



مجلة

الندوة للدراسات القانونية

7

عدد



مدير المجلة - هبة زايد

رئيس تحرير المجلة - د. بن يوسف نبيلة

نائب رئيس التحرير - د. ساسي محمد فيصل

أعضاء تحرير المجلة

مجلة الندوة للدراسات القانونية



REVUE EL NADWA D'ETUDES JURIDIQUES

Number

7

JOURNAL EL NADWA OF STUDIES

REVUE EL NADWA D'ETUDES JURIDIQUES



فبراير - مارس 2016
FEVRIER-MAR 2016



التعريف بالمجلة

هي مجلة علمية مستقلة محكمة من طرف هيئة علمية رفيعة المستوى حيث تضم أكبر الدكاترة في مجال القانون و العلوم الانسانية ذات الصلة على الصعيدين الوطني و الدولي. تحوز على الترتيم الدولي ، تصدر إلكترونيا كل أربعة أشهر(بالاضافة الى أعداد خاصة) . تديرها مجموعة من الاستاذة و الباحثين بعيدا عن وصاية أي مؤسسة عمومية ، تهدف المجلة لنشر البحوث العلمية بغية تدعيم المراجع الالكترونية و مساعدة الباحث في الجزائر و الوطن العربي كمثيلاتها من المجلات الدولية . تنخرط المجلة في الاتحاد العالمي للمؤسسات العلمية ، كما يربط المجلة بالمؤسسات التي تعنى بالنشر الالكتروني عدة اتفاقيات بغية نشر البحوث المقدمة لها في قواعد بيانات عربية و دولية ، قصد المساهمة الفعالة في نشر البحث العلمي بين أقطار الدول العربية و العالم بأسره في مجال البحث القانوني.

مدير المجلة – أ. قارة وليد

رئيسة التحرير – د. بن يوسف نبيلة

نائب رئيس التحرير :د. ساسي محمد فيصل

اعضاء هيئة التحرير : الأساتذة التالية أسماؤهم

أ.صديقي سامية – أ.مقراني ريمة – أ.شيباني نضيرة – أ.بن زعيم مريم

أ.بلحشر نوال – أ.سايح كنزة – أ.ثوابتي ايمان ريمة سرور – أ.عماروش سميرة- سويح دنيا زاد

التدقيق اللغوي : أ. مسعودي صليحة



مجلة الندوة للدراسات القانونية
ISSN 2392-5175

لمراسلة المجلة : حي الدقسي عبد السلام عمارة 7 رقم 373 قسنطينة . الجزائر

الموقع الرسمي للمجلة: revuenadwa.jimdo.com

البريد الإلكتروني للمجلة revue.nadwa@gmail.com

العدد السابع (7) – فيفري/مارس 2016

الهيئة العلمية للمجلة

- أ.د السيد أبو الخير- استاذ محاضر في القانون الدولي العام بعدد من الجامعات - مصر
- أ.د فوزي أوصديق - عميد سابق لكلية الحقوق - البلديّة / الجزائر - استاذ زائر في عدة جامعات / قطر
- أ.د بوضياف عمار- عميد سابق لكلية الحقوق و العلوم السياسية- استاذ تعليم عالي بالكلية - مدير مخبر دراسات البيئة و التنمية المستدامة- جامعة تبسة - الجزائر
- أ.د بوحنية قوي - عميد كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة ورقلة - الجزائر
- أ.د . بو بكر عبد القادر - استاذ التعليم العالي - كلية الحقوق . بن عكنون - الجزائر
- د . زواقري الطاهر - عميد كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة خنشلة - الجزائر
- د . إرزيل كاهنة - استاذة محاضرة - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة تيزي وزو - الجزائر
- د . ماهر عبد الله العربي - استاذ القانون الجنائي - كلية حقوق القاهرة - فرع الخرطوم - مصر
- د . بوعزة ديدن - استاذ التعليم العالي - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة تلمسان - الجزائر
- د . اسعد حورية - نائب عميد كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة تيزي وزو - الجزائر
- د . بموسات عبد الوهاب - استاذ التعليم العالي - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة سيدي بلعباس - الجزائر
- د . بلعابد سامي - رئيس قسم القانون الخاص - جامعة قسنطينة 1 - الجزائر
- د . بن حملة سامي - أستاذ محاضر - كلية الحقوق - جامعة قسنطينة 1 - الجزائر
- د . مرتضى عبد الله خيرى عبدالله - استاذ القانون المدني المساعد- كلية البريمي الجامعية - سلطنة عمان
- د . نهاد أحمد - استاذة بالأكاديمية العربية المفتوحة بالدانمارك - مصر
- د . بلقاسم سعودي - استاذ محاضر - كلية العلوم الاقتصادية - جامعة مسيلة - الجزائر
- د . عبد السلام بني حمد - عضو هيئة التدريس بالجامعة الأردنية - الأردن
- د . بوزيان راضية - عميد كلية علم الاجتماع - جامعة الطارف - الجزائر
- د . الشيماء محمد - عضو هيئة التدريس بجامعة تبوك - المملكة السعودية - مصر

- د . الدياب حسن عز الدين - استاذ بكلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة المنار- تونس
- د. زياد علي محمد الكايد - استاذ محاضر- قسم إدارة الأعمال- كلية العلوم و الآداب- جامعة شقراء- المملكة العربية السعودية
- د . لعروسي رابع - استاذ محاضر - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة تيزي وزو - الجزائر
- د . أحمد نبيل الجنزوري - استاذ القانون الجنائي - كلية الحقوق القاهرة - مصر
- د . مقيص صبري - استاذ محاضر - كلية العلوم الاقتصادية - جامعة سكيكدة - الجزائر
- د . خلف الله عبد السلام محمد- استاذ محاضر - كلية الاقتصاد و العلوم السياسية - جامعة الزيتونة - طرابلس - ليبيا
- د . حضراوي الهادي- استاذ محاضر أ- عميد كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة الأغواط - الجزائر
- د. رياض التميمي - استاذ محاضر - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة أم البواقي - الجزائر
- د . نبيلة بن يوسف - استاذة محاضرة - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة تيزي وزو - الجزائر
- د. داودي أونيسة - استاذة محاضرة - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة تيزي وزو - الجزائر
- د . حسن عالي - استاذ محاضر - كلية العلوم الاجتماعية - جامعة وهران - الجزائر
- د . روان محمد الصالح - استاذ محاضر - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة أم البواقي - الجزائر
- د. بحوية ادريس - استاذ محاضر- كلية الحقوق و العلوم السياسية - الجامعة الافريقية . أدرار - الجزائر
- د . منصور لخضاري - عضو هيئة التدريس - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة مسيلة - الجزائر
- د. حساني خالد - أستاذ محاضر ب - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة بجاية - الجزائر
- د. خنفوسي عبد العزيز - استاذ محاضر ب - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة سعيّدة - الجزائر
- د. السبتي وسيلة - استاذة محاضرة- كلية العلوم الاقتصادية و التجارية - جامعة بسكرة- الجزائر
- د. نظيرة عتيق - استاذة بكلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة سكيكدة - الجزائر
- د. عثمانية كوسر- كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة خنشلة - الجزائر
- ا. دفون محمد - نائب عميد كلية علم الاجتماع - جامعة الطارف - الجزائر
- ا. شوقي نذير - أستاذ بكلية الحقوق و العلوم السياسية - المركز الجامعي تمناغست - الجزائر
- ا. محديد حميد - استاذ مساعد أ - جامعة زيان عاشور - الجلفة - الجزائر
- ا. ليلي زيد الراشد - عضو جمعية المحامين - الكويت

قواعد النشر في

مجلة الندوة للدراسات القانونية :

تنشر المجلة البحوث العلمية في المجال القانوني التي يجب أن :

* تتسم بالأصالة النظرية و الحدائة و الاسهام العلمي الجاد.

* تتوفر على الشروط العلمية و المنهجية.

* يقدم صاحب المقال سيرته الذاتية .

* يرسل المقال إلى هيئة التحرير عبر بريد المجلة .

* تقدم الملخص الزامي باللغة العربية و لغة أجنبية أخرى

* يكتب في أول المقال إلى اليسار اسم ولقب الباحث و اسفله رتبته العلمية و المؤسسة العلمية و الدولة .

* لا يتجاوز عدد الصفحات في المقال (30) ثلاثون صفحة ، و لا يقل عن (10) عشر صفحات من مقياس 21- 29 ، إلا استثناء .

* يكتب المقال باللغة العربية بحجم 14 و بخط Arabic traditionnel . و باللغة الأجنبية بحجم 12 غليظ و بخط times new roman

* التهميش : يذكر في آخر كل فكرة مقتبسة رقم يدل على المؤلف، الذي يشار إليه في

أسفل الصفحة التي وردت بها الفكرة بالطريقة التالية: لقب و اسم المؤلف ،عنوان

المؤلف، الجزء، الطبعة، دار النشر، بلد النشر، سنة النشر، رقم أو عدد الصفحات المقتبسة منه.

* يكتب الهامش بنفس الخط و بحجم 11 عربي و حجم 10 غليظ أجنبي .

* تكتب في نهاية المقال قائمة المراجع المستعملة، و ترتب ترتيباً أبجدياً، باحترام الترتيب المعتمد ضمن المقال.

* تخضع المقالات المقدمة للتحكيم العلمي، من قبل اللجنة العلمية للمجلة، قبل نشرها، و تحتفظ اللجنة بحقها في ابداء التحفظات.

* على صاحب المقال احترام تحفظات اللجنة العلمية للمجلة.

* يحق للجنة العلمية تأخير نشر المقالات أو رفضها كلية، اذا خالفت قواعد النشر في المجلة.

* المقالات و البحوث المنشورة في المجلة تعبر عن رأي صاحبها .

* لا يكون المقال موضوع طلب النشر، قد نشر سابقاً في أي مجلة أخرى .

* المقال المقبول للنشر يصبح ملكاً للمجلة .

* لا يجوز إعادة نشر مواد المجلة إلا بعد موافقة كتابية من هيئة التحرير

* ما ينشر في المجلة يعبر عن رأي صاحبه، ولا يعبر بالضرورة على وجهة نظر المجلة



الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيم

فهرس العدد السابع

- 01- د.ميلوة الزين - القواعد القانونية المنظمة لإجراءات إنهاء علاقة العمل في حالة الخطأ الجسيم مع
تقيم قانوني وقضائي لمدلول الخطأ - جامعة سيدي بلعباس- الجزائر _____ ص004
- 02- د.عمارة مسعودة - البيئة التشريعية لتكنولوجيا الإعلام و الاتصال في الجزائر - جامعة
البليدة 2 - الجزائر _____ ص020
- 03- د. كمال مرصالي - التكامل الاقتصادي العربي الممكن والمستبعد - جامعة عبد المالك السعدي
تطوان- المملكة المغربية _____ ص055
- 04- د. سويكي حورية - ضرورة تقنين نظام الزكاة لتفعيل الاقتصاد الإسلامي -التجربة الزكوية السودانية
نموذجا - جامعة تلمسان - الجزائر _____ ص079
- 05- أ. بن بادة عبد الحليم - ظاهرة الفساد الإداري كعائق أمام نجاح سياسات التنمية المحلية في الجزائر
- جامعة غرداية - الجزائر _____ ص093
- 06- أ. عجايبي عماد - أثر ازدواجية القانون والقضاء على الهيئات العمومية ذات الطابع الصناعي
والتجاري في الجزائر - جامعة المسيلة - الجزائر _____ ص122
- 07- أ. هزيل جلول - الأثر الفوري لقرارات المجلس الدستوري و الإشكالات التي يثيرها - جامعة
تلمسان- الجزائر _____ ص135
- 08- أ. فريد قليل - الخطأ المرفقي في تنظيم وسير المرافق الاستشفائية العامة - جامعة تبسة -
الجزائر _____ ص150
- 09- أ. لاكلبي نادية - مفهوم المؤسسة في قانون المنافسة - جامعة وهران - الجزائر
_____ ص170
- 10- أ. بلال الشيخ - الخطأ الجراحي و مدى التزام الجراح بدقة العمل الجراحي - جامعة سيدي
بلعباس-الجزائر _____ ص184

ملاحظة : ليست هناك معايير محددة في ترتيب المقالات

تخلي المجلة كامل مسؤوليتها عن أي اخلال بالملكية الفكرية من خلال المقالات المنشورة بها

تقديم

إن الحاجة إلى الدراسات والبحوث والتعلم أصبحت ضرورة ملحة، بسبب من التفجر المعرفي الذي أدى إلى سباق للوصول إلى المعرفة الدقيقة المستمدة من العلوم التي تكفل للإنسان سبل حياة كريمة، وتضمن له التفوق على غيره، فالدول المتقدمة تولي اهتماما كبيرا للبحث العلمي فذلك يعود إلى أنها أدركت أن عظمة الأمم تكمن في قدرات أبنائها العلمية و الفكرية و السلوكية والفلسفية .

و نجد ان البحث العلمي يفيد في تصحيح بعض المعلومات عن الكون الذي نعيش فيه وعن الظواهر التي نحياها وعن الأماكن الهامة والشخصيات وغيرها, ويفيد أيضاً في التغلب على الصعوبات التي قد نواجهها سواء كانت سياسية أو بيئية أو اقتصادية أو اجتماعية او قانونية وغير ذلك ، كما ان البحث العلمي يفيد الإنسان في تقصي الحقائق التي يستفيد منها في التغلب على بعض مشاكله، كالأزمات والأوبئة، أو في معرفة الأماكن الأثرية، أو الشخصيات التاريخية، أو في التفسير النقدي للآراء والمذاهب والأفكار, وفي حل المشاكل الاقتصادية والصحية والتعليمية والتربية والسياسية والقانونية وغيرها، ويفيد في تفسير الظواهر الطبيعية والتنبؤ بها عن طريق الوصول إلى تعميمات وقوانين عامة كلية، ويمكن القول: إنه في وقتنا الحاضر أصبح البحث العلمي واحداً من المجالات الهامة التي تجعل الدول تتطور بسرعة هائلة وتتغلب على كل المشكلات التي تواجهها بطرق علمية، وحتى يتبين قيمة البحوث ودورها في المجالات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والفلسفية والقانونية يجب نشر ما تم التوصل إليه من نتائج فيما يتعلق بالبحوث الإستراتيجية الدولية الكبرى وان نضع في أذهاننا ضرورة التنافس بين مجالات البحوث على المستوى المحلى والدولي بالإضافة إلي متابعة الأساليب المتبعة في البحوث وطرق تنظيمها وكذلك حصرها وتحديد مواردها من حيث التخصصات وتقدير الاحتياجات حسب المجالات : طبية أو هندسية أو ثقافية أو سياسية او اقتصادية او قانونية او

تقنية ولا بد من رؤية شمولية تحوى الواقع اي الحاضر وترمى الى المكانة المأمولة في المستقبل.

وقفنا الله إلي ما فيه الخير مع تحياتنا الطيبة لمجلتنا العزيزة وللإخوة الاعزاء القائمين عليها وروادها الكرام وتمنياتنا للجميع بالعمر المديد والعمل السديد لما فيه الخير الناس أجمعين.

دكتور مرتضى عبد الله خيرى عبد الله

استاذ القانون المدني المساعد بكلية البريمي الجامعية في سلطنة عمان

القواعد القانونية المنظمة لإجراءات إنهاء علاقة العمل في حالة
الخطأ الجسيم مع تقييم قانوني وقضائي لمدلول الخطأ
الدكتور .ميلوة الزين - كلية الحقوق و العلوم السياسية
جامعة سيدي بلعباس - الجزائر

مقدمة

تعرض علاقة العمل اثناء سريانها إلى بعض التوترات المحتملة، الأمر الذي يدفع المشرعين من جهة إلى الاهتمام بها ومن جهة أخرى وضع نصوص قانونية تنظمها من أجل تسويتها عن طريق إجراءات محددة وإقامة اجهزة وقاية وأخرى علاجية . إن معالجة هذه المنازعات ذات أهمية كبيرة بالنسبة للعامل والمستخدم .

إن الخصومة التي تطرأ بين رب العمل والعامل ترتب آثارا على العلاقة التي تربطهما، وتؤدي خاصة بالنسبة للعامل، إلى انعكاسات سلبية تزعج به بغثة في الشارع في زمن يعرف فيه سوق التشغيل في كافة أرجاء العالم أزمة خانقة، ويجد نفسه محروما من الشغل الذي يقتات منه هو وعائلته، وعض أن يشتكي من عدم كفاية الأجر سيشتكي من فقدانه بالمرّة مما يترتب عليه الديون والواجبات. وبفقدان مورد عيشه سيلجأ إلى المحكمة وكله أمل في الحصول على حقه بأقصى سرعة، خاصة إذا علمنا أن جل العمال تكون لهم اسر كبيرة مكلفون بالإئناق عليها، ويكون همهم الوحيد توفير ما يتعيشون منه. ولكن هل تعويضه عن الضرر الذي حل به من جراء الطرد والذي يمكن أن يتقاضاه، من شأنه رد اعتباره وتغطية كافة حاجياته إلى حين إيجاد شغل آخر؟ لا نظن ذلك. فقد ثبت من الواقع أن أغلب العمال المسرحين حين يتقاضون تعويضاتهم عن الطرد التعسفي يدفعون أكثر من نصفها لسد الديون المتراكمة عليهم مند تاريخ الفصل إلى تاريخ التنفيذ. لذلك فقد كان من الاولى عدم لجوء المستخدم لهذا الإجراء الخطير إلا عند الضرورة القصوى. إن حالات شتى من الطرد تكون نتيجة تعنت المستخدم لا غير، فيسعى إلى جعل العامل المطرود عبرة لباقي العمال مستعملا حقه في التأديب الممنوح له بموجب القانون.

المبحث الأول: الحق التأديبي لرب العمل

لا يوجد في القانون تعريف للخطأ التأديبي، غير أنه يمكن تعريفه حسب ما ذهب إليه الاجتهاد بأنه مخالفة العامل للالتزام شرعي. أما العقوبة التأديبية في التشريع الفرنسي يعني بها اجراء يتخذه رب العمل، يستثنى منه الملاحظات الشفوية، تبعا لتصرف يقوم به العامل معتبر خاطئ من قبله سواء كان من طبيعته أن يؤثر حيناً أم لا على بقاء العامل في المؤسسة أو وظيفته أو مساره المهني أو راتبه¹. ويستطيع رب العمل من الناحية القانونية تفاعل بطرق عديدة لتنفيذ سبب للعمل الذي كلف به العامل، أو رفض العامل تنفيذه، أو إذا تسبب عمداً في أضرار مادية لآلات والأدوات، أو تعطيل العمل أو عدم احترام بند من بنود النظام الداخلي.... إن أول عمل يقوم به رب العمل هو ضبط عمل الأجير واعتباره خطأ تأديبي من أجل تسليط عليه عقوبة التي تتراوح بين الانذار والتسريح مروراً بالتوقف عن العمل أو التنزيل في الرتبة.

المطلب الأول: تكريس حق التأديب

إن هذا الحق منحه المشرع، عند ما قرر القانون بمنح رب العمل الحق في وضع نظام داخلي يحتوي على تعداد الأخطاء وتصنيف درجاتها وضع لها عقوبات مناسبة. ولتبرير أخذ مثل هذه الجزاء التأديبي، اعتمد البعض بالصفة التعاقدية، بمعنى أن رب العمل يستطيع معاقبة العامل بسبب خطئ عرضي **faute vénielle** مادام أنه مقرر في النظام الداخلي الذي قبله العامل² بصفة ضمنية، يبقى أن نصوص النظام الداخلي لا يمكن أن تعارض النصوص القانونية وخاصة تلك المتعلقة بالتسريح.

يعتبر التسريح لأسباب تأديبية حق من الحقوق التي يتمتع بها رب العمل التي تسمح له بفصل عامل عن عمله إذا أثبت ارتكابه بخطئ جسيم أثناء قيامه بعمله أو بمناسبته وذلك حتى يتمكن من الاحتفاظ بمصالحه وضمان الاستقرار في المؤسسة الذي يمر على معاقبة الأفعال الممنوعة بموجب القوانين والأنظمة. فإذا كان الجميع متفق على المبدأ، فإن الخلاف يدور حول طبيعة تحديد نوعية الخطأ الجسيم الذي يعتبر سبباً جدياً وحقيقياً لفصل العامل. أراد أرباب العمل توسيع دائرة هذا المفهوم عن طريق تحديدهم الأخطاء الجسيمة في النظام الداخلي الذي هو من صنعهم كما أرادت المنظمات النقابية والفقهاء التضييق من هذا المبدأ والعمل على تقليص قائمة الأخطاء الجسيمة المؤدية للفصل. وكان المشرع قد تساهل مع أرباب العمل في قانون 90-11 إذ اعتبر في المادة 73 قبل تعديلها، بأن العزل يتم في حالة ارتكاب العامل أخطاء جسيمة حسب الشروط المحددة في النظام الداخلي، واعتبر هذا الأخير طبقاً للمادة 75

¹ Droit du travail .J.Pelissier A.Suppriot .A.Jemmaud.op cit.p.880

² G.H.Camerlynck .traité de droit du travail

أنه "وثيقة مكتوبة يحدد فيها المستخدم... في المجال التأديبي طبيعة الأخطاء المهنية ودرجات العقوبات المطابقة وإجراءات التنفيذ". ويعني ذلك أن تصنيف جسامة الأخطاء يكون على عاتق رب العمل الذي سوف يبالغ في عددها ، كما أن ترك تحديد الأخطاء الجسيمة للمستخدم يؤدي إلى عدم التوازن بين المؤسسات في هذا المجال. فمن يعتبر خطأً جسيماً يترتب عنه الفصل في مؤسسة يمكن ألا يكون كذلك في مؤسسة أخرى ، بالإضافة إلى ذلك لم يكن يبين الأثار القانونية ولا الحقوق المترتبة عن التسريح ، الأمر الذي أدى بالمشروع إلى تعديل نص المادة 73 بموجب قانون 91-29 ومن خلالها النص على حالات الأخطاء الجسيمة بشكل حصري ومحدد.

المطلب الثاني: حدود السلطة القانونية لرب العمل .

يعتبر النظام الداخلي الجزء الظاهر للسلطة القانونية المستخدم. وإذا كانت هذه الصلاحية الممنوحة لرب العمل الخاصة بوضع القوانين التي تطبق على العمال التابعين للمؤسسة تمارس بدون حدود فإنه أصبح اليوم ينظر فيه من زاويتين¹. هل يجب إزالة هذا النظام الداخلي أو الاكتفاء بتحويله؟. حقيقة الأمر فإن المنظمات النقابية رفضت أن يكون النظام الداخلي ناتج عن التفاوض الجماعي فهي لا تريد المشاركة في وضع قواعد خاصة بالانضباط التي ينتج على مخالفتها معاقبة العمال. وأن بقاء النظام الداخلي ضرورة يبقى مهندسها رب العمل مع مراقبة قانونية وإدارية وإلزامية وجوده عندما يصل عدد العمال إلى عشرين (20) ما فوق كما فعل المشروع الجزائري.²

إن التشريع يحدد مضمون النظام الداخلي بتحديد موضوعه ووضع محتواه لمطابقته مع القانون والاتفاقيات المعمول بها في المؤسسة. إن رب العمل لا يمكن أن يضع في النظام الداخلي أي نص يراه هو ضروري لحسن سير المؤسسة. فالمادة 77 من قانون 90-11 تنص " النظام الداخلي هو وثيقة مكتوبة يحدد فيها المستخدم ،لزوماً، القواعد المتعلقة بالتنظيم التقني للعمل والوقاية الصحية والأمن والانضباط"

المبحث الثاني : مفهوم الخطأ الجسيم

ولو منح المشرعين للسبب الحقيقي والجاد للتسريح أهمية بالغة إلا أنهم لم يعرفوه. وحتى المصطلحات المستعملة للتعبير عن هذا النوع من الأخطاء، تختلف، فالبعض يستعمل مصطلح الخطأ الجدي **faute sérieuse** والبعض يستعمل الخطأ الجسيم³ **la faute lourde**. إن هذا الفراغ بقي موجوداً حتى بعد تدخل القضاء الذي امتنع على إعطاء تعريف له. ونعتبر أن الخطأ الجسيم هو التصرف الحقيقي

¹ M. Cohen .le règlement intérieur et le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise.dr.soc.1980.165

² المادة 75 من قانون 11-90

³ G.H.Camerlynck contrat à durée indéterminée .répertoire de droit du travail.Dallozp.486

والجدي الناجم عن العامل والذي يؤدي إلى عدم احترام العامل التزاماته التعاقدية أو القانونية أو الاتفاقية، يلحق على إثرها أضرارا بمصالح رب العمل أو العمال مما يجعل استمرار العقد غير ممكن. وحتى يعتبر الخطأ جسيما، لا بد أن يكون سببه حقيقي، واعتبر البعض أن السبب الحقيقي هو السبب الذي يحتوي على الصفة الموضوعية، الأمر الذي يؤدي إلى استبعاد استباق الأحكام والأغراض الشخصية.¹ و يكون السبب موضوعيا عندما يترجم بأعمال خارجية يمكن مراقبتها. ويعتبر السبب ذاتي عندما لا ينسب إلى أي عمل دقيق. فيعتبر مثلا، الخلاف الموجود بين عامل وبقية العمال سبب موضوعي عندما يقدم رب العمل وقائع ثابتة مكنت من تعارض العامل مع العمال الآخرين أدت إلى إعاقة العمل العادي للمؤسسة، وبالمقابل فإن سبب التسريح لا يمكن اعتباره موضوعي عندما يدعي رب العمل الطابع السيء للأجير دون تقديم توضيحات حول التصرفات الظاهرية لهذا العامل.² كما يعتبر السبب جدي عندما يكون نوع من الخطورة، يجعل مواصلة العمل دون أضرار مستحيلة، الأمر الذي يؤدي إلى جعل التسريح ضروري.

اعتمد المشرع الجزائري على تحديد الأخطاء الجسيمة، سواء في الأمر 75-31 أو في المرسوم 82-302. فالمادة 36 من الأمر المتعلق بالشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص تحصر الأخطاء الجسيمة التي تؤدي إلى التسريح دون مهلة الاخطار، في ستة حالات، بالإضافة إلى حالة الخطأ الخطير التابع للتشريع الجزائري، كما حددت المادة 71 من المرسوم المذكور الأخطاء من الدرجة الثالثة، وهي الدرجة الأخيرة والتي يترتب عليها، طبقا للمواد 74 و 75، التسريح بدون مهلة مسبقة وبدون تعويضات، وحصرتها إلى عشرة أخطاء. و لا ندري ما الذي دفع المشرع إلى تغيير موقفه في المادة 73 من قانون 90-11 عندما ترك للمستخدم امكانية تحديد الأخطاء الجسيمة في النظام الداخلي قبل أن يعدل موقفه ويعود إلى موقفه السابق المتمثل في حصر الأخطاء الجسيمة التي تؤدي إلى التسريح.

المبحث الثالث: الأخطاء الجسيمة في قانون 90-11

تنص المادة 73 معدلة " يتم التسريح التأديبي في حالة ارتكاب العامل أخطاء جسيمة وعلاوة على الأخطاء الجسيمة التي يعاقب عليها التشريع الجزائري والتي ترتكب أثناء العمل، تعتبر على الخصوص أخطاء جسيمة، يحتمل أن ينتج عنها التسريح بدون مهلة العطلة وبدون علاوات الأفعال الآتية:

1- إذا رفض العامل بدون عذر مقبول، تنفيذ التعليمات المرتبطة بالتزاماته المهنية أو التي قد تلحق أضرارا بالمؤسسة، والصادرة من السلطة السلمية التي يعينها المستخدم أثناء الممارسة العادية لسلطاته.

¹ J.O.R.F Débats assemblée nationale.30/05/1973.p.1699.col.2

² M.Cohen.op .cit

إن العنصر الأساسي للخطأ يتمثل في الرفض الصادر من العامل سواء كان حقيقياً أو ضمناً مع العلم ان الفعل يخضع لمراقبة القضاء. ويتطلب الأمر أن يكون العامل قد رفض العمل الذي يدخل ضمن التزاماته العادية أو يكون موافقاً للوائح التنظيمية التي تجبر العامل من القيام ببعض الاعمال في ظروف استثنائية.¹

2- إذا أفضى معلومات مهنية تتعلق بالتقنيات والتكنولوجية وطرق الصنع والتنظيم أو وثائق داخلية للهيئة المستخدمة إلا إذا أدت السلطة السلمية بها أو أجازها القانون.

من واجبات العامل ، الاخلاص لبر العمل الذي يلزمه بأن يحتفظ بجميع الاسرار المهنية والتجارية والتقنيات والتكنولوجية المستعملة وطرق الصنع والوثائق الداخلية للمؤسسة التي تعرضها إلى المنافسة الغير الشريفة ، وإلا تعرض إلى الفصل بعد استحصال موافقة اللجنة التأديبية إن وجدت واحترام بنود القانون الداخلي. وتبقى هذه الحالة مثل شبيبتها تحت تقدير السلطة القضائية .

3- إذا شارك في توقف جماعي وتشاوري عن العمل خرقاً للأحكام التشريعية الجاري بها العمل في هذا المجال.

يعتبر حق الإضراب حق دستوري يمارس في إطار القانون. وقد نظم قانون 90-02 كيفية اللجوء إلى الإضراب وموانعه واجراءاته كالموافقة الجماعية للعمال على الاضراب ،والاشعار المسبق .فمتى كانت هذه الإجراءات محترمة فإن القانون يحمي حق الإضراب ولا يجوز لرب العمل أن ينهي عقد العمل ، بل تكون العلاقة موقوفة أو على الأقل التزامات الاطراف معلقة. وكل عمل خارج عن هذا الاطار يعتبر إضراباً غير مشروعاً. واعتبر المشرع ، أن العقلة لحرية العمل أثناء الإضراب تعتبر خطأ جسيماً مثلها مثل رفض الامتثال إلى الأوامر القضائية بإخلاء المحلات المهنية.

4- إذا قام بأعمال عنف تفسر أعمال العنف ،بأنها الأفعال والتصرفات التي تصدر من جانب العامل والتي تنتج عنها خسارة فادحة أو تكون مضرّة بالعمل والعمال معا ،مثل العصيان على أوامر رؤسائه ،أو تحريض العمال على التمرد² واعتبر البعض أن هذه الأعمال يمكن وصفها جزائياً لكنه لا يشترط في العنف أن يحدث ضرراً أو عجز إذا مس شخص طبيعى.

5- إذا تسبب عمداً في أضرار مادية تصيب البنايات والمنشآت والآلات والأدوات والمواد الأولية والأشياء الأخرى التي لها علاقة بالعمل.

يتميز هذا السبب عن الأسباب الأخرى بعنصر التعمد في فعل العامل .فالأضرار المادية في البنايات وإتلاف المواد الأولية والتي تؤدي إلى أضرار بالغة للمؤسسة وتمس في بعض الحالات حتى العمال

¹قرار صادر من المحكمة العليا رقم 204623 المؤرخ في 2010/10/10 .مجلة قضائية .ديسمبر 2010

²جلال مصطفى القرشي .المرجع السابق.ص.293.

الموجددين فيها، إذ يمكن أن تؤدي إلى توقفها، وبالنتيجة توقف العمال الذين يصبحون بدون دخل . هذه الاعمال يمكن متابعة صاحبها جزائياً، وإذا كان الأمر كذلك يتعين انتظار صدور حكم نهائي بشأنها أما إذا اكتفى رب العمل بالمتابعة التأديبية فإنه يتعين عليه اثبات العنصر العمدي في الخطأ. إن القصد يلعب دوراً هاماً في تكييف العمل . فحادث المرور المؤدي إلى تحطيم السيارة أو المركبة أو الحريق غير العمدي للبضائع لا يقبل هذا الوصف¹.

6 إذا رفض تنفيذ أمر التسخير الذي تم تبليغه وفقاً لأحكام التشريع المعمول به.

يحدث أن يؤدي الإضراب ولو كان مشروعاً إلى أحداث أضرار بالغة للغير الخارج عن النزاع، الأمر الذي يدفع الإدارة إلى إصدار أمراً بإيقاف الإضراب من واجب المضربين احترامه. فإذا تمت المتابعة التأديبية فإنه يقع على العامل عبء إثبات عدم شرعية الأمر المذكور. إن أمر التسخير مراقب مراقبة قضائية.

7 إذا تناول الكحول أو المخدرات داخل أماكن العمل..

يظهر من خلال الفقرة أن المشرع لم يشترط ظهور تأثير الخمر أو غيره من المسكرات أو المخدرات على العامل بل اكتفى بالثبوت من قيامه بخرق قدسية العمل، بتناولها في مكان العمل أو إنشاءه ولا يشترط أن يجلب العامل الكحول أو المخدرات معه إلى محل العمل وإنما يكفي أن يتناول ما يقدم له منها في الحل.

إن هذه الأخطاء ليست الوحيدة بل تضاف إليها أخطاء أخرى منصوص عليها في تشريعات أخرى مثل قانون 90-02 الخاص بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب الذي تنص مادته 36 " تشكل عرقلة حرية العمل كما يشكل رفض الامتثال لتنفيذ أمر قضائي بإخلاء المحلات المهنية خطأ مهنيًا جسيماً " كما تنص المادة 40 من نفس القانون " يعد رفض العمل المعني القيام بالقدر الأدنى من الخدمة المفروضة عليه خطأ مهنيًا جسيماً " ونفس الشيء بالنسبة لعدم الامتثال لأمر التسخير الذي تعتبره المادة 41 خطأ جسيماً.

ويستخلص من المادة 73 المعدلة بالقانون 91-29 الملاحظات التالية:

1 إن القانون لم يترك لرب العمل تقدير الأخطاء وتصنيفها كما كان الحال عليه في المادة 73 من قانون 90-11 قبل تعديلها بل حصر هذه الأخطاء وفرض على رب العمل أن يأتي بها في نظامه الداخلي الذي يعالج الانضباط داخل المؤسسة

2 لعبت المحكمة العليا دوراً هاماً في تفسير هذه المادة وحددت نطاق الأخطاء المؤدية للتسريح ومدى صلاحية رب العمل في وصفها وتقديرها. فإذا نظرنا إلى الفقرة الأولى تنص على " الأخطاء

¹قرار رقم 157838 مؤرخ في 10/02/1998. عبد السلام ديب. المرجع السابق.

