاجتماعي الذي يحتاجه المجتمع ، لقد كان بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم بيتا مشاركا في كل تفاصيل الحياة العامة ليتأكد دوره في بناء صرح الأمة الحضاري .

و خلاصة القول : فلا صلاح للأسرة المسلمة إلا إذا استحضرت البعد الإنساني داخلها و لا شك أن المتتبع لحياة رسول الله الأسرية يتبين له ذلك فهو بيت اعتراف بالفطرة و الأخلاق وهو بيت حرية لا عبودية فيه إلا الله تعالى كما هو بيت عمران و مشاركة في الحياة العامة. إنه أنموذج للاعتراف بالإنسان داخل الأسرة. فما على الأسرة المسلمة إلا الإقتداء به إن هي أرادت تكريم الإنسان و المشاركة في الصرح الحضاري للأمة و الحمد لله رب العالمين

<sup>1</sup> سورة القلم الآية 4

<sup>2</sup> الإصابة 4 في تمييز الصحابة لابن حجر العسقلاني تح علي محمد البجاوي ط1 دار الجيل 360/1992

<sup>3</sup> عائشة و السياسة سعيد الأفغاني ص 15 ط1975 طبعة لجنة التأليف و الترجمة و النشر القاهرة

## المؤسسات الزكوية كالية لمعالجة الفقر وفق برنامج التنمية الاقتصادية " مؤسسة الزكاة بولاية سلا نجر بماليزيا نموذجا "



عبد العزيز خنفوسي : أستاذ مساعد قسم (أ) كلية الحقوق  
والعلوم السياسية- جامعة الدكتور مولاي الطاهر- سعيدة، الجزائر  
البريد الإلكتروني : azizkhanfouci@yahoo.fr

الملخص : تبدأ الدراسة بالوقوف على الدلائل التاريخية التي تبرز نشأة المؤسسات الزكوية في دولة ماليزيا، ثم نتقل بعد ذلك إلى إبراز جل الآليات التي تم الاعتماد عليها في تطوير قوانين الزكاة وصدقة الفطر. وهذا دون إهمال الحديث عن الكيفية التي نشأت بها مؤسسة الزكاة بولاية سلا نجر بماليزيا، والطرق التي تعتمد عليها في صرف الزكاة المجمعة من المزكين. كما نحاول أن نبرز جل المشاريع الاستثمارية المعتمدة داخل هذه المؤسسات الزكوية، وآليات عملها وفق برنامج التنمية الاقتصادية، ثم نختتم الدراسة بالنتائج والتوصيات والمراجع.

الكلمات المفتاحية : المؤسسات الزكوية بماليزيا، قوانين الزكاة وصدقة الفطر، آليات عمل المشاريع الاستثمارية، برنامج التنمية الاقتصادية.

### Abstract :

The study begins by standing on the historical evidence that highlights the emergence of zakat institutions in the State of Malaysia, then move to the highlight Gel mechanisms that have been reliable in the development of the laws of Zakat and mushrooms charity. And this without neglecting to talk about how they originated by the Zakat Foundation's mandate Sale Ngor, Malaysia, and the ways that depend on them in the disbursement of Zakat collected from Zakat payers. Also try to highlight the bulk of approved investment projects within these institutions zakat, and mechanisms of action according to the economic development program, and then conclude the study the findings and recommendations and references.

### Keywords:

zakat institutions in Malaysia, zakat and charity laws mushrooms, mechanisms of action of the investment projects, economic development program.

تعد إدارة الزكاة من ضمن مسؤوليات الدولة، حيث إن ولي الأمر له الحق الشرعي في جباية أموال الزكاة وتوزيعها على مصارفها الشرعية، وعلى رأسها حصص الفقراء والمساكين، وذلك من أجل تحقيق التكافل الاجتماعي في المجتمع المسلم. وقبل وجود مؤسسة جباية أموال الزكاة وصرفها لمدة طويلة، كان معظم المزكين يدفعون الزكاة بأنفسهم إلى الأفراد الذين يستحقونها مباشرة، إلى أن جاءت فكرة إنشاء "مؤسسة الزكاة" لتقوم بمسؤولية جباية الزكاة وصرفها، وتعمل وفقا للأوقات التي تتناسب مع الغرض لرفع المستوى الاقتصادي لمستحقي الزكاة.

ويشهد العالم الإسلامي وجود مؤسسات مختلفة تتكفل بأمر الزكاة، وهي تختلف من دولة إلى أخرى، كما هو الحال في المملكة العربية السعودية التي أنشأت مؤسسة زكوية حكومية تابعة للدولة، والتي جعلت الزكاة جزءا من نظامها المالي، وجمهورية مصر العربية أنشأت مؤسسة زكوية تحت إشراف الدولة إشرافا ماليا وإداريا. وقد نجد في بعض الدول الإسلامية مؤسسات زكوية خاصة، وأخرى فردية. وتتولى مؤسسات الزكاة السابقة أيا كان نوعها مهمة جمع الزكاة من المكلفين وتوزيعها على مصارفها المختلفة.

كما نجد كذلك أن المؤسسة الزكوية الماليزية قد وضعت عدة برامج مناسبة لتحقيق مصلحة مستحقي الزكاة من ضمنها برامج سميت بـ "تنمية الأصناف". وبالتالي فإننا سنحاول من خلال هذه الورقة البحثية دراسة إدارة المؤسسات الزكوية بماليزيا، وذلك من خلال التركيز على إحدى الولايات وهي ولاية "سلا نجور"، حيث سنقوم بدراسة نظامها وقوانينها التي شرعت لغرض الحفاظ على مصالح المستحقين من الأصناف والأنشطة التي تضطلع بها هذه المؤسسة وفق برنامجها المعروف بـ: "التنمية الاقتصادية للأصناف"، كما سنتناول هذه الدراسة بعون الله دور إحدى المؤسسات الزكوية الماليزية في معالجة الفقر بماليزيا، لاسيما بعد تحقيقها لنجاحات عظيمة في التقليل من نسبة الفقر في ماليزيا عموما وولاية سلا نجور خصوصا. ويشهد الجميع لهذه المؤسسة بذلك النجاح حيث أصبح عدد كبير من الفقراء تجارا ناجحين، وخرجوا من دائرة الفقر، وأصبح بمقدورهم أن ينفقوا على أنفسهم وأهليهم. ومن ثم فإننا ندعو الله عز وجل أن تساهم هذه الدراسة في إفادة القراء والباحثين والجهات المسئولة بأموال الزكاة في الجزائر خصوصا، وفي العالم الإسلامي عموما، والله الموفق والمعين.

\*الموضوع الرئيسي للبحث: يناقش البحث بصورة رئيسية موضوع المؤسسات الزكوية ودورها في مقاومة الفقر من خلال إتباع برنامج التنمية الاقتصادية، واضعين في هذه الدراسة التجربة الماليزية كنموذج رائد ونجاح يجب الاقتداء به.

\*أهداف البحث: يهدف البحث بصورة محددة للآتي:

01- تسليط الضوء على الخلفيات الأساسية للمؤسسات الزكوية من خلال ما تلعبه من دور في مجابهة الفقر وفق الإطار الإسلامي.

02- دراسة دور المؤسسات الزكوية في جمع الزكاة من المكلفين وتوزيعها على المصارف المختلفة، وهذا بتطبيق البرنامج المعروف بـ: "التنمية الاقتصادية للأصناف".

03-دراسة مؤسسة الزكاة بولاية سلا نجور بماليزيا كنموذج استطاع أن يحقق نجاحات عظيمة في التقليل من نسبة الفقر.

\*منهجية البحث ومصدر المعلومات : نتبع في هذا البحث المنهج الوصفي التحليلي المعتمد على البيانات الثانوية كالتقارير والكتب والدوريات والأوراق العلمية والمهنية ذات الصلة بموضوع البحث.

\*تنظيم البحث : ينظم البحث في سبعة محاور بجانب المقدمة، وذلك على النحو التالي :

المحور الأول : يناقش الخلفيات الأساسية للمؤسسات الزكوية في ماليزيا.

المحور الثاني : يتعلق بتطور قوانين الزكاة وصدقة الفطر ونظمها بماليزيا.

المحور الثالث : يتكلم عن نشأة مؤسسة الزكاة بولاية سلا نجور وأهدافها.

المحور الرابع : يتحدث عن الكيفية التي يتم بها صرف الزكاة في المؤسسة.

المحور الخامس : يختص بالحديث عن المشاريع الاستثمارية في المؤسسة وفق برنامج التنمية الاقتصادية.

المحور السادس : يناقش آليات المشاريع الاستثمارية في المؤسسة وفق برنامج التنمية الاقتصادية.

المحور السابع : يتعلق بعرض النتائج والمقترحات والتوصيات.

المحور الأول : الخلفيات الأساسية للمؤسسات الزكوية في ماليزيا.

أولا : لمحة تاريخية عن إدارة الزكاة في ماليزيا.

تؤكد الدلائل التاريخية أن دخول الإسلام إلى ماليزيا كان في القرن الأول الهجري - السابع الميلادي<sup>(1)</sup>، حيث كان له أثر كبير في تطور وتصحيح معتقدات وتقاليد وعادات المجتمع الماليزي، ورغم قدم الإسلام بهذه البلاد إلا أنه لا توجد معلومات كافية عن كيفية إدارة أموال الزكاة في بداية تاريخ دخول الإسلام إلى ماليزيا، لذلك فإنه يصعب علينا معرفة شيء عن تلك المرحلة خاصة قبل مجيء الاستعمار.

كما أنه لم تكن هناك طريقة رسمية في إدارة أموال الزكاة قبل الاستعمار عموماً، بل كانت الطريقة التقليدية هي السائدة، وهي دفع الزكاة إلى العلماء والمشايخ ليتولوا بأنفسهم صرفها إلى مصارفها الموجودة في ذلك الوقت، ونظراً إلى أن الناس كانوا يضعون ثقتهم في أولئك العلماء والمشايخ ويحترمونهم لعلمهم ومعرفتهم بأمر الزكاة، وقد كانت الزكاة التي تدفع في ذلك الوقت تنحصر في زكاة الفطر وبعض زكاة الزرع والثمار.<sup>(2)</sup>

ومع مجيء الاستعمار البريطاني في النصف الثاني من القرن الثامن عشر اختلفت الأمور، حيث تم الفصل بين أمور الدين والسياسة، فكانت الأمور المتعلقة بالإسلام والعادات الملايوية تقوم بها هيئات مستقلة تابعة لكل ولاية، وتسمى بمجلس الشؤون الإسلامية والعادات الملايوية، أما الأمور التي تتعلق بالسياسة والاقتصاد والاجتماع والعلوم والتكنولوجيا كان يقوم بها النظام البريطاني.

ثم بدأ تنظيم رسمي لأمر الزكاة تحت إشراف مجلس الشؤون الإسلامية والعادات الملايوية في كل ولاية، وأول ولاية أنشئ فيها هذا المجلس هي ولاية كلنتان<sup>(3)</sup>، والتي أصبحت نموذجاً للولايات الأخرى من خلال إنشاء إدارة الزكاة في كل قرية تحت إشراف إمام القرية، وكان جزء من الزكاة يقدم إلى الحكومة لكي تستعين به في الأمور الدينية.

وهكذا تطورت إدارة الزكاة في ماليزيا من وقت الاستعمار إلى يومنا الحاضر، حيث إننا نشهد لها تطورات كبيرة في هذه الأيام خاصة مع وجود مؤسسات مستقلة مختلفة تهتم بجباية أموال الزكاة وصرفها مستعينة في ذلك بوسائل متنوعة بعضها حديث والآخر تقليدي.

### ثانياً : المؤسسات الزكوية في ماليزيا.

منذ استقلال ماليزيا في 31 أغسطس 1957 أصبح أمر جباية أموال الزكاة وصرفها في يد السلطان الذي يتربع على عرش كل ولاية من الولايات الماليزية، وبذلك بدأت مرحلة إدارة الدولة للزكاة بماليزيا، حيث صدر قانون الإدارة الدينية الإسلامية سنة 1960 لتنظيم شؤون جباية الزكاة بناء على هذا القانون، ووفقاً لهذا القانون أيضاً منحت لهذه الإدارة سلطة جمع وصرف الزكاة من خلال مؤسسة بيت المال الذي تولى جمع وصرف الزكاة على مستحقيها في ذلك الوقت.<sup>(4)</sup>

وفي بداية التسعينيات تطورت مؤسسة الزكاة تطوراً كبيراً في إدارتها لأموال الزكاة، فقد بدأت كمؤسسة تحت رعاية بيت المال ثم صارت مؤسسة مستقلة لها سلطة خاصة من حيث جباية أموال الزكاة، وفي نهاية سنة 1990 أنشأ مجلس الشؤون الإسلامية بولاية برسكتوان كوالالمبور شركة سماها "مؤسسة التقوى"، وعهد المجلس إلى هذه المؤسسة جمع الزكاة، كما أنشأت هذه الشركة بدورها مركزاً خاصاً لجباية الزكاة سمي ب: "مركز جباية وتحصيل الزكاة".

ومنذ سنة 1991 أصبح مركز تحصيل الزكاة بمجلس الشؤون الإسلامية بولاية برسكتوان كوالالمبور الجهة الوحيدة الرسمية التي تتولى مسؤولية تحصيل الزكاة وجبايتها، أما بالنسبة لصراف الزكاة فما زال أمرها تحت إدارة مجلس الشؤون الإسلامية بولاية برسكتوان كوالالمبور، والتي يقوم بها بيت المال حتى يومنا هذا.<sup>(5)</sup>

ثم انتقلت هذه الطريقة في إدارة الزكاة من ولاية برسكتوان كوالالمبور إلى ولايات أخرى كولاية سلا نجور عام 1994- حيث أعطى مجلس الشؤون الإسلامية بولاية سلا نجور سلطة جمع أموال الزكاة وصرفها إلى مركز الزكاة بولاية سلا نجور-، وانتقلت إلى ولاية جزيرة فينغ سنة 1995، وولاية ملاكا سنة 1996، وولاية باهنج سنة 1997، وولاية نجري سميلان سنة 1998، وولاية سراواك سنة 1999. أما بقية الولايات كولاية كانتان، وترنجانو، وجوه ور، وصباح، وبرليس وبيراق، فما يزال أمر جباية أموال الزكاة وصرفها تحت رعاية بيت المال التابع لمجلس الشؤون الإسلامية لكل ولاية.<sup>(6)</sup>

### ثالثاً : خصخصة جباية أموال الزكاة.

تتبع معظم مؤسسات الزكاة الماليزية في هذه الأيام طريقة الخصخصة في شؤون الزكاة، ولكن بعض المؤسسات في الولايات تتبع طريق الخصخصة في جباية أموال الزكاة وصرفها معاً، وهذا كمجلس الشؤون الإسلامية بولاية سلا نجور باسم مؤسسة الزكاة بولاية سلا نجور، ومجلس الشؤون الإسلامية بولاية جزيرة فينغ باسم مركز إدارة زكاة جزيرة فينغ، ومجلس الشؤون الإسلامية بولاية سراواك باسم صندوق بيت المال سراواك. أما بعض المؤسسات فإنها تتبع

طريقة الخصخصة في جباية أموال الزكاة فقط دون صرفها مثل مجلس الشؤون الإسلامية بولاية برسكتوان كوالالمبور باسم مركز جباية وتحصيل الزكاة، ومجلس الشؤون الإسلامية والعادات الملايوية فهانج باسم مركز جباية الزكاة فهانج، ومجلس الشؤون الإسلامية بولاية ملاكا باسم مركز الزكاة ملاكا، ومجلس الشؤون الإسلامية بولاية نجري سميلان باسم مركز الزكاة نجري سميلان.<sup>(7)</sup>

أما بقية الولايات التي لا تتبع طريقة الخصخصة، فما زال أمر جباية أموال الزكاة وصرفها تحت قسم بيت المال التابع للولاية، وهناك ولايات أخرى - كولاية ترنجانو- تتبع طريقة الخصخصة، ولكن السلطة الفعلية ما زالت بيد مجلس الشؤون الإسلامية.

والجدول التالي يبين نظام إدارة الزكاة في ماليزيا.

### الجدول رقم (01) : نظام إدارة الزكاة في ماليزيا.

الرقم	أنواع أنظمة "إدارة الزكاة" في ماليزيا	نماذج من المراكز التي تتبع ذلك النظام
1	استقلال مراكز الزكاة تماما بحيث تتولى بنفسها جباية الزكاة وصرفها.	- مؤسسة الزكاة بولاية سلا نجور، مجلس الشؤون الإسلامية بولاية سلا نجور. - مركز إدارة الزكاة بجزيرة فينغ، مجلس الشؤون الإسلامية بولاية جزيرة فينغ. - صندوق بيت المال بسر واق، مجلس الشؤون الإسلامية بولاية سراق.
2	تولي مراكز الزكاة جباية الزكاة، وقيام المجلس بصرفها.	- مركز جباية وتحصيل الزكاة، مجلس الشؤون الإسلامية بولاية برسكتوان كوالالمبور. - مركز جباية زكاة فهانج، مجلس الشؤون الإسلامية والعادات الملايوية فهانج. - مركز زكاة ملاكا، مجلس الشؤون الإسلامية بولاية ملاكا. - مركز زكاة نجري سميلان، مجلس الشؤون الإسلامية بولاية نجري سميلان.
3	تولي مجلس الشؤون الإسلامية مسؤولية جباية الزكاة وصرفها معا.	- قسم الزكاة بولاية قدح. - مجلس الشؤون الإسلامية صباح. - مجلس الشؤون الإسلامية جوهور. - مجلس الشؤون الإسلامية والعادات الملايوية برليس. - مجلس الشؤون الإسلامية والعادات الملايوية ببيراق.
4	وجود نظام الخصخصة في مركز الزكاة من غير أن يكون له حكم ذاتي مطلق.	- مجلس الشؤون الإسلامية والعادات الملايوية بترنجانو.

تعتبر مراكز جباية الزكاة وتوزيعها كالعامل لدى مجلس الشؤون الإسلامية، وتقوم هذه المراكز بتسليم حصيلة الزكاة إلى هذه المجالس بعد جمعها، ويقوم المجلس بعد ذلك بدفع أجرة نظير قيامها بجباية الزكاة، وما تحملته من نفقات في سبيل ذلك. وتشمل هذه النفقات إيجار المكان الذي يمارس فيه المركز نشاطاته، ونفقات إدارية كنفقات الإضاءة والهاتف والتنقل وأجور الموظفين والأدوات والأجهزة المكتبية وما إلى ذلك.

ويمكننا القول أن نظام إدارة الزكاة في ماليزيا قد تطور تطورا بالغا خاصة من خلال طريقة خصخصة جباية أموال الزكاة وصرفها، وقد ازدادت جباية أموال الزكاة ازديادا عظيما في الولايات التي استخدمت هذه الطريقة، وقد شرعت ببقية الولايات في دراسة هذه الطريقة وتطبيقها فيها.

### المحور الثاني: تطور قوانين الزكاة وصدقة الفطر ونظمها بماليزيا.

ينص دستور دولة ماليزيا على أن الدين الرسمي للدولة هو الإسلام، وهذا مكتوب بصراحة في بنده الثالث من الفرع الأول، والسلطان هو رئيس الشؤون الإسلامية لكل ولاية لها سلطان، وأما في الولايات التي ليس لها سلطان فالملك هو رئيس الشؤون الإسلامية لها، وهذا يعني أن في ماليزيا الآن أربعة عشر مجلسا للشؤون الإسلامية، وهذه المجالس هي التي تدير هذه الشؤون، ولكن مجلس كل ولاية إدارة ذاتية مستقلة ولا علاقة له بمجالس الولايات الأخرى.<sup>(8)</sup>

وتكون أمور الزكاة تحت إدارة مجلس الشؤون الإسلامية لكل ولاية، ولكل واحد منها نظام خاص يتعلق بتسيير الشؤون الإسلامية يختلف عن بقية الولايات. أما فيما يخص قوانين جباية الزكاة وصرفها فإنه لا توجد قوانين مفصلة خاصة بها<sup>(9)</sup>، إلا في ولايتي صباح وقده اللتين يوجد لهما قانون خاص بجباية الزكاة وصرفها<sup>(10)</sup>.

أما بالنسبة لنظام الزكاة فولاية كلنتان هي أول ولاية طبقت منذ بداية القرن العشرين في عام 1907 إبان الاحتلال البريطاني، ثم تطور هذا النظام بزيادة عدة أنظمة أخرى، وهذا مانراه جليا من خلال ملاحظتنا لقانون الزكاة رقم: 03 عام 1916 الذي تم تعديله لاحقا، وقانون الزكاة رقم: 02 عام 1924. وفي النهاية أصبح عندنا قانون لجباية الزكاة رقم: 04 عام 1927 كما سبق بيانه، وذلك بظهور قانون مجلس الشؤون الإسلامية والعادات الملايوية بكلنتان رقم: 23 عام 1938، والذي أدمج فيه نظامان جديدا هما: نظام جباية صدقة الفطر رقم: 73 عام 1938، ونظام جباية الزكاة رقم: 74 عام 1938، وألغيت هذه القوانين بقانون مجلس الشؤون الإسلامية والعادات الملايوية ومحكمة القاضي الصادر عام 1953 تحت رقم: 01<sup>(11)</sup>.

أما بالنسبة لولاية سلا نجور، فقد سنت بعض القوانين التي تتعلق بالزكاة عام 1953 من خلال نظام إدارة الشؤون الإسلامية (صدقة الفطر والزكاة) عام 1953 تحت رقم: 1033 الذي أنشأ تحت سلطة قانون إدارة الشؤون الإسلامية عام 1952 تحت رقم: 3. وقد تم تعديل هذا النظام عام 1969، ثم ألغي هذا التعديل سنة 1973. وأما من حيث التطبيق، فإن نظام إدارة الشؤون الإسلامية (صدقة الفطر والزكاة) المعدل سنة 1969 ما زال قائما ريثما يأخذ تطبيق النظام الجديد سنة 1973 عدة مراحل في تنفيذه على شكل رسمي<sup>(12)</sup>.

وهذا هو الحال في بقية الولايات الأخرى، حيث تطورت نظم الزكاة مع تعديلات في قانون إدارة الشؤون الإسلامية لكل ولاية، كما حدث في ولاية كلنتان وولاية سلا نجور.

وخلاصة القول أنه لا توجد قوانين ونظم خاصة للزكاة وصدقة الفطر في كل ولاية بماليزيا، وإنما كل أمر يتعلق بنظام الزكاة سواء كان متعلقا بإدارتها أو بجبايتها أو صرفها، فإنه يخضع لقوانين إدارة الشؤون الإسلامية في كل ولاية، إلا ولاية قدح وصباح كما ذكر سابقا. وهناك محاولة من ولاية سلا نجور لإنشاء قانون خاص بالزكاة وصدقة الفطر في أقرب وقت ممكن.

وقبل وجود بيت المال ونظام رسمي في جباية أموال الزكاة وصرفها، كان المسلمون يدفعون الزكاة عن طريق أئمة المساجد ومشايخ العلم كما ذكرنا آنفاً، ثم بعد ذلك قامت بعض الولايات بمحاولة تبني التنظيم الرسمي لأمر الزكاة، أي جباية الزكاة وصرفها، وتعد ولاية ترنجانو أول ولاية طبقت نظام الزكاة في ماليزيا بصورة رسمية، إذ أن هذا النظام قد أنشئ في سنة 1912 بقسم الشؤون الإسلامية للولاية بأمر من رئيس الوزراء لهذه الولاية في ذلك الوقت<sup>(13)</sup>.

وفي عام 1915 تبنت ولاية كلنتان التنظيم نفسه، ثم تلتها ولاية برليس في عام 1930، ثم ولاية جوه ور في عام 1943، ثم ولاية قدح في عام 1936، ثم ولاية نجري سميلن سنة 1975، وهي آخر الولايات التي طبقت التنظيم الرسمي لشؤون الزكاة<sup>(14)</sup>.

وأول القوانين الخاصة بالزكاة وصدقة الفطر في ماليزيا هو قانون جباية الزكاة بولاية كلنتان (تعديل 1927 تحت رقم:4)، ثم قوانين الزكاة بولاية ترنجانو عام 1947، ثم قوانين الزكاة وصدقة الفطر بولاية برليس عام 1949 تحت رقم:3، وسنت ولاية بيراق قوانين خاصة ببيت المال والزكاة سميت بقانون بيت المال، ثم جاء قانون الزكاة وصدقة الفطر في عام 1951، وقد طبقت ولاية جوه ور قانون الزكاة وصدقة الفطر سنة 1957 تحت رقم:5، وعدل هذا القانون عام 1962، وبعد ذلك فقد ألغيت هذه القوانين كلها.

وبالنسبة لولاية قدح، فإنها قد طبقت قوانين خاصة بالزكاة عام 1955 من خلال قانون الزكاة بالولاية سنة 1955 تحت رقم:4، وبقيت هذه القوانين حتى اليوم مع بعض التعديلات عام 1962 وعام 1982<sup>(15)</sup>.

ويمكننا أن نقول إن عدم وجود قوانين ونظم خاصة بالزكاة وصدقة الفطر في معظم الولايات راجع إلى أن مجالس الشؤون الإسلامية والمؤسسات الزكوية تفضل أسلوب الدعوة، واستنفاً الناس ليؤدوا زكاة أموالهم، وهذا سواء كانت الدعوة عبر وسائل الإعلام أو عبر وسائل الاتصال، وذلك من أجل رفع مستوى الوعي لدى المجتمع الإسلامي بأهمية أداء الزكاة. وفي هذا الشأن يرى الدكتور "عزمان بن عبد الرحمن" من جامعة العلوم الإسلامية الماليزية أنه من الأهمية بمكان إنشاء قانون خاص بالزكاة وصدقة الفطر لكل ولاية، وذلك نظراً لأن معظم تلك الولايات قد تمكنت من إنشاء قانون خاص بالأحوال الشخصية، كما قامت بإنشاء محكمة شرعية، ووضعت قوانين تحكم مسألة الوقف والوصية.

ويرى الباحث أيضاً أن تجعل قوانين الضرائب الحكومية كنموذج لإنشاء قانون خاص بالزكاة وصدقة الفطر، ويرى أيضاً أنه إذا تم إنشاء هذه القوانين فإن أعداد المزيكين تزداد، وبالتالي فإن إيرادات أموال الزكاة ستزداد زيادة كبيرة بعد تطبيق تلك القوانين.

### المحور الثالث : نشأة مؤسسة الزكاة بولاية سلا نجور وأهدافها.

ولاية سلا نجور هي إحدى الولايات الماليزية، وتعد مؤسسة الزكاة التابعة لها واحدة من أهم المؤسسات الزكوية الموجودة بماليزيا، حيث إنها تقوم بإدارة أموال الزكاة وتنظيمها بدءاً من جبايتها وانتهاء بصرفها داخل ولاية سلا نجور. كما أنها تلعب دوراً هاماً في رفع الوعي لدى الناس بأهمية أداء الزكاة، وأثارها الطيبة على المجتمع الإسلامي عموماً وداخل الولاية خصوصاً.



أولا : نشأة مؤسسة الزكاة بولاية سلا نيجور.

أنشئت هذه المؤسسة بناء على قانون مجلس أمناء الهيئة عام 1952 منذ خمسة عشر عاما تحت مجلس الشؤون الإسلامية بولاية سلا نيجور لإدارة جباية الزكاة في ولاية سلا نيجور، وفي أول نشأتها بتاريخ 15 فبراير عام 1994 سمي ب: "مركز تحصيل الزكاة وجبايتها"، والذي سجل باسم "مجلس الشؤون الإسلامية للزكاة بسلا نيجور"، وكان يدير هذا المركز في بدايته ثمانية موظفين، كما كان موقع المركز آنذاك بجي رقم أربعة عشر - فتاليغ - سلا نيجور -، وفي أكتوبر عام 1995 باشر الموظفون عملهم مستخدمين جهاز الحاسوب وفاتورة الزكاة الحاسوبية<sup>(16)</sup>.

وبعد نجاح هذا المركز تم تغيير اسمه من مركز تحصيل الزكاة وجبايتها إلى مركز الزكاة بسلا نيجور، وذلك في 30 أكتوبر 1996، وانتقل مركزه إلى حي رقم تسعة - شاه عالم - بسلا نيجور -، وفي عام 1997 استحدث منصب لجباية زكاة الفطر. وفي 01 يناير 1998 أنشأ مركز صرف الزكاة داخل مركز الزكاة بسلا نيجور والذي سمي بقسم صرف الزكاة التابع لمركز زكاة سلا نيجور. وبعد ذلك تم انتقال المركز الرئيسي - مركز الزكاة لسلا نيجور - إلى مجمع مجلس الشؤون الإسلامية لسلا نيجور - كلانج - في 01 مايو عام 2000، ثم انتقل إلى مبنى السلطان إدريس شاه عالم عام 2004، وفي عام 2006 غير اسمه مرة ثانية ليصبح "مؤسسة الزكاة بولاية سلا نيجور"، حيث لا يزال تحت هذا المسمى إلى يومنا هذا<sup>(17)</sup>.

ثانيا: أهداف مؤسسة الزكاة بولاية سلا نيجور.

من أهم أهداف المؤسسة رفع مستوى إدارة أموال الزكاة وتطويرها وبلوغ أقصى حد ممكن في جباية الزكاة، إضافة إلى معالجة الفقر ورفع المستوى الاقتصادي لمجتمع المسلمين وتهيئة خدمات ذات جودة عالية للمزكين. كما تهدف إلى تنظيم جباية الزكاة والاستفادة منها بأكبر قدر ممكن، وصرفها بشكل فعال ومؤثر في المجتمع الإسلامي داخل ولاية سلا نيجور بصفة تتلائم ومقاصد الشريعة<sup>(18)</sup>.

ثالثا: الخطط الإستراتيجية لمؤسسة الزكاة بولاية سلا نيجور.

اعتمدت مؤسسة الزكاة بولاية سلا نيجور خطة خماسية حددت إستراتيجية المؤسسة من أجل تحقيق الأهداف المرسومة، وهي كالتالي:

الخطة الأولى : تطوير إدارة مؤسسة الزكاة، ومن برامجها<sup>(19)</sup> :

01\* تقوية الموارد الإنسانية، وتثقيف عمال الزكاة.

02\* زيادة استخدام التكنولوجيا الحديثة في إدارة الزكاة.

03\* تقوية نظام الإدارة المالية.

04\* مكافآت تصرف من الزكاة للذين يستحقونها.

05\* تنمية الثقة لدى المجتمع في إدارة الزكاة.

الخطة الثانية : بلوغ الحد الأقصى في جباية الزكاة، ومن برامجها<sup>(20)</sup> :

- 01\* إنشاء قانون الزكاة بسلا نجر و تنفيذه.
  - 02\* ترويج طرق شتى لجباية الزكاة.
  - 03\* توعية الناس لدفع زكاة أموالهم.
  - 04\* تحديث وتنسيق حساب الزكاة.
  - 05\* رفع إمكانية جباية الزكاة عن طريق برامج خصم الرواتب، والبنوك وخدمة المكاتب.
- الخطة الثالثة : معالجة الفقر، ومن برامجها<sup>(21)</sup> :

- 01\* التحقق من عدد المستحقين للزكاة.
- 02\* إنجاح برامج التنمية الإنسانية والاقتصادية.
- 03\* رفع المستوى الاقتصادي لمستحقي الزكاة.
- 04\* التحقق من حصول الفقراء، والمساكين والمؤلفة قلوبهم على المساعدات الكافية.
- 05\* المحافظة على شؤون الفقراء والمساكين.

الخطة الرابعة : رفع المستوى الاقتصادي للمجتمع الإسلامي، ومن برامجها<sup>(22)</sup> :

- 01\* التحقق من بقاء الهيئات الدينية في وضع ممتاز.
- 02\* القيام بالبرامج الدعوية في ولاية سلا نجر.
- 03\* الحفاظ على سلامة عقيدة المسلمين وأخلاقهم.
- 04\* رفع مستوى العلم لدى المسلمين.
- 05\* حل مشاكل المجتمع الإسلامي خارج سلا نجر.

الخطة الخامسة : تهيئة خدمات ذات جودة عالية للمزكين، ومن برامجها<sup>(23)</sup> :

- 01\* التحقق من جودة معاملة الموظفين مع المزكين.
- 02\* التحقق من أن جميع المكاتب والموظفين يستخدمون طريقة حسابية موحدة.
- 03\* التحقق من جودة نظام المكالمات الهاتفية.
- 04\* التحقق من صحة المعلومات، وحدثتها ودقتها.
- 05\* التحقق من أن جميع التسهيلات مطابقة لمستوى الجودة المطلوبة.

## المحور الرابع : الآليات التي يتم بها صرف الزكاة في المؤسسة.

بالنسبة لكيفية صرف الزكاة في هذه المؤسسة فإنها تقوم ببرنامج أطلقت عليه اسم: " برنامج تنمية الأمة من خلال أصناف الزكاة"، وفي هذا الصدد قسمت هذا البرنامج إلى خمسة أقسام رئيسية، وهي:

\* برنامج التنمية الاجتماعية.

\* برنامج التنمية الاقتصادية.

\* برنامج التنمية التعليمية.

\* برنامج التنمية الإنسانية.

\* برنامج تنمية المؤسسات الدينية<sup>(24)</sup>.

والجداول الآتية تبين كيفية صرف الزكاة في هذه المؤسسة وفق برامجها الخمسة.

## الجدول رقم (2) : كيفية صرف الزكاة وفق برنامج التنمية الاجتماعية.

الرقم	القسم	نوع المساعدات
1	الحماية	- المساعدة في بناء المسكن أو إصلاحه، أو تقديم دعم لاستئجار البيت. - المساعدة لبيوت سكنية جاهزة.
2	الضروريات	- المساعدة بتقديم الأطعمة، وتقديم إعانات مالية شهرية. - تقديم مساعدات في رمضان، وفي عيدي الفطر والأضحى. - تقديم مساعدات في الظروف الطارئة. - تقديم مساعدات على شكل ملابس. - تقديم مساعدات طبية. - توفير وسائل المواصلات. - تقديم مساعدات للزواج والختان.

<p>- تقديم المساعدة للعلاج الطبي.</p> <p>- المساعدة في علاج الأمراض المستعصية.</p> <p>- المساعدة في تجهيز جنازة من لا وارث له.</p> <p>- مساعدة المسافر.</p> <p>- المساعدة في الظروف الطارئة، كحصول حريق أو فيضانات.</p> <p>- المساعدة لتقديم الإرشاد الديني، وهذا لأجل تقوية العقيدة في النفوس، وتصحيح المفاهيم الدينية.</p> <p>- تقديم الزكاة للمؤسسات الخيرية من أجل أن تساهم في حل مشكلات الأمة.</p> <p>- تقديم مساعدات للمدين لأجل تحقيق كفايته من حاجاته المعيشية.</p> <p>- تقديم منح دراسية للطلبة.</p>	<p>الشؤون الخيرية للأمة.</p>	<p>3</p>
<p>- إعداد برامج للاحتفال بالأعياد الإسلامية.</p> <p>- إعداد برنامج يوم الأسرة.</p> <p>- إعداد برامج لزيارة الفقراء والمساكين للاطلاع على أحوالهم.</p>	<p>التآخي والعلاقات الاجتماعية.</p>	<p>4</p>

المصدر: التقرير السنوي لمؤسسة الزكاة بولاية سلا لـ 2009.

الجدول رقم (03): كيفية صرف الزكاة وفق برنامج التنمية الاقتصادية.

الرقم	القسم	نوع المساعدات
1	المساعدة بتقديم رأسمال	<p>- تقديم رأسمال للتجارة.</p> <p>- تقديم رأسمال لتربية الأسماك.</p> <p>- تقديم رأسمال للزراعة.</p> <p>- تقديم رأسمال لتطوير الرعي.</p>
2	الورشات والتدريبات والمهارات.	<p>- إنشاء ورشات تجارية.</p> <p>- إنشاء ورشات للزراعة، والرعي، والتجارة.</p>

3	مشاريع اقتصادية جماعية	- إقامة مشاريع صناعية. - إقامة مشاريع لورشات الخياطة. - إقامة مشاريع الرعي الجماعي. - إقامة مشاريع لمنتجات الأصناف.
---	------------------------	--

المصدر: التقرير السنوي لمؤسسة الزكاة بولاية سلا نجر بماليزيا سنة 2009.

الجدول رقم (04): كيفية صرف الزكاة وفق برنامج التنمية التعليمية.

الرقم	القسم	نوع المساعدات
1	تقديم منحة دراسية.	- تقديم منح دراسية للفقراء، والمساكين. - تقديم إعانات دراسية جامعية داخل ماليزيا وخارجها. - تقديم إعانات دراسية لحفظ القرآن. - تقديم إعانات تشجيعية لطلاب المدارس الدينية. - تقديم إعانات دراسية للطلاب المتميزين.
2	تقديم مساعدات لتوفير المستلزمات الدراسية.	إعطاء : - الملابس المدرسية. - الأدوات المدرسية. - مصاريف المواصلات. - المصاريف اليومية.
3	تقديم الرسوم المدرسية وبرامج تنمية الطلبة	- دفع رسوم الدراسة والامتحانات. - تقديم محاضرات إضافية. - تقديم محاضرات في الحاسوب.
4	تقديم مساعدة عامة للطلبة	- تقديم منح دراسية. - تقديم مساعدات للطلبة خارج البلاد. - إقامة ورشات وتدريبات لتنمية المهارات.

		- تنظيم زيارات رسمية.
5	برامج الدعوة ورفع مستوى العلم.	- تنظيم برامج القيم الإسلامية. - تقديم إعانات لمعلمي المواد الدينية. - تقديم علاوات لمعلمي الدين. - تقديم علاوات لموظفي المساجد وأعضاء لجانها. - تقديم إعانات للمستشار المتطوع. - تقديم مساعدات للمؤسسات الدعوية. - تقديم مساعدات في نشر الكتب والبحوث.

المصدر : التقرير السنوي لمؤسسة الزكاة بولاية سلا نجر بـمـالـيزيا سنة 2009.

الجدول رقم (05) : كيفية صرف الزكاة وفق برنامج التنمية الإنسانية.

الرقم	القسم	نوع المساعدات
1	برامج الروحانيات.	- تنظيم دورات لتحسين العبادة. - تنظيم محاضرات دينية عامة. - إقامة دورات تجويدية لتحسين القراءة.
2	تقديم برامج تشجيعية وأسرية.	- تنظيم مخيمات تشجيعية للمتفوقين في دراستهم. - تنظيم مخيمات القيادة وتنمية القدرات الشخصية. - تنظيم ورشات أسرية. - تنظيم ورشات لتقوية العلاقات بين الجيران. - تنظيم دورات تكوينية لتربية الأولاد. - تنظيم ورشات لتنمية قدرات الشباب.

المصدر: التقرير السنوي لمؤسسة الزكاة بولاية سلا نجر بـمـالـيزيا سنة 2009.

الجدول رقم (06): كيفية صرف الزكاة وفق برنامج تنمية المؤسسات الدينية.

الرقم	القسم	نوع المساعدات
1	تنمية المؤسسات الدينية	- بناء المساجد. - بناء المصليات. - بناء مدارس دينية.
2	بناء المنشآت الدينية وتصليحها، وتأثيرها.	- ترميم البنايات ووقايتها من الدمار.

المصدر: التقرير السنوي لمؤسسة الزكاة بولاية سلا نجر بـ 2009.

وبناء على ما سبق يمكن القول بأن أساس صرف الزكاة في هذه المؤسسة هو القيام بصرف أموال الزكاة وفق قواعد مجلس الشؤون الإسلامية بسلا نجر مع مراعاة الضوابط الشرعية، وتصرف الزكاة في هذه المؤسسة حسب الأهداف التي حددتها، وهي: تأدية الحقوق للأصناف الذين تجب لهم الزكاة في ولاية سلا نجر، وتحسين أوضاع تلك الأصناف الذين هم من داخل الولاية اجتماعيا، واقتصاديا، وتعليميا وروحانيا، بالإضافة إلى دعم الأنشطة التي تهدف إلى إعلاء كلمة الإسلام، والارتقاء بمستوى الأمة الإسلامية، وكل ذلك يتم إما بتقديم مساعدات نقدية، أو غير نقدية على اختلاف أنواعها وأشكالها<sup>(25)</sup>، وحسب نوع المساعدة المطلوبة من مستحقيها.

كما أن المقدار الذي يعطى لهؤلاء الأصناف يتغير حسب حاجة كل صنف من هذه الأصناف الثمانية، وذلك بعد معرفة حالها عن طريق عمليات التحقيق والتفتيش التي تقوم بها هذه المؤسسة.

المحور الخامس: المشاريع الاستثمارية في المؤسسة وفق برنامج التنمية الاقتصادية.

إن أساس صرف الزكاة في ولاية سلا نجر هو القيام بصرف أموال الزكاة وفق قواعد عامة - موافقة للضوابط الشرعية - وضعها مجلس الشؤون الإسلامية بسلا نجر، وتصرف الزكاة في هذه المؤسسة حسب الأهداف التي حددتها.

إن المشاريع الاستثمارية في هذه المؤسسة يندرج تحت برنامج التنمية الاقتصادية. ومن أهداف هذا البرنامج إعطاء الفقير والمسكين الدخل الكافي وتربيتهم لأجل أن يكونوا ناجحين في الدارين، ويعد هذا البرنامج إحدى آليات صرف أموال الزكاة لصنفي: الفقراء والمساكين، ويقوم بإعداد مشاريع متعددة لمدة طويلة من أجل تقليل عدد الفقراء وتنمية الثروة الإنسانية<sup>(26)</sup>.

وقد كان لصرف الزكاة من خلال برنامج التنمية الاقتصادية أثر طيب، حيث إن مستوى المعيشة للفقراء والمساكين صار مرتفعا. وقد استخدمت الحكومة الماليزية نفس هذا البرنامج لتنمية مستوى الاقتصاد للملايويين، وذلك بإعطائهم قروضا مالية أو تجهيزات أو محلات ليفتحوا مشاريع تجارية أو زراعية أو صناعية.

وتقوم المؤسسة بإعداد دراسة تعريفية عن كل مستحق وميوله. وعادة ما تكون الاختبارات صعبة نوعا ما، وهذا لأن المؤسسة لا تعطي رؤوس أموال من الزكاة لأجل الاستثمار إلا لمن وجدته أهلا لذلك. والمراد بـ "أهلا لذلك" الشخص الذي يتمتع بمهارات تجارية، وله رغبة في التجارة والتعلم، و يتمتع أيضا بقوة جسدية. وتقوم المؤسسة بإعطاء المستحقين دورات تدريبية قبل بداية التجارة وأثنائها، كما أنها تدمهم برؤوس أموال إضافية بعد تطور تلك المشاريع<sup>(27)</sup>.

أما الرأسمال الذي تعطيه المؤسسة للمستحقين للاستثمار والنشاطات الأخرى المتعلقة به فيكون بعد تحديد نوع التجارة، كما تقوم المؤسسة أيضا بتزويدهم بالآلات والبضائع الرئيسية للتجارة، وكذلك أجرة الدكاكين.

وعليه فإن المؤسسة تعطي رأس مال مقداره يتراوح ما بين 500 رنجت ماليزي و5000 رنجت ماليزي لصنف الفقراء والمساكين الذين يقومون بفتح محلات تجارية صغيرة، والتي تشمل محلات بيع ناسي لبق - وهو عبارة عن أكلة ماليزية معروفة -، ومحلات بيع الموز المقلبي، ومهنة قطع العشب وغير ذلك. كما أن المؤسسة تعطي رأسمال مقداره يتراوح ما بين 5000 رنجت ماليزي و50000 رنجت ماليزي لصنف الفقراء والمساكين الذين يقومون بفتح محلات تجارية كبيرة تتمثل في: المطاعم الكبيرة، محلات غسل الثياب، محلات المأكولات التقليدية، ورشات إصلاح السيارات والدرجات النارية وغير ذلك<sup>(28)</sup>.

وتنظم دورة أو ورشة خاصة لهؤلاء من أجل شرح أساس التجارة لكل صنف من الأصناف المختارة، ويشمل موضوع الورشة كيفية الإدارة المالية قبل القيام بالتجارة، والتدريبات على مهارات التجارة، والمعلومات التي تساعدهم في تنمية أنفسهم، والمراقبة أثناء القيام بالتجارة، وتقوم المؤسسة أيضا بإعدادهم تربويا وروحيا وأخلاقيا لكي يتصفوا بالصفات الحمودة ويتعدوا عن الصفات المذمومة<sup>(29)</sup>.

وبالإضافة إلى ذلك، فقد أنشأت هذه المؤسسة اتحادا سمي بـ: "مجموعة تجار أصناف الزكاة"، حيث يتكون أعضاؤها من الأصناف التي حصلت على رؤوس الأموال من قبل المؤسسة. وتقوم المؤسسة بمراقبة هؤلاء الأعضاء وتساعدهم في ترويج منتجاتهم<sup>(30)</sup>.

ومما ينبغي الإشارة إليه هنا أن هناك عدة مشاريع أنشئت من قبل المؤسسة تحت برنامج التنمية الاقتصادية، وكل هذه المشاريع يقوم بها عناصر ممن يستحقون الزكاة، ومن المشاريع الموجودة في هذه المؤسسة مايلي:

**01. مشروع المغسلة :** وهو عبارة عن محل لغسل الملابس، والعاملون في هذا المشروع كلهم من مستحقي الزكاة، حيث أعطي لهم رأس مال مقداره 50000 رنجت ماليزي لتمويل هذا المشروع في مدة خمس سنوات<sup>(31)</sup>.

**02. مشروع المتاجرة في المأكولات الخفيفة :** حيث أن العاملون في هذا المشروع كلهم من مستحقي الزكاة أيضا، وموقعه في ديسا إحسان فرماتغ فاسير، وقد أعطي لهم رأس مال مقداره 20000 رنجت ماليزي لتمويل هذا المشروع<sup>(32)</sup>.

**03. مشروع المتاجرة في البهارات :** والعاملون في هذا المشروع كلهم من مستحقي الزكاة أيضا، وموقعه في ديسا إحسان جيرم كوالا سلا نجور، وقد أعطي لهم رأس مال مقداره 30000 رنجت ماليزي لتمويل هذا المشروع<sup>(33)</sup>.



**04. مشروع الدكان المتحرك :** والعاملون في هذا المشروع أيضا كلهم من مستحقي الزكاة ، وقد جهزت مؤسسة الزكاة بولاية سلا نَجور عشر شاحنات صغيرة لتمويل هذا المشروع مع رأس مال يقدر ب: 30000 رنجت ماليزي لمدة خمس سنوات، و يقوم العاملون في هذا المشروع ببيع المأكولات والمشروبات الخفيفة باستخدام تلك الشاحنات الصغيرة متنقلين من مكان إلى آخر<sup>(34)</sup>.

**05. مشروع شركة تسويق المنتجات :** هذه الشركة تقوم بتسويق المنتجات التي ينتجها المستحقون للزكاة أنفسهم، ولقد سوت هذه الشركة أربعة منتجات قام بإنتاجها مجموعة من مستحقي الزكاة، وبيعت في أسواق متعددة، كما تم تسويقها أيضا في بعض المعارض<sup>(35)</sup>.

**06. مشروع شركة منتجات الحرف اليدوية :** يقوم هذا المشروع بتشغيل مجموعة من مستحقي الزكاة، وتعطى لهم أجرة العمل من حصيلة المنتجات التي ينتجونها، وتتراوح تلك الأجرة ما بين 300 رنجت ماليزي إلى 1000 رنجت ماليزي شهريا، وقبل انخراط أي عضو في هذا المشروع يعطى دورة في تعلم بعض الحرف اليدوية، وهذه الدورات تقوم بتنظيمها هيئة الزكاة بسلا نَجور<sup>(36)</sup>.

**07. سوق الأصناف:** خططت المرحلة الأولى لهذا المشروع في عام 2006 لتنفيذه في عام 2007. ويقام هذا المشروع بالتعاون بين مؤسسة الزكاة والحكومة بولاية سلا نَجور، والذين يقومون بالبيع في هذا السوق أغلبهم من صنف الفقراء. ويقوم هذا السوق بتسويق وترويج المنتجات التي ينتجها المستحقون للزكاة أنفسهم سواء كانت زراعية أو حيوانية، وهذه المنتجات تباع بسعر الجملة فقط، كما تقوم مؤسسة الزكاة بولاية سلا نَجور بتجهيز مبلغ مقداره 100000 رنجت ماليزي لإقامة هذا السوق في كل يوم سبت بجوار مبنى مجلس الشؤون الإسلامية بسلا نَجور. وهذا المبلغ يدفع لأجل شراء المعدات اللازمة للسوق كالخيام، والطاولات، وأجرة المكان، إضافة إلى تكاليف الإعلانات المشهورة بالسوق، وهذا سواء بتعليقها في الشوارع أو من خلال وسائل الإعلام<sup>(37)</sup>.

#### المحور السادس : آليات المشاريع الاستثمارية في المؤسسة وفق برنامج التنمية الاقتصادية.

يجب أن تكون المشاريع الاستثمارية موافقة للضوابط الشرعية، وأن لا تقوم هذه المؤسسة بالمشاريع الاستثمارية بنفسها، وإنما تعطي المستحقين رأس المال من الزكاة ليقوموا باستثماره إما بإقامة مشاريع أو بفتح تجارات متنوعة، وهذا مع مراعاة أن تكون تلك المشاريع مشروعة ومباحة في الإسلام، وليس فيها ما هو غير مشروع كبيع الخمر أو الاتجار بالخمرات، وما شابهها. وتقوم المؤسسة بمراقبة المشاريع التي يقوم بها المستحقون، وذلك من خلال إنشاء اتحاد سمي ب: " مجموعة تجار أصناف الزكاة"، حيث إن المستحقين الذين يقومون بفتح مشاريع يسجلون أسمائهم وأنواع مشاريعهم وعناوين محلاتهم عند هذا الاتحاد بواسطة النظام الالكتروني. ومن خلال هذا النظام تستطيع المؤسسة أن تراقب أنشطتهم في كل الأوقات، كما أنها بإمكانها أيضا أن تعرف أحوال مشاريعهم وتطوراتها ومقدار ربحهم وخسارتهم.

وإذا تعرض للخسارة أحد المستثمرين، فمن سيتحمل المسؤولية يا ترى؟، فهل هي الأصناف التي تقوم بالاستثمار أم المؤسسة هي التي تتحملها من خلال دفعها للديون أو تقديمها للضمانات؟ وللإجابة عن هذا السؤال أجرى الباحث "محمد عز الدين عبد العزيز" من جامعة العلوم الإسلامية الماليزية مقابلة مع رئيس قسم تنمية الأصناف السيد "عبد الصمد بن إبراهيم"، وطرح عليه هذا التساؤل، فكان جوابه كالاتي: "إن هذه المؤسسة لا تتحمل

المسؤولية إذا حدثت خسارة في المشاريع الاستثمارية، وإنما الفقراء والمساكين أنفسهم يتحملون مسؤوليتها. وإن كانت عليهم ديون فينبغي عليهم أن يقوموا ببيع محلاتهم، وكذا الأدوات التي يستعملونها في تجارتهم لحل مشكلة ديونهم<sup>(38)</sup>.

وأضاف السيد عبد الصمد بن إبراهيم: "وإذا لم يستطيعوا حل مشكلة ديونهم بعد بيعهم محلاتهم ولما احتوته من أغراض، فانه ينبغي عليهم حينها أن يراجعوا المؤسسة لطلب المساعدة، وذلك لأنهم في هذه الحالة يعتبرون من صنف الغارمين"<sup>(39)</sup>.

وهناك تنبيهات فيما يتعلق بمسألة المشاريع الاستثمارية ينبغي للمؤسسة أن تراعيها: أولها إذا حصل للمؤسسة ربح في المشاريع الاستثمارية من خلال الأنشطة التي تعطى للفقراء ليقوموا بها، فان ذلك الربح يكون ملكا تاما للفقير الذي يقوم بذلك النشاط أو تلك التجارة، وذلك لأنه يستحق ذلك الربح مطلقا، أما لو وقعت خسارة في استثماره فان ذلك الفقير هو الذي سيتحمل المسؤولية، وإذا لم يستطع تحملها، فانه يرجع إلى المؤسسة من أجل الحصول على الزكاة ليسدد بها ديونه، وغيرها من الحاجات، إلا أن الباحث يرى أنه من الضروري أن تراجع المؤسسة قضية تحمل تلك الديون من أموال الزكاة، وذلك لأنها قد تظلم بذلك الأصناف الباقية. لذلك فانه ينبغي للمؤسسة أن تدرس هذه المسألة بترو حتى تحل هذا الإشكال، ومن الحلول الجيدة هنا ما طرحه الدكتور "محمد عبد اللطيف الفرفور" من أن بيت المال أو خزينة الدولة هي التي تتحمل الخسارة المحتملة احتمالا ضعيفا كي لا يضيع حق الفقير، والمراد ببيت المال هنا هو أن تؤخذ أموال من بيت المال - غير أموال الزكاة - كالهبة والتبرع والوقف وغيرها لدفع الخسارة إذا حدثت، وتستطيع المؤسسة أو الفقير، أو من يقوم بالتجارة أن يتجنب الخسارة بإجراء دراسات كافية من كل نواحي المشروع المراد إقامته، والفقير الذي يقوم بالتجارة لا بد أن يكون ذا خبرة، وكفاءة، وأمانة للإشراف على مشاريع الاستثمارات التي تخطط لها المؤسسة.

والنقطة الثانية تتعلق بفتح المشاريع الصغيرة أو الكبيرة التي تقوم المؤسسة عادة بتمويلها من أموال الزكاة، أو إعطاء الراغب في مشروع استثماري شاحنة من أجل أن يستغلها فيما يدر عليه أرباحا، ومن خلال المقابلات مع بعض مسئولو المؤسسة تبين أن بعض الفقراء والمساكين الذين أعطيت لهم تلك الشاحنات - مثلا - لم يقوموا باستخدامها في مشاريع تجارية، وإنما استخدموها لأغراض أخرى غير استثمارية، وتشتكي المؤسسة من كونها غير قادرة على مراقبة كل الفقراء والمساكين الذين أتيحت لهم تلك الفرصة للاستثمار، وذلك بسبب عدم توفر الموظفين الذين يمكنهم القيام بهذه المهمة لدى المؤسسة، ومثل هذه الظاهرة لا بد من حلها في بداية الأمر قبل أن يتفاقم الوضع، وعليه ينبغي للمؤسسة إذن أن تدرس مرة أخرى قضية الدكاكين المتحركة باستخدام الشاحنات، فإذا تبين أن الفكرة مفيدة للأصناف فلا بأس من بقائها واستمرارها، أما إن كانت غير مفيدة لهم وتضر بأموال الزكاة فينبغي إيقاف المشاريع الاستثمارية بهذه الطريقة.

وهناك مشاريع أخرى يمكن أن يستفيد منها الفقراء والمساكين، وكذلك أبناءهم، ومثل ذلك: فتح مدرسة دينية إسلامية أهلية بحيث تقوم المؤسسة بتجهيز المبنى بكل ما يحتاج إليه، ثم تختار مجموعة من الفقراء والمساكين الذين يرغبون في الاشتغال بهذه المدرسة سواء كانوا مدرسين أو موظفين، وعادة ما تحتوي كل مدرسة على المطعم، ودكان، ومحل للتصوير وغير ذلك، وبالتالي يجب على المؤسسة مثلا أن تعطي رأسمال لمجموعة من الفقراء والمساكين ليقوموا بأنفسهم بتوفير هذه الخدمات، ولا شك أنهم سيستفيدون استفادة كبيرة من خلال تلك الاستثمارات، كما أن احتمال

الخسارة في مثل هذه المشاريع ضعيف جدا، وهذا لأن الإقبال على المدارس الدينية قوي جدا، وهو استثمار تربوي ينبغي للمؤسسة أن تقبل عليه ولا تغفله.

وينبغي أن يعين لكل مشروع مراقب خبير يقوم بمراقبة مستمرة لأنشطة الذين تم تعيينهم من طرف المؤسسة، والالتزام بهذه الإجراءات. ومع مراعاة الضوابط الشرعية في المشاريع الاستثمارية ستصبح المؤسسة مثالا يقتدى به في المشاريع الاستثمارية المتعددة داخل ماليزيا وخارجها.

وعلى أي حال، فقد نجحت مؤسسة الزكاة بولاية سلا نجور وفق برنامج التنمية الاقتصادية في تقليل عدد الفقراء والمساكين من 9883 شخص في عام 2006 إلى 9552 شخص في عام 2007. وهناك بعض المستحقين الذين قاموا بمشاريع فنجحوا فيها، وأصبحوا تجارا ناجحين، وخرجوا من الأصناف الثمانية، وأصبح بمقدورهم أن ينفقوا على أنفسهم وأهليهم.

الخاتمة :

أولا : النتائج :

وأهم النتائج التي خلصت إليها الورقة هي :

**1\*** لماليزيا مؤسسات زكوية كثيرة تختلف كل واحدة منها عن الأخرى حسب الولاية التي تنتمي إليها، فكل ولاية من الولايات الأربع عشرة تستقل بإدارة أموال الزكاة وتنظيمها. وتعد مؤسسة الزكاة بولاية سلا نجور بماليزيا واحدة من أهم المؤسسات الزكوية الموجودة بماليزيا، وأول مؤسسة تتبع طريقة الخصخصة في إدارة شؤون الزكاة وجباية أموالها وصرفها معا.

**2\*** أما فيما يخص كيفية صرف أموال الزكاة فان مؤسسة الزكاة بولاية سلا نجور تقيم برنامج تنمية الأمة من خلال أصناف الزكاة الذي يتم من خلاله خمسة برامج رئيسية، وهي: التنمية الاجتماعية، والتنمية الاقتصادية، والتنمية التعليمية، والتنمية الإنسانية، وتنمية المؤسسات الدينية.

**3\*** لقد حققت مؤسسة الزكاة بولاية سلا نجور نجاحات كبيرة في معالجة الفقر وفق برنامج التنمية الاقتصادية خاصة في تقليل عدد الفقراء والمساكين. وهناك بعض المستحقين الذين قاموا بمشاريع فنجحوا فيها، وأصبحوا تجارا ناجحين، وخرجوا من الأصناف الثمانية، وأصبح بمقدورهم أن ينفقوا على أنفسهم وأهليهم.

ثانيا : المقترحات والتوصيات.

بناء على ما مضى ذكره من نتائج يقترح الباحث جملة من المقترحات، وتتمثل فيما يلي :

**1\*** إن الزكاة تعد الركن الثالث من أركان الإسلام، ولذا يرى أصحاب البحث أنه من الأفضل إنشاء قانون خاص بالزكاة وصدقة الفطر لكل ولاية، ومن الجدير بالذكر أن معظم تلك الولايات قد تمكنت من إنشاء قانون خاص للأحوال الشخصية، كما قامت بإنشاء محكمة شرعية، ووضعت قوانين تحكم مسألة الوقف والوصية. فلماذا لا يوضع قانون خاص بالزكاة وصدقة الفطر؟ وفي الأخير يمكن القول أنه يمكن جعل قوانين الضرائب الحكومية كنموذج لإنشاء قانون خاص بالزكاة وصدقة الفطر.

**2\*** لا بد من وجود المؤسسات الزكوية في كل بلد من بلدان العالم، وهذا سواء كان بلدا للمسلمين أو لغيرهم، وذلك لأجل أن تتولى تلك المؤسسات جباية أموال الزكاة، وصرفها بصورة كاملة ومرتبة.

**3\*** لا بد من خصخصة إدارة الزكاة، وذلك في جباية الزكاة وصرفها معا في كل دول العالم، وذلك لأن الخصخصة قد أثبتت نجاحها، وازدادت نسبة جباية أموال الزكاة ازديادا عظيما عن طريقها.

**4\*** إيجاد مشاريع متنوعة للاستثمار، وتوسيع دائرتها خارج ولاية سلا نجر وماليزيا.

**5\*** إذا قامت المؤسسة في مشاريع استثمارية، فينبغي أن يعطى ربحها أو نفعها مباشرة للمستحقين، وهذا كإقامة مستشفى لعلاج هؤلاء مجانا، أو مدرسة لتعليم أبناء المستحقين أو غير ذلك مما فيه مصلحة للأصناف.