الجسيمة التي يعاقب عليها التشريع الجزائري "وهذا يعني أنه يقتضي الأمر ان يصدر حكما قبل اصدار القرار التأديبي . وانتهت المحكمة العليا الى ان الخطأ الجزائري الذي يؤسس عليه التسريح يجب ان يكون ثابتا بواسطة حكم جزائي نهائي وبالنتيجة ان كل تسريح يصدر قبل صدور الحكم النهائي يكون باطلا. واعتمدت المحكمة العليا على المبادئ الدستورية التي تمنح اختصاصا مانعا للمحاكم في اصدار الاحكام الجزائية ومن ثم لا يمكن تجريم الفعل من طرف سلطة اخرى غير السلطة القضائية¹. لم تكتفي المحكمة العليا بهذا الموقف بل أرادت ان تفسر الخطأ الجزائري ، اذ اعتبرت أن المشرع الجزائري كان يقصد لأخطاء التي توصف بالجرح والجنايات دون الأخذ بالمخالفات التي تفتقر للقصد الجنائي والتي لا يمكن اعتبارها جسيمة. إن قاعدة "الاختصاص المانع للمحاكم" تفترض على رب العمل عدم تسريح عاملا اعترف له بالسرقة ، ولم يحال على المحكمة من أجلها لاعتبارات عدة ، وإن فعل ذلك فإن قراره سوف يتعرض للبطلان ويعتبر تسريحا تعسفيا. فإن الوصف الجزائري خاضع للقاعدة العامة المرتبطة بحقوق الدفاع².

المبحث الرابع: متى يكتسي الطرد صبغة التعسف

إذا كان القانون قد أعطى لكل من طرفي عقد العمل حق انهائه في أي وقت يشاء، فإنه قيد ذلك بشرط عدم التعسف في استعمال هذا الحق، ذلك أنه يكفي أن يكون هناك خطأ لقيام مسؤولية رب العمل عن التعويض عن الضرر الذي يلحق الأجير بسبب فسخ العقد بصورة تعسفية. إن تحديد الأخطاء المهنية الجسيمة التي تؤدي إلى التسريح، نظرا لخطورتها على الحياة المهنية للعامل، لم تترك بيد رب العمل. فإذا تبين أن الخطأ الذي ارتكبه العامل من الأخطاء الجسيمة والتي يجب أن يتخذ ضدها رب العمل جزاء، فعليه أن يتبع بعض الإجراءات القانونية والاجرائية، إذ أقر المشرع للعامل وسائل و ضمانات ضد تعسف رب العمل ومن تم تقييد عملية التسريح .

المطلب الأول: خرق نص المادة 73

إن الأخطاء المبررة للفسخ عن ضوء النصوص القانونية تعتبر اخطاء محصورة ، عددها المشرع في نص المادة 73 معدلة والتي لا يجوز لرب العمل أن يضيف لها أخطاء تمكنه من طرد العامل. فقام المشرع بتفرقة الأخطاء بين البسيطة التي يمكن أن يتحكم فيها رب العمل بالنص عليها في النظام الداخلي ، والتي وإن كانت تؤدي إلى معاقبة العامل، إلا أنها لا تؤدي إلى الطرد من العمل ، والأخطاء الجسيمة

¹ عبد السلام ديب المرجع السابق . ص. 429.

² قرار رقم 149039 مؤرخ في 1998/02/10 ،...، التسريح لا يتخذ من طرف المستخدم إلا بعد ثبوت الخطأ الجزائري من الجهة القضائية وطالما أن العامل متهم بسرقة آلة فكان على المؤسسة ألا تسلط عليه عقوبة التسريح قبل إدانته وعليه فالوجه شديد ومنتج لأثاره المؤدي إلى النقص

التي، إن ارتكبتها العامل سوف تؤدي إلى الطرد. إن التسريح يفترض ارتكاب العامل خطأ من الأخطاء المنصوص عليها في المادة 73 .

ونصت الفقرة الأولى من المادة 73-4 على أنه " إذا حدث تسريح العامل خرقاً لأحكام المادة 73 ،يعتبر تعسفياً ."

المطلب الثاني : عدم احترام رب العمل النظر في طبيعة الظروف والملابسات

تنص المادة 73-1 المضافة " يجب أن يراعي المستخدم على الخصوص عند تحديد وصف الخطأ الجسيم الذي يرتكبه العامل الظروف التي ارتكب فيها الخطأ ومدى اتساعه، ودرجة خطورته، والضرر الذي لحقه، وكذلك السيرة التي كان يسلكها العامل حتى تاريخ ارتكابه الخطأ نحو عمله ونحو ممتلكات هيئته المستخدمة"

إن صياغة المادة التي استلهمت من نص المادة 63 من المرسوم 82-302 جاءت بشكل غريب ذلك أنه كان من المفروض أن يقصد بها تحديد العقوبة المسلطة على العامل وليس تحديد الخطأ ووصفه ذلك أن الظروف التي ارتكب فيها الخطأ والضرر الذي يتسبب فيه وسيرة وتصرفات العامل قبل وقوع الخطأ لا يدخلون في الحسبان عند تحديد ووصف الخطأ بل عند تقدير العقوبة، فالخطأ يبقى خطأ جسيماً.

فرض المشرع في المادة 73-1 على رب العمل أن يراعي ظروف ارتكاب الخطأ من مطرف العامل، والأخذ بعين الاعتبار ظروف وملابسات ارتكاب الخطأ المتمثل في الفعل أو التصرف الصادر من العامل، وبحث الدوافع التي أدت إلى ارتكاب هذا الفعل وذلك من خلال مراجعة الحياة المهنية للعامل منذ وجوده في المؤسسة والتأكد من النوايا الحسنة أو السيئة التي قد تكون قد أدت إلى ذلك التصرف. إن أهمية هذا العمل يكمن في تحديد الظروف التي يمكن أن يستفيد منها العامل وخاصة تلك الظروف المخففة. إن تقدير السيرة والسلوك لا يدخل في تكييف الخطأ وتصنيفه قانوناً بل يأتي في مرحلة ثانية وهي تقدير العقوبة المستحقة التي تطبق على العامل في حالة إثبات مسؤليته في ارتكاب الخطأ المنسوب له.¹

المطلب الثالث: عدم احترام الضمانات العامة المحددة في النظام الداخلي

إن التسريح المنصوص عليه في المادة 73 من قانون 90-11 يجب أن يتم طبقاً للمادة 73-2 مضافة في احترام الاجراءات المحددة في النظام الداخلي. إن هذه الاجراءات تحتوي بصفة إلزامية على

¹ لقرار رقم 159428 مؤرخ ي 1998/06/09 . عبد السلام ديب. المرجع السابق.ص.435.

التبليغ الكتابي لقرار التسريح وسماع العامل من طرف رب العمل الذي يستطيع أن يصطحب بعبءه المناسبة بعمل آخر يختاره وتابع للمؤسسة من أجل اعانته في الدفاع عن نفسه.

وتجدر الإشارة إلى أن التبليغ الكتابي لقرار التسريح لا يطرح أي إشكال مادام أنه يأتي في نهاية إجراء التسريح، لكن بالمقابل فإن سماع العامل من طرف رب العمل الذي، بالمناسبة، يكون مصطحب بعامل آخر، يكون محل تفسير. فإذا كان السماع يتم بعد انتهاء إجراءات التسريح لتمكين رب العمل من أخذ قرار لفائدة العامل، فإنه يمكن القول أن ذلك يكون ضمانا لحماية إضافية للعامل الذي سوف يدافع عن نفسه مرة ثانية أمام المستخدم. أما إذا كان السماع أثناء القيام بالإجراءات، يمكن اعتبار حماية العامل غير كاملة، لأن رب العمل يعتبر في هذه الصورة قاض وطرق في آن واحد. فالأفضل للعامل أن يمثل أمام لجنة تأديبية مستقلة عن رب العمل.

كما نشير إلى أن الإجراءات المنصوص عليها في المادة 73-2 تعتبر إجبارية بالنسبة للمؤسسات المستخدمة التي يساوي عدد عمالها 20 عاملا فما فوق التي يفرض عليها التشريع نظاما داخليا ونتيجة لذلك فإن جميع المؤسسات المستخدمة التي لم تشغل 20 عاملا غير ملزمة بوضع نظام داخلي ويبقى الأمر جوازي لرب العمل. فإن أراد أن يأتي بنظام داخلي عليه احترام نص المادة 76 من قانون 90-11. ويمكن لرب العمل من تسريح العامل الذي قام بخطئ فادح في المؤسسات التي لا يوجد فيها نظام داخلي لقلّة عدد عمالها، دون أي إجراء وللعامل إذا اعتبر الخطأ ليس خطأ جسيما يستلزم التسريح الذي مسه، يلجأ إلى مفتشية العمل من أجل القيام بالمصالحة قبل اللجوء إلى المحكمة. فبهذه التفرقة بين العمال التابعين لمؤسسات مستخدمة تشغل 20 عاملا فما فوق الذين يستفيدون من ضمانات والعمال الذين يعملون في مؤسسات يقل عدد عمالها عن 20 عاملا والذين هم محرومون من هذه الضمانات. إن موقف المشرع الجزائري قد تراجع بالنظر إلى موقفه السابق المحدد في الأمر 75-31، الذي فرض فيه على المستخدم من تكوين لجنة متساوية الأعضاء للتأديب إذا كان عدد العمال 10 وإذا كان عدد المنشغلين من طرف صاحب العمل أقل من 10 عمال يصدر التسريح بسبب الخطأ الخطير من طرف رب العمل.¹

المطلب الرابع: مخالفة الشروط الموضوعية أو الإجرائية

تنص المادة 73-4 "إذا وقع تسريح العامل مخالفة للإجراءات القانونية و/أو الاتفاقية الملزمة تلغي المحكمة المختصة ابتدائيا ونهائيا قرار التسريح بسبب عدم احترام....."

¹ المدة 38 من الأمر 75-31 المؤرخ في 1975/04/29 المتعلق بالشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص . الجريدة الرسمية . عدد 39 مؤرخة في 1975/05/16

فموجب المادة 73-3 من قانون 90-11 المتممة، فإن " كل تسريح فردي يتم خرقاً لأحكام هذا القانون، يعتبر تعسفياً وعلى المستخدم أن يثبت العكس " ويقصد بخرق الأحكام، الأحكام الخاصة بموضوع التسريح، المتمثلة في ضرورة وجود خطأ جسيم، وكذلك الأحكام المتعلقة بخرق الشروط الاجرائية. إن ذلك يعني أن خرق واحد لهذه الشروط (شكلية وموضوعية) يكفي لاعتبار التسريح تعسفياً. فالتسريح المبرر القانوني والغير التعسفي يجب أن يحترم الجمع بين الشروط الشكلية والشروط الموضوعية.

ومن جهة أخرى فإن المادة 73-3 الذي تعتبر التسريح الذي يخرق النصوص القانونية (الشروط الموضوعية التي تتطلب ضرورة وجود خطأ جسيم، والشروط الشكلية المتمثلة في احترام الإجراءات) تسريحاً تعسفياً، غير منسجمة مع المادة 73-4 التي تتكلم على التسريح التعسفي والتسريح الذي يتم خرقاً للإجراءات القانونية و/او الاتفاقية الملزمة.

المبحث الخامس: الطعون ضد قرار التسريح

كل عامل يعتبر نفسه متضرر من قرار التسريح، له الحق في الطعن فيه أمام مفتشية العمل من أجل المصالحة مع رب عمله ويعتبر اللجوء إلى مكاتب المصالحة مرحلة إجبارية، تسبق اللجوء إلى القضاء الاجتماعي إذا لم تتم هذه مصالحة أمام مكتب المصالحة المختص إقليمياً.¹

المطلب الأول: محاولة المصالحة أمام مفتشية العمل

إن مبدأ اللجوء إلى مفتشية العمل مكرس بموجب المادة 19 من قانون 90-04 الخاص بتسوية المنازعات الفردية للعمل المعدل والمتمم بموجب القانون 91-28 الي تنص " يجب أن يكون كل خلاف فردي خاص بالعمل موضوع محاولة للصلح أمام مكتب المصالحة"، إلا أن هذا الإجراء يعتبر جوازي في حالتين: عندما يكون المدعى عليه خارج التراب الوطني أو تكون المؤسسة في حالة إفلاس أو تسوية قضائية. كما يستثنى من اختصاص مكاتب المصالحة كل الخلافات الفردية للعمل الخاصة بالأعوان الخاضعون لقانون الوظيفة العامة.

ينتهي اللجوء إلى مكاتب المصالحة إما بصفة إيجابية وإما بصفة سلبية. ففي الافتراض الأول، يقوم مكتب المصالحة بتدوين الاتفاق وينفذ طبقاً للشروط المحددة في المادة 33 إلى 35 من قانون 90-04، أما الافتراض الثاني المتمثل في بقاء الخلاف، يجرى مكتب المصالحة محضراً لعدم المصالحة يسمح للعامل باللجوء إلى المحكمة الاجتماعية في غضون ستة أشهر من تسليمه له.²

¹المادة 37 من قانون 90-04 " ترفق العريضة الموجهة إلى المحكمة بنسخة من محضر عدم المصالحة....."

²المادة 510 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية

المطلب الثاني: اللجوء إلى المحكمة المختصة

يتم اللجوء إلى القضاء بموجب عريضة موقعة من طرف العامل أو من وكيل له، أمام المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها تنفيذ علاقة العمل أو في مكان المدعى عليه¹ كما يمكن أن ترفع أمام المحكمة التي يقع بدائرتها محل إقامة المدعي عندما ينجم تعليق أو انقطاع علاقة العمل عن حادث عمل أو مرض مهني. وتكون العريضة مصحوبة بنسخة من محضر عدم المصالحة، وفي حالة غياب هذه الوثيقة تصدر المحكمة حكما برفض الدعوى شكلا. وفي الواقع يقوم القاضي بمراقبة وجود المحضر وهذا ما جاء

في حكم يرى فيه القاضي " وحيث أن المدعي قدم محضر عدم المصالحة الذي اعتبر التسريح تعسفي". وقررت المحكمة العليا أنه على القضاة معاينة عرض النزاع على مكتب المصالحة وان المادة 19 من قانون 04-90 نصت على ذلك على سبيل الوجوب وبالتالي فهي من النظام العام².

وكون أن القضايا الاجتماعية تمتاز بالصفة الاستعجالية، قرر المشرع أن تكون أول جلسة محددة في غضون 15 يوما التي تلي تسجيل القضية، وعلى المحكمة أن تفصل فيها في أقرب الآجال. وتماز الاحكام في المواد الاجتماعية في أن جملة منها تصدر بصفة ابتدائية ونهائية عندما يكون الطلب خاص بإلغاء العقوبات التأديبية المقررة من طرف المستخدم دون تطبيق الاجراءات التأديبية القانونية و/أو الاتفاقية الملزمة وعندما يتعلق الامر بتسليم شهادة العمل وكشوفات الرواتب³.

المطلب الثالث: جزاء مخالفة اجراءات التسريح والشروط الموضوعية

اضاف المشرع بموجب الأمر رقم 96-21 المادة 74-4 المتكونة من فقرتين، من أجل توضيح بعض المسائل التي لم يأتي بها في قانون 90-11، فنص في الفقرة الأولى " إذا وقع تسريح العمل مخالفة للإجراءات القانونية و/أو الاتفاقية الملزمة تلغي المحكمة المختصة ابتدائيا ونهائيا قرار التسريح بسبب عدم احترام الاجراءات وتلزم المستخدم بالقيام بالإجراء المعمول به وتمنح العامل تعويضا ماليا على نفقة المستخدم لا يقل عن الأجر الذي يتقاضاه كما لو استمر في عمله"

إن هذه الفقرة تعالج عدم احترام الاجراءات من طرف المؤسسة المستخدمة مهما كان نوعها الذي يرتب عليها المشرع بعض النتائج، منها على الخصوص تقرير تعويض مالي للعامل الذي تم توقيفه في مرحلة أولى وقدر هذا التعويض بالمبالغ المالية التي لا تقل عن الأجور التي كان يتقاضاها العامل المسرح لو بقي في منصب عمله ولكن لم يتكلم المشرع على إعادة الإدماج لأن الفقرة تلزم المستخدم من القيام

¹ المدة 24 من ق. 04-90 " ترفع الدعوى أمام المحكمة الواقعة في مكان تنفيذ علاقة العمل أو في محل إقامة المدعى عليه...."

² قرار رقم 153913 مؤرخ في 1997/12/09 صادر من الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا. عيد سلام ديب. المرجع السابق. ص

553

³ المادة 21 من قانون 04-90 الخاص بتسوية المنازعات الفردية للعمل. الجريدة الرسمية عدد 68

من جديد بالإجراءات الملزمة ويعني ذلك أنه متى قامت المؤسسة بهذه الإجراءات واحترامها سيمثل العامل من جديد أمام الهيئات المختصة طبقاً لقانون 90-11 والاتفاقيات الجماعية و لنظامها الداخلي وتصدر في حقه العقوبة إن كان يستحقها. وللإشارة فإن مخالفة إجراء واحد كاف وهذا واضح من العبارة المستعملة في المادة " تلزم المستخدم بالقيام بالإجراء المعمول به "

المبحث السادس: هل لا تكتسي دعوى الخيار بين الرجوع والتعويض عن الطرد التعسفي خطر

على العامل؟

المطلب الأول: خيار التعويض حق للأطراف

ترك المشرع المجال مفتوحاً لكل من المستخدم والعامل في الحق في الخيار بين الرجوع والتعويض في حالة حدوث التسريح خرقاً لأحكام المادة 73. نصت الفقرة الثانية من المادة 73-4 على " إذا حدث تسريح العامل خرقاً لأحكام المادة 73 أعلاه، يعتبر تعسفياً. تفصل المحكمة المختصة ابتدائياً ونهائياً إما بإعادة إدماج العامل في المؤسسة مع الاحتفاظ بامتيازاته المكتسبة أو في حالة رفض أحد الطرفين، يمنح العامل تعويضاً مالياً لا يقل عن الأجر الذي يتقاضاه العامل عن مدة 6 أشهر من العمل دون الإخلال بالتعويضات المحتملة." إن المادة 73-4 فقرة 2 تتكلم عن خرق نص المادة 73 التي تحدد على سبيل الحصر الأخطاء الجسيمة والتي تؤدي إلى التسريح التأديبي وهذا يعني أن العامل يكون قد سرح بمجرد ارتكابه الخطأ الذي كيف من طرف رب العمل على أنه خطأً جسيماً ويمكن أن يكون هذا التكييف منافٍ للقواعد المنصوص عليها في النظام الداخلي، أو ألا يكون العامل قد ارتكب أي خطأً يستوجب عقوبة مهما كانت. فمهما كانت فداحة الخطأ المرتكب من طرفه فإنه لا يمكن أبداً تصور فداحة المصاب الذي يحل بالعامل الطرف الضعيف في علاقة العمل. إن خطورة المادة بالنسبة للعامل تكمن في كون أن التسريح ولو اعتبر تسريحاً تعسفياً إلا أنه لا يترتب عليه بصفة حتمية إعادة العامل إلى منصب عمله إذا رغب في ذلك رب العمل لأن القانون يمنحه الحق في رفض إعادة الإدماج مقابل تعويض مالي. إن ذلك يعني أنه باستطاعة رب العمل التخلص من العامل بمجرد ما يرى أن هذا الأخير غير مرغوب فيه داخل المؤسسة.

إن هذا الموقف ينعكس سلبياً على العامل، ويمكن أن يتناقض مع تحديد المشرع للأخطاء الجسيمة عندما يسمح لرب العمل خيار التعويض بدلاً من رجوع العامل. وفي أغلب الأحيان فإن خيار التعويض يتمسك به المستخدم أكثر من العامل بسبب قدرته على تحمل هذه الأعباء المالية التي يقوم بتحديدها القاضي. ونتساءل ما إذا كان من الأجدر على المشرع، حماية للطرف الضعيف أن يترك للقاضي السلطة التقديرية للنظر في مسألة الخيار بين التعويض والرجوع إلى منصب العمل خاصة إذا كان

يوجد خلاف بين طلبات الأطراف ، فالعامل يريد الرجوع إلى منصب العمل ، ويفضل رب العمل التعويض عن التسريح التعسفي .

إن القاضي الذي يلزم بالملف يكون باستطاعته أن يراعي مجموعة من الاعتبارات التي من شأنها أن تؤثر على موقفه ومنها الاطلاع على مرحلة الصلح من خلال محضر عدم الصلح الذي يدون فيه مواقف الأطراف ، فإذا رأى أنه لا توجد رغبة متبادلة لدى الطرفين لاستمرار علاقة العمل ، فإنه لا فائدة من إصدار حكم يقضي بالرجوع إلى العمل مادام أن النزاع قائماً بسبب تشبث كل طرف بموقفه ، ويزداد الأمر تعقيداً عندما يتولد لدى بعض أرباب العمل ، خاصة في القطاع الخاص ، شعور يعتبرون بموجبه لجوء العامل إلى القضاء ، هو بمثابة احتقار لهم وانتقاص لسمعتهم وتحد لقراراتهم فيتعتنون ويتكون لديهم حقد يفقدون بسببه الثقة في العامل ولا يمكنوا أن يطمئنوا إليه إذا ما استمر في العمل لديهم ونفس الشعور يمكن أن يتكون لدى الأجير نفسه الذي يصبح بموجه يكن عداء للمستخدم ، وتكون النتيجة الحتمية لهذه الوضعية هي استحالة إرجاع الأوضاع إلى ما كانت عليه وبقاء الخصومة مستمرة بين الطرفين . كما يستطيع القاضي ، وهو ينظر في طلبات رب العمل المتمثلة في تشبته بحقه المنصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 74-4 واستعداده لدفع تعويض ، أن يراقب الخطأ . فإذا رأى أن العامل لم يرتكب أي خطأ يستوجب عقوبة من خلال فحصه النظام الداخلي فيرفض طلب رب العمل الخاص باستعداده لتعويض العامل بعد استخلاصه من الوقائع والإجراءات أن الرغبة الحقيقية للمستخدم هي التخلص من العامل . إن هذه الحالة أفضل مما نص عليه المشرع في المادة 73-5 التي تعطي للعامل الحق في مهلة العطلة والاستفادة من التعويض في حالة عدم ارتكابه خطأ جسيم . ونتساءل ما الفائدة من حصر الأخطاء الجسيمة إذا سمح لرب العمل من القيام بالتسريح دون ارتكاب العامل خطأ جسيم؟ إن الباب يبقى مفتوحاً للتعسف في استعمال هذا الحق من طرف أرباب العمل الذين يستعملون قوتهم الاقتصادية في خدمة المساس بالحقوق الأساسية للعمال المتمثلة في البحث على لقمة العيش . ورب قائل يرد كافة هذه الاعتبارات بدعوى أن العامل المظلوم بإمكانه اللجوء للقضاء الذي سيتولى تعويضه عن الضرر الذي حل به من جراء التسريح ، لكن هذه التعويضات التي سيحكم له بها لرد اعتباره لا يمكن لها تغطية كافة حاجياته إلى حين إيجاد شغل آخر إذا كان شاباً أو إحالته إلى التقاعد عندما يصل إلى السن القانوني .

ومن تم نعتبر بأن هذه الحماية ضد التسريح التعسفي للعمال هي حماية ناقصة .

إن الملاحظة التي يجب الإشارة إليها تتمثل في أن الحق الذي منحه المشرع للطرفين المتمثل في عدم رغبتهم لمواصلة العلاقة يجب أن يطرح في الدعوى الأصلية ، فلا يجوز للطرفين أن يتمسكوا بهذا الحق بعد صدور الحكم .

إن جميع الأحكام التي تؤسس فيها الدعوى على الطابع التعسفي للتسريح أو على مخالفة الاجراءات التأديبية تكون ابتدائية ونهائية. وبذلك تنفرد الدعوى المؤسسة على الطابع التعسفي للتسريح بطابع خاص بحيث تصدر الأحكام بشأنها ابتدائية ونهائية مهما يكن من أمر سواء أسست على الطابع التعسفي للتسريح أو على مخالفة الإجراءات التأديبية أو على الاثنين معا. أما القضايا الأخرى التي تؤسس على عقوبات غير عقوبات التسريح فتبقى خاضعة للمادة 21 من قانون 90-04 لوحدها. أما فيما يخص الدعاوى التي لا تتعلق بعقوبات تأديبية كاتلك التي تتعلق بالأجور أو الترقية، فتبقى خارجة عن نطاق تطبيق النصين المذكورين وتصدر الأحكام بشأنها ابتدائية قابلة للاستئناف ما عدى في الحالات التي يكون فيها الطلب الأصلي مؤسس على طلب إلغاء عقوبة تأديبية لمخالفتها الاجراءات التأديبية أو عقوبة التسريح. ونشير إلى أن بعض المجالس القضائية تصدر قرارات اثر نظرها في الاستئنافات في الأحكام الابتدائية والنهائية وتقضي بعدم قبولها شكلا وهذا يعتبر خطأ والعبارة الصحيحة تكون "عدم قبول الاستئناف"¹. وفيما يخص الطعن بالنقض، فإنه لا يمكن الاعتماد على الوصف الخاطئ للحكم كمخالفة القواعد الجوهرية للإجراءات ذلك أن طرق الطعن القانونية تكون مفتوحة حتى ضد الاحكام التي توصف خطأ، بالابتدائية.

المطلب الثاني : الأسس التي يخضع لها تقدير التعويض عن الطرد التعسفي

يعتبر الطرد التعسفي صورة من صور الخطأ الداخلة في نطاق المسؤولية التقصيرية بخلاف فسخ العقد المحدد المدة بكيفية تعسفية الذي يعتبر اخلال بالتزام تعاقدى أي انه داخل في نطاق المسؤولية التعاقدية.²

خلافًا لما كان يتم العمل به في ظل التشريع السابق ، فاصبح إلغاء التسريح لا يرتب حتما إرجاع العامل إلى منصب عمله بل يحق للطرفين التمسك بالتعويض مقابل عدم مواصلة عقد العمل ورفض الرجوع.

تنص الفقرة 2 من المادة 74-4 "..... في حالة رفض أحد الطرفين يمنح العامل تعويضا ماليا لا يقل عن الأجر الذي يتقاضاه العامل عن مدة 6 اشهر...". لم يحدد المشرع التعويض الذي يتقاضاه العامل على إثر التسريح التعسفي، فاكتفى بتحديد حده الأدنى الذي لا يقل عن ستة أشهر من العمل. وبما أن المشرع لم يضع الحد الأقصى لفترة الأجور الممنوحة فإنه يصعب على القاضي تقدير الطلب المعروض عليه ومن تم عليه أن يأخذ بعين الاعتبار عدة عوامل منها الأقدمية في العمل، التي يمكن أن يقصد بها الأقدمية داخل المؤسسة التابع لها العامل أو حتى أقدميته في منصب العمل خلال حياته المهنية

¹ قرار رقم 204311 صادر بتاريخ 2000/10/10. عبد سلام ديب. المرجع السابق. ص. 563.

² محمد الجرنى. قاضي بالمحكمة الابتدائية في المغرب. الندوة الثانية لفضاء الاجتماعي. منشورات جمعية البحوث والدراسات القضائية ص. 259.

، نظرا لما قام به العامل من جهد أثناء عمله ، وكذلك أخذ بعين الاعتبار تعذر حصول العامل على عمل جديد نظرا لتقدمه في السن وحتى الآلام النفسية التي تصيب الأجير من جراء طرده من منصب عمله ، والنظر في الظروف الاجتماعية والعائلية للأجير وحتى المنطقة التي يعيش فيها العامل ، فالعامل الذي يسكن في مدينة كبيرة ليس هو الأجير الذي يسكن في قرية صغيرة ، ذلك أن فرص الشغل بالنسبة للأول متوفرة في حين أنها تكون شبه منعدمة بالنسبة للثاني .

المطلب الثالث :قواعد تنفيذ الأحكام وإشكالياتها

يستفيد العامل المتحصل على حكم ابتدائي ونهائي على النسخة التنفيذية من المحكمة التي أصدرت الحكم للسعي من تنفيذه . و لا تخفى على أحد أهمية التنفيذ وما يعلقه عليه المتقاضون من أمل على اعتبار أنه هو التجسيد المادي لفعالية الجهاز القضائي ،ولأنه هو وسيلة إبراز محتويات الحق المتنازع عليه ولأنه غاية كل من يطرق باب القضاء . وقال الخليفة عمر ابن الخطاب رضي الله عنه في رسالته إلى أبي موسى الأشعري " لا يمكن التكلم بحق لا نفاذ له " .إن التنفيذ الذي نحن بصدد الكلام عنه هو التنفيذ الجبري الذي عرف بأنه " ذلك التنفيذ الذي تجرته السلطة العامة تحت اشراف القضاء ورقابته بناء على طلب دائن بيده سند مستوف لشروط خاصة بقصد استيفاء حقه الثابت من المدين قهرا عنه "¹

فإذا كان المشرع قد افرز بابا خاصا بالقواعد في القضايا الاجتماعية ،بدأ من تحديد الجهة المختصة بالبحث فيها وخصها بأحكام رعيت فيها عدة اعتبارات اقتضتها طبيعة هذه القضايا وما تحتاج إليه من عناية خاصة لتبسيط المسطرة وتقريبها من العامل مع تدليل كل الصعاب وتجاوز كل ما يمكن أن يحول دون وصوله إلى حقه في إطار ما تمليه وتوصي به المواثيق الدولية التي ارتبطت بها الجزائر، فإنه يلاحظ أن المشرع لم يخص لتنفيذ الأحكام الاجتماعية أية مقتضيات خاصة تميزها عن تنفيذ باقي الأحكام. هل هذا الموقف يشكل نقصا أو فراغا تشريعا أم الأمر يعتبر طبيعيا ؟.

إن الأمر يعتبر طبيعيا إذا اعتبرنا أن قواعد التنفيذ الجبري يجب أن تكون عامة .فليس من عادة المشرع أن يفرض لكل نوع من القضايا مقتضيات خاصة بالتنفيذ .فالقضايا الإدارية على سبيل المثال لا نجد فيها أي مقتضيات تتعلق بتنفيذ الأحكام ،فالقواعد تنظم بصفة عامة في قانون الاجراءات المدنية والإدارية. إن المشرع يكتفي عادة بالإشارة إلى القوة التنفيذية للحكم أو القرار ويقرر ما إذا كان سوف يتمتع بالقوة التنفيذية على الأصل كما هو الشأن بالنسبة للأحكام النهائية الصادرة من المحاكم الاجتماعية أو بعد التبليغ ورغم كل وسائل الطعن . وهكذا وعلى غرار باقي الأحكام يجب لمباشرة اجراءات التنفيذ توفر كل الشروط الشكلية الجوهرية من وجوب الاداء بالسند التنفيذي وسلوك مقدمات

¹ أحمد أبو الوفا .التعليق على نصوص قانون المرافعات .مصر.دون بيان تاريخ الطبع.ج.2 ص 1042

التنفيذ والتأكد من صفة طالب التنفيذ والمطلوب فيه واحترام الاجراءات الخاصة بالتنفيذ التي ينظمها قانون الاجراءات المدنية والادارية الصادرة بخصوص احترام وكفالة حقوق العمال والمطالبة بتسليط غرامة تهيديية .وتكون الأحكام الصادرة بشأنها قابلة لطرق الطعن العادية .أما إذا استمر الامتناع عن التنفيذ يلجأ إلى تصفية الغرامة التهيديية حسب قواعد قانون الاجراءات المدنية والإدارية. لكن إذا نظرنا إلى الطبيعة الخاصة لقواعد العمل ،فكان بإمكان المشرع النص على قواعد للتنفيذ الجبري ذات طابع خاص .فالأحكام التي تصدرها المحاكم بصفة ابتدائية ونهائية والتي يقرر فيها القاضي إعادة العامل إلى منصب عمله مع تمكينه من تعويض تطرح عدة مشاكل في الواقع العملي ويمكن أن يكون الخاسر فيها العامل ، عندما ينفذ رب العمل الشرط المتعلق بالتعويض ويرفض تنفيذ الشرط الثاني المتعلق بإعادة الإدماج ، الأمر الذي يدفع العامل طبقاً للإجراءات القانونية اللجوء إلى المطالبة بتسليط على رب العمل غرامة تهيديية يومية جعلها المشرع وسيلة اكراه لتنفيذ الحكم .وإن كانت المحاكم تحكم بالغرامة التهيديية وتقوم بتصنيفتها ، فإن تقدير الضرر يكون طبقاً لنص المادة 34 من قانون 90-04 التي تتكلم على الغرامة التهيديية اليومية التي لا تقل عن 25% من الراتب الشهري الأدنى المضمون عملاً بنص المادة 39 التي تنص " في حالة اكتساب الحكم الصيغة التنفيذية يحدد القاضي الغرامة التهيديية اليومية المنصوص عليها في المادتين 34 و 35 من هذا القانون " إن ذلك مؤكّد من طرف المحكمة العليا .¹

خاتمة

ونشير في الأخير إلى أن الواقع العملي لا يشجع على اللجوء إلى الغرامة التهيديية ثم إلى التصفية لأن ذلك من جهة، يكلف العامل خسائر معتبرة ووقت طويل ، هذا الزمن الذي يستغله رب العمل وهو يعلم أن الإمكانيات المادية للعامل محدودة وأن الغرامة التهيديية المحكوم بها تعتبر مبلغاً زهيداً ،يفضل المستخدم دفعه مقابل عدم إعادة إدماج العامل خاصة وأن المحاكم تحكم مرة واحدة في مسائل الغرامة التهيديية .ومهما كانت قيمة التعويض المحكوم به لا يمكن أن يساوي منصب العمل .