**6\*** إقامة مؤتمرات خاصة بمناقشة مواضيع مختلفة حول الزكاة، كاستثمار أموال الزكاة، وغيرها من المسائل بحيث يجتمع فيها الفقهاء والمتخصصون في الاقتصاد لمناقشة الأساليب والضوابط الملائمة لاستثمار الزكاة في هذه الولاية.

**7\*** تنظيم اجتماعات ولقاءات وزيارات رسمية بين المؤسسات الزكوية في مختلف الدول من أجل تبادل الآراء والخبرات حول إدارة الزكاة.

**8\*** تكثيف البحوث والدراسات في مجال الزكاة، خاصة فيما يتعلق بإدارة الزكاة، ومصادرها، وجبايتها، وصرفها وكذا الأحكام المعاصرة التي تخص الزكاة بصفة عامة.

ملاحظة هامة :

إن المراجع الأجنبية المذكورة أسفله هي مراجع مكتوبة باللغة الماليزية، والتي حاولنا الاعتماد عليها حافظا على الأمانة العلمية، وكذلك لأن الموضوع شديد الصلة بالدولة الماليزية.

الإحالات والمراجع :

(1)- أنظر: عبد الوهاب بن الحاج كيا، مسلمو ماليزيا بين الماضي والحاضر، منشورات كلية الدعوة الإسلامية، طرابلس، ليبيا، 1993، ص:32.

(2)-voir : Ghazali, Aidit, Zakat Satu Tinjauan. (Selangor : IBS Buku Sdn Bhd, Cet 1.1988).P :2

(3)- تعرف بدار النعيم، وتبلغ مساحتها 14،930 كيلومتر مربع، وعاصمتها كوتا بهارو أي المدينة الجديدة.

(4)-voir : Musa Ahmed et.al, Pengembangan, Potensi dan Cabaran Zakat di Malaysia : Satu Tinjauan Awal.Kertas Kerja ini telah dibentangkan sempena Seminar Institut Manajemen Zakat (IMZ), Indonesia di Grand Season Hôtel Kuala Lumpur pada 7 Disember 2005.

(5)- أنظر: أونغ عبد الباري، أموال الزكاة بين الاستثمار وعدمه: دراسة تحليلية لبيت المال التابع لمجلس الشؤون الإسلامية بولاية برسكتوان كوالالمبور من سنة 1991-1996، رسالة ماجستير، كوالالمبور، كلية معارف الوحي والعلوم الإنسانية، الجامعة الإسلامية العلمية الماليزية، 1999، ص:44.

(6)- voir : Abd Halim Mohd Noor et.al, Prestasi Pengagihan Dana Zakat di Malaysia, Isu-isu Kontemporari Zakat di Malaysia Jilid 1(Melaka : IKaz, Cet. Pertama, 2005).P :239.

(7)-voir : Musa Ahmad et. al. Pengembangan, Potensi dan Cabaran Zakat di Malaysia : Satu Tinjauan Awal. Kertas sisipan untuK Persidangan ZaKat Asia Tenggara 2006 (Kuala Lumpur: Hotel Grand Season, 13-15 Mac 2006).

(8)- Voir: Federal Constitution, Article no 3(1).

(9)-Voir: Abd Majid et.al, Sinergi ZaKat Asia Tenggara, Kertas Kerja dibentangKan di Persidangan ZaKat Asia Tenggara 2006 (Kuala Lumpur: Hotel Grand Season, 13-15 Mac 2006).

(10)- لولاية قدح: قانون الزكاة قدح ( رقم:4/ عام 1955)، أما لولاية صباح: قانون الزكاة وصدقة الفطر (رقم:6/ عام 1993). وقد طبقت قوانين الزكاة بولاية قدح فقط في هذا اليوم، أما بالنسبة لقانون الزكاة بولاية صباح فقد أعلن في 1996، ولكنه لم يطبق حتى يومنا هذا. وأنظر كذلك :

-Siti Mashitoh Mahamood, Sistem Perundangan Zakat di Malasia : Antara Realiti dan Harapan, Kertas Kerja dibentangKan di Persidangan Zakat dan CuKai Persidangan Zakat dan CuKai Peringkat Kebangsaan 2007, PWTC pada 22Mei 2007.

(11)- voir : Bangs, Dilema Perundangan Zakat di Malaysia : Antara PenguatKuasaan Dan Straegi Pujukan, GalaKan, Insentif Membayar ZaKat di sunting oleh Abdul GhaFar Ismail& Hailani Muji Tahir, Zakat Pensyariatan PereKonomian dan Perundangan (Kuala Lumpur : Ampang Press Sdn. Bhd, Cet. Pertama, 2006), p : 326.

(12)-voir : Bangs, ibid., p : 327.

(13)-voir :Othman Haji Ishak, Fatwa Dalam perundangan Islam (Kuala Lumpur : Penerbit Fajar Bakti Sdn. Bhd, 1981). P :55.

وفي هذا الصدد فقد بين الأستاذ "أحمد إبراهيم" أن قوانين الزكاة الموجودة في الولايات الملايوية قد قننت منذ خمسين عاما، أي في وقت تأليف الأستاذ لكتابه :

### "Islamic Law In Malayz"

الذي نشر عام 1975، ووضح أن ولاية ترنجانو هي أول ولاية تقوم بإدارة جباية الزكاة وصدقة الفطر، وذلك لما كان مجلس الشؤون الإسلامية تحت سلطة رئيس وزراء هذه الولاية، ولم يذكر كيفية تطبيقها وتاريخها، وفي الحقيقة فإن ولاية كلنتان هي أول ولاية تقوم بإنشاء نظام للزكاة وصدقة الفطر من خلال ملاحظة قانون الزكاة التابع لولاية كلنتان عام 1907.

(14)-Voir : Ahmad Hidayat Buang , Dilema Perundangan Zakat di Malaysia : Antara penguatkuasaan dan Strategi pujukan , Galakan, Insentif Membayar Zakat di sunting oleh Abdul Ghafar Ismail& Hailani Muji Tahir,Zakat Pensyariatan Perekonomian dan Perundangan (Kuala Lumpur : Ampang Press Sdn. Bhd, CET. Pertama, 2006), P: 325.

(15)-Voir: Abdul Aziz Muhammad, Zakat And Rural Development In Malaysia (Kuala Lumpur: Berita Publising, 1993) P: 131.

(16)-Voir : Tahniah Pusat Zakat Selangor Kini 10 Tahun, Majalah Asnaf, Edisi Khas, PZS, Selangor, 2004, P : 4

(17)-Voir : Abdul Aziz Muhammad, op-cit, P:136.

(18)-Voir : Laporan Pengurusan Zakat Selangor 2009.

(19) - لمزيد من المعلومات، ارجع إلى مجمع زكاة سلا نجور، مؤسسة الزكاة بولاية سلا نجور.

(20) - أنظر: مجمع زكاة سلا نجور، المرجع نفسه.

(21) - أنظر: مجمع زكاة سلا نجور، المرجع نفسه.

(22) - أنظر: مجمع سلا نجور، المرجع السابق.

(23) - أنظر: مجمع سلا نجور، المرجع السابق.

(24)-Voir : Laporan Pengurusan Zakat Selangor 2009, LZS.P :57.

(25)- Voir : Sistem Pengurusan Agihan Zakat Negeri Selangor, LZS, P : 9.

(26)- Voir : Normal Muhamad Saad, Ketua Komunikasi Korporat, Lembaga Zakat Selangor, Utusan Melayu, Isnin, 9 Jun 2008, P : 8.

(27)- Voir : Normal Muhamad Saad, op-cit. p : 10.

(28)- Voir: Normal Muhamad Saad, op-cit. P: 18.

(29)- Voir: Normal Muhamad Saad, op-cit. P: 26.

(30)- Voir: Normal Muhamad Saad, op-cit. P: 45.

(31)- أنظر: التقرير السنوي لمؤسسة الزكاة بولاية سلا نجر بماليزيا 2009.

(32)- أنظر: التقرير السنوي لمؤسسة الزكاة، المرجع السابق.

(33)- أنظر: التقرير السنوي لمؤسسة الزكاة، المرجع السابق.

(34)- أنظر: التقرير السنوي لمؤسسة الزكاة، المرجع السابق.

(35)- أنظر: التقرير السنوي لمؤسسة الزكاة، المرجع السابق.

(36)- أنظر: التقرير السنوي لمؤسسة الزكاة، المرجع السابق.

(37)- أنظر: المقابلة الشخصية التي أجراها الأستاذ "محمد عز الدين عبد العزيز" مع رئيس قسم تنمية الأصناف "عبد الصمد بن إبراهيم"، مؤسسة الزكاة بولاية سلا نجر في 2009/2/20.

(38)- أنظر: المقابلة الشخصية، المرجع السابق.

(39)- أنظر: المقابلة الشخصية، المرجع السابق.

## دراسة بعنوان : المنازعات الجبائية



محمد بكشوا : طالب باحث بصف الدكتوراه

بكلية الحقوق جامعة محمد الأول - وجدة

يكتسي موضوع المنازعات الضريبية أهميته من ارتباطه بمفهوم العدالة الجبائية سواء في فرض الضرائب أو في الاستفادة من الضمانات المقررة لجميع المكلفين. فإذا كانت الإدارة الضريبية تضطلع بمجموعة من المهام الأساسية في توفير الموارد الجبائية فإنها مقيدة بنصوص قانونية تخص العمليات الضريبية، والتي يجب تطبيقها على جميع المزمين وكذلك بضمانات دستورية وقانونية معترف بها للمكلفين والتي يؤدي الإخلال بها إلى المساس بشرعية العمليات الجبائية مما قد يعرض أعمالها للإبطال. والنظام القانوني الذي تعتمده كل دولة في المنازعات الجبائية إن كان الهدف منه تسوية هذه المنازعات وضمان استيفاء الدين الضريبي ، فإنه يعبر عن مدى التطور الذي يعرفه النظام الجبائي للدولة. ويتضح هذا التطور من خلال مدى احترام حقوق المزمين ومن نوع العلاقة السياسية والإدارية بين الإدارة والمكلف، والتي تأخذ في الدول الحديثة شكل تعاون وشراكة يقوم على مساهمة المكلف عن وعي واقتناع في النفقات العامة من جهة، وعلى سعي الإدارة إلى تحقيق الغاية من التشريع الضريبي المتمثلة في توزيع الثقل الجبائي بشكل عادل على المواطنين، بعيدا عن هاجس استخلاص الأموال وضمان حقوق الخزينة الذي يحظى بالأهمية خصوصا في الدول المتخلفة .

والمنازعة الضريبية في معناها القانوني لا تظهر إلا على إثر ادعاء أحد طرفي العلاقة الجبائية سواء المزم أو الإدارة يخرق الطرف الثاني للقانون الضريبي خلال إحدى مراحل العملية الضريبية - تحديد الوعاء ، التصفية والاستخلاص- . فاللزم مثلا قد لا يلتزم الشفافية في حقيقة وعائه عند تقديمه للإقرار أو قد يتماطل في أداء الضرائب . والإدارة قد تقع في خطأ عند تصفية الضريبة، كمخالفة الأساس الضريبي المصرح به أو خطأ في تطبيق السعر أو عدم احترام الإجراءات القانونية للحصول . وكلها حالات تعتبر إخلالا بالنصوص الضريبية قد ينشأ عنه نزاع ضريبي .

أما المعنى المسطري للمنازعات الضريبية، فإنه يرتبط بالإجراءات اللازم اتباعها لتسوية النزاع الجبائي. ويميز في هذه الإجراءات بين المرحلة الإدارية والمرحلة القضائية، حيث يتم اللجوء إلى المرحلة الأولى إثر طلب المكلف تدخل



اللجان الضريبية المختصة، أو إثر تقديمه لمطالبة إلى الإدارة . أما المرحلة الثانية فيتم المرور إليها بعد استيفاء المرحلة الإدارية دون التوصل إلى حل للنزاع، ويتم ذلك برفع دعوى ضريبية لدى القضاء الإداري.

ولقد تولى المشرع تنظيم المرحلتين معاً، سواء كان ذلك في نصوص متفرقة أو في إطار نصوص موحدة بالنسبة لبعض الضرائب، كما هو الحال في المدونة العامة للضرائب. وما تجدر الإشارة إليه أن القواعد المنظمة لمسطرة المنازعات الضريبية تتميز بالتشتت حيث غالباً ما يتضمن القانون المنظم لكل ضريبة مسطرة المنازعة فيها، إلا أن المشرع ومنذ تبني الإصلاح الضريبي العام سنة 1982 يحاول توحيد المساطر الضريبية من خلال إجراءاتها وآجالها ومن خلال تجميع نصوصها أيضاً. وسنقتصر في هذا العرض على تناول المنازعات المتعلقة بالجباية الثلاثية : الضريبة على الدخل، الضريبة على الشركات والضريبة على القيمة المضافة، محاولين الإجابة عن الإشكالية المتعلقة بالإمكانات التي يمنحها القانون الضريبي لحل النزاعات الناشئة خلال مختلف مراحل العملية الضريبية، من خلال فصلين اثنين، نخصص أولهما للمرحلة الإدارية للمنازعة الضريبية، وثانيهما للمرحلة القضائية.

### الفصل الأول : المرحلة الإدارية للمنازعات الضريبية :

عندما لا يتم التوصل إلى حل للنزاع الضريبي في إطار المسطرة التوجيهية للتصحيح، يمكن اللجوء إلى تحكيم اللجان الضريبية التي تتولى النظر في المنازعات المعرضة عليها وفق الإجراءات المنصوص عليها في القانون وداخل الأجل القانوني.

ويتم اللجوء إلى تحكيم اللجان الضريبية من طرف المكلف الذي يخوله القانون إمكانية تحريك مسطرة الطعن أمامها. فحق المكلفين في التوجه إلى اللجان الضريبية حق عام لا يجد منه سوى احترام الإجراءات المسطرية وكذا اختصاص هذه اللجان المحلي والنوعي .

### المبحث الأول : تحكيم اللجان الضريبية :

اللجان الضريبية المتدخلة في الجباية الثلاثية هي : اللجنة المحلية واللجنة الوطنية. وسنستعرض في هذا المبحث بإيجاز مظاهر تدخل هاتين اللجنتين في النزاعات الضريبية.

## المطلب الأول: تحكيم اللجنة المحلية :

تختص اللجنة المحلية لتقدير الضريبة بالنظر في النزاعات التي تنشأ بمناسبة تقدير الأساس الضريبي المتعلق بالضريبة العامة على الدخل والضريبة على القيمة المضافة والضريبة على الشركات عندما لا يتوصل كل من الخاضع للضريبة والإدارة الضريبية إلى اتفاق بشأن الأسس الضريبية اللازم اعتمادها في فرض الضريبة .

واستنادا إلى المادة 225 من المدونة العامة للضرائب تتكون كل لجنة محلية من :

- 1- قاض وهو رئيس اللجنة. ويتولى الوزير الأول تعيينه من بين قضاة المحاكم الابتدائية التي توجد داخل دائرة الاختصاص الترابي للجنة المعنية.
  - 2- ممثل لعامل العمالة أو الإقليم الواقع مقر اللجنة بدائرة نفوذه.
  - 3- رئيس المصلحة المحلية للضرائب أو ممثله الذي يقوم بمهمة الكاتب المقرر.
  - 4- ممثل من بين ممثلي الخاضعين للضريبة يكون تابعا للفرع المهني الأكثر تمثيلا للنشاط الذي يزاوله الملزم سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا. ويتم تعيين هؤلاء الممثلين من قبل العامل الذي يوجد بدائرة نفوذه مركز اللجنة المحلية المعنية .
- ويمكن للجنة المحلية أن تستعين بخبيرين اثنين على الأكثر تعينهما من بين الموظفين أو الخاضعين للضريبة ويكون لهما صوت استشاري .
- الفقرة الأولى : اختصاص اللجنة المحلية لتقدير الضريبة :

يعود للإدارة تحديد مقروءة اختصاص كل لجنة محلية. وفي هذا الإطار صدر مرسوم في 30 دجنبر 1987 يقضي بإنشاء لجنة محلية في كل عمالة أو إقليم. ويعتبر توسيع الاختصاص المكاني لهذه اللجان بالشكل الذي يجعلها قريبة من كل المكلفين ضمانا فعلية لهؤلاء<sup>1</sup>.

ويتم تحديد الاختصاص المحلي لكل لجنة محلية استنادا إلى مكان ربط الضريبة الذي يوافق المقر الاجتماعي للأشخاص المعنية في حالة الضرائب المفروضة على هذه الأخيرة أو مقر الإقامة الرئيسي بالنسبة للأشخاص الطبيعيين في حالة الضرائب المفروضة على أشخاص طبيعيين .

وقد حدد المشرع المغربي الاختصاص النوعي للجان المحلية واللجنة الوطنية في الطعون المقدمة إليهما في المسائل الواقعية دون القانونية. هكذا تنص المادة 225 من المدونة العامة للضرائب على أنه "... تبت اللجان المحلية في النزاعات المعروضة على أنظارها، ويجب عليها أن تصرح بعدم اختصاصها في المسائل التي ترى أنها تتعلق بتفسير نصوص تشريعية أو تنظيمية ...". فاختصاص اللجنة المحلية محصور في تحديد العناصر المكونة للأساس الضريبي الذي على ضوءه يتم إقرار الضريبة المفروضة دون المسائل القانونية.

<sup>1</sup>- فتحي ابراهيم : طبيعة لجان التحكيم العامة وانعكاساتها على تدعيم ضمانات المكلف ،دبلوم السلك العالي، المدرسة الوطنية للإدارة العمومية بالرباط 1992، ص 24.

إن موقف المشرع واضح بهذا الخصوص ، إذ يمنع على اللجان المحلية البث في مسائل قانونية. إلا أن مسألة التمييز بين المسائل الواقعية والمسائل القانونية قصد تحديد إطار الاختصاص النوعي للجان المحلية يعد من أعقد الإشكالات التي تثار في النزاعات الضريبية.

وإجمالاً يمكن تحديد شروط صحة تدخل اللجنة المحلية للبث في النزاعات المعروضة عليها كما يلي<sup>1</sup>:

- أن يتعلق النزاع بأمر تدخل في اختصاص اللجنة المحلية، أي أن تكون المسائل التي تبث فيها واقعية وليست قانونية.

- أن يكون تدخل اللجنة متعلقاً بتصحيح أساس الضريبة وليس بالفرض التلقائي، إذ في الحالة الأخيرة ينازع الملزم عن طريق اتباع إجراءات المطالبة أمام إدارة الضرائب .

- أن تكون اللجنة مختصة محلياً.

- احترام الأجل القانوني للطعن أمام اللجنة المحلية.

- ألا يكون هناك اتفاق صريح أو ضمني بين الإدارة والملزم حول الأسس الضريبية.

الفقرة الثانية : مسطرة الطعن أمام اللجنة المحلية :

إن اللجوء إلى اللجنة المحلية ليس مفتوحاً في وجه جميع المكلفين، إنما فقط في وجه الذين احترموا المسطرة من بدايتها، أي منذ تسلم الرسالة الأولى لمفتش الضرائب الخاصة بالتصحيح.

تنطلق مسطرة الطعن أمام اللجنة المحلية بمقتضى طلب صريح من الخاضع للضريبة يعبر فيه عن إرادته في عرض النزاع على أنظارها، وذلك داخل الأجل القانوني المحدد لذلك وهو 30 يوماً ابتداء من يوم تلقي الرسالة الثانية للمفتش.

غير أن القانون لا يتحدث عن إمكانية توجيه طعن من طرف الإدارة إلى اللجنة المحلية بخصوص الأسس التي أقر بها المكلف.

ويرى بعض الباحثين<sup>2</sup> أنه يتعين على الإدارة عرض النزاع على اللجان الضريبية إذا عبر الخاضع للضريبة عن عدم اتفاقه على الأسس الضريبية التي تقترحها الإدارة، حتى ولو لم يعبر صراحة عن طلب عرض النزاع على تلك اللجان، لإمكانية جهله بلزوم التعبير عن ذلك صراحة، وهذا رغم التنصيص القانوني على أن الأسس الضريبية تصير نهائية إذا لم يتم الطعن فيها أمام اللجنة المحلية .

<sup>1</sup> - فتحي ابراهيم ،مرجع سابق، ص 165.

<sup>2</sup> - سفيان ادريوش ورشيدة الصابري : تصحيح الأساس الضريبي ، مطبعة دار القلم، الطبعة الأولى 2002 . ، ص 151.

ويتم تحريك مسطرة الطعن أمام اللجنة المحلية بواسطة طلب مكتوب يعبر فيه المكلف عن إرادته في عرض النزاع على اللجنة المذكورة. ويكون التعبير عن هذه الإرادة إما بشكل صريح وإما بشكل ضمني، إذ يكفي أن يعبر الملزم عن رغبته في إحالة الملف على الجهة المختصة. ويجب توجيه هذا الطلب إلى مفتش الضرائب بالدائرة الموجود فيها المكلف، وذلك داخل الأجل القانوني المحدد في ثلاثين (30) يوماً ابتداء من تاريخ تسلم الإشعار الثاني.

وإذا كانت إحالة طلب الطعن أمام اللجنة المحلية إلى المفتش إجبارية، فإن المدة التي يجب على الإدارة احترامها للقيام بتوجيه الطلب إلى اللجنة لم يحددها القانون. بل الأكثر من ذلك أنه لم يحدد جزاء قانونياً على عدم إحالة الطلب على أنظار اللجنة المحلية، مما قد يجعل الإدارة تتباطأ في توجيه الطلب إلى اللجنة المذكورة، بل ويمكن ألا تحيله إليها إما خطأً أو عن قصد.

وفي علاقة بإحالة ملف النزاع على اللجنة المحلية تثار إشكالية تتعلق بالحالة التي يطالب فيها الملزم عرض النزاع على اللجنة بخصوص مسألة لا تدخل ضمن اختصاصها. فهل يجب على الإدارة إحالة الملف على اللجنة المحلية؟.

إن القانون الجبائي المغربي لا ينص على هذه الحالة. فكل ما ينص عليه هو أن المفتش يتسلم المطالبات الموجهة إلى اللجنة المحلية ويحيلها إليها.

وخلاصة القول أنه لممارسة الخاضع للضريبة حقه في تحكيم اللجان الضريبية، يلزم تقديم طعن إلى اللجنة المحلية. ولا بد لهذا الطعن أن يتم في الأجل القانوني المحدد له، إذ أن تقديم طعن خارج هذا الأجل لا ينتج أثراً قانونياً. ويعتبر كأن لم يقدم أصلاً. ويحق للإدارة في هذه الحالة فرض الضريبة استناداً إلى الأسس التي بلغتها إلى الملزم في الأشعار الثاني.

#### الفقرة الثالثة: سير عمل اللجنة المحلية لتقدير الضريبة:

تملك اللجنة المحلية لتقدير الضريبة عندبتها في نزاع ما أجلاً قانونياً حدده المشرع في أربعة وعشرين (24) شهراً كحد أقصى يفصل بين تاريخ تقديم الطعن وتاريخ صدور المقرر المتخذ في شأنه. ويتم التمييز خلال مرحلة نظر اللجنة المحلية في النزاع بين الإجراءات السابقة لانعقاد اللجنة وانعقاد اللجنة ثم صدور المقرر.

#### أولاً: الإجراءات السابقة لانعقاد اللجنة:

يقوم مقرر اللجنة المحلية -رئيس المصلحة المحلية للضرائب أو ممثله- بتوجيه استدعاء إلى كل أعضاء اللجنة عن طريق رسالة مضمونة الوصول وذلك بأمر من رئيس اللجنة. ويجب أن يتضمن هذا الاستدعاء مجموع النزاعات التي ستبت فيها اللجنة ونسخ تقارير هذه النزاعات التي يقوم مفتش الضرائب بإعدادها بمجرد حصول الطعن.

ويجب أن تكون هذه التقارير معللة ومفصلة بالنسبة لكل نزاع يعرض على اللجنة المحلية، كما يجب أن تتضمن جميع الدلائل والحجج التي تقدم بها الخاضع للضريبة والإدارة على السواء، وكذلك نقط الخلاف المتعلقة بالنزاع. أما

الجوانب التي تم التراضي حولها فإن اللجنة لا تنظر فيها. كما يمكن للمفتش أن يضيف معلومات من شأنها أن تفيد وتسهل عمل اللجنة المحلية<sup>1</sup>.

وفي هذا المجال يطرح بعض الباحثين<sup>2</sup> تساؤلا عن مدى شرعية قيام موظف تابع للإدارة - أي مفتش الضرائب - بتقديم أسباب الطعن بدلا من المكلف. إذ يمكن لهذا الموظف أن يخطئ في تحديد مضمون النزاع. كما أنه لا يمكنه أن يعبر عن رغبة الخاضع للضريبة ورغبة الإدارة من خلال أوراق الملف، لذا يجد نفسه مضطرا إلى الرجوع إلى مضمون الرسائل المتبادلة مع الخاضع للضريبة في إطار المسطرة التواجهية، فيكتفي بأسباب الخلاف المضمنة فيها. وهو ما يراه البعض تقييدا للخاضع للضريبة في التعبير عن موقفه وآرائه حول نقط الخلاف بينه وبين الإدارة.

وارتباطا بهذا الموضوع يطرح تساؤل حول إمكانية إطلاع الملزم على ملفه الضريبي قبل انعقاد اللجنة المحلية.

إن الممارسة العملية دلت على أن الإدارة تتشدد في تطبيق الأحكام المتعلقة بالسر المهني حتى تجاه المكلف نفسه. والسبب هو عدم وجود أي نص في القانون الضريبي المغربي يجبر الإدارة الضريبية على السماح للمكلف بالاطلاع على ملفه متى عرض نزاعه على اللجنة المحلية. إن عدم وجود نص يلزم اللجنة بتمكين المكلف من الاطلاع على ملفه وخاصة على محتوى التقرير الذي قدمته إدارة الضرائب إلى اللجنة المحلية يعتبر إخلالا بحق الدفاع، إذ سيترتب على ذلك عدم تمكن المكلف من تقديم حججه وأوجه دفاعه<sup>3</sup>.

ثانيا: اجتماع اللجنة المحلية :

تعقد اللجنة المحلية اجتماعاتها في مقر المحكمة الابتدائية أو محكمة الاستئناف التي توجد بنطاق اختصاصها، بعدما كانت في السابق تعقد جلساتها في مقر مصلحة الضرائب أو مقر العمالة أو الإقليم. ومن شأن هذا الإجراء أن يبعث نوعا من الطمأنينة والثقة في نفوس المكلفين<sup>4</sup>.

وتعقد اجتماعات اللجنة بحضور كافة أعضائها الرسميين. إلا أن القانون يشترط لصحة مداولاتها حضور ثلاثة من أعضائها فقط على الأقل، بشرط أن يكون الرئيس وممثل المكلفين من بين الثلاثة الحاضرين. إلا أن اللجنة يمكن أن تبت في النزاع بغياب ممثل الخاضع للضريبة في الحالة التي يتأخر فيها تعيين هذا الأخير مع قبول المكلف بأن تنظر اللجنة في النزاع دون حضور ممثله. وإذا لم يتأت توفر النصاب القانوني في مداولات اللجنة وجب عليها أن تعقد اجتماعا ثانيا. وفي هذه الحالة فإن مداولاتها تكون صحيحة بحضور رئيس وعضوين آخرين.

1- عبد القادر العلاقي، الوجيز في النزاعات الضريبية، دار الأحمديّة للنشر الطبعة الثانية 2001، ص 96.

2- سفيان ادريوش رشيدة الصابري، م س، ص 166.

3- عبدالرحمان البليلا ومحمد مرزاق، النظام القانوني للمنازعات الجبائية بالمغرب، مطبعة الأمانة، الطبعة الأولى، 1996، ص 95.

ويضيف المؤلفان أن إطلاع الملزم على ملفه له أهمية في التقليل من الاعتراضات إذ ما اقتنع المكلف بعد اطلاعه على ملفه الضريبي بوجهة نظر مصلحة الضرائب.

4- عبد القادر العلاقي، م س، ص 97.

ويمكن للجنة في حالة وجود مسائل تقنية معقدة يصعب عليها حلها أن تستعين بجيرين على الأكثر من بين الخاضعين للضريبة أو من بين الموظفين ويكون لهما صوت استشاري .

ويتم الاستماع إلى الخاضع للضريبة بناء على طلبه أو إذا رأت اللجنة أنه من الضروري الاستماع إليه. وفي هذه الحالة يتعين على هذه الأخيرة أن تستدعي ممثل أو ممثلي إدارة الضرائب المعنيين من لدن الإدارة لتمثيلها أمام اللجنة. وتستمع اللجنة إلى الطرفين كل على حدة أو هما معا، إما بطلب من أحدهما أو إذا ارتأت أن هذه المواجهة ضرورية.

ويدلي كل طرف من طرفي النزاع بدفوعاته وبال حجج والوثائق التي تدعم موقفه. وتحاول اللجنة إن أمكن ذلك إيجاد وفاق بين الطرفين للوصول إلى حل مرض ينهي النزاع. وفي حالة عدم التوصل إلى حل تتوافق عليه الإدارة والملمزم معا، وإصرار كل طرف على موقفه، يدخل النزاع مرحلة المداولة قصد اتخاذ مقرر عن طريق مسطرة التصويت. وأثناء المداولة يجب احترام النصاب القانوني المشار إليه أعلاه .

### ثالثا: مقررات اللجنة المحلية :

بعد الاستفاضة في مناقشة نقط النزاع دون التوصل إلى حل يرضي الطرفين، ينهي رئيس اللجنة مرحلة الاستماع إلى دفوعات الأطراف ليدخل النزاع مرحلة المداولة.

تتخذ اللجنة المحلية مقرراتها بأغلبية أصوات أعضائها الحاضرين، وفي حالة تعادل الأصوات يرجح الجانب الذي ينتمي إليه الرئيس. ولا يملك حق التصويت أثناء مرحلة اتخاذ القرار إلا الأعضاء المنتمون إلى اللجنة دون الخبراء لأن لهم دورا استشاريا فقط .

وما كان يؤخذ على المشرع المغربي أنه لم يكن ينص صراحة على وجوب تعليل مقررات اللجنة المحلية. وهو ما كان يفرغ حق الطعن المخول للملمزم أو للإدارة من محتواه. فتعليل المقرر يمكن الطاعن من تقرير أسباب طعنه. وقد تدارك المشرع هذا الفراغ التشريعي، إذ نص في قانون المالية لسنة 2001 وبعده في المدونة العامة للضرائب<sup>1</sup> على وجوب أن تكون المقررات الصادرة عن اللجنة المحلية مفصلة ومعللة .

والواقع أن النص على ضرورة تسبب اللجنة لمقرراتها يمثل ضمانا هامة للمكلفين ويبحث في نفوسهم الطمأنينة، إذ معنى تسبب مقرر اللجنة أنها قد أطلعت على كافة وقائع النزاع وجميع المستندات والأوراق المقدمة وأحاطت بالطعن من كافة جوانبه وأرست الآثار القانونية الصحيحة<sup>2</sup>. كما أن تعليل مقررات اللجنة المحلية يساعد على مراقبة شرعيتها من طرف القضاء في حالة التقدم بطعن قضائي ضدها .

ويجب أن يصدر مقرر اللجنة المحلية في الأجل المحدد له وهو أربعة وعشرون (24) شهرا ابتداء من تاريخ توجيه الطعن إلى اللجنة . ويقوم مقرر اللجنة بتبليغ المقرر المتخذ إلى المكلف المعني بالأمر، وذلك في رسالة موصى بها مع إشعار بالتسليم، والذي يجب أن يتضمن الأسس الضريبية التي توصلت إليها اللجنة. كما ينبه مقرر اللجنة فيه الملمزم إلى أن هذه الأسس ستصير نهائية إذا لم يقدم طعنا فيها إلى اللجنة الوطنية داخل أجل ستين (60) يوما ابتداء من يوم تبليغ المقرر .

<sup>1</sup>- تنص المادة 225 من المدونة العامة للضرائب على " ... يجب أن تكون مقررات اللجان المحلية مفصلة ومعللة ... "

<sup>2</sup>-عبد الرحمان ابليلا ومحمد مرزاق، م س ، ص 99.

كما تملك الإدارة حق الطعن ضد مقرر اللجنة المحلية لدى اللجنة الوطنية داخل نفس الأجل. ويتولى تقديم طعن الإدارة مدير الضرائب أو الشخص الذي يفوضه لهذا الغرض. ويعتبر عدم تقديم الطعن أمام اللجنة الوطنية من قبل أحد الأطراف داخل الأجل القانوني قبولا ضمنيا للمقرر بالنسبة لهذا الطرف .

#### الفقرة الرابعة: آثار الطعن أمام اللجنة المحلية :

إن الطعن أمام اللجنة المحلية لتقدير الضريبة ينتهي إما بصدر مقرر عن اللجنة، يعبر عن موقفها من النزاع أو يقضي بعدم الاختصاص، وإما بفوات الأجل المحدد في أربع وعشرين (24) شهرا دون صدور أي مقرر عنها. كما يمكن أن يتم التوصل إلى اتفاق بين طرفي النزاع أمام اللجنة والذي يضع حدا لمسار المنازعة .

#### أولا : حالة توصل اللجنة إلى حل للنزاع الضريبي :

قد تتوصل اللجنة المحلية إلى حل يرضي طرفي النزاع، اللذين يعبران عن موافقتها الصريحة عنه. ويؤدي ذلك إلى إنهاء المنازعة وإصدار جداول تحصيل الضريبة استنادا إلى الأسس التي تم الاتفاق حولها.

لكن عمليا يصعب تحقق هذه الحالة، إذ أن اللجنة المحلية غالبا ما تواجه بإصرار كل طرف على موقفه. فالإدارة التي تهدف من خلال المنازعة إلى حماية حقوق الخزينة تعتقد بوجاهة مواقفها المبنية على وسائل إثبات كنتائج الفحص الحاسبي مثلا. كما أن المكلف بعد أن تقطع المنازعة أشواطا زمنية طويلة وتتراكم الغرامات المستحقة للإدارة يحجم عن التنازل عن موقفه .

ورغم صعوبة تحقق هذه الحالة، إلا أن هناك صورة خاصة يؤدي توفرها إلى إنهاء المنازعة مباشرة، وهي تنازل الملتزم كليا أمام اللجنة المحلية عن اتمام المنازعة. ويتأتى ذلك إما باقتناع الخاضع للضريبة برجاحة مواقف الإدارة وإما تحت ضغط "عداد" الغرامات الذي لا يتوقف. وما تجب الإشارة إليه أن الاتفاق الصريح المبرم بين الإدارة والملتزم أمام اللجنة المحلية يمكن أن ينازع فيه هذا الأخير في حالة ما إذا كانت إرادته مشوبة بأحد عيوب الإرادة، شريطة أن يثبت إن إرادته كانت معيبة. ويتم الطعن أمام اللجنة الوطنية . كما أن الاتفاق ولو كان صحيحا ولا يشوبه عيب من عيوب الإرادة لا يمنع المكلف من المنازعة في مبلغ الضريبة أو كيفية ربطها. وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية بوجدة في أحد قراراتها<sup>1</sup>.

#### ثانيا : حالة عدم صدور أي مقرر عن اللجنة المحلية :

قد يحدث أن يعرض النزاع الضريبي على أنظار اللجنة المحلية، لكنها لا تتمكن، لسبب من الأسباب، من البت فيه داخل الأجل القانوني. وبانصرام هذا الأجل يقوم مفتش الضرائب بإشعار الخاضع للضريبة بانتهاء أجل أربعة وعشرين (24) شهرا المسموح للجنة المحلية بالبت فيه ، وبإمكانية تقديمه لطنع أمام اللجنة الوطنية للنظر في الطعون المتعلقة بالضريبة داخل أجل ستين (60) يوما الموالية لتاريخ تسلم الإشعار. وفي حالة عدم تقديم طعن داخل الأجل المحدد يفرض مفتش الضرائب الضريبة وفقا للأسس التي بلغها إلى الملتزم في رسالة التبليغ الثانية. ولا يمكن للملتزم أن ينازع فيها إلا وفقا لإجراءات المطالبة .

<sup>1</sup>حكم المحكمة الإدارية بوجدة عدد 97-795 بتاريخ 15-10-1997 في ملف رقم 97-09. أورده سفيان أدريوش ورشيدة الصابري، م س، ص 150.

## ثالثا : حالة صدور مقرر عن اللجنة المحلية :

تعتبر حالة صدور مقرر عن اللجنة المحلية الحالة العادية لنهاية المنازعة أمام اللجنة. ويمكن أن يكون المقرر يعبر عن موقف اللجنة من نقط النزاع. كما يمكن أن يقضي بعدم اختصاصها للنظر في النزاع باعتباره يتعلق بمسائل قانونية وليس واقعية .

ومهما كان مضمون المقرر، فإنه يكون قابلا للطعن أمام اللجنة الوطنية داخل أجل ستين (60) يوما ابتداء من تاريخ تبليغه إلى المكلف، وذلك من قبل طرفي النزاع<sup>1</sup>.

ويعتبر عدم تقديم طعن داخل الأجل القانوني أمام اللجنة الوطنية قبولا ضمنا لمقرر اللجنة المحلية، حيث لا يمكن للطرف الذي لم يقدم الطعن ان يصرح بعد ذلك بعدم اتفائه على الأسس الضريبية التي يقترحها المقرر .

وفي حالة عدم تقديم طعن أمام اللجنة الوطنية من قبل طرفي النزاع، فإن الإدارة تفرض الضريبة استنادا إلى الأسس التي اقترحها مقرر اللجنة المحلية. وفي حالة مخالفة الإدارة لهذه الأسس يجوز للخاضع للضريبة اللجوء إلى القضاء لالزامها باحترام الأسس المتفق عليها ضمنا. كما أن المكلف في هذه الحالة يفقد الحق في رفع النزاع إلى اللجنة الوطنية أو تقديم طعن قضائي. وقد ذهب القضاء الإداري<sup>2</sup> إلى عدم قبول الطعن القضائي نتيجة القبول الضمني للخاضع للضريبة لمقرر اللجنة المحلية لعدم تقديم طعن فيه أمام اللجنة الوطنية داخل الأجل القانوني.

كما أن تقديم طعن من جهة أحد طرفي النزاع أمام اللجنة الوطنية داخل الأجل القانوني وعدم تقديم الطرف الآخر للطعن، مع العلم أن مقرر اللجنة المحلية أضرم بحقوق الطرفين ، فإن الطرف الذي لم يقدم الطعن داخل الأجل القانوني لا يستفيد من نشر الملف أمام اللجنة الوطنية للدفع بعدم قبول مقرر اللجنة المحلية الذي أضرم به، إذ أن النص القانوني واضح في أن عدم تقديم أحد الأطراف للطعن داخل الأجل القانوني يترتب عليه القبول الضمني، أي تنازل هذا الطرف عن المنازعة في مقرر اللجنة المحلية. فيتعين على هذا الطرف إذن مناقشة المقرر أمام اللجنة الوطنية على أساس أنه قبل ضمنا بمقتضياته.

## المطلب الثاني : تحكيم اللجنة الوطنية :

جعل المشرع التحكيم في المنازعات الضريبية المرتبطة بالثلاثية الضريبية، واجبات التسجيل وكذا الأرباح العقارية يتم عبر درجتين «درجة ابتدائية» أمام اللجنة المحلية لتقدير الضريبة و«درجة استثنائية» أمام اللجنة الوطنية للنظر في الطعون المتعلقة بالضريبة .

1- يرى بعض الفقه أن موقف اللجنة المحلية لا يعتبر في حد ذاته قرارا بكل ما في الكلمة من معنى، حتى نفتح في وجه طعنا من الطعون المعروفة في مجال المنازعات الإدارية ولكنه مجرد مرحلة من مراحل التحقيق في مواقف أطراف النزاع تمهد للموقف النهائي المصلحة الضرائب. ومع ذلك فإنه يكون على الجهة الضريبية أن تحترم موقف اللجنة المحلية وألا تخرج عن العناصر الواردة فيه لتحديد مبلغ الضريبة موضوع النزاع، أو ترفع أمرها إلى اللجنة الوطنية فتنظر قرارها. محمد السماحي ، مسطرة المنازعة في الضريبة، مطبعة الصومعة، الطبعة الأولى، 1997، ص 71.

2- كمثل على ذلك الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بوجدة عدد 96/20 بتاريخ 1996/01/01 في الملف 81-95. بتاريخ 1996/01/01 في الملف 81-95 أورده سفيان أدريوش ورشيدة



هكذا يجوز لطرفي النزاع في المنازعة الضريبية الطعن في مقرر اللجنة المحلية لدى اللجنة الوطنية بشرط احترام الأجل القانوني المحدد للطعن.

تشكل اللجنة الوطنية للنظر في الطعون المتعلقة بالضريبة من قضاة يختارون من السلك القضائي، إلى جانب ممثلين عن الإدارة الضريبية وآخرين عن المكلفين بالضريبة.

ويتمثل الاختصاص النوعي للجنة في النظر في الطعون التي يقدمها طرفا المنازعة الضريبية ضد مقررات اللجان المحلية. غير أنه، وكما هو الحال بالنسبة للجنة المحلية، يمنع على اللجنة الوطنية النظر في المسائل التي ترى أنها تتعلق بتفسير نصوص قانونية أو تنظيمية. وفي هذا الصدد تطرح إشكالية صعوبة التمييز بين المسائل المتعلقة بالواقع والمسائل المتعلقة بالقانون، كما سبق وأن أشرنا.

### الفقرة الأولى : مسطرة الطعن أمام اللجنة الوطنية :

بمجرد توصل المكلف بمقرر اللجنة المحلية لتقدير الضريبة، يحق له وللإدارة على حد سواء التقدم بطعن ضد المقرر أمام اللجنة الوطنية للنظر في الطعون المتعلقة بالضريبة .

ولكي يكون الطعن المقدم من طرف الخاضع للضريبة أو من طرف الإدارة مقبولا أمام اللجنة الوطنية، يجب احترام الأجل المخصص قانونا لتوجيه هذا الطعن وهو ستون(60) يوما، ابتداء من تاريخ تبليغ مقرر اللجنة المحلية إلى المكلف. ويعتبر عدم تقديم الطعن داخل الأجل القانوني قبولا ضمنيا بمقرر اللجنة المحلية .

وما يلاحظ بخصوص هذا الأجل أن المشرع قد ساوى فيه بين الإدارة والمكلف في تعيين بداية احتسابه، والمتمثل في تاريخ توصل المكلف بنسخة من مقرر اللجنة المحلية. وذلك رغم كون الإدارة تعلم بمضمون المقرر بمجرد صدوره، عكس المكلف الذي لا يعلم به إلا بعد تبليغه إليه، مما يجعل الطرفين لا يستفيدان عمليا من نفس أجل الطعن.

ويتم تحريك مسطرة الطعن أمام اللجنة الوطنية بمقتضى عريضة مكتوبة توجه من قبل الإدارة أو المكلف. وفي هذا الصدد ينص المشرع في المادة 220 من المدونة العامة للضرائب على أنه " ... يقدم الخاضع للضريبة طعنه في صورة عريضة توجه إلى اللجنة المذكورة في رسالة مضمونة مع إشعار بالتسليم. ويقدم طعن الإدارة من لدن مدير الضرائب أو الشخص الذي يفوضه لهذا الغرض. ويوجه إلى اللجنة المذكورة وفق الإجراءات المنصوص عليها في المادة 219. تحدد عريضة الخاضعين للضريبة موضوع الخلاف وتتضمن عرض للحجج المستند إليها ... " .

ويتضح من المادة الأخيرة أن المشرع حدد طريقة توجيه عريضة المكلف إلى اللجنة الوطنية -عبر رسالة مضمونة مع إشعار بالتوصل - لكنه لم يقيد الإدارة بوسيلة لتوجيه عريضتها إلى اللجنة، بل ترك لها حرية اختيار الطريقة التي تختارها، إما عن طريق رسالة مضمونة الوصول أو بواسطة أعوان الإدارة الضريبية أو بالطريقة الإدارية .

ويلزم القانون الخاضع للضريبة بتضمين عريضة طعنه أمام اللجنة الوطنية البيانات اللازمة المتعلقة بموضوع النزاع والإثباتات والحجج التي يستند إليها في دفاعه. وفي المقابل أعفى الإدارة من ذلك. فعدم توفر عريضة الخاضع للضريبة

على هذه البيانات الإلزامية وكذا عدم تقديمها بواسطة البريد المضمون وبالإشعار بالتسليم قد يؤدي إلى عدم قبولها شكلاً. ولكن النتيجة ذاتها لا يمكن أن تلحق عريضة الإدارة<sup>1</sup>.

#### الفقرة الثانية: سير عمل اللجنة الوطنية:

يحدد القانون للجنة الوطنية أجلاً أقصى يجب أن يفصل بين تاريخ تقديم الطعن إليها وتاريخ صدور المقرر المتخذ في شأنه في حدود اثني عشر (12) شهراً. وإذا حدث وأن اتحدت اللجنة الوطنية مقرراً خارج هذا الأجل فإنه لا يكون له أي أثر قانوني.

وبمجرد توصل اللجنة الوطنية بعريضة الطعن، يعمد رئيسها ببعثها إلى موظف أو أكثر من أعضاء اللجنة. كما يوجه العريضة إلى لجنة فرعية للبت فيها.

وخلال عرض النزاع على اللجنة الفرعية تميز بين ثلاثة مراحل يمر منه النزاع:

#### الفقرة الأولى: الإجراءات السابقة لانعقاد اللجان الفرعية:

قبل أن تنظر اللجنة الفرعية في موضوع الطعن، تقوم بإبلاغ الطرف الذي لم يقدم الطعن أمامها عن طريق رسالة مضمونة الوصول، وذلك داخل أجل الشهر الموالي لتاريخ تسلم الطعن المذكور، مع توجيه نسخة من عريضة الطعن المرفوعة إليها، وذلك بهدف تمكين هذا الطرف من تهيئ أوجه دفاعه.

كما تقوم اللجنة بتوجيه طلب إلى الإدارة الضريبية يتضمن تسليمها الملف الضريبي المتعلق بالفترة محل النزاع داخل أجل لا يتجاوز ثلاثين (30) يوماً من تاريخ توصلها بعريضة الطعن.

ويجب على الإدارة الضريبية أن توجه الملف الضريبي إلى اللجنة داخل أجل شهر من تاريخ توصلها بالطلب السابق.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع قد عدل الأجل القانوني سواء بالنسبة للإدارة لتسليم الملف الضريبي المتعلق بالفترة محل النزاع إلى اللجنة الوطنية أو المتعلق بإعلام الطرف الآخر، والذين حددهما القانون المالي لسنة 1997 في شهر، بعد أن كانا محددتين فيما قبل في ثلاثة (3) أشهر، وذلك قصد الإسراع في حل النزاع، وكذا لأن أجل البت من طرف اللجنة الوطنية في موضوع النزاع أصبح بمقتضى القانون المذكور لا يتجاوز اثنا عشر (12) شهراً. وهذا ما كرسته المدونة العامة للضرائب في المادة 226 منها. فكل تأخير في التوصل بالملف أو إخبار الطرف الآخر بالطعن يترتب عنه تحفيض المدة المتبقية للجنة الوطنية للبت في النزاع المعروض عليها<sup>2</sup>.

يؤدي عدم توجيه الملف الضريبي داخل الأجل القانوني إلى تحديد الضريبة المتنازع حولها وفق الأسس التي أقر بها أو قبلها الخاضع للضريبة إذ قدم طعنه داخل الأجل القانوني. أما إذا لم يقدم طعنه فإن الضريبة تفرض طبقاً للأسس التي قررتها اللجنة المحلية في مقررها، باعتبار أن عدم تقديم الطعن إلى اللجنة الوطنية داخل الأجل القانوني يعتبر بمثابة قبول ضمني لمقرر اللجنة المحلية. أما في حالة ما إذا كان مقرر اللجنة المحلية يقضي بعدم الاختصاص، فيتم فرض الضريبة باعتبار الأسس المبلغة إلى الملزم في رسالة التبليغ الثاني لمسطرة التصحيح إذا لم يقدم هذا الأخير طعنه إلى

<sup>1</sup> - محمد السماحي، م س، ص 80.  
<sup>2</sup> - عبدالقادر التعلاتي، م س، ص 98.

اللجنة الوطنية. وفي حالة العكس أي تقديم الملزم للطعن أمام اللجنة الوطنية فتفرض الضريبة باعتبار الأسس التي صرح بها إقراره .

وما يستفاد من هذا الجزء القانوني الذي رتبته المشرع على الإدارة في هذه الحالة أنه اعتبر عدم توجيه الملف الضريبي إلى اللجنة الوطنية داخل الأجل القانوني بمثابة تنازل عن مواصلة المنازعة أمام اللجنة المذكورة، وقبولاً إما بمقرر اللجنة المحلية إذا قدمت طعناً فيه أو قبولاً بالأسس التي حددها الملزم في إقراره في الحالة التي لا تقدم فيها الإدارة طعناً إلى اللجنة داخل الأجل القانوني .

### الفقرة الثانية : انعقاد اللجنة الفرعية :

يشترط المشرع لصحة اجتماع اللجنة الفرعية أن تقوم باستدعاء الخاضع للضريبة أو من ينوب عنه وكذا ممثل الإدارة الضريبية، وذلك بهدف الاستماع إليهما كلا على حدة، أو هما معاً، إما بطلب من أحدهما أو إذا ارتأت اللجنة أن هذه المواجهة ضرورية .

ونظراً لكون المسائل التي تبت فيها اللجنة الوطنية ذات طبيعة تقنية، فقد خول لها المشرع إمكانية الاستعانة بخبيرين على الأكثر يكون لهما صوت استشاري .

وتعقد اللجنة الفرعية العدد الكافي من الجلسات للنظر في دفعات أطراف النزاع. ويحق لكل طرف تقديم اقتراحات واثباتات جديدة دون المس بموضوع النزاع. ويحاول رئيس اللجنة إيجاد توافق بين طرفي النزاع بخصوص الأسس الضريبية المتنازع عليها. غير أنه في حالة عدم التوصل إلى حل يرضي الطرفين يدخل النزاع مرحلة المداولة .

ولكي تكون مداورات اللجنة الفرعية صحيحة يجب حضور الرئيس وعضوين آخرين يمثل أحدهما الخاضع للضريبة والآخر الإدارة. وتتداول اللجنة الفرعية في اجتماع ثان بحضور الرئيس وعضوين آخرين من بين أعضاء اللجنة الفرعية **1**. ويكون لكل عضو صوت واحد. غير أنه إذا تعادلت الأصوات يرجح الجانب الذي ينتمي إليه رئيس اللجنة. وأثناء التصويت يمنع حضور النائب عن الإدارة وكذلك حضور الخاضع للضريبة المعني بالأمر أو من ينوب عنه، وإلا تعرض المقرر المتخذ للبطلان.

### الفقرة الثالثة : مقررات اللجان الفرعية :

يحدد في اثني عشر (12) شهراً الأجل الأقصى الذي يجب أن يفصل بين تاريخ تقديم الطعن أمام اللجنة الوطنية للنظر في الطعون المتعلقة بالضريبة وتاريخ صدور المقرر المتخذ بشأنها **2**. ويجب أن تكون مقررات اللجان الفرعية مفصلة ومعللة. بمعنى أنه يجب توضيح الأدلة الواقعية والحجج القانونية التي أسست عليها اللجان الفرعية مقرراتها، لأن انعدام التعليل قد يكون كافياً لإبطال المقررات **3**.

<sup>1</sup>- يرى الأستاذ محمد السماحي أن هناك إجحافاً بحقوق الملزم في هذه النقطة، لأن الغالب أن يحضر ممثل الإدارة دون بقية الأعضاء الآخرين. فهما ملحقان باللجنة ويقومان بعمل من صلب المهام الوظيفية لهما. ولا يتصور تخليهما عن ملف تحرص عليه مديرية الضرائب إلا من قبل الافتراض غير المنطقي. محمد السماحي، م س ، ص 83.

<sup>2</sup>- في حالة تقديم طعن من قبل طرفي النزاع داخل الأجل القانوني لذلك فإن أجل بت اللجنة الوطنية في النزاع يبتدئ من تاريخ توصلها بأخر طعن .

<sup>3</sup>- عبد القادر التعلاني، م س ، ص 105.

ويقوم بتبليغ المقررات الصادرة عن اللجان الفرعية<sup>1</sup> القاضي الذي يشرف على سير أعمال اللجنة الوطنية بإحدى طرق التبليغ المنصوص عليها قانونا، وذلك داخل أجل لا يتعدى ستة (6) أشهر من تاريخ اتخاذ هذه المقررات.

وما يلاحظ أن المشرع عمل على الرفع من أجل تبليغ مقررات اللجان الفرعية الى اللجنة الوطنية إلى ستة (6) أشهر بعدما كان هذا الأجل لا يتعدى ثلاثين (30) يوما في السابق. وهي مدة أكثر من كافية لتسليم الملزمين نسخة من مقررات اللجان الفرعية. لكن مع ذلك فإن أجل الستة أشهر ليس إلا اجلا أقصى. حيث يمكن تبليغ المقررات قبل هذا الأجل بكثير .

وتكون المقررات الصادرة عن اللجنة الوطنية قابلة للطعن القضائي، وذلك داخل أجل ستين (60) يوما الموالية لتاريخ صدور الأمر بتحصيل الضرائب موضوع النزاع، سواء من قبل الإدارة الجبائية أو من قبل المكلفين بالضريبة المعنيين بالامر.

#### الفقرة الرابعة: آثار الطعن أمام اللجنة الوطنية :

إن اللجوء إلى تحكيم اللجنة الوطنية يمكن أن يؤدي إلى التوصل إلى حل أمام اللجنة يوافق عليه طرفا النزاع. كما يمكن أن يؤدي في حالة عدم تحقق الحالة الأخيرة إلى إدلاء اللجنة الوطنية برأيها في النزاع عن طريق مقرر يصدر عنها داخل الأجل القانوني المحدد لها للبت فيه.

كما يمكن أن يتعذر على اللجنة الوطنية البت في النزاع المعروض عليها داخل الأجل القانوني، إما بسبب عدم عقد اللجنة الفرعية للعدد الكافي من الجلسات، أو لتعقد النزاع، مما يتطلب وقتا أطول للبت فيه. وقد وضع المشرع لكل حالة من الحالات الثلاث السابقة نظاما قانونيا يحدد اثارها على مستوى المنازعة الضريبية.

#### الفقرة الأولى : حالة توصل اللجنة الوطنية إلى حل ينهي المنازعة :

قد يتم إبرام اتفاق بين الخاضع للضريبة والإدارة حول الأسس الضريبية المتنازع حولها أثناء عرض النزاع على اللجنة الوطنية. كما يمكن أن تتوصل هذه الأخيرة إلى حل يتفق عليه طرفا النزاع، وهو ما من شأنه أن ينهي النزاع ويوقف المسطرة التنازعية فيما بينهما .

لكن هل يكمن الطعن في هذا الاتفاق أمام القضاء ؟

ان إبرام اتفاق بين الإدارة والخاضع للضريبة والذي بمقتضاه يتنازل هذا الأخير عن مواصلة الطعن أمام اللجنة الوطنية يعتبر بمثابة صدور قرار عن اللجنة الوطنية. وبالتالي فإن هذا الاتفاق يكون قابلا للطعن القضائي داخل أجل لا يتعدى ستين (60) يوما من تاريخ صدور جدول التحصيل. فبإمكان الخاضع للضريبة أن يمارس الطعن القضائي ضد الاتفاق الحاصل بينه وبين الإدارة في حالة ما إذا تم إبرام الاتفاق أمام اللجنة الوطنية أو لم يتم إبرامه أمامها بشرط احترام الأجل القانوني لذلك.

<sup>1</sup>- تصدر مقررات اللجنة الوطنية باللغة الفرنسية .

ويجب أن يتعلق الطعن القضائي إما بصحة الاتفاق أو بوجود خطأ في تقدير الضريبة ولا يمكن المساس بالأسس الضريبية المتفق عليها .

وغالبا ما يكون سبب طرح النزاع على المحكمة في حال وجود اتفاق هو عدم تنبه الخاضع للضريبة لقيمة الغرامات وفوائد التأخير، والتي يظن أنها ستكون زهيدة أو لا يأخذها بعين الاعتبار نهائيا، في حين أنه في بعض الحالات قد تفوق هذه الأخيرة المبلغ الأصلي للدين<sup>1</sup>.

#### الفقرة الثانية : حالة عدم صدور أي مقرر عن اللجنة الوطنية :

عند انصرام الأجل القانوني الممنوح للجنة الوطنية للبت في النزاع دون أن تتخذ مقررها - إثنا عشر (12) شهرا - يتم وضع جداول التحصيل استنادا إلى إقرار الخاضع للضريبة أو استنادا إلى أساس فرض الضريبة المعتمد من لدن الإدارة في حالة الفرض التلقائي للضريبة ودون إدخال أي تعديل على ذلك.

غير أنه في حالة إعطاء الخاضع للضريبة موافقته الجزئية على الأسس المبلغة من قبل الإدارة الضريبية، أو في حالة تقديمه لملاحظات على أسباب التصحيح المزمع القيام بها من طرف الإدارة، يكون الأساس المعتمد لفرض الضريبة هو الأساس الناتج عن تلك الموافقة الجزئية .

ويلاحظ في هذه الحالة أن المشرع وضع جزاء قانونيا عند عدم بت اللجنة الوطنية في النزاع داخل الأجل القانوني على حساب الإدارة، رغم أن اللجنة التحكيمية هي التي لم تحترم القانون بعدم بتها في النزاع داخل الأجل القانوني.

ويرى بعض الباحثين<sup>2</sup> أن الجزء القانوني الذي رتبته المشرع في حالة عدم تمكن اللجنة الوطنية من البت في النزاع داخل أجل سنة يجب ألا يكون على حساب حقوق الإدارة، وألا يمس بمبدأ العدالة الجبائية، لأنه لا يعقل أن يكون الجزء عن خرق النصوص القانونية من طرف اللجنة الوطنية هو عدم إدخال أي تصحيح من قبل الإدارة، في الوقت الذي تكون فيه هذه الأخيرة قد احترمت جميع المقترضات القانونية المنظمة للمسطرة التوجيهية للتصحيح الضريبي .

أما بالنسبة للمقررات الصادرة عن اللجنة الوطنية خارج أجل إثني عشر (12) شهرا، فإن المشرع يرتب عليها البطلان، باعتبار أن هذا الأجل يدخل في النظام العام. لذلك فإن المقرر المتخذ خارج الأجل القانوني ليس له أي أثر<sup>3</sup> بل يعتبر كأن لم يتخذ أصلا.

وعقب انتهاء أجل بت اللجنة الوطنية دون صدور أي مقرر عنها تقوم الإدارة الضريبية بإصدار الضريبة استنادا إلى الأسس المذكورة سابقا. ويؤدي الخروج عن هذه الأسس إلى نشوء حق الملزم في الالتجاء إلى القضاء لالزام الإدارة بالتقيد بها .

وبما أن أساس فرض الضريبة في هذه الحالة منظم بنص القانون فإن لجوء الإدارة إلى القضاء للمطالبة بتعديل هذا الأساس يكون مصيره الرفض، حتى ولو تم ذلك داخل الأجل القانوني للطعن القضائي المحدد في ستين (60) يوما ابتداء من تاريخ صدور الأمر بالتحصيل أو قائمة الإيرادات أو الأمر بالاستخلاص .

<sup>1</sup> - سفيان ادريوش رشيدة الصابري ، م س ، ص 196 .

<sup>2</sup> - سفيان ادريوش رشيدة الصابري ، م س ، ص 190 .

<sup>3</sup> - التعلاتي عبد القادر، م س ، ص 106 .

## الفقرة الثالثة: حالة صدور مقرر عن اللجنة الوطنية:

تعتبر حالة صدور مقرر عن اللجنة الوطنية داخل الأجل القانوني المالك العادي للطعن أمام اللجنة. غير أنه يجب التمييز بين حالتين:

## أولاً: حالة صدور مقرر يقضي بعدم الاختصاص:

في هذه الحالة يتم فرض الضريبة استناداً إلى الأسس التي بلغتها الإدارة إلى الملزم في رسالة التبليغ الثانية للمفتش التي تدخل في المسطرة التوجيهية.

وقد جاء موقف المشرع هذه المرة لصالح الإدارة، إذ ستقوم بفرض الضريبة وفقاً لتقديراتها المتمخضة عن سلوك مسطرة التصحيح، والمبلغة إلى المكلف في الإشعار الثاني. وهو ما يعني أن مقرر اللجنة المحلية في هذه الحالة ليس له أي أثر قانوني بخصوص الأسس الضريبية. بل الإدارة هي التي تملك لوحدها حرية تقدير هذه الأسس مع الأخذ، إذا ارتأت ذلك، ببعض ملاحظات الملزم<sup>1</sup>.

ويمكن للملزم أن يلتجئ إلى القضاء داخل الأجل القانوني للطعن في الأسس المحددة في هذه الحالة.

## ثانياً: حالة صدور مقرر لا يقضي بعدم الاختصاص:

في هذه الحالة يتم وضع جداول التحصيل استناداً إلى مقرر اللجنة الوطنية. إلا أنه يجوز للملزم وللإدارة في حالة تفضيل مواصلة المنازعة اللجوء إلى القضاء.

وفي هذا الصدد تنص الفقرة الأولى من المادة 242 من المدونة العامة للضرائب على أنه: "يجوز للخاضع للضريبة أن ينازع عن طريق المحاكم في الضرائب المفروضة على اثر المقررات الصادرة عن اللجان المحلية لتقدير الضريبة التي أصبحت نهائية أو اللجنة الوطنية للنظر في الطعون المتعلقة بالضريبة، وفي الضرائب التي تفرضها الإدارة تلقائياً باعتبار الأساس الذي بلغته بسبب تصريح اللجنة المذكورة بعدم اختصاصها، وذلك داخل أجل ستين (60) يوماً الموالية لتاريخ صدور الامر بالتحصيل أو قائمة الإيرادات أو الأمر بالاستخلاص ... كما يمكن كذلك أن تنازع الإدارة عن طريق المحاكم داخل نفس الأجل في المقررات الصادرة عن اللجنة الوطنية للنظر في الطعون المتعلقة بالضريبة، سواء تعلقت هذه المقررات بمسائل قانونية أو فعلية..." ويعتبر عدم تقديم طعن من قبل أحد طرفي النزاع أو كليهما داخل الأجل القانوني قبولاً ضمناً بمقرر اللجنة الوطنية.

وفي حالة ما إذا لم يترتب عن مقرر اللجنة الوطنية أو مقرر اللجنة المحلية الذي أصبح نهائياً إصدار جداول تحصيل أو قائمة إيرادات أو أمر بالاستخلاص جاز تقديم الطعن القضائي داخل أجل ستين (60) يوماً التالية لتاريخ تبليغ المقرر المذكور<sup>2</sup>. وتجدر الإشارة إلى أن الطعن القضائي الموجه قبل صدور أوامر الاستخلاص يكون غير مقبول<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>- في هذه الحالة يثور تساؤل حول مدى قانونية الفرض الضريبي عندما تكون المسطرة التوجيهية للتصحيح غير صحيحة، كحالة عدم توجيه إعلام بالفحص داخل الأجل القانوني.

<sup>2</sup>- قبل إصدار كتاب المساطر الجبائية لسنة 2005 كان لا يحق للإدارة توجيه طعن قضائي ضد مقرر اللجنة الوطنية إلا إذا بنت في مسائل قانونية.

<sup>3</sup>- قبل إصدار قانون المالية لسنة 2005 المتضمن لكتاب المساطر الجبائية لم يكن المشرع ينص على حالة توجيه طعن قضائي قبل إصدار أوامر الاستخلاص ونتج عن ذلك خلاف قضائي بين المحاكم الإدارية التي رفضت هذا الطعن - انظر على سبيل المثال حكم المحكمة الإدارية بوجدة الصادر بتاريخ 99/01/13- والمجلس الأعلى الذي قبل هذا الطعن من خلال قرار صدر له في 2000/05/01.

استنادا إلى المادة السابقة. وذلك لأن الأصل في القرارات القابلة للطعن أمام القضاء الإداري أن يتضرر منها الطاعن. والقرارات التي من شأنها أن تحدث مثل هذا الأثر في المجال الضريبي هي القابلة للتنفيذ. وهي لا تعتبر كذلك إلا إذا صدر الأمر بتنفيذها. وبالتالي فإن مقررات اللجنة الوطنية لا يمكن الطعن فيها إلا إذا صدر الأمر باستخلاص الضرائب المعنية بهذا المقرر<sup>1</sup>.

### المبحث الثاني: الطعون الادارية :

يتعلق الأمر في هذه المرحلة بالمطالبات والطلبات الاستعطفية.

#### المطلب الأول: المطالبات :

كما سبقت الإشارة إلى ذلك، فإن تقديم المطالبة قبل مراجعة القضاء يعتبر أمرا إلزاميا سواء تعلق الأمر بمنازعات الوعاء أو بمنازعات التحصيل.

وقد ألزم المشرع المكلفين بالضريبة في النزاعات الضريبية، قبل مراجعة القضاء، بضرورة توجيه طعون إدارية إلى الإدارة الجبائية تسمى المطالبات. وتحقق المطالبات مزايا موضوعية لكل من الملزم والإدارة. كما أنها من الناحية المسطرية تعمل على ربط المرحلة الإدارية بالمرحلة القضائية<sup>2</sup> في جميع المنازعات الضريبية، باستثناء تلك المنازعات التي تنشأ بسبب مباشرة الإدارة لعملية تصحيح إقرارات المكلفين والمستوفية لجميع مراحل التحكيم أمام اللجان المختصة. حيث في الحالة الأخيرة يمكن للمكلفين اللجوء مباشرة إلى القضاء دون سلوك إجراء المطالبات.

فكل مكلف يعتبر أن الضريبة فرضت عليه خطأ، أو زيادة على ما يعتبره يعتبره أساسا لها، أو فرضت عليه وهي غير مطابقة لقاعدة قانونية أسمى، أو بسبب عدم استفادته من حق إعفاء نصت عليه مقتضيات قانونية، فمن حقه أن يطالب بإسقاط كلي للضريبة أو بتخفيض مبلغها أو باسترداد ما قام بدفعه<sup>3</sup> شريطة أن يتم ذلك داخل أجل ستة أشهر ابتداء من يوم العلم بالضريبة.

#### المطلب الثاني: الطلبات الاستعطفية :

إلى جانب المطالبات كنوع من الطعون النزاعية الإدارية نجد الطلبات الاستعطفية. حيث يمكن للمكلفين أن يوجهوا هذه الأخيرة إلى الإدارة الضريبية بهدف الحصول على استقاط كلي أو جزئي للغرامات المترتبة عن تأخر الوفاء بالضريبة. كما يمكن أن توجه هذه الطلبات من قبل المحاسبين العموميين إلى الإدارة الجبائية بهدف إسقاط المبالغ المقيدة في حساباتهم والتي استعصى عليهم استخلاصها أو امتنعوا عن ذلك أو تهاونوا في جبايتها.

وتختلف الطلبات الاستعطفية عن المطالبات من حيث الطبيعة ومن حيث الإلزامية. فبالنسبة للمطالبات فإنها إجراء إلزامي يجب على الخاضع للضريبة المرور منه قبل اللجوء إلى القضاء. وفي حالة العكس فإن الدعوى التي يقيمها الملزم تكون غير ذات جدوى. كما أن المطالبة تستهدف المنازعة في الأسس الضريبية المعتمدة، أو طريقة استخلاصها.

<sup>1</sup>- محمد السماحي، م س، ص 86.

2 - Mohamed cherkaoui, le contentieux fiscal au Maroc, DES, Droit public, Rabat 1982 p 133.

<sup>3</sup>- عبد القادر التلاني، م س، ص 44.

أما الطلبات الاستعطفية فليس لها أي طبيعة إلزامية. ويمكن اللجوء إليها في أي وقت. وهي لا تستهدف المنازعة، وإنما استعطف الإدارة الضريبية بغية الحصول على اسقاط جزئي أو كلي للغرامات التي يعترف الطالب بقانونيتها ويأمل أن يعفى منها.

ولعل ما جعل المشرع يعترف بهذا الحق للخاضعين للضريبة، هو غاية ترك الباب مفتوحاً أمام المكلفين الذين لم يتمكنوا من الدفاع عن أنفسهم في الوقت المناسب، أو الذين لهم حسن نية، كي يتقدموا بطلب يرمي إلى طرح بعض الغرامات أو الزيادات التي أصبحت واجبة عليهم بمقتضى القانون، ولم تعد أمامهم طريقة للطعن فيها<sup>1</sup>.

بخلاف المطالبات فإن الطلبات الاستعطفية لا تخضع لشروط شكلية وأجال محددة. فهي تكون مفتوحة في وجه جميع المكلفين، سواء قبل رفع النزاع إلى القضاء أو بعده. ولا يتقيد فيها بعامل الزمن أو لشكليات معينة. لأنها تهدف فقط إلى استدرار عطف الإدارة للاحتكام إلى مبادئ الشفقة والإنصاف، والأخذ بعين الاعتبار الظروف الشخصية للمشتكي<sup>2</sup>.

فالطلبات الاستعطفية لا يشترط توفرها على حجج قانونية تبرر تقديمها، والتي تستند إليها الإدارة في اتخاذ موقفها منها. فكل ما تتضمنه هو الطلب الصريح لإسقاط ضريبي وبيانات تساعد على تحديد الضريبة موضوع الطلب. ثم يتم توجيهها إلى الإدارة الضريبية دون التقيد بأجل معين، لكن مع بقائها داخل أجل التقدم. إذ بمرور هذا الأجل تفقد الإدارة حقها في إمكانية تعديل المبالغ الضريبية.

### الفصل الثاني: المرحلة القضائية للمنازعات الضريبية:

تجسد المرحلة القضائية في مسطرة المنازعات الجبائية المفهوم الحقيقي للمنازعات المتعارف عليه. فإذا كانت الإدارة الجبائية تستأثر في المرحلة الإدارية التي تعرضنا إليها بمحيز خاص أو مكانة متميزة لكونها خصم وحكم في نفس الوقت، فإن الهيئات القضائية تظهر مستقلة محايدة<sup>3</sup>، مما يشكل ضماناً لحماية حقوق الملزم وتطبيق سليم للقانون.

وإذا كان يحق للخاضع للضريبة والإدارة حق اللجوء إلى القضاء، فإن هذا الأخير يتحمل مهمة إنصاف المكلف الذي لم يتم إنصافه بالحلول الإدارية للمنازعة الضريبية. وذلك باعتبار أن العلاقة الجبائية تربط بين طرف ضعيف - المكلف - وطرف قوي - الإدارة الجبائية - يتمتع بامتيازات تستند إلى المصلحة العامة التي يسعى إلى تحقيقها.

وكما هو الحال في جميع المنازعات الأخرى، فإن المنازعات الضريبية أمام القضاء تتم عبر درجتين للتقاضي إلى جانب رقابة المجلس الأعلى الذي يراقب الأحكام القضائية من خلال طلب النقض.

### المبحث الأول: المنازعات الضريبية أمام المحاكم الإدارية:

حدد المشرع إجراءات رفع الدعوى الضريبية واعتبرها من النظام العام، إذ يؤدي خرقها إلى عدم قبولها. ويتعلق الأمر بعريضة الدعوى، أجل رفع الدعوى ثم شروط الطاعن. وسنتناول في هذا المبحث النقاط الثلاث المكونة لمسطرة رفع الدعوى.

<sup>1</sup> - محمد مرزاق، عبد الرحمان أبليلام، ص 154.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 230.

<sup>3</sup> - محمد مرزاق، عبد الرحمان أبليلام، ص 175.



## المطلب الأول: أجل وطريقة رفع الدعوى الضريبية:

قام المشرع بتوحيد أجل تقديم عريضة الدعوى بالنسبة للمكلفين والإدارة الضريبية، بعدما كان يختلف تبعاً لنوع الضريبة موضوع النزاع. وهو ما كان من شأنه أن يحدث التباساً للملزمين في تحديد الأجل اللازم احترامه لرفع الدعوى، وبالتالي ضياع حقوقهم. غير أنه إذا كان الأجل موحداً على مستوى الضرائب والرسوم، فإنه يختلف حسب المسطرة المتبعة في المنازعة في حالة سلوك مسطرة تحكيم اللجان الضريبية أو سلوك طريق المطالبات.

ففي الحالة الأولى فإن هذا الأجل يحدد في ستين (60) يوماً ابتداءً من تاريخ وضع الأمر بالتحصيل موضع التنفيذ. وفي هذا الصدد تنص المادة 242 من المدونة العامة للضرائب على أنه يجوز للخاضع للضريبة والإدارة على حد سواء المنازعة عن طريق المحاكم في الضرائب المفروضة على أثر المقررات الصادرة عن اللجان المحلية لتقدير الضريبة التي أصبحت نهائية أو اللجنة الوطنية للنظر في الطعون المتعلقة بالضريبة، وذلك داخل أجل ستين (60) يوماً الموالية لتاريخ صدور الأمر بالتحصيل أو قائمة الإيرادات أو الأمر بالاستخلاص. واستثناءً داخل أجل ستين (60) يوماً الموالية لتاريخ تبليغ قرار اللجان المذكورة، إذا لم يترتب عن مقرر اللجنة إصدار جدول التحصيل أو قائمة الإيرادات أو أمر بالاستخلاص.

فالطاعن يجب أن يوجه طعنه إذن، تحت طائلة عدم القبول، إلى المحكمة الإدارية داخل شهرين من تاريخ التحصيل. وفي حالة عدم اتخاذ الإدارة لإجراءات التحصيل يمكن الطعن داخل أجل ستين (60) يوماً من تاريخ تبليغ مقرر اللجنة الضريبية إلى الملزم. ويتساوى المكلف بالضريبة والإدارة في أجل الطعن.

وبالنسبة لأجل الطعن فيما يخص المطالبات الموجهة إلى الإدارة، فإن الملزم يملك أجلاً يبلغ شهراً ابتداءً من تاريخ تلقي جواب الإدارة أو من تاريخ انتهاء المدة المقررة لها للرد على المطالبة - ستة أشهر من تاريخ تلقي المطالبة - . وفي هذا السياق تنص المادة 243 من نفس القانون على أنه "إذا لم يقبل الخاضع للضريبة القرار الصادر عن الإدارة عقب بحث مطالبته جاز له أن يرفع الأمر إلى المحكمة المختصة داخل أجل الثلاثين (30) يوماً الموالية لتاريخ تبليغ القرار.

إذا لم تجب الإدارة داخل أجل الستة (6) أشهر الموالية لتاريخ المطالبة جاز كذلك للخاضع للضريبة الطالب رفع طلب إلى المحكمة المختصة داخل أجل الثلاثين (30) يوماً الموالية لتاريخ انصرام أجل الجواب المشار إليه أعلاه".

وما تجب الإشارة إليه أن الأجلين السابقين أجلاً سقوطاً لا يستفيد فيهما الطاعن - الملزم أو الإدارة - من أسباب الوقف أو القطع، والتالي فإن عدم تقديم طعن داخل الأجل القانوني يعتبر قبولاً ضمناً إما بمقرر اللجنة الضريبية أو بتقديرات الإدارة.

والملاحظ أن المشرع لا يشير إلى إمكانية قبول القضاء للطعن المقدم من قبل المكلف قبل حلول الأجل. إلا أن بعض الباحثين<sup>1</sup> يذهب إلى أنه يجب قبول هذا الطعن استناداً إلى كون الأجل منحاً لمصلحة المكلف وليس لمصلحة الإدارة. وبالتالي فإن إثارة هذه الأخيرة لعدم حلول الأجل عند تقديم الطعن لا يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار. وفي

1- عبد الله الهليلي، موجز التقاضي والاستخلاص في أداءات الدولة، بدون طبعة 1982، ص 270

المقابل يرى البعض<sup>1</sup> بأن الطعن القضائي لا يجب أن يوجه إلا ضد القرارات التنفيذية التي أصبحت نافذة. وبالتالي فإن الطعن الملزم في هذه الحالة لا يجب أن يلقى القبول.

ان الوسيلة الممهدة لتدخل القضاء هي عريضة الدعوى أو المقال الافتتاحي، التي يفرض القانون أن تكون كتابية، ويستبعد إمكانية التصريح. كما يوجب أن يتم توقيع العريضة من طرف محام<sup>2</sup>، لا يجب بالضرورة أن يكون مقبولاً للترافع أمام المجلس الأعلى، وأن يتم أداء الرسوم القضائية وإيراد بعض البيانات الأساسية في العريضة .

وحسب الفصل 32 من ق م ق م فإن هذه البيانات تتعلق بالأسماء العائلية والشخصية وصفة أو مهنة وموطن أو محل إقامة المدعي. وإذا كان أحد الأطراف شركة وجب أن يتضمن المقال اسمها وعنوانها ومركزها الاجتماعي. كما يجب أن يتضمن المقال موضوع الدعوى والوسائل والوثائق التي ينوي المدعي استعمالها.

وإذا كانت هذه البيانات الضرورية في الطلبات الافتتاحية بصفة عامة، فإنه في المنازعات الجبائية يجب إرفاق الطلب بنسخة من القرار موضوع الطعن أو نسخة من المطالبة الموجهة إلى الإدارة أو نسخة من جواب الإدارة حول المطالبة في حالة الرد عليها بالرفض .

وباعتبار توجيه المطالبة إلى الإدارة قبل مراجعة القضاء من النظام العام فإن القاضي يمكن أن يثيره من تلقاء نفسه. كما يحق للإدارة الضريبية إثارته في أي مرحلة من مراحل الدعوى. ويمكن للمكلف في حالة عدم تقديم المطالبة أن يبادر إلى تقديمها مادام الأجل القانوني لم ينقض بعد. ويحق له بعد ذلك إذا رفضت مطالبته أن يلجأ إلى القضاء شريطة احترام الأجل القانوني الذي تحدده المطالبة الثانية .

ومعلوم أن المشرع يشترط في الدعاوى التي يكون موضوعها التصريح بمديونية الدولة أو إدارة عمومية إدخال العون القضائي للمملكة وإلا كانت غير مقبولة. إلا أنه استثنى من ذلك الدعاوى الضريبية<sup>3</sup>.

وإثر رفع الدعوى الضريبية يقوم القاضي المقرر<sup>4</sup> المكلف بملف الدعوى بالتحقيق فيها. ويطلب عند الاقتضاء من المدعي اتمام البيانات التي تم إغفالها في عريضة الطعن، حيث لا يتم النظر في الدعوى إلا بعد استكمال البيانات الضرورية .

وإذا كان المكلف مدعياً فإن عريضة الدعوى التي قدمها لا يجب أن تتضمن أكثر مما طالب به أمام اللجان الضريبية أو في مطالبته. فكل طلب في المقال الافتتاحي أو أمام المحكمة لم يسبق إثارته خلال المرحلة الإدارية للنزاع لا يتم قبوله. وطالما أن الدعوى سارية ولم يتم النطق بالحكم فإنه بإمكان طرفي النزاع التقدم بطلبات إضافية، كلما ظهرت لأحدهما اثباتات جديدة أو وسائل يدعم بها موقفه شريطة أن تكون لها علاقة مباشرة بموضوع الطلب الافتتاحي . وتبعاً لذلك فإنه كلما ظهرت للإدارة وثائق يمكن استعمالها في الدفاع عن موقفها يمكن لها أن تدلي

1- محمد السماحي ، م س ، ص 86.

2- الإدارة الضريبية غير ملزمة بالموازرة بمحام أمام القضاء الإداري .

3- المادة 514 من ق م م .

4- يتولى تعيينه رئيس المحكمة الإدارية بمجرد التوصل بعريضة الدعوى ، وتتجلى مهمته في تهيء ملف القضية والتحقيق فيه وتعيين تاريخ الجلسة قصد النظر في القضية كما يقوم بإصدار الأمر بالتخلي .

موسى عبود ، محمد السماحي ، المختصر في المسطرة المدنية والتنظيم القضائي ، طبعة 1997 ، ص 138

للمحكمة بها. ولا يمكن للمكلف أن يدعي بأن هذه الوسائل جديدة ويطلب بعدم قبولها، خصوصا إذا لم يسبق للإدارة أن احتجت بها أمام اللجان الضريبية.

### المطلب الثاني: سير الدعوى الضريبية:

بعد رفع الدعوى الضريبية بشكل صحيح تنظر فيها المحكمة، وتستعين في ذلك بالتحقيق في الوقائع المرتبطة بموضوع النزاع الضريبي، مع أخذها بالإثباتات المقدمة من طرف الخصوم.

### الفقرة الأولى: الإثبات في الدعوى الضريبية:

يخضع الإثبات في المادة الضريبية للقواعد العامة المعمول بها في ق ل ع. فبالرغم من الخصوصية التي يتمتع بها القانون الضريبي فإن القاضي كثيرا ما يلجأ إلى اعتماد قواعد القانون المدني<sup>1</sup> التي تعتبر الشريعة العامة القانون.

وأهم قاعدة يستند إليها في الإثبات هي المنصوص عليها في الفصل 399 من ق ل ع ومؤداها إثبات الحق على عاتق مدعيه. ومادام أن المكلف هو الذي يبادر عادة إلى رفع الدعوى فإنه يكون ملزما بالإدلاء بما يثبت ادعاءه، رغم أن الخصومة الضريبية موضوعية بعكس الخصومات التي تكون شخصية في إطار القانون الخاص.

وما يلاحظ أن وسائل الإثبات تكون غير كافية بالنسبة للمكلف، إذ أن أكثرها تمتلكه الإدارة، مما يجعل توفر حق الإثبات أمر غير ذي جدوى بالنسبة للمكلف. لذلك يدعو بعض الباحثين<sup>2</sup> إلى قيام القضاء بدور إيجابي في الخصومة عن طريق طلب تقديم ما تحوزه الإدارة من أوراق لتحقيق التوازن بين الطرفين وبالتالي تحميلها عبء الإثبات.

وعلى العموم فإن القاعدة المعمول بها هي أن الإثبات يقع على المدعي. ويبقى له أن يختار الإثباتات المناسبة سواء المرتبطة بالحاسبة أو الخارجة عنها.

وإذا كان مما هو مقرر في الإثبات أن المدعي لا يمكنه خلق دليل من تلقاء نفسه والاحتجاج به ضد المدعي عليه، فإن هذه القاعدة لا تنطبق على الوثائق المحاسبية في المنازعات الضريبية، إذ يجوز الإثبات بواسطتها.

فالوثائق المحاسبية التي تشكل نقمة بالنسبة للمكلف، قد تدعم موقفه في مواجهة المصالح الضريبية خاصة في الحالة التي يكون فيها بصدد منازعة في الأساس الضريبي أمام القضاء. وفي المقابل قد تكون المحاسبة المسوكة حجة على الملتزم عندما تعتمد الإدارة الضريبية لدحض ادعائه<sup>3</sup>.

ولكي تقبل الوثائق المحاسبية كدليل إثبات في الخصومة الضريبية يجب أن تكون مسوكة بطرق قانونية، من حيث انتظام مسكها وتوفر جميع الشروط الكيفية فيها وجميع الوثائق والسجلات المطلوبة قانونا<sup>4</sup>. حينئذ يمكن الاحتجاج بها أمام القضاء.

1- انظر بهذا الخصوص:

J.Pujot, l'application du droit privé en matière fiscale, LGDJ, 1987.

2- عبد الرحمان ايليل، خصوصيات العمل القضائي في المنازعات الجبائية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 4، 1993، ص 62.

3- محمد مرزاق، عبدالرحمان ايليل م س، ص 229.

4- أنظر المادتين 145 و 211 من المدونة العامة للضرائب.

وإلى جانب وسائل الإثبات المحاسبية التي تعتبر القاعدة العامة في الإثبات في الخصومة الضريبية، سمح القضاء للمتنازعين بإمكانية الاحتجاج بأدلة خارج المحاسبة. مع العلم إن هذه الوسائل جد محدودة وقد بينها الاجتهاد القضائي في وسيلتين: الاعتراف والإثبات بالقرائن. وعموماً فالقضاء يتشدد في وسائل الإثبات التي يمكن إثارتها أمامه. إلا أن جعل الإثبات حراً في الطعون الضريبية من شأنه أن يفتح أمام المكلف فرصاً لتأكيد حقه والدفاع عن نفسه أمام الإدارة الضريبية<sup>1</sup>.

### الفقرة الثانية: التحقيق في الدعوى الضريبية:

أثناء بسط القاضي لولايته على ملف الدعوى، قد يستعصى عليه أمر البت فيها لوجود جوانب تقنية في النزاع ولتجنب هذه الإشكالية أجاز له القانون إمكانية الاستعانة بالتحقيق أو الخبرة كإجراء يقصد به حماية الحق وضمن تطبيق القانون. والملاحظ إن إجراءات التحقيق لا تخرج عن القواعد العامة المنصوص عليها في ق م م.

تعرف الخبرة بأنها وسيلة قررها المشرع لمساعدة القاضي بمناسبة إثبات وقائع معينة<sup>2</sup>. ويتم اللجوء إليها إما بمبادرة من القاضي أو بطلب من أحد طرفي النزاع أو هما معاً، على أن مجال الخبرة<sup>3</sup> ينحصر في المسائل التقنية ولا يمتد إلى القانون.

يقوم الخبير بمهمته تحت مراقبة القاضي الذي يمكن له حضور عمليات الخبرة إذا اعتبر ذلك مفيداً. وفي حالة عدم تمكنه من القيام بمهمته داخل الأجل المحدد لها أو لم يقبل القيام بها، جاز للقاضي أن يعين خبيراً آخر مكانه ودون حاجة لإخبار الأطراف.

إثر انتهاء عملية الخبرة، يضمن الخبير ملاحظاته في تقرير يوجهه إلى القاضي الذي يضعه رهن إشارة الأطراف على أن مضمون هذا التقرير لا تكون المحكمة ملزمة بالأخذ به.

وإذا كانت الاستعانة بالخبير ترجع إلى الطبيعة التقنية المعقدة للقانون الضريبي، فإن بعض الفقه<sup>4</sup> يرى أن أمر البت في المنازعة الضريبية قد يتحول من يد القاضي إلى يد الخبير خصوصاً وإن أخذ القاضي برأي الخبير يجعل حكمه حائزاً لقوة الشيء المقضي فيه مما يؤدي إلى تضييق مجال الطعن فيه.

### الفقرة الثالثة: صدور الحكم:

كما هو الشأن في أغلب الدعاوى المقامة لدى القضاء، تبت في الدعوى الضريبية هيئة قضائية مكونة من ثلاث قضاة ولا يكون عضواً في هذه الهيئة القاضي الذي سبق له أن كان رئيساً لإحدى اللجان الضريبية التي عرض النزاع عليها في إطار المرحلة الإدارية للمنازعة. أول ما تبدأ به المحكمة هو التأكد من استيفاء الدعوى لجميع الشروط الشكلية السابق الإشارة إليها، وعند استيفائها تمر إلى النظر في جوهر النزاع، وما يلاحظ في هذا الصدد أن القضاء

<sup>1</sup>- محمد مرزاق، عبدالرحمان ابليلام س، ص 232

<sup>2</sup>- الطيب الفصايلي، الوجيز في القانون القضائي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، 1999 ص 62.

<sup>3</sup>- الخبرة منظمة في ق م م من الفصل 59 الى ف70.

<sup>4</sup> - J.P. Chevalier, La relativité de l'autorité de la chose jugée dans le contentieux fiscal, P.U. F., 1975, p 79.

الإداري جرى على أن يتوسع في تفسير النصوص الضريبية أكثر من المحاكم العادية ، وذلك باستعمال القياس لتأثره،  
بفقه القانون العام الذي يعترف بالسلطة المنشئة للقاضي في المجال الضريبي 1.

وإذا كانت المحاكم الإدارية تأخذ بالقياس في المادة الضريبية، إلا أن ذلك لا يعدو أن يكون سوى تفسير ضيق للنصوص، إذ أن الأخذ بطريقة القياس بشكل واسع يعني تفسير النصوص الضريبية تفسيرا واسعا، وهو ما قد يؤدي إلى فرض الضريبة على أمور لا ترد بالقانون قياسا على أمور وردت به، وهو أمر مخالف للقاعدة المقررة في الفصل 17 من الدستور وهي عدم جواز فرض الضريبة إلا بقانون 2.

و للمحكمة سلطات واسعة في النزاع الضريبي. فلها سلطة إسقاط المبلغ الضريبي كليا أو جزئيا أو إبقائه على ما هو. كما لها سلطة إيقاف قرار الإدارة المتعلق بالمتابعات أو الإكراه في مجال استخلاص الضرائب. ولن يتسنى لها ذلك إلا إذا كانت الدعوى المقدمة دعوى قضاء شامل وليس دعوى قضاء إلغاء 3، إذ في الحالة الأخيرة لا تملك المحكمة إلا أن تقرر شرعية أو عدم شرعية الفرض الضريبي دون تعديل المبالغ المفروضة.

ويتعين أن يشمل الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بخصوص المنازعة الجبائية الحثيات والمنطوق والتعليل 4. ويتم تبليغ الحكم إلى الخصوم من طرف كاتب الضبط عن طريق تسليم نسخة إلى كل طرف عن طريق الأعوان القضائيين أو أعوان كتابة الضبط أو بواسطة رسالة مضمونة الوصول مع إشعار بالتسلم.

وعملا بمبدأ التقاضي على درجتين يمكن للخصوم استئناف الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية. وفي هذا الصدد يتعين على رئيس المحكمة أن يشعر الأطراف في نسخة الحكم الموجهة إليهم أن بإمكانهم استئناف الحكم داخل أجل ثلاثين يوما (30) من يوم تبليغه إليهم .

وفي حالة عدم استئناف الحكم داخل الأجل القانوني من طرف كلا المتنازعين فإنه يصبح حائزا لقوة الشيء المقضي به ويتحتم على الإدارة تنفيذه. غير أنه لا وجود لوسائل قانونية إلزامية تجبر الإدارة على تنفيذ الأحكام القضائية. ولا وجود كذلك لنص يجيز لكتابة الضبط بالمحكمة الإدارية أمر المعاينة والتأكد من تنفيذ الأحكام مما قد يؤدي إلى تماطل الإدارة في تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها 5. فالأمر إذن يتطلب نصا قانونيا يمهّل الإدارة أجلا معيناً لتنفيذ الأحكام القضائية بغية ضمان تنفيذ هذه الأحكام.

### المبحث الثاني : الطعن في الأحكام الصادرة في المادة الضريبية :

طرق الطعن هي الوسائل القضائية الاختيارية التي ينظمها القانون لمصلحة المحكوم عليه إذا أراد الاعتراض على الحكم الصادر بقصد إلغائه أو تعديله أو إزالة أثره 6.

1- زكرياء محمود بيومي ، الطعون القضائية في ربط وتحصيل الضريبة، القاهرة 1979، ص 107.  
2- عبد المعطي قدوري ، الحماية القضائية للملزم في إطار مجال المنازعات الضريبية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية ، عدد 1997، ص 19.  
3- عبد القادر التعلاني ، م س ، ص 154.  
4- الفصل 50 من ق م م .  
5- عبد القادر التعلاني م ص ، ص 153  
6- الطيب الفصايلي، م س ، ص 104.

ولعل ما يدفع المشرع في أي نظام قانوني إلى الأخذ بطرق الطعن هو تحقيق العدالة، عن طريق تلافي الإغفال الذي يمكن أن يقع فيه قاضي الدرجة الأولى. سواء كان ذلك في شكل خطأ في القانون أو تقدير الوقائع أو التكييف القانوني لهذه الوقائع .

ويميز في طرق الطعن بين طرق الطعن العادية وطرق الطعن غير العادية. غير أنه لا بد من المرور بطرق الطعن العادية قبل الاستثنائية وإلا رفض الطعن.

### المطلب الأول : طرق الطعن العادية :

يحدد القانون المغربي طرق الطعن العادية في الاستئناف والتعرض، وستتناولها تباعا.

### الفقرة الأولى : الطعن بالاستئناف :

تحدد المادة 9 من القانون 03-80 أجل الطعن بالاستئناف في ثلاثين (30) يوما من تاريخ تبليغ الحكم وفقا للمقتضيات المنصوص عليها في الفصل 134 وما يليه إلى الفصل 141 من قانون م م . ويضاعف هذا الأجل ثلاث مرات لمصلحة الأشخاص الذين ليس لهم موطن ولا محل إقامة بالملكة<sup>1</sup> ، كما يوقف إثر وفاة الملزم ولا يستأنف إلا بعد مرور خمسة عشر (15) يوما من تاريخ تبليغ الحكم للورثة<sup>2</sup> وفي جميع الحالات فإن هذه الآجال آجال كاملة لا يحتسب فيها اليوم الأول للتبليغ ولا اليوم الأخير .

يتم إيداع مقال الاستئناف لدى كتابة الضبط بالحكمة الإدارية المصدرة للحكم. ويجب أن يتضمن البيانات المنصوص عليها في المادة 142 من ق م م . ويمنع على الأطراف تقديم طلبات استئناف جديدة أثناء النظر في الاستئناف، تؤدي إلى تحويل النزاع أو الزيادة فيه أو إحداث تغيير في صفة الخصوم. كما يمنع كذلك على الخصوم تقديم طلبات لم يسبق إثارتها أمام المحاكم الإدارية كطلب الإسقاط الكلي للضريبة بعد المطالبة بالإسقاط الجزئي فقط للضريبة في المرحلة الابتدائية<sup>3</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن مقال الاستئناف يكون مكتوبا ويوقعه محام. ما عدا استئناف الإدارة الضريبية حيث يكون اللجوء إلى المحامي أمرا اختياريا. كما ان طلب الاستئناف يكون معفى من أداء الرسوم القضائية<sup>4</sup> . غير أن هناك تساؤلا يطرح حول النصاب المالي المنصوص عليه في المادة 19 من ق م م، والمحدد في أكثر من ثلاثة آلاف درهم. فهل يجب توفره في حكم المحكمة الإدارية لقبول مقال الاستئناف أم ان هذا النصاب لا يتعلق إلا بالمنازعات المدنية دون الضريبية، مع العلم أن القانون 03-80 لا يحيل على المادة السابقة؟. يذهب البعض<sup>5</sup> إلى التسليم بأن هذا النصاب يسري كذلك على المنازعات الضريبية. أي يجب أن يفوق مبلغ الضريبة المتنازع حولها ثلاثة آلاف درهم لقبول طلب الاستئناف، وإلا فإن حكم المحكمة الإدارية سيعتبر ابتدائيا وانتهائيا في حالة عدم توفر هذا النصاب .

ولعل ما يركي هذا الموقف هو المادة 15 من القانون 03-80 التي تنص على أنه " تطبق أمام محاكم الاستئناف الإدارية القواعد المقررة في المسطرة المدنية والقانون رقم 90-41 المحدثه بموجبه المحاكم الإدارية ما لم

1- المادة 136 من ق م م

2- المادة 137 من ق م م .

3- عبد القادر التعلاني، م س ، ص 156.

4- المادة 10 من القانون 03-80.

5- عبد القادر التعلاني م س ، ص 155.

ينص قانون على خلاف ذلك". ورغم ذلك لا يمكن الحسم في هذه المسألة اعتمادا على هذه المادة. لأنها تتحدث عن القواعد المطبقة أمام محاكم الاستئناف الإدارية. أي بعد رفع الاستئناف إليها، وليس قبل أن تبسط نظرها على طلب الاستئناف .

وتجدر الإشارة إلى أنه ليس لاستئناف الأحكام الصادرة بوقف تنفيذ قرار إداري أثر واقف. غير انه يجب على محكمة الاستئناف أن تبت في أي طلب رفع إليها يتعلق بوقف تنفيذ قرار إداري داخل أجل ستين (60) يوما، تبتدئ من تاريخ توصل كتابة ضبط محكمة الاستئناف بالملف 1 وفي حالة نظر المحكمة في طلب الاستئناف فإن رئيس المحكمة أو نائبه يقوم بمهام قاضي المستعجلات 2.

### الفقرة الثانية: الطعن بالتعرض :

التعرض 3 طريقة طعن عادي يرفعه المحكوم عليه غيابيا إلى نفس المحكمة التي أصدرت الحكم الغيابي لا إلى محكمة أعلى، وذلك بقصد إرجاع القضية أمام نفس القاضي الذي سبق له أن بث فيها لإعادة النظر في الحكم الأول الصادر في حقه 4.

والأحكام الغيابية الصادرة عن المحاكم الإدارية لا يمكن الطعن فيها بالتعرض إلا إذا كانت غير قابلة للاستئناف. أي إذا أصبحت نهائية، إما لفوات أجل الاستئناف أو لعدم توفر النصاب المالي في موضوع المنازعة. فلا يمكن الجمع بين التعرض والاستئناف.

يجب أن يتم التعرض داخل أجل عشرة (10) أيام من تاريخ تلقي حكم المحكمة الإدارية بواسطة إيداع مقال لدى كتابة ضبط المحكمة. ولا يقبل أي تعرض جديد في حالة صدور حكم غيابي مرة ثانية ضد الطاعن.

وإذا كان الطعن بالتعرض يشمل الأحكام الغيابية الصادرة عن المحاكم الإدارية، فإنه يسري كذلك على تلك الأحكام الغيابية التي تصدرها محاكم الاستئناف الإدارية استنادا إلى المادة 14 من القانون 03-80، ويخضع لنفس الشروط أعلاه. وذلك طبقا للفصل 352 من ق م م . ومهما تكن المحكمة التي تنظر في التعرض، فإنه ينتج أثرا واقفا ما لم يؤمر بغير ذلك في الحكم الغيابي، وفي الحالة الأخيرة إذا قدم المحكوم عليه طلبا بإيقاف التنفيذ، يتم البت فيه أولا قبل البت في جوهر النزاع 5.

### المطلب الثاني: طرق الطعن غير العادية :

تحدد طرق الطعن غير العادية في القانون المغربي في التماس إعادة النظر، تعرض الخارج عن الخصومة والطعن بالنقض وتفصيلها كما يلي :

1- المادة 13 من القانون 03-80.

2- المادة 6 من القانون 03-80.

3- منظم في ق م م من الفصل 130 إلى الفصل 133.

4- الطيب الفصايلي، م س، ص 127.

5- المادة 132 من ق م م .

## الفقرة الأولى : التماس إعادة النظر:

الطعن بالتماس إعادة النظر<sup>1</sup> هو طريق غير عادي للطعن في الأحكام النهائية يرفع أمام المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه إذا تحقق سبب أو أكثر من الأسباب التي حددها القانون على سبيل الحصر. وهو لا يستهدف إصلاح الحكم موضوع الالتماس وإنما محو هذا الحكم ليعود مركز الملتمس في الخصومة إلى ما كان عليه قبل صدوره<sup>2</sup>

ويسجل بخصوص إلتماس إعادة النظر عدم إشارة المشرع إليه، سواء في القانون 90-41 أو القانون 03-80. غير أنه لا وجود لأي نص يمكن أن يستفاد منه المنع من اللجوء إليه أمام القضاء الإداري. إلا أن البعض<sup>3</sup> يذهب إلى أن المنازعات الضريبية مقصية من التماس إعادة النظر لعدم وجود أي نص في ق م م أو في القانونين المذكورين يميز ذلك .

وحسب الفصل 402 من ق م م فإن التماس إعادة النظر لا يتم إلا في موضوع الأحكام التي لا تقبل الطعن بالتعرض والإستئناف، وقد حدد نفس الفصل الحالات التي يمكن فيها اللجوء إلى هذا النوع من الطعن وهي كما يلي :

- 1- إذا بتت المحكمة فيما لم يطلب منها أو حكمت بأكثر مما طلب أو إذا أغفلت البت في أحد الطلبات.
- 2- إذا وقع تدليس أثناء تحقيق في الدعوى.
- 3- إذا بني الحكم على مستندات اعترف أو صرح بأنها مزورة وذلك بعد صدور الحكم .
- 4- إذا اكتشفت بعد الحكم وثائق حاسمة كانت محتكرة لدى الطرف الآخر .
- 5- إذا وجد تناقض بين أجزاء نفس الحكم.
- 6- إذا قضت نفس المحكمة بين نفس الأطراف واستنادا لنفس الوسائل بحكمين نهائيين ومتناقضين وذلك لعدة عدم الإطلاع على حكم سابق أو خطأ واقعي .
- 7- إذا لم يقع الدفاع بصفة صحيحة على حقوق إدارات عمومية أو قاصرين.

وتعتبر الحالة الأولى والأخيرة من أكثر الحالات التي يستند إليها طالب التماس إعادة النظر في المنازعة الجبائية. وخاصة من جانب إدارة الضرائب التي غالبا ما تدعي أن المحكمة قضت بما لم يطلب منها<sup>4</sup>. ويجب أن يقدم طلب إعادة النظر إلى المحكمة التي أصدرت الحكم داخل أجل ثلاثين (30) يوما ابتداء من تاريخ تبليغ الحكم المطعون فيه، مع ضرورة إرفاقه بوصل يثبت إيداع مبلغ بكتابة الضبط يساوي الحد الأقصى للغرامة التي يمكن الحكم بها على الطرف الذي يخسر طلب إعادة النظر<sup>5</sup>.

1- منظم بالفصول من 402 إلى 410 من ق م م

2- الطيب الفصائلي ، م س ، ص 228.

3- عبد القادر التعلاني ، م س ، ص 155

4- محمد مرزاق ، عبدالرحمان ابليلا ، م س، ص 260.

5- المادتين 403 و 407 من ق م م



## الفقرة الثانية: تعرض الخارج عن الخصومة:

نظم المشرع الطعن عن طريق تعرض الخارج عن الخصومة لمصلحة الأشخاص الذين لم يكونوا أطرافاً أو ممثلين في دعوى صدر فيها حكم يضر بمصالحهم وحقوقهم<sup>1</sup>.

يقدم تعرض الخارج عن الخصومة<sup>2</sup> وفقاً لقواعد المقالات الافتتاحية للدعوى. ويجب أن يكون مصحوباً بوصف يثبت إيداع الطاعن لمبلغ بكتابة ضبط المحكمة مساوياً للغرامة في حدها الأقصى التي يمكن الحكم بها في حالة عدم قبول التعرض. غير أن مجال اللجوء إلى وسيلة الطعن هذه في المادة الضريبية ضيق جداً بالنظر إلى سهولة ضبط الأطراف المعنية، وبالنظر أيضاً إلى أن الإجراءات التي يتم القيام بها سواء في المرحلة الإدارية أو المرحلة القضائية تمكن من استدعاء كل من له مصلحة في الدعوى<sup>3</sup>.

## الفقرة الثالثة: الطعن بالنقض:

طلب النقض<sup>4</sup> هو طريق غير عادي يهدف إلى عرض الحكم المطعون فيه على المجلس الأعلى قصد نقضه لما يشوبه من عيوب قانونية سواء من الناحية الإجرائية أو الموضوعية<sup>5</sup>.

وحسب المادة 359 من ق م م، فإن طلب النقض يجب أن يستند إلى أحد الأسباب التالية:

1- خرق القانون الداخلي.

2- خرق قاعدة المسطرة أضر بأحد الأطراف.

3- عدم الاختصاص.

4- عدم ارتكاز الحكم على أساس قانوني أو انعدام التعليل.

وقد تم الاعتراف لأطراف الخصومة الضريبية بإمكانية توجيه طعن بالنقض بمقتضى المادة 16 من القانون 03-80. حيث أنه نادراً ما تتوقف المنازعة عند حدود طرق الطعن العادية إلا أن اختصاص المجلس الأعلى في هذا الشأن لا يجب أن يفهم منه أنه محكمة موضوع يبت في جوهر النزاع، إنما هو محكمة قانون يراقب مدى احترام الحكم المطعون فيه للنصوص القانونية.

وفي معرض بثه في طلب النقض يكون الحكم الصادر عن المجلس الأعلى إما بقبول النقض أو رفضه، فإذا رفض النقض اكتسب الحكم المطعون فيه مناعة مطلقة وأصبح بمنأى عن أي طعن.

1- الطيب الفصايلي، م س، ص 247.

2- منظم بالفصول: 303-304-305 من ق م م.

3- محمد مرزاق عبد الرحمان أبليل، م س، ص 259.

4- ينظمها ق م م من المادة 353 إلى المادة 385.

5- الطيب الفصايلي م س، ص 185.

أما إذا قبل طلب النقض، فإن الحكم المنقوض مجرد من كافة أثاره، ويعتبر كأن لم يكن. ويعاد الأطراف إلى الوضع الذي كانوا عليه قبل صدوره. ويترتب عن ذلك بطلان جميع الأعمال التنفيذية التي اتخذت من أجل تنفيذ الحكم المنقوض<sup>1</sup> وترجع القضية نتيجة ذلك إلى المحكمة التي أصدرت هذا الحكم.

خاتمة :

يتمتع الخاضع للضريبة ببعض الضمانات خلال أطوار المنازعة أمام اللجان أو أمام القضاء وكلها تصب في اتجاه وضع حماية لحقوق المكلف ضد تعسف الإدارة. لكن، هل يستفيد الجميع من هذه الضمانات ؟

إن المشرع والاجتهاد القضائي عندما يعترف بضمانة لفائدة الخاضع للضريبة فإنها تسري على الجميع دون استثناء. إلا انه عمليا يصعب تحقيق ذلك بالنسبة للبعض. فأمام الجهل بالنصوص الجبائية والثقافة الضريبية المحدودة وأمام تقصير الإدارة وعدم مساهمتها في توعية الخاضعين للضريبة، فإن الاستفادة من هذه الضمانات تبقى محدودة ومن تم وجب على الدولة من خلال الآليات التي تملكها سواء التعليمية أو الإعلامية والهيآت العامة والإدارة الضريبية نفسها وكذا المجتمع المدني المساهمة في نشر الوعي بين المواطنين بهذه الضمانات وبطبيعة العلاقة القانونية بينهم وبين الإدارة وعدم الخوف من التعامل مع هذه الأخيرة.

ولا يجب إنكار أن النصوص المنظمة لمسطرة المنازعات الضريبية قد عرفت عدة تعديلات منذ تبني الإصلاح الضريبي العام، والتي تسير بها نحو مجارة النصوص المعمول بها في الدول المتقدمة ولعل إصدار أول مسطرة للمنازعات -كتاب المناظر الجبائية الذي تم نسخه بالمدونة العامة للضرائب- كان طفرة كبيرة في هذا الصدد، إذ وحدت النصوص من حيث الإجراءات والآجال وجمعتها في إطار نص واحد. ورغم أنها لا تتعلق إلا ببعض الضرائب إلا أنها فسحت الطريق نحو تبني مدونة مسطرية شاملة.

ونظام المنازعات الضريبية إذا كان قد قطع أشواطاً مهمة، فإنه لا يزال يعرف بعض العيوب منها طول البت في النزاعات أمام اللجان أو عن طريق المطالبات وكذا تراكم الملفات لدى القضاء، وإن كان إنشاء القضاء الإداري وبعده محاكم الاستئناف الإدارية سيساهم في خلق قضاء ضريبي مستقل يساعد في التسريع في حسم النزاعات ووضع اجتهادات قضائية يمكن أن يبني عليها المشرع نصوصاً قانونية. إلى جانب ذلك هناك مشاكل مرتبطة بالعمل الإداري من خلال عدم تطوير الأدوات والتقنيات المستعملة في الضريبة وضعف مجال التواصل مع المواطنين وقلة الوسائل الموضوعية رهن إشارة الإدارة .

ولن يتم مواجهة هذه الإكراهات إلا باتخاذ مجموعة من الإجراءات قبيل :

-تحسين علاقة الإدارة بالمواطنين وانفتاحها على المجتمع .

-إعادة هيكلة الإدارة الضريبية بالشكل الذي يستجيب للتطور الاقتصادي ويجعلها قادرة على تنفيذ وإنجاح أي نظام ضريبي.

- تزويد الإدارة الضريبية بالوسائل الإلكترونية الحديثة بهدف الرفع من مستوى عملها وتجنب الاغفالات والأخطاء التي تقع في العمليات الضريبية.

- خلق هيآت وأجهزة داخل الإدارة مهمتها البحث في المشاكل والعراقيل التي تواجه عملها واقتراح حلول لها.

- وضع حلول للإشكالات القانونية وحالات الإغفالات التشريعية التي تؤثر سلبا على الإجراءات المسطرية كما هو الحال في طبيعة الدعوى الضريبية، واختصاص المحاكم الإدارية في منازعات الضرائب وطبيعة الأجل القانونية وآثار عدم احترامها .

وفي الأخير نشير إلى أن أي إطار قانوني لا يمكن أن ينجح إذا لم يواكبه تدعيم عمل القضاء و ضمانات استقلاليتته وتزويده بالوسائل التي يحتاجها. إذ يبقى القضاء أداة لإحقاق الحق وتحريك نصوص القانون حتى لا يلحقها الجمود ووسيلة لحماية حقوق المدارين من تعسف الإدارة. ولعل الوعي بأهمية القضاء في هذا الصدد هو ما دفع المغرب إلى إنشاء المحاكم الإدارية وتسطير كهدف لها حماية المتعاملين مع الإدارة وليس حماية الإدارة، وهو ما عبر عنه الخطاب الملكي بتاريخ 8 ماي 1990 بمناسبة تنصيب المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان، بقوله: " إذا أردنا حقيقة أن نبني دولة القانون فعلينا كذلك أن نأخذ بعين الاعتبار حقوق المواطنين بالنسبة للسلطة وللإدارة وللدولة ... "

لائحة المراجع :

أ- باللغة العربية :

الكتب :

- ✓ سفيان أدريوش ورشيدة الصابري، تصحيح الأساس الضريبي ، مطبعة دار القلم، الطبعة الأولى، 2002.
- ✓ محمد السمحي ، مسطرة المنازعة في الضريبة، مطبعة الصومعة، الطبعة الأولى، 1997.
- ✓ عبدالعزيز حضري، القانون القضائي الخاص، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول، وجدة، الطبعة الأولى، 1999.
- ✓ محمد مرزاق وعبد الرحمان أبليل، النظام القانوني للمنازعات الجبائية بالمغرب، مطبعة الأمنية ، الطبعة الأولى، 1996.
- ✓ عبد الله الهلالي، موجز التقاضي والاستخلاص في أداءات الدولة ، بدون طبعة، 1982.
- ✓ عبدالقادر التعلاتي، الوجيز في النزاعات الضريبية، دار الأحمدي للنشر، الطبعة الثانية، 2001.
- ✓ الطيب الفصايلي، الوجيز في القانون القضائي الخاص، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة ، الطبعة الثالثة 1999.
- ✓ موسى عبود و محمد السمحي ، المختصر في المسطرة المدنية والتنظيم القضائي ، طبعة 1997.
- ✓ زكرياء محمود بيومي ، الطعون القضائية في ربط وتحصيل الضريبة، القاهرة، 1979.

الرسائل :

- ✓ فتحي إبراهيم، طبيعة لجان التحكيم العامة وانعكاساتها على تدعيم ضمانات المكلف، دبلوم السلك العالي، المدرسة الوطنية للإدارة العمومية، الرباط، 1992.

المقالات :

- ✓ عبد الرحمان ابليللا، خصوصيات العمل القضائي في المنازعات الجبائية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 1993،4.
- ✓ عبد المعطي قدوري ، الحماية القضائية للملزم في إطار مجال المنازعات الضريبية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية ، عدد 19،1997.

- باللغة الفرنسية : II

- Thèses :

✓ Mohamed Cherkaoui, le contentieux fiscal au Maroc , DES, Droit public , Rabat 1982.

- Ouvrages :

- ✓ J.Pujot , L'application de droit privé en matière fiscale, (LGDJ) 1987.
- ✓ JP. Chevallier , la relativité de l'autorité de la chose jugée dans le contentieux fiscal, PUF , 1975.

## دور إنفاقيات الاستثمار الثنائية في رفع نظام الحد الأدنى لمعاملة الأجانب



عبد المومن بن صغير : أستاذ مساعد قسم - ب

بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة

الجيلالي اليابس بسيدي بلعباس - الجزائر -

ملخص المقال :

بعد تطور العلاقات الاقتصادية الدولية و ظهور العولمة الاقتصادية، أصبح للاستثمار الأجنبي أهمية بالغة خاصة في الميادين السياسية والاقتصادية، وذلك لمواجهة أوجه النشاط التجاري الأخرى، وكان لابد من ظهور الاتفاقيات الثنائية الخاصة بحماية وتشجيع الاستثمار الأجنبي، وقد بدأت الدول في الوقت الحاضر تفضل اللجوء إلى إبرام هذا النوع من الاتفاقيات الدولية، نظرا لعجز هذا النوع عن مواجهة زحف تطورات المعاصرة والراهنة وما تمخض عنها من تشعب المشكلات وتعقدتها، حيث احتلت الاتفاقيات الثنائية مكانة هامة في مقدمة اهتماماتها، من أجل وضع آلية قانونية فعالة لتنفيذ الاستثمارات الأجنبية.

### Résumé :

Après le développement des relations économiques internationales et l'émergence de la mondialisation économique, il est devenu pour les investissements étrangers importance primordiale, en particulier dans l'ordre politique, économique, et pour faire face à des aspects de l'activité de l'entreprise d'autre part, et a dû être l'apparition d'accords bilatéraux sur la protection et la promotion de l'investissement étranger, a commencé États préfèrent aujourd'hui recourir à la conclusion ce genre de conventions internationales, en raison de l'incapacité de ce type d'affronter les développements contemporains de fluage et actuelles et émergentes de la complexité des problèmes et la complexité, où les accords bilatéraux occupé une place importante au plan de ses préoccupations, afin d'élaborer un mécanisme juridique efficace pour la mise en œuvre des investissements étrangers.

في الماضي لم تكن هناك حاجة قانونية لإبرام اتفاقيات ثنائية خاصة بالاستثمار الأجنبي، نظرا لأن النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية ارتبط في نشأته التاريخية بالنظام القانوني للأجانب، أي أن القواعد التي كانت تقوم عليها حماية الاستثمارات الأجنبية هي نفسها التي كانت تنظم الوضع القانوني للأجانب عموما، من خلال ما تبنته التشريعات الوطنية ومبادئ العرف الدولية، أو بعض الاتفاقيات الثنائية ذات النمط التقليدي<sup>1</sup>، والتي كانت تعرف باتفاقيات الصداقة و التجارة و الملاحة **Traites of freindship commerce and navigation 2** أو معاهدات الإقامة بالإضافة إلى اتفاقيات التعاون العامة، والتي لم تكن تنظم الاستثمار لوحده بل كانت تتناول مجالات متنوعة وعديدة توازنه في الأهمية، أي كافة أوجه النشاط الاقتصادي تطبيقا لتكريس مبدأ حرية 3 التجارة الدولية على الاستثمارات الأجنبية الخاصة.

وبعد تطور العلاقات الاقتصادية الدولية و ظهور العولمة الاقتصادية، أصبح للاستثمار الأجنبي أهمية بالغة خاصة في الميادين السياسية والاقتصادية، وذلك لمواجهة أوجه النشاط التجاري الأخرى، وكان لابد من ظهور الاتفاقيات الثنائية الخاصة بحماية وتشجيع الاستثمار الأجنبي، وقد بدأت الدول في الوقت الحاضر تفضل اللجوء إلى إبرام هذا النوع من الاتفاقيات الدولية، نظرا لعجز هذا النوع عن مواجهة زحف تطورات المعاصرة والراهنة وما تخض عنها من تشعب المشكلات وتعقدتها، حيث احتلت الاتفاقيات الثنائية مكانة هامة في مقدمة اهتماماتها، من أجل وضع آلية قانونية فعالة لتنفيذ الاستثمارات الأجنبية.

أولا: مفهوم الحد الأدنى لمعاملة الأجانب المقرر بموجب العرف الدولي وعوامل قصوره :

#### 01- مفهوم الحد الأدنى لمعاملة الأجانب :

تمتع الدولة كقاعدة عامة في إطار ممارستها الدولية بموجب نطاق القانون الدولي، وتكريسا لمبدأ السيادة في مجال اختصاصها الإقليمي بحق اتخاذ جميع إجراءات أخذ الملكية بجميع صورها سواء المصادرة<sup>4</sup> أو التأميم في مواجهة الاستثمارات الأجنبية، هذا المبدأ منصوص عليه في أغلب دساتير وقوانين الاستثمار الوطنية، وقد أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة .

غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة، حيث تفرض الأحكام العرفية للقانون الدولي قيودا على الدولة، وهو ما اصطلح على تسميته بقيد الحد الأدنى لمعاملة الأجانب، والذي يقضي بأنه: لكل أجنبي يقيم على إقليم دولة أن يتمتع بقدر من الحقوق تعتبر الحد الأدنى لما يجب على كل دولة أن تعترف به لهم وفق القواعد الدولية العرفية، ومعنى ذلك: أنه عند قيام الدولة بتحديد مركز الأجانب الموجودين على إقليمها، فإن حريتها في هذا الشأن ليست مطلقة، إذ أنها تلتزم وفق قواعد العرف الدولي، بالاعتراف لهم بكافة الحقوق التي تدخل في نطاق الحد الأدنى الذي يفرضه القانون الدولي لمعاملة الأجانب<sup>5</sup>

وبالرجوع إلى الممارسات الدولية نجد ما يدعم ويؤسس ذلك، حيث أيدت محكمة العدل الدولية الدائمة قيد الحد الأدنى في كثير من أحكامها، فقضت في حكمها الصادر: في 25 مايو 1926، في النزاع بين ألمانيا وبولندا بشأن مصالح الرعايا الألمان المقيمين في سيليزيا العليا البولندية بقولها: " إن معاملة الرعايا الألمان المقيمين في بولندا، يجب أن تكون متفقة مع الأحكام التي يفرضها القانون الدولي العرفي على كل دولة بشأن معاملة الأجانب<sup>6</sup> "، وأضافت المحكمة قولها: " بان نزع ملكية المصانع الألمانية في هذه المنطقة دون تعويض هو أمر يخالف القانون وقد تأكد هذا القيد أيضا بالنص عليه فيما عقدته مختلف الدول من معاهدات مثل : اتفاقية لوزان الخاصة بالإقامة والاختصاص القضائي

المنعقدة في : 24 جويلية 1923، والمعاهدة المنعقدة بين الولايات المتحدة الأمريكية وألمانيا في ديسمبر 1923، وأيضا اتفاقية منتورو سنة 1937، والمتعلقة بإلغاء الامتيازات الخاصة في مصر 7 .

لكن رغم أن القانون الدولي يفرض على الدول في حظيرة المجتمع الدولي ضرورة مراعاة واحترام الحد الأدنى لمعاملة الأجانب، إلا أنه ما زال هناك خلاف حول تحديد مضمون الحد الأدنى والحقوق التي يشملها 8 ، فقد اثبت الواقع الدولي أنها فكرة غامضة وغير محددة حيث لا توجد قاعدة متفق عليها عموما عن الحد الأدنى لمعاملة الأجانب، فهي فكرة متروكة لتقدير الأعراف الدولية.

غير أنه قد ظهرت محاولات فقهية دولية سعت من خلالها إلى وضع تفسيرات بخصوص هذه المسألة، فتعددت بذلك الاتجاهات، فيرى البعض أن هذه الفكرة تجد تطبيقها في معاملة الأجانب على قدم المساواة مع الوطنيين، باعتبار أن الأجانب لا يسعهم المطالبة بوضع أفضل من وضع الوطنيين أنفسهم، في حين يرى جانب آخر من الفقه من خلال وضعه لمعايير وأسس عامة لتحديد هذه الفكرة فيجد أن الحد الأدنى لمعاملة الأجانب، فكرة تتبلور في المعاملة التي توازي المستوى المعتاد للشعوب المتقدمة، أو المستوى الأدنى للمدنية، والتي من خلالها يتم الكشف عن الاتجاهات العامة للدول المتقدمة في معاملة الأجانب 9 .