¹قرار رقم 214908 مؤرخ في 2001/03/21 قضية :م-ص ضد : ب-ب المجلة القضائية العدد الثاني 2002 ط.2004

البيئة التشريعية لتكنولوجيا الإعلام و الاتصال في الجزائر

الدكتورة.عمارة مسعودة - استاذة محاضرة*أ

كلية الحقوق و العلوم السياسية-جامعة البليدة 2-الجزائر

b.chemse@yahoo.fr

ملخص:

تهدف دراستنا إلى تحديد التغييرات التي طرأت على المنظومة القانونية فلا جدال في أن وسائل الاتصال الحديثة أسهمت إلى حد كبير في تعزيز التواصل الاجتماعي و حتى القانوني، فالقانون ليس بمنأى عن التحولات التكنولوجية و قد كان له الحظ الوافر ، حيث تعرف المنظومة القانونية تغييرات و تعديلات مع ما تعرفه الساحة التكنولوجية من تطورات ، و بات من الضروري مواكبة هذه المتغيرات التكنولوجية من الناحية التشريعية بوضع صيغ و اطر قانونية تنظم تكنولوجيا الاتصال والإعلام لحماية المجتمع و المؤسسات

مقدمة:

عملت رهانات الألفية الجديدة على إحداث تحولات عميقة و جذرية في المجتمع شملت مختلف الميادين و أضحت من خلالها تكنولوجيا الإعلام و الاتصال مادة أولية أهم من جميع المواد الأولية الأخرى المعروضة في اقتصاد السوق في الوقت الراهن و دعامة أساسية لنمو اقتصاديات الدول ، فبات من الضروري وضع اطر قانونية لهذه التكنولوجيا التي مست العديد من الميادين دون استثناء من جهة ، و من جهة أخرى تحين الترسانة القانونية الموجودة لتتماشى و التحولات الراهنة، ذلك أن الاستخدام المتزايد لاصطلاح العولمة في الأدبيات السياسية و الاقتصادية و القانونية هو الآخر ساهم إلى حد كبير في إعادة النظر في المنظومة الداخلية للمجتمعات حيث شهدت تكنولوجيا الاتصال والمعلومات خلال السنوات الأخيرة تطورات سريعة وتأثيرات مباشرة للثورة الرقمية على نمط الحياة الإنسانية على الأصعدة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية تجعل التنمية الاقتصادية مرتبطة إلى حد كبير بمدى قدرة الدول على مسايرة هذه التحولات والتحكم فيها قصد استغلال الإمكانيات المتوفرة والمتجددة.

إن التكنولوجيا الحديثة في وسائل الإعلام والاتصال غيرت جذرياً جانباً مهماً من معتقدات وقناعات المجتمعات وثقافتها، وهو ما انعكس بشكل واضح في تغير مجرى حياتنا مادياً واعتبارياً، وهو ما يمكن قراءته بدقة بين سطور التقرير رقم 1352 المؤرخ في 1964/04/27 الذي تمت مناقشته في دورة الكونغرس الأمريكي رقم 88 حيث جاء فيها¹ "يمكننا أن نحقق بعض أهداف سياستنا الخارجية من خلال التعامل مع شعوب الدول الأجنبية بدلاً من التعامل مع حكومتها من خلال استخدام أدوات وتقنيات الاتصال الحديثة، يمكننا اليوم أن نقوم بإعلامهم والتأثير في اتجاهاتهم، بل وممكن في بعض الأحيان أن نجبرهم على سلوك طريق معين لهذه المجموعات يمكنها بدورها أن تمارس ضغوطاً ملحوظة وحتى حاسمة على حكوماتها"

و عليه نظرا للدور الكبير الذي تلعبه تكنولوجيا الاتصال و الإعلام اليوم في التأثير على الشعوب تظهر أهمية دراستنا في : -إن فكرة العولمة و آليات حراكها تستوجب علينا إدراك كيفية استثمارها و التأقلم مع سلبياتها و ايجابياتها

¹ - انظر الموقع الالكتروني <http://www.alukah.net>

-إن الثورة التكنولوجية حقيقة ينبغي عدم تجاهلها و التعامل معها بكل حزم من نواحي متعددة قانونية و اجتماعية.... الخ

-عدم تجاهل أطروحة مجتمع المعرفة و المعلومات و تأثيرات الفضاء الالكتروني و الثورة الرقمية على مجتمع و القانون. و نطرح الإشكال التالي : كيف تعاملت الدولة قانونيا وتشريعيا مع هذا التطور؟، ماهي تأثيرات ثورة المعلومات وتكنولوجيا الاتصال على المنظومة القانونية؟ و للإجابة عن هذه التساؤلات اعتمدنا على المنهج التحليلي الوصفي النقدي من خلال خطة مكونة من مبحثين: **المبحث الأول:** تحديد مفهوم تكنولوجيا الإعلام و الاتصال و **المبحث الثاني:** ضرورة تطوير التشريعات و القوانين المرتبطة بالاتصال و الإعلام.

المبحث الأول: تحديد مفهوم تكنولوجيا الإعلام و الاتصال

من باب أولى لدراسة تأثير تكنولوجيا الإعلام و الاتصال على المنظومة القانونية في الجزائر تحديد مفهوم الإعلام و الاتصال أولا ثم الإطار القانوني لها في الجزائر

المطلب الأول : تعريف تكنولوجيا الإعلام و الاتصال

تعرف تكنولوجيا الإعلام و الاتصال¹، مفاهيم فقهية متنوعة يرجع إلى الفجوة الكبيرة التي أحدثتها الثورة الرقمية و تطور الكبير لوسائل الاتصال الحديثة

الفرع الأول: مدلول تكنولوجيا الإعلام و الاتصال

لقد أدى التطور التكنولوجي للاتصالات والمعلوماتية، إلى ظهور وسائل وتطبيقات وسيلية اتصالية جديدة أطلق عليها البعض اسم "التكنولوجيا الجديدة للإعلام والاتصال NTIC وهي تعني أساسا تلك الموصولة بالكمبيوتر، ولها آثار عدة تشمل مجالات وتطبيقات متنوعة مثل تشخيص المعارف عموما وتنظيم المؤسسات خصوصا².

وتظهر التكنولوجيات الحديثة للإعلام والاتصال من خلال الجمع بين الكلمة مكتوبة ومنطوقة، والصورة ساكنة ومتحركة وبين الاتصالات سلكية ولاسلكية، أرضية أو فضائية ثم تخزين المعطيات وتحليل

¹ - انظر لأكثر تفصيل في مفهوم تكنولوجيا الإعلام و الاتصال : نوري منير ، بارك نعيمة ، مداح عرابي تكنولوجيا المعلومات والاتصال وأهميتها في اقتصاديات الدول العربية لمسايرة تحديات الاقتصاد العالمي الجديد -التوصيات والمتطلبات - جامعة حسيبة بن بوعلي الشف ، دون سنة ص 2 و ما يليها.

² - بن بريكة عبد الوهاب و التركي زينب اثر تكنولوجيا الإعلام و الاتصال في دفع عجلة التنمية مجلة العلوم الاقتصادية و التجارية و علوم التسيير مجلة الباحث عدد 07 السنة 2010/2009 ص 245

مضامينها وإتاحتها بالشكل المرغوب وفي الوقت المناسب، وبالسرعة اللازمة¹، أو هي " جميع أنواع التكنولوجيا المستخدمة في تشغيل ونقل وتخزين المعلومات في شكل إلكتروني، وتشمل تكنولوجيا الحاسبات الآلية ووسائل الاتصال وشبكات الربط وأجهزة الفاكس وغيرها من المعدات التي تستخدم بشدة في الاتصالات"²، أو هي كما يعرفه البعض " مجموع التقنيات أو الأدوات أو الوسائل أو النظم المختلفة التي يتم توظيفها لمعالجة المضمون أو المحتوى الذي يراد توصيله من خلال عملية الاتصال الجماهيري أو الشخصي أو التنظيمي، والتي يتم من خلالها جمع المعلومات و البيانات المسموعة أو المكتوبة أو الصورة أو المرسومة أو المسموعة المرئية أو المطبوعة أو الرقمية (من خلال الحاسبات الالكترونية) ثم تخزين هذه البيانات والمعلومات، ثم استرجاعها في الوقت المناسب، ثم عملية نشر هذه المواد الاتصالية أو الرسائل أو المضامين مسموعة أو مسموعة مرئية أو مطبوعة أو رقمية، ونقلها من مكان إلى آخر، ومبادلتها، وقد تكون تلك التقنية يدوية أو آلية أو إلكترونية أو كهربائية حسب مرحلة التطور التاريخي لوسائل الاتصال و المجالات التي يشملها هذا التطور"³.

أو هي "خليط من أجهزة الحواسيب الإلكترونية ووسائل الاتصال المختلفة، مثل الألياف الضوئية والأقمار الصناعية، وكذلك تقنيات المصغرات الفلمية، والبطاقية،... أي مختلف أنواع الاكتشافات والمستجدات والاختراعات والمنتجات التي تعاملت وتعامل مع شتى أنواع المعلومات،). من حيث جمعها وتحليلها وتنظيمها) توثيقها و خزنها واسترجاعها في الوقت المناسب، وبالطريقة المناسبة والمتاحة"⁴.

ونشير إلى أن مصطلح " تكنولوجيا الإعلام والاتصال " يعد أشمل وأدق من الترجمة المتداولة "تكنولوجيا المعلومات والاتصالات" والتي ينقصها الشمولية لمعنى عبارة ICTS التي تعتمد ميدانين : الإعلام **Communication** و الاتصال **Information** والجمع اتصالات يفيد معنى مغاير للمعنى المعتمد في الكلمة اللاتينية، ومن جهة أخرى فإن الفارق واضح بين مصطلح الإعلام والمعلومة حيث تعتبر المعلومة المادة الخام للإعلام) ، والإعلام عملية تنطوي على مجموعة من أوجه النشاط من

¹ - بومعيل سعاد، فارس بوباكورة: أثر التكنولوجيات الحديثة للإعلام والاتصال في المؤسسة الاقتصادية، مجلة الاقتصاد والمناجمنت، جامعة تلمسان، العدد السنة 03 مارس 2004، ص205

² - بن سعيد محمد، لحر عباس: تكنولوجيا الإعلام والاتصال والتنمية الاقتصادية، الملتقى الدولي الثالث حول: تسيير المؤسسات: المعرفة الركيزة الجديدة والتحدي، التنافسي للمؤسسات والاقتصاديات، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية العلوم الاقتصادية والتسيير 13/12 نوفمبر 2005 ص 287 و معالي فهمي خيضر، نظم المعلومات مدخل لتحقيق الميزة التنافسية، الدار الجامعية، إسكندرية، 2002، ص.253

³ - بن سعيد محمد، لحر عباس المرجع السابق ص 287 و معالي فهمي خيضر، المرجع السابق، ص26

⁴ - عامر إبراهيم قنديلجي، إيمان فاضل السامراتي: تكنولوجيا المعلومات وتطبيقاتها، الوراق للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002، ص38،

بينها نشاط نقل المعلومات وتداولها، فهو يشمل المعلومات لكن المعلومات لا تحتوي على كل موضوعات الإعلام. وتشمل التكنولوجيات الجديدة (للإعلام والاتصال فرعين أساسيين: **أولاً - تشغيل المعلومات**: ويشمل هذا الفرع الوظائف التي تتناول المعالجة والتوزيع الآلي للمعلومات، والتي تعتبر الأساس في انجاز عمليات التشغيل في المنظمات وتدعيم قدرة الإدارة على اتخاذ القرارات، ويتمثل المحور المركزي لهذا الفرع في تطبيقات الإعلام الآلي بأشكاله المختلفة.

ثانياً - نقل وإيصال المعلومات: يمثل هذا الفرع عملية نقل وإيصال المعلومات التي تم تشغيلها بين المواقع المتباعدة للحواسيب أو بين الحواسيب ووحدة الطرفية البعيدة وذلك باستخدام تسهيلات الاتصالات عن بعد **Télécommunication** من خلال كل هذه التعاريف يمكننا القول بأن الخاصية الأساسية في التكنولوجيات الحديثة للإعلام والاتصال هو ارتباط تكنولوجيات الإعلام الآلي مع تكنولوجيات الاتصالات السلكية واللاسلكية، وكذا السمع البصري، بمعنى آخر هو الجمع بين النص والصوت والصورة،¹ و عليه ويمكن أن نعرف تكنولوجيا الإعلام والاتصال على أنها: مجموع الوسائل المستخدمة للإنتاج واستغلال توزيع المعلومات بكل أشكالها وعلى اختلاف أنواعها: المكتوبة، المسموعة والمرئية، وهناك تعاريف ظهرت في مجال إدارة الأعمال ومن بين هذه التعاريف: هربت سيمون: "تكنولوجيا الإعلام والاتصال تساعد على جعل كل المعلومات مسموعة أو رمزية أو مرئية، تقرأ على حاسوب أو كتب أو مدكرات تخزن في الذاكرات الإلكترونية"، و يعرف البنك الدولي لتكنولوجيا المعلومات والاتصال بأنها: "مجموعة من الأنشطة تسهل تجهيز المعلومات وإرسالها وعرضها بالوسائل الإلكترونية"²

الفرع الثاني: مظاهر تطور ثورة تكنولوجيا الإعلام والاتصال من الماضي إلى المستقبل
عرفت تكنولوجيا الإعلام والاتصال تطوراً على مستوى المكونات والأجهزة والمعلومات³:

أولاً: ثورة المعلومات: وتمثل في ذلك الانفجار المعرفي الضخم وتضاعف الإنتاج الفكري في مختلف المجالات، وظهور الحاجة إلى تحقيق أقصى سيطرة ممكنة على فيض المعلومات المتدفقة وإتاحته للباحثين والمهتمين وصانعي القرارات في أسرع وقت وبأقل جهد عن طريق استخدام أساليب وبرامج

¹ - بن بريكة عبد الوهاب و التركي زينب المرجع السابق ص 246

² - زلماط مريم، دور تكنولوجيا الإعلام والاتصال في إدارة المعرفة داخل المؤسسة الجزائرية دراسة حال بسوناطراك فرع STH مذكرة تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير بمدرسة الدكتوراه تخصص تسيير الموارد البشرية، جامعة ابوبكر بلقايد تلمسان 2010/2009 ص 29

³ - انظر لاكثر تفصيل: زلماط مريم المرجع السابق ص 22

معاصرة في تنظيم المعلومات تعتمد في الدرجة الأولى على الكمبيوتر واستخدام تقنية الاتصال لمساندة مؤسسات المعلومات¹

ثانيا: المكونات : تتكون تكنولوجيا المعلومات والاتصال من مجموعة من العناصر التي تتطور باستمرار نتيجة الطلب المستمر عليها، وتمثل هذه المكونات فيما يلي:²

■ **الآلات:** تتميز الآلات بقدرات سريعة في التنفيذ وتكلفة أقل مع إمكانيات فنية أعلى من قدرات الإنسان، ونقصد هنا في حديثنا عن الآلات الخاصة بتكنولوجيا المعلومات والاتصال جميع أنواع الحواسيب الموجودة، سواء كانت ذات الحجم الكبير أو الحواسيب الصغيرة أو الحواسيب الشخصية.

■ **البرمجيات:** وهي اللغة والوسيلة التي يتم من خلالها تعامل المستخدمين مع البيانات المخزنة بالآلات، كما يتم من خلالها تخزين هذه البيانات واستدعاءها وتشغيلها، وقد شهدت لغة البرمجة تطورات كبيرة وهذا ما يفسر تنوعها وكثرتها.

■ **الشبكات:** تسمح هذه الشبكات باستغلال قدرات الاتصال عن بعد، وهذا ما يسمح بتبادل المعلومات بكل سهولة ويسر، كما يوفر للمستخدمين إمكانية الاتصال مع مختلف الأطراف.

■ **الآلية:** كاستعمال الرجل الآلي مثلا في بعض المجالات عوض عن الإنسان، ولا يعني ذلك إمكانية الاستغناء عن الإنسان 100%، فمهما تم إحلال العمل الآلي مكان العمل الإنساني، يبقى دور الإنسان ضروريا للتحكم بالآلات وتشغيلها والتنبؤ بأخطارها واختراع الجديد منها.

في البداية أطلقت تسمية علم الكمبيوتر عندما كان المتعلم يسعى لفهم طبيعة هذا الجهاز الذي يستطيع إنجاز ملايين التعليمات في وقت قصير ومع تطور هذا العلم أصبح يسمى تكنولوجيا المعلومات والتي تعني كيفية توظيف الحواسيب والبرمجيات لتحويل وتخزين وحماية ومعالجة المعلومات وكذا نقل واستعادة المعلومات ومن ثم تطور المفهوم ليصبح تكنولوجيا المعلومات والاتصال وهي مجموعة الأدوات والأجهزة التي توفر عملية تخزين المعلومات ومعالجتها ومن ثم استرجاعها، وكذلك توصيلها بعد ذلك عبر

¹ - ثامر كامل محمد : العولمة من منظور ثورة المعلومات و تكنولوجيا الاتصال و آليات حراكها في الوطن العربي ، مجلة العلوم السياسية العراق عدد خاص 37 دون سنة ص 227

² - يحيى دريس، دور إقامة نظام وطني للمعلومات الاقتصادية في دعم متخذي القرار-حالة الجزائر، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير في علوم التسيير تخصص: إستراتيجية السوق في ظل اقتصاد تنافسي، قسم علوم التسيير، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير والعلوم التجارية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، 2006/2005، ص 85-86. و عماري توفيق و بكوش لطيفة تحديد مجالات تعميم استعمال تكنولوجيا المعلومات والاتصال في التسيير والتواصل والتكوين ، مفتشية التربية لولاية الوادي دون سنة ، ص 2 .

أجهزة الاتصالات المختلفة إلى أي مكان في العالم، أو استقبالها من أي مكان في العالم¹، ولقد شكّل تطور وسائل الإعلام والاتصال، عبر حقبة زمنية متعاقبة، وعلى امتداد تاريخ يتسم بعدم القصر، قفزات واسعة، تجسدت انطلاقها الصاروخية بمقياس الزمن المتسارع - إن صح التعبير - بداية منتصف القرن العشرين وما تلاها، كان لها أثر بالغ في ظهور قنوات فضائية، متعددة الأغراض والأساليب، غطت عوالم الاتصال المرئي والمسموع والمقروء، فبرزت العديد من وسائل الاتصال التي تقوم على مشاركة المتلقي مثل الوسائط المتعددة، التي مزجت بين الكمبيوتر وخدمات الهاتف والتلفاز مع الصوت والنص المكتوب والمعطيات الإلكترونية الرقمية و الانترنت² التي غزت العالم، إذ ما عاد بالإمكان لأحد الاستغناء عن وظائفها، وما تقدمه من إفرات في التعليم والثقافة والمعرفة، وفي تحديد مسار الاتجاه للإنسان المعاصر، بعد أن تخطت تلك الوسائل كل الحواجز، وأضحى نتاجها الإعلامي في كل بيت وزاوية، فتلاشت بوجهها الحدود السياسية والجغرافية حتى أصبح الإعلام وعلم المعلوماتية، تبعاً لذلك، علوماً لا تحدها حدود ولا تقف بوجهها الموانع

ثالثاً: تطور في الأجهزة: لقد عرفت كل من أجهزة الكمبيوتر و الاتصال تطورا واسعا ظهر في :

- **ثورة الحاسبات الالكترونية:** وتعني التطور غير المتناهي في إنتاج أنظمة المعلومات المختلفة وفي إدارة نظم المعلومات وشبكاتها، والواقع أن تعريف تكنولوجيا المعلومات ينطوي على معنى التزاوج بين تكنولوجيا الحاسبات الإلكترونية وتكنولوجيا الاتصالات، وقد توغلت تأثيرات هذه الثورة في جميع أشكال الحياة الإنسانية، فمنذ أربعينيات القرن الماضي حيث شهد هذا الجهاز تطورات كبيرة تختصرها في ما يلي:³

- **الجيل الأول 1946-1959:** ظهر هذا الجيل بجامعة (Pennsylvanie) ما بين 1944-1946 على شكل أول آلة الكترونية تحتل مساحة تقارب 160م²، وكانت تعمل بالصمامات المفرغة وتستهلك الكثير من الطاقة وتفرض الكثير من الحرارة.

¹- voir pour plus d'information le site web : <http://www.startimes.com09/03/2011>,

² -ويمكن أن نعرف الانترنت على أنه مجموعة هائلة من أجهزة الحاسوب المتصلة فيما بينها، حيث تمكن مستخدميها من المشاركة في تبادل المعلومات، كما أن الانترنت يحتوي على مجموعة كبيرة من البرامج والمستخدمين. يصعب في الواقع تقديم تعريف محدد ودقيق للانترنت، فتكوينه جاء حصيلة استخدام برمجيات حاسوبية، لكن التعريف الضيق للانترنت يشير إلى أنه عبارة عن حاصل جمع إجمالي الأجهزة المترابطة باستخدام بروتوكول الانترنت، و البروتوكول عبارة عن مجموعة من الاتفاقيات الفنية أو المواثيق التي تحدد القواعد التي يتم بمقتضاها تكوين الخدمات، ومن الأمثلة عن هذا النوع من الخدمات: البريد الإلكتروني (e-mail) و شبكة العنكبوت الدولي (world wide web) ومجموعة الأخبار والقوائم البريدية. انظر لمزيد من التفصيل زلماط مريم المرجع السابق ص 41/40

³ محمد صالح الحناوي وآخرون، نظم وتكنولوجيا المعلومات في الأعمال في عصر التكنولوجيا، الدار الجامعية، مصر، 2004 ص 296-298.

- **الجيل الثاني 1959-1965**: وقد استعمل في هذا الجيل الترانزستور بدلا من الصمامات المفرغة والتي ساعدت على التغلب على مشكلة الحرارة وأقلت من معدلات التوقف ووفرت في الطاقة.
- **الجيل الثالث 1964-1970**: والفرق بينه وبين الجيل الذي يسبقه في: صغر حجمه والذي نتج عن استعمال الالكترونيات الدقيقة بإدماج الدوائر الالكترونية؛ تطور الذاكرات الفرعية القادرة على استيعاب معلومات كبيرة بأقل تكلفة وتطور لغات البرمجة مثل ظهور البازيك والباسكال.
- **الجيل الرابع من بداية 1970**: وقد ارتبط باكتشاف وتطوير (Micro-processors) والذي يعتمد على تقنية دمج أكبر عدد ممكن من المكونات الأساسية على شريحة واحدة، كما تم التوصل لصناعة الذاكرات المعتمدة على شرائح السيلكون ذات الحجم الصغير والسعة الكبيرة.
- **الجيل الخامس من الآن إلى المستقبل**: وهو محور بحوث تجرى في أوروبا والولايات المتحدة واليابان حيث تعمل هذه الدول على ابتكار ما يسمى بالحواسيب الذكية والتي يمكنها القيام بكثير من الأعمال المكتبية من خلال إدماج اللغة العادية كتابيا والتواصل الصوتي مع الآلة.
- و **عرفت البرامج تطور**: و يعد هذا العنصر بمثابة الروح للجسد فدونها لا يمكن الاستفادة من العتاد التكنولوجي، فهي حلقة الوصل بين المستخدم والآلة أي أنها تساعد على حفظ المعلومات بنظام فهي: "مجموعة منفصلة من التعليمات والأوامر المعقدة والتي توجه المكونات المادية للحاسوب للعمل بطريقة معينة بغرض الحصول على النتائج المطلوبة"¹،
- وتنقسم البرامج إلى: **أنظمة التشغيل**: أنظمة التشغيل هي عبارة عن حزمة برامج تجعل جهاز الحاسب يعمل بشكل صحيح، يقوم باختبار الحاسب الآلي كيف يتعامل مع البرامج الأخرى في المكونات المادية على الجهاز. يقوم نظام التشغيل بدورين رئيسين: إدارة موارد المكونات المادية والبرمجية للحاسب. هذه المورد تضم المعالج، الذاكرة، القرص،... كما يعمل بطريقة فعالة لربط التطبيقات بالمكونات المادية دون معرفة تفاصيلها مما يسمح لمطوري البرامج كتابة تطبيقات تعمل على أكثر من جهاز².
- **البرامج الملحقة**: هي البرامج التي تؤدي وظائف محددة بناء على اهتمامات المستخدمين (مثل برامج الكتابة والطباعة، برامج المحاسبية، قواعد البيانات، الجرافيك والألعاب ومعالجة الصوت...)
- ومن أشهر البرامج: **Microsoft office**، **Adobe programme**، ...

¹ عامر إبراهيم قنديلجي، إيمان فاضل السمرائي، تكنولوجيا المعلومات وتطبيقاتها، الوراق، الأردن، 2002، ط1، ص160.

² - عماري توفيق و بكوش لطيفة المرجع السابق ص 2 و ما يليها

وللبرمجيات لغات عدة تشكل وسيلة تخاطب الإنسان مع الآلة تنقسم إلى: لغات متدنية الأداء: وتشمل:

- لغة الآلة: وهي اللغة الوحيدة التي يفهمها الحاسوب وقد استخدمت في كتابة برمجيات الجيل الأول منه.
- لغات التجميع: وهي ناتجة عن صعوبة كتابة البرامج بلغة الآلة فهي بذلك تشكل تطورا لها لتجاوز تلك الصعوبة.
- لغات المستوى العالي: مثل بيسيك ، كوبول، باسكال.
- لغات الجيل الرابع: مثل دي بيس، أورك.

الآن يعتبر الإعلام متعدد الوسائط هو عنوان الثورة الإعلامية التي نشهدها في العصر الحالي ، اد يمزج بين مختلف أنواع الإعلام و التكنولوجيا ، فنجد الصوت و الصورة و الرسم و العمارة و النص الأدبي و المهارة اللغوية و التقنيات التكنولوجية ، و البث الرقمي و استخدام الكمبيوتر و الانترنت ، كل ذلك يتحالف معا لإنتاج اعلام بالغ التعقيد و الكثافة و الابهار .

ثورة وسائل الاتصال: وتمثل في تكنولوجيا الاتصالات الحديثة التي بدأت بالاتصالات السلكية واللاسلكية مرورا بالتلفزيون والنصوص المتلفزة¹ ومن ثم الاعتماد على الأقمار الصناعية والألياف البصرية، و لا يزال أفقها غير محدد. ومعنى آخر إنها مجموعة التقنيات أو الأدوات أو الوسائل أو النظم المختلفة التي يتم توظيفها لمعالجة المضمون أو المحتوى الذي يراد توصيله من خلال عملية الاتصال الجماهيري أو الشخصي أو التنظيمي أو الجمعي أو الوسطي، و قد عرفت هذه الوسائل تطور من التلكس والتليتكس: التلكس هو أول جهاز تم استخدامه في إرسال الرسائل بالكهرباء. حيث يتم إرسالها بتخصيص شفرة معينة لكل حرف عن طريق مفتاح خاص ثم يقوم هذا الجهاز بتحويل النقط (...) والشرطات (--) الخاصة بالشفرة إلى نبضات كهربائية وإرسالها عبر الأسلاك، أما التليتكس فهو حالة متقدمة على نظام التلكس وتطويرا لها، حيث أنه يجمع بين عمل التلكس وعمل نظام معالجة النصوص، الذي يعمل بواسطة الآلة الكاتبة الإلكترونية والشاشة المرئية المثبتة فيها، مع وجود إمكانية لحزن المعلومات المطبوعة. وهذا يعني أن تبادل الرسائل والمعلومات يكون إلكترونيا من وحدة ذاكرة (Mémoire) إلى وحدة ذاكرة ثانية أو أكثر وعبر شبكة اتصالات.

¹ - زلماط مريم المرجع السابق ص 22

● **الهاتف والفاكس:** يمثل الهاتف من أهم وسائل الاتصال الصوتي ومن أقدمها وأكثرها انتشارا بين الناس، والهاتف ليس أداة للتواصل فقط لكنه أداة تلعب دورها في الإنتاج والتسويق وإيصال الخدمات للكثير من المؤسسات. وقد تطور الهاتف في حجمه وشكله ومزاياه وإمكاناته عدة مرات إلى أن وصل لهاتف النقال من أحدث الابتكارات في عالم الاتصالات الهاتفية الهاتف الصوتي أو الهاتف الفيديو الذي يستطيع نقل الصورة مع الصوت بسرعة هائلة، وهو مزود بذاكرة تؤهله لحزن الصور واسترجاعها عند الحاجة ومشاهدتها على الشاشة أو طباعتها على الورق، أما **الفاكس** فيشبه آلة التصوير الصغيرة متصلة بهاتف. فما على المرسل إلا أن يضع وثيقة في الجهاز، ثم يدير رقم هاتف جهاز فاكس المرسل إليه، وبمجرد أن يفتح الخط أو يتم الاتصال، تتحرك الأداة الفاحصة الإلكترونية في جهاز الإرسال وتحول الصفحة المرسله إلى مجموعة من الإشارات الكهربائية الرقمية التي تنتقل عبر خط الهاتف إلى جهاز فاكس المستقبل الذي يعيد الإشارات الكهربائية الرقمية مرة أخرى إلى نسخة طبق الأصل من الوثيقة الأصلية ثم يطبعها¹.

● **الأقمار الصناعية:** تعتبر الأقمار الصناعية محطات تحويل فضائية لبث إشارات ترسل بواسطة المحطات الأرضية والتي تعمل أيضا على ربط شبكات الاتصالات الأرضية من خلال شبكات الهاتف. وقد أخذت الاتصالات الفضائية عبر الأقمار الصناعية دورا هاما في مجال نقل الرسائل والمعلومات بفضل فعاليتها وعدم تأثرها بالظروف المحيطة، ويمكن القول أن للاتصالات عبر الأقمار الصناعية فائدتين هما: إمكانية البث المتوافق، بحيث تستطيع كل محطة في الشبكة أن ترتبط مع كل المحطات الأخرى في نفس الوقت. وإمكانية الوصول إلى أماكن بعيدة ودعمها للمركزية في أساليب جمع وتوزيع الرسائل والمعلومات. وقد فتحت الأقمار الصناعية الباب على خدمات جديدة من بينها توفير نوع من الاتصالات بين الإنسان والآلة، وبين الآلة والأخرى كما تحدث في عملية الاتصال بين الحواسيب. وتستخدم الأقمار الصناعية العديد من الوظائف مثل نقل الصوت والصورة والبيانات والوثائق والمؤتمرات البعيدة² (Teleconferencing) والأرصاد الجوية، والاستشعار عن بعد، والبث التلفزيوني والخدمات الهاتفية وغيرها.

¹ - عماري توفيق و بكوش لطيفة المرجع السابق ص 3 و ما يليها

² الشافعي منصور، مملكة العلم والتكنولوجيا، ايتراك للنشر، مصر، 2000، ص 87.

المطلب الثاني : الإطار القانوني لتكنولوجيا الإعلام و الاتصال في الجزائر¹

قد سنت الجزائر بعض القوانين والنصوص التطبيقية التي تمس بشكل أو بآخر أحد جوانب تكنولوجيا الإعلام و الاتصال و التي مست العديد من المجالات ك مجال التجارة الالكترونية ك القانون الخاص بموردي الانترنت، أو المواد المتعلقة بالجريمة الالكترونية، أو تلك المتعلقة بالملكية الفكرية و نذكر من هذه القوانين :

* قانون حق المؤلف و الحقوق المجاورة 05/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003

* قانون براءة الاختراع 06/03 المؤرخ في 19 /07/ 2003

* المتضمن طبوغرافيا الدوائر المتكاملة 08/03 المؤرخ في 19/07/2003

* قانون العقوبات الأمر 66-156 المؤرخ في 8/يونيو/1966 المعدل و المتمم بموجب القانون 23/06 المؤرخ في 20/12/2006²

* قانون الإجراءات الجزائية الأمر 66/155 المؤرخ 8/يونيو/1966 المعدل و المتمم بموجب القانون 08/01 المؤرخ في 26/يونيو 2001 و بموجب القانون 14/04 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 و القانون رقم 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006

* قانون المدني الأمر 75-58 المؤرخ في 26/9/1975 المعدل و المتمم في

* قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 المؤرخ في 25/2/2008

* قانون المتعلق بالقواعد العامة للبريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية 03/2000 المؤرخ في 5/أوت 2000/ المعدل و المتمم

* قانون الخاص بالوقاية من جرائم تكنولوجيا الاعلام و الاتصال و مكافحتها المؤرخ في 04/09 المؤرخ في 5/8/2009

* قانون الصفقات العمومية 10/236 المؤرخ في 7/10/2010 المعدل و المتمم في 13/03 المؤرخ في 13/01/2013.

و تعرف الجزائر هذه المنظومة التشريعية لان عدة شركات عالمية تصنف الجزائر كإحدى أكبر المناطق التي ترتفع فيها نسب قرصنة البرمجيات والجريمة الالكترونية مما حدا بشركة مايكروسوفت العملاقة إلى تنصيب مكتبها الجهوي في الجزائر .

غير أن هذه القوانين التي تم إصدارها جاءت بناء على إلحاحات دولية ورغبة الجزائر في الانضمام إلى المنظمة العالمية للتجارة جعلها تعدل و تعد ترسانة هامة من القوانين حتى تتوافق منظومتنا

¹-الازرق بن عبد الله و احمد عمراني ، نظام المعلوماتية في القانون الجزائري واقع و آفاق ، المؤتمر السادس لجمعية المكتبات و المعلومات السعودية البيئة المعلومات الأمانة : المفاهيم و التشريعات و التطبيقات الرياض 7/6 ابريل 2010 ص 3 و ما يليها .