كما جرت محاولات أخرى حول تحديد مضمون الحد الأدنى لمعاملة الأجانب، وذلك من قبل إدارة القانون الدولي العام، بوزارة الخارجية السويسرية، حيث جاء فيها: " أن مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة، ليس سوى تعبير عن المعيار الدولي التقليدي المسمى بشرط الحد الأدنى والذي يكفل حدا أدنى من الحقوق للمستثمرين الأجانب، بما في ذلك حقوقهم المالية، ومعنى ذلك أن الحد الأدنى لمعاملة الأجانب، يعني توفير المعاملة المنصفة للمستثمرين في أدنى الحدود".

غير أن أخطر تفسير أعطي لهذا المفهوم ما ذهبت إليه الولايات المتحدة الأمريكية والدول الغربية بتأكيدا أن هناك حدا أدنى من العدالة ينبغي أن توفره الدولة للأجنبي، حتى ولو كانت لا توفره لمواطنيها فإذا كان النظام القانوني لتلك الدولة لا يتفق، وذلك المستوى على الرغم من أن شعب ذلك البلد قد يكون قانعا به، أو مرغما على العيش في ظله، فإنه لا يمكن إرغام أي بلد آخر على قبول نظاما لا يوفر سبيلا مرضيا لمعاملة مواطنيه فيه 10 .

ويتضمن الحد الأدنى لمعاملة الأجانب في مجال الحماية الدولية لأموالهم، بعض القواعد الموضوعية، والمتمثلة في حق الدولة لأخذ ملكية المال الأجنبي والقيود الواردة على هذا الحق، وكذا القواعد الإجرائية والتي تتجلى في نظام الحماية الدبلوماسية.

#### - الحد الأدنى للحماية الموضوعية.

يعتبر نظام الحد الأدنى لمعاملة الأجانب من أقدم الأنظمة القانونية التي عرفها القانون الدولي، والجماعة الدولية ومقتضى هذا النظام هو الاعتراف للأجنبي بحد أدنى من الحقوق، لا يجوز لأية دولة عضو في المجتمع الدولي أن تنتازل عنه. وإلا انعقدت مسؤوليتها الدولية في هذا الشأن 11 .

إذا كان الفقه الدولي قد استقر على إن للدولة الحق في الاستيلاء على ممتلكات الأجانب الموجودين على إقليمها إعمالا لسيادتها الإقليمية، إلا أن ممارسة هذا الحق مقيد بضوابط، والتي لا يجوز لها القيام بإجراءات نزع ملكية أموال الأجانب داخل إقليمها، ما لم تراعى القيود التي وضعتها القواعد الدولية العرفية في هذا المجال.

فحق الدولة مرتبط بتوافر مجموعة من الشروط 12 ، فمثلا لا يجوز للدولة اتخاذ أي إجراء في مواجهة الأموال المملوكة للدول الأجنبية، والمخصصة للأغراض الرسمية مثلا مبنى السفارة، إذ تتمتع الدول الأجنبية في هذه الحدود

بحصانة مطلقة<sup>13</sup> استقر عليها الفقه منذ أمد بعيد، وهناك اتجاه قوي في العمل الدولي يشير إلى امتداد هذه الحصانة حتى في أوقات الحرب.

أما الأموال المملوكة لدولة أجنبية تتعلق بنشاطها التجاري أو الاستثماري بصفة خاصة، فهي لا تتمتع وفقا للرأي الراجح بأية حصانة في مواجهة إجراءات أخذ الملكية التي قد تصدر عن دولة الموقع، وإنما تخضع هذه الأموال لنفس الأحكام التي تسري في شأن الأموال الأجنبية المملوكة للأشخاص الخاصة، والتي يحق للدولة اتخاذ إجراءات نزع ملكيتها أو تأميمها، شريطة مراعاة القيود التي أقرتها القواعد الدولية العرفية وهي كالآتي :

#### - قيد المصلحة العامة (PUBLIC INTEREST) :

يجمع الفقه الدولي على أنه حتى يكون الإجراء مشروعاً دولياً يجب أن يكون الباعث على اتخاذ الدولة لاستيلاء على ممتلكات المستثمر الأجنبي، باعثاً يرمى من ورائه تحقيق مصلحة عامة.

فما هو إذن المقصود بالمصلحة العامة؟ وهل هناك معيار يتم بواسطته تحديد وضبط المصلحة؟

لا يوجد في القانون الدولي تعريف للمصلحة العامة كما أنه لا يوجد اتفاق وإجماع فقهي حول مضمون هذا الشرط ، وهذا ما عبرت عنه المطالب الأمريكية - الإيرانية في قضية AMECO لسنة 1987 بقولها : " إن التعريف الدقيق للمصلحة العامة والذي من خلاله يعد إجراء التأميم مشروعاً غير متفق عليه في القانون الدولي".

ومعنى ذلك أن عجز الفقه الدولي حول إيجاد تعريف جامع ومجدد لفكرة المصلحة العامة، بالإضافة إلى عدم توصل المجتمع الدولي إلى اتفاق محدد بشأن مضمون المصلحة العامة لدليل على أن فكرة المصلحة العامة متروك لحرية الدول في هذا الشأن وفق ما تقتضيه تقدير الأعراف الدولية التقليدية في هذا المجال، وهناك معيار قد استندت به الدول في مجال الممارسات العرفية الدولية، وهو معيار الباعث والهدف، حيث أنه طبقاً لهذا المعيار يمكن القول أن شرط المصلحة العامة يعد متوفراً، إذا كان الباعث على إجراء التأميم أو نزع الملكية هو تحقيق مصلحة عامة وليس مصلحة فردية خاصة .

وتعد هناك مصلحة عامة إذا كانت قد اتخذت للحفاظ على الصحة العامة أو الأمن العام أو النظام العام أو الأخلاق العامة<sup>14</sup> ، وقد أعلنت الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها رقم 1803 الصادر سنة 1962، والخاص بالسيادة الدائمة على الموارد الطبيعية حيث جاء في محتوى القرار بأن : " التأميم أو نزع الملكية أو الاستيلاء، يجب إرجاعه لأسباب تتعلق بالمنفعة العامة أو الأمن العام أو المصلحة الوطنية".

وقد اعتبر باعث المصلحة العامة ركن أساسي لشرعية قرار استيلاء الدولة على أموال الأجانب، وتطبيقاً لذلك فقد اعترضت الحكومة البريطانية على إجراءات التأميم الليبية عام 1971 للشركة البريطانية للتنقيب عن البترول (BP) بقولها : " إن إجراءات التأميم كان الدافع إليها اعتبارات سياسية غير مرتبطة بالمصلحة العامة للدولة النازعة الملكية<sup>15</sup> ".

كما أقرت شرعية وجود مصلحة عامة الدساتير الداخلية لدول عديدة<sup>16</sup> وتطلبته المحاكم الدولية ومحاكم التحكيم<sup>17</sup> حيث اعترفت محكمة العدل الدولية الدائمة في النزاع بين ألمانيا وبولندا بشأن مصالح الرعايا الألمان في سيليزيا العليا البولندية بقولها : " للدولة الحق في نزع ملكية الأموال الخاصة المملوكة للأجانب أو الوطنيين، ولكن بشرط المنفعة العامة"، كما أكدت ذلك محكمة التحكيم في النزاع بين الحكومة الكويتية وشركة "ANIMOIL" الأمريكية في عام 1979 بقولها : " إن التأميم طالما كان بغرض المصلحة العامة، فهو قرار مشروع، ولا يخالف أحكام القانون الدولي، ولا يقع على عاتق الدولة سوى تعويض المتعاقد معها تعويضاً مناسباً".



إذن مما سبق ذكره يمكن القول أن المصلحة العامة هي شرط لشرعية قرار اتخاذ إجراءات ضد أموال الأجانب، على الرغم من اختلاف الفقه الدولي بين ضرورة تواجد هذا القيد أو عدمه، إذ لا رقابة للدولة في تقديرها لما يعد تحقيقاً للمصلحة العامة أو عدم تحققها، وهذا ما أكدته بالفعل دولة المكسيك في ردها على الولايات المتحدة الأمريكية، وبريطانيا في أعقاب الإجراءات التي اتخذتها في مواجهة رعايا الدولتين عام 1937، بمناسبة تأميمها لصناعة البترول، فقد جاء في مذكرة المكسيك عام 1938 " أن المصلحة العامة وفقاً للقانون الدولي هي المصلحة التي تقدرها الدولة حسبما تراه".

إذن يعد شرط المصلحة العامة أحد دعائم الحماية الدولية العرفية للأموال الأجنبية، داخل إقليم الدولة المضيفة، فهو يكرس الثقة بينها وبين المستثمر الأجنبي، ومن ذلك فهو ركن أساسي لإضفاء طابع مشروعية الإجراءات الناجمة عن استيلاء الدولة على الاستثمارات الأجنبية وعليه فإن انتفاء شرط المصلحة العامة يعني الإخلال بالسلامة الدولية لإجراءات نزع الملكية والتأميم 19، غير أن هذا الشرط ليس الصورة الوحيدة التي يتوقف عليها شرعية إجراءات نزع الملكية.

#### - القيد الخاص بعدم مخالفة التزام تعاقدي سابق :

من المبادئ المستقرة في القانون الدولي العام، وطبقاً لأحكام ميثاق الأمم المتحدة 1945 أنه على الدولة أن تحترم تعهداتها الدولية التي التزمت بها بمحض إرادتها 20. ويؤسس الفقهاء إلزامية المعاهدات الدولية على ثلاثة مبادئ، تعتبر بمثابة قواعد عرفية في هذا الشأن وهي :

- مبدأ حسن النية.

- مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

- مبدأ سمو وأولوية الالتزامات الدولية على الالتزامات الناشئة عن القانون الوطني.

ولهذا فإذا تعهدت دولة ما بمقتضى معاهدة دولية بالامتناع عن الالتجاء إلى تأميم أموال أجنبية، فإنها تعد مخلة بالتزاماتها التعاقدية ، إذا قامت بنقض تعهدها، ومن ثم تتعرض إلى المسؤولية الدولية، وقد حكم القضاء الدولي بعدم شرعية التأميم، في حالة قيام دولة بمخالفة التزام تعاقدي سابق 21، ومن ذلك ما أقرته محكمة العدل الدولية الدائمة، من خلال القضية المعروفة باسم: " **Certain German Interests in polish upper s'alexia** " 1926 وقد كان ذلك استناداً إلى مبدأ الحقوق المكتسبة، حيث قررت المحكمة عند تحديد التعويض المستحق لألمانيا عن الأضرار التي لحقت بملكية رعاياها، نتيجة مخالفة بولندا لأحكام معاهدة تحمي هذه الملكية ألا وهي معاهدة جنيف 22، والتي لا يمكن نزع ملكية الأموال الأجنبية إلا بناء على الشروط التي نصت عليها المادة السابعة من هذه الاتفاقية.

نفس الرأي قد أقره معهد القانون الدولي، فيما استقر عليه أثناء انعقاده عام 1952 على أنه يجب على الدولة أن تحترم المعاهدات التي تعهدت فيها بعدم التأميم، غير أن ذلك نادراً ما يحدث من الناحية العملية، كونه يقف عائقاً أمام التحرر الاقتصادي للدولة، وخاصة الدول النامية حديثة الاستقلال.

أما من جانب الفقه الدولي، فقد أيد هو الآخر فكرة ضرورة التزام الدولة بعدم مخالفة التزام تعاقدي سابق، على الأقل ما لم توجد الدولة في إحدى الحالات التي تبرر تحللها من التزاماتها نتيجة تغير الظروف 23، فالفقه الدولي القديم قد تمسك بنظرية تغير الظروف مثل ما قام به الفقه الاشتراكي عام 1924 لينتهي إلى سلامة روسيا من التزاماتها المقررة بمقتضى المعاهدات الدولية التي سبق وأن أبرمتها الحكومة القيصرية.

وإذا كان مبدأ احترام الدولة بتعهداتها السابقة يعد مبدأ ثابتاً ومستقراً في القانون الدولي إلا أن هذا المبدأ كثيراً ما يصطدم بنظرية تغير الظروف وهو ما يثير إشكالية إمكانية تحلل الدولة من الالتزام بأحكام ما عقدته من معاهدات وذلك في حالة ما إذا تغيرت الظروف عما كانت عليه عند إبرام المعاهدة، وكحل لذلك يرى جانب من الفقه الحديث أنه يكفي في هذا الصدد أن تكون الظروف الجديدة غير متوقعة سلفاً، وأن تكون راجعة إلى خطأ الدولة التي تريد التحلل من التزاماتها بمقتضى المعاهدة وإعمالاً بهذه النظرية فإنه من المقرر أنه للدولة حق التحلل بإرادتها المنفردة<sup>24</sup> من الالتزامات الناشئة عن معاهدة دولية عند حدوث أي تغير جوهري في الظروف، ودون أن يعد ذلك خطأً من جانبها.

إن الفقه الحديث لم يصب اهتمامه على تأسيس هذه النظرية، بل اعتبرها كقاعدة دولية عرفية، لأن الحياة الدولية المعاصرة تتسم بالدينامية والتغير المستمر، مما يجعل الظروف المحيطة بالمعاهدات تتقلب في فترة قصيرة جداً، خاصة في مجال المعاملات الاقتصادية الدولية. كما يمكن للدولة الخروج عن المعاهدات غير المتكافئة<sup>25</sup>.

في هذا الصدد أشار "الأستاذ الدكتور أحمد صادق القشيري" أنه: يجب أن تقتصر دائرة الالتزامات الدولية فقط على تلك التي تنشأ عن اتفاق بين دولتين متكافئتين، لأن المعاهدات التي كانت تبرم بين الدول الاستعمارية المتقدمة وبين الدول المستعمرة النامية، والخاصة بحماية وتشجيع الاستثمارات الأجنبية تعتبر معاهدات بين دول غير متكافئة سياسياً واقتصادياً، حيث اعتبرت أسلوب لاستغلال ثروات البلدان النامية والتدخل في شؤونها الداخلية.

لذلك يحق للدول النامية حديثة الاستقلال القيام بتأميم الأموال الأجنبية كخطوة لازمة، وذلك في سبيل الحصول على استقلالها الاقتصادي تبعاً لاستقلالها السياسي<sup>26</sup> وكذا القضاء على سيطرة رؤوس الأموال الأجنبية على اقتصادها الوطني تصفية للميراث الاستعماري، وانطلاقاً من حق الدولة في إعادة تنظيم أوضاعها الداخلية.

ويذكر أنه قد وقع إشكال وخلاف بين القضاء الدولي والفقه الحديث حول وضعية تأميم الأموال الأجنبية ضمن الالتزامات الناشئة عن العقود المبرمة بين الدولة، وأحد أشخاص القانون الخاص حيث استقر القضاء الدولي على إنكار الصفة الدولية لها، إذ يحق للدولة إزائها تأميم المشروعات الدولية وإنهاء الامتياز بمقتضى اتفاقات مسبقة، وبالتالي لا يعد استعمالها تصرفاً غير مشروع، ولا يترتب عليه مسؤولية دولية فهو نابع من ممارسة الدولة لحقها في السيادة. غير أنه خلافاً لذلك فإن جانباً من الفقه الحديث قد حاول التوسيع من مفهوم الالتزامات التعاقدية الدولية على نحو يعطي لهذه الاتفاقات المبرمة بين الدول وأشخاص القانون الخاص، والمتمثلة في الأشخاص الأجانب الخاصة - طابعاً دولياً - يعقد مسؤوليتها الدولية باعتبار أنها تستمد قوتها من العرف الدولي، وبالتالي خضوعها لأحكامه<sup>27</sup> وهذا ما دفع بأنصار هذا الاتجاه، إلى القول بوجود طائفة من الاتفاقيات ليست عقوداً خاضعة للقانون الداخلي في دولة من الدول وليست خاضعة للقانون الدولي العام، وإنما تخضع لنظام قانوني جديد يستمد قوته من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، أي النظام القانوني الذي ينشئه الاتفاق ذاته، والقواعد التي تقرها هيئات التحكيم عند المنازعة، استلهاماً من المبادئ القانونية العامة وكذلك من الأحكام المستخلصة من الأعراف التي جرى عليها المتعاملون والتي تشكل في مجموعها ما أسماه البعض بقانون عبر الدول<sup>28</sup> ومهما يكن ورغم الاختلافات بين الفقه والقضاء الدوليين إلا أن الأمر الذي لا شك فيه هو أن إخلال الدولة بتعهداتها المقررة بمقتضى المعاهدات الدولية في شأن الامتناع عن تأميم مشروعات أجنبية معينة سيؤدي إلى ترتيب مسؤولية دولية باعتبار أن إقدام الدولة على ذلك سيترتب عنه مخالفة التزام تعاقدي سابق، مما يلجأ عن إجراءات التأميم صفتها الشرعية.

## - القيد الخاص بعدم مخالفة مبدأ المساواة وعدم التمييز :

يعد مبدأ المساواة وعدم التمييز إحدى القيود العرفية الدولية التي تدخل في نطاق مضمون الحد الأدنى لمعاملة الأجانب في مجال الحماية الدولية لأموالهم، ويقصد بهذا القيد أنه لا يجوز أن ينطوي الإجراء بخصوص المعاملة على تمييز مححف بين الأجانب والوطنيين لغير صالحهما أو فيما الأجانب أنفسهم، ويرى الفقه أن مبدأ المساواة وعدم التمييز أصل من أصول المستقرة في القانون الدولي العام التي تفرض على الدول عند اتخاذ إجراءات نزع الملكية، أو الاستيلاء أو المصادرة أو التأميم أو غيرها من صور أخذ الملكية.

وانطلاقاً من ذلك يعد الإجراء الذي تتخذه الدولة غير مشروع دولياً، إذا أنصب على ممتلكات الأجانب دون الوطنيين على نحو يجعل من صفة المستثمر وحدها المبرر لاتخاذ هذه الإجراءات، أو إذا أتجه نحو ممتلكات عدد من الأجانب من جنسية أو جنسيات معينة، دون أن يطبق على الأجانب من جنسيات أخرى، وتعد الدولة مخالفة لهذا المبدأ، إذ اتخذت هذا الإجراء فقط في مواجهة دولة معينة بالذات، فتكون بتصرفها ذلك قد تعسفت في استعمال حقها في التأميم بما يتنافى مع المبادئ العامة المقررة في القانون الدولي العام<sup>29</sup>.

يذهب معظم الفقه والقضاء الدوليين إلى أن قواعد القانون الدولي، توجب على الدولة عند التعرض لملكية المستثمر الأجنبي احترام مبدأ المساواة وعدم التمييز، وإلا انعقدت مسؤوليتها الدولية، ويمكن تصور التمييز في نزع ملكية المستثمر الأجنبي عموماً في صورتين اثنتين :

أولهما : أن يتم نزع ملكية المشروعات الأجنبية التي تزاوّل نشاطها التجاري أو الصناعي معين بالتأميم أو المصادرة، أو بأي من النظم القانونية الأخرى، من دون أن يمتد ذلك إلى المشروعات الوطنية التي تزاوّل النشاط ذاته. وثانيها : أن يتم نزع ملكية الأموال الأجنبية على أن لا تمتد للمشروعات الاقتصادية التي تزاوّل النشاط ذاته، والتي تعود ملكيتها للأجانب الذين يحملون جنسيات أخرى معينة.

يذهب الفقه التقليدي إلى أن مبدأ المساواة وعدم التمييز يتطلب من الدولة تمتع المستثمرين الأجانب على إقليمها بالحماية ذاتها التي توفر لمواطنيها<sup>30</sup> بموجب قوانينها الوطنية الداخلية، وبالتالي يترتب على إقدام الدولة المستقبلية للاستثمار الأجنبي عند الاستيلاء على المشروعات الأجنبية دون الوطنية إلى إثارة فكرة ارتكاب عمل غير مشروع أساسه الإخلال بمبدأ المساواة وعدم التمييز بين الاستثمارات الأجنبية<sup>31</sup> وهذه المعاملة تسمى بمعاملة المفاضلة<sup>32</sup>.

ويذكر أن مبدأ المساواة وعدم التمييز، قد جاء على أنقاض فكرة المصلحة العامة، نظراً للصعوبة العملية في الكشف عن الباعث الحقيقي من وراء هذه الفكرة التي قد تتخذها الدولة في مجال أخذ الأموال الأجنبية، حيث رأى جانب من الفقه الحديث ضرورة الاستغناء عن شرط المصلحة العامة واستبدالها بشرط المساواة وعدم التمييز. إن الدولة في هذا الصدد مقيدة بما تمليه الأعراف الدولية، وذلك من خلال مقدار التعويض الذي تمنحه الدولة للمستثمرين الأجانب المنزوع ملكية أموالهم، إلا إذا كان ذلك محدد في الاتفاقيات الدولية التي تبيح هذه التفرقة، لأن قيام الدولة بخلاف ذلك سيعيد حالة تجاوز الدولة في التعسف باستعمال الحق أو ما يسمى بتجاوزها في استعمال حقها المعقول<sup>33</sup>.

ومن الأمثلة العملية التي طبقت وكرست هذا المبدأ، ما قام به وزير خارجية سويسرا "petit pierre" من خلال اعتراضه على التأميمات التي أجرتها تشيكوسلوفاكيا ضد الأموال المملوكة للسويسريين، لكونها تتضمن تميزاً ضدهم، بالإضافة إلى احتجاج الحكومة الهولندية عام 1958 على التأميمات الاندونيسية للمشروعات الهولندية، حيث وصفتها بأنها إجراءات تمييزية وغير مشروعة، لكونها انصبت على ممتلكات الهولنديين فقط.

نفس الشيء قد اعترضت عليه الولايات المتحدة الأمريكية قبل ذلك عام 1948 على التأميمات الرومانية للمشروعات الصناعية المملوكة للرعايا الأمريكيين، كونها قد استثنت من هذه الإجراءات الممتلكات السوفيتية، بما يتضمن إخلالا بقاعدة المساواة وعدم التمييز.

وعليه هل يمكن الأخذ بقاعدة المساواة وعدم التمييز على إطلاقها؟ أم أن هذه القاعدة تخضع للطابع النسبي؟ لقد أثار مبدأ المساواة وعدم التمييز، جدلا فقهيًا في مجال القانون الدولي حول عمومية أو نسبية هذا المبدأ، حيث رأى الفقه الحديث أن هذا المبدأ نسبي، إذ لا يمكن أن يكون هناك إخلال بهذه القاعدة بالنسبة للدول النامية إزاء تأميم واقع على مشاريع واستثمارات مملوكة لرعايا الدولة التي كانت تستعمر الدولة المؤسسة أو النازعة للملكية، فمثل هذا التأميم يعد تأميما إصلاحيا، تهدف من خلاله الدول النامية، والتي خرجت من هيمنة الاستعمار، التخلص من السيطرة الأجنبية، وحماية اقتصادها الوطني، فمثل هذا التأميم يعد بمثابة تعويض عن الأضرار التي أحدثها الاستعمار في تلك الدول، وعليه ينبغي أن تكون هناك معاملة مغايرة<sup>34</sup>، لأن مفهوم السيادة في المعاملة يتحدد على أساس معاملة المتساوين، وليس غير المتساوين في العلاقة، وهذا ما أشار إليه القضاة الألماني، حيث أكد أنه يحق للشعوب التي كانت مستعمرة، أن تتخذ موقفا مغايرا اتجاه الدولة الاستعمارية، ومثل هذه المعاملة لا تعد إخلالا بمبدأ المساواة، وإنما تؤدي في حقيقتها إلى خلق مساواة لم تكن كائنة من قبل كنتيجة للأوضاع الاستعمارية السابقة. وفي الأخير وعلى ضوء ما سبق ذكره، يمكن القول أنه لن يتسنى الوصول إلى قاعدة المساواة وعدم التمييز، إلا في إطار الالتزام بالتعويض الذي يعتبر أحد القيود الجوهرية التي يفرضها العرف الدولي، على حق الدولة في أخذ ملكية المال الأجنبي، وليس على الدول الامتناع عن التعويض تحت ستار المساواة مع الوطنيين، كما أنه من ناحية أخرى وفي المقابل، لا يجوز مجال من الأحوال، أن يؤدي أعمال مبدأ المساواة إلى الانتقاص من معاملة المستثمر الأجنبي عن ما هو مقرر وفق الحد الأدنى للحماية الدولية للأموال الأجنبية.

### - القيد الخاص للالتزام بأداء التعويض : "COMPENSATION"

يترتب على عدم مشروعية أخذ ملكية أموال الأجنبي، سواء في قيام الدولة بإجراءات نزع الملكية، أو التأميم، أو المصادرة، التزامها بأداء التعويض. فوفقا للقواعد الدولية العرفية للقانون الدولي، على الدولة في حالة عدم شرعية ما اتخذته من إجراءات ضد أموال الأجانب الموجودين على إقليمها جبر هذا الضرر، ولن يتأتى ذلك إلا بالتعويض الذي هو التزام دولي يتم بموجبه حماية الحقوق المكتسبة<sup>35</sup> للأجنبي.

### 02- عوامل قصور العرف الدولي المحدد نظام الحد الأدنى لمعاملة الأجانب .

يقلل الفقه من فعالية القواعد الدولية العرفية كوسيلة لحماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة، إذ أن القانون الدولي لا يتضمن أحكاما تفصيلية لمعاملة هذه الاستثمارات، لاسيما وأن المبادئ العرفية التي ابتدعتها الدول الأوربية، إبان استعمارها للدول الفقيرة لحماية رعاياها في هذه الدول كمبدأ الحد الأدنى لمعاملة الأجانب، ومبدأ احترام الحقوق المكتسبة، لا يمكنها أن توفر الحماية للاستثمارات الأجنبية كما أن قاعدة التعويض التقليدية (كامل، حال، فعال)، لم تعد تلقى قبولا في التطبيق الدولي، وأصبحت هذه القاعدة عديمة الفائدة، إذ أن المستثمر الأجنبي لم يعد يحصل على تعويض كامل في حالة تأميم ممتلكاته بل تعويض جزئي، كما لم تستطع القواعد العرفية أن توفر الأداة الدولية الملزمة لحل منازعات الاستثمار.

وأخيرا فإن وسيلة الحماية الدبلوماسية أضحت وسيلة غير فعالة بالنسبة للمستثمر الأجنبي، فقد تقرر الدولة عدم استخدامها لحمايته لاعتبارات سياسية معينة، بما يعني إنكار العدالة وتجريد المستثمر من حق التمتع بهذه الحماية من الناحية العملية، ولا ننسى نظرة عدم الرضا التي تنظر بها الدول النامية إلى القواعد العرفية الدولية، بحجة أنها لم

تشارك في وضعها، وأن هذه القواعد لا تمثل سوى مظهر للتاريخ الاستعماري، وتمسك هذه الدول بالنظام الاقتصادي الدولي الجديد الذي ترغب في المساهمة في وضع قواعده، بالإضافة على ظهور الشركات المتعددة الجنسيات، وأثرها على توجهات الاستثمار الدولي.

- **محدودية التعويض في إطار الأعراف الدولية:** يخول الوضع الراهن للقانون الدولي العرفي 36 في شأن الحماية الدولية للمال الأجنبي للدولة، الحق في نزع ملكية الأجانب، أو تأمين ممتلكاتهم بشرط الالتزام بمبدأ التعويض، حيث يعد الالتزام بأداء التعويض ضمانا قانونيا مهما من ضمانات الاستثمار الأجنبي في الدولة المستقبلية للاستثمار إذ عليها وفق القواعد العرفية الدولية وإن كانت تملك الحق في الاستيلاء على المشاريع الأجنبية التي تزاوّل نشاطا تجاريا في إقليمها، باستخدام أدوات قانونية مختلفة، فإنها تلتزم من جهة أخرى بمقتضى تلك القواعد، جبر الضرر الذي يلحق المستثمر الأجنبي نتيجة حرمانه بطريق مباشر أو غير مباشر من أمواله المستثمرة في الدولة، ويتجسد ذلك عموما بتعويضه عن هذه الأموال.

بيد أن اختلاف في أداء التعويض، يتباين ويتضارب بين ما هو عليه وفق أوصاف التعويض التقليدية 37 وبين ما تقضي به الأعراف الدولية في هذا الصدد. ويقضي الفقه والقضاء الدوليين بشأن تحديد أوصاف التعويض، بأن المستثمر الأجنبي الذي نزع ملكيته قانونيا يستحق مقابل ذلك تعويض يتخذ الأوصاف التالية :

- **تعويض عادل "Adéquate" :** وهو التعويض الذي يغطي الخسارة الفعلية، ويكون مساويا للقيمة الحقيقية للأسهم المنزوعة والأرباح التي كانت متوقعة، ودرجة الأضرار التي تصيب المستثمر الأجنبي على إثر هذا الإجراء، على أن يكون التعويض نقدا أو على هيئة أموال قابلة للتحويل إلى نقد.

- **تعويض فعال "Effectif" :** يقصد بفاعلية التعويض إمكانية المستثمر الأجنبي الاستفادة من مبلغ التعويض فوراً 38، على أن يتم الوفاء بالتعويض بعملة دولة جنسية المستثمر أو بعملة الدولة التي اتخذت الإجراء 39.

- **تعويض فوري "Prompte" :** وهو التعويض الذي يجب أن يؤدي فور وقوع إجراء التأميم أو نزع الملكية. غير أن تطبيق التعويض بهذه الأوصاف لم يجد استجابة عملية يعتد بها، فهناك حالات اكتفت فيها الدول التي اتخذت إجراء التأميم بمجرد الوعد بالتعويض، أي الالتزام بأدائه في المستقبل، وهو ما قامت به المحاكم الفرنسية التي اعتدت بالتأميمات الجزائية، وأكدت شرعيتها من الوجهة الدولية، بحكم أن الجزائر قد التزمت الوعد بمبدأ التعويض 40، وأكدت أن مجرد الوعد بالتعويض هو كافي لشرعية الدولية ويرتب آثاره القانونية.

كما تضمنت السوابق الدولية الحديثة والمقررة للحد الأدنى للحماية الدولية للمال الأجنبي، أن يكون التعويض جزئي ومناسبا للقدرة المالية للدولة التي اتخذت إجراءات التأميم وهو ما جرد التعويض من وصفه الشامل، فالفقه الدولي يدين التعويض الجزئي، وقد استند في ذلك إلى أنه إذا كانت الدولة غير قادرة على دفع تعويضاً كاملاً، فيجب عليها أن تمتنع وتعارض فكرة أخذ ملكية الأجنبي 41. و من ناحية أخرى ووفقاً لما أقره الحد الأدنى وبمقتضى الأعراف الدولية، فلا يشترط في التعويض أن يكون فوراً وإنما يمكن أن يكون مؤجلاً أو على أقساط تمتد لعدة سنوات، كما حدث في النزاع البترولي الذي جرى بين ليبيا والشركات الأمريكية، بحيث لم ترد ليبيا الأمور إلى نصابها، كما أمر الحكم ولم تدفع التعويضات بالمبالغ التي طالبت بها الشركات، فقد حلت هذه القضية بتسوية أدت إلى دفع تعويض عيني من البترول بمبلغ 151 مليون دولار على مدة 15 شهراً، في حين كان تعويض مجموعة أوازييس OASIS يمتد على أربعة سنوات 42.

كما أنه لا يشترط أن يتم أداء التعويض بعملة الاستثمار أو بعملة الدولة التي ينتمي إليها الأجنبي والذي نزع أمواله أو أمت مشروعاته ، وإنما يجوز أن يكون التعويض بالعملة المحلية للدولة المضيفة للاستثمار ، كما أن أداء التعويض قد تم بصورة عينية<sup>43</sup> في بعض السوابق الدولية.

إن تجريد التعويض من وصفه الشامل والحال والفعال على هذا النحو، لا يحقق للمستثمر الأجنبي الحماية التي يريها وينشدها، حيث بدا لنا ذلك بوضوح إزاء قصور أحكام التعويض المقررة في العرف الدولي عند اتخاذ إجراءات التأميم أو نزع ملكية المال الأجنبي، خاصة في الحالات التي تتم فيها هذه الإجراءات ضمن خطة شاملة للإصلاح الاجتماعي، حيث يعترف الجميع بضرورة تجريد التعويض من أوصافه التقليدية في هذه الحالة بالذات. وعلى ضوء ما سبق ذكره فإنه يمكن القول أن التعويض يبقى محدودا في إطار الحد الأدنى للحماية الدولية للمال الأجنبي ، ويظل بعيدا كل البعد عن توفير الحماية اللازمة والكافية والضرورية للمستثمر الأجنبي، وكذلك الحماية التي يتطلبها التشجيع المتبادل لحركة انتقال رؤوس الأموال فيما بين الدول التي تهدف إلى إنشاء روابط اقتصادية خاصة تحقيا لسياستها المشتركة وبالتالي لم يعد يلي متطلبات التعاون الاقتصادي التي تسعى إليه الدول في الوقت الحاضر.

#### ثانيا: انعدام الحماية ضد المخاطر غير التجارية الواقعة في ظل الظروف الاستثنائية :

قد تواجه الاستثمارات الأجنبية الخاصة في أقاليم الدول المضيفة العديد من المخاطر محتملة الوقوع حيث تعتبر المخاطر التي تقع في ظل الظروف الاستثنائية من أهم العقبات التي تحول دون تدفق رؤوس الأموال الأجنبية، وخاصة إلى الدول النامية، وهذه المخاطر تشكل هاجسا كبيرا للمستثمر الأجنبي، ويضعها في اعتباره قبل إقدامه على استثمار أمواله في أي بلد خارجي، حيث قد تتعرض الأصول التي تشكل مشروعا استثماريا لخسائر داخل الأقطار المضيفة لأعمال الحرب أو العنف السياسي أو الفتن، والاضطرابات الداخلية نتيجة إجراءات قامت بها سلطات الأقطار المضيفة، وهي بصدد مواجهة هذه الأعمال أو ردعها، كما يمكن أن تصاب الأصول غير المادية كالأوراق المالية والحسابات والمستندات. ويشمل هذا الخطر الثورات، التمرد، الانقلابات، وما يماثلها من الأحداث السياسية التي تتميز بخروجها عن سيطرة الحكومة المضيفة. الثورات هي حالة من الصراع تمتد إلى نطاق واسع تنتهي إما بانقلاب أو عصيان عام أو حرب أهلية، كما تشمل أعمال القتال بين الثوار والقوات الحكومية<sup>44</sup>.

ويذكر أنه قد تأتي على رأس تلك المخاطر، مخاطر الحرب والنزاعات والفتن الداخلية، وتوتر العلاقات السياسية وقطع العلاقات الدبلوماسية، وما تثيره من مشاكل بدت لنا خطورتها بصفة خاصة في مجال العلاقات القائمة بين الدول العربية والدول الغربية، وهذه الخطورة تزداد بطبيعة الحال في أوقات الحرب، وفي خضم تلك الظروف غير عادية تنعدم أو تكاد تنعدم الحماية ضد هذه المخاطر، مما يجعل المستثمر الأجنبي في مركز شبه منعدم لحماية حقوقه وأمواله، خاصة وأن أحكام العرف الدولي تسمح للدولة المتحاربة بالاستيلاء على الأموال العامة المملوكة للدول المتحاربة الأخرى، وبالتالي فإن الحد الأدنى للحماية الدولية للمال الأجنبي يظل مع ذلك عاجزا عن تحقيق حماية قوية وفعالة للمستثمر الأجنبي وتتجلى خطورة هذه الأوضاع في أوقات الحروب بصفة خاصة بالنسبة للأموال العامة التي تمتلكها إحدى الدول المتحاربة والكائنة في إقليم دولة متحاربة أخرى، وعليه فإن الحماية المطلوبة سوف تفسد مسائل لم يستقر القانون الدولي العرفي على حلول في شأنها<sup>45</sup>.

#### - الحد الأدنى للحماية الإجرائية.

لقد أدت الغاية من حماية الأموال الأجنبية داخل حدود دولة أخرى مستقبلية لها، إلى ضرورة تبني سياسة حركة تنقل رؤوس الأموال ، وقد أدركت الدول الصناعية الكبرى منذ عهد التجاريين<sup>46</sup> أي منذ فترة طويلة إلى الدور

الهام الذي تلعبه استثماراتها خارج نطاقها الوطني خاصة في مجال غزو الأسواق الخارجية، وتوفير المواد الأولية التي تحتاجها إليها صناعتها، وإدراكا منها لأهمية ذلك، وضعت أساليب وأنماط قانونية وفق ما تملية القواعد العرفية الدولية التقليدية لحماية ممتلكات رعاياها من المخاطر التي قد تتعرض لها في الدول المضيفة، وذلك من خلال آليات الحماية الإجرائية والمتمثلة في نظام الحماية الدبلوماسية.

-مدى حق الدولة في التصدي لأموال مواطنيها المستثمرين.

تعتبر الحماية الدبلوماسية أداة لتحريك المسؤولية الدولية تجاه الدولة التي أخلت بالتزاماتها نحو رعايا الدول الأخرى، حيث أنه وفق المبادئ الأساسية والمستقرة في القانون الدولي، أنه للدولة الحق في حماية رعاياها عندما يتعرضون لأضرار نتيجة لأعمال ارتكبتها دولة أخرى، ولم يتسنى لهم الحصول على حقوقهم من خلال وسائل التقاضي العادية، وإذا لم يحصل المستثمر الأجنبي على حقوقه بواسطة وسائل الحماية المتاحة له على الصعيد الداخلي للدولة المضيفة، فإن ذلك لا يعني ضياع حقوقه، استنادا إلى مبدأ نظام الحماية الدبلوماسية، حيث تشكل إجراء ضروريا تتخذها الدولة لحماية رعاياها وحقوقهم على الصعيد الدولي. وتبعاً لما تقدم، يمكن دراسة هذا البند من خلال عنصرين وهما:

- مفهوم الحماية الدبلوماسية.

- الشروط الواجب توفرها حتى تتمكن الدولة من ممارسة الحماية الدبلوماسية.

مفهوم الحماية الدبلوماسية: تعرف الحماية الدبلوماسية بأكثر من تعريف، وذلك حسب الزاوية التي ينظر منها لهذه الحماية وقد عرفها **LOUISA DUBIOUS**، بأنها عمل تقوم به دولة لدى دولة أجنبية أخرى للمطالبة باحترام القانون الدولي، أو الحصول على بعض المزايا، أو كما يعرفها **HENRI CAPITANT** بأنه نصر فقرر فيه دولة ما بأن تأخذ على عاتقها نزاع أحد رعاياها ضد أخرى.

وترفع ذلك النزاع إلى المستوى الدولي من خلال الطريق الدبلوماسي أو الطريق القضائي<sup>47</sup>، وحسب هذا المفهوم فإن نظام الحماية الدبلوماسية، يشمل كافة التصرفات التي تتخذها السلطات القنصلية والدبلوماسية لدولة ما، ضد دولة أخرى يتواجد فيها رعاياها بغرض الدفاع عن حقوقهم وحمايتهم من الإجراءات التعسفية التي قد تستهدفهم في الدولة المقيم بها كما هو الشأن في قرار التأميم مثلا. ويؤكد الفقيه **Paul de Viss Cher** على الطابع العرفي لممارسة الحماية الدبلوماسية حيث يقول: "بأنها آلية عرفية من خلالها كل دولة ذات سيادة لديها الحق في طلب تعويض عن الضرر الناتج عن انتهاكات القانون الدولي التي وقعت من قبل دولة أجنبية ضد أحد رعاياها".

أما بخصوص الاستثمارات الأجنبية، فيمكن تعريف الحماية الدبلوماسية بأنها: "الإجراء الذي تلجأ إليه دولة المستثمر الأجنبي سعياً لتأمين حقوق استثمار هيئة أو فرد ينتمي إليها بجنسيته لدى دولة أخرى بعد إقدام الأخيرة على المساس به لمخالفة التزاماتها وفق قواعد القانون الدولي<sup>48</sup> وذلك بعد أن يستنفذ طرق إصلاح الضرر في الدولة المسؤولة وفق لقانونها، ولم يكن له يد في ما أصابه من ضرر (الأيدي النظيفة)<sup>49</sup>".

ويرجع الفقه سبب قيام الدول بتدخلها دبلوماسياً، لكون أن الفرد لا يحق له مقاضاة الدولة المتواجد بها أمام القضاء الدولي، لأن هذا الأخير لا يعترف له بالشخصية القانونية الدولية، لعدم توافره على شرطين: التعبير عن الإرادة الذاتية في مجال القانون الدولي، والتمتع بالحقوق والالتزامات الدولية<sup>50</sup>، ويقوم حق الدولة في الحماية الدبلوماسية لمواطنيها على أساس أن الضرر ألم بأحد رعاياها، إنما هو ضرر واقع على المجتمع برمته، مما يتيح لدولة المتضرر حق مقاضاة الدولة المتسببة في الضرر ومطالبتها بالتعويض عن ذلك، وقد أشارت إلى هذا الحق المحكمة

الدائمة للعدل الدولي في كثير من أحكامها مثل ما هو الشأن بالنسبة للنزاع اليوناني البريطاني بخصوص الامتيازات الممنوحة لمافروماتيس 51 سنة 1924 في فلسطين حيث قضت المحكمة بأنه: " يعد من المبادئ الأساسية في القانون الدولي، أن يكون للدولة الحق في حماية رعاياها، عندما يلحق بهم ضرر نتيجة إجراءات مخالفة للقانون الدولي ترتكبها دولة أخرى، ويكونو غير قادرين على أن يحصلوا منها على ترضية مناسبة وذلك عندما يسلكون الطرق القضائية الداخلية."

ويمكن القول أن نظام الحماية الدبلوماسية جاء نتيجة سببين مهمين وهما:

- نتيجة التسليم بفكرة الحد الأدنى من الحقوق ومبدأ الحقوق المكتسبة، وقاعدة حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الخارج، وأعمالا لتكريس هذه المبادئ في نطاق العلاقات الاقتصادية الدولية، أصبح من واجب الدول أن تمد حمايتها الدبلوماسية لكل رعاياها الموجودين في الدول الأخرى، وضرورة التكفل لهم بالتمتع بكافة الحقوق والمزايا المعترف لهم بها في القانون الدولي.
- جاء هذا النظام ليقوم بتدارك أمر عدم وجود نظام عالمي يضمن للفرد المثل المباشر أمام جهات القضاء الدولي، وكحق تحتفظ به الدولة، وتلجأ إليه فقط عندما تلحق الدولة المضيفة بالتزاماتها تجاه مواطنيها.
- شروط تمتع المستثمر الأجنبي بالحماية الدبلوماسية: لا يمكن لدولة ما أن تتصدى لحماية أموال رعاياها في الخارج، وتبنى قضيتهم سواء كان طبيعيا أو اعتباريا عن طريق ممارسة دعوى الحماية الدبلوماسية إلا إذا توافرت شروط معينة: - شروط تتعلق بالعلاقة أو الرابطة بين الفرد والدولة. (رابطة التبعية).
- شروط تتعلق باستنفاد طرق الطعن الداخلية.
- شرط تمتع المستثمر المتضرر بجنسية الدولة التي تبشر الحماية الدبلوماسية: الجنسية هي العلاقة أو الرابطة القانونية والسياسية بين المستثمر أو الفرد المضرور وبين الدولة المدعية، وبموجب هذه العلاقة لا تستطيع الدولة ممارسة الحماية إلا لصالح رعاياها الذين يحملون جنسيتها لأن هذه الحماية تبرر على أساس الاختصاص الشخصي للدولة.

وإذا كانت الحماية الدبلوماسية، قد وجدت لحماية الشخص الطبيعي مما يصيبه من أضرار مادية أو معنوية، فإن القانون الدولي لا يمنع من تطبيق هذه الحماية على الشخص الاعتباري 52، كإحدى الشركات، إذ يتعين أيضا أن يكون متمتعا بجنسية الدولة التي تتصدى لحمايته وفقا للمعايير التي تعتنقها تشريعات هذه الدولة في شأن تحديد جنسية الأشخاص الاعتبارية، باعتبار أن الاستثمارات الأجنبية إحدى الدعائم الأساسية لاقتصاد كثير من الدول، وأن أي ضرر بها يعد ضررا باقتصاد الدولة التي تتبعها هذه الاستثمارات.

وعليه تعد الجنسية شرط أساسي لقيام العلاقة بين الدولة والشخص المنتمي إليها، وهذا ما أكدته المحكمة الدائمة للعدل الدولي في حكمها الصادر في 23 فيفري 1939 بأنه: " عند عدم وجود اتفاق دولي خاص، فإن رابطة الجنسية بين الفرد والدولة هي الرابطة الوحيدة التي تخول للدولة الحق في الحماية الدبلوماسية"، فإذا لم يتوفر هذا الشرط لا يحق لدولة ما أن تضع مسؤولية دولة أخرى موضع التطبيق، فالعلاقة وثيقة بين الجنسية والحماية الدبلوماسية، بمعنى أن الجنسية هي التي تسمح بممارسة الحماية الدبلوماسية في ظل القانون الدولي المعاصر، وهذا ما أكده حكم محكمة العدل الدولية الصادر عام 1955 في قضية نوتا بوم (NETTEPOM) 53، حيث جاء فيه أن الجنسية استنادا إلى العمل الدولي، وأحكام محاكم التحكيم والقضاء وأراء الفقهاء (هي رابطة قانونية تقوم في أساسها على واقع ارتباط اجتماعي على تضامن حقيقي في الوجود والمصالح والمشاعر مقرونة بتبادل الحقوق



والواجبات)، ويستشف من هذا التعريف، أن أهمية الجنسية تستمد من الواقع كما تعني انتماء الشخص فعليا لدولة ما، ولهذا الانتماء أهمية خاصة في تحديد رعايا كل دولة.

- شرط استنفاد المستثمر الأجنبي وسائل التقاضي الداخلية: لقد استقر العرف الدولي على هذا المبدأ كشرط لممارسة الحماية الدبلوماسية، ويقصد به أنه لا يجوز لدولة الأجنبي، أن تتصدى لحمايته الدبلوماسية في مواجهة الدولة التي قامت بنزع ملكية أمواله الكائنة في إقليمها، إلا بعد أن يكون المستثمر الأجنبي طالب الحماية، قد استنفذ دون نجاح كافة الوسائل الداخلية لجبر الضرر في تشريع الدولة المضيفة، وقد استقر العمل الدولي على إعمال هذا المبدأ كشرط لممارسة الحماية الدبلوماسية، وهو ما أقره معهد القانون الدولي بوصفه تعبيراً عن قاعدة عرفية دولية<sup>54</sup>، وعليه يستوجب على المستثمر الأجنبي المتضرر أن يقوم باستنفاد طرق الطعن المحلية إدارية كانت، أم قضائية والمقررة في تشريع تلك الدولة، ودون مراعاة هذا الشرط لا تستطيع دولة المتضرر المطالبة بالحماية الدبلوماسية.

وقد تنازل القضاء الدولي موضوع شرط استنفاد وسائل التقاضي الداخلية، حيث أقرت محكمة العدل الدولية الدائمة، في قضية شركة أنترهانديل بين سويسرا والولايات المتحدة الأمريكية في 21 ماي 1959، أين دفعت الولايات المتحدة الأمريكية بعدم شرعية مطالب السويسرية، استناداً إلى أن الشركة لم تستنفذ طرق وإجراءات التقاضي المحلية المتاحة لها بموجب النظام القضائي الأمريكي، حيث قررت المحكمة أن إتباع هذا الشرط هو من المبادئ الأساسية الثابتة والمستقرة في القانون الدولي<sup>55</sup>، كما أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة، هذا الشرط في قرارها رقم: 1803 الصادر في 14-12-1962، المتضمن لمبدأ السيادة على الثروات الطبيعية على أنه: "يراعى حل نشوء نزاع حول موضوع التعويض استنفاد طرق التقاضي الوطنية للدولة التي اتخذت تلك الإجراءات...". إن الحكمة من استلزام هذا الشرط هو احترام سيادة الدولة المضيفة للاستثمار، وعدم التشكيك في نزاهة قضائها الوطني، إضافة إلى منح الدولة المضيفة للاستثمار فرصة لإصلاح الضرر، وإعادة الأمور إلى ما كانت عليه بواسطة هيئاتها الداخلية قبل إثارة النزاع إلى الساحة الدولية من خلال الحماية الدبلوماسية.

ثانياً: رفع نظام الحد الأدنى لمعاملة المستثمرين الأجانب بموجب أحكام الاتفاقيات الثنائية :

لقد أصبحت الاتفاقيات الثنائية وسيلة قانونية دولية لتحقيق الحماية الكاملة للاستثمارات الأجنبية الخاصة، وبما أن الغرض الأساسي لاتفاقيات الاستثمار الثنائية يتمثل في حماية و تشجيع الاستثمارات الأجنبية الخاصة و تحسين مناخ الاستثمار بهدف دعم التعاون الاقتصادي بين الأطراف المتعاقدة<sup>56</sup> لذلك فقد اهتمت تلك الاتفاقيات بتوفير العديد من الضمانات منها المخاطر غير التجارية المتمثلة في إجراءات الاستيلاء على أموال الأجانب عن طريق التأميم، أو نزع الملكية أو المصادرة، والإجراءات التي تضعها الدولة على الصرف الأجنبي، وما يترتب عليه من تقييد لحرية المستثمر في تحويل أرباحه إلى الخارج، إضافة إلى الأضرار الناتجة عن الأعمال العسكرية أو الثروات و الاتفاقيات.

رفع الحد الأدنى للحماية الموضوعية :

- الحماية الاتفاقية ضد مخاطر التأميم، ونزع الملكية.

تتمثل أهم الضمانات التي نصت عليها اتفاقيات في تحصين المال الأجنبي ضد إجراءات اخذ الملكية كالتأميم والمصادرة و غيرها من الإجراءات المماثلة، وعدم السماح بالمساس به إلا عند تحقق شروط معينة<sup>57</sup>، ومقابل دفع التعويض الحالي والكافي والفعال، وهي شروط تحقق التوازن بين مصلحة المستثمر الأجنبي ومصلحة الدولة المضيفة.

تعمل الاتفاقات الثنائية على تلافي القصور الذي يشوب التشريعات الوطنية من ناحية إمكانية تعديل نصوصها التي لا تجيز أو تسمح بتأميم في أي وقت ، لتجعل الأمر يتم في إطار اتفاقية دولية، تكون أكثر إلزاماً للطرف المضيف للاستثمار، وهذا المبدأ تأخذ به اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات بين مصر و لبنان عام 1997 والتي أكدت هذا المبدأ في المادة الخامسة 05 منها والتي قضت بأنه :

" لا ينبغي لأي من الطرفين المتعاقدين أن يتخذ بصورة مباشرة أو غير مباشرة إجراءات بنزع الملكية أو التأميم، أو يتخذ أية إجراءات أخرى لها الصفة نفسها أو المفعول نفسه بشأن استثمارات المستثمرين التابعين للطرف المتعاقد الآخر، إلا إذا كانت تلك الإجراءات متخذة في سبيل المنفعة العامة ، كما هو مقرر بمقتضى القانون ، على أساس غير تمييزي، و بموجب الطرق القانونية شريطة اتخاذ ترتيبات لدفع تعويض فعال وملائم".<sup>58</sup>

➤ في مجال نزع الملكية هناك قيود اتفاقية التي يمكن أن تقرها الاتفاقيات الثنائية على حق الدولة المستقبلية للاستثمار، والتي تتمثل في ما يلي :-

#### أ- حظر نزع الملكية :

تتضمن معظم الاتفاقيات الدولية الثنائية و المتعلقة بالاستثمار الأجنبي شروطاً تقيد من حق الدولة المستقبلية للاستثمار في نزع ملكية المشروعات الاستثمارية الأجنبية، ذلك نزع الملكية يمثل بصورة أو بأخرى، عائقاً كبيراً في سبيل استقطاب رأس المال الأجنبي، و من ثم فقد تصل تلك الشروط إلى حد حظر اتخاذ هذا الإجراء القانوني بشكل مطلق، وذلك بهدف تقديم أقصى درجات الضمان للمستثمر الأجنبي لتشجيعه على ممارسة نشاطه الاقتصادي و التجاري. وقد يكون الحظر من جهة أخرى مشروطاً بشروط معينة ترمي في مجملها إلى توفير الأمان القانوني للاستثمار الوافد، وقد ينضب الحظر على كل نظم وقد يرد على بعضها دون البعض الآخر، وذلك بحسب الحاجة إلى رأس المال الأجنبي و الاتجاه الذي تعتنقه الدولة في مواجهته.

#### ▪ الحظر المطلق لنزع الملكية :

تحرص بعض الاتفاقيات الثنائية على تحريم نزع ملكية الاستثمار الأجنبي بصفة مطلقة ، و يعد هذا الحظر في الواقع ضماناً قانونياً مهماً للمستثمر الأجنبي، ومثال ذلك اتفاقية دعم و حماية الاستثمارات المتبادلة بين العراق وكوبا، والتي تم إعدادها عام 1998، حيث تهدف إلى خلق مناخ مشترك بين العراق وكوبا، لتقرير وتشجيع استثمار رؤوس الأموال من قبل الأفراد و الشركات لإحدى الدولتين في الدولة الأخرى بهدف تحقيق الرخاء و التنمية الاقتصادية و الاجتماعية، وبصدد الحظر المطلق لنزع الملكية، تقرر المادة 04 من الاتفاقية المذكورة بأن يكون الاستثمار المحقق بمنأى عن إجراءات التأميم والمصادرة، أو أية إجراءات قانونية مشابهة.

يقصد بالحظر هنا الحظر على المصادرة الإدارية دون المصادرة القضائية ، ذلك أن الاتفاق على الحظر المطلق لنزع الملكية من شأنه أن يتعارض مع سيادة الدولة الذي يقرر حرمانها من الحق في التأميم الذي يعد مظهراً من مظاهر سيادتها و وسيلة من وسائل عملها لتحقيق الصالح العام ، كما أن الأخذ بهذا الحظر من شأنه أن يؤدي في الوقت ذاته إلى منع المصادرة التي تفرض عادة نتيجة مخالفة المستثمر لأحكام القانون.

#### ▪ الحظر المشروط بنزع الملكية :

قد يجيز اتفاق الاستثمار الدولي نزع ملكية المستثمر الأجنبي بشروط معينة ينبغي توافرها لتحقيق ذلك ، مثل ما هو الحال مثلاً في الاتفاق الثنائي الخاص بحماية الاستثمارات الأجنبية بين بريطانيا ومصر<sup>59</sup> .

حيث ينص في المادة 05 منه على أنه: "الاستثمارات شركات ومواطنين أي بين الطرفين المتعاقدين، يجب ألا تؤمم أو تنزع ملكيتها أو تخضع لتدابير يكون لها أثر مساو للتأميم أو نزع الملكية في إقليم الطرف المتعاقد الآخر إلا للصالح العام الذي يتعلق بالاحتياجات الداخلية لذلك الطرف، وبناء على تعويض حال و كاف و مؤثر 60".

كما تنص اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة بين العراق والجزائر لعام 1999 في هذا الصدد على أنه: " لا يتخذ الطرفان المتعاقدان تدابير نزع الملكية أو التأميم أو أية تدابير أخرى يترتب عليها بطريقة مباشرة أو غير مباشرة نزع ملكية مستثمري الطرف الآخر لاستثماراتهم التي يمتلكونها على إقليمها إلا إذا كان ذلك بسبب المنفعة العامة بشرط أن تكون هذه التدابير قد اتخذت طبقاً لإجراءات قانونية، وان لا تكون تمييزية، كما يجب أن تؤدي تدابير لنزع الملكية إذا اتخذت إلى دفع تعويض فعلي ومناسب".

يكرس هذا المبدأ اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات بين العراق و السودان، حيث تقرر بموجب الفقرة 01 من المادة السادسة 06 على عدم خضوع الاستثمارات التي تتم بموجب هذه الاتفاقية للتأميم أو المصادرة، أو أية إجراءات قانونية أخرى ذات تأثير مماثل بشكل مباشر أو غير مباشر إلا إذا كان ذلك لأغراض المنفعة العامة، وطبقاً للقوانين و الأنظمة السائدة في الدولة المتعاقدة التي يتم فيها هذا الإجراء، والذي يشترط فيه ألا يكون تمييزياً، و أن يتم مقابل دفع تعويض فعلي وعادل وفوري.

غير أن هذا الاتجاه من جهة أخرى يضع شروطاً معينة لاستعمال هذا الحق، و التي تمثل في حقيقتها قيوداً قانونية على حق الدولة في نزع ملكية المستثمر الأجنبي، ومن ثم فإن هذه القيود تعد ضمانات مهمة له.

إن هذا الاتجاه جدير بالتأييد، فهو يؤدي في الواقع إلى إيجاد قدر من الموازنة بين تحقيق الضمان و الأمان للمستثمر الأجنبي من خلال عدم التعرض لمشروعه الاستثماري، إلا طبقاً لأحكام القانون، ومقابل تعويض عادل و بين تمتع الدولة بحقوقها السيادية على نحو يمكنها من القيام بواجباتها في تحقيق المصلحة العامة، إذن هذا النمط من الضمان الاتفاقي يعترف للدولة المستقبلية للاستثمار الأجنبي.

- الاتفاق على قدر التعويض و أوصافه.

تعتبر قاعدة التعويض العادل المقررة بموجب العرف الدولي و الملزمة للدولة المؤممة لأموال المستثمر الأجنبي غير كافية لتحقيق الحماية الكافية للمستثمر الأجنبي، فقد مضت الإشارة إلى أن قرار العرف الدولي لمبدأ التعويض العادل لا يتنافى مع إمكان إدانة مقسماً أو مؤجلاً أو بالعملة المحلية، كما لا يتطلب أن يكون مبلغ التعويض مساوياً لقيمة الأضرار الفعلية التي أصابت المستثمر، فالتطبيقات الدولية قد اکتفت أحياناً بمجرد التعويض المناسب عند عدم وجود اتفاق خاص يقضي بغير ذلك.

في الحقيقة فإن مبدأ التعويض العادل يعد مبدأً غامضاً و يصعب تحديد مضمونه بشكل دقيق نظراً لاختلاف مفهوم العدالة من دولة لأخرى 61، إضافة إلى استحالة تقرير تعويض في حالة مخاطر الاضطرابات الداخلية والثروات في ظل الأعراف الدولية، كما لا يصح الاكتفاء فقط بالنص على عبارات عامة لا تفيد في تحديد قدر التعويض على نحو واضح، فمثل هذا الغموض في تفسير المقصود بالتعويض العادل لا يتفق مع مبدأ الأمان والضمان للمستثمر الأجنبي، وهذا ما يتنافى مع الغرض من الاتفاقيات الثنائية التي تسعى إلى حماية وتشجيع رؤوس الأموال بين الدول المتعاقدة 62.

لما كان من الثابت وجوب دفع تعويض ما في حالة نزع الملكية، و كانت حدود هذا التعويض ما تزال محل خلاف و جدل واسع بين الدول و الفقه الدولي، فإن الاتفاقيات الثنائية لحماية و تشجيع الاستثمار لم تكتف بالأخذ

بمبدأ التعويض ، و إنما تضمنت تحديدا دقيقا لأوصاف التعويض المستحق بشكل يمنع من إثارة أي نزاع حوله في المستقبل.

حيث قررت معظم الاتفاقيات الثنائية بتشجيع و حماية الاستثمار الأجنبي حق الدولة المستقطبة للاستثمار في نزع الملكية باستخدام نظم قانونية مختلفة بشرط أداء التعويض، وقد انصب اهتمام واضعي هذه الاتفاقيات في الواقع على تحديد مقدار التعويض المستحق وأوصافه عند اتخاذ الدولة إجراءات نزع الملكية في مواجهة الاستثمار غير الوطني 63.

من أجل ذلك فإن الاتجاه السائد في الاتفاقيات الثنائية الدولية المبرمة حديثا من شأن التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات ، هو النص على تأكيد حق الدولة المضيفة في اتخاذ إجراءات التأميم أو نزع الملكية، مع الحرص في نفس الوقت على تنظيم أحكام التعويض، من خلال تحديد أوصافه وبيان شروطه والعملية التي يجب أن يتم بها وزمن تسديده، وغير ذلك من الشروط.و ذلك على النحو التالي :

**01- زمن تقدير قيمة التعويض العادل.**

عملت الاتفاقيات الثنائية على تحديد اللحظة أو الفترة الزمنية التي يجب أن يتم من حرص سبييم انن السروح ملكيته من المستثمر الأجنبي واتفقت أغلبها على أن ألا تكون الفترة لاحقة لزمن نزع الملكية، وذلك حتى لا تتأثر قيمة المال بالنقص عما كانت عليه قبل نزع الملكية 64 .