²- الجريدة الرسمية 84 ص 26

التشريعية مع القوانين العالمية وهو ما يعني ان الجزائر مقبلة في المستقبل القريب على إصدار قانون خاص بالتجارة الالكترونية بحكم الالتزامات الدولية التي يفرضها الاندماج العالمي ورغبة الجزائر في اللحاق بركب التطور في مجال تكنولوجيا الإعلام والاتصال والاستفادة من المزايا التي تتيحها التجارة عبر الانترنت علما أن عدة دول عربية كتونس، و الامارات العربية المتحدة، والسعودية، ومصر قطعت أشواطاً هامة في المجال التشريعي الخاص بتقنين التجارة الالكترونية،¹ فقد أحدث التطور التكنولوجي الذي شهده العالم، مع دخوله القرن الحادي والعشرين، ثورة معلوماتية، أطلق عليها الثورة الصناعية الثالثة أو الموجة البشرية الثالثة، بعد الموجة الزراعية والصناعية التي مرت بمها البشرية في تاريخها الطويل . ويتوقع أن تقود هذه الثورة المعلوماتية إلى قيام اقتصاد جديد يطلق عليه اقتصاد المعلومات يختلف في نوعيته وبنيته وآلياته ونظرياته عن الاقتصاد التقليدي، مما يؤدي إلى إضافة قطاع اقتصادي جديد بجانب القطاعات الاقتصادية التقليدية: الزراعية والصناعية والخدمية. وتوقعت دراسات قامت بها منظمة التعاون الاقتصادي أن يهيمن هذا الاقتصاد الجديد -اقتصاد المعلومات- على نحو 80 % من حجم النشاط الاقتصادي الإجمالي بحلول عام 2012 فتظهر فائدة تكنولوجيا الإعلام والاتصال على مستوى المؤسسات الاقتصادية : -توسيع نطاق السوق² ، -تفعيل مفهوم المنافسة الكاملة في السوق ، -انخفاض تكاليف العمليات التجارية اما على مستوى المستهلك : -سرعة وسهولة التسوق ، -تعدد الخيارات ، -انخفاض الأسعار وسرعة الحصول على المنتج -سرعة وسهولة تبادل المعلومات بين المستهلكين³

المبحث الثاني: ضرورة تطوير التشريعات و القوانين المرتبطة بتكنولوجيا الإعلام و

الاتصال

أصبحت مسألة التشريعات الإعلامية الجديدة ضرورة ملحة و ماسة لإحكام السياسات و تشغيل وسائل الإعلام الجديدة في أي مجتمع فبعد الانشغال بثورة الصناعية إلى مجتمع المعلومات و المعرفة و ذلك بدا تحديدا في ديسمبر 2003 عندما وقع رؤساء قمة المعلومات الوثيقة العالمية التي دخل بموجبها العالم مرحلة جديدة عندما وقع رؤساء في قمة المعلومات بجنيف عل الوثيقة العالمية التي دخل بها العالم مرحلة جديدة تختلف عن سابقتها من المراحل ، حيث تغيرت الوسائل و الانماط و اصبح من الضروري وضع القوانين و التشريعات تتناسب و المرحلة الجديدة و الجزائر في

¹ - رشيد علام عوانق تطور التجارة الالكترونية في الوطن العربي دراسة حالة الجزائر ،رسالة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير في إدارة الأعمال - فرع تجارة الكترونية- الاكاديمية العربية البريطانية للتعليم العالي 2010/2009 ص 160 و ما يليها

² - رافت رضوان، عالم التجارة الإلكترونية، القاهرة، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 1999 م، ص 41

³ - رشيد علام المرجع السابق ص 161 و ما يليها .

حاجة ماسة كغيرها من الدول لملا الفراغ الذي نجم عن الطفرة التقنية الجديدة لتجديد منظومتها التشريعية.¹

المطلب الأول: تطور المنظومة التشريعية في مجال الملكية الفكرية

تعد الملكية الأدبية احد فروع الملكية الفكرية و تعرف الملكية الفنية و الأدبية باسم **حق المؤلف Copyright** ² **والحقوق المجاورة**، فهي نظام الحماية المقرر بشأن المصنفات في مجال الآداب والفنون والذي بدأ وجوده التنظيمي بإبرام اتفاقية بين لحماية المصنفات الأدبية والفنية في 1886/9/9 **ونظمها المشرع الجزائري بموجب قانون المؤلف 05/03 الصادر 19/يوليو 2003**، وبرامج الحاسب الآلي هي عبارة عن تعليمات مثبتة على دعامة يمكن قراءتها لأداء واجب معين عن طريق نظام معالجة هذه المعلومات وقراءتها بواسطة الحاسب الآلي، فالحاسب لوحده لا يمكن أن يؤدي الغرض المرجو منه، ولا بد من وجود برامج تحركه.³ وبالنظر الى طبيعة برامج الحاسب الآلي نجد أنها تنقسم إلى صورتين رئيسيتين و هما: **برامج المصدر (Source Code)**: وهى الصورة الأولى لكتابة البرامج بإحدى لغات البرمجة و **برامج الهدف (Object Code)**: وهى الصورة التي يستطيع أن يتعامل معها الكمبيوتر و ينفذها⁴

¹ - علي محمد شمو ، مراجعة القوانين و التشريعات الإعلامية في ظل التطور التقني العظيم في عالم المعرفة ، ندوة الإقليمية حول التشريعات الإعلامية في العالم العربي في ظل تطور وسائل الاتصال الجديدة ، مقر الايسيسكو الرباط ، 6/4 يونيو 2012 ص 05

² - إن تسمية حق المؤلف **Le droit d'auteur** في اعتقادنا أصلح من التسمية " الملكية الأدبية و الفنية" و ذلك لاعتبارات محددة : فإذا قصد من وراءها التأكيد أن حق المؤلف يستحق الحماية كما يستحقها المالك فهذا صحيح لا خلاف فيه و هو المعنى الذي قصد إليه في البداية فقد استعملت للدعاية و الكفاح في سبيل حماية المؤلف و أما إذا كان المقصود أن حق المؤلف هو حق ملكية فهذا يحتاج إلى تدقيق-و من جهة أخرى فإن حصر هذا الحق في المصنفات الأدبية و الفنية لا يتماشى مع التطورات التقنية التي وسعت من محل الحماية و من محل الحق. بحيث لم يعد الإبداع الفكري مقصور على الكتابة و النحت و الرسم... الخ بل تعداه إلى مصنفات أخرى اختلف الفقه في تحديد إمكانية أن تشملها التسمية كالمصنفات الرقمية التي اعتبرت مصنفات ادبية.

³ - من الجدير التنويه إليه بدايةً أن المشرع الجزائري في تعديل قانون حقوق المؤلف في سنة 2003 اعتبر أن برامج الحاسب الآلي من المصنفات الأدبية الأصلية، وهذا التعديل يتماشى مع ما جاءت به اتفاقيتي "بيرن و التريبس"، في حين أنه كان قبل ذلك يعتبره من المصنفات المشتقة، حسب نص المادة 06 الأمر رقم 97-10 المؤرخ في 06 مارس 1997 والمتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، المنشور على الموقع الإلكتروني، www.arabpip/arablaw alg auther.htm ، راجع الطالب أمجد حسان-مدى الحماية القانونية لحق المؤلف "دراسة مقارنة" رسالة دكتوراه في القانون الخاص-جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان الجزائر- السنة الجامعية 2007-2008- ص 225.

⁴ - محمد حنة المصنفات الرقمية للحاسوب SDI 2009 ص 01 و الموقع الالكتروني www.Kenanaonline.com

وبرامج الحاسوب هي الكيان المعنوي لنظام الكمبيوتر دونها لا يكون ثمة أي فائدة للمكونات المادية من الأجهزة والوسائط، وقد أثارت برامج الحاسوب جدلاً واسعاً في مطلع السبعينات بشأن طبيعتها وموضع حمايتها من بين تشريعات الملكية الفكرية .

وترددت الآراء بين من يدعو لحمايتها عبر نظام براءات الاختراع لما تنطوي عليه من سمة الاستغلال الصناعي واتصالها العضوي بمنتج مادي صناعي ، وبين من ذهب إلى حمايتها عبر نظام الأسرار التجارية إذ تنطوي في الغالب على سر تجاري يتجلى بالأفكار التي أنبى عليها أو الغرض من ابتكارها ، وبين داعٍ إلى حمايتها عن طريق الشروط العقدية التي تجدها في رخص الاستخدام أو اتفاقيات الاستغلال .

لكن كافة هذه الآراء لم تصمد أمام الرأي الذي وجد في البرمجيات عملاً ابتكارياً أدبياً ، يضعها ضمن نطاق مصنفات الملكية الأدبية (حق المؤلف) ووفق اتفاقية ترينس فان البرمجيات محل للحماية ولمؤلفها كافة الحقوق المالية والمعنوية لمصنفات حق المؤلف¹ ،

قواعد البيانات: تعتبر قواعد البيانات تجميعاً مميزاً للبيانات أو الترتيب أو التبويب عبر مجهود شخصي بأي لغة أو رمز، ويكون مخزناً بواسطة الحاسب الآلي ويمكن استرجاعه بواسطته أيضاً، وهي من المصنفات المشتقة أو كما يسميها البعض مصنفات (اليد الثانية)؛ وهي تلك المصنفات الجديدة التي تدمج في مصنف سابق الوجود دون أن يشترك مؤلف المصنف الأصلي بها.²

بتطوير صناعة الإلكترونيات مثلت أشباه الموصلات فتحاً جديداً خاصة مع تطوير عمليات دمج الدارات الإلكترونية على الشريحة ، للقيام بمهام ووظائف الإلكترونيات، وتنضم الدوائر المدججة، على شريحة شبه الموصل ، وأصبح بذلك العمل الإبداعي متمثل في طبوغرافيا الشريحة في كل مرة يتم فيها تطوير أداء نظم الحواسيب³ ، مما جعل طبوغرافيا الدوائر المتكاملة⁴ تستوجب الحماية و التعريف بها

¹ - محمد حته المرجع السابق ص 1

² راجع المادة 05 من الأمر رقم 05/03 المتعلق بحماية حقوق المؤلف الجزائري ، لمزيد من التفصيل راجع الدكتور محمد سامي عبد الصادق- حقوق مؤلفي المصنفات المشتركة- المكتب المصري الحديث القاهرة- الطبعة الأولى 2002- ص 119.

³ - هند علوي حماية الملكية الفكرية في البيئة الرقمية من خلال منظور الأساتذة الجامعيين دون طبعة ودار نشر ص 01 من الموقع

الإلكتروني <http://www.cybrarians.info/journal/no12/copyright.htm>

⁴ - جاء في المادة 2/ 1و2 من اتفاقية واشنطن للدوائر المتكاملة المبرمة في 1989/06/26 التي عرفتها " بأنها مجسمات تكنولوجية حديثة في شكل شرائح أو وصلات، تدخل في مجالات علمية إلكترونية وصناعية متعددة كبطاريات دقيقة أو دارات كهربائية متغلقة، وكانت الولايات المتحدة الأمريكية أول من أقرت حمايتها. الدوائر المتكاملة: the integrated circuits وبالاعتماد على مشروع قانون الحماية التي أعدته اللجنة الأوروبية أصدر مجلس أوروبا عام 1986 دليلاً لحماية الدوائر المتكاملة بغرض توفير الانسجام التشريعي بين دول أوروبا بهذا الخصوصوفي عام 1989 أبرمت اتفاقية واشنطن بشأن الدوائر المتكاملة (أي المنتجات التي يكون غرضها أداء

كصناعة الكترونية جديدة دخلت التشريع و نظمها المشرع بموجب الأمر 03-08 المؤرخ في 2003/07/19 ، وتوجد الدوائر المتكاملة تقريباً في أغلب الأجهزة الإلكترونية الحديثة كالحاسبات ، والسيارات، و أجهزة التلفزيون ، مشغلات الأقراص المدججة ، الهواتف الخلوية ، ... الخ ، من ضمن مايعرف بالتقنية الميكروبية والتي هي بدورها جزء من الهندسة الإلكترونية ، أحدث ثورة في عالم الإلكترونيات ، و هي معروفة لدى العامة بـ (آي سي) إذ يكفي أن يسمعها ممن مثلاً يصلح له جهاز ما ، من أن يفهم أنه يقصد إحدى تلك المستطيلات أو المربعات السوداء الصغيرة الموجودة داخل الخارطة الإلكترونية لذلك الجهاز، ونضمها المشرع بموجب الأمر رقم 03-08 المؤرخ في 2003/07/19 وقد عرفت المادة الثانية منه **الدائرة المتكاملة** بأنها "منتوج في شكله النهائي أو في شكله الانتقالي يكون أحد عناصره على الأقل نشيطا وكل الارتباطات أو جزء منها هي جزء متكامل من جسم و/أو سطح لقطعة من مادة، ويكون مخصصا لأداء وظيفة إلكترونية"، أما **التصميم الشكلي نظير الطبوغرافيا فهو**: "كل تركيب ثلاثي الأبعاد، مهما كانت الصيغة التي يظهر فيها، لعناصر يكون أحدها على الأقل عنصرا نشيطا، ولكل وصلات دائرة متكاملة أو للبعض منها أو لمثل ذلك الترتيب الثلاثي الأبعاد المعد لدائرة متكاملة بغرض التصنيع"¹.

وظيفة الكترونية (ووفقا لإحصاء 1999 فان عدد الدول الموقعة على هذه الاتفاقية 8 دول ليس من بينها سوى دولة عربية واحدة هي مصر، ولم تدخل هذه الاتفاقية حيز التنفيذ بعد لكن تنظيم اتفاقية تريس لقواعد حماية الدوائر المتكاملة(المواد 35 - 38) ساهم في تزايد الجهد التشريعي في هذا الحقل باعتبار أن من متطلبات العضوية إنفاذ موجبات اتفاقية تريس التي من بينها اتخاذ التدابير التشريعية المتفقة مع قواعدها ومن بينها طبعاً قواعد حماية الدوائر المتكاملة.

¹ - انظر لمزيد من التفصيل الموقع الإلكتروني: <http://www.elhandasa.net>

المطلب الثاني: تطور المنظومة التشريعية في مجال مكافحة الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال¹

تتبع أهمية هذه الدراسة من كونها تتناول الثورة المعلوماتية من زاوية الجانب السلبي منها، والمتعلق بجرائم المعلوماتية، وتأثيره على مكونات المجتمع، وأمام هذا الشكل الجديد من الإجرام لا تبدو قوانين العقوبات الوطنية في حالتها الراهنة كافية، أو فعالة على النحو المطلوب أو المرضي، فنصوصها والنظريات والمبادئ القانونية التي تتضمنها أو تقف وراءها موروث بعضها من القرن 19، وتطبيق بعض هذه القوانين على أشكال جديدة للجرائم التي تستعير من تقنيات الحاسبات الآلية والمعلومات أساليبها، لا يصطدم فقط بصعوبات ناجمة عن الطبيعة الخاصة والخصائص الفنية الفريدة للوسائل المعلوماتية المستخدمة في ارتكابها، وإنما تعترضه كذلك صعوبات رئيسية أخرى مرجعها أن نصوص التجريم التقليدية قد وضعت في ظل تفكير يقتصر إدراكه على الثروة الملموسة والمستندات ذات الطبيعة المادية؛ مما يتعدّر معه تطبيقها لحماية القيمة غير المادية المتولدة عن المعلوماتية، وقد انتشرت جرائم المعلوماتية والإنترنت بشكل كبير، وترتّب على هذا الانتشار أضرار بالغة في حق الأفراد والمؤسسات، بل والدول ذاتها، فمنظومة الأمن القومي لأي من الدول قد يخترقها أي من المجرمين الإلكترونيين كالهكرز مثلاً، فالأمر لا يحتاج أكثر من شخص اعتاد الإجرام الإلكتروني، لكي يقوم باختراق مواقع الجهات السيادية، والاطلاع على أسرارها وخصوصياتها، فضلاً عن ذلك، فالجرائم الإلكترونية تأتي على أشكال وتصنيفات متنوعة، كما أن المجرم الإلكتروني له صفات خاصة تختلف عن تلك التي يتصف بها المجرم العادي.

¹ - ضبقت إدارة مكافحة الجرائم الإلكترونية التابعة للمديرية العامة للأمن الجزائري والتي تم استحداثها بعد تعدد أساليب الاحتيال التي تعتمد على استغلال الإنترنت، 30 قضية تتعلق بجرائم الإنترنت، أسفرت عن توقيف 20 شخصاً تتراوح أعمارهم ما بين 30 و 50 سنة. و تم ذلك خلال السداسي الأول من العام الجاري. وأوضح بيان لخلية الاتصال للمديرية العامة للأمن، أنه تمت معالجة 9 قضايا تتعلق بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات حيث تورط فيها أربعة أشخاص، 07 قضايا مرتبطة بانتحال هوية الغير والتي تورط فيها خمسة أشخاص بالإضافة إلى 5 قضايا لها علاقة بالقفز عن طريق الإنترنت، تورط فيها ثلاثة أشخاص مع 4 قضايا متعلقة بالتهديد والتشهير تورط فيها أربعة أشخاص، إلى جانب أربعة قضايا في كل من النصب عن طريق الإنترنت والمساس بحرمة الحياة الخاصة وكذا قضية تتعلق بنشر الصور المخلة بالحياء، وكانت المديرية العامة للأمن الجزائري، قد أنشأت فرقاً وخلايا مختصة في مجال مكافحة الجريمة المعلوماتية على مستوى أمن الولايات يديرها خبراء تلقوا تكويناً عالي المستوى بالخارج، للتعامل مع الجرائم الإلكترونية في حال حدوث أي جريمة، لاسيما بعد تعدد أساليب الاحتيال التي تعتمد على استغلال التقنية الحديثة والتي أصبحت الأوسع انتشاراً. وسبق وأن عالجت إدارة مكافحة الجرائم الإلكترونية، قضية خطيرة تم اكتشافها من قبل خلية مكافحة الجريمة المعلوماتية بكل من مدينتي عنابة وبناتنة، تورط فيها أجنبى تمكنوا من اختراق النظام المعلوماتي لشركة تجارية معروفة وسرقوا برنامجها الخاص وتهديدها مقابل 10 مليون دولار أو بيع برنامجها لشركات أجنبية. انظر ن ر مكافحة الجرائم المعلوماتية في الجزائر 2012 من

ومما هو جدير بالذكر أن الجرائم الإلكترونية، هي ظاهرة إجرامية جديدة ومستجدّة تفرّغ في جنباتها أجراس الخطر؛ لتنبّه مجتمعات العصر الراهن لحجم المخاطر، وهول الخسائر الناجمة عن جريمة الحاسب الآلي التي تستهدف الاعتداء على المعطيات بدلالاتها التقنية الواسعة، فجريمة الحاسب الآلي جريمة تقنية، تنشأ في الخفاء، يقترفها مجرمون أذكياء، يمتلكون أدوات المعرفة التقنية، توجه للنيل من الحق في المعلومات، وتطال اعتداءاتها معطيات الحاسب المخزنة والمعلومات المنقولة عبر نظم وشبكات المعلومات.

إن وسائل الاتصال لم تختزع الجريمة، بل كانت ضحية لها في معظم الأحوال؛ حيث إن هذه الوسائل تعرضت لسوء الاستغلال من قِبَل كثيرين، ومن الثابت أيضاً أن المجرمين وظّفوا الاتصال تاريخياً لخدمة النشاطات الإجرامية التي يقومون بها، أما الجريمة، فهي ذاتها الجريمة في قديم التاريخ وحديثه، لا يختلف على بشاعتها وخطورها على المجتمع الإنساني أحد، ولذلك اتفق على مواجهتها، ومن أجلها أقيمت المحاكم، وسنت العقوبات، ويؤكد الكثير من رجال القانون على ضرورة إنشاء محكمة إلكترونية لسد الفجوة القانونية التي أحدثتها التطور التكنولوجي الهائل في السنوات الأخيرة، فهناك جرائم ترتكب، وحرمان تنتهك، وحقوق تُسلب على شبكة الإنترنت دون رقابة قانونية تذكر، والسبب في ذلك عدم وجود قانون دولي رادع يلاحق هواة الإجرام الإلكتروني، ويحاكمهم أمام محاكم دولية، إلا أن ذلك ليس من الأمور البعيدة التي يمكن أن تشق طريقها إلى التطبيق العملي في المستقبل القريب، وغني عن البيان أن الجزائر ليست ببعيدة عن مرمى الجرائم الإلكترونية، ذلك أن هذه الجرائم لم تترك بلداً من بلاد العالم إلا واخترقتها، وقد بادرت الى وضع¹، تشريعات إلكترونية لمواجهة الموجة التكنولوجية، منها ما نص عليه: قانون تكنولوجيات الإعلام والاتصال و قانون الإجراءات الجزائية، قانون العقوبات... الخ

الفرع الأول: التطور التشريعي في مجال قانون الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال و قانون الإجراءات الجزائية

قد عرف القانون الجزائري تطور في مجال محاربة الجريمة الإلكترونية في الآونة الأخيرة و هو يحاول جاهدا مسايرة التطورات فلم يكتفي بتعديل نصوص قانون العقوبات و قانون المؤلف² بل نظم البعض الآخر في قوانين خاصة كقانون الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال و تعديل نصوص قانون الإجراءات الجزائية بإدراج قواعد قانونية جديدة تتماشى و تطورات الجريمة الإلكترونية فنجد قانون الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال فقد وضع قواعد الوقاية و الكشف عن الجرائم المعلوماتية و مكافحتها من خلال إنشاء:

¹-انظر لمزيد من التفصيل الموقع الالكتروني : <http://www.alukah.net/publicatione>

² - انظر المطلب الأول من الدراسة ص 10

1- الهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام و الاتصال :

أنشئت بموجب القانون رقم 09-04 المؤرخ في 05 أوت 2009 المتضمن القواعد الخاصة بالوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام و الاتصال و مكافحتها و هي جرائم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات و أي جريمة أخرى ترتكب أو يسهل ارتكابها عن طريق منظومة معلوماتية أو نظام للاتصالات الإلكترونية، و من مهامها :

إدارة وتنسيق عمليات الوقاية / - المساعدة التقنية للجهات القضائية و الأمنية مع إمكانية تكليفها بالقيام ببحرث قضائية / - تفعيل التعاون القضائي و الأمني الدولي .

2- الأقطاب القضائية الجزائية المتخصصة :

أنشئت بموجب القانون 14/04 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 المعدل لقانون الإجراءات الجزائية ، و هي جهات قضائية متخصصة من بين الجرائم التي تختص بها الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات (المواد 37 - 329 - 40 من قانون الإجراءات الجزائية).

بل و اقر المشرع تماشيا مع الإدارة الالكترونية قانون 03/15 المؤرخ 2015/02/01¹ الخاص بعصرنة قطاع العدالة إذ تضمن استحداث منظومة معلوماتية مركزية للمعالجة الآلية للمعطيات تتعلق بنشاط وزارة العدل و المؤسسات التابعة لها و كذا الجهات القضائية العادية و الإدارية و محكمة النزاع و تمهر و تائق هذه الهيئات بالتصديق الالكتروني . كما سمح هذا القانون باستعمال المحادثة المرئية عن بعد أثناء الإجراءات القضائية حسب المادة 14 منه.

3 - توسيع الاختصاص :

منح المرسوم التنفيذي رقم 348/06 المؤرخ في 2006/10/05 اختصاص إقليمي موسع ، مع إمكانية قيام اختصاص المحاكم الجزائية بالنظر في الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام و الاتصال المرتكبة في الخارج حتى ولو كان مرتكبها أجنبيا إذا كانت تستهدف مؤسسات الدولة أو الدفاع الوطني أو المصالح الإستراتيجية للاقتصاد الوطني (المادة 15 من القانون رقم 04/09)

الى جانب توسيع صلاحيات الضبطية القضائية عند معاينة الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات كذا إمكانية تفتيش المساكن دون حضور المشتبه فيه أو صاحب المسكن , و دون شهود

¹ - الجريدة الرسمية ، العدد 06، منشور عبر موقع امانة الحكومة الجزائرية

(المادة 45 من قانون الاجراءات الجزائية) و أخيرا إمكانية تمديد فترة التوقيف للنظر مرة واحدة في حالة التلبس (المادة 51 من قانون الإجراءات الجزائية)

4-أساليب التحري الخاصة:

أ- اعتراض المراسلات الإلكترونية (المادة 65 مكرر 5 من قانون الإجراءات الجزائية المدرجة بموجب القانون رقم 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006)

ب - التسرب (المادة 65 مكرر 11 من قانون الإجراءات الجزائية المدرجة بموجب القانون رقم 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006)

ج - تفتيش المنظومة المعلوماتية (المادة 5 القانون رقم 04/09) إمكانية تمديد التفتيش إلى منظومة أخرى يمكن الدخول إليها انطلاقا من المنظومة الأولى

د - حجز المعطيات المعلوماتية (المادة 6 القانون رقم 04/09)

هـ- نسخ المعطيات على دعامة تخزين إلكترونية 14

و- إمكانية منع الوصول إلى معطيات تحتويها المنظومة /- منع الإطلاع على المعطيات التي يشكل محتواها جريمة

الفرع الثاني: مجال قانون العقوبات

استحدثت المشرع قسم في قانون العقوبات بعد تعديله بالقانون رقم 04-15 المؤرخ في 2004/12/10 ونجد المشرع من خلاله ركز على الاعتداءات الماسة بالأنظمة المعلوماتية و ذلك في القسم السابع مكرر المعنون ب" المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات " من المادة 394 مكرر إلى غاية المادة 394 مكرر 7

و لتحقق هذه الجريمة لابد من توافر أركان أية جريمة الركن المادي و المعنوي و يجب قبل ذلك توفر محل الجريمة و هذه الأخيرة لم يعرفها المشرع، و بالرجوع للفقهاء نجد نظام المعالجة المعلوماتية يمثل تعبير فني تقني يصعب على المشتغل بالقانون إدراك حقيقته بسهولة و هو كل " مركب يتكون من وحدة أو مجموعة وحدات معالجة و التي تتكون كل منها من ذاكرة و البرنامج و المعطيات و أجهزة الإدخال و الإخراج و أجهزة الربط بينها مجموعة العلاقات التي عن طريقها تتحقق نتيجة معينة و هي معالجة المعطيات على ان يكون هذا المركب خاضع لنظام الحماية الفنية" و هو يتكون من عنصرين :

-عناصر مادية/-عناصر معنوية، وأركان هذه الجريمة اثنان مادي يتمثل في أشكال الاعتداء على المعالجة الآلية للمعطيات هي :

- الدخول والبقاء غير المشروع في النظام المعالجة الآلية للمعطيات

- الاعتداءات العمدية على نظام المعالجة الآلية للمعطيات

- الاعتداءات العمدية على سلامة المعطيات الموجودة داخل النظام

ونصت المادة 394 مكرر على نوع الأول و قررت له عقوبة من 3 أشهر إلى سنة و غرامة خمسين ألف دج إلى عشرة آلاف دج لكل من يدخل أو يبقى عن طريق الغش في كل جزء أو كل من منظومة المعالجة المعلوماتية ، و تضاعف العقوبة إذا ترتب حذف أو تغيير للمعطيات المنظومة و إذا ترتب عن أفعال إعلان تخريب نظام اشتغال المنظومة و العقوبة من 6 أشهر إلى سنتين و غرامة من خمسين ألف إلى خمسة عشر ألف دج و هي الصورة البسيطة للجريمة في الدخول او البقاء غير المشروع

أما النوع الثاني نصت عليه المادة 394 مكرر2 و هي الحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات و غرامة 500.000 دج إلى 200.000 دج أما العقوبة المقررة لاستخدام المعطيات في ارتكاب الجرائم الماسة بالأنظمة المعلوماتية وكذا حيازة أو إفشاء أو نشر أو استعمال المعطيات المتحصل عليها من الجرائم الماسة بالأنظمة المعلوماتية العقوبة المقررة هي الحبس من شهرين إلى 3 سنوات و غرامة من 1000000 إلى 5000000 دج

كما أقرت عقوبات تكميلية إلى جانب العقوبات الأصلية في نص المادة 394 مكرر3 أين ضاعف العقوبة المقررة سالفًا إذا استهدفت الدفاع الوطني أو الهيئات و المؤسسات الخاضعة للقانون العام كما يعاقب بالمقابل حتى الشخص المعنوي الذي يرتكب إحدى الجرائم السابقة بغرامة تعادل 5 مرات الحد الأقصى المقررة للشخص الطبيعي حسب المادة 394 مكرر 4

إلى جانب النص على المصادرة و إغلاق المواقع الالكترونية وحتى إغلاق المحل أو أماكن اشتغال إذا ارتكبت الجريمة بعلم مالكتها حسب المادة 394 مكرر6 مع الاحتفاظ بحقوق الغير الحسن النية في الوقت ذاته اقر المشرع عقوبة على كالاتفاق جنائي لكل من شارك في المجموعة او في اتفاق تالف بغرض الإعداد لجريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم و كان هذا التحضير مجسداً بفعل اة بعدة أفعال المادية يعاقب عليها بالعقوبات المقررة للجريمة ذاتها، كما انه قرر عقوبات على الشروع في الجنح المقررة في هذا القسم ، بالمقابل نجد المشرع أهمل النص على عدد كبير آخر من الجرائم، و يرجع ذلك كما بيناه سالفًا إلى صعوبة الإلمام بمفهوم الجريمة و لتطورها المستمر وتعدد أشكالها

وأنواعها كلما أوغل العالم وتمعن في استخدام الحاسب؛ ما أدى إلى صعوبة حصرها ووضع نظام قانوني ذي أساس قوي ومتين يخضع له المجرم المعلوماتي، فقد باءت محاولات الفقهاء بالفشل، حيث إنه يمكن ارتكاب الجريمة بضغطة زر. وصعوبة تحديد الفاعل أو عدم إمكانية معرفة مكانه أدى إلى إثارة الجدل حول هذه الجرائم الإلكترونية وصورها، وهل يمكن حصرها في أنواع معينة و فيما يلي إحصائيات جرائم المساس بأنظمة المعالجة الآلية التي عرضت على المحاكم بين سنة 2005 إلى 2010 :¹

| السنة | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 | 2010 | المجموع |
|-----------------------|------|------|------|------|------|------|---------|
| عدد الجرائم | 01 | 01 | 03 | 13 | 12 | 12 | 35 |
| عدد الأشخاص المتابعين | 00 | 01 | 03 | 06 | 51 | 20 | 88 |

و فيما يلي إحصائيات بقضايا جرائم الإعلام الآلي حسب تصنيفاتها في قانون العقوبات من سنة 2005 إلى 2010 :²

| نوع الجريمة | العدد | النسبة المئوية |
|---|-------|----------------|
| الدخول غير المشروع مع إتلاف المعطيات أو تعديلها Illegal access with damage to the data/ modification | 13 | 34 |
| الدخول غير المشروع Illegal access | 11 | 29% |
| إدخال معطيات خلوسة | 08 | 21% |

¹ - بن سالم عبد الرزاق المنظومة التشريعية الجزائرية في مجال محاربة الجريمة المعلوماتية دون سنة ص 21 من الموقع

الإلكتروني : wtcalgeria.com

² - نفس المرجع اعلاه ص 22

| | | |
|------|----|---|
| | | Entering data surreptitiously |
| %08 | 03 | حيازة معطيات متحصل عليها من دخول غير مشروع Possession of data obtained from illegal access |
| %05 | 02 | المتاجرة في المعطيات المتحصل عليها بطريقة غير مشروعة Trading illegally obtained data |
| %03 | 01 | نشر صور للاستغلال الجنسي للأطفال Publication of photographs of the sexual exploitation of children |
| %100 | 38 | TOTAL المجموع |

المطلب الثالث: تطور المنظومة التشريعية في مجال قانون الصفقات العمومية

بظهور العقود الإلكترونية و انتشار شبكة الإنترنت، أصبحت الحاجة الملحة إلى إيجاد قانون خاص بإبرام العقود الادارية و اثباتها و تنفيذها ؛ لأن النظام القانوني الخاص بالعقود التقليدية لم يعد كافيا لتنظيم هذا النوع الجديد من العقود، كما أن انتشار العقود الإلكترونية قد كان له دور بارز في تطوير النشاط الاداري ، حيث اتجهت القوانين الى إبرام العقود الإدارية بالوسائل الإلكترونية على شبكة الإنترنت¹ ، و يتميز العقد الإداري الإلكتروني بإبرامه عن طريق الوسائل الإلكترونية، و هذه الخاصية تعتبر أهم ما يميز العقد الإلكتروني عن باقي العقود التقليدية ، فهما لا يختلفان من حيث الموضوع أو الأطراف ، بل من حيث طريقة الإبرام و وسائل الإثبات ، حيث يمكن ان يرد محل العقد على كافة الأشياء و الخدمات التي يجوز التعامل فيها ، أما عن أطرافه فهم أنفسهم في أي عقد ، وتعتبر العقود الإدارية الإلكترونية بأنها نوع خاص من العقود التي تتم عن بعد ، و تعرف العقود عن بعد

¹ - فيصل عبد الحافظ شوابكة، النظام القانوني للعقد الإداري الإلكتروني مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية، المجلد الحادي والعشرون، العدد الثاني، يونيو 2013، ص336.

بأنها كل عقد يتعلق بتقديم منتج أو خدمة تتم بمبادرة من المورد ، دون حضور مادي متزامن بينه و بين المستهلك ، باستخدام تقنية الاتصال عن بعد بغية نقل السلعة و طلب الشراء من المستهلك¹.

و قد أكد التوجيه الأوروبي رقم 2004/18 الخاص بإجراءات إبرام عقود الأشغال والتوريد والخدمات أن تقنية الوسائط الاليكترونية واستخدام الانترنت تسمح بتوسيع نطاق المنافسة وتطوير فعالية طرق التعاقد للحصول على المشتريات العامة وأدى استعمال شبكة الويب والبريد الاليكتروني وغرف المحادثة فعلاً إلى تدعيم حرية المنافسة وزيادة عدد المنافسين وتمكين الإدارة عن طريق التفاوض السريع معهم من الحصول على أفضل العروض تحقيقاً للصالح العام ، و اخذ المشرع الجزائري في الحسبان هذه التحولات حيث نص في قانون الصفقات العمومية 236/10 المؤرخ 2010/10/7 المعدل و المتمم بموجب المرسوم الرئاسي 03/13 المؤرخ في 2013/01/13² على التبادل الاليكتروني و خصه بالتنظيم في الباب الخامس من القانون المعنون ب: الاتصال و تبادل المعلومات بالطريقة الاليكترونية ، لكن ما يعاب على المشرع انه نظمه في إطار مادتين و أحال التفاصيل على التنظيم الذي لم يرى النور لحد الساعة،-علما أن الدول المجاورة قد اخذت أشواطاً في هذا المجال فنصت المادة 173 :

تؤسس بوابة إلكترونية للصفقات العمومية لدى الوزير المكلف بالمالية. يحدد محتوى البوابة وكيفية تسييرها بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية، و تناول بالتنظيم في المادة 174 : يمكن المصالح المتعاقدة أن تضع وثائق الدعوة إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المرشحين للصفقات العمومية، بالطريقة الإلكترونية. يمكن أن يرد المتعهدون أو المرشحون للصفقات العمومية على الدعوة إلى المنافسة بالطريقة الإلكترونية . تحدد كيفية تطبيق هذه المادة بقرار من الوزير المكلف بالمالية .