من الملاحظ أن تلك الاتفاقيات لم تأخذ بزمن واحد لإجراء ذلك التقدير ، إلا أنها اتفقت على أن يكون زمن تقدير التعويض فور نزع الملكية ، مثل الاتفاقية الثنائية بين كل من مصر و روسيا البيضاء ، و بين مصر و حكومة كندا، فقد نصت الأخيرة على أنه: " لن تخضع استثمارات أو عوائد مستثمري أي من الطرفين المتعاقدين لإجراءات تأميم أو نزع الملكية أو أي إجراء مماثل الأثر في إقليم الطرف المتعاقد الآخر ، إلا من أجل الصالح العام ، و وفقا لإجراء قانوني صحيح و بدون تمييز في مقابل تعويض مناسب و فوري 65 .

هناك من الاتفاقيات الثنائية التي نصت على أن يكون تقدير التعويض قبل إتمام نزع الملكية، أو قبل الإعلان عنه، وأن يدفع التعويض للمستثمر الأجنبي عشية 66 اليوم الذي اتخذت فيها إجراءات نقل الملكية، ويدفع هذا التعويض دون تأخير، كما نصت على ذلك الاتفاقية التي عقدها مصر مع ألبانيا، بقولها:

" .. و يكون التعويض عادلا ولا يقل عن القيمة السوقية للاستثمار المنزوع ويكون ذلك قبل وقوع نزع الملكية ، أو التأميم ، أو الإجراءات المماثلة بصفة علنية ، كما يتم دفع قيمة التعويض دون تأخير 67 .

وتقصد الاتفاقيات الثنائية من وراء ذلك أن يتم تقييم قيمة المال في وقت مبكر وقبل أن يصبح الإجراء معلنا للجمهور، لما قد يؤدي ذلك من انخفاض في قيمة المال المنزوع ملكيته.

## **02- مبلغ التعويض.**

كما نظمت اتفاقيات الثنائية الزمن الذي يعتد به في تقدير قيمة التعويض فقد نظمت أيضا المعيار الذي يتم بمقتضاه تقدير مبلغ التعويض ، و يذكر أن الاتفاقيات اختلفت بشأن المعيار اللازم لتحديد مقدار التعويض المستحق، فمنها من تبنت معيار القيمة السوقية للاستثمار، و هو معيار عام أخذت به عدد كبير من الاتفاقيات الثنائية ، حيث نصت المادة الرابعة 04 من هذه الاتفاقية المبرمة بين جمهورية مصر و الأرجنتين على: " أن تصاحب هذه الإجراءات قرارات لدفع تعويضات تتم بصورة فورية و مناسبة و نافذة ، و يتم احتساب قيمة التعويض على أساس القيمة السوقية للاستثمار المنزوع ملكيته في الدولة المضيفة للاستثمار ، و هو نفس الحكم في اتفاقية الاستثمار التي أبرمتها

مصر مع كل من اليونان و تركيا، حيث نصت كل منهما على الحكم بأن يكون التعويض مبنيًا على أساس القيمة السوقية للاستثمار، ويتم احتسابه قبل حدوث الإجراء مباشرة، أو حدوثه بصفة علنية<sup>68</sup>.

**03- شكل الدفع.**

إضافة إلى ما سبق فإن الاتفاقيات الثنائية أخذت بمبدأ فاعلية التعويض ومبدأ الفورية، حيث اشترطت قابلية قيمة التعويض للتحويل، و أن يتم هذا التحويل دون تأخير. مما يلاحظ على الاتفاقيات الثنائية الحديثة بهذا الخصوص أنها استبعدت أحكام تسديد التعويض على أقساط، كما أنها لم تعد تتمسك بضرورة أن لم يتم تحويل قيمة التعويض بنفس العملة التي وردت إلى الدولة المضيفة بغرض الاستثمار.

#### أ- مبدأ فاعلية التعويض :

ومقتضاه قابلية قيمة التعويض للتحويل، و إذا كان الأصل هو تحويل قيمة التعويض بالعملة التي تم بها الاستثمار<sup>69</sup>، فإنه يمكن الاتفاق على غير تلك العملة كعملة دولة المستثمر، حيث نصت المادة **06** الفقرة ج من اتفاقية الاستثمار بين مصر وهولندا عام **1996** المشار إليها سابقا على أنه :

" حتى يكون التعويض كاف عليه للمطالبين يدفع ويكون قابلا للتحويل دون تأخير للدولة التي يجدها المطالبون وبعملة الدولة التي يكون المطالبون من مواطنيها أو بأي عملة قابلة للتحويل يقبلها المطالبون."

إضافة إلى ذلك فقد جعلت بعض الاتفاقيات الثنائية تحديد تلك العملة مرهون بموافقة المستثمر عليها، و هذا وفق ما نصت عليه المادة السابعة، الفقرة الثانية من اتفاقية الاستثمار بين مصر و تركمستان<sup>70</sup> بقولها: " أن تتم التحويلات بالعملة الحرة القابلة للتحويل التي يتم الإنفاق عليها مع المستثمر بسعر الصرف المعلن في تاريخ الاستحقاق."

إذا كانت الاتفاقيات الثنائية قد أجمعت على أن ترافق تدابير نزع الملكية بدفع التعويض، فإنها اختلفت في كيفية تحديده. حيث نص البعض من هذه الاتفاقيات المبرمة مع الاتحاد البلجيكي - اللكسمبورغي، مع إيطاليا، فرنسا، موزنبيق، كوريا، الدانمارك، النمسا<sup>71</sup>، السويد، في حين اختلفت الاتفاقية الجزائرية الإسبانية بأن يكون التعويض مناسباً.

بينما نص الاتفاق المبرم مع رومانيا على أن يكون التعويض حقيقياً، إلا أن بعض الاتفاقيات نصت على أن يكون التعويض ملائماً و عادلاً كالاتفاق مع نيجيريا، والبعض الآخر استلزم تعويض كاف، وفعال كالاتفاق مع عمان <sup>72</sup> و الكويت.

بالمقارنة مع النصوص السابقة الذكر، نجد أنها لم تأخذ بالخصائص الواردة في المرسوم التشريعي **93-12** بالنسبة للاتفاقيات المبرمة بعد **1993**، ولا بالأمر **01-03** بالنسبة للاتفاقيات المبرمة بعد **2001**، ذلك أن كلا من المرسوم **93-12** و الأمر **01-03** نص على أن يكون التعويض عادلاً و منصفاً.

أجمعت كل الاتفاقيات على أن يتم تحديد التعويض على أساس القيم الفعلية، أو القيمة الحقيقية للاستثمارات السائلة عشية اليوم الذي تحدث فيه الإجراءات أو أعلن عنها، و يجب أن يتم الدفع دون تأخر، و إن كانت الاتفاقيات قد اختلفت في معالجة تأخر الدفع بين تعويض فوري (الاتفاق الجزائري مع البحرين<sup>73</sup>، الكويت، عمان).، أو تعويض سريع (الاتفاق الجزائري مع السويد، نيجيريا، الدانمارك، النمسا، كوريا، موزنبيق).

تخضع النزاعات المتعلقة بمشروعية كل تأميم أو نزع ملكية، أو نزاعات تخص تقويم الاستثمار، و دفع التعويض للمحاكم الوطنية للدولة المضيفة للاستثمار، أي أنها لا تخضع للتحكيم، فعلى سبيل المثال جاء في المادة الثالثة و الرابعة من الاتفاق المبرم بين الجزائر و النمسا:

"يكون للمستثمر المتضرر مننع الملكية في إطار القانون الداخلي للطرف المتعاقد الذي قام بنزع الملكية ، الحق في مراجعة قضيته و في تقييم استثماره من قبل محكمة أو هيئة أخرى قضائية مختصة لهذا الطرف المتعاقد."

ب- مبدأ الفورية :

ينصرف هذا المبدأ إلى وجوب أن يتم دفع قيمة التعويض على وجه السرعة 74 ، وكذلك تحويله، إلا أن ذلك لا يعني أن يتم دفع قيمة التعويض مباشرة، أو في نفس تاريخ نزع الملكية أو التأميم، فالأمر يتطلب اتخاذ بعض الإجراءات الإدارية و القضائية التي تستغرق بعض الوقت كي يتم تقدير قيمة التعويض 75 ، لذا فإن الدفع يجب أن يتم خلال مدة معقولة بعد نزع الملكية، أو بعد تقدير قيمة التعويض .

هذا ما عبرت عنه بعض الاتفاقيات الثنائية للاستثمار بأن يتم دفع التعويض طبقا للإجراءات القانونية بدون تأخير لا مبرر له، و قد نصت على ذلك اتفاقية 76<sup>1</sup> الاستثمار بين مصر والصين لعام 1994 بموجب المادة الرابعة 04 والتي جاءت على أنه : " يجب أن يعادل التعويض قيمة الاستثمارات المنزوع ملكيتها في الوقت الذي يتم إعلان قرار المصادرة فيه ، و يكون قابلا للتحويل بعملة حرة، و سوف يتم سداد التعويض بدون تأخير لا مبرر له.

و قد أخذت مبدأ الفورية أغلب اتفاقيات الاستثمار الثنائية و نصت عليه منها على سبيل المثال: تلك التي أبرمتها جمهورية مصر مع حكومة الأرجنتين و جاءت المادة 04 منها و التي نصت على: " لا يجوز تأميم أو نزع الملكية في مواجهة استثمارات تقام في أراضي تنتمي لمستثمري الطرف المتعاقد الآخر إلا إذا تم هذا الإجراء على أساس المنفعة العامة و بموجب إجراءات قانونية سارية على أن تصاحب قرارات لدفع تعويضات بصورة فورية و مناسبة و نافذة".

كما تم الاتفاق بين الجزائر و الاتحاد البلجيكي اللكسمبورغي المصادق عليه بموجب المرسوم رقم: 345/91 المؤرخ في 15-10-1991 بموجب المادة الرابعة منه، على أن يدفع التعويض دون تأخير، في حين تضمن الاتفاق الجزائري الإيطالي المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 346/91 المؤرخ في 05-10-1991 بموجب المادة الرابعة منه على حق المستثمر الإيطالي في الحصول على تفويض مناسب و معادل لقيمة الاستثمارات و عاجل في الدفع و بالعملة القابلة للتحويل ، أو على العملة التي تم بها الاستثمار.

كذلك أبرمت مصر اتفاقية مع المملكة العربية السعودية قضت بأنه: " يستحق المستثمر تفويضا عادلا و عاجلا عما يصيبه من ضرر ، و اقتضاء الفورية في التعويض " ، نجده كذلك في الاتفاقية المبرمة بين مصر و تركمستان، و التي نصت على أن يكون: " نزع الملكية مقابل سداد تعويضات كافية و فورية".

كما سبق ذكره ، نخلص إلى القول :

إن الاتفاقيات الثنائية إلى حد ما قدمت حماية كافية للمستثمر الأجنبي ضد إجراءات التأميم و نزع الملكية ، و لم تسمح باتخاذ تلك الإجراءات إلا بتوافر شروط معينة، كما سعت تلك الاتفاقيات إلى تجنب قصور التشريعات الداخلية و بالذات في مجال التعويض، فقضت بتقرير مبدأ التفويض، و قامت بتحديد أوصافه و مداه و كيفية تقديره ولا شك أن مثل هذا الاتجاه من شأنه أن يبعث الاطمئنان للمستثمر الأجنبي و يجسد الحماية القانونية المطلوبة للاستثمارات الأجنبية و يعمل على جذبها و تهيئة المناخ المناسب لها.

رفع الحد الأدنى للحماية الإجرائية :

ما من شك أن اتفاقيات حماية و تشجيع الاستثمار على المستوى الثنائي قد عنيت بتحديد نطاق و مضمون حقوق و التزامات الأطراف المتعاقدة، لكن ذلك لا يخلو عند التطبيق العملي من بروز خلافات و منازعات في تطبيق

أحكام تلك الاتفاقيات، سواء تعلق الأمر بتحديد مضمون نطاقها، أو بنقض أحد الأطراف لالتزاماته. و عليه لا يكفي أن تحدد الدول القواعد الموضوعية 77 التي يتم على أساسها معاملة الاستثمار الأجنبي كوسيلة لتشجيع وجذب الاستثمارات الأجنبية من أجل التنمية الاقتصادية، و تدعيم الاقتصاد الوطني في الدولة المضيفة، لا يكفي وحده لاطمئنان المستثمر الأجنبي، بل لابد من وجود وسائل أخرى تطمئن المستثمر عند حدوث أي نزاع ينشأ بينه و بين الدولة المضيفة له، يتولى من خلالها فض النزاع سواء كانت هذه الوسائل داخلية أم دولية.

لأن المستثمر حتى ولو كان يعي حقوقه والتزاماته، ويحرص على التمتع بها، إلا انه قد يكون أكثر حرصا تجاه الوسيلة التي يعتمد عليها في فض نزاعه عندما تصطدم حقوقه و مصالحه مع حقوق الدولة المضيفة 78 حتى و إن أقرت له الدولة المضيفة بحق اللجوء إلى جهاز قضائي مستقل ومحيد كتعبير منها عن رغبتها في إيجاد الوسيلة المناسبة لحسم ما قد يثور من خلاف عند تصادم المصالح .

يتعين لكفاية هذا الاطمئنان للمستثمر أن تكون هناك هيئة قضائية محايدة غير تلك الموجودة داخل الدولة المضيفة لرأس المال، يمكن للمستثمر الأجنبي أن يلجأ إليها عند قيام أي نزاع بينه و بين الدولة المضيفة للاستثمار، ذلك أن خضوع مثل هذا النوع لاختصاص المحاكم الوطنية للدولة المضيفة لا يدعو إلى اطمئنان المستثمر وارتياحه، وذلك لتمثله في أي قضاء خاص يتبع الدولة المضيفة لرؤوس الأموال 79 .

لذا فإن الحماية الإجرائية لا تقل من حيث أهميتها عن الحماية الموضوعية، لأن المناخ الاستثماري لا يتأثر فقط بالنظم و القواعد السائدة في الدولة المضيفة، وفي الاتفاقيات المتضمنة للقواعد التي تحكم روابط الاستثمار في مرحلة الثبات و السكون، بل يتأثر هذا المناخ الاستثماري أيضا بطرق و أساليب التسوية عند تنفيذ الاستثمار.

وإزاء هذا تشكيك في قدرة المحاكم القضائية المحلية على حل المنازعات الاستثمارية 80 فقد برز التحكيم كوسيلة أكثر فاعلية وحيادية لتسوية المنازعات الاستثمارية والتجارية، ومن وسائل جذب الاستثمار الأجنبي، وكضمانة إجرائية و قضائية للاستثمار الأجنبي 81، لأن التسوية القضائية الداخلية للنزاع قد يكتنفها المزيد من التعقيد والغموض، و قد يجد المستثمر الأجنبي نفسه عاجزا عن مقاضاة الدولة أمام قضائها 82 من منطلق حصانة الدولة أمام قضائها الداخلي 83، مما يجعلها تتمتع بمبدأ السيادة 84 من جهة، ومن جهة ثانية جهل المستثمر الأجنبي لطبيعة إجراءات التقاضي الداخلية للدولة المضيفة 85. كما أنه لا يمكن للمستثمر الأجنبي مقاضاة الدولة المضيفة أمام القضاء الدولي باعتبار أن التقاضي 86 أمام القضاء الدولي لا يكون إلا بين أشخاص القانون الدولي 87، ولا يعتبر الفرد كذلك.

#### الخاتمة :

- على ضوء ما سبق ذكره يمكن القول أن الاتفاقيات الثنائية عملت إلى حد كبير من رفع الحد الأدنى للحماية الموضوعية والإجرائية التي كانت مقررة بموجب القواعد العرفية الدولية، ويظهر ذلك جليا من خلال توفير ضمانات إجرائية تتجلى في الإحالة إلى التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار التي تثار بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة، و بذلك عملت على تكسير الحواجز و الطرق القضائية التقليدية سواء المتعلقة بالحماية الدبلوماسية أو غيرها من وسائل التقاضي المحلية التي كانت تلزم المستثمر الأجنبي عند فض النزاعات بإتباعها، وهو ما يشكل له زعزعة في الثقة نتيجة مثوله أمام قضاء ضعيف ومعيب هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الاتفاقيات الثنائية تضمنت آليات قانونية سهلة لتسوية النزاعات بين الدولة و المستثمر، فهي تجنب أصلا الخلاف بين الدولتين حول تكييف وتطبيق أحكام الاتفاقية مما يقلل من النزاعات بينهما.

الهوامش :

1- أنظر في ذلك إلى قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، المرجع السابق ص 186

2- France culent 1979 p.268 P. Julliard, les conventions bilatérales d'investissement conclues par la

3- أنظر إلى حجج أنصار سياسة حرية التجارة، فوزي نعيمة وغراس عبد الحكيم، دروس في قانون أعمال الدولي، الجزء 01، أكتوبر 1999، ص 35 وما بعدها

4- راجع: بن سويح خديجة، النظام القانوني للاستثمار في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، فرع قانون المؤسسات، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2007، ص 3

5- المصادرة: هي إجراء تتخذه السلطة العامة في الدولة، بمقتضاه تستولي على ملكية كل أو بعض الحقوق المالية المملوكة لأحد الأشخاص وذلك دون تعويض أو مقابل وتتناول الأموال العقارية أو المنقولة. أنظر نور الدين بوسهوه، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في القانونيين الدولي والجزائري، المرجع السابق

6- مركز الأجانب: هو أحد الموضوعات التي يهتم بها القانون الدولي الخاص، ويتناول مجموعة القواعد القانونية التي تضع - في دولة معينة - نظاما خاصا بالأجنبي يختلف به عن الوطني من حيث التمتع بالحقوق العامة أو الخاصة، ذلك أن تشريعات الدول لا تسوي في المركز القانوني بين الأجنبي والمواطن. ص 85.

7- راجع في ذلك: عمر هاشم صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2008، ص 49.

8- أنظر، هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2002، ص 27.

9- أنظر عبد الواحد فار، طبيعة القاعدة الدولية الاقتصادية في ظل النظام الدولي القائم، دار النهضة 1985، ص 13.

10- Mahmoud Salem . le développement de la protection conventionnelle des investissement étranger.

culent.1986.p592 Ets.

11- أنظر: أحمد قسنت الجداوي، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الجنسية ومركز الأجانب، دار النهضة العربية، 1977، ص 360.

12- أنظر كعباش عبد الله، الحماية الوطنية والدولية للاستثمار الأجنبي وضمانه من المخاطر غير التجارية في الدول النامية، المرجع السابق ص 114. وأنظر عبد الواحد محمد الفار، طبيعة القاعدة الدولية الاقتصادية الدولية، دار النهضة العربية القاهرة ط، 1985، ص 13-14.

13- انظر عصام الدين بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الأخذة في النمو، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1972، ص 247 وما بعدها.

14- نصت على ذلك المادة 30/الفقرة الأولى والثانية من اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961.

15- انظر خالد محمد جمعة، إنهاء الدولة المضيفة اتفاقية الاستثمار مع المستثمر الأجنبي: مجلة الحقوق الكويتية، السنة 23، العدد 03، سبتمبر 1999 ص 97.

16- انظر عصام الدين بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الأخذة في النمو، المرجع السابق، ص 247 وما بعدها.

17- ومن ذلك ما نص عليه الدستور المصري لعام 1971م، في المادة 35، والدستور اليمني لعام 1994م، في مادته 17/الفقرة ج.

18- انظر محمد عبد العزيز بكر، منازعات الاستثمار في آسيا بين القانون والمصلحة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 2001م، ص 27 وما بعدها.

19- انظر عمر هاشم صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، المرجع السابق، ص 56.

20- انظر على هشام صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، المرجع السابق، ص 34

21- انظر محمد بوسلطان، مبادئ القانون الدولي العام، المرجع السابق ص 277 وانظر أيضا على إبراهيم، الوسيط في المعاهدات الدولية، دار النهضة العربية بالقاهرة، الطبعة الأولى 1995م ص 819.



- 2- أنظر على الصادق أبو هيف، القانون الدولي العام، منشأة المعارف الإسكندرية بدون سنة النشر، ص 299.
- 23- وقعت هذه الاتفاقية بين ألمانيا و بولندا بتاريخ 15-05-1922م، وبموجبها تم إنشاء محكمة تحكيم سيليزيا العليا التي أعطت للفرد حق الادعاء أمامها لأجل حماية مصالحه حتى في مواجهة حكومته.
- 24- أنظر علي صادق هشام، الحماية الدولية للمال الأجنبي، المرجع السابق، ص 40.
- 25- أنظر في نظرية تغير الظروف في المعاهدات الدولية، محمد بوسلطان، مبادئ القانون الدولي العام، المرجع السابق، ص 356 وما بعدها.
- 26- أنظر محمد بوسلطان، نفس المرجع السابق، ص 367 وما بعدها.
- 27- يقصد بالمعاهدات غير المتكافئة: تلك المعاهدات التي تبرم بين دولتين غير متساويتين في السيافة، كتلك التي تبرم بين الدول المستعمرة والدول المستعمرة.
- 28- أنظر عمر هاشم صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبي في القانون الدولي، المرجع السابق، ص 60.
- 29- أنظر، هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، المرجع السابق، ص 46.
- 30- أنظر، هشام علي صادق، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الثالثة، 1974 ص 191.
- 31- أنظر، إبراهيم شحاتة، معاملة الاستثمارات الأجنبية في مصر، دار النهضة العربية، 1982م، ص 113.
- 32- أنظر في ذلك عصام الدين بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الأخذة في النمو، المرجع السابق، ص 266.
- 33- أنظر محمود دريد السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية، المرجع السابق، ص 154.
- 34- أنظر، يوسف محمد، مضمون وأهداف الأحكام الجديدة في المرسوم التشريعي 93-12، المتعلق بترقية الاستثمارات، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة ENA، المجلد 9، العدد 02، 1999م ص 96-97.
- 35-CARREAUET FLORY ET JUILLARD. DROIT INTERNTIONAL ECONOMIE 3<sup>eme</sup> édition -l.g.d .j Paris 1990 p634
- 36- راجع في ذلك، أحمد صادق القشيري، التأميم في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية العدد الثالث، 1987م ص 295 وما بعدها.
- 37- طور القانون الدولي للاستثمار نظرية الحقوق المكتسبة المتعارف عليها في القانون الخاص، حيث اعتبرها كأثر من آثار إجراءات التأميم، وتتمثل في جمل الحقوق التي أكتسبها المستثمر الأجنبي أثناء مباشرته لنشاطه في الدولة المضيفة، فإذا قامت الدولة بتأميم مشروع المستثمر الأجنبي، فيجب عليها مراعاة حقوق هذا الأخير لأنه أكتسب هذه الحقوق في ظل قانون معين، والملاحظ أن الفقه الدولي في هذا الشأن انقسم إلى قسمين: قسم أول: يرى أن المستثمر الأجنبي يفقد كل حق بمجرد حصول عملية التأميم باستثناء الحق في التعويض الذي يتم حسب التشريعات بصفة قبلية عادلة و منصفة مثل ما نص عليه الدستور الجزائري. وقسم ثان: يرى أن التعويض الممنوح للمستثمر لا يعني فقدانه لبعض الحقوق المكتسبة الأخرى والتي يجب المحافظة عليها عند إجراء أي تأميم. أنظر عجة الجليلي، الكامل في القانون الجزائري للاستثمار بين الأنشطة العادية و قطاع المحروقات، دار الخلدونية، الجزائر 2006، ص 392-393.
- 38- 39- أنظر محمود دريد السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية، المرجع السابق ص 109.
- 40-BINDSCHIEDLER RUDOLEF, LA PROTETION DE LA PROPRIETE PRIVEE EN DROIT PUBLIC-R-C,A,I-1956-P264
- 41- هشام خالد، الحماية العربية للاستثمارات العربية، مؤسسة شباب الجامعة، 1988 ص 62.

42- هشام صادق الجنسية والمواطن ومركز الأجانب، المرجع السابق ص122.

43- عشوش أحمد عبد الحميد، النظام القانوني للاتفاقيات البيرولية، القاهرة 1985م ص386

44- انظر النويضي عبد العزيز، أحكام الاستثمار الأجنبي الخاص في القانون الدولي المعاصر، مجلة القانون والاقتصاد، لكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس العدد 2، 1986م ص45.

45- ذهب الاتفاقيات الدولية إلى أبعد من ذلك حين سمحت بفكرة التعويض العيني وذلك مراعاة للظروف الاقتصادية الدولية للدولة التي اتخذت إجراء التأمين، فقد قامت بولندا عام 1947م-1948م، بموجب الاتفاق بينها وبين فرنسا على أداء التعويضات لفرنسا في صورة تصدير كميات من الفحم إليها، أنظر هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، المرجع السابق ص80.

46- راجع في ذلك، نورالدين بوسهوه، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي بين القانونين الدولي والجزائري، المرجع السابق، ص95.

47- انظر عمر هاشم صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، المرجع السابق ص83.

48- يقصد بالملذبة التجاري: مدرسة اقتصادية ظهرت في نهاية القرن 15م بزعامه توماس مان الذي كان يرى بأن ثروة بريطانيا أساسها التجارة الخارجية.

49- انظر كعباش عبد الله، الحماية الوطنية والدولية للاستثمار الأجنبي وضمانه من المخاطر غير التجارية في الدول النامية، المرجع السابق ص114.

50- محمود عبد الحميد سليمان، الحماية الدبلوماسية للمال الأجنبي، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 58 2002م ص395.

51- بقصد بالأيدي النظيفة ألا يكون الفرد طالب الحماية الدبلوماسية هو نفسه المتسبب في الضرر الذي لحق به ويكون ذلك إما بانتهاك الفرد لقواعد القانون الداخلية في الدولة التي يقيم بها، أو بانتهاجه سلوك يتعارض مع أحكام القانون الدولي، انظر خذر محمد، الحماية الدبلوماسية للفرد في القانون الدولي العام، مذكرة ماجستير، فرع القانون الدبلوماسي، كلية الحقوق جامعة الجزائر 2008 ص07.

52- انظر الى عبد القادر القادري حول الحماية الدبلوماسية، مقال منشور بالمجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، كلية العلوم القانونية والسياسية والاقتصاد، الرباط العدد12، سنة 1982م ص44.

53- تتمثل وقائع هذه القضية في أن السيد: مافروماتيس رعية يونانية تحصل قبل الحرب العالمية الأولى، على امتياز من قبل السلطة العثمانية للقيام بأشغال عامة في فلسطين، إلا أن السلطات البريطانية باعتبارها منتدبة على فلسطين، قامت بمنح الامتياز لشخص آخر، مع أن معاهدة لوران نصت على أن السلطة الجديدة ملزمة باحترام التعهدات والامتيازات الممنوحة قبل الحرب، ولما فشل مافروماتيس في إقناع السلطات البريطانية على عدم مشروعية تصرفاتها، تبنت الحكومة اليونانية مطالبه أمام محكمة العدل الدولية

54- الشخص الاعتباري: مجموعة الأشخاص أو مجموعة الأموال (الأشياء)، تتكاثف وتتعاون أو ترصد لتحقيق هدف وغرض مشروع بموجب اكتساب الشخصية القانونية "personne juridique" راجع في ذلك محمد الصغير بعلي، دروس في المؤسسات الإدارية، منشورات بالي مختار، عنابه بدون سنة النشر ص25.

55- تتمثل وقائع نوباتوم (NETTEPOM): في ان حكومة لشتين شتاين طلبت تعويضا من حكومة غواتي مالا على أساس المدعو "نوتيبوم" أحد رعاياها فاعترضت حكومة غواتي مالا على ذلك وعرض نزع السلاح على محكمة العدل الدولية التي رفضت طلب حكومة لشتين شتاين، لأن المواطن المذكور "نوتيبوم" قد استقر في قواتي مالا منذ 1905، وأنه سافر إلى أوروبا عام 1939 بقصد الزيارة و أثناء تواجده تحصل على جنسية ليشتن شتاين ثم عاد إلى غواتي مالا عام 1940 و بقي بها إلى أن طرد منها عام 1943، ومن ثم فإن الجنسية الجديدة التي تحصل عليها "نوتيبوم" لم تكن مبنية على روابط فعلية و أن القصد منها التمتع بجنسية دولة محايدة أثناء الحرب العالمية. أنظر كعباش عبد الله، الحماية الوطنية والدولية للاستثمار الأجنبي وضمانه من المخاطر التجارية في الدول النامية، مرجع سابق، ص121.

56 أنظر علي هشام صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، المرجع السابق، ص158.

57- أنظر عمر هاشم صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، المرجع السابق ص81.

- 58- عبد الواحد الفار، أحكام التعاون الدولي في مجال التنمية الاقتصادية، مرجع سابق ص 148.
- 59- وهي شروط سبق ذكرها، و تتمثل في: شرط المصلحة العامة، و شرط المساواة و عدم التمييز و شرط عدم مخالفة التزام تعاقدي سالت و شرط دفع التعويض.
- 60- و مثال هذا النص ما أقرته المادة 04 من اتفاقية تشجيع و حماية الاستثمارات بين مصر و اليونان عام 1995 الجريدة الرسمية، العدد 31 بتاريخ 03-08-1995، ص 28-17 و المادة 04 من اتفاقية تشجيع و حماية الاستثمارات المتبادلة بين مصر و جمهورية الأرجنتين لعام 1994، الجريدة الرسمية المصرية، العدد 07 الصادر بتاريخ 17-02-1994، ص 79.
- 61- تم التوقيع على هذه الاتفاقية في لندن في 11 جوان 1975.
- 62- أنظر حسن عطية الله، سيادة الدول النامية على موارد الأرض الطبيعية، دراسة في القانون للتنمية الاقتصادية، مرجع سابق، ص 216-217.
- 63- المرسوم الرئاسي رقم 03-370 المؤرخ في 23-10-2003، المتضمن التصديق على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة دولة الكويت للتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقعة بالكويت في 30-09-2001، الجريدة الرسمية، العدد 66، المؤرخة في 02-11-2003، ص 03.
- 64- تم التوقيع على هذا الاتفاق في 23-مايو-1963.
- 65- أنظر المادة الرابعة 04 من الاتفاقية المذكورة.
- 66- أنظر عمر هشام صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، المرجع السابق، ص 95.
- 67- هشام صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، المرجع السابق، ص 266.
- 68- أنظر محمود دريد السامرائي ن الاستثمار الأجنبي المعوقات و الضمانات القانونية، المرجع السابق، ص 226.
- 69- عبد العزيز سعد النعماني، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في اليمن و مصر، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 209.
- 70- راجع نص المادة الرابعة 04 من اتفاقية الاستثمار الثنائية المبرمة بين مصر و كندا، و الموقعة في القاهرة بتاريخ 13-11-1997، الجريدة الرسمية المصرية، العدد الأول بتاريخ: 01-01-1998، ص 11.
- 71- BEKHCHI (A-W), Code des Investissements en ALGÉRIE. Quotidien d'ORAN du 02-01-95-pp 07.08.09.
- 72- راجع نص المادة الرابعة 04 من اتفاق الاستثمار المبرم بين مصر و الأرجنتين، المرجع السابق.
- 73- أنظر المادة 04 من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين مصر و كرواتيا عام 1997، الجريدة الرسمية، العدد 21 الصادر بتاريخ 27 مايو 1999، ص 1648.
- 74- المرسوم الرئاسي رقم: 03-525، المؤرخ في 30-12-2003، المتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية و حكومة مملكة الدانمارك حول الترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر 25-12-1999، العدد 02، المؤرخة في 07-01-2004، ص 07.
- 75- راجع نص المادة السادسة 06 الفقرة ج من اتفاقية الاستثمار بين مصر و هولندا 1996، الجريدة الرسمية، العدد 15، الصادر في 11-04-1998، ص 709.
- 76- أنظر عبد العزيز سعد النعماني، مركز القانوني للمستثمر الأجنبي، المرجع السابق، ص 315.
- 77- أنظر الجريدة الرسمية المصرية، العدد 01، الصادر في 12-03-1998، ص 599.
- 78- المرسوم الرئاسي رقم 327/04 المؤرخ في 10-10-2004، المتضمن التصديق على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية و حكومة جمهورية النمسا للتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقعة بفيينا في 17-06-2003، الجريدة الرسمية، العدد 65، المؤرخة في 13-10-2004، ص 10.
- 79- المرسوم الرئاسي رقم 02-223، المؤرخ في 22-06-2002، المتضمن التصديق على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية و حكومة سلطنة عمان للتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة بالجزائر في 09-04-2000، الجريدة الرسمية، العدد 44، المؤرخة في 26-06-2002، ص 05.

80-المرسوم الرئاسي رقم 03-65، المؤرخ في 8-02-2003، المتضمن التصديق على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية و حكومة دولة البحرين للتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقعة بالجزائر في 11-06-2000، الجريدة الرسمية، العدد 10، المؤرخة في 16-02-2003، ص 15.

81 - أنظر في هذا المعنى: عصام الدين نسيم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة، المرجع السابق، ص 288.

82 - أنظر: عصام الدين نسيم، المرجع السابق، ص 290.

83 - أنظر: الجريدة الرسمية المصرية، العدد 49 الصادر في 12-12-1996. ص 2797.

84 - أنظر عمر هشام صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، المرجع السابق، ص 100.<sup>1</sup>

85 - إبراهيم شحاتة، مقال: الإطار القانوني لتشجيع الاستثمارات الأجنبية الخاصة و الرقابة عليها، المرجع السابق، ص 146.

86 - هشام على صادق، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، المرجع السابق، ص 24.

87 - لمعرفة دواعي و مبررات اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعات الاستثمار، راجع في ذلك جلاء و فاء محمددين، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، بدون تاريخ، ص 07 و ما بعدها، د- صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 345.

### قائمة المراجع والمصادر المعتمدة:

#### أولا: المراجع باللغة العربية:

##### 01-الكتب:

- قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، دار الهومة، بوزريعة، الجزائر، الطبعة الثانية، 2006.
- فوزي نعيمى و غراس عبد الحكيم، دروس في قانون أعمال الدولي، الجزء 01، أكتوبر 1999.
- عمر هاشم صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2008.
- هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2002.
- عبد الواحد فار، طبيعة القاعدة الدولية الاقتصادية في ظل النظام الدولي القائم، دار النهضة 1985.
- أحمد قسمت الجداوي، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الجنسية ومركز الأجانب، دار النهضة العربية، 1977.
- عصام الدين بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الأخذة في النمو، دار النهضة العربية بالقاهرة 1972.
- محمد عبد العزيز بكر، منازعات الاستثمار في آسيا بين القانون والمصلحة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 2001.
- محمد بوسلطان، مبادئ القانون الدولي العام، المرجع السابق ص 277
- على إبراهيم، الوسيط في المعاهدات الدولية، دار النهضة العربية بالقاهرة، الطبعة الأولى 1995م.
- على الصادق أبو هيف، القانون الدولي العام، منشأة المعارف الإسكندرية بدون سنة النشر.
- هشام علي صادق، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الثالثة، 1974.
- إبراهيم شحاتة، معاملة الاستثمارات الأجنبية في مصر، دار النهضة العربية، 1982.
- عجة الجليلي، الكامل في القانون الجزائري للاستثمار بين الأنشطة العادية و قطاع المحروقات، دار الخلدونية، الجزائر 2006.
- هشام خالد، الحماية العربية للاستثمارات العربية، مؤسسة شباب الجامعة، 1988.

- عشوش أحمد عبد الحميد ، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية ، القاهرة 1985م.
- محمد الصغير بعلي، دروس في المؤسسات الإدارية، منشورات بالي مختار، عنابه بدون سنة النشر.
- 02-الرسائل الجامعية :**
- بن سويح خديجة، النظام القانوني للاستثمار في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، فرع قانون المؤسسات، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2007.
- نور الدين بوسهوه، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في القانونيين الدولي والجزائري، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة البليدة ، 2005.
- كعباش عبد الله ، الحماية الوطنية والدولية للاستثمار الأجنبي وضمانه من المخاطر غير التجارية في الدول النامية، رسالة ماجستير ، كلة الحقوق والعلوم السياسية ، بن عكنون ، جامعة الجزائر ، 2002.
- خذر محمد ، الحماية الدبلوماسية للفرد في القانون الدولي العام ، مذكرة ماجستير ، فرع القانون الدبلوماسي ، كلية الحقوق جامعة الجزائر 2008.
- 03-المقالات والأبحاث :**
- خالد محمد جمعة، إنهاء الدولة المضيفة اتفاقية الاستثمار مع المستثمر الأجنبي:مجلة الحقوق الكويتية،السنة 23،العدد 03 ، سبتمبر 1999.
- يوسف محمد، مضمون وأهداف الأحكام الجديدة في المرسوم التشريعي 93-12، المتعلق بترقية الاستثمارات، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة ENA، المجلد 9، العدد 1999، 02م.
- أحمد صادق القشيري ، التأميم في القانون الدولي الخاص ، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية العدد الثالث ، 1987م.
- النويضي عبد العزيز ، أحكام الاستثمار الأجنبي الخاص في القانون الدولي المعاصر ، مجلة القانون والاقتصاد ، لكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، فاس العدد 2 ، 1986.
- محمود عبد الحميد سليمان ، الحماية الدبلوماسية للمال الأجنبي ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، المجلد 58 2002م.
- عبد القادر القادري، حول الحماية الدبلوماسية، مقال منشور بالمجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، كلية العلوم القانونية والسياسية والاقتصاد، الرباط العدد 12، سنة 1982.
- 04- الاتفاقيات والقوانين :**
- الاتفاقية بين ألمانيا و بولندا بتاريخ 15-05-1922م، وبموجبها تم إنشاء محكمة تحكيم سيليزيا العليا.
- اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961.
- اتفاقية تشجيع و حماية الاستثمارات المتبادلة بين مصر وجمهورية الأرجنتين لعام 1994، الجريدة الرسمية المصرية ، العدد 07 الصادر بتاريخ 17-02-1994.
- اتفاقية تشجيع و حماية الاستثمارات بين مصر و اليونان عام 1995 الجريدة الرسمية، العدد 31 الصادر بتاريخ 03-08-1995.
- اتفاقية الاستثمار الثنائية المبرمة بين مصر و كندا ، و الموقعة في القاهرة بتاريخ 13-11-1997، الجريدة الرسمية المصرية ، العدد الأول بتاريخ : 01-01-1998.
- اتفاقية الاستثمار المبرمة بين مصر و كرواتيا عام 1997 ، الجريدة الرسمية ، العدد 21 الصادر بتاريخ 27 مايو 1999.
- اتفاقية الاستثمار بين مصر و هولندا 1996 ، الجريدة الرسمية ، العدد 15 ، الصادر في 11-04-1998.
- الدستور المصري لعام 1971م

-الدستور اليمني لعام 1994 م .

-الجريدة الرسمية المصرية ، العدد 49 الصادر في 12-12-1996.

- الجريدة الرسمية المصرية ، العدد 01، الصادر في 12-03-1998.

المرسوم الرئاسي رقم 02-223، المؤرخ في 22-06-2002، المتضمن التصديق على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية و حكومة سلطنة عمان للتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة بالجزائر في 09-04-2000، الجريدة الرسمية ، العدد 44، المؤرخة في 26-06-2002.

المرسوم الرئاسي رقم 03-65 ، المؤرخ في 8-02-2003، المتضمن التصديق على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية و حكومة دولة البحرين للتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات ، الموقعة بالجزائر في 11-06-2000، الجريدة الرسمية ، العدد 10، المؤرخة في 16-02-2003.

- المرسوم الرئاسي رقم 03-370 المؤرخ في 23-10-2003، المتضمن التصديق على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية و حكومة دولة الكويت للتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات ، الموقعة بالكويت في 30-09-2001، الجريدة الرسمية ، العدد 66، المؤرخة في 02-11-2003.

- المرسوم الرئاسي رقم: 03-525 ، المؤرخ في 30-12-2003 ، المتضمن التصديق على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية و حكومة مملكة الدانمارك حول الترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات ، الموقع بالجزائر 25-12-1999 ، العدد 02، المؤرخة في 07-01-2004.

-المرسوم الرئاسي رقم 327/04 المؤرخ في 10-10-2004، المتضمن التصديق على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية و حكومة جمهورية النمسا للتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات ، الموقعة بفيينا في 17-06-2003، الجريدة الرسمية ، العدد 65 ، المؤرخة في 13-10-2004.

## LES OUVRAGES :

-BINDSCHIEDLER RUDOLEF,LA PROTETION DE LA PROPRIETE PRIVEE EN DROIT PUBLIC-R-C,A,I-1956

P. Julliard, les conventions bilatérales d'investissement conclues par la France culent 1979.

-Mahmoud Salem . le développement de la protection conventionnelle des investissement étranger. culent.1986.

-CARREAUET FLORY ET JUILLARD. DROIT INTERNTIONAL ECONOMIE 3<sup>eme</sup> édition - l.g.d .j Paris 1990.

- BEKHCHI (A-W), Code des Investissements en ALGÉRIE. Quotidien d'ORAN du 02-01-95.

## اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات



ذ . بلحاج جيلالي أستاذ مساعد بكلية الحقوق

والعلوم السياسية بجامعة مستغانم-الجزائر-

تعتبر مراقبة الانتخابات من وسائل الوقاية الهامة بالنسبة لنزاهة هذه العملية فهي إحدى وسائل التحقق والمتابعة التي تحمي استقامة الإدارة الانتخابية، وتعزز من مشاركة الأحزاب السياسية والمرشحين، وتعمل الرقابة على تعزيز الالتزام بالإطار القانوني وتسهم في منع الممارسات المشبوهة، وتشمل الرقابة على الانتخابات الرقابة السياسية التي تمارسها في أغلب الدول لجنة وطنية مستقلة تتكون من الأحزاب المشاركة في الانتخاب والمرشحين الأحرار مثل ما ذهبت إليه الهند وجنوب إفريقيا وهو نفس ما كرسته مصر منذ سنة 2005<sup>(1)</sup>، ذلك أن الأحزاب السياسية تعتبر في أفضل وضع لمعرفة العملية الانتخابية بجميع مراحلها.

وبدوره المسار الانتخابي في الجزائر عرف هو الآخر إنشاء لجنة وطنية مستقلة لمراقبة الانتخابات وكان ذلك لأول مرة في الانتخابات الرئاسية لسنة 1995<sup>(2)</sup>، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-269 المؤرخ في 17 سبتمبر 1995<sup>(3)</sup>، وهو ما كرسه القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات رقم 12-01 المؤرخ في 12 يناير 2012<sup>(4)</sup>.

بناء على ما سبق سأتطرق إلى هذا الموضوع في مبحثين أتطرق في المبحث الأول للخلفية السياسية للجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات وفي المبحث الثاني أتطرق إلى الصلاحيات المخولة لهذه اللجنة وتقييم دورها في ضمان نزاهة الانتخابات.

1 - د - سعد مظلوم العبدلي، الانتخابات ضمانات حريتها ونزاهتها، دار دجلة، عمان، الطبعة الأولى، 2009، ص 162. د- هاني عياد، الإشراف والرقابة على الانتخابات - التعديل الدستوري وانتخابات الرئاسة لسنة 2005، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 366.  
2 - بوكرا إدريس، نظام انتخاب رئيس الجمهورية في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 135. لعروسي حليم، دراسة تحليلية للانتخابات التشريعية الجزائرية لسنة 2007، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في الحقوق فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2008-2009، ص 155.  
3 - المرسوم الرئاسي رقم 95-269 المؤرخ في 17 سبتمبر 1995، المتضمن استحداث اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات الرئاسية، الجريدة الرسمية عدد 52، لسنة 1995.  
4 - القانون العضوي رقم 12-01 المؤرخ في 12 يناير 2012، المتعلق بنظام الانتخابات، الجريدة الرسمية عدد 01، لسنة 2012.

## المبحث الأول: الخلفية السياسية للجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات:

جاء في نص المادة 171 من القانون العضوي رقم 12-01 المتعلق بنظام الانتخابات ما يلي: "تحدث لجنة وطنية لمراقبة الانتخابات يتم وضعها بمناسبة كل اقتراع، وتكلف بالسهر على وضع حيز التنفيذ الجهاز القانوني والتنظيمي المعمول به المتعلق بالانتخابات".

هذه اللجنة التي ازدادت أهمية تنصيبها بمناسبة كل اقتراع منذ سنة 1997 من طرف رئيس الجمهورية استنادا إلى تجربة إنشائها سنة 1995، إذ تعتبر هيئة مؤقتة ذات فروع محلية تتمتع بصلاحيات متابعة مدى قانونية سير العملية الانتخابية.

لذا سأعالج في هذا المبحث التطور التاريخي للجنة السياسية لمراقبة الانتخابات في المطلب الأول، وأبين تنظيم اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات في ظل القانون العضوي رقم 12-01 المتعلق بنظام الانتخابات.

## المطلب الأول: التطور التاريخي للجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات:

يمثل تاريخ سنة 1995 النواة الأولى لظهور الرقابة السياسية على الانتخابات في التجربة الانتخابية الجزائرية في ظل قانون الانتخابات رقم 89-13<sup>(1)</sup>، والتي شهدت إحداث لجنة وطنية مستقلة ذات فروع تتولى عدة صلاحيات عبر مختلف مراحل العملية الانتخابية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-269 وكان ذلك في إطار الانتخابات الرئاسية، بعدها توالى عملية إحداث هذه اللجنة في كل المناسبات الانتخابية في ظل تطبيق الأمر رقم 97-07 المتعلق بنظام الانتخابات، وإلى غاية صدور القانون العضوي رقم 12-01 تم إنشاء العديد من اللجان الوطنية لمراقبة الانتخابات التشريعية الرئاسية أو المحلية منها مع إحداث بعض التغييرات في تشكيلتها أو في الصلاحيات المخولة لها، وكانت تحدث في كل مناسبة بموجب مرسوم رئاسي، ونذكر منها المراسيم الرئاسية الآتية:

\* المرسوم الرئاسي رقم 95-269، المرسوم الرئاسي<sup>(2)</sup>، المرسوم الرئاسي رقم 99-01<sup>(3)</sup>، المرسوم الرئاسي رقم 02-129<sup>(4)</sup>، المرسوم الرئاسي رقم 04-20<sup>(5)</sup> والرسوم الرئاسي رقم 07-115<sup>(6)</sup>.

وبالإطلاع على هذه المراسيم الرئاسية نجد أن هذه اللجنة قد عرفت العديد من التغييرات وذلك سواء من ناحية تسميتها أو من ناحية التصييق والتوسيع في تشكيلتها.

وعليه سأبين التطور التاريخي لهذه اللجنة في فرعين قسمتهما اعتمادا على تسمية هذه اللجنة وتشكيلتها، حيث كانت تسمى في إطار المراسيم الرئاسية لسنة 1995، 1997 و1999 باللجنة الوطنية المستقلة لمراقبة الانتخابات كما كانت تضم نفس العضوية في تشكيلتها (الفرع الأول)، أما في إطار كل من المراسيم الرئاسية لسنة 2002،

1 - القانون رقم 89-13 المؤرخ في 05 جويلية 1989، المتضمن قانون الانتخابات، الجريدة الرسمية عدد 32، لسنة 1989.

2 - المرسوم الرئاسي رقم 97-58 المؤرخ في 06 مارس 1997، المتعلق باللجنة الوطنية المستقلة لمراقبة الانتخابات التشريعية، الجريدة الرسمية عدد 12، لسنة 1997.

3 - المرسوم الرئاسي رقم 99-01 المؤرخ في 04 جانفي 1999، المتعلق باللجنة الوطنية المستقلة لمراقبة الانتخابات الرئاسية، الجريدة الرسمية عدد 01، لسنة 1999.

4 - المرسوم الرئاسي رقم 02-129 المؤرخ في 15 أفريل 2002، المتعلق بإحداث اللجنة السياسية الوطنية لمراقبة الانتخابات التشريعية، الجريدة الرسمية عدد 26، لسنة 2002.

5 - المرسوم الرئاسي رقم 04-20 المؤرخ في 07 فيفري 2004، المتعلق بإحداث اللجنة السياسية الوطنية لمراقبة الانتخابات الرئاسية، الجريدة الرسمية عدد 52، لسنة 2004.

6 - المرسوم الرئاسي رقم 07-115 المؤرخ في 17 أفريل 2007، المتعلق بإحداث اللجنة السياسية الوطنية لمراقبة الانتخابات التشريعية، الجريدة الرسمية عدد 25، لسنة 2007.



2004 و 2007 فكانت تسمى باللجنة السياسية الوطنية لمراقبة الانتخابات كما كانت تقترب في تشكيلتها (الفرع الثاني).

### الفرع الأول : اللجنة الوطنية المستقلة لمراقبة الانتخابات :

عرفت الجزائر إنشاء هذه اللجنة لأول مرة في الانتخابات الرئاسية لسنة 1995 والتي تعد أول انتخابات في ظل التعددية السياسية، ويبدو من خلال الإطلاع على المراسيم التي استحدثت هذه اللجنة وإلى غاية الانتخابات الرئاسية لسنة 1999 أنها حملت نفس التسمية باللجنة الوطنية المستقلة لمراقبة الانتخابات ونفس التشكيلة.

فعلى المستوى الوطني كانت تضم في عضويتها :

\* بعنوان الأحزاب السياسية: ممثل عن كل حزب سياسي<sup>(1)</sup>؛

\* بعنوان المرشحين الأحرار: ممثل عن جميع المرشحين الأحرار، غير أنه وسع من دائرة تمثيل المرشحين الأحرار في المرسوم الرئاسي رقم 99-01 بممثل عن كل مرشح حر<sup>(2)</sup>؛

\* بعنوان منظمات حقوق الإنسان ممثل عن كل من: المرصد الوطني لحقوق الإنسان والرابطة الجزائرية لحقوق الإنسان.

\* بعنوان الإدارة ممثل عن كل من: وزارة الداخلية، وزارة الخارجية، وزارة العدل ووزارة الاتصال.

\* بعنوان الشخصيات الوطنية: ثلاث شخصيات وطنية.

أما بالنسبة لتنظيم اللجنة الوطنية المستقلة لمراقبة الانتخابات فهو الآخر اتخذ نفس التنظيم في مكل من المرسوم الرئاسي رقم 97-85 والمرسوم الرئاسي رقم 99-01 على النحو الآتي :

\* رئيس منتخب من بين أعضاء اللجنة يتم اختياره من بين الشخصيات الوطنية؛

\* نائبين اثنين؛ وهما الشخصيتين المتبقيتين.

وأحدث المشرع بالنسبة للجنة الوطنية المستقلة لمراقبة الانتخابات الرئاسية لسنة 1999 (3)

\* مكتب يضم ممثل واحد عن الأحزاب السياسية الممثلة في المجلس الشعبي الوطني، ممثل عن الأحزاب السياسية التي لها مرشح، ممثل عن المرشحين الأحرار، ممثل عن منظمي حقوق الإنسان؛

\* مقرر؛

\* ناطق رسمي.

1 - أنظر مثلا المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 97-58 والمادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 99-01.

2 - أنظر مثلا المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 97-58 والمادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 99-01.

3 - أنظر مضمون الأرضية المتضمنة إنشاء اللجنة الوطنية المستقلة لمراقبة الانتخابات الرئاسية الملحق بالمرسوم الرئاسي رقم 99-01.

كما تم إنشاء فروع لكل من اللجنة الوطنية المستقلة لمراقبة الانتخابات التشريعية لسنة 1997 والانتخابات الرئاسية لسنة 1999 وذلك على المستوى الولائي والبلدي ضمت في عضويتها هي الأخرى ممثلين عن الإدارة وعن كل قائمة للأحزاب المشاركة في العملية الانتخابية 1 .

نستنتج أن تركيبة هذه اللجنة هي ذات طبيعة مختلطة سياسية إدارية، كما أن تشكيلتها كانت موسعة تضم فاعلين في العملية الانتخابية بتمثيل الأحزاب السياسية والمشاركين الأحرار وجهات حقوقية بالإضافة إلى الشخصيات الوطنية.

#### الفرع الثاني : اللجنة السياسية الوطنية لمراقبة الانتخابات :

أصبحت تسمى هذه اللجنة في ظل كل من المراسيم المحدثة لها منذ الانتخابات التشريعية لسنة 2002 وإلى غاية الانتخابات الرئاسية لسنة 2009 باللجنة السياسية الوطنية لمراقبة الانتخابات حيث ركز المشرع على طابعها السياسي من خلال تركيبها التي تطابقت من حيث عضويتها مع وجود بعض الاختلاف في تمثيل بعض الجهات.

فمن حيث تشكيلة اللجنة السياسية الوطنية لمراقبة الانتخابات كانت تضم :

\* بعنوان الأحزاب السياسية: ممثل واحد عن كل حزب سياسي؛

بعنوان المرشحين الأحرار: ممثل عن كل قائمة مرشحين أحرار باستثناء التضييق في تمثيلهم بممثل واحد في اللجنة السياسية الوطنية لمراقبة الانتخابات التشريعية لسنة 2002 . 2

نلاحظ أن تشكيلة هذه اللجان جاءت خالية من تمثيل منظمات حقوق الإنسان والإدارة على خلاف اللجنة الوطنية المستقلة المحدثة في سنة 1997 و 1999، مما يعني أن المشرع أصبح يكرس من خلالها مبدأ حياد الإدارة والتضييق في تمثيل بعض الجهات الفاعلة في العملية الانتخابية.

وبخصوص تنظيم هذه اللجان جاء متطابق وذلك على النحو الآتي :

\* منسق : وهو الناطق الرسمي للجنة يتم اختياره من قبل رئيس الجمهورية 3

\* مساعده المنسق : 3 مساعدين يتم انتخابهم من بين أعضاء اللجنة؛

\* مكتب اللجنة ويتشكل من منسق، نواب ومقرر.

\* المقرر: يعين من قبل أعضاء اللجنة؛

\* أمانة تقنية : تتشكل من موظفين تعينهم وزارة الداخلية ويوضعون تحت الوصاية المباشرة لمنسق اللجنة.

1 - أنظر المادة 07 من المرسوم الرئاسي رقم 97-58.

2- أنظر المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 02-129.

3- مناصري حسين، دولة القانون وإشكالية التزوير الانتخابي- دراسة مقارنة- مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون الأمني والسلام والديمقراطية، كلية الحقوق البلدية، الجزائر، 2009، ص 100.

نلاحظ أن التنظيم الداخلي لهذه اللجان قد تضمن بعض الأعضاء المحسوبين على السلطة التنفيذية بالإضافة إلى منسق هذه اللجنة الذي يتم تعيينه مباشرة من قبل رئيس الجمهورية، وهذا يعد تراجعاً عن مبدأ حياد الإدارة<sup>1</sup> وعلى المستوى المحلي تم كذلك تنصيب لجان ولائية وبلدية للجنة السياسية الوطنية لمراقبة الانتخابات، وكانت تضم في عضويتها:

- اللجنة الولائية للمراقبة السياسية:

\* ممثل عن كل قائمة مرشحين، سواء من الأحزاب السياسية أو المرشحين الأحرار؛

\* منسق: يتم اختياره من بين الشخصيات غير المتحزبة ومن طرف أعضاء اللجنة الولائية.

اللجنة البلدية للمراقبة السياسية:

\* ممثل عن كل قائمة مرشحة لحزب سياسي أو مرشح حر؛

\* منسق: يكون من بين الشخصيات غير المتحزبة ويختار من طرف أعضاء اللجنة البلدية.

ما يلاحظ كذلك على تركيبة اللجان الفرعية للجنة السياسية الوطنية لمراقبة الانتخابات أنها لم تضم أي ممثل عن الإدارة.

وكتيجة لدراسة تطور تشكيل اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات يمكن القول إن هذا الاختلاف راجع إلى عدم تحديد تنظيمها في الأمر رقم 97-07 حيث كانت تحدث بمناسبة كل اقتراع وهذا على خلاف ما كرسه المشرع في القانون العضوي رقم 12-01 وتماشياً مع الإصلاحات السياسية التي شهدتها الجزائر أين تم تحديد تشكيلة هذه اللجنة في نصوص القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات<sup>2</sup> والتي يتم تشكيلها آلياً دون صدور مرسوم رئاسي في ذلك، ولعل أهم ما استحدثه القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات هو النص على أن رئيس هذه اللجنة يكون من بين أعضائها المتحزبين ويختار من قبل أعضائها وليس من بين الشخصيات التي يحددها وزير الداخلية والمحسوبة على الإدارة حتى يضمن طرح أكثر شفافية لنتائج الانتخابات<sup>3</sup>

**المطلب الثاني: تنظيم اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات في القانون العضوي رقم 12-01:**

إذا كان الإطار القانوني للانتخابات بما يحمله من مساواة بين الأطراف المتنافسة يشكل الضمانة الأساسية للوصول إلى انتخابات نزيهة، في ظل حياد الجهات الموكل لها صلاحية تطبيق هذه النصوص فإنه لا يمكن أن يتحقق هذا الإطار إلا إذا تم ممارسته تحت رقابة أجهزة مستقلة<sup>4</sup> ولإبراز الوزن الرقابي للجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات ينبغي أولاً

<sup>1</sup> - سكفالي ريم، دور اللجان الوطنية لمراقبة الانتخابات انطلاقاً من 1997 ومبدأ حياد الإدارة، مذكرة تخرج لنيل درجة الماجستير في الحقوق فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2004-2005، ص 28 .

<sup>2</sup> - د - عبد القادر شربال، توسيع وتعميق رقابة الاستشارات الوطنية في ظل نظام الانتخابات الجديد، يومان دراسيان 17-18 أبريل 2012 بخصوص الإطار القانوني لانتخاب أعضاء المجلس الشعبي الوطني على ضوء القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات رقم 12-01، كلية الحقوق بالبلدية، الجزائر، 2012، ص 03.

<sup>3</sup> - الرابطة الجزائرية للدفاع عن حقوق الإنسان، إصلاح سياسي أم تقييد إضافي للمجتمع وللجمهورية السياسية في الجزائر، تحليل نقدي، الشبكة الأوروبية المتوسطية للدفاع عن حقوق الإنسان، 2012، ص 16.

<sup>4</sup> - د- عبد القادر مصطفى، ضمانات حرية الأفراد في الانتخابات، دراسة مقارنة، جامعة الأزهر، مصر، 1996، ص 131.

التطرق إلى تشكيل هذه اللجنة (الفرع الأول)، وبيان أجهزتها (الفرع الثاني) ثم التطرق لدراسة طبيعة هذه اللجنة على ضوء القانون العضوي رقم 12-01 حتى يتسنى لنا تحديد دورها (الفرع الثالث).

### الفرع الأول: تشكيل اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات:

حدد المشرع تشكيلة اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات في القانون العضوي رقم 12-01 في المادة 172 منه، حيث تحدث هذه اللجنة بمناسبة كل اقتراع، وعليه فإن تشكيلة هذه اللجنة تكون كالآتي:

\* أمانة دائمة يتم اختيار أعضائها من بين الكفاءات الوطنية، بموجب قرار وزاري مشترك.

تم تعيين أعضاء الأمانة الدائمة في الاستحقاقات التي عرفتها الجزائر منذ صدور القانون العضوي رقم 12-01 على النحو الآتي:

- الانتخابات التشريعية لـ 10 ماي 2012 تم تعيين الأمانة الدائمة لهذه اللجنة بموجب القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 14 مارس سنة 2012<sup>(1)</sup>، والتي كان عدد أعضائها سبعة أعضاء، ثلاثة أعضاء يمثلون وزارة الداخلية والجماعات المحلية، عضوين يمثلان وزارة الشؤون الخارجية وعضوين يمثلان وزارة المالية<sup>(2)</sup>.

- الانتخابات المحلية - البلدية والولائية - لـ 29 نوفمبر 2012، تم تعيين الأمانة الدائمة لهذه اللجنة بموجب القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 24 سبتمبر 2012<sup>(3)</sup>، والتي كان عدد أعضائها أربعة أعضاء، ثلاثة أعضاء يمثلون وزارة الداخلية والجماعات المحلية، وعضو يمثل وزارة المالية<sup>(4)</sup>.

ما يلاحظ على هاتين التشكيلتين للأمانة الدائمة للجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات أن عدد أعضائها قد تقلص من سبعة أعضاء في الانتخابات التشريعية لـ 10 ماي 2012 إلى أربعة أعضاء في الانتخابات المحلية لـ 29 نوفمبر 2012، وهذا راجع إلى الطابع التمثيلي للأعضاء المنتخبين في كل من هذه الانتخابات على المستوى الداخلي والخارجي للجمالية الجزائرية في المهجر.

\* بعنوان المرشحين للانتخابات: ممثل عن كل حزب سياسي وممثل عن كل مرشح حر.

يتم اختيار ممثلي المرشحين عن طريق القرعة من قبل باقي المرشحين<sup>(5)</sup>، وهذا ما يعبر عن شفافية هذا التمثيل في اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات.

ما يمكن ملاحظته على تشكيلة اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات في ظل القانون العضوي رقم 12-01 أنها ذات طبيعة مختلطة إدارية سياسية، فهي تضم أعضاء من السلطة التنفيذية يتم اختيارهم من قبل وزير الداخلية والجماعات المحلية، وزير الخارجية ووزير المالية بالنسبة للجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات التشريعية لـ 10 ماي

<sup>1</sup> - قرار وزاري مشترك مؤرخ في 14 مارس 2012، المتضمن تعيين أعضاء الأمانة الدائمة للجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات التشريعية لـ 10 ماي 2012، الجريدة الرسمية عدد 22، لسنة 2012.

<sup>2</sup> - أنظر المادة 01 من القرار الوزاري المشترك المتضمن تعيين أعضاء الأمانة الدائمة للجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات التشريعية لـ 10 ماي 2012.

<sup>3</sup> - قرار وزاري مشترك مؤرخ في 24 سبتمبر 2012، المتضمن تعيين أعضاء الأمانة الدائمة للجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات المحلية ليوم 29 نوفمبر 2012، الجريدة الرسمية عدد 58، لسنة 2012.

<sup>4</sup> - أنظر المادة 01 من القرار الوزاري المشترك المتضمن تعيين أعضاء الأمانة الدائمة للجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات المحلية لـ 29 نوفمبر 2012.

<sup>5</sup> - أنظر الفقرة الأولى من المادة 172 من القانون العضوي رقم 12-01.

2012، وممثلين عن وزارة الداخلية والجماعات المحلية ووزارة المالية بممثل واحد بالنسبة للجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات لـ 29 نوفمبر 2012 بشروط قانونية تتمثل في الكفاءة الوطنية.

هذا إلى جانب أعضاء من قبل المرشحين للانتخاب بممثل عن كل حزب سياسي وممثل عن كل قائمة للمرشحين الأحرار، مما يفيد بأن تشكيلة هذه اللجنة لم تضمن مبدأ حياد الإدارة، على اعتبار أن لتشكيلة اللجنة أثر كبير عليه فكلما بعدت الإدارة عن التشكيلة كان لمبدأ الحياد مكانة أضمن<sup>(1)</sup>.

هذا إلى جانب أن المشرع لم يفرض أي قيد بالنسبة لممثلي الأحزاب السياسية المشاركة أو بالنسبة لمثلي المرشحين الأحرار، غير أنه جعل هذا التمثيل مرهون بإجراء قرعة من قبل المرشحين الآخرين، وما يعاب على هذا النص أنه لم يحدد المعنى بالمرشحين الآخرين، كما لم يحدد عدد أعضاء اللجنة من ممثلي المرشحين الأحرار، ولم يشر في ذلك لأي نص تنظيمي يضبط ذلك<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني: أجهزة اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات :

حتى يتسنى للجنة الوطنية القيام بمهامها على أكمل وجه من خلال مراقبة مدى احترام الإطار القانوني والتنظيمي الذي تمر به العملية الانتخابية، فقد أحدث المشرع في نص المادة 182 من القانون العضوي رقم 01-12 مجموعة من الهيئات التي تساعد اللجنة في ضمان نزاهة العملية الانتخابية وهي كالاتي :

\* الجمعية العامة : والتي تتشكل من جميع أعضاء اللجنة الوطنية؛

\* الرئيس: يتم انتخابه من قبل الجمعية العامة من بين ممثلي الأحزاب، حيث نرى في طريقة اختيار رئيس اللجنة ضمانا أكثر فعالية لتحقيق مبدأ النزاهة في العملية الانتخابية حيث أريد بها أن تكون لجنة سياسية لضمان مبدأ حياد الإدارة؛

\* مكتب اللجنة : ويتكون من خمسة أعضاء برتبة نائب رئيس، يتم انتخابهم من قبل الجمعية العامة وهذا ما يفيد كذلك أن هذه اللجنة أريد بها أن تكون ذات طبيعة سياسية.

كما منح المشرع للجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات حق إنشاء لجان فرعية محلية تابعة لها على مستوى كل ولاية وبلدية والتي تتشكل من رئيس اللجنة وأعضاء<sup>(3)</sup>، والتي أشار القانون العضوي رقم 01-12 لتنظيمها على النحو التالي:

\* اللجنة الولائية لمراقبة الانتخابات : تحدث هذه اللجنة على مستوى كل ولاية منذ بداية مرحلة إيداع قوائم الترشيح وتتشكل من<sup>(4)</sup> :

- ممثل عن كل حزب سياسي معتمد مشارك في الانتخابات؛

- ممثل مؤهل قانونا عن كل قائمة مرشحين أحرار.

1 - سكفالي ريم، المرجع السابق، ص 22 . محمد نعوررة، الضمانات الخاصة للانتخابات النيابية في الجزائر، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية بسكرة، الجزائر، 2009-2010، ص 56.

2 - الرابطة الجزائرية للدفاع عن حقوق الإنسان، إصلاح سياسي أم تقييد إضافي للمجتمع ولل مجال السياسي في الجزائر، المرجع السابق، ص 18.

3 - أنظر المادة 183 من القانون العضوي رقم 01-12.

4 - أنظر المادة 184 من القانون العضوي رقم 01-12.

تسير هذه اللجنة وفقا لما نص عليه النظام الداخلي للجنة الوطنية، ويتم اختيار رئيس هذه اللجنة من قبل أعضاءها.  
\* اللجنة البلدية لمراقبة الانتخابات : تحدث هذه اللجنة على مستوى كل بلدية وتشكل من<sup>(1)</sup> :

- ممثل عن كل حزب سياسي معتمد مشارك في الانتخابات؛

- ممثل مؤهل قانونا عن كل قائمة مرشحين أحرار.

ويتم اختيار رئيس هذه اللجنة من قبل أعضاءها.

ما يمكن ملاحظته على تشكيل هذه اللجان أن المشرع راعى من خلالها مبدأ حياد الإدارة الذي أقره في نص المادة 23 من التعديل الدستوري لسنة 1996<sup>(2)</sup>، إذ أنها ذات طبيعة سياسية بحتة، غير أنه استعمل بعض التقييد في تحديد ممثلي المرشحين على خلاف ما نص عليه في تحديد ممثلي اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات، مثل استعمال عبارة حزب سياسي معتمد وكذا ممثل مؤهل قانونا، هذا ويتم اختيار أعضاء كل من اللجنتين المحليتين من قبل اللجنة الوطنية<sup>(3)</sup>، لتقوم بمساعدة اللجنة الوطنية في القيام بالصلاحيات المنوطة بها قانونا.

كما سبق نستنتج أن اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات أصبحت تنصب تحت إشراف وزير الداخلية والجماعات المحلية وتتخذ من الجزائر العاصمة مقر لها، وهذا على خلاف طريقة إحداثها في الأمر رقم 97-07 أين كانت تنشأ بموجب مرسوم رئاسي، حيث أن طريقة تنصيب هذه اللجنة من قبل السلطة التنفيذية ممثلة في وزارة الداخلية والجماعات المحلية يعطيها صلاحيات واسعة ويؤهلها للتأثير في تنظيم وسير وإجراء الانتخابات<sup>(4)</sup>.

وتبقى أهم ضمانة قدمها القانون العضوي رقم 12-01 لضمان نزاهة العملية الانتخابية تماشيا مع الإصلاحات المعلن عنها هو تنظيم نصوصه لإنشاء لجنة وطنية لمراقبة الانتخابات وتحديد صلاحياتها بدقة وهذا على خلاف ما تضمنه الأمر رقم 97-07 التي خلت نصوصه من تحديد تشكيلة اللجنة أين كانت تحدد في كل استحقات بموجب مرسوم رئاسي.

### الفرع الثالث : تحديد طبيعة اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات :

من خلال تفحص النصوص القانونية المنظمة لتشكيلة اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات وصلاحياتها في الرقابة على مدى الالتزام بالإطار القانوني والتنظيمي الذي يحكم العملية الانتخابية من خلال جميع المراحل التي تمر بها، وبالنظر للإصلاحات التي عرفتتها هذه اللجنة التي أنشأت لضمان الالتزام بالقانون في جميع مراحل العملية الانتخابية وتعزيز المشرع لدورها، يمكن لنا أن نحدد طبيعتها في أنها لجنة وطنية (أولا)، لجنة سياسية (ثانيا)، ولجنة مؤقتة (ثالثا).

<sup>1</sup> - أنظر المادة 185 من القانون العضوي رقم 12-01.

<sup>2</sup> - التعديل الدستوري للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، استفتاء 28 نوفمبر 1996 الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 96-348 المؤرخ في 14 أكتوبر 1996، الجريدة الرسمية عدد 61، لسنة 1996.

<sup>3</sup> - أنظر الفقرة الأخيرة من المادة 182 من القانون العضوي رقم 12-01.

<sup>4</sup> - جمال كريمي بن شقرون، السلوك الانتخابي، مجلة الفقه والقانون، العدد 07، لسنة 2006، المغرب، ص 21.

## أولاً : لجنة وطنية :

إن القول بالبعد الوطني للجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات هو مجرد تحصيل حاصل إذا ما نظرنا إلى تسميتها في القانون العضوي رقم 12-01 المتعلق بنظام الانتخابات، والذي جاء في الفصل الثاني من الباب السادس تحت عنوان آليات الإشراف والمراقبة وذلك بنصه: "اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات".

هذه اللجنة التي تضم في عضويتها ممثلين عن الأحزاب السياسية والمرشحين الأحرار الذين قدموا قائمة انتخابية بممثل واحد عن كل قائمة وذلك على المستوى الوطني<sup>(1)</sup>.

هذا ويفسر البعد الوطني للجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات في أن نشاطها يمتد إلى كامل التراب الوطني وحتى يتسنى لها القيام بنشاطها تنشأ لها على المستوى المحلي مجموعة من اللجان الولائية والبلدية، فقد جاء في المادة 182 من القانون العضوي رقم 12-01 ما يلي: "تتوفر اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات على الأجهزة التالية :

- الفروع المحلية على مستوى الولايات والبلديات، يتم تعيين أعضائها من طرف اللجنة الوطنية المذكورة أعلاه."

كما جاء في الفقرة الأولى من المادة 183 من نفس القانون ما يلي: " تتوفر اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات على لجان ولائية ولجان بلدية لمراقبة الانتخابات على مستوى الولايات وكافة البلديات تكلف بممارسة صلاحيات الهيئة الوطنية عبر دوائرها الإقليمية."

إذا يظهر لنا أن تنظيم هذه اللجنة يمتد إلى كامل التراب الوطني وذلك في شكل هرمي يبدأ بالمستوى المركزي الذي تجتمع فيه كافة الأحزاب السياسية والمرشحين الأحرار بممثل عن كل قائمة<sup>2</sup>، لتصل إلى المستوى المحلي أو الإقليمي على مستوى كل ولاية من ولايات الوطن وعلى مستوى كل جماعة إقليمية مع الاحتفاظ بنفس التمثيل - ممثل عن كل حزب سياسي وممثل عن كل مرشح حر - حتى تتمكن من مباشرة صلاحياتها على كامل التراب الوطني.

ثانياً : لجنة سياسية :

بالرجوع إلى أحكام كل من :

- المرسوم الرئاسي رقم 02-129، المرسوم الرئاسي رقم 04-20، المرسوم الرئاسي رقم 07-115، المرسوم الرئاسي رقم 09-61.

والتي تضمنت إحداث لجنة وطنية لمراقبة الانتخابات يمكن القول بأن هذه اللجنة هي ذات طبيعة سياسية بحتة وذلك لاعتبارين.

الأول يكمن في تسمية اللجنة بـ: اللجنة السياسية الوطنية لمراقبة الانتخابات، والثاني يكمن في تركيبها حيث كانت تضم في عضويتها ممثلين عن الأحزاب السياسية وممثلين عن المرشحين الأحرار فقط، وهذا ما يفسر طبيعتها السياسية على الرغم من أن رئيس هذه اللجنة كان يعين من قبل رئيس الجمهورية<sup>3</sup>، مثلما تضمنه محتوى

1 - بوكرا إدريس، المرجع السابق، ص 142.  
2 - لعروسي حليم، المرجع السابق، ص 156.  
3 - بوكرا إدريس، المرجع السابق، ص 143.

المرسوم الرئاسي رقم 09-62 المؤرخ في 07 فيفري 2009 المتضمن تعيين منسق اللجنة السياسية الوطنية لمراقبة الانتخابات الرئاسية ليوم 09 أفريل 2009<sup>1</sup>.

أما إذا رجعنا إلى تحديد الطبيعة السياسية للجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات التي أحدثها القانون العضوي رقم 01-12 المتعلق بنظام الانتخابات، فإننا نبي ذلك أيضا على اعتبارين وبكمنان في :

الاعتبار الأول: والمتعلق بتركيبة اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات حيث أن غالبية أعضائها هم ممثلوا الأحزاب السياسية المتنافسة في العملية الانتخابية والتي بلغ عددها أكثر من 40 حزب سياسي هذا بالإضافة إلى ممثلي المرشحين الأحرار، وذلك في مقابل الأعضاء المحسوبين لصالح الإدارة والذين يمكن توزيعهم كالاتي :

\* سبعة أعضاء في تشكيلة اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات التشريعية ليوم 10 ماي 2012.

\* أربعة أعضاء في تشكيلة اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات المحلية ليوم 29 نوفمبر 2012.

هذا بالإضافة إلى أن رئيس هذه اللجنة ينتخب من طرف أعضاء اللجنة ومن بين الأحزاب السياسية المتنافسة، ولم يعد يعين من طرف رئيس الجمهورية.

الاعتبار الثاني : ويتعلق بتركيبة اللجان الولائية والبلدية المتفرعة عن اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات والتي تتشكل من ممثلين عن الأحزاب السياسية المشاركة في العملية الانتخابية، وممثلين عن المرشحين الأحرار.

وتنتخب هذه اللجان رئيسا لها من بين أعضائها.

وهو ما يبين الطبيعة السياسية البحتة لتشكيلة هذه اللجان على خلاف اللجان الفرعية التي تم إحداثها منذ استحداثها في الانتخابات التشريعية لسنة 1997 والتي كانت تضم في عضويتها إما ممثل عن الإدارة أو أن يكون منسق اللجنة من الشخصيات المستقلة وغير المنضوية في أي حزب سياسي<sup>2</sup>.

إذا ما يمكن استخلاصه أنه وبالرغم من الطبيعة المختلطة لتشكيلة اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات والتي تضم ممثلين عن الإدارة وممثلين عن السلطة التشريعية المتمثلة في الأحزاب السياسية إلا أن هذه اللجنة يطغى عليها الطابع السياسي والمعبر عنه هو غالبية الأعضاء المكونين لها.

ثالثا : لجنة مؤقتة :

يمكننا أن نستشف الطبيعة المؤقتة للجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات من نصوص القانون العضوي رقم 01-12 المتعلق بنظام الانتخابات وذلك في المواد الآتية :

- الفقرة الأولى من المادة 171 التي جاء فيها : " تحدث لجنة وطنية لمراقبة الانتخابات يتم وضعها بمناسبة كل اقتراع".

1 - المرسوم الرئاسي رقم 09-62 المؤرخ في 07 فيفري 2009، المتضمن تعيين منسق اللجنة السياسية الوطنية لمراقبة الانتخابات الرئاسية ليوم 09 أفريل 2009، الجريدة الرسمية عدد 09، لسنة 2009.

2 - أنظر المادتين 18 و19 من المرسوم الرئاسي رقم 09-61.



- الفقرة ما قبل الأخيرة من المادة 172 التي جاء فيها: " يتم وضع اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات بمناسبة كل اقتراع ".

كما يمكننا أن نستشف الطبيعة المؤقتة لها من القرار الوزاري المشترك الذي يعين أمانتها الدائمة والتي تنتهي بانتهاء العملية الانتخابية.

وعليه يمكن القول أن نشاط هذه اللجنة يبدأ من تاريخ تنصيبها من قبل وزير الداخلية والجماعات المحلية إلى غاية الإعلان عن النتائج النهائية للعملية الانتخابية<sup>(1)</sup>. غير أن ما يمكن ملاحظته على نص القانون العضوي رقم 12-01 أنه لم يحدد بدقة تاريخ تنصيب اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات لأن من شأن ذلك أن يضمن حسن سير العملية الانتخابية من خلال مراقبة جميع المراحل التي تمر بها بدءا من مرحلة مراجعة القوائم الانتخابية إلى غاية الإعلان عن النتائج.

أما إذا لاحظنا الاستحقاقات التي شهدتها الجزائر قبل صدور القانون العضوي رقم 12-01 فإن هذه اللجنة كانت تستلهم وجودها من المرسوم الرئاسي الذي استحدثها، والذي يحدد مدة نشاطها وانتهائه بالإعلان عن النتائج النهائية للانتخابات<sup>(2)</sup>.

إن اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات لها من الأهمية ما يضمن نزاهة هذه العملية من خلال الدور المنوط بها والصلاحيات المخولة لها لمراقبة مدى مطابقة الترتيبات اللازمة للعملية الانتخابية للقانون، لذا سأتطرق في المبحث الثاني من هذا الفصل إلى الصلاحيات المخولة لهذه اللجنة ومدى فعالية دورها في ضمان التعبير الحقيقي للشعب في اختيار ممثليه.

### المبحث الثاني: صلاحيات اللجنة ومدى مساهمتها في ضمان نزاهة الانتخابات :

توفر العدة الوطنية التي تحكم المجال الانتخابي كافة الضمانات التي تتيح إجراء الانتخابات في كنف الشفافية والحرية، فلقد تعززت تجربة الجزائر مع تعاقب الاقتراعات بوضع آليات المراقبة وتعزيزها بلجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات التي قررت تجديد مهمتها لمراقبة الانتخابات التي جرت في ظل القانون العضوي رقم 12-01، في كل من الانتخابات التشريعية ليوم 10 ماي 2012 والانتخابات المحلية ليوم 29 نوفمبر من نفس السنة.

إن اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات التي تم تنصيبها تتوخى قانونا وعملا إعطاء محتوى حقيقي وملموس لمبدأ حرية الناخبين في الاختيار ومدلولاً لمبدأ حياد الإدارة العمومية من خلال الصلاحيات المخولة لها، لذا سأبين في هذا المبحث دور اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات (المطلب الأول)، ومدى فاعليتها في ضمان نزاهة وشفافية هذه العملية (المطلب الثاني).

1 - تم تنصيب اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات التشريعية ليوم 10 ماي 2012 بتاريخ 02 فيفري 2012، كما تم تنصيب اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات المحلية ليوم 29 نوفمبر 2012 بتاريخ 17 أكتوبر 2012.

2 - لعروسي حليم، المرجع السابق، ص 158.

## المطلب الأول: صلاحيات اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات:

أسند المشرع الجزائري للجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات نوعين من الصلاحيات بعضها تباشر خلال المراحل التحضيرية للعملية الانتخابية وبعضها تباشر أثناء عملية الاقتراع والفرز، بحيث تتولى في هذا الإطار ضمان احترام القائمين على العملية الانتخابية للإطار القانوني والتنظيمي الذي يحكمها ومدى الالتزام بمبدأ الحياد وعدم التحيز الإدارة لأي جهة من الجهات المتنافسة، وضمان حقوق الناخبين في اختيار ممثليهم بكل حرية.

وحتى يتسنى لها القيام بمهامها لها أن تطلب جميع الوثائق المتعلقة بالانتخابات من المؤسسات الرسمية - وزارة الداخلية والجماعات المحلية - المكلفة بتسيير هذه العملية، أو أن تقوم بتفويض بعض أعضائها للوقوف على مدى احترام الإجراءات القانونية لسير العملية الانتخابية.

وعليه سأطرق في هذا المطلب إلى دور اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات في فرعين أبين في الفرع الأول صلاحيات اللجنة خلال المراحل التحضيرية للعملية الانتخابية وفي الفرع الثاني أبين صلاحياتها أثناء وبعد عملية الاقتراع.

## الفرع الأول: دور اللجنة خلال المراحل التحضيرية للعملية الانتخابية:

يبدأ التحضير للعملية الانتخابية بداية من دعوة الهيئة الناخبة بموجب مرسوم رئاسي لإعداد ومراجعة القوائم الانتخابية وإيداع الترشيحات إلى غاية الانتهاء من الحملة الانتخابية وإجراء الاقتراع أين يمكنها التدخل في حالة وقوع تجاوزات<sup>(1)</sup>، حيث تتولى اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات نشاطها الرقابي على هذه المراحل بالتأكد أولا من أن عمليات مراجعة القوائم الانتخابية تجري طبقا للأحكام القانونية المنصوص عليها في المواد من 06 إلى المادة 23 من القانون العضوي رقم 12-01 وخاصة فيما يتعلق بفترات النشر والحق في الاحتجاج والطعون المقدمة في ذلك ومدى التزام الجهات القضائية بالفصل فيها<sup>(2)</sup>، فعملية تسجيل الناخبين ضرورية لتحديد المواطنين ذوي الأهلية في التصويت<sup>(3)</sup>، وكذا ضمان ممارسة المجتمع لحقوقه السياسية<sup>(4)</sup>.

فعلى الرغم من سعي المشرع لمسايرة التشريعات العالمية في إعداد القوائم الانتخابية طبقا للمعايير الدولية فإنها لازالت تشكو ضعفا في ذلك، فقد سجلت اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات في هذا المجال عدم الالتزام بالأجل القانونية لتسجيل الناخبين في العديد من البلديات.

<sup>1</sup> - فاروق حميدشي، الممارسة التشريعية في الجزائر، رسالة تخرج لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2003-2004، ص 190.

<sup>2</sup> - أنظر الفقرة 01 من المادة 175 من القانون العضوي رقم 12-01.

<sup>3</sup> - د- سعد مظلوم العبدلي، المرجع السابق، ص 178. أحمد بنيني، الإجراءات الممهدة للعملية الانتخابية في الجزائر، أطروحة تخرج لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية باتنة، الجزائر، 2005-2006، ص 40.

<sup>4</sup> - المنظمة العربية لمكافحة الفساد ومركز دراسات الوحدة العربية، النزاهة في الانتخابات البرلمانية مقوماتها وآلياتها في الأقطار العربية، الطبعة الأولى، بيت النهضة، لبنان، 2008، ص 67.

كما تراقب اللجنة وبخصوص القوائم الانتخابية مدى اتخاذ الترتيبات اللازمة لتسليم نسخ منها لكل ممثل مؤهل قانوناً من ممثلي الأحزاب السياسية والمرشحين الأحرار المشاركين في العملية الانتخابية<sup>(1)</sup>.

إن اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات مؤهلة كذلك للتأكد من تسليم قائمة أعضاء مكتب التصويت الذين تم تسخيرهم من قبل الوالي أو رئيس المركز الدبلوماسي أو القنصلي<sup>(2)</sup>، في كل مركز اقتراع حسب عدد المكاتب لكل ممثل مؤهل قانوناً عن كل حزب سياسي وعن كل مرشح حر، بالإضافة إلى مراقبة مدى الفصل في الطعون المقدمة للاعتراض على تعيين أعضاء مكتب التصويت<sup>(3)</sup>.

بالإضافة إلى الصلاحيات المخولة لها للنظر في مدى توفر الشروط القانونية في المرشحين من خلال الإطلاع على الملفات المقدمة، ومدى احترام الجهات القائمة بالتحقيق فيها للشروط الواجب توفرها قانوناً<sup>(4)</sup>.

إن القوانين الانتخابية درجت على تحديد تلك الشروط بحيث يجب على اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات أن تطلع على مدى توافر هذه الشروط لتحديد مدى كفاءة المرشح لتمثيل الشعب حتى يتسنى له ممارسة أعمال الوكالة التي أنيطت به<sup>(5)</sup>.

كما تقوم اللجنة وفي إطار نشاطها الرقابي بالتأكد من مدى احترام الجهات المنظمة للعملية الانتخابية للقرارات التي أصدرتها - اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات - فيما يخص مبدأ المساواة في توزيع مراكز احتضان الحملة الانتخابية، والأماكن المخصصة لإشهار الملصقات المتعلقة بقوائم المرشحين<sup>(6)</sup>، فالحملة الانتخابية تأتي في المدة التي تفصل بين مرحلة الترشح ويوم الاقتراع، وبذلك تعتبر أهم مرحلة من مراحل التحضير للعملية الانتخابية لأنها تمثل مرحلة الاحتكاك المباشر بين المرشحين والناخبين، من خلالها يسعى المرشحين لعرض برامجهم السياسية للتأثير على الهيئة الناخبة<sup>(7)</sup>، لذا فإن صلاحيات اللجنة في هذه المرحلة لها من الأهمية ما يضمن نزاهة الانتخابات بالتوزيع العادل لمراكز عرض البرامج من قبل المتنافسين وعدم التحيز لأي حزب سياسي أو مرشح حر وخاصة فيما يتعلق بتوزيع استعمال وسائل الإعلام والمساواة في عرض البرامج في القنوات الإذاعية أو المرئية، وكذا مراقبة مدى التزام الجهات الفاعلة في العملية الانتخابية في توزيع أماكن الإلصاق مما ينفي تحيزها لعدم إنفراد هذه الأخيرة بتعيين هذه الأماكن.

ففي إطار الانتخابات المحلية ليوم 29 نوفمبر 2012 ذكر رئيس اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات أن الأحزاب السياسية المشاركة في العملية الانتخابية والمرشحين الأحرار ستستفيد من فرص متساوية بشأن التقسيم الزمني للحملة من أجل عرض البرامج عبر الإذاعة والتلفزيون، كما أكد على أن الأحزاب التي تشارك بعدد كبير من

1 - إن الاعتراف للمرشحين بحق الإطلاع واستلام القوائم الانتخابية الهدف منه مراقبة مدى صحة وسلامة القائمة الانتخابية للمطالبة بتصحيح ما شابها من أخطاء، وهو يعد من الإصلاحات الجديدة التي أتى بها القانون العضوي رقم 01-12، على خلاف الأمر رقم 07-97، بحيث عرف التطبيق في ظل هذا القانون رفع العديد من الاحتجاجات من قبل المرشحين، مثل ما وقع في رئاسيات 2004 أين تم اتهام وزارة الداخلية بالتلاعب بالقوائم الانتخابية وتضخيمها لصالح أحد المرشحين. أحمد بنيني، الإجراءات الممهدة للعملية الانتخابية في الجزائر، المرجع السابق، ص 76 و 77.

2 - أنظر المادة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 31-12 المؤرخ في 06 فيفري 2012، المتضمن تحديد شروط تسخير المستخدمين خلال الانتخابات، الجريدة الرسمية عدد 08، لسنة 2012.

3 - أنظر الفقرة 04 من المادة 175 من القانون العضوي رقم 01-12.

4 - أنظر الفقرة 06 من المادة 175 من القانون العضوي رقم 01-12.

5 - د- عفيفي كامل عفيفي، الانتخابات النيابية وضماناتها الدستورية والقانونية، دار الجامعيين، مصر، 2002، ص 112. د- سعد مظلوم العبدلي، المرجع السابق، ص 70.

6 - أنظر الفقرة 07 من القانون العضوي رقم 01-12.

7 - لعروسي حليم، المرجع السابق، ص 140. - أحمد بنيني، نفس المرجع السابق، ص 230.

القوائم ستستفيد من مدة أطول من أجل عرض برامجها<sup>(1)</sup>، ما يلاحظ على هذه الصلاحية أن اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات في بداية إنشائها لم يكن يسمح لها سوى بإبداء ملاحظاتها بخصوص التوزيع الزمني لتنظيم الحملة الانتخابية عبر وسائل الإعلام وأصبحت بموجب القانون العضوي رقم 12-01 هي التي تتداول بشأن هذا التوزيع مما يضمن مبدأ المساواة بين المشاركين في الانتخابات.

تتولى اللجنة كذلك النظر في مدى احترام الإدارة المحلية، الأحزاب السياسية والمرشحين الأحرار للإجراءات المتعلقة بتعيين ممثل عن كل قائمة مرشحين لمراقبة عملية الاقتراع والفرز على مستوى مراكز ومكاتب التصويت<sup>(2)</sup>، بحيث تعتبر الرقابة التي يقوم بها مندوبو الأحزاب السياسية والمرشحين الأحرار على مستوى مراكز ومكاتب التصويت كذلك من أهم أساليب الرقابة السياسية التي يمكن من خلالها ضمان شفافية ونزاهة العملية الانتخابية من خلال معاينة صناديق الاقتراع ومدى التزام اللجان الانتخابية بمبدأ الحياد ومنع حدوث أي خلل أثناء عملية التصويت والفرز أو إعداد محاضر إحصاء الأصوات، وإن اقتضى الأمر الطعن في إجراءات التصويت أو محاضر الفرز<sup>(3)</sup>.

يستند الحق الرقابي لممثلي المرشحين يوم الاقتراع إلى أحكام المواد من 161 إلى 164 من القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات في حدود ممثل واحد في كل مركز تصويت وممثل واحد في كل مكتب تصويت على ألا يتجاوز 05 ممثلين في مكتب التصويت في آن واحد، ولها في ذلك أن تعتمد على التراضي أو إجراء القرعة في حالة عدم الاتفاق بين المرشحين، وبالنسبة لمكاتب التصويت المتنقلة فإن عدد الممثلين يتقلص من 05 ممثلين إلى ممثل واحد من بين الممثلين الخمس الذين تم تعيينهم في مكتب الإحلاق لحضور عمليات التصويت والفرز بصفة ملاحظ.

أما دور الإدارة الذي تراقبه اللجنة الوطنية فينحصر في تنظيم ممارسة هذا الحق من خلال سلطتها في إعداد بطاقات التأهيل والوثائق الإدارية الأخرى التي تتطلبها هذه العملية.

هذا ويباشر المرشحين هذا الإجراء عن طريق إيداع لدى مصالح الولاية قائمة الأشخاص الأساسيين الذين يؤهلهم لتمثيله في أجل 20 يوم قبل تاريخ الاقتراع، ويمكنهم إدراج قائمة إضافية في أجل 10 أيام قبل تاريخ الاقتراع لتغطي أي نقص ينجر عن غياب أحد الممثلين، وتبقى محولة كذلك للتأكد من أن اللجان الانتخابية البلدية والولائية قد تم تعيينها وفقا لما نص عليه القانون<sup>4</sup>.

من خلال هذه المهام نرى الدور الفعال الذي تقوم به اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات في ضمان قانونية جميع المراحل التمهيدية التي تمر بها العملية الانتخابية، وسنرى الدور الذي تقوم به خلال عملية الاقتراع.

### الفرع الثاني: دور اللجنة خلال عملية الاقتراع والفرز:

تكتسي الرقابة على عملية الاقتراع والفرز أهمية كبيرة في ضمان نتائج نزيهة للانتخابات وذلك من خلال ضمان حرية الناخب في ممارسة حقه وضمان سرية التصويت وصحة عملية الفرز 5 حيث تمتد هذه الرقابة التي يمارسها

<sup>1</sup> - جريدة الخبر ليوم 05 نوفمبر 2012.

<sup>2</sup> - أنظر الفقرة 08 من القانون العضوي رقم 12-01.

<sup>3</sup> - مناصري حسين، المرجع السابق، ص 96 و97. المنظمة العربية لمكافحة الفساد ومركز دراسات الوحدة العربية، المرجع السابق، ص 318.

<sup>4</sup> - أنظر الفقرة 10 من المادة 175 من القانون العضوي رقم 12-01.

<sup>5</sup> - محمد نعرورة، المرجع السابق، ص 56. شوقي تمام يعيش، آليات الرقابة على العملية الانتخابية في الجزائر، المرجع السابق، ص 74.

أعضاء مكتب التصويت وممثلي الأحزاب السياسية والمرشحين الأحرار<sup>1</sup> من يوم الاقتراع الذي يقوم فيه الناخب بدءاً من دخوله لقاعة التصويت إلى غاية خروجه منها أين يجب ضمان حرية الناخب وتجنب ممارسة أي ضغط عليه<sup>2</sup> لتنتهي بعملية الفرز والإحصاء أين يتم فتح الصندوق حسب عدد الأصوات ومقارنتها بسجل الناخبين في القائمة الانتخابية، وتصنيفها إلى غاية إعداد محاضر الفرز.

هذه المرحلة البارزة في العملية الانتخابية هي الأخرى تكون تحت رقابة اللجنة الوطنية من حيث مدى الالتزام بالإطار القانوني والتنظيمي لها ومدى الالتزام بمبدأ الحياد، لذلك فهي محولة للتحقق من أن قائمة أعضاء مكتب التصويت سواء الأساسيين أو الإضافيين قد تم لصقها بمقر الولاية والبلديات وكذا بمكاتب التصويت يوم الاقتراع<sup>3</sup>.

وأن هذه القائمة قد تم تسليمها لممثلي الأحزاب السياسية الذين قدموا مرشحا للانتخابات وإلى ممثلي المرشحين الأحرار، بالإضافة إلى التأكد من أن الطعون المتعلقة بتسخير أعضاء مكتب التصويت قد تم الفصل فيها إذا ما وجدت علاقة قرابة من الدرجة الرابعة بين أحد الأعضاء وأحد المتنافسين أو انتماء أحد أعضاء المكتب إلى إحدى الأحزاب السياسية المشاركة في العملية الانتخابية<sup>4</sup>.

وهي محولة كذلك للتأكد من أن أوراق التصويت من مظاريف وأوراق المرشحين وقائمة الناخبين قد تم ترتيبها بمكتب التصويت طبقاً للترتيب المتفق عليه ما بين ممثلي قوائم المرشحين، بالإضافة إلى التأكد من أن مكاتب التصويت مزودة بجميع اللوازم الضرورية لإجراء التصويت<sup>5</sup> هذا ويمكنها التأكد من اتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان تنقل ممثلي المرشحين مع مكاتب التصويت المتنقلة يوم التصويت وضمان مراقبتهم لعملية الاقتراع إلى غاية التحاقها بمكاتب التصويت التابعة لها وهذا لمنع أي تزوير أو مساس بصندوق الاقتراع.

وفي إطار نشاطها الرقابي تضمن اللجنة علنية عملية الفرز ومدى توفر الشروط القانونية في من يقوم بهذه العملية، حيث أوكل المشرع القيام بعملية الفرز لكل من الناخبين الموجودين بمكتب التصويت وأعضاء من مكتب التصويت، وذلك تحت رقابة ممثلي المرشحين<sup>6</sup>.

إن هذه الطريقة في الفرز تضمن فهم الناخبين لسير العملية على نحو أفضل وأن يقدرها بسهولة الوصول إلى شرعيتها<sup>7</sup> غير أنها تزيد في احتمال حدوث أخطاء في تصنيف أوراق التصويت أو إعداد محاضر الفرز نظراً لقلّة الخبرة لدى الناخبين في هذا المجال.

كما تتأكد اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات من مدى اتخاذ أعضاء مكاتب التصويت للترتيبات اللازمة لتسجيل الناخبين لملاحظاتهم بما قد يشوب هذه العملية من تجاوزات، بتدوين كل ما قد يعترض السير الحسن لعملية الاقتراع، عد الأصوات ومطابقتها بالقائمة الانتخابية لتجنب أي تضخيم في عدد الأصوات لصالح أي مرشح.

1- أنظر المادة 161 من القانون العضوي رقم 01-12.

2- جمال كريمي بن شقرون، المرجع السابق، ص 37.

3- يتشكل مكتب التصويت طبقاً لنص المادة 35 من القانون العضوي رقم 01-12 من: رئيس المكتب، نائب رئيس، كاتب، مساعدين اثنين، يتم تسخيرهم بموجب قرار من الوالي من بين الناخبين، ويشترط في تسخيرهم عدم الانتماء إلى أي حزب سياسي من الأحزاب المشاركة في العملية الانتخابية، وكذا عدم وجود علاقة قرابة بينهم وبين أحد المرشحين إلى غاية الدرجة الرابعة.

4- أنظر الفقرتين 3 و 4 من المادة 175 من القانون العضوي رقم 01-12.

5- أنظر الفقرة 05 من المادة 175 من القانون العضوي رقم 01-12.

6- أنظر المادة 49 من القانون العضوي رقم 01-12.

7- د - سعد مظلوم العبدلي، المرجع السابق، ص 281.

كما تضمن اللجنة تسليم لممثلي المرشحين نسخة مطابقة للأصل من محضر الفرز، محضر الإحصاء البلدي للأصوات، محضر تركيز النتائج.

ما يمكن ملاحظته أن اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات أصبحت تمارس العديد من المهام كجهاز لمراقبة العملية الانتخابية بجميع مراحلها بما يضمن الالتزام بالإطار القانوني والتنظيمي لهذه العملية وهذا على خلاف ما كانت تقوم به هذه اللجنة في ظل الأمر رقم 97-07 لكن ما يهمننا من هذا الدور مدى فعاليته في ضمان نزاهة وشفافية النتائج المتحصل عليها، وهل لها من الصلاحيات ما يضمن اتخاذ جميع التدابير اللازمة لوقف أي تجاوز للقانون خلال مراحل العملية الانتخابية، أم أن دورها يقتصر على تبليغ السلطات القائمة على إدارة هذه العملية وإعداد تقارير تقييمية فقط؟

هذا ما يدفنا للبحث في تقييم دور اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات.

### المطلب الثاني: مدى مساهمة اللجنة في ضمان نزاهة الانتخابات:

بالنظر إلى الدور الذي تلعبه اللجنة الوطنية لمراقبة العملية الانتخابية من حيث النظر في مدى التزام جميع العناصر الفاعلة بالإطار القانوني والتنظيمي للعملية الانتخابية ومن خلال الزيارات الميدانية التي تقوم بها وطلبها لجميع الوثائق المتعلقة بتسيير هذه العملية، فهي مطالبة بتحقيق نتيجة نزيهة للعملية الانتخابية تدعيما للمسار الديمقراطي القائم على حرية الاختيار للشعب.

وحتى نصف صلاحيات هذه اللجنة بالفعالة في تحقيق النزاهة في الانتخاب فإننا ننظر إلى تقييم دورها من خلال عدة نقاط، وهذا ما يدفنا لبحث مدى مساهمة اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات في تحقيق نزاهة العملية الانتخابية، وذلك من حيث حياد الإدارة (الفرع الأول)، وكذا من حيث طبيعة تقارير اللجنة (الفرع الثاني)، وتحديد علاقتها بالجنة الوطنية للإشراف على الانتخابات (الفرع الثالث).

### الفرع الأول: من حيث حياد الإدارة:

كرس المشرع الجزائري مبدأ حياد الإدارة في نص المادة 23 من التعديل الدستوري لسنة 1996 بنصه: "عدم تحيز الإدارة يضمنه القانون"، هذا المبدأ الذي يعني في إطار العملية الانتخابية عدم التحيز لأي جهة مشاركة في الانتخابات مما يضمن مبدأ التنافس الحر وإعطاء الفرصة لكل من يقدم أحسن البرامج<sup>(1)</sup>.

وبالنظر لأهمية هذا المبدأ في العملية الانتخابية الذي يجعلها تسير في ظروف نزيهة وشفافة بمنأى عن أي تدخل للوصول إلى نتيجة تعبر حقيقة عن إرادة الشعب، والذي أكد عليه رئيس الجمهورية في خطابه بمناسبة الانتخابات التشريعية ليوم 10 ماي 2012، هذا المبدأ الذي تظهر أهميته من حيث التأثير على تشكيلة ودعم اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات من قبل السلطة التنفيذية، باعتبار الجزائر تصنف ضمن الدول التي تبرز فيها مكانة هذه الأخيرة، وخاصة وزارة الداخلية والجماعات المحلية في تنظيم العملية الانتخابية عبر كامل مراحلها.

1 - المنظمة العربية لمكافحة الفساد ومركز دراسات الوحدة العربية، المرجع السابق، ص 232.

فبخصوص تشكيل اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات فعلى مستوى اللجان الولائية والبلدية المتفرعة عنها لم تتضمن أي عضو محسوب على الإدارة مما يضمن حيادها التام عن الجهاز التنفيذي ويفعل من نشاطها، أما على المستوى الوطني فيلج جانب ممثلي الأحزاب السياسية وممثلي المرشحين الأحرار والذين يشكلون غالبية الأعضاء إلا أن المشروع لم يلتزم بمبدأ حياد الإدارة في تشكيلة اللجنة الوطنية وذلك بإدراج أعضاء يمثلون الجهاز التنفيذي يشكلون أمانتها الدائمة، مما قد يؤثر سلباً على نشاط اللجنة بما يخدم مصالح هؤلاء الأعضاء.

فقد ضمت اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات التشريعية ليوم 10 ماي 2012 سبعة أعضاء تم توزيعهم على النحو الآتي :

\* ثلاثة أعضاء يمثلون وزارة الداخلية والجماعات المحلية؛

\* عضوين يمثلون وزارة الخارجية؛

\* عضوين يمثلون وزارة المالية.

كما ضمت اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات المحلية ليوم 29 نوفمبر 2012 أربعة أعضاء يمثلون السلطة التنفيذية تم توزيعهم على النحو الآتي :

\* ثلاثة أعضاء عن وزارة الداخلية والجماعات المحلية؛

\* عضو واحد عن وزارة المالية.

أما بخصوص الجهة التي تقوم بدعم اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات فقد جاء في نص المادة 187 في فقرتها الأولى من القانون العضوي رقم 12-01 ما يلي: "تستفيد اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات من الدعم اللوجستي من قبل السلطات العمومية قصد أداء مهامها".

هذا ما يفيد أن هذه اللجنة يبقى يحكمها طابع التبعية للسلطة التنفيذية والممثلة دائماً في وزارة الداخلية والجماعات المحلية، مما يجعلها خاضعة بطريقة أو بأخرى لأوامر الجهاز التنفيذي في الدولة<sup>(1)</sup>.

فواقع هذا التمثيل الإداري الذي بقي حاضراً رغم إلغاء النص القديم يجعلنا نحكم بعدم احترام مبدأ حياد الإدارة المكرس دستورياً.

الفرع الثاني : من حيث سلطة اللجنة في التدخل وطبيعة تقاريرها :

جاء في نص المادة 176 من القانون العضوي رقم 12-01 المتعلق بنظام الانتخابات ما يلي: "تعتبر اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات مؤهلة لإخطار الهيئات الرسمية المكلفة بتسيير العمليات الانتخابية بكل ملاحظة أو تقصير أو نقص أو تجاوز يتم معانيته في تنظيم العمليات الانتخابية وسيرها.

ويتعين على الهيئات الرسمية التي يتم إخطارها بذلك أن تتصرف بسرعة وفي أقرب الآجال قصد تصحيح الخلل الملاحظ وتعلم اللجنة الوطنية كتابيا بالتدابير والمسامحي التي شرع فيها"<sup>(1)</sup>.

فمن خلال نص هذه المادة نرى أن اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات تفتقر إلى سلطة القرار والمبادرة المنفردة للتدخل في حالة وقوع تجاوزات في المراحل التحضيرية للعملية الانتخابية أو في حالة اكتشاف تزوير في النتائج.

فصلاحيات اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات تعبر عن مدى المكانة التي احتلتها بمناسبة كل اقتراع، كونها تراقب جميع مراحل العملية الانتخابية مما يعزز دورها الفعال في تحقيق نزاهتها<sup>(2)</sup>، إلا أن المشرع فرض عليها قيد وذلك بضرورة رجوعها إلى جهات أخرى تمتلك سلطة التصرف والقرار والتي تتمثل في وزارة الداخلية.

كما تبقى اللجنة في انتظار تسلم رد كتابي بشأن التدابير والمسامحي التي شرع فيها من قبل الجهات المعنية بخصوص التجاوزات التي أخطرت بها السلطات المعنية للحد منها، ولعل هذا التقييد هو العامل الأساسي في فشل هذه اللجنة في تحقيق نزاهة الانتخابات، فقد اعتبرت اللجنة في تقرير لها أن الانتخابات التشريعية ليوم 10 ماي غير شفافة حيث شابها الكثير من التجاوزات والاختلالات من بدايتها حتى نهايتها<sup>(3)</sup>.

وجاء في نص المادة 181 من نفس القانون العضوي ما يلي: "تعد اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات تقريرا عاما تقييمي يتعلق بتنظيم الانتخابات وسيرها.

يحدد النظام الداخلي للجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات كفاءات إعداد التقارير المرحلية والتقرير العام والمصادقة عليها".

من خلال نص هذه المادة نرى أن آخر عمل تقوم به اللجنة الوطنية هو إعداد تقرير تقديري نهائي عن العملية الانتخابية عن جميع مراحلها التحضيرية وسيرها بناء على تقارير مرحلية تعدها اللجان البلدية والولائية لمراقبة الانتخابات، ليتم تسليمه إلى الجهات المعنية، لتنتهي بذلك مهامها.

ولهذا السبب يمكن التساؤل عن طبيعة هذا التقرير ومدى طابع الإلزام فيه، وهل يعتمد عليه المجلس الدستوري في إعلان النتائج، أم أنه يفقد كل قيمته بمجرد تسليمه للجهات المعنية؟

إن هذه الآلية التي نص عليها القانون العضوي رقم 12-01 كجهاز للرقابة على العملية الانتخابية لها دور مهم في متابعة جميع مراحل هذه العملية غير أنها تحتاج إلى تفعيل دورها وكذا تفعيل علاقتها مع الجهات الأخرى القائمة على الإشراف والرقابة على العملية الانتخابية.

### الفرع الثالث : علاقة اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات باللجنة الوطنية للإشراف :

لنا أن نستخلص العلاقة بين اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات واللجنة الوطنية للإشراف من نصوص القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات بعد تحديده لصلاحيات كل من اللجنتين، فقد جاء في الفقرة الثانية من نص المادة

1 - ورد هذا النص في المراسيم الرئاسية التي تم بموجبها إنشاء اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات والصادرة في ظل الأمر رقم 97-07، غير أن المشرع قد تراجع عن أجل 48 ساعة التي تلتزم فيه السلطات المعنية التي تم إخطارها باتخاذ التدابير اللازمة بشأن التجاوزات التي تسجلها اللجنة.

2 - لعروسي حليم، المرجع السابق، ص 160.

3 - جريدة الشعب ليوم 12 ماي 2012.



168 أنه: يمكن اللجنة الوطنية للإشراف على الانتخابات أن تتبادل المعلومات المتعلقة بتنظيم الانتخابات وسيرها مع اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات، ويجب عليها عدم التدخل في صلاحياتها.

كما جاء في نص المادة 178 أنه: اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات مؤهلة لاستلام نسخ الطعون المحتملة للمرشحين أو الأحزاب السياسية المشاركة في الانتخابات أثناء كل الفترة التي تسبق الحملة الانتخابية وخلالها وأثناء سير عملية الاقتراع.

ويجب عليها عدم التدخل بأي حال من الأحوال في صلاحيات اللجنة الوطنية للإشراف على الانتخابات.

وجاء في نص الفقرة الأولى من المادة 08 من المرسوم الرئاسي المتعلق بتنظيم وسير اللجنة الوطنية للإشراف على الانتخابات أن هذه الأخيرة تخطر من قبل الأطراف المشاركة في الانتخابات ومن قبل اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات.

هذه العلاقة التي تركز كما هو مبين في نصوص المواد المذكورة أعلاه في تبادل المعلومات بشأن سير العملية الانتخابية، وصلاحية الإخطار التي تتمتع بها اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات اتجاه اللجنة الوطنية للإشراف والتي تعتبر في نظرنا غير كافية لتحقيق النزاهة والشفافية في العملية الانتخابية، وخاصة إذا ما تم تقييدها بنفس النص القانوني الذي يبين العلاقة بين اللجنتين بعبارة صريحة تحث على عدم التدخل في الصلاحيات المخولة لكل لجنة.

ولعل فكرة غياب نصوص واضحة تبين العلاقة بين اللجنتين نستشفه كذلك من التقرير النهائي للجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات التشريعية ليوم 10 ماي 2012 الذي أقر بغياب وغموض النصوص القانونية المحددة للأطر التي يمكن من خلالها التنسيق بين الأجهزة القائمة على الإدارة، الإشراف والرقابة على العملية الانتخابية<sup>(1)</sup>.

ما يمكن قوله في ختام هذا الفصل هو تجديد الثقة في اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات بتشكيلة تلافت توسيع تمثيل الإدارة وتوسيع في الصلاحيات مع نقص في الفعالية وعدم الالتزام بنصوص القانون مما يعني عدم تحقيق النزاهة في الانتخابات بناء على تصريحات الرأي العام.

الخاتمة:

وكخاتمة لبحثنا هذا يمكن القول أن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات رقم 12-01 حمل من آليات الإشراف والرقابة ما يعبر عن جدية المساعي الرامية إلى تكريس أكثر لنزاهة وشفافية المنافسة الانتخابية في الجزائر، كتجديد الثقة في الرقابة السياسية على العملية الانتخابية التي أعاد المشرع تكريس أسسها في القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات وتحديد إطارها القانون والتنظيمي في ذات القانون من خلال تحديد تشكيلتها والتأكيد على ضرورة إنشائها بمناسبة كل اقتراع، كونها ملزمة هي الأخرى بتحقيق شفافية ونزاهة الانتخاب من خلال تحقيق وضمان مبدأ الحياد عن الإدارة التي تسهر على متابعة سير العملية الانتخابية، ونظرا للصلاحيات المخولة لها والتي جاءت أكثر شمولاً لجميع المراحل التي تمر بها هذه العملية، هذا إلى جانب العلاقة التي تربطها باللجنة الوطنية للإشراف والمتمثلة في تبادل المعلومات حول سير المنافسة الانتخابية وصلاحية الإخطار التي منحها إياها المشرع بشأن التبليغ عن كل التجاوزات التي ترزق السير الحسن للانتخاب وبجميع الوسائل المتاحة لها.

إنه وبالرغم من تحديد الإطار القانوني والتنظيمي للرقابة على العمالية الانتخابية وبالرغم من توسيع الصلاحيات المناطة بها، فإنها تبقى قاصرة عن بلوغ الأهداف المسطرة لها وهي تحقيق نتائج جدية ولعل هذا القول نابع من الآراء التي تبادلتها مختلف الطبقات الفاعلة في المجتمع الجزائري بشأن الانتخابات التشريعية والمحلية لسنة 2012 والتي عبرت عن عدم رضاها بالنتائج المسجلة، ولعل هذا يرجع إلى أن هذه الأجهزة لوحدها تبقى غير كافية لتحقيق النزاهة التامة في النتائج الانتخابية، كما أنها تبقى قاصرة نظرا للنقائص التي لازالت تعترضها كمحدودية نشاطها واقتصاره على بعض مراحل العملية الانتخابية، تبعيتها للسلطة التنفيذية وكذا عدم استقلاليتها وقدرتها على اتخاذ القرارات المناسبة إذ يقتصر دور اللجنة الوطنية للرقابة على إعداد تقارير نهائية تتضمن تفصيل عن العملية الانتخابية دون أن ترقى إلى قرارات ذات طبيعة إلزامية للجهات الفاعلة في متابعة العملية الانتخابية.

## دور القاضي الإداري في الرقابة على المشروعية الداخلية لسلطات الضبط الإداري



الطالب الباحث : خالد بالجيلالي

سنة أولى دكتوراه في القانون بجامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان

البريد الإلكتروني : kbedjillali@yahoo.com

ملخص عام :

لقد زادت أهمية الضبط الإداري في العصر الحاضر بصورة مضطربة نتيجة لتدخل الدولة في كافة مجالات الحياة كإدارة بعض المرافق العامة وتنفيذ القوانين وممارسة آليات الرقابة على بعض الأعمال بهدف المحافظة على النظام العام مع الحرص على احترام حريات الأفراد.

ولما كانت سلطات الضبط الإداري تهدف إلى حماية المجتمع وحفظ لنظامه العام، فقد أصبح الضبط الإداري ضرورة اجتماعية لا غنى عنها، باعتبارها تكفل للأفراد التمتع بحرياتهم العامة والمحافظة على النظام العام من جهة أخرى.

وتختلف سلطات الضبط الإداري باختلاف الظروف، فهي في الظروف العادية تمارس في أضيق نطاق وفي الحدود التي تكفل المحافظة على النظام العام في ظل تطبيق القانون العادي، أما في الظروف الاستثنائية فمبدأ المحافظة على النظام العام يستدعي منح سلطات الضبط الإداري سلطات استثنائية مؤقتة لمواجهة تلك الظروف الطارئة على أن تنتهي تلك السلطات بانتهاء تلك الأزمة، الأمر الذي جعل القضاء الإداري الفرنسي يبتدع نظرية الظروف الاستثنائية التي تبنتها معظم دول العالم.

ولما كان التوسع في سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية من شأنه المساس بحرية الأفراد بصفة خطيرة، فقد أصبح لزاما إقامة نوع من التوازن بين ممارسة سلطات الضبط الإداري باعتبارها تمثل قيد على الحرية وبين ضمان تمتع الأفراد بحرياتهم.

ونظرا لان قرارات الضبط الإداري تصطدم بالحريات الفردية وتقيدها، فقد حرص القضاء الإداري على خضوعها لرقابة قضائية واسعة، حيث يخضع ملائمة قرارات الضبط الإداري لرقابته، فلا يعتبر قرار الضبط الإداري مشروعاً إلا إذا كان ملائماً، أي أنه جاء بالقدر الذي يكفل حماية النظام العام دون أن يتجاوز ذلك إلى الانتقاص من حريات الأفراد وتقييدها بلا مبرر، كما لا تقتصر رقابة القضاء الإداري على قرارات الضبط الإداري في الظروف العادية فقط، وإنما ييسر رقابته أيضاً على هذه القرارات في الظروف الاستثنائية.

وتأسيساً على ما تقدم يمكن طرح الإشكالية التالية حول ما هي الوسائل التي يمكن عن طريقها تحقيق الضمان للحرية وفي نفس الوقت المحافظة على النظام العام في المجتمع تحت ستار ممارسة حرية ما؟.

أو بمعنى آخر كيف نزيل التعارض بين الحرية وتنظيمها؟. وللإجابة على هذه التساؤلات تم إتباع عدة طرق منهجية أولها المنهج التحليلي ثم المنهج المقارن.

ولكي نحيط بالجوانب المختلف لموضوع دور القاضي الإداري في الرقابة على المشروعية الداخلية لقرارات الضبط الإداري، باعتبار أن دراسة موضوع الضبط الإداري تعتبر من أهم المواضيع وأخطرها على حريات الأفراد، يتوجب علينا التعرض أولاً لدور القاضي الإداري في الرقابة على المشروعية الداخلية على سلطات الضبط الإداري في الظروف العادية، ثم في الظروف الاستثنائية.

**القسم الأول:** دور القاضي الإداري في الرقابة على المشروعية الداخلية لسلطات الضبط الإداري في الظروف العادية.

**القسم الثاني:** دور القاضي الإداري في الرقابة على المشروعية الداخلية لسلطات الضبط الإداري في الحالات الاستثنائية.

**مقدمة:**

نظراً لان قرارات الضبط الإداري تصطدم بالحريات الفردية وتقيدها، فقد حرص القضاء الإداري على خضوعها لرقابة قضائية واسعة تتجاوز نطاق الرقابة العادية التي ييسرها القضاء الإداري على سائر القرارات الإدارية، حيث يخضع ملائمة قرارات الضبط الإداري للرقابة، فلا يعتبر قرار الضبط الإداري مشروعاً إلا إذا كان ملائماً، أي جاء بالقدر الذي يكفل حماية النظام العام دون أن يتجاوز ذلك إلى الحد من حريات الأفراد وتقييدها بدون مبرر. (1)

والجدير بالذكر أن سلطات الضبط الإداري تختلف باختلاف الظروف، فهي في الظروف العادية تمارس في نطاق ضيق وفق الحدود الدنيا التي تكفل المحافظة على النظام العام تطبيقاً لأحكام القانون العادي، أما في الظروف الاستثنائية فإن حماية النظام العام تستدعي منح سلطات الضبط الإداري سلطات استثنائية مؤقتة تكفي لمواجهة تلك الظروف، على أن تنتهي تلك السلطات الاستثنائية بمجرد انتهاء الأزمة.

غير أن التوسع في سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية من شأنه المساس بحرية الأفراد بصفة خطيرة قد تؤدي إلى اعدام هذه الحرية أو الانتقاص منها، فقد أصبح لزاماً إقامة نوع من التوازن بين ممارسة سلطات الضبط الإداري باعتبارها تمثل قيد على الحرية وبين ضمان تمتع الأفراد بحرياتهم.

ولمعرفة دور القاضي الإداري في الرقابة على قرارات الضبط الإداري يتوجب علينا طرح إشكالية حول: ما هي الوسائل التي يمكن عن طريقها تحقيق الضمان للحرية، وفي نفس الوقت المحافظة على النظام العام في المجتمع تحت ستار ممارسة حرية ما؟ أو بمفهوم آخر كيف نزيل التعارض بين ممارسة الحرية وتنظيمها؟

ولكي نحيط بالجوانب المختلفة لموضوع الرقابة القضائية على قرارات الضبط الإداري باعتباره من أهم المواضيع وأخطرها يقتضي من الأمر التطرق إلى دور القاضي الإداري في الرقابة على قرارات الضبط الإداري في الظروف العادية ثم في الظروف الاستثنائية.

### القسم الأول: دور القضاء الإداري في الرقابة على قرارات الضبط الإداري في الظروف العادية:

يكاد ينحصر دور القاضي الإداري في الرقابة على قرارات الضبط الإداري على محل القرار الضبطي وسببه وغاياته، وتعرف هذه الرقابة في الفقه الإداري بالرقابة على المشروعية الداخلية. وسوف نعرض لهذه الرقابة بدءاً بالرقابة على محل القرار الضبطي ثم الرقابة على غايات قرار الضبط الإداري، وأخيراً الرقابة على سبب القرار الضبطي.

#### 1- الرقابة على محل قرار الضبط الإداري:

محل قرار الضبط الإداري هو تنظيم الحريات العامة أو تقييدها، ولا شك أن تقييد هذه الحريات هو في الأصل من اختصاص المشرع، لذلك لم يسمح للإدارة المساس بالحريات إلا بالقدر الذي يقتضيه المحافظة على المصلحة العامة (2)، باعتبار أن الإدارة أقدر من المشرع في التصرف في مواجهة الإخلال بالنظام العام، لذلك يكتفي المشرع بوضع المبادئ العامة تاركا للإدارة اتخاذ التدابير الملائمة، وهذا نظرا لأن الإدارة قد تتعسف في استعمال هذا الحق، وهذا من شأنه المساس بهذه الحريات بحجة المحافظة على النظام العام، فقد كان لزاما أن تنظم هذه الحريات العامة من طرف الدستور والتشريع ووضع ضمانات حقيقية لذلك.

وعليه لا يجوز لسطات الضبط الإداري أن تصدر قرارات ضبطية إلا بترخيص من القانون، أي لا بد من أن تعتمد على نص تشريعي يمنح للإدارة اختصاصا بذلك، أو على الأقل يبيح لها تقييد الحريات (3).