الفرع الرابع: تطوير المنظومة التشريعية في مجال قانون الصفقات العمومية لتحسين أداء الحكومة الاليكترونية

بظهور العقود الاليكترونية و انتشار شبكة الانترنت ، أصبحت الحاجة ملحة إلى إيجاد قانون خاص بإبرام العقود الادارية و إثباتها و تنفيذها ،لأن النظام القانوني الخاص بالعقود التقليدية لم يعد كافياً لتنظيم هذا النوع الجديد من العقود ، كما ان انتشار العقود الاليكترونية قد كان له دور بارز في

¹ - نفس المرجع اعلاه ص 339

² - الجريد الرسمية العدد 02 ص 05

تطوير النشاط الإداري ، حيث اتجهت القوانين إلى إبرام العقود الإدارية بالوسائل الإلكترونية على شبكة الإنترنت.¹

و يتميز العقد الإداري الإلكتروني بإبرامه عن طريق الوسائل الإلكترونية ، و هذه الخاصية تعتبر أهم ما يميز العقد الإلكتروني عن باقي العقود التقليدية ، فهما لا يختلفان من حيث الموضوع أو الأطراف ، بل من طريقة الإبرام و وسائل الإثبات ، حيث يمكن أن يرد محل العقد على كافة الأشياء و الخدمات التي يجوز التعامل فيها ، أما عن أطرافه فهم أنفسهم في أي عقد ، و تعتبر العقود الإدارية الإلكترونية بأنها نوع خاص من العقود التي تتم عن بعد ، و تعرف العقود عن بعد بأنها كل عقد يتعلق بتقديم منتج أو خدمة يتم بمبادرة من المورد ، دون حضور مادي متزامن بينه و بين المستهلك ، باستخدام تقنية الاتصال عن بعد بغية نقل السلعة و طلب الشراء من المستهلك.²

و قد أكد التوجيه الأوروبي رقم 2004/18 الخاص بإجراءات إبرام عقود الأشغال والتوريد والخدمات أن تقنية الوسائط الاليكترونية واستخدام الانترنت تسمح بتوسيع نطاق المنافسة وتطوير فعالية طرق التعاقد للحصول على المشتريات العامة وأدى استعمال شبكة الويب والبريد الإلكتروني وغرف المحادثة فعلاً إلى تدعيم حرية المنافسة وزيادة عدد المنافسين وتمكين الإدارة عن طريق التفاوض السريع معهم من الحصول على أفضل العروض تحقيقاً للصالح العام

ولهذا قامت المنظمة العالمية للتجارة بدراسة كيفية استفادة الحكومات من وسائل هذه التجارة في العمليات الشرائية من خلال **الاتفاقية حول الصفقات العمومية " Accord Marché Public AMP "** المادة 34 تدعو هذه الاتفاقية ، إلى ضرورة إجراء مفاوضات ومناقشات لتعديل الاتفاقية بصورة تمكن من أن استعمال تكنولوجيا المعلومات يساهم في تطوير الصفقات العمومية، وبالفعل قامت لجنة الصفقات العمومية بتقديم أعمال ل إطار القيام بمجموعة من التعديلات على **AMP** من أجل الاهتمام بالتطورات الحالية لتكنولوجيا المعلومات³

و اخذ المشرع الجزائري في الحسبان هذه التحولات حيث نص في قانون الصفقات العمومية 236/10 المؤرخ 2010/10/7 المعدل و المتمم بموجب المرسوم الرئاسي 03/13 المؤرخ في 2013/01/13⁴ على التبادل الإلكتروني و خصه بالتنظيم في الباب الخامس من القانون المعنون ب :

¹ - فيصل عبد الحافظ شوابكة ،النظام القانوني للعقد الاداري الالكتروني مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية، المجلد الحادي والعشرون، العدد الثاني، يونيو 2013 ،ص336

² - نفس المرجع اعلاه ص 339

³ - VOIR le site : www.wto.org

⁴ - الجريد الرسمية العدد 02 ص 05

الاتصال و تبادل المعلومات بالطريقة الالكترونية ، لكن ما يعاب على المشرع انه نظمه في إطار مادتين و أحال التفاصيل على التنظيم الذي لم يرى النور لحد الساعة ،-علما أن الدول المجاورة قد اخذ أشواطاً في هذا المجال - فنصت المادة 173 : تؤسس بوابة إلكترونية للصفقات العمومية لدى الوزير المكلف بالمالية. يحدد محتوى البوابة وكيفيات تسييرها بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية.

و تناول بالتنظيم في المادة 174 : يمكن المصالح المتعاقدة أن تضع وثائق الدعوة إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المرشحين للصفقات العمومية، بالطريقة الإلكترونية. يمكن أن يرد المتعهدون أو المرشحون للصفقات العمومية على الدعوة إلى المنافسة بالطريقة الإلكترونية . تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة بقرار من الوزير المكلف بالمالية.

الفرع الخامس: تطوير المنظومة التشريعية في مجال القانون المدني لتحسين أداء الحكومة الإلكترونية

عرف القانون المدني تعديلا مس كل من الإثبات و التوقيع الإلكترونيين، حيث ادخل بموجب القانون 10/05 تعديلا على القانون المدني 58/75 المؤرخ في 1975/9/26 و نظم جانب من التحولات الإلكترونية

فبصدور هذا القانون انتقل المشرع من النظام الورقي في الإثبات إلى النظام الإلكتروني، حيث أصبح للكتابة في الشكل الإلكتروني مكانا ضمن قواعد الإثبات في القانون المدني الجزائري طبقا لنص المادة 323 مكرر مدني جزائري¹ الكتابة في الشكل الإلكتروني ذات التسلسل في أو الأوصاف أو الأرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة الإلكترونية المستعملة ومهما كانت طرق إرسالها، ويقصد بالوسيلة الإلكترونية المستعملة مثل القرص الصلب أو القرص المرن أو في شكل رسائل إلكترونية، وهكذا يتضح مما سبق بأن المشرع الجزائري اعتمد المفهوم الواسع للكتابة المقصود منه سواء الكتابة على الورق أو الكتابة الإلكترونية المثبتة على دعائم غير مادية غير ورقية.²

¹ - القانون 10-05 المعدل والمتمم للأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

² - ناجي زهراء ، التجربة التشريعية الجزائرية في تنظيم المعاملات الإلكترونية المدنية و التجارية ، مداخلة في المؤتمر العلمي المغاربي الاول حول المعلوماتية والقانون 29/28 اكتوبر 2009 اكااديمية الدراسات العليا طرابلس 2010/2009 ص 10

المشرع يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها حسب المادة 323 مكرر قانون مدني¹، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد سوى بين الكتابة الإلكترونية والكتابة العادية من حيث حجية الإثبات.

لكن يعاب على المشرع انه لم يتناول بالدراسة العقد الإلكتروني و لا الوثيقة الإلكترونية بالتعريف هذا ما يدفعنا إلى البحث عن تعريف للوثيقة الإلكترونية و قد عرف قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية في مادته الأولى المحرر الإلكتروني من خلال تعريفه لرسالة البيانات بأنها: "المعلومات التي يتم إنشائها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية، البريد الإلكتروني، أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي"². و بالرجوع للقانون المصري مثلا نجدده عرف المحرر الإلكتروني بـ: " الوسيلة الإلكترونية أو ما في حكمها عند إنشاء هذه الرسالة أو تخزينها أو إرسالها أو استقبالها"³

إعتمد المشرع الجزائري بالتوقيع الإلكتروني لأول مرة في نص المادة 2/327 مدني جزائري المعدلة بالقانون 10-05⁴ والتي تنص على " ... يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر أعلاه.." وذلك من أجل إضفاء الحجية على المحررات الإلكترونية.

➤ أما عن **تعريف التوقيع الإلكتروني**، فإن القانون الجزائري يميز بين التوقيع الإلكتروني المؤمن وذلك بموجب المادة 3 من المرسوم التنفيذي 07-162⁵ " التوقيع الإلكتروني هو أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المادتين 323 مكرر و 323 مكرر 1 قانون مدني 58/75 المعدل و المتمم⁶ و يجب أن يستوفي هذا التوقيع كل من الشروط التالية :

- أن يكون خاصا بالموقع.
- أن يتم بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع و يستأثر بها دون سواه .
- يضمن مع الفعل المرتبط به صلة ببحث يكون كل تعديل لاحق للفعل قابلا للكشف عنه.

¹ - القانون 10-05 المعدل والمتمم للأمر 58-75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم

² - لورنس عبيدات محمد اثبات المحرر الإلكتروني دار الثقافة عمان 2005 ص 77 و ناجي زهراء المرجع السابق ص 12

³ - عبد الفتاح بيومي، التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دون سنة، ص 50

⁴ - القانون 10-05 المعدل والمتمم للأمر 58-75 المتضمن القانون المدني

⁵ - المرسوم 07-162 يعدل ويتم المرسوم 01-123 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية.

⁶ - قانون المدني المرجع السابق 58/75 المعدل و المتمم 10/05 المؤرخ 20 يونيو 2005 عدد الجريدة الرسمية 44 و القانون

05/07 المؤرخ في 13/5/2007 جريدة الرسمية 31

2- التوثيق أو التصديق الإلكتروني

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

ويأخذ التوجيه الأوربي رقم 93 سنة 1999 بفكرة الموثق الإلكتروني وأطلق عليه تسمية مقدم خدمات التصديق¹ وهي نفس التسمية التي جاء بها المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي 07-162².

لممارسة نشاط التصديق الإلكتروني يتطلب الحصول على ترخيص تمنحه سلطة البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، وهذا الترخيص يكون مرفق بدفتر الشروط يحدد حقوق وواجبات مؤدي الخدمات والمستعمل حسب المرسوم التنفيذي 07-162 الذي يحدد الشروط الواجب توافرها في الموثق.

و قد نظم المشرع مؤخرا التصديق الإلكتروني بموجب القانون 04/15 المؤرخ في 2015/2/01 الخاص بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين³

إن هذا القانون يهدف إلى وضع إطار قانوني قصد التكفل بالمتطلبات القانونية والتنظيمية والتقنية التي ستسمح بإرساء جو من الثقة المتواتية لتعميم وتطوير المبادلات الإلكترونية بين كافة المستعملين لا سيما في مجالي التجارة الإلكترونية و البنوك الإلكترونية". إن التصديق الإلكتروني و التوقيع مفهومان مختلفان ولكن جد مرتبطين: فالتوقيع الإلكتروني هو إلغاء الطابع المادي للتوقيع الخطي يتم من خلال ترتيب تقني من اجل التحقق من هوية الموقع

و حسب هذا القانون فان التصديق الإلكتروني فيكمن في مجموع الإجراءات التي تسمح بتسيير الشهادات الإلكترونية و إصدارها أو إبطالها (و تستعمل هذه الشهادات للتحقق من التوقعات الإلكترونية) وتحديد الطابع الزمني الذي يسمح بمعرفة الساعة بالضبط التي تمت فيها كل عملية (بفضل

¹ - نسرين عبد الحميد نبيه، الجانب الإلكتروني للقانون التجاري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص 295

² - المرسوم 07-162 يعدل ويتم المرسوم 01-123 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية

³ - الجريدة الرسمية عدد 06

الطابع الزمني يمكننا مثلا التحقق بدقة من الساعة التي قام فيها مكتب بإرسال عرض الكتروني) وكذا التشفير (تشفير المعطيات) كما أن نشاط تخزين المعلومات يعزز عملية التصديق الالكتروني.

الفرع السادس: تطوير منظومة القانون التجاري لتحسين أداء الحكومة الالكترونية

يعتبر القانون 03-15 المؤرخ في 25/10/2003¹ المتضمن الموافقة على الأمر 03-11 المؤرخ في 26/8/2003 المعدل و المتمم² المتعلق بالنقد والقرض أول قانون جزائري تضمن التعامل الإلكتروني الحديث في القطاع المصرفي، وهذا حسب المادة 69 " تعتبر وسائل الدفع كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل أموال مهما يكون السند أو الأسلوب التقني المستعمل"، ولم يكتفي المشرع بهذا النص بل أشار إلى هذه الوسيلة الجديدة في القانون رقم 05-02 المؤرخ في 06 فيفري 2005³ أضاف فقرة ثالثة للمادة 414 في وفاء السفتحة نص على "... يمكن أن يتم التقدم أيضا بأية وسيلة تبادل إلكترونية محددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما"

كما أضاف المشرع بموجب القانون 05-02 المعدل للقانون التجاري المذكور أعلاه في باب رابع إلى الكتاب الرابع من القانون التجاري والمعنون بالسندات التجارية، الفصل الثالث منه يتضمن بطاقات السحب والدفع وذلك في المادة 543 مكرر 23.

أما عن الطبيعة القانونية لهذه البطاقات، فلقد اعتبرها المشرع الجزائري أوراق تجارية جديدة إضافة إلى الأوراق التجارية الكلاسيكية وهي السفتحة والشيك والسند لأمر.

يتضح مما تقدم، بأن المشرع الجزائري استحدث نظام الوفاء الإلكتروني⁴ في المعاملات التجارية لمفهومه الواسع ويتضح ذلك من خلال نص المادة 69 من قانون النقد والقرض وذلك من خلال عبارة "... مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل"

و من أهم مظاهر الوفاء الالكتروني التحويل الإلكتروني و الشيك الالكتروني و بطاقات الدفع الالكترونية و يعتبر الدفع الإلكتروني نظام الدفع الآلي عبر الشبكة العالمية للمعلوماتية و انواع الدفع مختلفة و سريعة التطور بتطور الوسائل الالكترونية و هي تتنوع بين التحويل الالكتروني و الشيك الالكتروني بطاقات الدفع الالكتروني و بطاقة الائتمان و البطاقة الذكية.

¹ - الجريدة الرسمية، العدد 52

² - الجريدة الرسمية، العدد 64، المعدل بموجب الأمر 10/04 المؤرخ في 26/8/2010 الجريدة الرسمية العدد 50

³ - الأمر المعدل و المتمم للأمر 75-59 ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري ج ر ع 11

⁴ - الأمر المعدل و المتمم للأمر 75-59 ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري ج ر ع 11

و من باب أولى تعريف الدفع الإلكتروني " و يعرف الوفاء " بكل عملية دفع لمبلغ من النقود تتم بأسلوب غير مادي لا يعتمد على دعامات ورقية، بل بالرجوع إلى آليات إلكترونية" و هذا ما يعرف بالتعريف الواسع أما إذا عرف بأنه " محصور في عمليات الوفاء التي تتم دون وجود اتصال مباشر بين الأشخاص الطبيعيين" فهو المعنى الضيق له.¹

أما أنواعه فهي: *التحويل الإلكتروني: وهو القيام بتحويل مبلغ معين من حساب المدين إلى حساب الدائن، وهذه العملية تحتاج إلى تدخل وسيط يعمل على إتمام إجراءات الوفاء بين مصرفي العميل والتاجر.²

* الشيك الإلكتروني: رسالة إلكترونية موثقة ومؤمنة يرسلها مصدر الشيك إلى مستلم الشيك (حامله) ليعتمده ويقدمه للبنك الذي يعمل عبر الانترنت، ليقوم البنك أولاً بتحويل قيمة الشيك المالية إلى حساب حامل الشيك، وبعد ذلك يقوم بإلغاء الشيك وإعادته إلكترونياً إلى مستلم الشيك (حامله) ليكون دليلاً على أنه قدم على صرف الشيك فعلاً، ويمكن لمستلم الشيك أن يتأكد إلكترونياً من أنه قد تم بالفعل تحويل المبلغ إلى حساب.³

*بطاقات الدفع الإلكترونية: البطاقات البلاستيكية والمغناطيسية التي تصدرها البنوك لعملائها للتعامل بها بدلاً من حمل النقود، وأشهرها الفيزا (Visa) والماستر كارد (MasterCard) و (Américain Express) ومن أهم هذه البطاقات:

1- بطاقة السحب الألي: (Cash Card): يكمن للعميل بمقتضاها سحب مبالغ نقدية من حسابه بحد أقصى متفق عليه.

2- بطاقة الدفع (Debi Card) وتحويل حاملها سداد مقابل السلع والخدمات، حيث يتم تحويل ذلك المقابل من حساب العميل إلى حساب التاجر.

*- البطاقة الذكية (Smart card): هي عبارة عن بطاقة ذكية تحتوي معالج دقيق يسمح بتخزين الأموال من خلال البرمجة الأمنية، وهذه البطاقة تستطيع التعامل مع بقية الكمبيوترات، ولا تتطلب

¹ - عدنان إبراهيم سرحان، الوفاء (الدفع) الإلكتروني، بحث مؤتمر الأعمال المصرفية بين الشريعة والقانون المنعقد في 10-12 مايو 2003 بكلية الشريعة والقانون وغرفة التجارة و صناعة دبي، المجلد الاول، ص268 وما بعدها.

² - محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص105

³ - منير الجهني، ممدوح الجهني، البنوك الإلكترونية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2005، ص49 وما بعدها. وراجع أيضاً عدنان إبراهيم سرحان، المرجع السابق، ص 270 وما بعدها

تفويض أو تأكيد صلاحية البطاقة من أجل نقل الأموال من المشتري إلى البائع، أن تتأكد من سلامة كل معاملة من الخداع عندما يقدم صاحب البطاقة بطاقته إلى البائع

فعندما يستخدم صاحب البطاقة بطاقته الذكية فإن قيمة الشراء يتم نقصها بطريقة أوتوماتكية من بطاقة المشتري ويتم إيداع هذه القيمة في أجهزة إلكترونية طرفية للبائع ومن ثم يستطيع البائع أن يحول ناتج عمليات البيع والشراء لليوم إلى بنكه عن طريق الوصلات التلفونية، هذا يسمح للعمليات البيع والشراء أن تتم في ثواني معدودة.¹

4- بطاقات الائتمان: (Credit Card)

يطلق على بطاقات مصطلح النقود البلاستيكية، ويعتقد كثيرون أن البطاقات الائتمانية ستحل في المستقبل محل النقود بشكل نهائي عاجلاً أم آجلاً، ويرى البعض أنه قد لا يكون مصطلح الائتمان دقيقاً في التعريف بهذه التقنية الشرائية الحديثة "كريدت كارد" ولكن هذا ما أصطلح عليه عربياً، والائتمان في اللغة هو عملية مبادلة ذات قيمة في الحاضر، مقابل وعدا بالدفع في المستقبل، وبطاقة الائتمان هي البطاقة الخاصة التي يصدرها المصرف لعملية لكي تمكنه من الحصول على السلع والخدمات من محلات وأماكن معينة عند تقديمه لهذه البطاقة الخاصة.²

وتقوم هذه الوسيلة على أن إحدى المؤسسات المالية أو شركات الاستثمار تصدر بطاقات مصنعة ذات تصميم عالي التقنية، ويصعب العبث بها، ويمكن لحاملها أن يقدمها للبائع عندما يشتري بعض السلع ليقوم هذا الأخير بتدوين بيانات البطاقة على فاتورة يصدرها ويوقعها حامل البطاقة لترسل إلى البنك كمعتمد لتلك البطاقة ليتم الوفاء بالمشتريات³. ثم يقوم حامل البطاقة بسداد دفعة البنك مع الفوائد خلال أجل متفق عليه، ولا تمنح البنوك هذه البطاقات إلا بعد التأكد من ملائمة العميل أو الحصول منه على ضمانات عينية أو شخصية كافية.⁴

وتصدر البطاقات بأنواعها من مؤسسات عالمية أهمها مؤسسة الفيزا العالمية، مركزها لوس أنجلوس بولاية كاليفورنيا بالولايات المتحدة الأمريكية، ومؤسسة "ماستر كارد" ومركزها سانت لويس بولاية

1 - منير الجهني، ممدوح الجهني، مرجع سابق، ص 52، نسرين عبد الحميد نبيه، مرجع سابق، ص 49، وما بعدها.

2 - نسرين عبد الحميد نبيه، مرجع سابق، ص 55

3 - محمد الكيلاني، التشريعات التجارية والمعاملات الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار وائل، عمان، الأردن، 2004، ص 505.

4 - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 105، وما بعدها

نيويورك بالولايات المتحدة الأمريكية، مؤسسة "أمريكان إكسبريس" ومركزها الولايات المتحدة الأمريكية¹.

وإن الجزائر لم تنظم بعد إلى هذه الهيئات وهناك مفاوضات للإنضمام إلى مؤسسة "ماستر كارد"².

والمشروع بهذه الطريقة يحاول الدخول في المجتمع الإلكتروني تدريجياً لتطبيق الحكومة الإلكترونية التجارية، مبتعداً بذلك عن المصطلحات التقليدية في الدفع كالسند وغيره من المصطلحات إلى استعمال مصطلح انسب هو وسائل الدفع الإلكتروني.

خاتمة:

أحدثت ثورة تكنولوجيا الإعلام والاتصال، منذ عقدين انقلاب هائل في العلاقات الاقتصادية، الاجتماعية والسياسية والقانونية في العالم، كما ساهمت في اختصار المسافات والوقت، تسريع وتأثر الاتصال التواصل واطلاق التدفق الحر للمعلومات دون قيود، ولقد أصبحت المعلومات في هذا العصر بمثابة سلعة تسويق وأصبحت مورداً أساسياً في التنمية الاقتصادية، الاجتماعية، الإدارية، السياسية، العلمية والثقافية، وكنيجة لذلك حدث نمو كبير في المجتمعات المعتمدة على المعلومات، بل وتحوّلت المجتمعات الصناعية إلى مجتمعات معلومات وأصبحت المعلومات هي المواد الأولية لهذه المجتمعات، مثلما كان الفحم والحديد من المواد الأولية للمجتمعات الصناعية، ووجب على الجزائر اليوم أن تنظم قوانينها قطاع المعلومات والاتصال، غير أن استيعاب هذه القوانين وتطبيقها ما زال يتطلب التطوير، وتوفير التجهيزات والبنى التحتية ذات الصلة لأجل ذلك تكون أهم التوصيات: -وضع منظومة قانونية شاملة لقوانين الإعلام والاتصال في الدول العربية لتعزيز المشاركة العربية في الملتقيات الإقليمية والدولية ذات الصلة بدعم حرية التعبير واحترام حقوق الإنسان والالتزام بأخلاقيات الاتصال.

-مواءمة التشريعات والقوانين المتعلقة بقطاعي المعلومات والاتصال في الدول العربية، مع المستجدات الدولية

-وضع إستراتيجية أمنية واضحة وملزمة، لكل المعنيين بصناعة المعلومات، وإدارة وسائل الاتصال، والبنى التحتية، والمعنيين بصناعة أدوات وبرامج الاتصال، وخزن المعلومات ومعالجتها

¹ -محمد الكيلاني، مرجع سابق، ص 513

² - Dalaam.maktoobblog.com

- ضرورة تقنين قواعد جديدة لمكافحة الجرائم المعلوماتية، تأخذ بعين الاعتبار الطبيعة الخاصة لهذه الجرائم، ولا سيما فيما يتعلق بالإثبات في الدعاوى الناشئة عن هذه الجرائم، سواء في ذلك الدعاوى الجنائية والمدنية والتأديبية، كما ينبغي تعديل قواعد الإجراءات الجنائية لتتلاءم مع هذه الجرائم.

- ضرورة التنسيق والتعاون الدولي قضائياً وإجرائياً في مجال مكافحة الجرائم المعلوماتية.

- ضرورة تخصيص شرطة خاصة لمكافحة الجرائم المعلوماتية، وذلك من رجال الشرطة المدربين على كيفية التعامل مع أجهزة الحاسوب والإنترنت.

- يتعين أن تكون للسلطات القائمة بالضبط والتفتيش، سلطة توجّه أوامر لمن تكون لديه معلومات خاصة للدخول على ما يحويه الحاسب الآلي والإنترنت من معلومات للاطلاع عليها.

- ضرورة النص صراحة في القوانين المنظمة للإثبات - الجنائي والمدني - بما يسمح للقاضي بأن يستند إلى الأدلة المستخرجة من الحاسب الآلي والإنترنت في الإثبات.

قائمة المراجعالكتب :

- معالي فهمي حيزر، نظم المعلومات مدخل لتحقيق الميزة التنافسية، الدار الجامعية، إسكندرية، 2002،

- عامر إبراهيم قنديلجي، إيمان فاضل السامرائي: تكنولوجيا المعلومات وتطبيقاتها، الوراق للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002،

- محمد صالح الحناوي وآخرون، نظم وتكنولوجيا المعلومات في الأعمال في عصر التكنولوجيا، الدار الجامعية، مصر، 2004،

- عامر إبراهيم قنديلجي، إيمان فاضل السمرائي، تكنولوجيا المعلومات وتطبيقاتها، الوراق، الأردن، ط1، 2002

- الشافعي منصور، مملكة العلم والتكنولوجيا، ايتراك للنشر، مصر، 2000

- رأفت رضوان، عالم التجارة الإلكترونية، القاهرة، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 1999

- محمد سامي عبد الصادق - حقوق مؤلفي المصنفات المشتركة - المكتب المصري الحديث القاهرة - الطبعة الأولى 2002

الرسائل و المذكرات :

- زلماط مريم، دور تكنولوجيا الاعلام و الاتصال في ادارة المعرفة داخل المؤسسة الجزائرية، دراسة حال بسوناطراك فرع STH مذكرة تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير بمدرسة الدكتوراه تخصص تسيير الموارد البشرية جامعة ابوبكر بلقايد تلمسان 2010/2009

- يحيى دريس، دور إقامة نظام وطني للمعلومات الاقتصادية في دعم متخذي القرار - حالة الجزائر، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير في علوم التسيير تخصص: إستراتيجية السوق في ظل اقتصاد تنافسي، قسم علوم التسيير، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير والعلوم التجارية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، 2006/2005.

- رشيد علام عوائق تطور التجارة الالكترونية في الوطن العربي دراسة حالة الجزائر، رسالة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير في إدارة الأعمال - فرع تجارة الكترونية- الأكاديمية العربية البريطانية للتعليم العالي 2010/2009.

- أحمد حسان- مدى الحماية القانونية لحق المؤلف " دراسة مقارنة" رسالة دكتوراه في القانون الخاص - جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان الجزائر- السنة الجامعية 2007-2008

المقالات و المجالات :

- نوري منير ، بارك نعيمة ، مداح عرابي تكنولوجيا المعلومات والاتصال وأهميتها في اقتصاديات الدول العربية لمسيرة تحديات الاقتصاد العالمي الجديد - التوصيات والمتطلبات - جامعة حسينية بن بوعلوي الشف ، دون سنة
- بن بريكة عبد الوهاب و التركي زينب اثر تكنولوجيا الإعلام و الاتصال في دفع عجلة التنمية مجلة العلوم الاقتصادية و التجارية و علوم التسيير مجلة الباحث عدد 07 2010/2009
- بومعيل سعاد، فارس بوباكورة: أثر التكنولوجيات الحديثة للإعلام والاتصال في المؤسسة الاقتصادية، مجلة الاقتصاد والمناجمنت، جامعة تلمسان، العدد. 03 مارس 2004
- ثامر كامل محمد : العولمة من منظور ثورة المعلومات و تكنولوجيا الاتصال و آليات حراكها في الوطن العربي ، مجلة العلوم السياسية العراق عدد خاص 37 دون سنة
- عماري توفيق و بكوش لطيفة تحديد مجالات تعميم استعمال تكنولوجيا المعلومات والاتصال في التسيير والتواصل والتكوين ، مفتشيه التربية لولاية الوادي دون سنة
- محمد حنة المصنفات الرقمية للحاسوب 2009 SDI
- هند علوي حماية الملكية الفكرية في البيئة الرقمية من خلال منظور الأساتذة الجامعيين دون طبعة ودار نشر

الملتقيات:

- بن سعيد محمد، لحر عباس: **تكنولوجيات الإعلام والاتصال والتنمية الاقتصادية**، الملتقى الدولي الثالث حول: تسيير المؤسسات: المعرفة الركيزة الجديدة والتحدي ، التنافسي للمؤسسات والاقتصاديات، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية العلوم الاقتصادية والتسيير 13/12 نوفمبر 2005
- علي محمد شمو ، مراجعة القوانين و التشريعات الإعلامية في ظل التطور التقني العظيم في عالم المعرفة - ندوة الإقليمية حول التشريعات الإعلامية في العالم العربي في ظل تطور وسائل الاتصال الجديدة ، مقر الايسيسكو الرباط 6/4 يونيو 2012.
- الأزرق بن عبد الله و احمد عمراني ، نظام المعلوماتية في القانون الجزائري واقع و آفاق ، المؤتمر السادس لجمعية المكتبات و المعلومات السعودية البيئة المعلومات الآمنة : المفاهيم و التشريعات و التطبيقات الرياض 7/6 ابريل 2010

القوانين:

- *قانون المدني الأمر 75-58 المؤرخ في 26/9/1975 المعدل و المتمم بموجب القانون 10/05 المؤرخ في 10/07 و القانون
- *قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 المؤرخ في 25/2/2008

- *قانون المتعلق بالقواعد العامة للبريد و المواصلات السلوكية و اللاسلوكية 03/2000 المؤرخ في 5/أوت 2000/ المعدل و المتمم
- *قانون الخاص بالوقاية من جرائم تكنولوجيايات الإعلام و الاتصال و مكافحتها المؤرخ في 04/09 المؤرخ في 2009/8/5
- *قانون الصفقات العمومية 236/10 المؤرخ في 2010/10/7 المعدل و المتمم في 03/13 المؤرخ في 2013/01/13.
- *القانون 14/04 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 المعدل لقانون الإجراءات الجزائية
- *قانون 03/15 المؤرخ 2015/02/01 المتضمن عصنة العدالة
- *الأمر 05/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المنظم حق المؤلف و الحقوق المجاورة
- قانون 06/03 المؤرخ في 19 2003/07/ متضمن براءة الاختراع
- *الأمر 08/03 المؤرخ في 2003/7/19 متضمن طبوغرافيا الدوائر المتكاملة
- * الأمر 66-156 المؤرخ في 8/يونيو/1966 المعدل و المتمم بموجب القانون 23/06 المؤرخ في 2006/12/20 المتضمن قانون العقوبات 2006 عدد الجريدة 84
- *قانون الإجراءات الجزائية الأمر 155/66 المؤرخ 8/يونيو/1966 المعدل و المتمم بموجب القانون 08/01 المؤرخ في 26/يونيو 2001 و بموجب القانون 14/04 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 و القانون رقم 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006

Les sites internet :

- <http://www.alukah.net>
- <http://www.startimes.com>
- www.arabpip./arablav_alg_auther.htm
- www.Kenanaonline.com
- <http://www.cybrarians.info>
- <http://www.maghress.com>
- <http://www.alukah.net/publicatione>
- [wtcalgeria.com-](http://wtcalgeria.com)

التكامل الاقتصادي العربي الممكن والمستبعد

الدكتور كمال مرصالي أستاذ التعليم العالي

جامعة عبد المالك السعدي تطوان- المملكة المغربية

Marsali.kamal@yahoo.fr

تقديم

يعتبر التكامل الاقتصادي سمة من سمات التنمية الاقتصادية والتطلع للوحدة الاقتصادية في الوقت الراهن، أما السمة الأساسية للتكامل الاقتصادي فهي إلغاء التمييز ضمن منطقة معينة¹. وهذا لما تتطلبه مقتضيات البيئة الاقتصادية الدولية المتنامية باستمرار، فمن الناحية التاريخية ترجع فكرة التكامل الاقتصادي وأساسياته إلى الاقتصادي النمساوي "فاينر" سنة 1950، حيث بيّن أن شكل أو درجة من درجات التكامل تجمع بين أسس نظرية التجارة، الحرية أو الحماية⁽²⁾. لذا تأكدت أهمية التكامل في النصف الثاني من القرن العشرين، بحيث استخدم التكامل في تلك الفترة وجهة محددة بحيث أخذت الدراسات الاقتصادية انطلاقاً من الثمانينات من القرن الماضي لتربط التكامل الاقتصادي بمبدأ الكفاية الإنتاجية من خلال استغلال الإمكانيات البشرية، والموارد المادية بصورة مشتركة ضمن منطقة اقتصادية لا تتعدى الحدود الوطنية⁽³⁾. وقد أخذت الدعوة للتكامل الاقتصادي تتوسع وتزداد أهميتها في أواخر القرن العشرين وبداية القرن الواحد والعشرين، فازداد عدد الدول التي اعتمدت سياسة التكامل الاقتصادي في العالم سواء كانت هذه الدول متقدمة أو دول نامية مثل الدول العربية

كان تاريخ البدء في مسيرة التكامل الاقتصادي العربي هو تاريخ إنشاء الجامعة العربية عام 1945 حيث نص ميثاق الجامعة على توثيق الصلات بين الدول الأعضاء، والعمل على تنسيق الخطط السياسية والاقتصادية للبلدان العربية وذلك بغية تحقيق التعاون بينها وصيانة استقلالها وسيادتها، وتنفيذ

¹ جيروني لام فرنسيس، الاقتصاد الدولي، نقله إلى العربية د. محمد عزيز د. محمود سعيد الفاخري، الطبعة الأولى، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، ليبيا، 1998، ص: 226.

² - رثيف مسعد عبده محمد، "التجارة الخارجية في ظل المتغيرات الاقتصادية العالمية"، دار الثقافة العربية، القاهرة، 2005، ص: 182.

³ - حميد رشيد عبد الوهاب، "الدور التكاملي للمشروعات العربية المشتركة، الطموحات والآداء"، دار النشر والترجمة والتوزيع، مصر، 1985، ص: 14.

ما يتم الاتفاق عليه بين هذه الدول من اتفاقيات، وفعلا تمت صياغة عدة اتفاقيات ومشاريع اقتصادية مهمة مثل معاهدة الدفاع المشترك والتعاون واتفاقية تسهيل التبادل التجاري ومشروع الوحدة الاقتصادية العربية والسوق العربية المشتركة واتفاقية تيسير التجارة ومنطقة التجارة الحرة العربية وغيرها من المشاريع التي ظلت حبيسة توصيات القمم العربية ولم يتم تفعيلها على ارض الواقع.

المطلب الاول - مفهوم التكامل الاقتصادي

أولاً - التكامل لغويًا:

إن كلمة "التكامل" من الناحية اللغوية تدل على التكميل أو التمام أو الكل التمام¹.
و كمل الشيء كمولاً: تمت أجزاءه أو صفاته، أكمل الشيء: أتمه وفي القرآن: {اليوم أكملت لكم دينكم} وتكامل الشيء: كمل شيئاً فشيئاً .