والعيب الذي يلحق محل القرار الإداري هو عيب مخالفة القانون، ومن ثم يعد خروج على قاعدة عامة مجردة أيا كان مصدرها وكل مساس بمركز قانوني مشروع مخالفة للقانون، يترتب عليها الحكم بالغاء القرار، ويشترط في قرارات الضبط الإداري حتى تكون مشروعة أن يكون محلها جائزا قانونا فاذا تجاهل الإجراءات الضبطية قاعدة قانونية كان غير مشروع، لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي بعدم شرعية قرار الضبط الصادر من العملة يناقض قرار المحافظ (4). وقد قضى المجلس أيضا بعدم مشروعية قرار العملة بمنع الاجتماعات العامة في فندق استنادا إلى قانون المساكن بحجة أن الفندق قديم (5).

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بعدم مشروعية قرار الإدارة بتقييد حق الترقية عن طريق الاختيار بالعمل خارج القاهرة، وذلك باعتبار أن الإدارة قد أضافت قاعدة تنظيمية فرضتها بدون أي سند قانوني (6).

أما بالنسبة للقضاء الإداري في الجزائر، فقد قضت المحكمة العليا (الغرفة الإدارية) بقرار رقم 68240 بتاريخ 28-07-1990 في قضية ت.ع / ولاية البويرة بأنه من المقرر قانونا أن دراسة الملف الكامل لطلب رخصة البناء تتم خلال

الفترة المحددة قانونا وتعطي لصاحب الطلب وصلا بذلك، وتمنح رخصة البناء أو ترفض خلال تلك الفترة، وعليه فإن رفض منح رخصة البناء لأسباب غير ثابتة بعد الفترة المحددة قانونا يعد تجاوزا للسلطة يستوجب إبطال مقرر الرفض (7).

## II- الرقابة على غايات الضبط الإداري :

تعتبر فكرة النظام العام الأساس القانوني لرقابة القضاء على غايات نشاط الضبط الإداري، فتصرف سلطة الضبط الإداري يجب أن يكون وفق الأغراض المحددة وهي المحافظة على النظام العام من أمن عام وصحة عامة وسكينة عامة... الخ، وتنحرف الإدارة بالسلطة حينما تسيء استعمالها من خلال سعيها إلى تحقيق أهداف و أغراض غير مشروعة.

وقد قرر القضاء الإداري أن الاجراء أو القرار الضبطي يشوبه الانحراف بالسلطة في ثلاث حالات وهي :

**1- عندما يصدر العمل من اجل مصلحة عامة :** القاعدة العامة أن النشاط الإداري وما يتطلبه من قرارات ادارية لاسيما في مجال الضبط الإداري انما يسعى إلى تحقيق المصلحة العامة، والحد عن ذلك يعتبر مساسا بهذا الهدف، كأن يسعى إلى تحقيق غرض شخصي محض (8). ومن أمثلة ذلك ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي بعدم شرعية قرار ضبط بلدي أخضع الترخيص بصالة رقص عامة لدافع شخصي بسبب نزاع بين صاحب الترخيص والعمدة مصدر القرار (9).

**2- أن يصدر قرار الضبط الإداري من أجل مصلحة عامة ليست حفظ النظام العام أو اعادته،** أو ما يعرف بقاعدة تخصيص الأهداف، فيجب على الإدارة أن تسعى إلى تحقيق الهدف الذي حدده النص الذي يخول الاختصاص، والا كان منحرفا بالسلطة حتى وان كان الهدف من ذلك هو تحقيق المصلحة العامة، فقرار الضبط الإداري يهدف إلى تحقيق هدف محدد ومعين هو الحفاظ على النظام العام بمفهومه العام.

ولقد نصت المادة 22 من الدستور الجزائري الحالي على أن "يعاقب القانون على التعسف في استعمال السلطة"، كما تنص المادة الخامسة من المرسوم رقم 131/88 على انه "يرتب على كل تعسف في ممارسة السلطة تعويض وفقا للتشريع المعمول به، دون المساس بالعقوبات الجزائية والمدنية والتأديبية التي يتعرض لها التعسف" (10).

وقد قضى القضاء الإداري المصري بانه نكون بصدد وقوع عيب الانحراف بالسلطة إذا حالت الإدارة عن وجه المصلحة العامة التي يسعى القرار لتحقيقها، أو ان تكون الإدارة قد أصدرت هذا القرار لباعث لا يتصل بالمصلحة العامة (11).

ومثال ذلك ايضا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي بعدم شرعية التدابير المتخذة من أجل تحقيق مصلحة مالية عامة (12).

**3- الانحراف بالاجراءات،** كأن يتم الاجراء الضبطي الصادر من هيئات الضبط مستعملة اجراء غير الذي يجب اتباعه سواء لتجنب بعض الصعوبات الخاصة أو من أجل كسب الوقت، ومن أمثلة ذلك ما قضى به مجلس الدولة

الفرنسي من وجود انحراف بالاجراءات في قرار اتخذ كسلطة ضبط المصطلحات المائية يمنع التزحلق على الماء في المنطقة ليس بقصد المحافظة على مجرى المياه ولكن غايته كانت الامن العام(13).

### III- الرقابة على سبب القرار الضبطي :

لقد استقر القضاء الاداري لاسيما في فرنسا على وجوب استناد التدبير أو القرار الضبطي على سبب حقيقي ومبرر لاتخاذ، أي نشوء حالة واقعية او قانونية تدعو الادارة للتدخل للمحافظة على النظام العام، ويشترط في السبب ان يكون صحيحا ومستخلصا من أصول ثابتة منتجة واقعيا وقانونا.

فيجب على القاضي الاداري أن يبحث في وجود الوقائع التي تمسكت بها سلطات الضبط الاداري كأسلوب لاتخاذ قرارها، أي أن رقابته على الاسباب يجب أن تتضمن التاكيد من صحة الوقائع وتقدير التناسب بين الاجراء المتخذ والظروف المحيطة (رقابة ملائمة)(14).

وبناء على ما تقدم فان الرقابة على قرارات الضبط الاداري تختلف في بعض مظاهرها عن الرقابة التي يمارسها القاضي الاداري على القرارات الادارية بصفة عامة، فالقاضي الاداري اضافة الى الحدود التي يلتزم بها في الرقابة على القرارات الادارية العامة، مع الاخذ بعين الاعتبار ظروف اصدار هذا القرار الضبطي ومدى تناسب وسيلة الرقابة القضائية على سبب القرار الضبطي المسائل التالية :

- وجود تهديد أو اخلال بالنظم العام من الناحية الواقعية

- الوجود المادي والتكييف القانوني للوقائع.

- ضرورة الاجراء الضبطي.

ولقد طبق القضاء الاداري الجزائري والمقارن (فرنسا ومصر) هذا النوع من الرقابة على سبب القرار الضبطي في العديد من قراراته منها: قرار مجلس الدولة الفرنسي في حكم بنيامين الغاء قرار العمدة بمنع أحد الاجتماعات بسبب خوفه من وقوع اضطرابات تخل بالنظام العام، وبين المجلس حكمه على اساس أنه كان بإمكان السلطات المحلية باستخدامها قوات الامن بالمحافظة على النظام العام مع السماح بعقد الاجتماع، وأن الاضطرابات المحتملة التي تذرع بها العمدة لا تبلغ في خطورتها الدرجة التي معها بما لديه من سلطات البوليس عن المحافظة على النظام العام، مع العلم بان مجلس الدولة الفرنسي يقوم دائما بتقدير الظروف الواقعية المحيطة بقرار الادارة لبيان مدى ملائمة هذا القرار.

وفي مجال أعمال مجلس الدولة الفرنسي في رقابته على الوجود المادي والتكييف القانوني للوقائع (15)، أي يتحقق القاضي من صحة التكييف القانوني لاتخاذ والتأكد من صحة الوقائع المادية، وذلك بان يكون من شأنها الاخلال بالنظام العام أو التهديد بالاخلال به(16).

ومن أمثلة ذلك حكمه الصادر في سنة 1941 فقد تاكد المجلس في هذا الحكم مما اذا كان اشتراك القصر في المرافق العامة من شأنه الاخلال بالاداب العامة(17)

أما عن رقابة القضاء الإداري على ضرورة قرارات الضبط الإداري، فالأصل ان رقابة القاضي على القرارات الإدارية بصفة عامة تقف عند حد التحقق من الوجود المادي للوقائع التي اتخذتها الإدارة سببا لقرارها، وصحة التكييف القانوني لهذه الوقائع، دون أن يتعدى ذلك الى البحث في اهمية او خطورة السبب وتقدير مدى التناسب بينه وبين محل القرار، لأن القاضي الإداري بهذا التعدي يكون قد خرج عن وظيفته ونصب نفسه رئيسا اعلى لجهة الإدارة.

غير أنه من منطلق احساس القضاء الإداري بخطورة الاجراءات الضبطية على حريات الافراد، وخوفا من اتخاذ الاخلال بالنظام العام كسبب لتقييد تلك الحريات، فقد حرص القضاء الإداري على مد رقابته على ضرورة القرارات الضبطية للتأكد من ان سلطات الضبط لا تفرض قيودا على الحريات العامة الا لاسباب خطيرة بوجه خاص (18).

وبعد دراستنا لسلطات الضبط الإداري في الرقابة على قرارات الضبط الإداري في الظروف العادية، وينوجب علينا معرفة دور القاضي الإداري في مجال الرقابة على قرارات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية.

### القسم الثاني: دور القاضي الإداري في الرقابة على قرارات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية:

لا يتوقف دور القضاء الإداري في مجال رقابته على قرارات الضبط الإداري في الظروف العادية فقط، وإنما يباشرها أيضا بنفس الفعالية والاتساع على القرارات الصادرة في الظروف الاستثنائية تطبيقا لاحكام قوانين الضبط الإداري مشروعا الا اذا كان ملائما.

غير ان تطور المجتمع وزيادة المشاكل العامة في المجتمع ادى الى منح رئيس الدولة في حالات معينة سلطات واسعة، قد يترتب عليها آثار بالغة الخطورة في شان ممارسة السلطات العامة لوظائفها الدستورية لاسيما وظيفة الضبط الإداري، وبالتالي يتوجب علينا تحديد دور القاضي الإداري على القرارات الضبطية.

وقبل أن نتطرق لدراسة الرقابة القضائية على سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية في كل من مصر وفرنسا والجزائر، يتوجب علينا معرفة موقف الفقه والقضاء من ذلك.

### 1- موقف الفقه والقضاء من الرقابة القضائية على قرارات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية:

اجمع الفقه والقضاء على ان قرار اللجوء الى السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية بتطبيقها وتحديد مدتها، وانهاء العمل بها من قبيل أعمال السيادة التي لا يجوز الطعن فيها أمام القضاء الإداري. وقد تنبى مجلس الدولة الفرنسي هذا الاتجاه في حكم Rubu de Servers عندما رفض التعرض لمشروعية قراره في 23 افريل 1961 الذي طبق المادة 16، و29-09-1961 الذي انهى العمل بها مستندا في ذلك الى أعمال السيادة "لا يختص مجلس الدولة بتقدير مشروعية قرار رئيس الجمهورية بتطبيق المادة 16 الذي صدر في 23 ابريل 1961 وكذا لا يختص برقابة مدة سريانها (19)، لاعتباره من أعمال السيادة، إلا ان الفقه قد اختلف حول رقابة القرارات الصادرة تطبيقا لنص المادة 16 من الدستور.

فقد ذهب اتجاه الى اعتبار المادة 16 تكريسا دستوريا لنظرية الظروف الاستثنائية التي يقتصر اثرها على توسيع سلطات رئيس الجمهورية، لذا فان قرارات الرئيس ايا كان مضمونها تعتبر أعمالا ادارية وفقا للمعيار الشكلي، وبالتالي يجوز الطعن فيها أمام مجلس الدولة، ولكن هذا الاتجاه قد رفضه غالبية الفقه للتعارض مع روح المادة 16 من الدستور



، فيما ذهب اتجاه آخر الى انكار كل صور الرقابة على اعمال الرئيس الصادرة تطبيقا لنص المادة 16 من الدستور ابا كان موضوعها أو طبيعتها، وقد استند اصحاب هذا الراي على عدة حجج منها:

- لا يمكن تقسيم قرارات الرئيس بحسب موضوعها الى أعمال تشريعية واخرى ادارية، لان أعمال الرئيس ايا كان موضوعها تستهدف غاية واحدة هي اعادة السلطات العامة الى الحالة العادية .

- من الصعب التمييز بين القرارات التي تؤدي الى اعلان تطبيق المادة 16 وانهاؤها، والقرارات التي تصدر تطبيقا لها، وقصر الرقابة على الثانية دون الاولى (20).

- يستمد رئيس الجمهورية سلطاته تطبيقا لنص المادة 16 من الدستور، فهو ممثل للامة ومن واجبه السهر على حفظ النظام في البلاد وضمان استقرار المؤسسات السياسية في الدولة، فوفقا لاصحاب هذا الاتجاه لا يقبل الطعن بتطبيق المادة 16 من الدستور الا في القرارات التي تصدر تطبيقا للقرارات الرئاسية دون اثاره مشروعية قرار الرئيس الاصيلي، قياسا على قبول الطعن في القرارات الادارية دون اثاره مشروعية القوانين التي تستند اليها. ويؤخذ على هذا الراي أن عملية التمييز بين الاعمال القانونية وفقا للمعيار الموضوعي والشكلي، أي لا يخضع لرقابة القضاء الاداري إلا أعمال الرئيس الادارية، ويترتب عليه عدم خضوع بعض قرارات الرئيس للرقابة القضائية.

**II- دور القاضي الاداري في الرقابة على سلطات الضبط الاداري في الظروف الاستثنائية في كل من فرنسا ومصر والجزائر :**

إن موقف الفقه والقضاء وان اتفقا مع المبادئ القانونية المستقرة، فإنه يجافي اعتبارات المنطق والعدالة، فالمفروض أن قرارات الرئيس لمواجهة الازمة أو لتنظيم استقرار الدولة في وقت الخطر، انما هي قرارات تتمتع بطابع التاقيت، كما أنها قرارات تعوزها الدقة وتفقد التاني والاحكام.

وما استقر عليه العمل في ظل نظرية الظروف الاستثنائية يعطي لقرارات الرئيس في المجال التشريعي قوة القانون، فان الواقع العملي يؤكد افتقار هذه القرارات ل ضمانات السلامة التي تتوافر في القانون البرلماني، ولا شك أن اخضاع قرارات رئيس الجمهورية لرقابة القضاء يمثل ضمانا حقيقية تحول دون استمرار الاوضاع غير المشروعة خاصة أن هذه القرارات تعتبر اخطر السلطات.

وتطبيقا لنظرية الظروف الاستثنائية يتوجب علينا معرفة دور القضاء الاداري على قرارات الضبط الاداري في الحالات الاستثنائية في كل من فرنسا ومصر، واخيرا في الجزائر.

### 1- في فرنسا :

نجد مصدر هذه الحالة في المادة 16 من دستور 1985، ولقد استعملت هذه المادة مرة واحدة عندما تمردت وحدات الجيش الفرنسي بالجزائر واستولت على مرافق هامة واحتجزت شخصيات هامة وهددت بغزو باريس بواسطة رجال المظلات في 21-04-1961، وفي 23-04-1961 اصدر رئيس الجمهورية قراره بتطبيق المادة 16 من الدستور.

وقد حدد مجلس الدولة الفرنسي موقفه في حكم مشهور اصدر في قضية الضابط Rubu de Servers الذي دفع بعدم مشروعية قرار رئيس الجمهورية الصادر في 03-05-1961 بانشاء محكمة عسكرية لمحكمة المتهمين بالتمرد، استنادا الى السلطة الاستثنائية المخولة له بموجب المادة 16 لمخالفته للقانون الذي يجعل للمشرع وحده سلطة تنظيم جهات القضاء.

وقد وجد مجلس الدولة نفسه مطالبا بتحديد مدى اختصاصه بالفصل في المنازعات التي تثور بشأن استخدام رئيس الجمهورية لسلطاته المقررة في المادة 16 من الدستور، وقد ذهب المجلس في هذا الصدد الى تحديد طبيعة القرارات التي يتخذها رئيس الجمهورية في هذا الشأن، وقضى في ذلك التفرقة التي اقترحها مفوض الحكومة هنري بين القرار الاصلي الذي يتخذه رئيس الجمهورية باعلان تطبيق المادة 16 وبين القرارات التي يتخذها الرئيس بعد ذلك خلال فترة تطبيق هذه المادة بموجب السلطات التي تخولها له.

فبالنسبة للقرار الذي يضع المادة 16 موضع التطبيق فان مجلس الدولة الفرنسي قد حرص على ان يقرر صراحة أنه يعد من اعمال السيادة، ومن ثم لا يملك المجلس فحص شرعية أو مراقبة مدة تطبيقه.

وبالنسبة للقرارات التي يتخذها رئيس الجمهورية خلال فترة تطبيق المادة 16 أو بموجب السلطات السطات التي تخولها له هذه المادة فان المجلس قد ذهب الى انها لا تعد من قبيل أعمال السيادة .

واخيرا، فانه بالنسبة للقرارات الفردية التي تصدر تنفيذا لقرارات رئيس الجمهورية الصادرة تطبيقا لنص المادة 16 من الدستور (سواء كانت قرارات الرئيس من طبيعة تشريعية أم لائحية) يباشر مجلس الدولة اختصاصه بفحص مشروعيتها(21).

## 2- في مصر :

لقد تم استخدام نص المادة 74 من الدستور الخاصة بلجوء رئيس الجمهورية الى السلطات الاستثنائية مرتين، الاولى كانت خلال سنة 1977 والثانية كانت في سنة 1981، والواقع أن التطبيق الاخير هو الذي صدرت فيه القرارات 489-495 الصادرة في 02-09-1981، فالقرار رقم 494 الخاص بالغاء تراخيص سبعة صحف والقرار رقم 495 المتعلق بالتحفظ على الهيئات المحددة بالكشف المرفق أيا كانت التسمية او الوصف الذي يطلق عليها.

وقد طعن في هذه القرارات أمام محكمة القضاء الاداري بوقف تنفيذها وبالغاءها ودفعت الحكومة بعدم الاختصاص، استنادا الى أن هذه القرارات تعد عملا من اعمال السيادة، غير ان محكمة القضاء الاداري اصدرت عدة أحكام في سنة 1981 قضت فيها باختصاصها بنظر المنازعات التي تثور بشأن تطبيق المادة 74 من الدستور، واصدرت في 11-12-1981 عدة احكام قضت فيها بوقف تنفيذ بعض هذه القرارات منها القرار رقم 494 الخاص بالغاء التراخيص لمجلة الدعوة وجريدة الشعب(22).

زقد ذهبت المحكمة في حكمها في القرار رقم 494 الى نفي صفة اعمال السيادة عن قرار رئيس الجمهورية بتطبيق المادة 74 من الدستور، واعتبرت هذه المادة مجرد تطبيق لنظرية الضرورة، ومن ثم تخضع للشروط التي ارساها القضاء الاداري في هذا الشأن، وجاء في حكمها بان هذه القرارات المطعون فيها: "صدرت في وقت لم تكن فيه الامور تستلزم

صدورها لان اتخاذ هذه القرارات منوط بتوافر خطر حال لا خطر زال او خطر قد يحدث في المستقبل،ومن ثم تكون هذه القرارات بحسب ظاهرة الاوراق غير قائمة على السبب الذي استندت اليه."

وعليه يمكن القول بان القضاء الاداري المصري في رقابته لتدابير الضبط الاداري الفردية التي تتضمن ممارسة سلطات استثنائية في مواجهة الافراد تطبيقا لنص المادة 74 من الدستور، تستلزم وجود هيئة قضائية فعالة وجريئة هدفها خلق نوع ن التوازن بين حماية الحريات العامة وبين الحفاظ على النظام العام والمصلحة العامة.

### 3-الوضع في الجزائر :

لقد تم اللجوء الى نظرية الظروف الاستثنائية في الجزائر في عدة مرات كانت اهمها اعلان حالة الطوارئ عام 1992 تطبيقا لاحكام المادة 86 من دستور 1989 والتي تقابلها المادة 91 من الدستور الحالي،حيث تقرر بموجب المرسوم 92-44 المؤرخ في 09 فيفري 1992 المتضمن اعلان حالة الطوارئ اتخاذ جملة من التدابير منها :

-يجوز للسلطة المدنية اتخاذ كافة التدابير الكفيلة باستتباب النظام العام وحفظه،وعلى هذا الخصوص يجوز لها في اطار السلطة المخولة لها ان تقوم باجراءات الاعتقال الاداري ضد كل شخص يتضح ان نشاطه يشكل خطورة على النظام والامن العاميين او على السير الحسن للمصالح العمومية(23).

-يجوز وضع الاشخاص تحت الاقامة الجبرية أو في مراكز الامن .

-منع التجول في اوقات معينة وتفتيش المساكن ومنع المظاهرة والاضطرابات.

-منع كل مظاهرة يحتمل فيها الاخلال بالنظام العام والطمأنينة العمومية،ويتضح من خلال هذا المرسوم ان ما يصيب الحريات والحقوق العامة للمواطنين من خلال التجاوزات والاعتداءات في ظل نظرية الظروف الاستثنائية وان كان الهدف من اعلانها هو المحافظة على النظام والامن العامين مهما كان سبب الخلال بهما.

ويندرج دور القاضي الاداري في مجال الرقابة على قرارات الضبط الاداري في الظروف غير الاستثنائية في التاكيد من وجود الظرف الاستثنائي الذي يوجب إصدار قرارات الضبط الإداري حفاظا على النظام العام.

-وجود تهديد أو اخلال بالنظام العام من الناحية الواقعية.

-الوجود المادي والتكييف القانوني للوقائع.

-ضرورة اصدار القرار الضبطي.

فالقاضي إضافة إلى سلطته في الرقابة قرارات الضبط الاداري يقوم بفحص مدى ملاءمة قرارات الضبط،وذلك تماشيا مع ظروف اصدار هذا القرار الضبطي،ومدى تناسب وسيلة التدخل مع درجة الإخلال بالنظام العام.(24).

خاتمة عامة :

من خلال دراستنا،تبدو أهمية البحث في الموضوع في معرفة وتحديد سلطات القاضي الاداري في الرقابة على المشروعية الداخلية لقرارات الضبط الاداري،هذه السلطات تختلف في الظروف العادية عنه في الظروف الاستثنائية

،الا أنه يمكن القول بان سلطات القاضي تنحصر اساسا في الرقابة على عناصر المشروعية الداخلية للقرار الضبطي ،فهو يفحص مدى احترام الادارة عند اصدار قرارات الضبط الاداري لاحكام القانون من عدمه ،اضافة الى رقابته على غايات هذه القرارات ،وتمتد هذه الرقابة ايضا الى سبب قرار الضبط الاداري الذي يجب أن يكون مبرر وحقيقي وصحيح.

كما أن القاضي في مجال الرقابة على قرارات الضبط الاداري ،اضافة الى الحدود التي يلتزم بها في رقابة القرارات الادارية العامة يقوم بفحص مدى ملاءمة قرارات الضبط الإداري .مع الأخذ بعين الاعتبار ظروف اصدار هذا القرار الضبطي ومدى تناسب وسيلة التدخل مع درجة الإخلال بالنظام العام.

### المراجع :

1-محمد حسنين عبد العال،رقابة مجلس الدولة لقرارات الضبط الاداري الصادرة بالتطبيق المادة 16 من الدستور المصري ،دراسة تحليلية لاحكام القضاء الاداري،دار النهضة العربية،القاهرة،بدون سنة نشر،ص.76

2-محمد محمد بدران،مضمون فكرة النظام العام وجورها في مجال الضبط الاداري ،النهضة الرعبية،1992،ص.278

3-محمد بدران،المرجع السابق،ص.244

4-Ce 8 Avril,Breton Bonnand,Rec Lebon,p.3.

5-Ce 14Mai 1982,La conscience de krisna,Rec Lebon ,p.179.

6-المحكمة الادارية العليا،طعن رقم 1677 للسنة القضائية 26 جلسة رقم 4/1983،دعوى الالغاء،ص.362

7-قرار رقم 68240 بتاريخ 28-07-1990 في قضية ت ع /ولاية البويرة،المحكمة العليا(الغرفة الادارية).

8-المحكمة العليا(الغرفة الادارية) بتاريخ 13-04-1998 فريق ق/والي المسيلة.

9-Ce 14 Juin1910 ,Gerand ,Rec ,Lebon ,P.23.

10-Ce,29Mai 1964,Prefet du maine du loin Simon et autre,Rec lebon,P305.

11 -المرسوم التنفيذي رقم 131/88 المؤرخ في 04 يوليو 1988 الذي ينظم العلاقات بين الادارة والمواطن.

12-المحكمة الادارية العليا،طعن رقم 3252 جلسة 1995/04/23.

13-Ce,07Mai1930:Aeienne,Française ,D31-3-1.

14 -سليمان محمد الطماوي،مبادئ في القانون الاداري،الكتاب الثالث ،أموال الادارة العامة وامنياراتها،دار الفكر العربي،1979،ص.647

15 -محمد سلامة جبر ،الرقابة على تكييف الوقائع في قضاء الالغاء ،مجلة ادارة قضايا الحكومة،دار النشر 28،عدد4،1948، ص.113

16 -محمد سلامة جبر،المرجع السابق،ص.324و325.

17-Ce,6Aout 1941,Burgature,D H ,24-42.

18- محمود عاطف البنا، حدود سلطة الضبط الإداري، مقال منشور في مجلة القانون والاقتصاد والبحوث القانونية والاقتصادية، 1978، العددان الثالث والرابع، سنة 48 ق، ص. 160.

19- محمد حسنين، المرجع السابق، ص. 76.

20- فقد ذهب الاستاذ محمد حسنين بان مجلس الدولة الفرنسي قد ضيق الى حد كبير من نطاق الرقابة القضائية بشأن تطبيق نص المادة 16 من الدستور الفرنسي، وقد اسس رايه من استعراض بعض الحقائق التي تكشف عنها احكام مجلس الدولة منها: -المجلس يقرر عدم اختصاصه بفحص شرعية القرار الصادر بإعلان تطبيق المادة 16 بوصفه من أعمال السيادة.

-امتناع المجلس عن مباشرة اية رقابة في خصوص تقدير رئيس الجمهورية ذات الطابع التشريعي.

-المجلس يباشر رقابة ضيقة بالنسبة للقرارات الفردية، نقلا عن محمد حسنين، المرجع السابق، ص. 47.

21- انظر أحكامها في القضية 187 للسنة القضائية 32 جلسة 11/02/1982.

22-Rubon de suvens et autres,R D P ,1962,P.294.

ومن أمثلة ذلك ايضا حكم "" الذي رفض فيه المجلس النظر في الطعن المقدم في قرار 29 سبتمبر، الذي انهى تطبيق المادة 16 واحتفظ على الرغم من ذلك سرعان بعض القرارات التي أصدرت تطبيقا للمادة 16 لاعتبارها من أعمال السيادة. J,C P1962,Tom n°12,736.

23-A.Heymam, Libertés publiques et la guerre d'Algérie, Paris, 1972, P.56.

24- المادة الخامسة من المرسوم رقم 44/92 المؤرخ في 90-02-1992، ج ر، العدد 10.

## التدخل الدولي في ليبيا



الأستاذة : حنان حاجي أستاذة مؤقتة

بجامعة محمد الشريف مساعديّة

— سوق أهراس — الجزائر

مقدمة :

قبل نهاية الحرب الباردة كان من الصعب على الأمم المتحدة أن تتدخل في الشؤون الداخلية للدول، لأن دولا اختارت النظام الديمقراطي الغربي ودولا اختارت النظام الشيوعي. وعندما انتهت الحرب الباردة وأصبح النظام السائد في مختلف أنحاء العالم هو النظام الديمقراطي لذلك أصبح من الضروري ربط بين حقوق الإنسان والديمقراطية، على أساس أن حكومة غير ديمقراطية لا تستطيع أن تدافع عن حقوق الإنسان، وبالتالي إمكانية تدخل المنظمات الإقليمية إلى جانب الأمم المتحدة لكي تطلب إلى جانب الدفاع عن حقوق الإنسان، الدفاع عن النظام الديمقراطي هو الوحيد الذي يستطيع أن يحمي حقوق الإنسان،<sup>1</sup> والتالي أصبح التدخل الإنساني الذي يقوم به الدول لمواجهة الضرورات المرتبطة بحقوق الإنسان وفرض الديمقراطية باعتبارها أسلوبا ناجحا لإدارة الحكم وبسبب ارتباطها لضمان حماية حقوق الإنسان واحترام القانون.<sup>2</sup>

وهو ما فعله التدخل الدولي في ليبيا في دعم ثورة شعب ليبيا ومطالبها المرتكزة على هدف إنهاء وجود الاستبداد من الجذور، إنهاء شامل لمختلف صورته الجزئية أو الكلية ودعم الجهود الشعبية الذاتية المتنافسة لإقامة

<sup>1</sup> أنظر، موسى سليمان موسى: " التدخل الدولي الإنساني ومشروعية التدخل السوري في لبنان"، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي، كلية القانون والسياسية، الأكاديمية العربية المفتوحة في الدانمرك، ص 48.

<sup>2</sup> أنظر، محمد غازي ناصر الجنابي: "التدخل الإنساني في ضوء القانون الدولي العام"، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى،

الدولة الليبية على أسس جديدة قوامها في مقدمتها التمكين لسيادة الشعب، ونفاذ إرادته واستقلاله عن مختلف أشكال الارتباط لنفوذ أجنبي.<sup>1</sup>

ونظرا لانتهاكات الصارخة لحقوق الإنسان التي تمارسها الحكومة الليبية يوميا ضد الشعب الليبي وتدهور الحالة الإنسانية تحرك المجتمع الدولي إزاء هذا الوضع.

وهو ما يدفعنا لطرح الإشكال الآتي :

ما هي مبررات التدخل في ليبيا؟ وما مدى شرعيته؟

سوف نحيب على هذه التساؤلات من خلال الخطة الآتية :

المبحث الأول : التدخل في ليبيا.

المبحث الثاني : التدخل العسكري للدول والمنظمات في ليبيا.

المبحث الأول : التدخل في ليبيا :

لقد خرجت حماية حقوق الإنسان عن الاختصاص الداخلي للدولة، حيث أصبحت من اختصاص المجتمع الدولي، ولقد كرس الممارسة الدولية بروز النظام الدولي هذه الفكرة كمبرر للتدخل الإنساني في العراق، والذي كان في إطار الفصل السابع من الميثاق.<sup>2</sup>

وفي قضية الحال رغبة الشعب الليبي في تغيير نظام الحكم الذي دام 42 سنة، فكان رد نظام القذافي القمع و الاضطهاد الشعب وأصبحت حرب أهلية بين النظام والمعارضة مما أدى إلى تدهور الوضع الإنساني في ليبيا، وهو ما أدى إلى تدخل الدول والمنظمات إلى ليبيا لحماية حقوق الإنسان وهو ما يطرح الإشكال التالي :

ما هي أسباب ومبررات التدخل الإنساني في ليبيا؟

لهذا ارتأيت أن أقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : أسباب ومبررات التدخل في ليبيا.

المطلب الثاني : الطبيعة الإلزامية للقرار رقم 1973.

المطلب الأول : أسباب ومبررات التدخل في ليبيا :

إذا كانت أداة الحكم دكتاتورية كما هو الحال في النظم السياسية في العالم اليوم، فإن يقظة المجتمع للانحراف عن الشرعية ليس لها وسيلة للتعبير وتقويم المجتمع للانحراف إلا العنف، أي الثورة على أداة الحكم، علاوة على أن العنف والتغيير بالقوة في حد ذاته عمل غير ديمقراطي، ولكنه يحدث نتيجة وجود وضع غير ديمقراطي سابق له، وإذا حدث انحراف عن شريعة المجتمع في هذا النظام يعالج عن طريق المراجعة الديمقراطية وليس عن طريق القوة.<sup>3</sup>

وهو ما قام به الشعب الليبي من أعمال عنف واضطرابات وانتفاضات شعبية مما يدلنا على رفضه لأداة الحكم التقليدية فعصر الشعوب سيفرض نفسه عبر كفاح الجماهير الشعبية في العالم كله.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> أنظر : <http://shabab-liBya.com/p-1167>

<sup>2</sup> أنظر، سلوان رشيد السنجاري: " التدخل الإنساني في القانون الدولي العام"، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2005، ص 152.

<sup>3</sup> أنظر، معمر القذافي: " الكتاب الأخضر الديمقراطية"، المركز العالمي للدراسات وأبحاث الكتاب الأخضر، طرابلس، 1986، ص 62.

<sup>4</sup> أنظر، معمر القذافي: " شروح الكتاب الأخضر، العالم ينكب ولم يتغير"، المركز العالمي للدراسات وأبحاث الكتاب الأخضر، طرابلس، 1986، ص 247.

بحيث عمت انتفاضة شعبية في جميع المدن الليبية تطالب برحيل نظام القذافي وتغيير نظام الحكم، وكان رد فعل الحكومة الليبية هو القمع والاضطهاد التي يمارسها النظام يوميا ضد الشعب الليبي ونتيجة لهذه المظاهرات واستمرت المعارك في مناطق مختلفة من ليبيا، عندما استمرت ميليشيات ومرتزة القذافي في التقتيل والترويع لإخماد نار الثورة، حيث تواصل زحف الثوار على مناطق جديدة من التراب الليبي، باسطين سيطرتهم عليها ومعلنين إياها مناطق محررة، بحيث جرت اشتباكات مسلحة بين قبيلتي القذافي الموالية للعقيد الليبي وقبيلة العزجان، إذ قتل 20 شخصا من المتسببين لها على يد النظام الحاكم في منطقة رأس لانوف وقد شهدت هذه المنطقة انضمام قبيلة سليمان بحيث شرع الثوار في تسليح أفراد القبيلتين.

أما في الزاوية شهدت أعنف المواجهات والاشتباكات، اقتحم مرتزة منزلا وسط المدينة وشرعوا في قتل سكانه منهم أطفال ونساء في حين تدخل الثوار ومحاصرتهم المرتزة الذين تحصنوا داخل المنزل طيلة يوم كامل بعد ذلك تمكن الثوار من بسط كامل سيطرتهم على المنطقة، ورغم النصر الميداني المحقق من طرف الثوار فإن عصابات القذافي نفذت مجازر شنيعة في حق المدنيين العزل، حيث تم إعدام جماعي للجرحى، كما شهدت مدينة بنغازي مذبح في انفجار ضخم راح ضحيته قتل عشرات الأشخاص وجرح الآلاف إثر عمليات قصف جوي بالطائرات النظام،<sup>1</sup> كما دعا الثوار المواطنين والإعلاميين في مدينة رأس لانوف إلى التراجع للصفوف الخلفية حتى لا يتعرضوا إلى القتل من قبل القوات البرية لكثائب القذافي، بالتوازي مع استمرار الغارات الجوية والقصف برجمات "جراد" وتمكن الثوار من إحكام السيطرة على المدينة، ومن خلال اللجان الطبية والعسكرية في رأس لانوف تم الكشف عن حصيلة معارك في المدينة حيث سجلت ما لا يقل عن 58 جريح وعشرات القتلى.<sup>2</sup>

كما شهدت مدينة مصراته قصف بالمدفعية والدبابات الموالية للقذافي حيث قتل ما لا يقل عن 40 شخص وجرح 400 آخرين.<sup>3</sup>

وبعد إحكام السيطرة على كامل رأس لانوف الكائنة شرقي ليبيا والمعروفة بكونها منطقة نفطية بالدرجة الأولى، شرع الثوار في الزحف نحو المناطق الغربية على أمل تحرير باقي المناطق قبل الوصول إلى طرابلس فيما قالت مواقع تابعة للمعارضة الليبية إن الثوار سيطروا على بلدة بن جواد الواقعة على بعد 60 كلم غربي رأس لانوف في حين أعلن الثوار عن انضمام عناصر من كثائب القذافي بعد أن انشقوا عن ميليشيات النظام الحاكم، في اليوم الموالي قامت ميليشيات القذافي إلى إعدام جماعي بشكل علني لعدد من المدنيين والجرحى، حيث تم في منطقة شلابي تنفيذ إعدام أربعة أشخاص من سكان المنطقة.<sup>4</sup>

كما قامت هذه القوات بقصف صهاريج تخزين البترول في ميناء السدر النفطي في شرق ليبيا، وذلك خلال قصف عنيف لمواقع الثوار والمعارضة في المنطقة، وارتفعت أعمدة كثيفة من الدخان الأسود فوق الميناء، في الوقت ذاته كانت وسائل الإعلام العالمية المختلفة تنقل الأخبار والصور للوضع الإنساني الكارثي للشعب الليبي إلى جميع أنحاء العالم، مما لعب دورا بارزا في إثارة الرأي العام العالمي لصالح القضية الليبية.

وهكذا تعالت الأصوات لنجدة الشعب الليبي وأولى هذه الأصوات جاءت من فرنسا بحيث طلبت من الأمم المتحدة بالتدخل الإنساني لإنقاذ الشعب الليبي وتبعتها بريطانيا بتأثرها للموقف الفرنسي.

<sup>1</sup> أنظر، جريدة النهار، يوم الأحد 6 مارس 2011، ص 7.

<sup>2</sup> أنظر، جريدة الشروق، يوم الخميس 10 مارس 2011، ص 11.

<sup>3</sup> أنظر، جريدة الخبر، يوم الثلاثاء 22 مارس 2011، ص 3.

<sup>4</sup> Cf, El Watan : 28/03/2011, p8.



في حين لم تتوان فرنسا في إعادة سيناريو العراق بأدوات مستحدثة وأعدت بلورة نظرية السيادة المحدودة الأمريكية المطبقة في العراق مع مقاربات كوشنير حول الحق في التدخل لأغراض إنسانية في ليبيا.<sup>1</sup> وكان مجلس الأمن تبنى قرار ينص على اتخاذ كل الإجراءات اللازمة لحماية المدنيين الليبيين من الهجمات التي يشنها معمر القذافي لسحق المتمردين على حكمه الممتد منذ 42 سنة وذلك بالقرار رقم 1973.<sup>2</sup>

**المطلب الثاني: الطبيعة الإلزامية للقرار مجلس الأمن رقم 1973:**

قبل تحديد الطبيعة الإلزامية للقرار 1973 يبدو من الضروري التعرض إلى القوة القانونية لمقررات مجلس الأمن بشكل عام، وذلك لمعرفة تحديد الأساس الذي نشد إليه في بيان الطبيعة الإلزامية للقرار رقم 1973، في حين أن مجلس الأمن يمتلك وسيلتين قانونيتين لممارسة سلطاته في مجال حفظ السلم والأمن الدوليين وهما: التوصيات والقرارات ويبدو من الآراء الفقهية أن هناك تبايناً واضحاً في وجهات النظر حول تحديد طبيعتها الإلزامية، ففي حين يذهب رأي إلى اعتبار ما يصدر عن مجلس الأمن ذات قوة قانونية ملزمة، دون التمييز بين القرارات التي يصدرها المجلس وبين توصياته، هناك رأي آخر يذهب إلى التمييز بين القرارات والتوصيات التي يصدرها المجلس، فالقرارات في نظر أصحاب هذا الرأي هي التي تتمتع بقوة إلزامية وواجبة التنفيذ، أما التوصيات فلا تتمتع بمثل هذه القوة.<sup>3</sup>

وعلى الرغم من أصحاب الرأي الأول يستندون إلى تفسير المادة 25 من الميثاق التي تنص على أنه: " يتعهد أعضاء الأمم المتحدة بقبول قرارات مجلس الأمن وتنفيذها وفقاً لهذا الميثاق".

بكون كلمة (قرارات) جاءت عامة فهي تشمل جميع ما يصدر في مجلس الأمن، غير أن الرأي الثاني، كما يذهب الدكتور أحمد الموسوي، هو الأثر انسجاماً وتوافقاً مع نص المادة 25 التي حددت حصر كلمة قرارات، وغيرها من مواد الميثاق التي ميزت بين قرارات وتوصيات المجلس حسب خطورة الحالة المعروضة ومن جانب آخر فإن اعتبار جميع قرارات مجلس الأمن ملزمة يفقد سلطات هذا المجلس ما ينبغي لها من المرونة في التصرف لمواجهة المواقف والنزاعات الدولية، إذ قد تتطلب معالجة هذه المواقف والنزاعات أحياناً مقررات أدنى إلى التوجيه والنص والدعوة منها إلى الأمر والإلزام لذلك نجد بأن أغلب الآراء يميل إلى أخذ بالرأي الثاني أي التمييز بين قرارات مجلس الأمن وتوصياته من حيث القيمة القانونية لكل منهما.<sup>4</sup>

وعليه فإننا نحاول أن نجعل من هذا التمييز أساساً لدراسته الطبيعة الإلزامية للقرار رقم 1973، أي تحديد طبيعة القرار 1973.

فالقرار رقم 1973 الذي أصدره مجلس الأمن في هذا الشأن تعتبر توصية غير ملزمة، وإن كان لها وزن كبير، لأن الدعوة التي يوجهها مجلس الأمن من لاتخاذ تدابير مؤقتة تقترب بتبنيه أطراف النزاع إلى أن عدم استجابتهم لها سيدخل في حساب المجلس فيما يتخذه من تدابير لاحقة، ومن ثم فإن الدول المعنية تجد نفسها مرغمة على تنفيذ تلك التدابير تحسباً لما يحدثه الرفض من أثر سياسي عكسي، ولكن الرأي الغالب أن مجلس الأمن وهو بصدد ممارسته هذا الاختصاص له سلطة إصدار قرارات ملزمة تتمتع بوصف الإلزام القانوني، كما يجوز له أيضاً تطبيق قاعدة من يملك

<sup>1</sup> أنظر، جريدة الخبر، يوم الثلاثاء 22 مارس 2001، ص 5.

<sup>2</sup> أنظر، جريدة آخر ساعة، يوم السبت 19 مارس 2011، ص 7.

<sup>3</sup> أنظر، بوارس عبد القادر: " التدخل الدولي الإنساني وتراجع مبدأ السيادة الوطنية"، دار الجامعة الجديدة، 2009، ص 255.

<sup>4</sup> أنظر، عبد الفتاح عبد الرزاق محمود: " النظرية العامة للتدخل في القانون الدولي العام"، دار الدجلة، الأردن، الطبعة الأولى، 2009، ص

الأكثر يملك الأقل في أن يصير توصيات إعمالاً للمادة 39 من الميثاق، وبقصد بالتدابير المؤقتة أي إجراء من شأنه أن يجسم الخلاف بين الأطراف المتنازعة وليس من شأنه أن يخل بحقوق المتنازعين، أو يؤثر على مطالبهم، ومن أمثلتها الأمر بوقف إطلاق النار ووقف العمليات العدائية والدعوة إلى إبرام اتفاقيات هدنة سحب للقوات النظامية والوحدات الشبه عسكرية،

ونزع تسليح بعض المناطق، الامتناع عن تزويد الغرقاء بالأسلحة والعتاد الحربي، والامتناع عن اتخاذ أي إجراء من شأنه الإضرار بسيادة أو استقلال السلامة الإقليمية لأي دولة وفي ذات السياق يستطيع مجلس الأمن إنشاء آليات وأجهزة تكون وظيفتها العمل على تطبيق التدابير السابقة، فالتدابير المؤقتة التي قررها مجلس الأمن فإن ثمة خصائص عامة تجمع بينها لعل أهمها:

- يتعين أن يكون الغرض من التدبير المؤقت منع تدهور الموقف وخلق الظروف المثابة لحفظ السلم والأمن الدوليين.

- أن لا يكون من شأن التدبير المقت إخلال بحقوق المتنازعين ومطالبهم ومراكزهم القانونية أو الفعلية.

- أن تأخذ هذه التدابير في حسيان مجلس الأمن، إذا لم يحسب لها أحد المتنازعين حسابه.<sup>1</sup>

أما التدابير غير العسكرية ورد النص عليها في المادة 41 من الميثاق على النحو الآتي: "مجلس الأمن أن يقرر ما يجب اتخاذه من التدابير التي لا تتطلب استخدام القوة المسلحة لتنفيذ قراراته وله أن يطلب من أعضاء الأمم المتحدة تطبيق هذه التدابير، ويجوز أن يكون من بينها وقف الصلات الاقتصادية والمواصلات الحديدية والبحرية والجوية، والبرقية واللاسلكية وغيرها من وسائل المواصلات، وقطع العلاقات الدبلوماسية".<sup>2</sup>

ومن خلال النص نلاحظ ما يلي:

- أنه يتضمن تدابير ذات طبيعة عقابية حتى وإن لم يصل ذلك إلى استخدام القوة المسلحة.

- إذا التدابير المذكورة لم ترد على سبيل الحصر بدليل عبارة ويجوز أن يكون من بينها " فظيعة التبعية هذه تدلنا على هذه التدابير هي بعض تدابير عقابية التي يتم اللجوء إليها دون الحاجة إلى استخدام القوة المسلحة."

- إن المادة استخدمت عبارة لمجلس الأمن أن يقرر... وهي تختلف عن العبارة التي استخدمت في نصوص أخرى، حيث جاء فيها أن لمجلس الأمن أن يوصي والفرق بينها أن التدابير التي تتخذ بناء على نص المادة 41 تصدر بموجب قرارات وهي تصرفات ملزمة لمن وجه إليه على عكس التوصية التي تخلو وفقاً لما يذهب إليه الفقه من القوة الملزمة، وعلى ذلك فإن القرارات الصادرة باتخاذ تدابير معينة وفقاً للمادة 41 تعد ملزمة للدولة المخاطبة بها، إلا إذا كانت إحدى أو بعض هذه الدول تعاني من المشاكل الاقتصادية مانعتها من تنفيذ ما يقرره مجلس الأمن وعليها أن تلتفي نظره إلى ذلك.<sup>3</sup>

- إن السرد الوارد في المادة 41 لا يعني وجوب استنفاد كافة التدابير الواردة فيها، قبل اللجوء إلى الإجراءات العسكرية المنصوص عليها في المادة 42 من الميثاق فمن الجائز الاكتفاء ببعض دون البعض الآخر.

إن القرار الذي يصدره مجلس الأمن بشأن تطبيق التدابير المنصوص عليها في المادة 41 من الميثاق لا يجوز لأي من الدول المستهدفة بهذه التدابير بمعاهدة تمنعها من المشاركة في وضع هذه التدابير موضع التنفيذ، ويعود ذلك إلى

<sup>1</sup> Cf : <http://arabic.AUVR-RU/2011/02/27/46399987/html>

<sup>2</sup> أنظر: حيدر حسن حاج الصديق: " دور منظمة الأمم المتحدة في ظل النظام العالمي الجديد"، دار هومو، الجزائر، 2007، ص 40.

<sup>3</sup> أنظر: أحمد عبد الله أبو العلا: " تطور دور مجلس الأمن"، دار الجامعة الجديدة، 2008، ص 44 - 45.

المادة 103 التي تقرر إلى أنه إذا تعارضت الالتزامات التي يرتبط بها أعضاء الأمم المتحدة وقف أحكام هذا الميثاق مع أي التزام دولي آخر ترتبطون به فالعبرة بالتزاماتهم المرتبة عن هذا الميثاق.<sup>1</sup>

وهنا يبدو وأن مجلس الأمن عند صياغة القرار 1973 أستنكر لما يتعرض له السكان المدنيون الليبيون وذلك باتخاذ كل التدابير اللازمة لحماية المدنيين مع التشديد على السلامة الإقليمية للأراضي الليبية.

ومن خلال العوامل التي يمكن الاستناد إليها لتحديد الطبيعة القانونية للقرار 1973، تؤكد إلزامية القرار 1973، بأنه صادر بموجب الفصل السابع من الميثاق وذلك بالاستناد إلى المادتين 39 و 40، مما يكون لمجلس الأمن أن يتدخل مجدداً لتنفيذ القرار باتخاذ الإجراءات العقابية المنصوص عليها في المادتين 41، 42 من الميثاق.

### المبحث الثاني: التدخل العسكري للدول والمنظمات في ليبيا:

تبنت وثائق أحداث المنظمات الدولية مبدأ عدم التدخل واعتبرته مبدأ أساسياً في علاقات الدول الأعضاء،<sup>2</sup> لكن مع تطور حقوق الإنسان وخروجها عن السلطان الداخلي للدولة أصبحت مسألة حقوق الإنسان مسألة عالمية تهدد السلم والأمن الدوليين، حيث جاء ميثاق الأمم المتحدة لتتويجاً لنضال الإنسانية الطويل من أجل احترام حقوق الإنسان فتنوعت وتعددت وسائل وطرق حماية الإنسان وإصباح عدم المشروعية على كل انتهاك لها داخل إطار الأمم المتحدة.<sup>3</sup>

نظراً للممارسات الدولية أصبح التدخل الإنساني لا يتعارض مع عدم التدخل المشار إليه في المادة 7/2 الذي أكد أن التدخل يكون باللجوء إلى القوة ولم يبين أنواعه ولا صفاته الأمر الذي أصبح معه التدخل بمعناه الواسع مقبولاً في القانون الدولي.

ومن بين الفقهاء الذين تبنا هذه الفكرة (التدخل الإنساني بمفهومه الواسع) ماريو بيطاطي بحيث يرى التدخل الإنساني يتم تنفيذه دون اللجوء إلى القوة وإنما يمتد إلى إمكانيات اللجوء إلى الوسائل الدبلوماسية بشرط وقف الانتهاكات الخطيرة لحقوق الإنسان.<sup>4</sup>

ففي حالة الانتهاك الجسيم لحقوق الإنسان وعدم احترام الدول لحق الشعوب في تقرير مصيرها واستقلالها ففي هذه الحالة التدخل الإنساني يكون مشروعاً وفقاً لحالة الدفاع الشرعي ذلك أن حقوق الإنسان أصبحت عالمية والمساس بها تعتبر تهديداً للأمن والسلم الدوليين، ذلك أن الاعتبارات الإنسانية تسمو على الاعتبارات القانونية، ولكن الاتجاه الوسيط للتدخل الإنساني يجعل الأمم المتحدة آلية للتدخل لأغراض إنسانية أو منظمة جهوية تستند فيه إلى قرار صادر من الأمم المتحدة وأن يكون الدافع لتدخلها الانتهاكات الخطيرة لحقوق الإنسان.

وفي قضية الحال ونظراً للوضع الكارثي في ليبيا أصبح التدخل من أجل الديمقراطية من المفاهيم يستوعبها التدخل الإنساني باعتبار أن الأنظمة غير الديمقراطية تقوم بارتكاب انتهاكات واسعة لحقوق الإنسان أن الحرية في اختيار نظام الحكم إذا ما أسئ استخداماً تشكل تهديداً للسلم،<sup>5</sup> وتحتل الولايات المتحدة الأمريكية الصدارة في

<sup>1</sup> Cf : <http://arabic.AUVR-RU/2011/02/27/46399987/html>

<sup>2</sup> أنظر، بوكرا إدريس: "مبدأ عدم التدخل في القانون الدولي المعاصر"، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص 131.

<sup>3</sup> أنظر، سلوان رشيد السنجاري، مرجع سابق، ص 152.

<sup>4</sup> أنظر، بوراس عبد القادر، مرجع سابق، ص 181.

<sup>5</sup> أنظر، محمد غازي ناصر الجناي، مرجع سابق، ص 271.

استخدامها للحجج الإنسانية تبرير تدخلها العسكري المباشر في الدول أو من خلال فرض الجزاءات الاقتصادية عليها.<sup>1</sup>

وذلك بالضغط على مجلس الأمن لإضفاء الشرعية على تدخلاتها وهو ما قامت به حليفاتها فرنسا وبريطانيا في ليبيا من جهة ودفع الناتو في العمليات العسكرية في فرض الحظر الجوي على ليبيا من جهة أخرى، أما المنظمات الأخرى كالجامعة العربية والاتحاد الإفريقي فقد اكتفوا بالمساندة لأعمال هذا الحظر المفروض على ليبيا وهو ما يطرح الإشكال التالي :

- ما هو موقف الدول والمنظمات تجاه الأزمة الليبية ؟

- وما مدى شرعية هذا التدخل؟

وعليه يتم تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تدخل الدول.

المطلب الثاني : تدخل المنظمات.

المطلب الثالث : مدى شرعية التدخل للدول والمنظمات في ليبيا.

المطلب الأول : تدخل الدول :

بدأت القوات الفرنسية والأمريكية بالتدخل العسكري في ليبيا حيث أعلن الرئيس الفرنسي نيكولا ساركوزي قيام بلاده بأول عملية قصف على ليبيا واستهدفت آلية تابعة للقذافي.

وذلك بالتعاون مع لندن وواشنطن وعدد من الدول العربية، كما قامت أمريكا بإطلاق صواريخ كروز ضد أهداف عسكرية تابعة للقذافي في العاصمة طرابلس.<sup>2</sup>

في حين تعتبر فرنسا أول دولة تعترف سياسيا بالمجلس الانتقالي الليبي وأعتبرته سلطة شرعية ممثلة للشعب الليبي وأكدت الرئاسة الفرنسية هذا الاعتراف سياسي وليس قانوني لأن الاعتراف القانوني يخص الأمم المتحدة ويتم عادة الاعتراف بالحكومات، كما دعا الرئيس الفرنسي ورئيس الوزراء البريطاني إلى دعم المجلس الوطني الانتقالي في ليبيا وإعداد الخطط واستعداد لكل الاحتمالات في ليبيا من أجل وقف الهجمات الجوية بما فيها التدخل لفرض حظر جوي أو خيارات أخرى.<sup>3</sup>

كما أعلنت ألمانيا من وجهتها إغلاق حسابات المصرف المركزي الليبي وصناديق الدولة الليبية السيادية في المصارف المالية.

وقال وزير الاقتصاد الاتحادي راينبر ودرله أنه تم تجميد الأموال المتاحة للمؤسسات المالية الليبية في كافة أنحاء ألمانيا، ووقف هذا القرار فسوف تتأثر أربعة عشرة مؤسسة ائتمانية تتخذ من ألمانيا مقرا لها، منها مصرف ليبيا المركزي، والمصرف الليبي الخارجي، والصناديق السيادية للمؤسسة الليبية للاستثمار بقيمة سبعين مليار دولار أمريكي، بالإضافة إلى حساب المصرف المركزي الليبي لدى المصرف الاتحادي الألماني.

كما حثت الرسالة الفرنسية البريطانية للأمم المتحدة على تقسيم ورصد الحالة الإنسانية في ليبيا وتقديم مقترحات لضمان الوصول الكامل للمنظمات الإنسانية وإيصال المساعدات للنازحين في داخل ليبيا، كما دعا

<sup>1</sup> أنظر، جميل حرب، تقديم محمد المجذوب: "نظام الجزاء الدولي"، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2010، ص 512.

<sup>2</sup> أنظر، عمر الشافعي: "التدخل العسكري في ليبيا"، مركز الدراسات الاشتراكية، 2011، ص 3.

<sup>3</sup> أنظر، المصدر وكالة (آي) الإيطالية للأنباء.

الزعيمان الفرنسي والبريطاني كل الدول إلى التنفيذ الكامل للحظر المفروض على الأسلحة بما في ذلك عن طريق حظر تقديم المرتزقة المسلحة واتخاذ تدابير للحد من تجنيدها أو لمغادرة الطائرات والقطارات التي تنقلهم.<sup>1</sup> كما كلفت واشنطن حلفائها التي تشتك في الحرب في ليبيا بمواصلة عملياتها العسكرية، فهي من كانت تشرف على قيادة العمليات العسكرية التي كانت تقودها دول التحالف منذ بدء الحرب تنفيذاً للقرار الدولي 1973،<sup>2</sup> وانتقلت بعدها القيادة إلى الحلف الأطلسي، مثلما فعلت في العراق لحماية الأكراد.

### المطلب الثاني: تدخل المنظمات :

أصدر مجلس الأمن قراراتين بشأن الأزمة الليبية، القرار الأول رقم 1973 ينص على اتخاذ كل الإجراءات اللازمة لحماية المدنيين الليبيين من الهجمات التي يشنها العقيد معمر القذافي لسحق المعارضين للنظام،<sup>3</sup> أما القرار الثاني رقم 1970 يطلب من جميع الدول الأعضاء، وخاصة دول المنظمة ضمان التنفيذ الصارم لحظر توريد الأسلحة المنصوص عليه في القرار، كذلك تفتيش السفن والطائرات المتجهة إلى ليبيا أو القادمة منها، كما ينص على تجميد الأصول على جميع الأموال والأصول التي يمتلكها نظام القذافي أو من يعملون معه،<sup>4</sup> لكن تنفيذ هذا القرار كان من طرف حلف الناتو كما أكد الأمين العام لحلف الناتو أندرس فوغ راسموسن أن الحلف قرر العمل من أجل دعم المراقبة البحرية في المتوسط للتأكد من حسن تنفيذ القرار حظر توريد الأسلحة لليبيا، وشدد دارسموسن على ربط أي تحرك للحلف بقاعدة قانونية قوية من قبل مجلس الأمن الدولي، خاصة عندما يتعلق الأمر بفرض منطقة حظر فوق الأجواء الليبية، وأوضح أن القرار لا يتضمن اللجوء إلى استخدام القوة، مؤكداً أن الحلف حريص على المساهمة بفاعلية في تطبيق القرار.<sup>5</sup> في حين قام حلف الناتو بقصف مناطق معينة من ليبيا واستهدفت غارة جوية دبابات الثوار الليبيين وأسفرت عن قتلى، معتبر أن التحالف لم يكن على علم بأن المعارضة المسلحة تستخدم مثل هذه المدرعات.<sup>6</sup>

كما قام الاتحاد الأوروبي بتوسيع نطاق عقوباته المفروضة ضد النظام الليبي عبر إضافة أسماء خمس هيئات مالية ليبية على لائحة من يجب تجميد أموالهم، وكذلك إضافة شخص آخر على لائحة العقوبات، حيث جاء هذا القرار بناءً على ضلوع هذا الشخص والهيئات المالية في ارتكاب وتمويل أعمال قمع ضد المدنيين الليبيين، ويثير الوزراء الأوروبيون على أن لائحة العقوبات ستبقى مفتوحة لإضافة المزيد من الأشخاص والهيئات، تماشياً مع قرار مجلس الأمن الدولي رقم 1970 الذي أقر فرض عقوبات دولية على ليبيا، وحول ملف القذافي وبعض أبنائه ومؤسليه إلى المحكمة الجنائية الدولية على خلفية اتهامات بشن جرائم ضد الإنسانية.

من خلال ما يجري في ليبيا أن حلف الناتو تعهد بتنفيذ القرار رقم 1973 لحماية المدنيين، لكن حلف الناتو يقصف الأطفال والمدنيين ويتجاهل قوات القذافي حيث لقي عشرات من الثوار مصرعهم في قصف جوي نفذته قوات الناتو على مشارف مدينة البريقة، كما قتل 13 آخرين بطريقة مماثلة قرب أجدايا منهم أطفال ونساء.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> أنظر، المصدر وكالة (آلي) الإيطالية للأنباء.

<sup>2</sup> أنظر، جريدة الخبر ليوم الإثنين 4 أبريل 2011، ص 3.

<sup>3</sup> أنظر، جريدة آخر ساعة ليوم السبت 19 مارس 2011، ص 7.

<sup>4</sup> Cf : <http://arabic.AUVR-RU/2011/02/27/46399987/html>

<sup>5</sup> أنظر، المصدر وكالة (آلي) الإيطالية للأنباء.

<sup>6</sup> أنظر، وكالة (آلي) الإيطالية للأنباء.

<sup>7</sup> أنظر، جريدة النهار ليوم 03 أبريل 2011، ص 9.

يفهم من ذلك أن الشرعية قد خرقت من جراء التدخل الذي أعتبر إنسانيا. إذا كانت فعالية نشاط منظمة الأمم المتحدة تتطلب مساعدة إقليمية للسعي وراء حلول الأزمات فينبغي فرز قائمة المنظمات الإقليمية التي يستوجب إنتقاء البعض منها ورفض البعض الآخر، وهو ما يدفعنا إلى طرح الإشكال الآتي :

هل يعتبر حلف الناتو منظمة إقليمية كما جاء في المادة 52 من الميثاق ؟

يجب التذكير أن هذه المنظمة قد رفضت وباستمرار فكرة ضم الناتو تحت طائلة المنظمات الإقليمية المنصوص عليها في الفصل الثامن من الميثاق، الأمر الذي من شأنه أن يحصر نشاطه الإقليمية ويجعله خاضعا لقرارات مجلس الأمن، فنجد مؤيدي هذه القدرة على التدخل الذاتي يفرقون بين الميثاق ومجلس الأمن، فيجب على الناتو وبناء على الاتفاق المؤسس احترام ما جاء في ميثاق الأمم المتحدة، وبالمقابل فهو غير ملزم بانتظار قرارات المجلس خاصة وإن وجد هذا الأخير نفسه غير قادر على التدخل نتيجة استعمال الأعضاء الدائمين حقهم في الاعتراض، إن التبرير المقدم يبدو غير بعيد عن الحجة التي أدت إثر الحرب الكورية إلى تبني الجمعية العامة لللائحة رقم 377 ل 3 نوفمبر 1950 تحت تأثير أمريكي، فالأمر يتعلق إذن يعجز مجلس الأمن من اتخاذ القرار نتيجة استعمال حق الفيتو من اللجوء إلى الجمعية العامة التي بإمكانها إقرار عمليات ذات طابع عسكري، الضرورية لضمان احترام أحكام ومبادئ الميثاق فمنظمة شمال الحلف الأطلسي ستلعب دورا شبيها بدور الجمعية العامة إثر تبني لائحة.

لكن لا شك أن أساس هذا التحليل ضعيف :

أولا : الجمعية العامة تعتبر جهاز من أجهزة الأمم المتحدة :

فهي تعمل باسمها وتقع عليها المسؤولية مباشرة من الميثاق، أضف أن شرعية لائحة في نظر الميثاق قد كان محل نقد، وحتى وإن كانت نظريا تشكل وسيلة من وسائل تحت تصرف الجمعية العامة. فعمليا لا يمكنها أن تشكل أساس اللجوء لاستعمال القوة، أما بالنسبة للناتو فليس له أي علاقة عضوية مع منظمة الأمم المتحدة حتى وإن أعتبر منذ نشأته قادرا على حلول محل منظمة عالمية عاجزة،<sup>1</sup> كما أن الاتفاق الأطلسي لا يتضمن أي نص يشار فيه إلى إمكانية اعتماد عملية مستقلة فيما عدا عملية الدفاع الشرعي. ونجد نص المادة 5 هو النص الوحيد الذي يعالج إمكانية اللجوء إلى الطرق القهرية.

وإن هذه الإمكانيات محدودة في إطار فرضية شن هجوم عسكري ضد دولة واحدة أو دول أعضاء بناء على المادة 51 من الميثاق التي تنص على الدفاع الشرعي الانفرادي والجماعي للدول الأعضاء تحت رقابة مجلس الأمن، فمنظمة شمال الحلف الأطلسي هي هيئة دفاع مشترك وليس أمن مشترك. أضف إلى ذلك أن العهد الأطلسي في مادته يؤكد على التزامات الدول الأعضاء المشتقة من ميثاق الأمم المتحدة، والذي يرجع إليه تفسير عام والشيء الذي يقلص مجال تطبيق المادة الأولى والخاصة بإمكانية استعمال القوة.<sup>2</sup>

لكن يجب التذكير أن التطور اللاحق لأحكام العهد الأطلسي، والخاصة بالمفهوم الاستراتيجي الجديد المتبنى في 24 أبريل 1999 من قبل رؤساء دول وحكومات الحلف ، قد أدى إلى توسيع مجال تدخله، ونسير بذلك إلى إدارة

<sup>1</sup> أنظر، مسطار كهينة : " كوسفو والقانون الدولي"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001، ص 74 - 75.

<sup>2</sup> أنظر، أحمد موسى : " على هامش حق الدفاع عن النفس استعمال الأسلحة النووية"، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 18، 1962،

الأزمات وعمليات حل أزمات التي يمكن اعتمادها خارج نطاق المادة 5 وعلى القوات العسكرية للحلف أن تكون على استعداد لمثل هذا النوع من العمليات.<sup>1</sup>

حتى وأن أردنا أن نعترف له بالقيمة القانونية من قبل أعضاء الناتو، فهو ليس مرتبط بالميثاق طبقاً للمادة 103 التي تقضي بأن الالتزامات التي يرتبط بها أعضاء "الأمم المتحدة" وفقاً لحكام الميثاق إذا تعارضت مع أي التزام دولي آخر يرتبطون به، فالعبرة بالالتزامات المترتبة على هذا الميثاق، فالاعتراف لجهاز مستقل عن الأمم المتحدة بسلطة ممارسة نشاطاتها بصورة مستقلة، من شأنه أن يجعل من الميثاق نص دون فعالية في الوقت الذي ستمكن فيه كل جماعة خاصة من الدول أن تبرر وتستعمل الحق في التدخل العسكري.<sup>2</sup>

وخلاصة القول فإن الناتو كان منظمة دفاع مشترك أنشأت لمواجهة العدو السوفيتي، وأصبحت منظمة أمن مشترك تهتم بحفظ الأمن الإقليمي أو الدولي.

إن هذه الإشكالية تكشف ضرورة توضيح مسألة التمييز بين التحالفات العسكرية والمنظمات الإقليمية، كما جاء في المادة 52 من الميثاق والتي ما تزال غامضة والتي ما تزال غامضة فالدفاع المشترك والأمن المشترك بالإمكان مزجها إذا لم يكن هناك خلط بين المفهومين فمهمة التحالفات هو ضمان الحماية المشتركة للمصالح الوطنية أم منظمات الأمن المشترك فهي تعطي الأولوية للمصالح العامة للأمن.

**المطلب الثالث: مدى شرعية تدخل الدول والمنظمات في ليبيا:**

في ضوء المآسي الإنسانية التي تحدث للشعب الليبي من قبل النظام الحاكم أصدر مجلس الأمن قرارين ذلك لكي يتخذ الإجراءات اللازمة لإنقاذ الشعب الليبي من الانتهاكات الخطيرة التي تمارسها الحكومة الليبية ضد الشعب الليبي، حيث فوض مجلس الأمن استخدام القوة في ليبيا لحماية المدنيين من الاعتداءات وخصوصاً في مدينة بنغازي، التي هدد القذافي بدخولها لإنهاء الانتفاضة ضد نظامه، وبموجب الفصل السابع من الميثاق الذي يسمح باستخدام القوة إذا لزم الأمر، اعتد المجلس القرار رقم 1973: "باتخاذ كل التدابير اللازمة لحماية المدنيين والمناطق المأهولة بالمدنيين والمهددة في ليبيا بما في ذلك بنغازي، مع التشديد على ألا ينتج عن الوسائل التي يجيز القرار اللجوء إليها من أجل ذلك أي شكل من أشكال الاحتلال لأي جزء من الأراضي الليبية، وقد جاء التصويت بأغلبية عشرة أصوات وامتناع خمسة دول عن التصويت هي روسيا والصين والهند والبرازيل وألمانيا، وينص القرار الجديد على فرض حظر على جميع الرحلات الجوية في المجال الجوي للبيبا، ويستثنى الحظر الرحلات ذات الأغراض الإنسانية كإيصال المساعدات والإمدادات الطبية والأغذية والعاملين في المجال الإنساني، ويطلب القرار من الدول المعنية التعاون مع جامعة الدول العربية وبالتنسيق مع الأمين العام بشأن تنفيذ هذا الحظر، كما يطلب القرار من جميع الدول الأعضاء خاصة دول المنطقة ضمان التنفيذ الصارم لحظر توريد الأسلحة المنصوص عليه في القرار 1970، بتفتيش السفن والطائرات المتجهة إلى ليبيا أو القادمة منها، وينص القرار أيضاً على تجميد الأصول بموجب القرار 1970 على جميع الأموال والأصول التي يمتلكها نظام القذافي أو من يعملون معه،<sup>3</sup> بحيث فوض مجلس الأمن تنفيذ هذين القرارين للدول والمنظمات وهما سيضفي الشرعية على تدخل الدول والمنظمات في ليبيا وذلك لحماية حقوق الإنسان، لأن مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية رغم أنه قاعدة آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، لكن في نفس الوقت

<sup>1</sup> أنظر، مسطار كهينة، مرجع سابق، ص 76.

<sup>2</sup> أنظر، لخميسي شيببي: "الأمن الدولي، والعلاقة بين منظمة حلف الشمال الأطلسي والدول الغربية فترة ما بعد الحرب 1991 - 2008"، المكتبة المصرية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2009، ص 131.

<sup>3</sup> Cf : <http://arabic.AUVR-RU/2011/02/27/46399987/html>

تحدث عن إمكانية التدخل في إطار الفصل السابع، فالممارسة الدولية تثبت أن فكرة السيادة المرنة هي السائدة خاصة في إطار حقوق الإنسان أين تعلقو حماية الفرد على سيادة الدولة،<sup>1</sup> إن الحظر التدخل في المسائل التي تعد من صميم الاختصاص الداخلي والمنصوص عليه في المادة 7/2 من الميثاق،<sup>2</sup> قد ثار الجدل حول حصر المسال التي تدخل في نطاق هذا الاختصاص، بحيث أصبحت حقوق الإنسان وحرياته لا تعد من صميم الاختصاص الداخلي للدولة وذلك لتعدي آثارها إلى خارج حدود الدولية.<sup>3</sup>

وهو ما أكدته محكمة العدل الدولية في قرارها الاستشاري لسنة 1971 بشأن استمرار حكومة جنوب إفريقيا غير المشروع في نامبيا، وبمناسبة مناقشتها لهذه القضية خلصت: " أن ميثاق الأمم المتحدة يفرض على الدول الأعضاء التزامات قانونية فيما يتعلق بالأمور ذات الصلة بحقوق الإنسان وتأسيسا على ذلك يكون إخلال العضو الممثل في عدم الوفاء بهذه الالتزامات سندا يسوغ للأمم المتحدة من خلال أجهزتها المختصة سلطة التدخل بشكل المناسب." وهذا ما أتاح الفرصة لمؤيدي حق التدخل الإنساني أن يوسعوا من مفهوم المادتين 55 و 56 من الميثاق انطلاقا مما توصلت إليه المحكمة، وهو أن حماية حقوق الإنسان أصبحت من صميم المجتمع الدولي.<sup>4</sup> إن تلائم وشرعية قرارات مجلس الأمن حول إمكانية استعمال القوة من أجل لحث على تنفيذ القرارات الصادرة من مجلس الأمن من طرف الناتو يجب أولا معرفة أن اللجوء لاستعمال القوة يجب أن يخصص في الحالات أو الظروف المقررة في المادة 39 من الميثاق والتي نجدها في الفصل السابع منه، إذا ربطنا هذه المادة مع الفصل الثامن والذي يبين لنا مدى أهمية التعاون بين منظمة الأمم المتحدة والاتفاقيات أو المنظمات الإقليمية والتي من شأنها أن تقدم مساعدات لا يستهان بها خاصة إذا عملت بصورة تتماشى ومبادئ مقررة في الميثاق كما جاء في الفقرة الأولى من المادة 52 فإننا نستنتج وفي هذا الإطار أن ديباجة اتفاق شمال الأطلسي تنص: " إن الأطراف في هذا الاتفاق تؤكد مرة أخرى ثققتها في أهداف ومبادئ الأمم المتحدة وفي واجب التعايش السلمي مع كل الشعوب والحكومات." وبقراءة هذه العبارة يمكن فهم أن كل الأعمال التي من شأن الناتو مباشرتها وخاصة منها المتعلقة بضمان الأمن يجب أن تجري في إطار مبادئ وأهداف الأمم المتحدة.

إن الغارات الجوية تشكل دون شك مشكل تناسقها وتطابقها مع المبادئ الأساسية المنصوص عليها في ميثاق الأمم المتحدة وخاصة منها مبدأ عدم اللجوء للقوة، فالمادة 4/2 لم تنص على تحريم مطلق لاستعمال القوة، لكن فرضت على الدول التي من شأنها أن تلجأ إلى مثل هذه الوسائل أن تبين مدى تطابق هذا السلوك مع أهداف الأمم المتحدة، فالأمين العام قد أكد على ضرورة التحصل على تفويض من مجلس الأمن وهذا وفقا للمادة 1/53 التي تؤكد على ضرورة حصول المنظمات الإقليمية التي تلجأ للعمليات العسكرية على تصريح من مجلس الأمن. إن المادة 4/2 تدرج استثناء على مبدأ استعمال القوة عندما يتعلق الأمر بالعمل على تحقيق أهداف الأمم المتحدة المنصوص عليها في المادة 1، المادة 53 تخضع العمليات العسكرية التي تسعى لتحقيق هذه الأهداف والسهر

<sup>1</sup> أنظر، هبة بوبكر الدين: " التدخل الإنساني دراسة حالة الصومال"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2008، ص 29.

<sup>2</sup> أنظر، أحمد الرشيد: " حقوق الإنسان دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق"، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2003، ص 266.

<sup>3</sup> أنظر، حسين حنفي عمر: " التدخل في شؤون الدول بذريعة حماية حقوق الإنسان"، النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2005، ص 26.

<sup>4</sup> أنظر، أحمد عبد الله أبو العلا، مرجع سابق، ص 161.



على احترامها إلى تصريح مسبق من مجلس الأمن، مكرسة بذلك المسؤولية الأساسية والاختصاص الرئيسي الذي يتمتع به هذا الجهاز.<sup>1</sup>

ونجد حلف الناتو قد اعتمد عملية عسكرية وذلك لتنفيذ القرارين 1973، 1970 بتصريح من مجلس الأمن.

الخاتمة:

إن حماية حقوق الإنسان في الوقت الحاضر تعتبر من أسمى أهداف المنظمة وخاصة بعد أن ظهرت معالم الصلة بين احترام حقوق الإنسان وحفظ السلم والأمن الدوليين الذي يعتبر الهدف الأساسي لإنشاء المنظمة قد تبين لنا أن الأمم المتحدة تجرّد من الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان خرقاً لأهدافها، وبالتالي فإن هذا الخرق يعد مبرراً كافياً للتدخل في الشؤون الداخلية للدولة المنتهكة لحقوق الإنسان وذلك لإيقاف الخروقات والانتهاكات دون الاعتداء على السلطان الداخلي للدولة<sup>2</sup> وهو ما تبين في الأزمة الليبية أن أسباب ومبررات التدخل فيها كانت إنسانية لذلك أستطاع مجلس الأمن أن يحرك سلطاته. وبالتالي يتعين على الدول من أجل الحفاظ على أسس الديمقراطية الدولية، الالتزام بقواعد القانون الدولي والإحجام عن استخدام القوة وكل ما من شأنه انتهاك أو تعريض سيادة الدول وسلامتها السيادية أو الإقليمية للحظر، واتخاذ الخطوات اللازمة لتسوية خلافاتها بالطرق السلمية.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> أنظر، مسطار كهينة، مرجع سابق، ص 81 - 82.

<sup>2</sup> أنظر، عبد الفتاح عبد الرزاق محمود، مرجع سابق، ص 386.

<sup>3</sup> أنظر، محمد غازي ناصر اللجنابي، مرجع سابق، ص 364.

## أثر الممارسات المخالفة للتجارة على فاعلية حماية المستهلك



ديب محمد باحث في القانون الخاص

جامعة وهران - الجزائر الشقيقة -

مقدمة :

عمد المشرع إلى تنظيم المحيط التجاري بما يتناسب مع التحولات التي تشهدها البلاد، خاصة مع الانفتاح التي تشهدها السوق الداخلية، وكذا انتعاش القطاع الخاص.

ولما كانت المنافسة الحرة تزيد من الفعالية الاقتصادية، فإنه لم يمتنع بعض المتعاملين الاقتصاديين عن مباشرة بعض الأعمال والممارسات أو الأنشطة المخالفة للقوانين والأعراف التجارية، وكل سلوك مماثل ينجر عنه بالضرورة الإضرار بالمنافسة، الأمر الذي لا يمكن إلا أن ينعكس سلبا على المستهلك باعتباره طرفا في العلاقة الاستهلاكية، أكثر من ذلك فإن المستهلك يعتبر بمثابة الشخص الذي تقوم المنافسة لسببه، سواء تعلق الأمر بسلع أو خدمات فإنه الهدف الذي يسعى العون الاقتصادي للوصول إليه بكافة السبل.

إن البحث عن هذا الموضوع يكون من خلال ما جاء به القانون رقم 02/04 والقانون 03/03 المتعلق بالمنافسة. وإن كان هذا الأخير جاء لينظم العلاقة فيما بين الأعوان الاقتصاديين لكن المخالفات التي ترد على قواعده لا تمنع من المساس والإضرار بالمستهلك.

**المبحث الأول : مخالفة قواعد شفافية ونزاهة الممارسات التجارية.**

بالرجوع إلى القانون رقم 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية فإنه يعتبر أن كل ممارسة تخالف أحكام الباب الثاني منه ممارسة مخالفة لشفافية الممارسة التجارية، كما بين المخالفات التي تمس بنزاهة الممارسات التجارية في الباب الثالث منه.

**المطلب الأول : مخالفة قواعد شفافية الممارسات التجارية.**

تتطلب حماية المستهلك من المخالفات التجارية الناتجة عن عدم احترام قواعد شفافية الأنشطة التجارية، حماية هذا الأخير من كل ممارسة يمكن أن تمس بإرادته، أو تقلل من خياراته، أو تبتز حقوقه على ضوء ما هو آت :

## الفرع الأول: عدم الإعلام بالأسعار والتعريفات.

يعتبر الإعلام بالأسعار شرط ضروري لشفافية السوق وكذا المنافسة.<sup>1</sup>

تنص المادة 04 من القانون رقم 02/04 على أنه: "يتولّى البائع وجوباً إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات وبشروط البيع" أما المادة 05 من نفس القانون فإنها تنصّ على أنه: "يجب أن يكون إعلام المستهلك بأسعار وتعريفات السلع والخدمات عن طريق وضع علامات أو رسم أو معلقات أو بآية وسيلة أخرى مناسبة، يجب أن تبيّن الأسعار والتعريفات بصفة مرئية ومقروءة".

وعليه جاء المشرّع بمفهوم عام للطرف الذي يجب أن توجّه له سعر السلع والخدمات، الأمر الذي يحتمل أن يشمل كلّ من المستهلك والعمول الاقتصادي.

أولاً: الحالة التي يكون فيها الزبون مستهلك.

في هذه الحالة يكون حقّ المستهلك في معرفة سعر السلع والخدمات أمر وجوبي يخضع له البائع حتى وإن لم يطلب منه ذلك.

إذن فالشفافية الاقتصادية في هذا الصدد تكمن في توفير المعلومات الأساسية في كلّ وقت للمستهلك عن الأسعار، وغيابها يحدث عدم التوازن في السوق<sup>2</sup> فإشهار الأسعار يلعب دوراً هاماً في التأثير على قرار الشراء لدى المستهلك نظراً لتأثر هذا الأخير بالمركز المالي الذي يتمتع به، وعدم إظهارها قد يزيد من فرص احتيال البائع على المستهلك ولا يؤدي إلى ضمان شفافية السوق وكذا حرية المنافسة.<sup>3</sup>

ثانياً: الحالة التي يكون فيها الزبون عون اقتصادي.

تنصّ المادة 07 فقرة 01 من القانون رقم 02/04 على أنه: "يلزم البائع في العلاقات بين الأعوان الاقتصاديين بإعلام الزبون بالأسعار والتعريفات عند طلبها"، وعليه إذا كان الإعلام بالأسعار واجب عند التعامل مع المستهلك فإنها تكون كذلك بين المتعاملين الاقتصاديين متى طلبت من البائع، أمّا عن الطريقة التي يمارس بها إعلان هذه الأسعار فقد نصّت الفقرة 02 من نفس المادة السابقة على أنه: "ويكون هذا الإعلام بواسطة جداول الأسعار أو النشرات البيانية أو دليل الأسعار أو بآية وسيلة أخرى ملائمة مقبولة بصفة عامّة في المهنة".

يعود سبب التطرّق للحالة التي يكون فيها الزبون عون اقتصادي لعدّة أسباب أهمّها:

I. حماية هذا الزبون من التلاعب بالأسعار حتى لا يلجأ هذا الأخير بدوره إلى رفع الأسعار عند تعامله مع المستهلك.

II. في بعض الأحيان التعامل الذي يبرمه عون اقتصادي مع غيره من الأعوان خارج نشاطه الاعتيادي أو يتصرّف لغايات شخصية يجعله مستهلكاً في مواجهة البائع، وبالتالي يتمنّع بالحماية المقرّرة في قانون حماية المستهلك.

أمّا عن العقوبة المقرّرة عن عدم الإعلام بالأسعار والتعريفات تعتبر جنحة معاقب عليها بموجب المادة 31 من القانون رقم 02/04.

## الفرع الثالث: عدم الإعلام بشروط البيع.

تلزم المادة 08 من القانون 02/04 البائع أن يخبر المستهلك بشروط البيع الممارس قبل اختتام عملية البيع، ويبطل كلّ شرط يقبل المستهلك بتحمّله متى كان مخالفاً للقانون، وقد نصّ المشرّع على جملة من الشروط التي يجب

<sup>1</sup> Yves Guyon, Droit des affaires, tome 01, 8eme édition economica, paris, 1994, P 949.

<sup>2</sup> BIOLAY Jean-Jacques, Transparence tarifaire et pratiques relatives aux prix, Fasc. 286, n°11, L'exis- nexis, 2005, P 08.

<sup>3</sup> BIOLAY Jean-Jacques, op.cit, P 09.

على المحترف أن يبادر بها اتجاه المستهلك قبل التعاقد في المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.<sup>1</sup>

بالرجوع إلى القواعد العامة فإنه إذا ما تمّ العقد دون بيان لشروط البيع فإنه يكون قابلاً للإبطال لوجود عيب من عيوب الرضا على أساس عدم العلم بشروط البيع أو عدم علمه علماً كافياً بالمبيع.<sup>2</sup>

هذا وكثيراً ما يلجأ بعض المحترفين في علاقتهم مع المستهلك إلى وضع بعض الشروط التعسفية والتي تخفى عليه نظراً لعدم إعلامه بشروط البيع.

وتعرّف الشروط التعسفية طبقاً للمادة 03 فقرة 05 من القانون 02/04 أنها: "كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركاً مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

هناك معياران لتحديد الشرط التعسفي، أحدهما اقتصادي وهو تعسف النفوذ الاقتصادي، ومعيار آخر قانوني وهو الميزة الفاحشة، وكليهما يستند إلى مفهوم عدم التوازن بين الحقوق والالتزامات.

وقد أورد المشرع بعض الشروط التعسفية على سبيل المثال لأول مرة في المادة 29 من القانون 02/04 كما نصّت المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 على عدة بنود تعتبر تعسفية.

وعليه حماية لرضا المستهلك من كل عيب، لا بدّ على المحترف أن يضع في علم المستهلك كافة شروط البيع، وأن تكون إرادته حرة خالية من كل عيب، وتكون بمنأى عن الممارسات التعسفية العدوانية الصادرة عن المتعاقد الآخر التي تحول دون مناقشة بنود العقد أو التفاوض بشأن شروطه.<sup>3</sup>

#### الفرع الثالث: عدم الفوترة.

تنصّ المادة 10 من القانون رقم 02/04 على أنه: "يجب أن يكون كل بيع سلع، أو تأدية خدمات بين الأعوان الاقتصاديين مصحوباً بفاتورة.

يلزم البائع بتسليمها ويلزم المشتري بطلبها منه، وتسلم عند البيع أو عند تأدية الخدمة. يجب أن يكون البيع للمستهلك محل وصل صندوق أو سند يبرر هذه المعاملة، ويجب أن تقدّم الفاتورة إذا طلبها الزبون".

ففي هذه المادة نصّ صريح على إجبارية تقديم الفاتورة في العلاقات المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين، وكذلك تقديمها لفائدة المستهلك لعل أهمها تكمن في أن:

<sup>1</sup> مرسوم تنفيذي رقم 06-306 مؤرخ في 17 شعبان 1427هـ الموافق لـ 10 سبتمبر 2006م يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج.ر عدد 56 الصادرة في 11 سبتمبر 2006 معدّل ومتمّم بالمرسوم التنفيذي رقم 44/88 ج.ر عدد 07 الصادرة في 10 فبراير 2008.

<sup>2</sup> تنصّ المادة 352 من التقنين المدني: "يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه".

<sup>3</sup> عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004 ص 46.

أولاً : الفاتورة وسيلة لشفافية المعاملات التجارية.

تكمن هذه الشفافية في حماية حقوق الأعوان الاقتصاديين بعضهم بعضا من خلال معرفة حقوقهم، ومن جهة أخرى تقوم بإعلام المستهلك عن كافة التحصيلات والرسوم وكذا المبالغ التي دفعها أو التي سيدفعها إذا كان البيع تم عن طريق قرض الاستهلاك الذي يكون فيه الدفع مقسّطا أو مؤجّلا أو مجزّأ.<sup>1</sup>

ثانيا : الفاتورة وسيلة لإثبات المعاملات التجارية.

بالرجوع للمادة 30 من التقنين التجاري فإنها تنصّ على أنه: " يثبت كلّ عقد تجاري: I... II... III بفاتورة مقبولة" فيمكن أن يقدمها صاحبها ويحتجّ بها ما لم يطعن فيها بالتزوير، وبالرجوع لنصّ المادة 226 من قانون الجمارك<sup>2</sup> فإنه يشترط تقديم فواتير الشراء أو سندات تسليم أو أي وثيقة أخرى لإثبات حيازة البضائع بصورة مشروعة، ونفس الموقف اتخذته المحكمة العليا في قرارها الصادر سنة 2004.<sup>3</sup>

ثالثا : الفاتورة وسيلة للمحاسبة.

تلعب الفاتورة دورا أساسيا في مساعدة التجار في القيام بالعمليات الحاسبية للأنشطة التي أبرمت فيجب الاحتفاظ بالفاتورة طبقا للمادة 09 من التقنين التجاري وتعتبر الفاتورة عنصر حيوي بالنسبة للإدارة الجبائية وكذا المؤسسات لمعرفة مركزها المالي.<sup>4</sup>

فالفاتورة أهمية بالغة في إثبات شفافية الممارسات التجارية، إذ تمكن المستهلك من معرفة السعر الذي تمّ البيع به وكذا معرفة شروط البيع بعيدا عن كلّ عمل ناتج عن ممارسات غير شرعية أو تدليسية مخالفة لمبادئ المنافسة الحرة والنزيهة.

المطلب الثاني : مخالفة قواعد نزاهة الممارسات التجارية.

إنّ نزاهة الممارسات التجارية لا يمكن التوصل إليها أو تحقيقها إلا من خلال :

احترام الأنظمة والقوانين المنظمة للسوق بما يسمح باستقرار الأسعار وتحسين العرض.

احترام سيادة المستهلك في جسمه وماله.

وستنطبق إلى بعض الصور من المخالفات التي تمسّ بنزاهة الممارسات التجارية.

الفرع الأول : الممارسات التجارية غير الشرعية.

بالرجوع لأحكام المواد 14 إلى 18 من القانون رقم 02/04 نجد المشرع أدرج ضمن الممارسات التجارية الأنشطة

التالية :

<sup>1</sup> تعرّف المادة 03 فقرة 20 من قانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغشّ أن: "قرض الاستهلاك: كلّ عملية بيع للسلع أو الخدمات يكون فيها الدفع مقسّطا أو مؤجّلا أو مجزّأ".

<sup>2</sup> قانون رقم 79-07 المؤرخ في 26 شعبان عام 1399هـ الموافق لـ 21 يوليو سنة 1979م المعدل والمتمم بالقانون رقم 98-10 المؤرخ في 29 ربيع الثاني عام 1419هـ الموافق لـ 22 غشت 1998م والمتضمن قانون الجمارك، ج.ر عدد 61 لسنة 1998.

<sup>3</sup> إذا اعتبرت عدم الفوترة جريمة تدرج ضمن جرائم التهريب في حالة حيازة بضاعة، قرار رقم 287833 مؤرخ في 06/04/2004، المجلة القضائية، عدد 02، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2006، ص 481.

<sup>4</sup> ETIENNE Wery, facture monnaie et paiement électroniques, édition Juris classeur.paris, 2003, P 04.

أولاً: مزاولة نشاط تجاري دون اكتساب الصفة.

تعتبر معرفة صفة الطرف الذي يتعامل معه المستهلك ذا أهمية كبيرة، إذ يمكن الرجوع عليه<sup>1</sup>، وتباشر هذه الأنشطة كل حسب ما يفرضه القانون<sup>2</sup> إما كالقيد في السجل التجاري<sup>3</sup> أو الترخيص<sup>4</sup> أو الاعتماد.<sup>5</sup>

ثانياً: رفض البيع أو أداء الخدمة.

يحمي القانون المستهلك من كل رفض بيع لسلعة أو خدمة دون مبرر شرعي متى كانت معروضة للبيع<sup>6</sup> وتتشابه وتتشابه هذه الصورة التي ترد على الممارسات التجارية بتلك المنصوص عليها في المادة 11 من الأمر رقم 03/03 المعدل والمتمم بالقانون رقم 12/08 المتعلق بالمنافسة والتي تتمثل في التعسف الناتج عن استغلال وضععية التبعية في العلاقات بين الأعوان الاقتصاديين.

وهذه المخالفة معاقب عليها بغرامة مالية من مئة ألف دينار (100.000 دج) إلى ثلاث ملايين دينار (3.000.000 دج).<sup>7</sup>

ثالثاً: البيع أو أداء الخدمة بشروط.

هناك نوعان من البيع أو أداء الخدمة بشروط وهما:

البيع أو أداء الخدمة المشروط بمكافأة مجانية، وهي ممنوعة بنص المادة 16 من القانون 02/04.

البيع أو أداء خدمة مشروط بشراء كمية أو منتج أو خدمة أخرى، وهي الأخرى ممنوعة بنص المادة 17 من القانون 02/04.

وهذا العمل هو الآخر يشكل جنحة معاقب عليها بنص المادة 35 من القانون 02/04.

رابعاً: البيع المقرون بشروط تمييزي.<sup>8</sup>

يعتبر من قبيل المنافسة غير المشروعة تلك الممارسات التي تكون فيما بين الأعوان الاقتصاديين والمنصوص عليها في المادة 18 من القانون 02/04، حيث تودّي إلى ممارسة نفوذ على العون الاقتصادي وذلك بأن يحصل على ميزات لا يحصل عليها عون آخر سواء تعلّق الأمر بالأسعار أو آجال الدفع أو شروط البيع.

وعليه فإذا كانت هذه الممارسات ترد على العلاقات بين الأعوان الاقتصاديين فإنها تنعكس سلباً على المستهلك، باضطراب الأسعار وكذا صعوبة التمويل.

<sup>1</sup> انظر قانون رقم 08/04 مؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1425هـ الموافق لـ 14 أوت 2004م، يتعلّق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، ج.ر عدد 52 الصادرة سنة 2004.

<sup>2</sup> المادة 14 من القانون 02/04: "يمنع على أي شخص ممارسة الأعمال التجارية دون اكتساب الصفة التي تحددها القوانين المعمول بها".

<sup>3</sup> المادة 04 من قانون رقم 08/04 مؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1425هـ الموافق لـ 14 أوت 2004م، يتعلّق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، ج.ر عدد 52، سنة 2004.

<sup>4</sup> راجع المرسوم التنفيذي رقم 97-254 مؤرخ في 1997/07/08 المتعلّق بالرخص المسبقة لإنتاج المواد السامة أو التي تشكل خطراً من نوع خاص واستيرادها، ج.ر عدد 46، سنة 1997، وانظر المادة 197 من قانون رقم 13/08 مؤرخ في 20 يوليو 2008 يعدّل ويتمّم القانون رقم 05/85 المؤرخ في 16 فبراير 1985 المتعلّق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر عدد 4 الصادرة في 03 غشت 2008.

<sup>5</sup> راجع المادة 204 من الأمر رقم 95-07 المتعلّق بالتأمين.

<sup>6</sup> انظر المادة 15 من القانون رقم 02/04.

<sup>7</sup> مضمون المادة 35 من القانون رقم 02/04.

<sup>8</sup> يعود ظهور البيع التمييزي لأول مرة في القانون الفرنسي الذي منع هذا البيع بموجب القانون الصادر في 27 ديسمبر 1937 وكذا الأمر الصادر في 01 ديسمبر 1968.

## الفرع الثاني: ممارسة أسعار غير شرعية.

لقد تطرّق المشرّع لهذا النوع من الممارسات التجارية من خلال المواد 22 و 23 من القانون رقم 02/04، حيث تعتبر من قبيل الممارسات غير الشرعية كلّ من:

– رفع أو خفض الأسعار المقننة.

– تزييف تكلفة السلع والخدمات.

الأصل في السعر أنّه متروك تحديده لقواعد المنافسة في السوق، حيث يتمّ تحديده بصفة حرّة بعيداً عن كلّ قيد أو شرط وهذا ما تؤكّده المادة الرابعة من قانون المنافسة.

استثناء عن مبدأ حرّية تحديد الأسعار، فإنّه يمكن أن تتدخل الدولة من أجل تحديد أو تقييد بعض أسعار السلع أو الخدمات نظراً لما تكتسي هذه الأخيرة من طابع استراتيجي وهذا حماية للمصالح الاقتصادية للمستهلك، فمما لا شكّ فيه أنّ المشرّع لا يجري على تجريم تصرفات معينة إلاّ إذا كانت ضارّة.<sup>1</sup>

## الفرع الثالث: الممارسات التجارية التدليسية.

تعتبر ممارسات تجارية تدليسية كلّ أعمال من شأنها المساس بشفافية الممارسات التجارية وبالتالي فهي ممارسات غير نزيهة، وهذه الممارسات نصّ القانون رقم 02/04 عليها وذلك في الفصل الثالث من الباب الثالث منه تحت عنوان الممارسات التجارية التدليسية، وتمثل هذه الجنحة في صورتين:

أولاً: القيام بالممارسات المنصوص عليها في المادة 24 من القانون 02/04.

تنصّ المادة 24 من القانون 02/04 أنّه: "تمنع الممارسات التجارية التي ترمي إلى:

– دفع أو استلام فوارق مخفية للقيمة.

– تحرير فواتير وهمية أو فواتير مزيفة.

– اتلاف الوثائق التجارية أو المحاسبية وإخفائها أو تزويرها قصد إخفاء الشروط الحقيقية للمعاملات التجارية".

## ثانياً: حيازة مواد مخالفة للمادة 25 من القانون 02/04.

تعتبر ممارسات تدليسية طبقاً لأحكام المادة 25 كلّ حيازة لـ:

– "منتجات مستوردة أو مصنّعة بصفة غير مشروعة.

– مخزون من المنتجات بهدف تحضير الارتفاع غير المبرّر للأسعار.

– مخزون من المنتجات خارج موضوع تجارتهم الشرعية قصد بيعه."

وفي كلّ هذا حماية للمستهلك وموافقة لنصوص قانون الاستهلاك وقمع الغشّ، بمنع التلاعب بالأسعار وضمنان مطابقة المنتجات، ومنع لغشّ المستهلك بمنتجات مقلّدة ومزوّرة من حيث العلامة التجارية، أو ضارّة.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> آيت مولود سامية، خصوصية الجريمة الاقتصادية في ضوء قانوني المنافسة والممارسات التجارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص 32.

<sup>2</sup> انظر قرار رقم 286391 مؤرّخ في 25/06/2008، المجلة القضائية، العدد 01، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2003، ص 269، والمتعلّق بالمنتجات غير الشرعية، المقلّدة والمزوّرة من حيث العلامة التجارية.

## الفرع الرابع: ممارسة أعمال المنافسة غير المشروعة.

يقتضي التطرق لموضوع حماية المستهلك من الأنشطة التجارية غير المشروعة دراسة لأعمال المنافسة غير المشروعة والتي خصّص لها المشرّع فصلا كاملا تحت عنوان "الممارسات التجارية غير النزيهة"، ونعرض بعض صورها المنصوص عليها في المادتين 27 و28 من القانون 02/04.

أولا: الأعمال التي من شأنها إحداث الخلط واللبس.

تعدّ هذه الوسيلة أقدم الوسائل المؤدية إلى إحداث خلط أو لبس بين المنتجات والمشاريع، بحيث يستفيد المنافس من رواج وسمعة وملاءمة المؤسسة المنافسة، ويحاول استغلال هذا الوضع لصالحه عن طريق ما يحدثه من خلط لدى الجمهور المتعامل معه وعدم تمييزهم ومعرفتهم بأنهم يتعاملون مع بضاعة ومنتج آخر غير الذي ألفوا التعامل معه.<sup>1</sup>

ثانيا: الأعمال التي من شأنها عرقلة نشاط مؤسسة منافسة.

تعتبر كذلك من قبيل المنافسة غير المشروعة كلّ ممارسة تؤدي إلى الإضرار بالمنافسين في السوق، ولا تهمّ الوسيلة أكثر من النتيجة، ومن الأمثلة التي ذكرها المشرّع في المادة 27 فقرة 05، 6، 7 من القانون رقم 02/04 نجد إغراء المستخدمين أو الاستفادة من الأسرار المهنية نتيجة الإطلاع عليها أو ضرب الشبكة الإنتاجية لمؤسسة ما.<sup>2</sup>

ثالثا: الأعمال التي من شأنها بث الاضطراب في السوق.

قد ينتحل التاجر ألقابا أو صفات لا وجود لها قصد اجتذاب العملاء، كما قد يبيع السلع بتخفيض كبير أو خسارة من أجل اجتذاب عملاء الغير.<sup>3</sup>

تبقى حالة الاضطراب في السوق حالة يصعب تحديدها، نظرا لكثرة الوسائل التي يتم اللجوء إليها، ومساسها بكلّ المتواجدين في السوق بما فيهم التجار والمستهلكين.

رابعا: ممارسة إشهار تضليلي.

تتنوّع صور الإشهار التضليلي ولا يمكن حصرها نظرا لتنوّع الوسائل والطرق التي تمارس بها الأمر الذي دفع بالمشرّع إلى إعطاء أمثلة منها في المادة 28 من القانون 02/04.

وعليه كأصل عام فالدعاية أو الإشهار يعتبر مشروعاً ما دام أنّه يؤثّر تأثيراً إيجابياً في عقيدة المستهلك.<sup>4</sup>

## المبحث الثاني: حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة.

إنّ لجوء الأعوان الاقتصاديين إلى اتّخاذ بعض الأساليب لبسط نفوذهم في السوق، وكذا تحقيق الربح السريع على حساب المستهلك بالدرجة الأولى أو على حساب الأعوان الاقتصاديين الآخرين دفع المشرّع إلى اتّخاذ التدابير اللازمة لوقف هذه الأعمال غير الشرعية.

<sup>1</sup> إلهام زعموم، حماية المحلّ التجاري، دعوى المنافسة غير المشروعة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003-2004، ص 64.

<sup>2</sup> توات نور الدين، الجمعيات وقانون المنافسة في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001-2002، ص 176 وما بعدها، راجع أيضا:

SERRA YVES, Concurrence interdite, concurrence déloyale et parasitisme, panorama, 2004-2005, recueil dalloz, n°35, 2005, P2454-2455.

<sup>3</sup> عز الدين ناصوري، عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الخامسة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996 ص 1318-1319.

<sup>4</sup> كجار زاهية حورية (سي يوسف)، المسؤولية المدنية للمنتج (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص 132.



**المطلب الأول : الاتفاقات المقيّدة للمنافسة وحالات التعسّف.**

نعالج في الفرع الأوّل الاتفاقات المقيّدة للمنافسة، بينما يكون الفرع الثاني دراسة لحالات التعسّف، كلّ ذلك في إطار علاقة ذلك بالمستهلك وقانون الاستهلاك وقمع الغشّ.

**الفرع الأوّل: الاتفاقات المقيّدة للمنافسة.**

تنصّ المادة 06 من القانون رقم 12/08 المتعلّق بالمنافسة على حضر هذه الاتفاقات، لكنّ تطبيق نصّ هذه المادّة يثير الكثير من الإشكالات، إذ لا بدّ من توفرّ شروط معيّنة حتى نعتبر اتّفاق محضور، وإلاّ فيعتبر مساسا بجرّية أعمال الأعوان الاقتصاديين في مزاولة نشاطهم، ومن جملة الشروط التي يجب توافرها حتى يمكن لمجلس المنافسة من متابعة ومعاينة مرتكبيها الآتي :

**أوّلا : شرط الاتّفاق (L'entente).**

يقصد بالاتّفاق تبني خطة مشتركة بين مجموعة من الأعوان الاقتصاديين تهدف إلى الإخلال بجرّية المنافسة داخل سوق واحدة للسلع والخدمات، ولا يقوم الاتّفاق في غياب هذا الشرط<sup>1</sup>، وفي السماح بهذا تضيق على المستهلك وسلب لحقوقه وحرّيته في الاختيار.

**ثانيا : الإخلال بالمنافسة.**

فالاتّفاق من حيث موضوعه قد يكون منصبا على تقييد المنافسة في مجال الإنتاج أو التجارة أو أداء الخدمات بما فيها تلك التي يقوم بها الأشخاص العمومية أو الجمعيات، وسواء تمّ تقييد المنافسة على الصعيد الأفقي أم العمودي.<sup>2</sup>

وبالرجوع للقانون الفرنسي نجد أنه سمح للأجهزة المكلفة بمتابعة الأنشطة الاقتصادية في السوق سلطة البحث عن مدى تأثير الاتّفاقات على المنافسة، فنجد المديرية العامة للمنافسة والاستهلاك وقمع الغشّ (DGCCRF) كحارس للعملية التنافسية في كلّ المجالات.<sup>3</sup>

**ثالثا : العلاقة السببية بين الاتّفاق والإخلال بالمنافسة.**

يعتبر عنصر السببية من الأمور التي تساعد مجلس المنافسة على معرفة اتّجاه إرادة المتعاقدين المتعاملين الاقتصاديين، فمتى ثبت وجود عرقلة لحرّية التجارة في السوق أو أدّى ذلك الاتّفاق إلى المساس ولو بجزء جوهري في السوق فهو دليل على تحقق شرط الاتّفاق المعاقب عليه<sup>4</sup>، الأمر الذي قد يثير مخاوف المتعاملين الاقتصاديين عند إبرام الاتّفاقات فيما بينهم حتى ولو كان غرضها مشروع، ولذلك فالسلطة المكلفة بالمتابعة هي التي يجب عليها إثبات الممارسات، وهذا المبدأ تقليدي في قانون العقوبات ونقل إلى مجال تطبيق قانون المنافسة رغم أنّ هذا القانون ليس ذا طابع جنائي.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> SAIDI Abdelmadjid, présentation des pratiques anticoncurrentielles leurs contrôles et leurs sanctions, page 03, voir site : [www.ministereudcommerce.gov.dz](http://www.ministereudcommerce.gov.dz), vois aussi :

BOUTARD-Labarde, MARIE Chantal, CAVINET Guy, droit Français de la concurrence L.G.D.I, Paris, 1994, P 120

<sup>2</sup> كتو محمد الشريف، حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة، مجلة الإدارة، العدد 23، 2002 ص 59.

<sup>3</sup> Elle surveille le jeu de la concurrence dans tous les domaines de la commande publique : marchés publics, délégations de service public, contrats de partenariat, Elle contribue à l'activité contentieuse du réseau européen de la concurrence. Elle accompagne l'ouverture des marchés de l'électricité du gaz, des transports aux particuliers, voir site : [www.dgccrf.bercy.gouv.fr](http://www.dgccrf.bercy.gouv.fr)

<sup>4</sup> عماري بلقاسم، مجلس المنافسة، مذكرة تخرّج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 14، 2006، ص 49.

<sup>5</sup> كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004، 2003، ص 364.

وقد أورد المشرع في المادة 09 من قانون المنافسة جواز الاتفاق على نشاط معين بحسب الشروط التي أوردتها المادة، وبعد الحصول على ترخيص مسبق من قبل مجلس المنافسة.<sup>1</sup>

**الفرع الثاني: حالات التعسف.**

**أولاً: التعسف الناتج عن الهيمنة أو الاحتكار في السوق.**

وهي تعتبر من الممارسات المنافية للمنافسة، حيث ينجم عنها إضرار بالسوق مما ينعكس سلباً على المستهلك الذي يكون مجبراً على الرضوخ لمطالب المحترف في تعاملاته به.

هذا وقد تطرق المشرع لهاتين الحالتين بموجب المادة 07 من قانون المنافسة، تعتبر الهيمنة بمثابة القوة الاقتصادية التي تحوزها مؤسسة ما، والتي بها أو بموجبها تستطيع أن تعرقل المنافسة في السوق (المنافسة الفعلية) مع انتهاج سلوك منها يتسم بقدر كاف من الاستقلال في مواجهة منافسيها وكذا عملائها وفي الأخير في مواجهة المستهلك.

وعليه فحماية لمصالح المستهلك لا بد من التصدي للممارسات التي تكون محل هيمنة في السوق، لأن ذلك يؤدي إلى انعدام أو قلة السلع في السوق ونذرتها، وعدم تمكين المستهلك من حق الاختيار بما يتناسب مع رغباته.

كذلك إن الاحتكار قد يمثل هيمنة على السوق إذا كانت المؤسسة تشمل على جميع حصص السوق، الأمر الذي لا يجعلها تخضع إلى أية منافسة، وبالتالي تكون بهذه الصفة قد حققت تمركزاً أكيدا للقوة الاقتصادية.

ففي هذه الحالة فإن الفعل المحظور لا يتجسد في مجرد الهيمنة على السوق، وإنما يتمثل في استغلال هذه الهيمنة<sup>2</sup>، وفي كل هذا إضرار بمصالح المستهلك.

**ثانياً: التعسف الناتج عن وضعية التبعية الاقتصادية.**

لقد تعرض المشرع للتعسف الناتج عن وضعية التبعية الاقتصادية في المادة 11 من القانون رقم 12/08 المتعلق بالمنافسة، وهذا لم يكن في ظل القانون السابق الملغى (أمر 06/95) حيث كان ينظر إلى هذا النوع من الممارسات كصورة من صور التعسف الناتج عن الهيمنة على السوق.<sup>3</sup>

بالرجوع إلى المادة 03 فقرة 05 من قانون المنافسة، فالتبعية الاقتصادية: "هي العلاقة التجارية التي لا يكون لمؤسسة ما حلّ بديل مقارن إذا أرادت رفض التعاقد بالشروط التي تفرضها عليها مؤسسة أخرى سواء كانت زبونا أو مموّناً".

لقد ركّز المشرع على الطرف الضعيف في هذه العلاقة التجارية، في الحالة التي يكون لمؤسسة ما قوة تهيمن بها على باقي المؤسسات الأخرى لأن هذه الأخيرة مجبرة على التعاقد بالشروط التي تفرضها عليها المؤسسة الأولى، ففي حال عدم إبرام العقود معها للحصول على السلعة أو الخدمة تكون خاسرة نظراً لما ستدفعه كمقابل، ويكون المستهلك هو المتضرر في مثل هذه العلاقات التعسفية المبرمة بين المؤسسات، إذ يؤدي ذلك إلى ارتفاع قيمة السلع في السوق بما لا يتناسب وقيمة التكلفة الحقيقية للمنتج، كما قد يؤدي لنذرة المنتج.<sup>4</sup>

**المطلب الثاني: البيع بأسعار منخفضة وحالات التجميعات.**

دراسة المطلب تنقسم لفرعين يشملان بعض تطبيقات الممارسات المنافية للمنافسة. الفرع الأول ندرس فيه حالة البيع بأسعار منخفضة.

<sup>1</sup> انظر المادة 09 من القانون رقم 08-12 المتعلق بالمنافسة معدّل ومنتّم.

<sup>2</sup> عماري بلقاسم، مرجع سابق، ص 60.

<sup>3</sup> عماري بلقاسم، مرجع سابق، ص 63.

<sup>4</sup> كتنو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 193.

أما الفرع الثاني ندرس فيه حالة التجميعات.

الفرع الأول: البيع بأسعار منخفضة تعسّفا.

وقد تمّ النصّ على ذلك بموجب المادة 12 من قانون المنافسة، وعليه فإنّ الغرض من حضر هذا النوع من البيوع يعود بالدرجة الأولى إلى الإضرار الذي قد يلحق بالمؤسسات الأخرى التي تزاوّل نفس النشاط الاقتصادي، مع العلم أنّ القانون المدني لا يمنع البيع بسعر أدنى من سعر السلعة الحقيقي وهو ما يعرف بالبيع بطريق الوضعية أي بخسارة جزافية أو بخسارة بنسبة مئوية من رأس المال.<sup>1</sup>

لما كان المستهلك عند تعاقدّه يحتكم إلى ضمير البائع ويطمئنّ إلى أمانته، فهو لا يلفت أهميّة عند اقتناء سلع أو خدمات يعلم مسبقا بأنّ ثمنها الحقيقي أقلّ قيمة من ثمن البيع، لذا المشرّع في هذه المادّة وعلى غرار المواد الأخرى توجه مباشرة إلى فئة المستهلكين، لأنّه معروف كلّما كان الثمن أقلّ كان إقبال فئة المستهلكين أكثر.<sup>2</sup> وإنّ أمعنا النظر في المادة 12 سالفه الذكر نجد أنّ المشرّع ذكر ثلاث أنواع من العمليات التي قد يصيبها البيع بسعر منخفض وهي:

– البيع بسعر أقلّ من كلفة الإنتاج.

– البيع بسعر أقلّ من كلفة التحويل.

– البيع بسعر أقلّ من كلفة التسويق.

وفي الحقيقة أنّ البيع بسعر منخفض تعسّفا يقوم به الموزّع الذي يتولّى عملية التسويق، وهذا راجع إلى أنّ المنتج لا يهّمه البيع بخسارة ولا يخسر في بيعه لأنّه لا يعط ثمن التكلفة الحقيقي للسلعة، أمّا الموزّع فيهدف إلى إغراق السوق، فالمشرّع في المادة 12 أغفل التمييز بين البيع بخسارة وإعادة البيع بخسارة<sup>3</sup> بالرغم من التطرّق إليه في المادة 11 من نفس القانون.

الفرع الثاني: التجميعات المقيدة للمنافسة.

إنّ دراسة التجميعات أو كما يمكن تسميتها كذلك بالتمركزات الاقتصادية تكتسي أهميّة خاصّة، لما تعود على المؤسسات بالنفع وذلك من خلال زيادة كفاءتها الإنتاجية ورفع قدراتها.<sup>4</sup>

يتميّز اقتصاد السوق بظاهرة اقتصادية تتمثّل في تجميع أو تركيز المؤسسات الاقتصادية الذي يساعد على تكوين وإنشاء وحدات اقتصادية ضخمة بغرض السيطرة والتحكم في النشاط الاقتصادي ومراقبته، وإذا كانت حرية المبادرة الخاصّة تحوّل للأعوان الاقتصاديين الحقّ في الاندماج وأخذ المساهمات المالية وإنشاء المؤسسات المشتركة، فإنّ هذا التركيز قد ينعكس سلبا على المنافسة الحرّة، حيث يؤدي إلى تغيير في بنية وتركيب السوق وزوال استقلالية الأعوان المجتمعيين.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> زاهية سي يوسف، عقد البيع، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو، 2000، ص 63.

<sup>2</sup> ناصري نبيل، آليات حماية السوق من الممارسات المقيدة للمنافسة، الملتقى الوطني الأول حول الجرائم المالية، جامعة قالمة، يومي: 24 و 25 أفريل 2007، ص 171.

<sup>3</sup> قندوزي حديجة، حماية المستهلك من الإشهارات التجارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، 2001، ص 113.

<sup>4</sup> ناصري نبيل، المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر 06/95 والأمر 03/03 مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004، ص 103.

<sup>5</sup> كتبو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 198.

بما ينعكس سلبيًا على فرص الاستثمار داخل السوق، ويمسّ المصالح الحيوية للمستهلك الذي تقلّ فرصه في اقتناء ما يناسب رغبته المشروعة.

وعليه لحماية السوق من كلّ ما يقيد المنافسة، كان لزامًا على الدولة التدخل بفرض الرقابة على التجميعات، نظرًا لما قد يؤول على حرية الأعوان الاقتصاديين في انصراف نيتهم إلى تقييد المنافسة أو السعي لكسب حصة كبيرة في السوق.

وقد نصّت المادة 15 من قانون المنافسة على صور وحالات التجميع.

هذا وحتى تكون مراقبة التجميع مشروعة لا بدّ من توفر شروط وإلا كانت باطلة، ومن جملة الشروط الواجب توافرها حتى يقع التجميع تحت طائلة المراقبة نذكر:

- أن يكون التجميع تعزيزًا لوضعية الهيمنة في السوق.<sup>1</sup>

- أن يؤديّ التجميع إلى المساس بالمنافسة.

هذا ويمكن لمجلس المنافسة طبقًا لأحكام المادة 19 من قانون المنافسة أن يرخص بالتجميع أو يرفضه وذلك بمقرر معلل.

وعليه في إطار منح ترخيص التجميع أو رفضه، لا بدّ على الهيئة المكلفة بذلك أن تراعي جميع الظروف الاقتصادية منعا لإغلاق باب المنافسة أمام صغار المنتجين أو الموزعين، ممّا قد يؤديّ إلى رفع معدلات أرباح أصحاب التجميعات فتصبح المبالغة في ارتفاع الأسعار نتيجة التحكم في السوق كسبب في الإضرار بالمستهلك، أو يمنع ذلك من الابتكار التكنولوجي الذي يساعد على تحسين وتطوير المنتجات نظرًا لانعدام المنافسة.

خاتمة :

بالرجوع إلى المستهلك في النظام الاقتصادي الوطني، يمكن أن نلاحظ أنّ العلاقة التي تربط المستهلك بالمنافسة جدّ وطيدة، ولا سيما ما نلمسه من تكامل وارتباط بين قانون المنافسة، والقوانين الأخرى التي تعنى بضبط الممارسات التجارية وقانون حماية المستهلك وقمع الغش، فهي في الحقيقة علاقة تأثير وتأثر.

فبالنسبة للأنشطة الاقتصادية لا تزال إلى غاية الآن تبحث عن السبل القوية لإضفاء الحماية القانونية للمستهلك في مواجهة الممارسات غير الشرعية والمنافية للمنافسة التي أصبحت تهدد أمن وصحة المستهلك وتتعداه حتى إلى الجانب المالي أكثر من أي وقت سبق.

هذا وأنّ حماية المستهلك مسألة مرهونة بتنظيم المنافسة وضبطها، حيث أنّ الحرية الممنوحة للأعوان الاقتصاديين في إطار معاملاتهم مع المستهلك لا تضمن حقوق هذا الأخير، فكثيرًا ما يكون المستهلك هو المستهدف بالدرجة الأولى من الممارسات غير المشروعة، كما أنّ هناك تجاوب من طرف المستهلك نفسه للأفعال غير النزيهة والتي تضرّ به وبالمنافسة، وهذا راجع لعدّة اعتبارات اقتصادية، اجتماعية وثقافية... فأغلب الممارسات التي تضرّ المستهلك نجدها تحدث قبل التعاقد (أي قبل اقتناء المنتج).

ثمّ تلي في الدرجة الثانية تلك الممارسات التي تصيب المستهلك من بيع منتج فاسد أو مغشوش أو له عيوب تنقص من قيمته أو الغرض المشروع من إنتاجه، أو تزيد من مخاطر استعماله.

<sup>1</sup> كتنو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 216.

قائمة المراجع:

1/ المصادر باللّغة العربية :

أ/ النصوص القانونية :

- (1) الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، ج.ر، رقم 78 لسنة 1975 معدل ومتمم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005، ج.ر، رقم 44 لسنة 2005.
- (2) قانون رقم 07/79 المؤرخ في 26 شعبان 1399 هـ الموافق ل 21 يوليو سنة 1979م المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/98 المؤرخ في 29 ربيع الثاني 1419 هـ الموافق ل 22 غشت 1998 م والمتضمن قانون الجمارك، ج.ر عدد 61 لسنة 1998.
- (3) أمر رقم 03/03 مؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق بالمنافسة، ج.ر رقم 43 لسنة 2003 معدل ومتمم بموجب القانون رقم 12/08 مؤرخ في 25 يونيو 2008، ج.ر، رقم 36 لسنة 2008 والقانون رقم 05/10 المؤرخ في 15 أوت 2010، ج.ر رقم 46 لسنة 2010.
- (4) قانون رقم 02/04 مؤرخ في 5 جمادى الأولى 1425 الموافق 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، معدل ومتمم.
- (5) قانون رقم 08/04 مؤرخ في 27 جمادى الثانية 1425 الموافق ل 14 أوت 2004، يتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، ج.ر عدد 52 سنة 2004.
- (6) قانون رقم 13/08 مؤرخ في 20 يوليو 2008 يعدل ويتمم القانون رقم 05/85 المؤرخ في 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر عدد 4 الصادرة في 3 غشت 2008.
- (7) المرسوم التنفيذي رقم 254/97 مؤرخ في 19/07/08 المتعلق بالرخص المسبقة لإنتاج المواد السامة أو التي تشكل خطرا من نوع خاص واستيرادها، ج.ر عدد 46 لسنة 1997.
- (8) مرسوم تنفيذي رقم 468/05 مؤرخ في 8 ذي القعدة 1426 الموافق 10 ديسمبر 2005 ، يحدد شروط تحرير الفاتورة وسند التحويل ووصل التسليم والفاتورة الإجمالية وكيفيات ذلك.
- (9) مرسوم تنفيذي رقم 306/06 مؤرخ في 17 شعبان 1427 الموافق ل 10 سبتمبر 2006 يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج.ر عدد 56 الصادرة في 11 سبتمبر 2006 معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 44/88، ج.ر عدد 07 الصادرة في 10 فبراير 2008.

ب/ المراجع باللّغة العربية :

- (1) عز الدين ناصوري، عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الخامسة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996.
- (2) عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- (3) آيت مولود سامية، خصوصية الجريمة الاقتصادية في ضوء قانوني المنافسة والممارسات التجارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006،
- (4) هام زعموم، حماية الحلّ التجاري، دعوى المنافسة غير المشروعة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003-2004.
- (5) توات نور الدين، الجمعيات وقانون المنافسة في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001-2002.
- (6) كجار زاهية حورية (سي يوسف)، المسؤولية المدنية للمنتج (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006.
- (7) كتو محمد الشريف، حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة، مجلة الإدارة، العدد 23، 2002.
- (8) عماري بلقاسم، مجلس المنافسة، مذكرة تخرّج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 14، 2006.

- (9) كتو محمد الشريف، الممارسات المناهية للمنافسة في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون العام ، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004، 2003.
- (10) زاهية سي يوسف، عقد البيع، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو، 2000.
- (11) نصري نبيل، آليات حماية السوق من الممارسات المقيدة للمنافسة، الملتقى الوطني الأول حول الجرائم المالية، جامعة قلمة، يومي: 24 و25 أفريل 2007.
- (12) قندوزي خديجة، حماية المستهلك من الإشهارات التجارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر.
- (13) نصري نبيل، المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر 06/95 والأمر 14 03/03) مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، 2003، 2004.

## 2/ La Bibliographie En Langue Française :

- 1) Yves Guyon, Droit des affaires, tome 01, 8eme édition economica, paris, 1994.
- 2) BIOLAY Jean-Jacques, Transparence tarifaire et pratiques relatives aux prix, Fasc. 286, n°11, L'exis-nexis, 2005.
- 3) ETIENNE Wery, facture monnaie et paiement électroniques, édition Juris classeur. Paris, 2003.
- 4) SERRA YVES, Concurrence interdite, concurrence déloyale et parasitisme, panorama, 2004-2005, recueil Dalloz, n°35, 2005.
- 5) BOUTARD-Labarde, MARIE Chantal, CAVINET Guy, droit Français de la concurrence L.G.D.I, Paris, 1994.
- 6) SAIDI Abdelmadjid, présentation des pratiques anticoncurrentielles leurs contrôles et leurs sanctions, page 03, voir site : [www.ministereducommerce.gouv.dz](http://www.ministereducommerce.gouv.dz)

مجلة الفقه والقانون

[www.majalah.new.ma](http://www.majalah.new.ma)

[www.majalah-droit.ici.st](http://www.majalah-droit.ici.st)

ردمد : 2336-0615