أما من ناحية الفعل، فيعني تعزيز الروابط بين القطاعات الاقتصادية التي يكمل بعضها البعض الآخر، وترك القطاعات المتنافسة. تجدر الإشارة إلى أن الاقتصاديين يستخدمون مصطلح التكامل لنقل معنى التعبير الإنجليزي **Integration** بحيث انه في اللغة الإنجليزية اشتق هذا اللفظ من **Enteger** الذي يعني الشيء المتراكم عضويًا في كل لا يتجزأ، مثل ما يسمى في الرياضيات الواحد الصحيح².
فالقطاعات الاقتصادية كما هو معروف يكمل بعضها البعض الآخر، فالقطاع الزراعي يكمل القطاع الصناعي من خلال ما يقدمه له من مواد أولية والتي لا يمكنه العمل إلا من خلالها، كالقطن مثلاً المستعمل في صناعة المنسوجات، وهذا ما يسمى تكاملاً قطاعياً، كما يمكن أن يكون التكامل بين دولتين إحداهما صناعية والأخرى زراعية.

ثانياً-التكامل من منظور اقتصادي :

إن عبارة التكامل الاقتصادي قد فسرت بأشكال مختلفة فبعض الباحثين يدخلون في نطاقه التكامل الإجماعي، ويوسعه آخرون لينطبق على أي نوع من أنواع التعاون الدولي وجاء من يعرض أيضاً أن مجرد وجود العلاقات التجارية بين الأقطار المستقلة يعد علامة على التكامل الاقتصادي .
ومع ذلك فإن الاصطلاح يستخدم عادة للدلالة على ذلك الصنف من الترتيبات التي بموجبها ترفع الحواجز التجارية الاصطناعية كالتعريف بين الاقتصاديات المتكاملة.

فالتكامل الاقتصادي هو اصطلاح عام يغطي عدة أصناف من الترتيبات التي بمقتضاها يتفق قطران أو أكثر على تقريب وتوثيق أوضاعهما الاقتصادية بعضهم من بعض، وجميع هذه الترتيبات لها سمة مشتركة وهي أنها تستخدم التعريف لتمييز سلعها إزاء السلع التي تنتجها الأقطار غير المنضمة إلى الاتفاق.

وللتكامل الاقتصادي العربي مفاهيم مختلفة تختلف باختلاف المدارس الفكرية والظروف الموضوعية. إلا أنه في العموم يحمل معنى ربط أجزاء معينة ببعضها ببعض، هذا الربط يكون نتيجة

¹ رابح فضيل، "التكامل الاقتصادي العربي معوقاته وآفاقه"، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1994-1995، ص:2.

² سامي عفيفي حاتم، "التجارة الخارجية بين التنظيم والتنظيم"، ط 2، ج 2، الدار المصرية اللبنانية، القاهرة، 1994، ص:222.

لإجراءات وترتيبات يتم اتخاذها من طرف حكومات الدول المتكاملة باتفاق يتم بينها، ويتم التكامل الاقتصادي بين دولتين على الأقل، لها خصائص مشتركة تدفعها نحو تحقيق عملية التكامل فيما بينها ومن هذه الخصائص التقارب الثقافي واللغوي، التقارب الجغرافي، الاستراتيجي والمصلحي إلى غير ذلك من الخصائص المشتركة والمحفزة لعملية التكامل الاقتصادي.

كما أن بعض الاقتصاديين الذين كتبوا في هذا المجال يعرفون التكامل الاقتصادي أحيانا حسب أسبابه وأحيانا أخرى حسب أهدافه، لهذا نرى أن مصطلح التكامل لم يحظ باتفاق عام بين مختلف الكتاب الاقتصاديين شأنه شأن المفاهيم والتعريفات الأخرى التي تخص العلوم الاقتصادية، وتماشيا مع هذه الملاحظة، نحاول تقديم بعض التعريفات الخاصة بمصطلح التكامل الاقتصادي التي قام بها مجموعة من رواد الفكر الاقتصادي التكاملي الغربيين والعرب، كما يلي:

ثالثا - تعريف التكامل الاقتصادي لدى الباحثين :

يعرف "بيلا بلاسا **Bela Balassa**" التكامل الاقتصادي على أنه عملية وحالة، فبوصفه عملية فإنه يشمل الإجراءات والتدابير التي تؤدي إلى إلغاء التمييز بين الوحدات المنتمية إلى دول قومية مختلفة، وإذا نظرنا إليه على أنه حالة فإنه في الإمكان أن تتمثل في انتفاء مختلف صور التفرقة بين الاقتصاديات القومية¹. انطلاقا من هذا التعريف نلاحظ أن "بيلا بلاسا" يعتمد على مناقشة قضية التمييز أو التدخل الحكومي وعلاقتها بسياسة تحرير التجارة الدولية، إذ يذهب هذا الاقتصادي إلى اعتبار أن اختفاء التمييز أو التدخل الحكومي يعد شرطا منطقيا ومدخلا طبيعيا لتحرير التجارة بين مجموعة الدول الأعضاء في التنظيم التكاملي⁽²⁾.

أما الاقتصادي "ميردال **Gunnar Myrdal**"، فيرى أن مفهوم التكامل لا بد أن يشمل العمل على زيادة الكفاءة الإنتاجية ضمن الكتلة الاقتصادية المشكلة، وذلك مع إعطاء الفرص الاقتصادية المتساوية للأعضاء في هذا التكتل بغض النظر عن سياساتهم⁽³⁾.

يرى الاقتصادي "ماخلوب **Fritz Machlup**"، أن التعريف الأكثر ملائمة لهذا المصطلح

ينصرف إلى أن فكرة التكامل الاقتصادي التام تنطوي على الإفادة الفعلية من كل الفرص التي يتبعها التقسيم الكفء للعمل¹ وهنا يناقش "ماخلوب **machlup**" التعريف الذي يصدق على مفهوم التكامل الاقتصادي، فيضيف أنه في نطاق أية منطقة تكاملية يتم استخدام عوامل الإنتاج والسلع كما

¹ - بيلا بلاسا، "نظرية التكامل الاقتصادي"، ترجمة رشيد البراوي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964، ص: 10.

² - سامي عفيفي حاتم، "التكتلات الاقتصادية بين التنظير والتطبيق"، ط 4، جامعة حلوان، القاهرة، 2003، ص: 30.

³ - خواجكية محمد هشام، "التكتلات الاقتصادية الدولية"، مديرية المطبوعات الجامعية، جامعة حلب، 1972، ص: 30.

يتم تبادلها بالدرجة الأولى على أساس حساب الكفاءة الاقتصادية البحتة وبصفة أكثر تحديداً دون تمييز وتخير متعلقين بالمكان الجغرافي الذي نشأت فيه هذه السلعة².

أما "آرنست هاز Ernest HAAS"، الذي يعد أحد رواد نظرية التكامل فيرى بأنه: "مسار بواسطته تسعى الوحدات السياسية إلى إنشاء مركز أو وحدة أشمل وأوسع تتولى شؤونها بمختلف الأبعاد والأنواع، هذا المركز والذي بمقتضى ذلك تمتلك مؤسساته أو تهدف إلى امتلاك سلطة على الوحدات السياسية المكونة لها"³.

أما الاقتصادي "هوفمان" يقول بأن قيام تكامل اقتصادي لا بد من وجود تساوي في أسعار السلع وعناصر الإنتاج في المنطقة التكاملية⁴.

ويعرف الاقتصادي الهولندي "تبرجن Jan Tinbergen" التكامل على أساس احتوائه على جانبين سلمي وإيجابي فيفسر التكامل في جانبه السلمي إلى إلغاء واستبعاد أدوات معينة في السياسة الاقتصادية الدولية، أما الناحية الإيجابية منه فتشير إلى الإجراءات التدميمية التي يراد بها إلغاء عدم الاتساق في الضرائب والرسوم بين الدول الرامية إلى التكامل، وبرامج إعادة التنظيم اللازمة لعلاج مشاكل التحول و الانتقال⁵.

أما الاقتصادي "فاجدا Imrevajda" فإنه يميز بين أسلوبين للتكامل: "التكامل في الأسواق والتكامل الإنتاجي الإنمائي". ويأخذ هذا التمييز في الاعتبار عدم كفاية مبدأ الحرية الاقتصادية لتحقيق التنمية من خلال تطوير العلاقات التجارية البينية للدول الأعضاء، وتنسيق عملية الإنتاج وهو ما يترتب عليه في الوقت نفسه تعزيز قاعدة التكامل ذاته⁶.

أما الاقتصادي "Haberler" فيعرف التكامل الاقتصادي بأنه عبارة عن "علاقات اقتصادية واسعة بين المجالات الاقتصادية المختلفة. وفي إطار التحليل النيوكلاسيكي واعتماداً على فرضية انعدام تكاليف النقل، يمكن لمجالين وطنيين، وفي حالة منافسة كاملة، وبدون حقوق جمركية وتكاليف جبائية متشابهة على النشاطات الإنتاجية أن تمثل سوقاً واحداً". (G.Haberler, 1964).

¹ - سامي عفيفي حاتم، "التكتلات الاقتصادية بين التطوير والتطبيق"، مرجع سبق ذكره، ص: 31.

² - وليامسون جون وآخرون، "التكامل النقدي العربي"، مركز دراسات الوحدة العربية، لبنان، 1981، ص: 41.

³ - بوقارة حسين، "سياسات التكامل الاقتصادي والاندماج"، مطبوعة محاضرات أقيمت على طلبه قسم الماجستير دائرة العلوم السياسية والعلاقات الدولية، جامعة باتنة الجزائر، 1994/1993.

⁴ - Yadwiga Forowicz، "Economie Internationale"، Benchemin, Québec, 1995, P.265.

⁵ - محمد عبد المنعم عفر، "الاقتصاد الدولي"، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1999، ص: 217.

⁶ - مجلة جامعة الشارقة للعلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد 6، العدد 1 ص: 58.

المطلب الثاني - مقومات التكامل الاقتصادي وأشكاله:

أولاً- مقومات التكامل الاقتصادي:

تتعدد وتنوع مقومات التكامل الإقتصادي بصفة عامة، كما تختلف من جغرافية إلى اجتماعية، قيمة ومصلحية، ويمكن إيضاحها فيما يلي:

أ- الجوار الجغرافي:

إن التواصل الجغرافي كأساس للتعاون و التكامل هو واقع تاريخي - طبيعي، وجدت فيه الدول المتجاورة مصلحة للعمل المشترك باتجاه توسيع السوق والتبادلات الإقتصادية. وفيما يتعلق بالعالم العربي مثلا، فهناك تواصل جغرافي متين بين الدول العربية وعلى منطقة شاسعة،

لكن، وبصدد الحديث عن الدول العربية نجد أنفسنا أمام مفارقة كبيرة، حيث أنه إذا كان من المعروف، أن الجوار الجغرافي بين بلدين أو أكثر، يحفز - طبيعيا - المبادلات في ما بينه أو ما يسمى بالتجارة الجوارية، وذلك قبل قيام أي تكتل أو تجمع تأسيسي بينها، وهذا هو حال العديد من المناطق في العالم، وفي مقدمتها أوروبا الغربية التي شهدت ازدهار هذه التجارة قبل قيام هيكل السوق، ونفس الشيء بالنسبة لمنطقة جنوب آسيا، بالمقابل يمكن القول أن الدول العربية قد سارت ضد التيار، بلجؤها على افتعال كل الحواجز والمكينة للحيلولة دون تسهيل هذا السلوك والمفارقة هنا، هي أن البلدان العربية بقدر ما هي منفتحة على الخارج في إطار علاقات التبعية للمراكز المتقدمة فهي منغلقة تجاه بعضها البعض.

وفي الأخيرة و رغم أهمية الجوار الجغرافي من الناحية التاريخية وحتى العملية، لما يوفره من تسهيلات للاتصال والتبادل، فإن التطور الذي وصل إليه المجتمع الدولي اليوم جعله - كما سبقت الإشارة - أضيق من أن يكون أساسا للتجمع والتكامل الإقتصادي.

ب- التجانس الإجتماعي

يصبح التواصل أو القرب الجغرافي - واقع طبيعي - مهم وذو قيمة أكبر عندما تجمع الدول قيد الانتظام خصائص وحدة اللغة، التاريخ، التراث و الدين، فتشابه هذه العناصر يساعد على ترسيخ نظرة فوق وطنية بالنسبة للدول قيد التجمع، فهو يشمل تجانس ووحدة في القومية، ولا ريب في أنه ليس هناك من الدول التي تتوافر على هذه الشروط مثل الدول العربية¹، فهي تشكل أمة واحدة ولغة واحدة

¹ - بوقارة حسين ، المرجع السابق، ص 07.

وتراث واحد وتاريخ حافل بالنضال المشترك الذي يشكل الذاكرة الجماعية العربية، وهذه كلها عنا صر دافعة لعمل اقتصادي عربي مشترك بل إلى تكامل اقتصادي عربي راسخ عميق.

وعلى هذا المستوى تملك الدول العربية من العناصر ما يجعل أي مشروع تقوم بإنجازه - ولو نظريا - أكثر قابلية للنجاح، ففي أوروبا مثلا نجد أمما متعددة شكلت دائما بؤر لصراع تاريخي ذي طابع تناحري بين قوميات وثقافات ولغات متنوعة ومتعددة ومع ذلك نجحت في ترسيخ وتعميق عملها المشترك تحقق في نهاية القرن الماضي مع انطلاقة اليورو¹.

ج- تشابه القيم:

إن تشابه القيم، وهو تقاسم أو اشتراك صناعات القرار القائمين على التكامل في معتقدات ونظم قيمية معينة في ميادين مختلفة، فالتكامل الإقتصادي يتطلب تشابه وتقاسم القيم السياسية، كالديمقراطية، التعددية الحزبية والسياسية، الحكم الراشد، التداول على السلطة، حقوق الإنسان والحريات، هذا إلى جانب القيم الاقتصادية. فقيم أصحاب القرار في الدول قيد التكتل أو النخب التي لها تأثير في هذه العملية، يجب أن تتوافر على قدر كبير من التشابه والتوافق، بل أن تكون موحدة إذا أمكن ذلك، لأنها من أهم شروط التكامل، وبما أننا بصدد دراسة التكامل الإقتصادي، فنشير إلى تشابه وتوافق أو وحدة المعتقدات الاقتصادية سواء كانت رأسمالية، اشتراكية... إلخ، والتي يجب أن تتبناها السياسات الإقتصادية في الدول المعنية لما في ذلك من أهمية في مسار التكامل².

د- المصلحة المشتركة:

إن التكامل الإقتصادي كمنهج سليم تنتجه الدولو قصد تحسين وتطوير مستوى اقتصادياتها، لا بد وأن ينصب على الوصول إلى الهدف المنشود بكيفية مناسبة، بحيث يؤدي إلى تحقيق مصلحة الجميع وإن كانت الاستفادة في الغالب تكون نسبية بالنسبة لكل قطاع على حدة، فقد تستفيد دولة في قطاع الزراعة مثلا أكثر من غيرها وتنتفع أخرى في ميدان الصناعات بنسبة أعلى من مثيلاتها... إلخ. فالمصلحة المشتركة تقتضي ضرورة تنظيم العلاقات بصورة تكفل توزيع المكاسب بشكل عادل ومتوازن وعدم استحواذ أطراف بعينها على المكاسب دون الأطراف الأخرى³، وإذا وقع مثل هذا الاختلال فعلى الدول المستفيدة أكثر معالجته عن طريق تعويض تكاليف التعامل للدول المتضررة.

¹ - المرجع نفسه.

² - بوقارة حسين، المرجع السابق، ص 08.

³ - المجذوب أسامة، "الجات ومصر والبلدان العربية من هافانا إلى مراكش"، الدار المصرية اللبنانية، ط 1، مصر، 1996، ص 72.

ثانيا- أشكال التكامل الاقتصادي

يتخذ التكامل الاقتصادي أشكالا أو مستويات عديدة، تزداد درجاته كلما زاد الانتقال من شكل إلى آخر أو من مستوى إلى آخر، وصولا إلى الاندماج الاقتصادي، أي أن أشكال التكامل الاقتصادي تتراوح من التخفيف في القيود الموجودة بين البلدان المتكاملة إلى إلغائها نهائيا و إدماج اقتصادياتها في وحدة اقتصادية واحدة و هي أعلى مستوى من مستويات التكامل.

و هكذا فإن أشكال التكامل الاقتصادي تتمثل في الآتي :

أ-شكل التفضيل الجزئي

وفي هذا الشكل من التكامل تقوم الدول الأعضاء بالتقليل أو التخفيف من القيود التي تعيق حركة السلع و الخدمات، بين الدول المتكاملة، إضافة إلى التقليل من الحواجز الجمركية، دون الإلغاء النهائي للرسوم، و تتخذ من أجل ذلك مجموعة من الإجراءات والقواعد.

ب-منطقة التجارة الحرة

و يتم الاتفاق في هذا الشكل بإلغاء الرسوم الجمركية على تدفق السلع بين الدول الأعضاء و في الوقت نفسه تحتفظ كل دولة عضو بحقها في فرض ما تريده من قيود على باقي دول العالم خارج منطقة التجارة. ولعل ذلك ما يجعل أي دولة خارج المنطقة الحرة تسعى إلى التكامل مع بعض الدول داخل المنطقة الحرة خاصة الدول التي تتميز قيودها التجارية التي تفرضها على غير الأعضاء بالانخفاض و ذلك كوسيلة للدخول إلى باقي الأعضاء.¹

ج-الاتحاد الجمركي

في هذا الشكل، إضافة إلى الإجراءات التي تم تطبيقها في منطقة التجارة الحرة، من إلغاء للقيود و التعريفات الجمركية. يتم فرض تعريف جمركية موحدة للبلدان الأعضاء في مواجهة بقية العالم. فتصبح كل الدول الأعضاء تتعامل مع العالم الخارجي في مجال التجارة الخارجية كأنها دولة واحدة جمركيا.² ويمكن تلخيص الاتحاد الجمركي في أربعة مكونات رئيسية :

1-وحدة القانون الجمركي و التعريف الجمركية .

2-وحدة تداول السلع بين الدول الأعضاء .

3-وحدة الحدود الجمركية والإقليم الجمركي بالنسبة لبقية دول العالم غير الأعضاء في الاتحاد.

4-توزيع حصيلة الرسوم الجمركية المفروضة على واردات الدول الأعضاء من العالم الخارجي حسب

معادلة يتفق عليها، وتتولى توزيع الأنصبة بين الدول الأعضاء.

¹ -محمد سيد عابد، "التجارة الدولية"، مكتبة و مطبعة الإشعاع الفنية، مصر، 1999ص256.

² -فليح حسن خلف، "العلاقات الاقتصادية الدولية"، مؤسسة الوراق، الطبعة الأولى ، الأردن، 2001 ص169.

د-السوق المشتركة

بالإضافة إلى ما تم تطبيقه في الاتحاد الجمركي من حرية حركة السلع بين الدول الأعضاء وتطبيق تعريفه جمركية موحدة تجاه الدول الخارجية فإنه يتم تحرير حركة عناصر الإنتاج-العمل ورأس المال -بين الدول الأعضاء في السوق، وبذلك يتم تشكيل سوق موحدة يتم من خلالها وبجربة تامة انتقال السلع والأشخاص ورؤوس الأموال.¹

ه- الوحدة الاقتصادية

هي المرحلة الأعلى درجة من مرحلة السوق المشتركة، حيث بالإضافة إلى إلغاء القيود على حركة السلع والخدمات، و انتقال عناصر الإنتاج-العمل ورأس المال-بين الدول الأعضاء، و توحيد التعريف الجمركية للدول الأعضاء تجاه العالم الخارجي، فإنه يتم من خلال هذه المرحلة أيضا تنسيق السياسات الاقتصادية والمالية و النقدية، هذا إلى جانب السياسات الاجتماعية والضريبية الأخرى التي تتجسد في تشريعات العمل و الضرائب وغيرها.

و-التكامل الاقتصادي التام

وهو أرقى مرحلة من مراحل التكامل، حيث يتم تحقيق وحدة اقتصادية يتم في إطارها حرية انتقال السلع والخدمات، وعناصر الإنتاج، وتوحيد السياسات الاقتصادية والمالية وغيرها، وبالشكل الذي يجعل شخصية الدولة الاتحادية الناتجة عن الاتحاد الاقتصادي التام، تحل محل شخصية الدولة السابقة و هذا يعني بالضرورة، إنشاء سلطة اتحادية تفوق سلطاتها سلطات الدول التي يتكون منها هذا الاتحاد، وبحيث يمكن أن تكون هناك عملة تتعامل بها الدول المتكاملة في كافة معاملاتها ونشاطاتها الاقتصادية.

المطلب الثالث- دوافع و أهداف التكامل الاقتصادي العربي:**أولا-دوافع التكامل الاقتصادي العربي:**

إن دوافع التكامل الاقتصادي في العالم العربي وعلى غرار دول العالم الثالث تختلف عن تلك الكامنة وراء تكامل الدول الصناعية، إذ أن التنمية الاقتصادية هي الدافع القوي إلى الحركة التكاملية في الدول العربية، والتكامل الاقتصادي فيها يرمي بالأساس إلى دعم حركة التنمية الاقتصادية فيها، ذلك أنها تعاني من مشكلة كبيرة ألا وهي التخلف بشكل بارز على مختلف المستويات -إذا إستثنينا الشراء النفطي في الخليج- سياسة كانت أم اقتصادية.

¹ - فليح حسن خلف، مرجع سابق، ص 170

ففي الجانب السياسي على مستواه الداخلي يمكن تبرير التكامل الاقتصادي العربي سواء على مستواه الجماعي أو الفرعي -على الأقل- بتخفيف حدة التوتر بين الدول العربية الأعضاء في الجامعة العربية أو بين الدول قيد التجمع الفرعي، خاصة فيما يتصل بمشكلة الحدود وعدم التدخل في الشؤون الداخلية.

وعلى المستوى الخارجي تأمين الاستقلال السياسي وزيادة القوة الدفاعية، لصد الأطماع الخارجية والاعتداءات الإسرائيلية، وردع الطموحات، الإيرانية في الخليج.

أما في الجانب الاقتصادي فالمبررات عديدة، الخطابات مذهلة والواقع محزن، فمتوسط الدخل الفردي منخفض عموماً، وحجم أغلبية الدول صغيرة بصورة لا يلائم الوحدات الاقتصادية الحديثة، وأسواقها لا يمكن أن تستوعب اقتصاديات الحجم الكبير وأموال وسكان بعضها قليل، كما أن انخفاض حجم الصادرات بالنسبة إلى الواردات في غالبية الدول يسبب تدهوراً خطيراً في تجارتها بصفة عامة وتجارتها بصفة عامة وتجارتها الخارجية على الخصوص.

هذا، بالإضافة إلى أن الدول العربية اليوم تعيش في عالم يتطور بسرعة مذهلة لا يراعي الضعفاء، وهو دافع آخر من اللازم على الدول العربية أخذه بعين الاعتبار، كما أن الموقع الجيو-إستراتيجي للعالم العربي والذي يجعله عالماً تأخذه القوى الاقتصادية الكبرى بعين الاعتبار، يعتبر دافعاً إضافياً للتكامل الاقتصادي العربي.

إن كل العوامل المشار إليها، يمكن اعتبارها مبررات تدفع بالدول العربية إلى التجمع والتكتل، لحل المشاكل الاقتصادية وحتى السياسية التي يعاني منها، والتي لا يمكن أن نجد لها إلا على مستوى جماعي أو فرعي على الأقل، ذلك أن الانضمام إلى إحدى الكتل الاقتصادية الكبرى الأخرى كما حاولت ذلك المغرب مع المجموعة الأوروبية، وإن كان يمكن أن يكون حلاً جذرياً للمشاكل الاقتصادية، فغنه يشكل خطراً سياسياً كبيراً يتمثل في القضاء على معالم الشخصية الحضارية للدول المنظمة، بالإضافة إلى خلق شرخ في العالم العربي والتقليل من إمكانية تكتله. كما أن المساعدات الخارجية تعتبر حلاً مؤقتاً وعدم الجدوى نظراً لضعفه الكمي وضخامة التزاماته، هذا على المستوى الاقتصادي، أما في الجانب السياسي فهو يؤدي بالدولة إلى تنازلات لصالح الدول الدائنة، أو التي تسيطر على الهيئات المالية الدولية، قصد الحصول على مناطق للنمو أو الدعم الذي يهدف إلى تحقيق أغراض سياسية أو حتى عسكرية.

في حين أن التكامل الاقتصادي في إطار شمولي أو حتى فرعي في إطار تجمعات إقليمية عربية فرعية، يركز على إستراتيجية اقتصادية تكاملية، يعتبر الحل الأنسب وربما الجذري للدول العربية قصد الخروج من خندق التخلف، خاصة وأنه من شأن إنشاء تجمع جماعي فيكما بين الدول العربية خلق

سوق كبيرة تساعد على تطوير اقتصادياتها القائمة وإنشاء اقتصاديات الحجم الكبير الذي لا توفره الأسواق الحالية نظرا لضيقها.

كما أن التجمع سيمكن الدول المعنية من تفادي مخاطر تغيرات التجارة الخارجية الدولية، ويدعم من موقعها في إطار المساومات والمفاوضات تجاه الدول الأخرى ومنظمة التجارة العالمية والتكتلات الاقتصادية.

إلا أن ما سبق قوله لا يغني عن الأسواق الخارجية، سواء لتصريف الصادرات أو لتأمين الاحتياجات، خاصة اللازمة منها للسلع المستوردة نتيجة قيام مشاريع التنمية بكل أبعادها. إن التكامل الاقتصادي يستوجب قيامه وجود مجموعة من الدوافع و الأهداف الاقتصادية و غير الاقتصادية و التي بتفاعلها يمكن تحقيق عملية التكامل الاقتصادي الذي تسعى لتحقيقه الدول، كما أن وجوده يجب أن يستند إلى مجموعة من القيم و التي يوجد منها في الوطن العربي مالمو تم وضعه في الاعتبار لحدث التكتل بين الاقتصاد العربي كتكتل قوي بين التكتلات الاقتصادية الإقليمية المنتشرة في ربوع الكرة الأرضية.

ثانيا-أهداف التكامل الاقتصادي العربي :

أ-الأهداف الاقتصادية للتكامل الاقتصادي العربي :

من الواضح أن المنطقة العربية مازالت تتميز بالتخلف و التبعية و الذي يتضح جليا في ارتباط اقتصاداتها كلا على حدة مع الاقتصاد الرأسمالي بشكل أكبر من ارتباطها مع بعضها رغم أنها تشكل وحدة متكاملة من الموارد الاقتصادية، كما أن عملية التنمية الاقتصادية النظرية تعترض طريقها مجموعة من العوائق والتي تؤدي إلى ضعف قدرتها في تقليص اتكالها على القطاع الاقتصادي الخاضع للاحتكارات الدولية في تأمين حاجتها من الموارد المالية وهذا فيما يتعلق بالدول العربية النفطية، بالإضافة إلى ما تعانيه الدول العربية غير النفطية هي الأخرى من ارتباط اقتصادياتها بالاقتصاد الرأسمالي الأجنبي.

ولذلك فإنه يتضح لنا أن هذه الدوافع أو الأهداف تحتم على الدول العربية تقبل فكرة التنمية الاقتصادية العربية و تحقيق زيادات عالية في الدخول الفردية العربية في سبيل القضاء على مشكلة التخلف وتقليص الفجوة المتخلفة بين الاقتصاد العربي والاقتصاد العالمي المتطور كخطوة أساسية، و عليه فإن الدوافع أو الأهداف الاقتصادية هدفها هو القضاء على التبعية الاقتصادية، و هذا لن يتم تحقيقه إلا من خلال تطوير هياكل الإنتاج العربية التي تعتمد أساسا على إنتاج عدد من المنتجات لصالح الاقتصاد الرأسمالي، بالعمل على تنويع المنتجات و تطوير الهياكل الاقتصادية كخطوة أولى نحو تقليص الاعتماد

على قطاع المواد الأولية الواقع تحت سلطة الاحتكارات الرأسمالية العالمية و تمهيدا لتوفير الإمكانيات الضرورية واللازمة للتنمية الاقتصادية العربية و تحرير الثروات العربية من التبعية الاقتصادية.

ولهذا فإن الأهداف الاقتصادية تدفع بالوطن العربي إلى ضرورة إتمام عملية التكامل الاقتصادي العربي بغية القضاء على التبعية الاقتصادية التي تعتبر الميزة الرئيسية للاقتصاد العربي، وذلك من خلال الإسراع في عملية التنمية الاقتصادية الفعالة، والبحث عن الآليات التي تخدم هذا المسعى الاقتصادي العربي، وتحقيق الهدف المزدوج والمتمثل في:

- القضاء على تبعية اقتصادات البلدان العربية للدول الرأسمالية المتطورة.
- العمل على زيادة الترابط والتماسك بين البلدان العربية والوصول إلى تحقيق التقارب في مستويات تطورها في الجانب الاقتصادي الاجتماعي وتسريع عملية نموها بشكل يضمن تحقيق الرفاهية الاقتصادية التي تخدم مصلحة الأمة العربية في سبيل الوصول إلى تحقيق عملية التكامل الاقتصادي والسياسي. ذلك أن كل محاولات التنمية التي تجري بصورة منعزلة والخاصة بكل دولة عربية على حدة باءت بالفشل نتيجة اصطدامها بمجموعة من المشاكل والمتمثلة فيما يلي:
- الاعتماد على الخارج فيما يتعلق بتوفير رأس المال والخبرة التكنولوجية نتيجة عجز الدول العربية كل على حدة على توفيرها وذلك لعدم كفاية الموارد الاقتصادية المتوفرة لكل دولة عربية لوحدها.
- ضيق السوق المحلية وذلك بسبب ضعف القدرة الشرائية ومن ثم ضعف الاستفادة من مزايا الإنتاج الكبير نتيجة التقسيمات الحاصلة في السوق العربية الواحدة وهي عوامل لا تساعد على تسريع التنمية الاقتصادية بالأسلوب العالمي مما يفرض على الدول العربية رفض واقع الانقسام والتفرقة والتنمية المنعزلة والسعي إلى إقامة التكامل الاقتصادي العربي، باعتباره يمثل تنمية اقتصادية عربية مشتركة تتميز بالسرعة والرفع من مستويات نموها باعتبارها الوسيلة الأساسية والرئيسية للخروج من حالة التخلف الاقتصادي التي عانى ويعاني منها الاقتصاد العربي.

ب-الأهداف غير الاقتصادية للتكامل الاقتصادي العربي :

و يمكن أن نوجزها في مايلي:

1- الأهداف العسكرية :

إن الأهداف والدوافع العسكرية تتضح بشكل واضح في الوطن العربي نتيجة الأخطار المتعددة التي تعرضت وتعرض لها الدول العربية كل على حدة في مواجهتها للاستعمار المتعدد الأشكال، فهذه الدوافع تفرض نفسها في إتمام عملية التكامل الاقتصادي العربي ذلك أنه لا يمكن لأية دولة عربية مواجهة ما تتعرض له من تحديات استعمارية لوحدها، و خير دليل على ذلك هو ما تتعرض له الدول

العربية من انتهاكات مثل ما يحدث في فلسطين المحتلة والحرب الجارية حالياً في العراق والتي يتضح فيها عجز الدول العربية وعدم قدرتها بسبب اختلاف آرائها وتباينها على استرجاع أراضيها المغتصبة من طرف الدول الكبرى (إسرائيل و أمريكا)، وإذا استمرت على هذا الحال فإنه من المؤكد أنها سوف تعجز حتى في الحفاظ على الأراضي العربية الأخرى.

ولذلك يرى الكثير من المحللين الاقتصاديين العرب أنه لا توجد وسيلة أمام الدول العربية للحفاظ على أراضيها و استرجاع الأراضي المحتلة سوى تكاملها و اتحادها من خلال تكوين قوة اقتصادية وعسكرية تساعد على مواجهة التحديات والأطماع الأجنبية في الثروات والأراضي العربية.

2-الأهداف السياسية :

بما أن الهدف من إقامة التكامل الاقتصادي هو تحقيق الوحدة الاقتصادية العربية كخطوة رئيسية نحو تحقيق الوحدة السياسية، لذلك فإنه من الضروري رفض حالة التجزئة الحالية و السعي وراء إقامة الدولة العربية الواحدة اقتداءً بما يحدث دولياً من تكتلات مثل ما وصلت إليه أوروبا بعد أن قطعت أشواطاً هامة في طريقها نحو الوحدة كان آخرها الوصول إلى توحيد العملة النقدية كدليل على توحيد أوروبا وتحقيق حلمها في الوقوف أمام الولايات المتحدة الأمريكية، فما المانع من أن تقتدي الدول العربية بما وتستوعب ما قامت به أوروبا جيداً.

ومن جهة أخرى فإن انقسام أصوات الدول العربية العديدة و انشقاقها أدى بها إلى إضعاف قدرتها في طرح قضيتها العادلة أمام المجتمع الدولي، و إبراز حقها أمام هيئة الأمم المتحدة والأمم الأخرى مما يدل على وجود خلافات عربية عربية، وبالرغم من امتلاك العرب لثروات استراتيجية هامة كالبتروك مثلاً، إلا أنهم عاجزون عن كسب الأمم الأخرى إلى جانبهم للوقوف معهم في الأمم المتحدة و خارجها وكل هذا راجع إلى انقسام الدول العربية وتشتتها .

3-الأهداف القومية :

رغم أهمية كل المبررات السابقة الذكر في كونها دافع للعمل من أجل تحقيق الوحدة الاقتصادية كما هو الحال بين الدول الأوروبية، إلا أنه توجد مبررات أخرى ذات عمق و أهمية كبيرة للتكامل الاقتصادي العربي تضاف إلى المبررات السابقة، و تتمثل هذه الدوافع في طبيعة الرابطة القومية التي تربط الدول العربية من المغرب إلى المشرق، و المتمثلة في الانتساب إلى أمة واحدة تجمع بين أبنائها رابطة الدم و اللغة و الدين والتراث والمصير المشترك والرقة الجغرافية و التاريخ و غيرها من الروابط التي من النادر توفرها بين الدول الأخرى، ولذلك فإن العامل القومي يفرض على الأمة العربية وبقوة ضرورة التوجه نحو تحقيق التكامل الاقتصادي وصولاً إلى الوحدة الاقتصادية ومن ثم الوحدة الشاملة.

المطلب الرابع - مراحل مسار التكامل الاقتصادي العربي ومعوقاته:

أولاً- مراحل مسار التكامل الاقتصادي العربي

أصبح التكامل الاقتصادي العربي من المواضيع القديمة والمتجددة في الأدبيات الاقتصادية، حيث شهدت المنطقة العربية سلسلة من المحاولات المتعاقبة من أجل إقامة تكامل اقتصادي فيما بينها انطلاقاً من الأعوام التي أعقبت تأسيس الجامعة العربية حتى الآن، ولم يتوقف الحديث ولم تنقطع محاولات إقامة تكامل عربي قوي يحفظ مصالح أعضائه ويعزز من قدراتهم التنموية ويمنحهم موقفاً تفاوضياً أقوى في المحافل الدولي¹.

و قد تم عقد العديد من الاتفاقيات سواء كانت ثنائية أو متعددة الأطراف وإنشاء مشروعات مشتركة وذلك من أجل تنظيم التبادل التجاري فيما بينها، وتنمية اقتصادياتها وصولاً إلى تكاملها، ويمكن تقسيم وتلخيص تجربة التكامل الاقتصادي إلى المراحل التالية:

● المرحلة الأولى- بعد الحرب العالمية الثانية حتى نهاية الستينات:

كان تاريخ البدء في مسيرة التكامل الاقتصادي العربي هو تاريخ إنشاء الجامعة العربية في 23 مارس 1945 الذي تمثل في خلق الأجهزة الاقتصادية الفنية لإرساء قواعد التعاون الاقتصادي².

واشتمل التعاون الاقتصادي العربي خلال فترة الخمسينات على إبرام العديد من الاتفاقيات الجماعية التفضيلية، وإقامة المجالس الوزارية واللجان الدائمة والتي أنشئت لتحقيق الأغراض الاقتصادية التي نص عليها ميثاق الجامعة ومحاولات بناء التكامل الاقتصادي، وكان من أهم اتفاقيات التعاون الاقتصادي المشترك ما يلي³:

- اتفاقية تسهيل التبادل التجاري وتنظيم تجارة الترانزيت بين دول الجامعة العربية التي أقرها مجلس الجامعة في سبتمبر 1953.
- اتفاقية إنشاء مجلس الوحدة الاقتصادية العربية في عام 1957.
- إنشاء السوق العربية المشتركة عام 1964 التي كانت محصورة في أربع دول عربية هي الأردن، مصر، العراق، سوريا.

تمثل هذه الاتفاقيات أول مدخل للتعامل التجاري التفضيلي كأساس للتعاون الاقتصادي، إلا أن قرار إنشاء السوق العربية المشتركة واجهته الكثير من المعوقات التي كانت تعبر عن واقع حال الدول العربية

¹ - المجذوب أسامة ، " العولمة والإقليمية... "، مرجع سبق ذكره، ص:115.

² - حربي محمد موسى عريقات، "التكامل الاقتصادي العربي وتحديات ظاهرة العولمة"، مجلة بحوث اقتصادية عربية، العدد 20، 2000، ص . 62

³ - التقرير الاقتصادي العربي الموحد 2005، الجزء الثالث عشر، ص:02.

حديثه الاستقلال، كاختلاف السياسات الاقتصادية الوطنية، وإتباع سياسات جمركية وحمائية معوقة للتجارة البينية، بالإضافة إلى المشاكل الاقتصادية الهيكلية المتمثلة بالتفاوت في مستويات التنمية الاقتصادية ومعدلات النمو، واختلاف النظم السياسية وغياب الالتزام السياسي... لم تؤدي هذه الاتفاقية إلى الأهداف التي كانت مرجوة منها، وأهمها تحقيق التكامل العربي وتحرير التجارة البينية¹ وقد كانت إنجازات التعاون الاقتصادي العربي محدودة خلال فترة الخمسينات والستينات، ولم تتمكن الدول العربية ومؤسسات التعاون الاقتصادي العربي من تنفيذ الاتفاقيات العربية الجماعية والتكاملية نظراً لمجموعة من المعوقات كافتقار الدول العربية إلى القواعد الإنتاجية والبيئة الاقتصادية اللازمة لإقامة تعاون اقتصادي فيما بينها².

المرحلة الثانية- فترة السبعينيات والثمانينيات:

دخل التعاون الاقتصادي العربي المشترك مطلع السبعينات مرحلة جديدة من مراحل تطوره بفعل مجموعة من العوامل السياسية والاقتصادية التي حدثت خلال تلك الفترة من أبرزها تعديل أسعار النفط العالمية عام (1974³) وبدأ التفكير خلال هذه المرحلة بوضع إستراتيجية للعمل الاقتصادي العربي المشترك والتنمية الاقتصادية العربية.

لقد كان الشعور بعدم تحقيق تقدم ملموس على صعيد التكامل الاقتصادي العربي بعد أكثر من ثلاث عقود على انطلاق مسيرة العمل الاقتصادي العربي المشترك حافزاً قوياً لتكريس القمة الحادية عشر المنعقدة في عمان 1980 للشؤون الاقتصادية حيث تم خلالها المصادقة على عدد من الوثائق الهامة تتمثل هذه الوثائق في: وثيقة إستراتيجية العمل الاقتصادي العربي، ميثاق العمل الاقتصادي الوطني وعقد التنمية العربية المشتركة، الاتفاقية الموحدة لاستثمار الأموال العربية في الدول العربية، إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار ضد المخاطر السياسية.

ونظراً لعدم تطور المبادلات التجارية البينية بين الدول المنخرطة في التكامل وعدم إنجاز أية خطوات حقيقية في الواقع الملموس لبناء مستوى من مستويات التكامل الاقتصادي الإقليمي دفع الدول العربية لإبرام اتفاقية تيسير وتنمية التبادل التجاري عام 1981 والتي دخلت حيز التنفيذ اعتماداً من أواخر عام 1982، وهي عبارة عن إعلان نوايا للتفاوض حول القيود المفروضة على التجارة العربية سواء للتجارة

¹ - الزعبي بشير وآخرون ، "التجارة العربية البينية في ظل منطقة التجارة الحرة العربية"، مؤتمر التجارة العربية البينية والتكامل الاقتصادي، الأردن، سبتمبر، 2004 ، ص: 2.

² - التقرير الاقتصادي العربي الموحد 2005، الجزء الثالث عشر، ص: 03.

³ - نفس المرجع السابق، الجزء الثالث عشر، ص: 03.

في السلع المصنعة ونصف المصنعة، وإعفاء السلع الزراعية كلية من الرسوم الجمركية وفقا لما سبق الاتفاق عليه في إطار اتفاقية الترانزيت عام 1953.

كما شهد عقد الثمانينات ظهور المجالس التعاونية الثلاثة ويتعلق الأمر ب:

- مجلس التعاون الخليجي في ماي 1981 بين 6 دول عربية هي الإمارات العربية المتحدة، البحرين، عمان، قطر، الكويت، والسعودية وهو مجلس مغلق.
- مجلس التعاون العربي في فبراير 1989 بين الأردن والعراق ومصر واليمن وهو مفتوح العضوية.
- اتحاد المغرب العربي في سنة 1989 بغية تشجيع المشاريع المشتركة وإقامة سوق موحدة بين كل من الجزائر، تونس، المغرب، ليبيا، موريتانيا، وهو مجلس مغلق العضوية.

فمختلف العقبات التي سادت فترة السبعينات والثمانينات لم تصل الدول العربية بالعمل الاقتصادي العربي المشترك إلى المستويات التكاملية المطلوبة، وقد كان أبرز هذه العقبات ضعف التزام العديد من الدول العربية بالاتفاقيات المعقودة في إطار جامعة الدول العربية، والقرارات المنعقدة من قبل مؤسسات العمل الاقتصادي العربي المشترك أدت إلى عدم زيادة التبادل التجاري بين دول السوق العربية المشتركة ولا بين مجموع الدول العربية حيث كانت نسبة التبادل أقل من 06% بين الدول الموقعة على السوق المشتركة وبين "08 - 10%" فقط من إجمالي التجارة الخارجية العربية، وذلك بالرغم من تقليص الحواجز الجمركية وإقامة العديد من الاتفاقيات الثنائية.

و نظرا لعدم تحقيق هذا المدخل التجاري أي تطور ملحوظ في حجم التبادل التجاري بين الدول العربية، ودعم مسيرة التكامل الاقتصادي العربي، عمدت الدول العربية إلى المشاريع المشتركة التي تؤدي إلى تكامل فروع الإنتاج وتنوع القاعدة الإنتاجية العربية، إلا أن تلك المشاريع لم تغير واقع الحال وتطوير الاقتصاديات العربية وتحقيق تكاملها.

المرحلة الثالثة- فترة التسعينيات حتى الوقت الراهن:

أمام التطورات الاقتصادية التي حدثت في العقد الأخير من القرن العشرين من بروز العولمة الاقتصادية وإنشاء المنظمة العالمية للتجارة وتنامي التكتلات الاقتصادية، قد فرضت على العالم العربي خيارين لا ثالث لهما إما التكتل لخلق قوة عربية فاعلة في مواجهة التحديات المختلفة التي أفرزتها وتفرضها هذه التطورات وإما قبول التهميش لجهة فقدان السيطرة على القرار الوطني الاقتصادي والسياسي فيما لو بقيت الدول العربية تتعامل انفراديا مع العالم الخارجي¹.

¹ سمير المقدسي، "التكتل الاقتصادي العربي والعولمة على مشارف القرن الحادي والعشرين"، مجلة شؤون عربية، العدد 103، سبتمبر 2000، ص:149.

ولمواجهة انعكاسات تلك التطورات على التجارة العربية، فإن الدعوة إلى إقامة منطقة تجارة حرة عربية كبرى قد حظيت باهتمام كبير على مختلف الأصعدة الرسمية، وخلال مؤتمر القمة العربية الذي انعقد في عمان في 21، 22 يونيو 1996 كلف المؤتمر المجلس الاقتصادي والاجتماعي للدول العربية باتخاذ ما يلزم من إجراءات نحو الإسراع في إقامة منطقة التجارة الحرة وفقاً لبرنامج أعمال وجدول زمني، وهكذا جاء قرار إنشاء المجلس الاقتصادي والاجتماعي في دورة انعقاده التاسع والخمسين (17، 19 فبراير 1997) بالموافقة على إعلان منطقة التجارة الحرة العربية.

ثانياً- معوقات إخفاق التكامل الاقتصادي العربي:

إن مسيرة التنمية في البلدان العربية اتخذت الخط القطري، وقد كانت مخططات التنمية العربية متباعدة عن بعضها البعض ولا تعكس سوى واقع التجزئة الاقتصادي، وليست المشكلة في قصور الفكر عن تشخيص أسباب عجز الجهود الإنمائية وإيجاد الحلول المناسبة لها، بل في غياب أي ارتباط بين أهداف التنمية في المفهوم القومي والمسار الذي يؤدي إلى بلوغها، ما يتم فعلاً على أرض الواقع¹. ولقد عطل عصر الهيمنة الاستعمارية المختلفة النزوع العربي الطبيعي نحو التكامل، فتحول مجرى التعامل والتجارة نحو الاعتماد على الخارج، وانقلب شيئاً فشيئاً إلى قيود ربطت الأقاليم والأقطار العربية فرادى ومجموعات بتلك الأسواق، وتطور التفاوت بين أجزاء الوطن الواحد إلى وضع معاكس للتكامل المأمول. وقد شاع هذا الوضع المشوه وتكرس بفعل عوامل كثيرة لا مجال للخوض فيها هنا، في مقدمتها اتباع سياسات اقتصادية ذات توجهات متنافرة تحكمها عوامل متشابكة من الفرقة والخصام والتناحر. ومنذ مطلع الستينات، ورغم الاتفاقيات المعقودة في إطار الجامعة العربية، أهتمت البلدان العربية في تنفيذ خطط إنمائية جرى تصميمها على أساس من الانكفاء على الذات القطرية، تحت تأثير أطروحات "الاستقلال الوطني" و"الاكتفاء الذاتي" و"الاعتماد على النفس" فأدّت تلك البرامج والتوجهات والسياسات إلى مزيد من التنافر والتضارب والتباعد بدلاً من التقارب والتنسيق والتكامل، كما يجري في بقاع العالم الأخرى. ولا بد من الإشارة إلى حقيقة مرة، تتجلى في أن انجراف الأقطار العربية في منزلقات الاندماج المباشر وغير المباشر في الاقتصادات الغربية، كان متعدد الأبعاد والصور، وشاملاً للنواحي الاقتصادية والمالية والتجارية.. الخ. و"كان من نتائج ذلك أن الموارد العربية، بما فيها رؤوس الأموال ومن الرجال أصحاب الكفاءات وأرباب العمل، تهاجر أتباعاً، تسلاً أو فراراً نحو الخارج، بحثاً عن مأوى

¹ - دراسة مقدمة من الأمانة العامة لاتحاد الغرف العربية، إلى الدورة الثانية والثلاثين لمؤتمر غرف التجارة والصناعة والزراعة للبلاد العربية، الرباط 5-8 أيار 1992.

هناك. وإذا استمر الحال في التردّي على هذا المنوال، فإنه يهدد بارتهاان مستعص ومديد في شرك التبعية للقوى الأجنبية ذات القدرة على الاستغلال والخبرة الطويلة في النهب والاستنزاف¹.

ويتفق الخبراء والمختصون والدارسون العرب على تحديد جملة من العوائق والعقبات، أدت إلى فشل التكامل الاقتصادي العربي²، أهمها:

أ- عوائق اقتصادية:

1- إن آثار التبعية العربية للاقتصاد العالمي لم تقتصر على إعاقة نمو وتطور أنماط الإنتاج التقليدية، بما تشتمل عليه من قوى إنتاجية وعلاقات إنتاج، بل كرسّت إضافة إلى ذلك واقعاً اجتماعياً- اقتصادياً شديد التعقيد، يمكن تسميته بالتكوين الاقتصادي- الاجتماعي المشوه أو متعدد الأنماط، الذي يضم كل التكوينات الاقتصادية المعروفة في التاريخ. ويتسم هذا الاقتصاد غير المتوازن بانعدام التجانس بين البنى المنتمية إلى مراحل اقتصادية مختلفة. ونشير في هذا المجال إلى أن البنى الاجتماعية- الاقتصادية للبلدان العربية هي حاصل جمعي وعشوائي لأنماط اقتصادية مختلفة، مع عدم تمتع أي من هذه الأنماط القائمة بالسيطرة على الأسلوب الإنتاجي. وما دام أن هذه التركيبة الانتقالية/ التعايشية هي المسيطرة على الاقتصاد، تبقى البنية الاجتماعية/ الاقتصادية انتقالية أيضاً. وبالتالي يظل الطابع الأساسي للاقتصادات العربية تابعاً انتقالياً كذلك. وهو أمر يتطلب إحداث تغيير سريع وجوهري في الهياكل الاجتماعية- الاقتصادية متعددة الأنماط والتي تشكل عائقاً موضوعياً كبيراً أمام التطور المطلوب³.

وقد أشار إلى هذه المسألة الهامة التقرير الصادر عن الأمانة العامة لمجلس التعاون لدول الخليج العربية بقوله: "إن دول المجلس بالمقارنة بالدول النامية تعتبر دولاً غنية بسيولتها النسبية، فقيرة بمهاكلها الاقتصادية والاجتماعية، ولذلك فهي تواجه تحدياً كبيراً وصعباً إلى جانب التحديات الأخرى من حيث أن مصدر سيولتها النقدية غير متجدد وعليها أن تحدث تطوراً سريعاً في البنية السياسية والاقتصادية والاجتماعية قبل نضوب مصدرها التمويلي الوحيد وهو النفط"⁴ وبكلمة أخرى

¹ - الحمصي محمود ، "دور القطاع العام والقطاع الخاص في تحقيق التكامل الاقتصادي العربي"، مجلة المستقبل

العربي، السنة 13، العدد 142، (كانون الأول/ ديسمبر 1990، ص: 145-146

² - شقير محمد لبيب ، الوحدة الاقتصادية العربية: تجاربها وتوقعاتها، بيروت مركز دراسات الوحدة العربية، 1986، ج2،

ص913-915

³ -الجراد خلف محمّد ،"تأثير البنية الاجتماعية الاقتصادية على العملية التنموية في العالم الثالث والوطن العربي". في

مجلة شؤون اجتماعية، التي تصدر عن جمعية الاجتماعيين بالشارقة، السنة 9، العدد 36، (شباط 1992 م / 1413هـ)،

ص37-69.

⁴ - مجلس التعاون لدول الخليج العربية: نظامه وهيكله التنظيمي وانجازاته ، الأمانة العامة، الرياض، السعودية

ص:137.

إن محصلة ما شاب التطور الاجتماعي-السياسي لأقطار الوطن العربي من تشويه بسبب الهيمنة الأجنبية على مدى مئات السنين، انعكس بشكل أو بآخر، على بنائها وهياكلها في الوقت الحاضر، وهو الذي فرض على كل منها ارتباطات قوية بالعالم الخارجي أقرب إلى أشكال التبعية الاقتصادية والعلمية والتقنية، بحيث أصبحت مع الزمن وتعمد الظروف المحلية والعربية والعالمية أقوى من تلقائية تكاملها بين بعضها البعض اقتصادياً أو ثقافياً سياسياً، ومع التسليم بأن البيانات الرسمية والمعاهدات التعاقدية، في شأن التكامل العربي، تعبر عن نوايا صادقة لصانعي القرارات في الأقطار العربية، فالنتيجة الموضوعية لذلك هي أن نمو العلاقات الاقتصادية بين هذه الأقطار العربية، وبين العالم الخارجي، بخاصة الدول الصناعية الغربية، ما زال يتحقق بمعدل أقوى وأكبر مما هو بين الأقطار العربية (أكثر من 15 بالمائة سنوياً في المتوسط، في مقابل 3 بالمائة لعقد السبعينات) هذه الحقيقة الموضوعية لا يمكن تفسيرها إلا على أساس تشوه الهياكل الداخلية للأقطار العربية، الأمر الذي ما زال يكرس من علاقتها غير المتكافئة مع الدول والقوى العالمية التي أحدثت هذا التشويه أو ساهمت في تكريسه. كل ذلك يعني: "أن تشويه التطور السياسي والاجتماعي والاقتصادي للأقطار العربية، بفعل الهيمنة الغربية السافرة في الماضي، خلق اقتصادات عربية متشابهة في تبعيتها، ومتشابهة في وظائفها، ولكنها متنافرة وغير متكاملة فيما بينها"¹.

2- محاولة الاقتباس الآلي والتقليد الشكلي لتجارب التكتلات الاقتصادية الأخرى في العالم (من حيث الهياكل الإدارية وحيثيات القرارات وليس من حيث التطبيق طبعاً)، كتجربة السوق الأوروبية المشتركة، دون النظر إلى الإمكانيات الفعلية لواقع البلدان العربي ومدى ملاءمة تلك التجارب لظروف التاريخة والاقتصادية والاجتماعية والسياسية. وعلى هذا النحو سعى كل قطر عربي حتى الأقطار الصغرى.. في إقامة وحدات صناعة حديد، حيث أن هذه الصناعة قد أصبحت رمز الاستقلال الاقتصادي باعتبار الدور التاريخي الذي لعبته في أوروبا. والأمر على هذا النحو في الصناعة النووية والصناعة البتروكيماوية على سبيل المثال.

3- غياب التصور الشامل، الذي يحدد الأهداف والوسائل والبرامج الزمنية للتنفيذ بصورة واضحة، مما أدى إلى عجز الفنيين والخبراء عن تقديم توصيات محددة وملزمة للأطراف كافة، كما انعكس هذا الغموض في عدم وضوح الأهداف المرحلية.

¹ - حماد مجدي ، "المنظمات الإقليمية ومسألة الوحدة"، مجلة المستقبل العربي، السنة 11، العدد 121، آذار/ مارس

- 4- غياب التنسيق التجاري والإنتاجي بين هذه الأقطار لتصريف منتجاتها في الأسواق العالمية، واندفاعها في الوقت عينه لتحصيل من البلدان الغربية واليابان على التجهيزات ذاتها والتفانة ذاتها والسلع والمواد الكمالية والاستهلاكية ذاتها.
- 5- لقد أرجأت بعض الأقطار العربية تطبيق ست عشرة مادة من قرارات مجلس الوحدة الاقتصادية العربية الرامية إلى تقليص التعريفات الجمركية وإزالتها وإلى تحرير المبادلات، وذلك حماية لمواردها من القطع الذي تحصل عليه من الإيرادات الضريبية الناشئة عن التعريفات الجمركية.
- 6- غياب الجزاءات التي يمكن اتخاذها ضد الأقطار الأعضاء التي تنتهك القرارات المشتركة، والتي لا تفي بالتزاماتها الناتجة عن اتفاقية الوحدة الاقتصادية العربية واتفاقية السوق العربية المشتركة، مما يزيد من حجم العوائق الاقتصادية على طريق التكامل المطلوب.
- 7- غلبة الاتفاقيات الثنائية وضعف فاعلية الاتفاقيات متعددة الأطراف، الأمر الذي يزيد من حجم الصعوبات التي تواجه الجهد العربي المشترك.
- 8- تكاثر المؤسسات المالية والنقدية العربية مع نقص في التنسيق بين الأقطار العربية في الميدان المالي. يضاف إلى ذلك حدة التناقضات القائمة بين مصارف التوظيفات العربية أو الصناديق العربية ذات الأنشطة المالية والبنكية في البلدان الغربية، وبين الحاجة الماسة والمتزايدة للتمويل والإعانات ضمن الأقطار العربية.
- 9- بالنسبة للاستثمارات العربية داخل الوطن العربي، فهي تصطدم بعوائق ناشئة عن البنى الاقتصادية الجزأة والمفتتة من جهة، وبجملة من المصاعب الملازمة للهياكل الأساسية والتدخلات الروتينية والقرارات الاعباطية وآليات العمل البدائية في الدول المضيفة من جهة أخرى. إضافة إلى حالة الطرق ورداءة وسائل النقل والتخزين وأجهزة الاتصالات والموانئ والمطارات وتجهيزات الطاقة والمياه وضعف الخدمات الفورية. مع محدودية آفاق السوق المحلية، بسبب انخفاض مستويات الدخل الفردي (في أغلب الدول العربية) أو بسبب سوء توزيعه بين المواطنين أو لقلّة السكان أصلاً في البلد المضيف للاستثمارات المالية. يضاف إلى ذلك كله غياب الأسواق المالية، التي تسهل عمليات الاكتتاب أو تقوم بتسييل الأوراق النقدية عند الحاجة.
- 10- عدم الاستقرار الاقتصادي في عدد كبير من الأقطار العربية بسبب الاضطرابات والتضارب في التوجهات الاقتصادية والسياسات الاستثمارية، وافتقارها إلى قوانين موحدة أو منسقة لتنظيم الاستثمارات، أو بسبب الغموض العام في نصوص القوانين وفي تفسيراتها.
- 11- إن الدراسات المتابعة لتوجهات الاستثمار الخاص الوافد إلى بعض الأقطار العربية، تشير إلى أن الخيار الأول عند القطاع الخاص هو الاستثمار في العقار (بما في ذلك بناء العمارات التجارية وتأجيرها،

وشراء أراض وإعدادها للبناء ثم عرضها للبيع، في أجواء مشحونة بالمضاربات.. وغيرها) وقد تركزت مثل هذه الاستثمارات في أقطار معينة بالذات، مثل لبنان ومصر والمغرب. والمجال الآخر الذي تميل رؤوس الأموال الخاصة إلى الاستثمار فيه، كخيار ثان، هو قطاع وثيق الارتباط بالقطاع العقاري، وهو النشاط السياحي، بما في ذلك إنشاء فنادق ومطاعم وأندية الترفيه. وإن تفضيل أصحاب الرساميل لهذه الأنواع من التوظيفات لرؤوس أموالهم، هو أمر مفهوم، ذلك أنها لا تتطلب معارف علمية ولا مهارات، ولا إعداد أكاديمي طويل، ولا هي عرضة لمخاطر الخسارة الكبيرة، بل تدرّ في معظم الأحوال الاعتيادية أرباحاً مضمونة إلى حد كبير.

"ولكن علاقة هذه الأنواع من الاستثمارات (العقارية والسياحية) بالتكامل الاقتصادي هي علاقة ضعيفة، لا تكاد تذكر. فالسياحة هي نشاط يقدم خدماته للسائحين الوافدين من الخارج وأغلبهم من بلدان أجنبية وبالتالي فهذا النشاط يتعامل مع الخارج، ولا يكاد يتعامل مع قطاعات عربية أخرى إلا قليلاً. وكذلك حال الاستثمار العقاري الذي يعتبر شبه عقيم بالنسبة إلى التنمية الاقتصادية عموماً، ناهيك عن خصوصية التكامل الاقتصادي"¹.

12- حالات التضخيم الذي تسبب تدهوراً مستمراً في قيمة العملة الوطنية واضطرابات كبيرة في أسعار الصرف، إضافة إلى الارتباط النقدي بدوائر النقد العالمي ومناطقه الشهيرة كالدولار والإسترليني والفرنك الفرنسي. ولقد تعززت هذه التبعيات النقدية بصورة عميقة وممتينة مع ازدياد الطلب العالمي على النفط العربي، والتخفيض الفعلي للدولار الأمريكي، الذي ترتبط به عائدات النفط العربي الضخمة، مما يوقع خسائر كبيرة في القدرات الحقيقية للأموال العربية النفطية.

13- من عوائق الاستثمارات المالية العربية (في الوطن العربي) وجود تعددية في الأجهزة المشرفة على عمليات الاستثمار، أو افتقار تلك الأجهزة إلى دليل واضح لتنفيذ الإجراءات المتعلقة بالترخيص للاستثمارات العربية الوافدة.

14- إذا كان القطاع الخاص يعاني من التأثيرات السلبية لكل هذه العوائق، فإن المشروعات المشتركة تكابد هي الأخرى مجموعة من المشكلات الخاصة بها، رغم كونها مشروعات تم إنشاؤها بموجب اتفاقيات بين الدول، ووقعها مسؤولون وأصحاب قرار².

¹ - الحمصي محمود ، "دور القطاع العام والقطاع الخاص في تحقيق التكامل الاقتصادي العربي"، مرجع سابق ص 135

² - المؤسسة العربية لضمان الاستثمار في الدول العربية، سلسلة دراسات اقتصادية واستثمارية، الكويت، د.ت، ص: 21

ب-عوائق سياسية:

- 1- اختلاف الأنظمة السياسية وأشكال نظم الحكم فيها، بما يترتب على ذلك تباين في الأولويات الاجتماعية والفكرية، وفي الاختلاف حول هدف الوحدة الاقتصادية وسبلها، الأمر الذي أدى وضوح الأهداف السياسية وعدم استقرارها عبر مدة معقولة من الزمن.
 - 2- انعكاس الخلافات السياسية على العلاقات الاقتصادية بين البلاد العربية.
 - 3- العوامل الخارجية كسياسات الدول الكبرى اتجاه المنطقة العربية، ونشاط الشركات متعددة الجنسيات، علاوة بالطبع على دور إسرائيل.
 - 4- عدم وجود المناخ والآليات الضرورية لترشيد القرارات السياسية الخاصة بالعمل العربي المشترك. حيث أن عدداً كبيراً من مؤسسات التنسيق الاقتصادي لا يملك حق إصدار القرار، وإنما يصدر مجرد توصيات، وحتى تلك التي تملك حق اتخاذ القرار لا تملك القدرة على تنفيذه¹.
 - 5- تنفق كل الدراسات الخاصة بتحليل أسباب فشل التكامل الاقتصادي العربي على تشخيص عامل أساسي، وربما وحيد لعرقلة التكامل والوحدة وهو: غياب الإرادة السياسية وغياب الاختيار الحر. فالقرارات عندما تتخذ في غياب الإرادة السياسية وغياب الاختيار الحر، فإنها تتخذ بوسيلة من ثلاث: إما بالجمالة، أو بالمسايرة، أو بالإكراه.
- إذن، إن غياب الإرادة السياسية اللازمة كان هو العامل المباشر الأساسي، الذي أدى إلى تواضع ومحدودية النتائج التي حققها العمل الاقتصادي العربي المشترك (اللازم للتكامل) منذ بدايته في ظل الجامعة وقت إنشائها في عام 1945م حتى الآن، وإلى عدم تحقيق هذا العمل للأهداف المقصودة منه، التي نصت عليها وتضمنتها اتفاقاته ومواثيقه العديدة، والذي حد من فاعليته وعرقل تطويره.
- و في هذا السياق يرى أحد الباحثين العرب، "أنه على الرغم من وجود بعض العوامل الأخرى التي أوجدت آثاراً سلبية في هذا العمل الاقتصادي العربي المشترك، إلا أنه كان من الممكن علاج هذه الآثار والتغلب عليها جميعاً، بل كان من الممكن أيضاً استبعاد هذه العوامل الأخرى نفسها. وإذا كانت الإرادة السياسية العربية قد التزمت التزاماً حقيقياً ومخلصاً بهذا العمل الاقتصادي العربي المشترك وعملت على تحقيق متطلباته على نحو حقيقي وفعال، فلأنها كانت ستعمل عندئذ على إزاحة هذه العوامل والقضاء عليها. ومن هنا استمرار العوامل الأخرى المعرقة للعمل الاقتصادي العربي المشترك يمكن إرجاعه، إلى حد كبير، إلى غياب الإرادة السياسية اللازمة لهذا العمل".

¹ - حماد مجدي "المنظمات الإقليمية ومسألة الوحدة"، مرجع سابق ص: 11

لأنه حتى في حال تطبيق الاتفاقيات والقرارات المتعلقة بالتكامل الاقتصادي العربي، فإن استمرار تطبيقها غالباً ما يتأثر بما يحدث من تقلبات طارئة في العلاقات السياسية بين الحكومات أو حكام الأقطار العربية الأعضاء. والواقع أن " هذه الحقائق العديدة ليست كلها سوى مظاهر وآثار لغياب الإرادة أو ضعف الإرادة السياسية اللازمة لتحقيق العمل الاقتصادي العربي المشترك ونجاحه. وهي تشير في مجملها إلى أن البلدان العربية لا يتوافر لديها ما يلزم لعملية التكامل الاقتصادي من إرادة سياسية".

خاتمة:

شهدت المنطقة العربية سلسلة من المحاولات المتعاقبة من أجل إقامة تكامل اقتصادي فيما بينها انطلاقاً من السنوات التي أعقبت تأسيس الجامعة العربية حتى الآن، ولم يتوقف الحديث ولم تنقطع محاولات إقامة تكامل عربي قوي يحفظ مصالح أعضائه ويعزز من قدراتهم التنموية ويمنحهم موقفاً تفاوضياً أقوى في المحافل الدولية، إنما لم يتمكن العرب من تحقيق التكامل الاقتصادي، بل إن مسيرة التنمية في البلدان العربية اتخذت الخط القطري، وقد كانت مخططات التنمية العربية متباعدة عن بعضها البعض ولا تعكس سوى واقع التجزئة الاقتصادي، وليست المشكلة في قصور الفكر عن تشخيص أسباب عجز الجهود الإنمائية وإيجاد الحلول المناسبة لها، بل في غياب أي ارتباط بين أهداف التنمية في المفهوم القومي والمسار الذي يؤدي إلى بلوغها،

فالعوائق كثيرة تقف أمام مسيرة التكامل الاقتصادي العربي منها عوائق اقتصادية بحيث باتت التبعية العربية للاقتصاد العالمي واقعاً مسلماً به، كما أن محاولة الاقتباس الآلي والتقليد الشكلي لتجارب التكتلات الاقتصادية الأخرى في العالم (من حيث الهياكل الإدارية وحيثيات القرارات وليس من حيث التطبيق طبعاً)، كتجربة السوق الأوروبية المشتركة، دون النظر إلى الإمكانيات الفعلية لواقع البلدان العربي ومدى ملاءمة تلك التجارب لظروف التاريخية والاقتصادية والاجتماعية والسياسية ساهم في جمود مسيرة التكامل الاقتصادي العربي بالرغم من توفر الوطن العربي على مقومات اقتصادية مشجعة متمثلة في الأراضي الشاسعة والثروات الطبيعية الهائلة، هذا بالإضافة إلى الموقع الجغرافي الاستراتيجي وكذا تنوع الموارد الطبيعية وغنى الموارد المالية بالإضافة إلى حجم السوق العربية التي تناهز 300 مليون نسمة، كما أن هناك مقومات عربية أخرى لا تقل أهمية عن المقومات الاقتصادية كاللغة الواحدة والثقافة الواحدة والدين الواحد والمصير المشترك. ويمكن أن يكون لهذه المقومات الاقتصادية وغير الاقتصادية دور كبير وفعال في تحقيق التكامل الاقتصادي العربي المنشود.

ضرورة تقنين نظام الزكاة لتفعيل الاقتصاد الإسلامي

"التجربة الزكوية السودانية نموذجاً"

The need to legislate the Zakat system to activate the Islamic Economy:

'The Sudanese Zakat experience as a model'

دكتورة .حورية سويقي - كلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان - الجزائر

ملخص

إن الظروف الاقتصادية و الاجتماعية في كثير من أنحاء العالم العربي والإسلامي تزيد من حتمية تشريع الزكاة وأهميته، وتؤكد ضرورة تدخل الدولة في هذا الشأن، في خطوة لتفعيل الاقتصاد الإسلامي.

وتعد السودان من الدول السبّاقة في وضع تقنين يحكم الزكاة و نظم تطبيقها و إمتدادها على الشركات، وأموال الدولة المستثمرة، مما يدعونا للتعرض للتجربة الزكوية السودانية و مدى نجاعتها، وجعلها كنموذج تقتدي به الدول العربية الإسلامية قصد القضاء على الفقر و الفوارق الطبقية، وتحقيق نظام التكافل الاجتماعي.

Abstract

The economic and social conditions in many Arab and Muslim countries increase the inevitability to legislate the Zakat, which is growing in importance; the conditions stress the need for state intervention in this matter in one step, in order to activate the Islamic economy.

The Sudan is considered to be one of the leading countries in developing a legislation that governs the Zakat and its systems of application, as well as its extensions to companies and also to invested state funds. This incites us to consider the Sudanese Zakat experience and its effectiveness, and take it as a model to be applied throughout the Arab and Islamic countries, in order to eradicate poverty and social inequalities and to achieve a social solidarity.

مقدمة

إن الظروف الاجتماعية والاقتصادية السائدة حالياً في كثير من أنحاء العالم العربي والإسلامي تزيد من حتمية تشريع الزكاة وأهميته، وتؤكد ضرورة تدخل الدولة في هذا الشأن، فالكثير من المجتمعات العربية والإسلامية تعاني من الفقر و الظلم الاجتماعي و الهوة الشاسعة بين الأغنياء والفقراء، ومن مظاهر الترف الشديد في جانب، ومشكلات الجوع والحرمان في الجانب الآخر.

ولما كانت مشكلات الفقر والحرمان والظلم الاجتماعي من أهم مشكلات الحياة، ولما كانت الزكاة ركنين من أركان الدين الإسلامي قد أوجبه الله وقاية من هذه المشكلات، وركيزة هامة للتكافل الاجتماعي وعدالة التوزيع، تأخذ من أموال الأغنياء حقاً معلوماً للفقراء، فما أحوجنا في الجزائر وفي كل الدول الإسلامية إلى أن نقيم في أوطاننا من جديد مجتمع التكافل الاقتصادي والاجتماعي، والسبيل إلى ذلك هو أن تصدر كل دولة قانون لتنظيم الزكاة¹.

وقد كانت بعض الدول سباقة في وضع تقنين يحكم الزكاة ونظم تطبيقها أمثال السودان، خاصة بعد نجاح تجربة البنوك الإسلامية، فلما لا العودة إلى الأصل أي النظام الاقتصادي الإسلامي، ووضع تشريع بشري مقترن بالردع إلى جانب التشريع الإلهي لتنظيم الزكاة قصد القضاء على الفقر والفوارق الطبقيّة.

لكن قد يرى البعض أن من شأن استحداث قانون لفرض الزكاة أثقال على عاتق المزمكي، إذ يجد نفسه مضطراً لإخراج فريضة الزكاة من جهة وتأدية الضريبة من جهة أخرى، مما يثير العديد من التساؤلات لعل أبرزها: ما المقصود بكل من الزكاة والضريبة وما حكم الجمع بينهما؟ وما هي الضوابط الشرعية للتطبيق الإلزامي للزكاة على مستوى الدولة؟ وما مدى نجاعة التجربة الزكوية السودانية؟

وهي الإشكالات العلمية التي تفرض نفسها بإلحاح مما يستدعي التصدي لها، وذلك ما سنحاول إبرازه من خلال هذه الورقة البحثية كالاتي:

¹ عثمان حسين عبد الله، الزكاة الضمان الاجتماعي الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، سنة 1989، ص 21.

أولاً: الإطار المفاهيمي للزكاة والضريبة وحكم الجمع بينهما

لعل من أهم البدايات وقبل الخوض في أي أمر لا بد من تجليله، وتبيانہ وتنحية اللثام عن مفهومه، ذلك أن الحكم على شيء فرع عن تصوره.

I: مفهوم الزكاة والضريبة

لقد تطورت الأنظمة المالية عبر الزمن وأخذت أشكالاً متعددة حتى وصلت إلى ما وصلت إليه الآن، وقد تميز النظام المالي الإسلامي منذ نشأته بخصائص ومميزات تراعي أهداف ومتطلبات المجتمع من جميع جوانبه، وتعتبر الزكاة أهم الموارد في النظام المالي الإسلامي، لكن بالإضافة إلى الزكاة عرفت الدول في التشريعات الحالية مورداً آخر ألا وهو الضريبة.

1: مفهوم الزكاة

تعتبر الزكاة من الأسماء المشتركة بين المعنى (إخراج الزكاة) وبين المضمون (العين)، فهي من حيث المعنى تطلق على الفعل ذاته و هو تزكية المال، ومن حيث المضمون تطلق على العين المزكي لها أي الجزء من المال الذي يتم إخراج كزكاة¹، ولذلك عادة ما يتم تعريف الزكاة من الناحية اللغوية ومن الناحية الشرعية كما يلي:

أ: الزكاة لغة

هي النماء والبركة لأنها مما يرجى به زيادة المال من بركة الله تعالى، فكل شيء يزداد وينمو فهو يزكو، فالزكاة تكون سبباً في النماء والبركة في المال بالخلف أي "التعويض" في الدنيا والثواب في الآخرة، لقوله تعالى "خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها"².

ب: الزكاة شرعاً

هي قدر معين من النصاب الحولي يخرج الغني المسلم الحر لله تعالى للفقير المستحق مع قطع المنفعة عنه من كل وجه³.

فهي قدر معين، لأنها حق معلوم في المال يتم تحديده وفقاً لقواعد معينة مصداقاً لقوله تعالى: "والذين في أموالهم حق معلوم (24) للسائل والمحروم (25)". أي في أموالهم نصيب معين فرضه الله عليهم وهو الزكاة، كما أن الزكاة ليست منة أو فضلاً أو هبة من صاحب المال إلى مستحقها، وإنما هي حق المستحق.

¹ محيي محمد مسعد، نظام الزكاة بين النص والتطبيق، مكتبة الإشعاع سنة 1998، ص.600.

² - سورة التوبة، الآية 102.

³ - كمال خليفة أبوزيد، أحمد حسن علي حسين، دراسات نظرية وتطبيقية في محاسبة الزكاة، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة

2002، ص.11.

2: مفهوم الضريبة

قد عرف الفكر المالي الحديث الضريبة على أنها فريضة إلزامية نقدية يلتزم الممول بأدائها إلى الدولة تبعاً لمقدرته على الدفع، بغض النظر عن المنافع التي تعود عليه من وراء الخدمات التي تؤديها السلطات العامة وتستخدم حصيلتها في تغطية النفقات العامة من جهة، وتحقيق جملة من الأهداف الاقتصادية والإجتماعية والسياسية من ناحية أخرى¹.

كما تعرف أيضاً على أنها فريضة نقدية تقتطعها الدولة، أو من ينوب عنها من الأشخاص العامة أو الأفراد قسراً وبصفة نهائية، ودون أن يقابلها نفع معين، تفرضها الدولة طبقاً للقدرة التكلفة للممول وتستخدمها في تغطية النفقات العامة، والوفاء بمقتضيات السياسة المالية العامة للدولة².

3: اجتماع الزكاة والضريبة

يدور في أفكار الكثير من المسلمين، ويجري على ألسنتهم سؤال له أهمية بالغة، والإجابة عن هذا السؤال أصبحت ضرورة لا مفر منها، يتلخص هذا السؤال في أن أصحاب الأموال أصبحوا يدفعون للحكومة من الضرائب ربما مقدارها يفوق بكثير مقادير الزكاة التي فرضتها الشريعة الإسلامية، وهذه الأموال تذهب إلى خزينة الدولة التي تنفقها في مصاريفها المبينة في ميزانيتها، والتي قد يندرج ضمنها أعمال خيرية، فهل تغني الضرائب التي يدفعها المسلم عن الزكاة، وتصبح الدولة هي المسؤولة عن سد حاجات الفقراء وتغطي مصاريف الزكاة بوجه عام؟ أم أن هذه الضرائب على كثرتها لا تغني عن الزكاة، ويجب على المسلم أن يؤديها باسمها ومقاديرها الخاصة³؟

هذا التساؤل أجاب عنه الكثير من الفقهاء القدامى والمعاصرين بأن الضرائب لا تغني عن الزكاة لأسباب كثيرة أهمها أن الزكاة تشريع إلهي أمر به الله عز وجل، وبين الرسول صلى الله عليه وسلم أحكامه التفصيلية. أما الضرائب فهي تشريع بشري، ولا يلغي التشريع البشري التشريع الإلهي الذي يجب أن تكون له الأولوية في التطبيق⁴.

ويرى الشيخ محمد شلتوت شيخ الأزهر رحمه الله أن الزكاة عبادة مالية وفرض إيماني من وضع الله، وليست ضريبة يجب إخراجها، سواء وجدت حاجة إليها أو لم توجد، وهي مورد دائم للفقراء

¹ - بن أحمد لخضر، دراسة مقارنة الضريبة والزكاة، مذكرة ماجستير، معهد العلوم الاقتصادية فرع التسيير، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2000-2001، ص.9.

² - غازي عناية، الزكاة والضريبة دراسة مقارنة، منشورات دار الكتب الإسلامي، الجزائر، سنة 1991، ص.22.

³ - يوسف القرضاوي، فقه الزكاة، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، سنة 1980، ص.1106.

⁴ - أحمد سماح، قانون الزكاة الدواعي والأهداف، مجلة الوعي الإسلامي، العدد 440، مقال منشور عبر الإنترنت.

⁴ - أحمد سماح، قانون الزكاة الدواعي والأهداف، مجلة الوعي الإسلامي، العدد 440، مقال منشور عبر الإنترنت. http://alwaei.com/topics/view/article_new.php?sdd=213&issue=440 ، تاريخ آخر دخول 06-10-2014.

والمساكين، أما الضرائب فهي من وضع الحاكم عند الحاجة، وأن إحداهما لا تغني عن الأخرى، فهما حقان مختلفان في مصدر التشريع وفي الإستقرار والدوام¹.

ثانيا: الضوابط الشرعية لتقنين التطبيق الالزامي للزكاة على مستوى الدولة

يقوم تطبيق زكاة المال على مستوى الدولة على ثلاثة أركان:

1. وجود المجتمع الاسلامي الذي يقبل تطبيق أحكام الزكاة.
2. أن تتبنى الدولة أحكام الشريعة الإسلامية منهاجا لها، وتطبق سيادتها في مجال جباية الزكاة.
3. وجود الأجهزة (العاملون عليها) التي تتولى أمور الزكاة التنفيذية.

وفيما يلي تفصيل ذلك :

I: وجود المجتمع الاسلامي

إن القانون وليد متطلبات المجتمع، ويتطلب تطبيق نظام زكاة المال وجود المجتمع الاسلامي الذي يتخذ من القرآن دستورا شاملا للحياة، ومن هدى الرسول صلى الله عليه وسلم منهاجا ودليلا، مجتمعا يمثل لأوامر الله ومنها ايتاء الزكاة ويستشعر آثارها الإيمانية والحلقية والاجتماعية والاقتصادية، ولا يفرق بين الصلاة والزكاة ولا بين الواجبات الأخرى، ففي قوله تعالى "والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر ويقيمون الصلاة ويؤتون الزكاة ويطيعون الله ورسوله أولئك سيرحمهم الله إن الله عزيز حكيم"²، نلمس الربط الوثيق بين أركان الدين الاسلامي وفرائضه من صلاة وزكاة.

II: تبني الدولة مبادئ وأحكام الشريعة الاسلامية

إن معظم الدول الاسلامية تنص في دستورها على أن الإسلام دين الدولة، وعليه لا بد على هذه الدول استكمال أحكام الشريعة الاسلامية واستحداث قانون ضمن سياستها التشريعية لتقنين الزكاة، فبالرغم من أن هذه الأخيرة يحكمها تشريع إلهي إلا أن المصلحة الشرعية تفرض الاتجاه نحو تقنينها، وضرورة الأخذ به في هذا الزمان الذي سادت فيه العولمة كنظام قانوني ومؤسسي عالمي جديد. وتتمثل الحكمة الشرعية من مسؤولية الدولة عن تطبيق الزكاة كالاتي :

¹ - العمري عيسى، الضرائب وحكم توظيفها مقال منشور عبر الأنترنت بشبكة المشكاة الإسلامية:

http://www.almeshkat.net/index.php?pg=art_int . ، تاريخ آخر دخول 08-10-2014.

² سورة التوبة الآية 71

- إن قيام الدولة بتحصيل الزكاة وتوزيعها على مستحقيها بالحق فيه حفظ لكرامة الفقراء والمساكين والمؤلفة قلوبهم والغارمين وتحرير الرقاب وابن السبيل، وفي هذا تكريم للجنس البشري.
- إلزام الأفراد الذين لا يقومون من تلقاء أنفسهم بإيتاء الزكاة، فلا بد لهم من رادع، وهذا الرادع يجب أن تكون له سيادة وسلطان، ولا يكون ذلك إلا الدولة.
- مقدرة الدولة على جباية الزكاة وتوزيعها على المصارف المختلفة¹

III: وجود الأجهزة التي تتولى مهام الزكاة

لا يمكن تطبيق نظام الزكاة بدون وجود العنصر البشري الذي يتولى المهام التنفيذية وهم الذين سماهم القرآن الكريم "العاملين عليها"، ومن أهم الصفات الواجب توافرها فيهم الأمانة، ويشغل العنصر البشري مختلف الوحدات والدوائر المختصة بإيتاء الزكاة والموجودة على المستوى المحلي للدولة .

ونوه بهذا الصدد الى ضرورة حرص قانون الزكاة على إلزام الشركات وخاصة البنوك الاسلامية² بأداء فريضة الزكاة، وذلك بالنظر لما سوف يعود على الدولة من عائد تغطي به حاجيات الفقراء وتقضي به على الفوارق الطبقيّة.

وندعو بهذا الصدد الدول التي تتبنى هذا القانون إلى ضرورة تأسيس مصلحة الزكاة مثل مصلحة القيد بالنسبة للشركات التجارية، وتجعل من قيد الشركات لدى مصلحة الزكاة إجراءً أساسياً لاستكمال إجراءات تأسيس الشركات، وذلك يمكن الدولة من السيطرة على قائمة الشركات على المستوى الوطني، وإلزامها بدفع الزكاة سنوياً، ولا يكون ذلك إلا بعد تقديم تقارير عن ميزانيتها السنوية، ويستلزم عرض تلك التقارير على قانونيين ومحاسبين للبحث في مصداقيتها .

وتتجسد آثار التطبيق الإلزامي للزكاة على مستوى السياسة الاقتصادية للدولة في:

- علاج المشاكل الاقتصادية ومن بينها؛ مشكلة الفقر والتضخم المالي.

¹ - حسين حسن شحاته، الضوابط الشرعية للتقنين الإلزامي للزكاة على مستوى الدولة، سلسلة بحوث ودراسات في الفكر الاقتصادي الإسلامي، مقال منشور عبر الانترنت <http://www.darelmashora.com/download.ashx?docid=1922> ، تاريخ آخر دخول 30-01-2015.

² - إذ خصوصية البنك الإسلامي الذي يعمل وفقاً لقواعد الشريعة الإسلامية تلزم أن يتضمن عقده التأسيسي بند إلزامي لدفع فريضة الزكاة، وتقتطع هذه الأخيرة من الأرباح التي تخص البنك كشركة مساهمة، وليس من أرباح المستثمرين، لمزيد من التفصيل أنظر لنا محمد إبراهيم الخماش، البنوك الإسلامية بين التشريع الضريبي والزكاة، مذكرة ماجستير تخصص المنازعات الضريبية، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، سنة 2007، ص.4.

- محاربة ظاهرة الاكتناز من خلال فرض الزكاة على الأموال النقدية غير المتحركة.
- تغطية الزكاة جزء من النفقات العامة المتعلقة بالضمان الاجتماعي وبذلك توفر للدولة مصادر التمويل.
- تحقيق الضمان والتكافل الاجتماعي للفقراء والمساكين وغيرهم من مستحقي الزكاة حقوقاً في أموال الأغنياء.
- توجيه بعض أموال الزكاة لعلاج مشكلة البطالة من خلال المشروعات التنموية المصغرة¹.

ثالثاً: التجربة الزكوية في السودان

نتناول تجربة السودان الزكوية من خلال استعراض الخلفية التاريخية لتطبيق الزكاة في السودان ومدى نجاحتها.

I: الخلفية التاريخية لتطبيق الزكاة في السودان

تميزت تجربة السودان الزكوية بالتدرج في التطبيق، فبدأت بصندوق طوعي سنة 1980، بهدف إحياء الزكاة كفريضة تؤخذ من أغنياء المسلمين وترد إلى فقرائهم، على أن يقوم الأمر كله على سبيل التطوع لا الإلزام ثم صدر قانون الزكاة سنة 1984، والذي بموجبه تم ضم صندوق الزكاة إلى إدارة الضرائب التي تتبع لوزارة المالية والاقتصاد، وأطلق عليه "صندوق الزكاة والضرائب"، وبموجب هذا القانون أصبحت الزكاة تجمع بصورة إلزامية، وأسندت مسؤولية جبايتها للدولة ممثلة في الجهاز الإداري للضرائب، وفرضت ضريبة "تكافل اجتماعي" لغير المسلمين تعادل نسبة الزكاة، وذلك لتأكيد مبدأ العدالة بين المواطنين، لكن من أهم السلبات التي اعترت هذا القانون هو ربطه بين الزكاة والضريبة مما أوجد ازدواجية في الجهاز الإداري².

ثم فصلت الزكاة عن الضرائب سنة 1986، وأصبح لديوان الزكاة شخصية اعتبارية وهيكل اداري قائم بذاته.

وبعد ذلك صدر قانون الزكاة سنة 1990، ومن سماته :

¹حسين حسن شحاته، المرجع السابق.

² - مصطفى محمد مسند، دور الزكاة في تحقيق العدل الاجتماعي تجربة ديوان الزكاة -السودان-، المؤتمر العالمي التاسع للاقتصاد والتمويل الإسلامي، النمو والعدالة والاستقرار من منظور إسلامي، 09_10 سبتمبر 2014 اسطنبول تركيا، مقال منشور عبر الأنترنت <http://conference.qfis.edu.qa/app/media/7127> ، تاريخ آخر دخول 2015-01-30.

- أمر السودانيين العاملين خارج السودان بدفع الزكاة للديوان، على أن تصرف في الأماكن التي يختارها المجلس الأعلى لأمناء الزكاة .
- نص على عقوبات توقع على من يمتنع ويتهرب أو يتحايل على دفع الزكاة.
- نص على إعفاء أموال وأعمال الديوان من جميع الضرائب.
- ربط الزكاة بالتمويل المصرفي من خلال النص على أنه لا يجوز منح أي تسهيلات أو إمتيازات مالية للممتنعين عن أداء فريضة الزكاة .
- نص على تخفيض عشرين بالمائة من الزكاة المستحقة ليصرفها المكلف بنفسه على الفقراء والمساكين.

وفي إطار حرص الجهات المعنية بصياغة تشريع الزكاة، أجرت سنة 2001 تعديلا آخر على قانون الزكاة، وهو السار المفعول لحد اليوم¹، حرصت الدولة من خلاله على سد الثغرات القانونية التي كانت في القوانين السابقة، كما أدخل القانون أموال الدولة المستثمرة في الأموال الخاضعة للزكاة². ويلمح المتتبع لمسيرة الزكاة في السودان المرونة في التشريعات، وذلك لاستيعاب المستجدات والمتغيرات المختلفة، ويتضح ذلك من خلال مراجعة القانون أربع مرات خلال عقدين، حيث بدأ القانون الأول بطوعية أداء الزكاة، والثاني بإلزاميتها، والثالث بفك الارتباط بينها وبين الضريبة، وعمل التعديل الرابع على مواكبة المستجدات والمتغيرات.

كما أكد القانون الأخير على أن ولاية الزكاة مسؤولية الدولة، وأعطى لديوان الزكاة حق جمعها بقوة القانون، ومعاينة كل من يمتنع عن ذلك.

كما إعتد قانون الزكاة لسنة 2001 على مبدأ المواطنة وملة الإسلام أساسا لوجوب الزكاة، فكل المواطنين السودانيون المسلمين تخضع أموالهم لجباية الزكاة سواء كانت داخل السودان أو خارجها.

¹ - علي علوة، لتجربة السودانية في الجباية، الورشة التدريبية لتطوير مناهج فقه الزكاة في التعليم العام والجامعي تحت شعار "نحو منهج زكوي متطور" في الفترة 15_16 أكتوبر 2011، المعهد العالمي لعلوم الزكاة السودان، والمنظمة الإسلامية للتربية والعلوم الثقافية اسييسكو المغرب، والهيئة العالمية للزكاة جدة، مقال منشور عبر الانترنت - http://www.zakat-14-50-chamber.gov.sd/arabic/index.php?option=com_content&view=article&id=20:2012-07-20-54&catid=26:2012-07-20-14-20-51&Itemid=54 ، تاريخ آخر دخول 2015-01-30.

² - قانون الزكاة السوداني لسنة 2001، http://www.zakat-chamber.gov.sd/arabic/index.php?option=com_content&view=article&id=17&Itemid=59 ، تاريخ آخر دخول 2015-01-30.

II: تقييم تجربة السودان الزكوية

تعتبر الجباية هي الأساس الذي تقوم عليه الزكاة، وذلك امتثالا لقوله تعالى "خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها"¹.

ويعمل ديوان الزكاة السوداني على أخذ الزكاة من الأموال المعروفة وهي ستة أنواع : عروض التجارة و الزروع والأنعام والمال المستفاد والمستغلات والمهن الحرة . كما تجب الزكاة على أموال الدولة المعدة للاستثمار² وتجب الزكاة أيضا على الرواتب والأجور والمكافآت والمعاشات وتدخل في خصم زكاة المال المستفاد، كما تجب الزكاة على الشركات والبنوك الاستثمارية³.

ويوضح الجدول الآتي تطور جباية الزكاة في السودان خلال فترة 2006_2011

بملايين الجنيهات السودانية

| الوعاء الزكوي/ العام | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 | 2010 | 2011 |
|----------------------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|
| عروض التجارة | 133.1 | 178.4 | 204.7 | 232.9 | 274.8 | 295.7 |
| الزروع | 124.4 | 121.4 | 125.7 | 147.3 | 151.4 | 208.4 |
| الأنعام | 22.3 | 22.9 | 24.4 | 24.0 | 28.0 | 39.4 |
| المال المستفاد | 17.6 | 16.5 | 18.7 | 22.7 | 20.3 | 24.4 |
| المستغلات | 14.7 | 15.2 | 15.6 | 15.1 | 19.2 | 20.5 |
| المهن الحرة | 2.4 | 2.7 | 2.9 | 3.3 | 3.7 | 4.2 |
| الجملة | 314.5 | 357.1 | 392 | 445.3 | 497.4 | 592.6 |

المصدر (بتصرف): الأمانة العامة لديوان الزكاة، التقارير السنوية خلال الفترة 2006-2011

¹سورة التوبة الآية 103

² المادة 37 أ من قانون الزكاة السوداني لسنة 2001

"الأموال التي لا تجب الزكاة عليها :

المال العام إذا لم يكن مستثمرا"

³ المادة 17 البند 2 من نفس القانون.

وصرفت أموال الزكاة خلال فترة2006_2011 كالتالي :

(المبالغ بملايين الجنيهات السودانية)

| المصرف | 2006م | 2007م | *2008 | 2009 | 2010 | 2011 |
|-------------------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|
| الفقراء والمساكين | 187.2 | 204.7 | 245 | 293.8 | 329.7 | 434.1 |
| الغارمين | 11.2 | 16.6 | | 13.0 | 13.5 | 20.4 |
| ابن السبيل | 1.0 | 1.2 | | 1.0 | 1.3 | 1.6 |
| المصارف الدعوية | 14.3 | 20.7 | | 27.4 | 28.3 | 28.9 |
| في سبيل الله | 7.6 | 15.9 | | 14.3 | 11.7 | 13.7 |
| العاملين عليها | 46.8 | 49.6 | | 55.8 | 72.2 | 75.5 |
| الصرف الادارى | 22.1 | 21.0 | | 23.0 | 23.0 | 23.5 |
| الجملة | 290.2 | 329.7 | 366.7 | 428.3 | 479.7 | 597.7 |

المصدر (بتصرف): الأمانة العامة لديوان الزكاة، التقارير السنوية خلال الفترة 2006-2011م.

* لا توجد بيانات تفصيلية بتقرير العام 2008م عن بقية المصارف.

من خلال الجدولين السابقين نستنتج أن السودان ومن خلال التطبيق الإلزامي للزكاة، استطاعت أن تؤمن ميزانية زكوية مستقلة ومنتظمة لتمويل مستحقيها، وساهمت من خلالها في حل المشكلات الاقتصادية والاجتماعية والتي فشلت النظم الاقتصادية الوضعية في علاجها، ومن بين هذه المشاكل، تكدس الأموال في يد فئة قليلة من المجتمع مما يؤدي الى زيادة الفوارق الطبقيه والاقتصادية والاجتماعية في المجتمع.

كما نلمس بوضوح -ومن خلال الجدول الأول- أن جميع الأوعية الزكوية عرفت إرتفاعا مستمرا - كأصل عام- في المداخيل، خاصة في مجال عروض التجارة التي احتلت صدارة المداخيل تليها الزروع والمصادر الأخرى، مما يسمح بوضع اليد على المصدر الرئيسي لدخل المجتمع السوداني وترتيب مصادر

دخله، كما يسمح بتبيان الأنشطة التي لا تدر ربحا كبيرا في الدولة، وهي سنة حميدة وتجربة فريدة من نوعها تسمح بتقييم مصادر دخل كل بلد إسلامي، وبالتالي الإستفادة من أهم هذه المصادر وتدعيم أقلها دخلا، فيتضح بالنظر للتجربة السودانية مثلا أن السودان بلد يعتمد على التجارة والزراعة بشكل رئيسي، في حين يعرف ركودا في المجال الرعوي، كما يتضح أن نسبة اليد العاملة في المجال الحر قليلة جدا.

كما أن الإطلاع على الجدول الثاني -وفي نفس السياق- يسمح بالتعرف على نسب الفئات المحتاجة في المجتمع، وتحديد نسب أولويات واهتمامات الدولة ؛ مما يجعل من النظام الزكوي السوداني وطريقة عمله وكيفية رصد احصائياته حتمية اقتصادية لا بد للدول الإسلامية الأخرى من تبنيها.

خاتمة

إذا كانت لكل بداية نهاية، وإذا كان كل بحث أكاديمي إلا ولا بد أن ينتهي بخاتمة؛ ولما كانت دراسة الحتمية القانونية والاقتصادية لفرض تشريع الزكاة، واستظهار مختلف الشروط والضوابط الإجرائية والموضوعية المتعلقة بها، في الفقه الإسلامي والتشريع السوداني، تكتسي أهمية قصوى في مجال البحث القانوني، سواء على مستوى قانون الضرائب، والقانون الإقتصادي، ومن باب أوسع في مجال الشريعة الإسلامية؛ فإن هذا الطرح العلمي المتواضع لا بد له من أن يُختتم بالتعريغ على أهم الملاحظات التي يثيرها هذا الموضوع؛ إذ يمكن القول أن الزكاة ركن ركين من أركان الإسلام كما أنها عبادة مالية جاء الأمر بها قرين الأمر بالصلاة في أكثر من موضع بالقرآن، كفي قوله تعالى "وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة"، وبما أن من واجب الدولة كما يقرر علماء الإسلام "حراسة الدين وسياسية الدنيا" فإن إقامة الزكاة في المجتمع تدخل في واجب حراسة الدين مما يتطلب من الدولة القيام بشؤون الزكاة وذلك لا يكون إلا بقانون ينظمها.

كما نستخلص من دراسة النظام الزكوي في السودان، أن هذا الأخير خطى خطوة جريئة وحميدة في مجال تفعيل الاقتصاد الإسلامي وتعزيز أحكام الشريعة الإسلامية بسلطان القانون، بل إنه يعتبر من التجارب السبقة في هذا المجال والتي لا بد على الدول الإسلامية الأخرى من الاقتداء بها.

ومن بين التوصيات التي قد يستحسن الأخذ بها في مجال سن قانون لإلزامية إيتاء الزكاة:

1- التدرج في التطبيق الإلزامي للزكاة على مستوى الدولة، من خلال البدء بطوعية أدائها، إلى فتح صناديق خاصة لهذا الغرض مسيرة من طرف الدولة، و التوجه نحو التوعية الدينية وغرس الثقافة الإسلامية الزكوية في أوساط المجتمع، ثم سن قانون يفرض الزكاة على الشركات والمداهيل المختلفة.

2- تليين النظام الضريبي لإحداث التكامل والتناسق بين الزكاة والضريبة.

3- التعزيز من المجالس القانونية والفقهية والندوات العلمية لتبيان الجوانب العملية والتطبيقية للزكاة المفروضة على الشركات، والتأكيد على إمكانية مشاركتها في حل المشاكل التي تواجه الدول حديثا، خاصة العربية منها.

4- إبراز الخصائص المالية والاقتصادية والاجتماعية للزكاة المفروضة على الشركات، ودورها وقدرتها المتجددة على تعبئة موارد مالية تساهم في تمويل الحاجات العامة لمستحقيها.

5- ضرورة تهمين وتقييم التجربة السودانية الرائدة في هذا المجال، ومقارنتها مع الواقع الإقتصادي والضريبي لباقي الدول الإسلامية بغية التوصل لأنموذج مثالي يمكن الاقتداء به لسن قانون يلزم دفع الزكاة.

6- ضرورة عقد دورات تدريبية لرفع كفاءة العاملين في الجهات القائمة على شؤون الزكاة والضريبة.

7- إدراج مقاييس حول الزكاة في النظام الإسلامي والاقتصادي في كليات الحقوق والاقتصاد والمحاسبة و المالية، حتى تنشأ الدول أجيالا وإطارات قادرة على تسيير صناديق الزكاة. وفي الختام، نشير إلى أن السودان ليس البلد الوحيد الذي قنن نظام الزكاة، بل إن العديد من الدول الإسلامية مثل الجزائر و السعودية و اليمن قامت بمحاولات لتطبيق فريضة الزكاة في العصر الحالي، لكن جاءت التطبيقات مختلفة ومتنوعة؛ فمن الدول من ألزمت الأفراد على دفع الزكاة للدولة لتقوم هي بتوزيعها، ومنها من اكتفت بإنشاء هيئات وصناديق للزكاة ذات استقلال مالي ومعنوي وتركت للأفراد حرية دفع الزكاة لديها.

قائمة المراجع

* القرآن الكريم

I- الكتب

- 1_ عثمان حسين عبد الله، الزكاة الضمان الاجتماعي الاسلامي، الطبعة الاولى، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، سنة 1989.
- 2- غازي عناية، الزكاة والضريبة داسة مقارنة، منشورات دار الكتب الإسلامي، الجزائر، سنة 1991.
- 3- كمال خليفة أبوزيد، أحمد حسن علي حسين، دراسات نظرية وتطبيقية في محاسبة الزكاة، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 2002.
- 4- محي الدين مسعد، نظام الزكاة بين النص والتطبيق، مكتبة الإشعاع، سنة 1998.
- 5- يوسف القرضاوي، فقه الزكاة، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، سنة 1980.

II- الرسائل الجامعية

- 1- بن أحمد لخضر، دراسة مقارنة للضريبة والزكاة، مذكرة ماجستير، معهد العلوم الاقتصادية فرع التسيير، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2000-2001.
- 2- لنا محمد ابراهيم الخماش، البنوك الإسلامية بين التشريع الضريبي والزكاة، مذكرة ماجستير تخصص المنازعات الضريبية، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، سنة 2007.

III: المقالات

1- أحمد سماح، قانون الزكاة الدواعي والأهداف، مجلة الوعي الإسلامي، العدد 440، مقال منشور بالإنترنت؛

http://alwaei.com/topics/view/article_new.php?sdd=213&issue=440

2- العمري عيسى، الضرائب وحكم توظيفها، شبكة المشكاة الإسلامية، مقال منشور بالإنترنت؛

http://www.almeshkat.net/index.php?pg=art_int

3- حسين حسن شحاته، الضوابط الشرعية للتقنين الإلزامي للزكاة على مستوى الدولة، سلسلة بحوث ودراسات في الفكر الاقتصادي الإسلامي، مقال منشور عبر الإنترنت

<http://www.darelmashora.com/download.ashx?docid=1922>

4- صطفى محمد مسند، دور الزكاة في تحقيق العدل الاجتماعي تجربة ديوان الزكاة -السودان-، المؤتمر العالمي التاسع للاقتصاد و التمويل الإسلامي، النمو و العدالة و الاستقرار من منظور إسلامي، 10_09 سبتمبر 2014 اسطنبول تركيا، مقال منشور عبر الإنترنت،

<http://conference.qfis.edu.qa/app/media/7127>

5- علي علوة، التجربة السودانية في الجباية، الورشة التدريبية لتطوير مناهج فقه الزكاة في التعليم العام والجامعي تحت شعار "نحو منهج زكوي متطور" في الفترة 15_16 أكتوبر 2011، المعهد العالمي لعلوم الزكاة السودان، والمنظمة الإسلامية للتربية والعلوم الثقافية اسيسكو المغرب، والهيئة العالمية للزكاة جدة، مقال منشور عبر الإنترنت

http://www.zakatchamber.gov.sd/arabic/index.php?option=com_content&14-50-54&catid=26:2012-07-20-14-20-view=article&id=20:2012-07-20-51&Itemid=54

IV- النصوص القانونية

قانون الزكاة السوداني لسنة 2001، متاح عبر الرابط :

http://www.zakatchamber.gov.sd/arabic/index.php?option=com_content&view=article&id=17&Itemid=59

ظاهرة الفساد الإداري كعائق أمام نجاح سياسات التنمية المحلية في الجزائر

بن بادة عبد الحليم

باحث دكتوراه تخصص قانون عام اقتصادي

كلية الحقوق و العلوم السياسية- جامعة غرداية - الجزائر

Abdelhalim.benbada@gmail.comملخص

إن المتابع المتأمل للمشهد الجزائري من جميع نواحيه السياسية والاجتماعية والاقتصادية يتراء له بما لا يدع مجالاً للشك حجم الفساد الإداري الكبير المستشري في دواليب الإدارات المحلية الجزائرية المناط بها مهمة دفع عجلة التنمية في البلاد، إلا أن تلك المجالس قد حاد بها بعض أعضائها عن مهمتهما الموكلة لها وذلك من خلال استغلالها لنهب المال العام وتبذير مقدرات الدولة والشعب التي كان من المفروض أن توظف لتحقيق التنمية المحلية والرفعي بها.

Résumé

La scène superviseur méditant algérienne de tous les aspects politiques, sociaux et économiques Atra lui sans aucun doute, la grande taille de la corruption administrative dans les rayons des administrations locales algériennes chargées de la tâche de promouvoir le développement dans le pays, mais ces conseils peuvent fortement par certains de ses membres pour leur mission qui lui est attribué et par l'utilisation de l'argent public pillage et le gaspillage des ressources de l'Etat et les gens qui étaient censés employer pour atteindre le développement local et la sophistication il.

مقدمة

لا يمكن الرهان أبدا على تنمية محلية ناجحة في الجزائر في ظل الانتشار المستشري لظاهرة الفساد الإداري والتي تضرب أطنابها في أواسط الإدارات المحلية الجزائرية التي كان من المفروض أن تكون هي قاطرة التنمية في البلاد إذ لا يخفى على أحد حجم الفساد الكبير الذي صار يهدد الاستقرار الوطني ويبدد الأموال العامة حيث تطالعنا الصحف يوميا بقضايا الفساد الكبيرة ومن بينها ما تناولته إحدى الصحف في أحد أعدادها والتي نقلت فيه عن المستشار السابق في الرئاسة الجزائرية والخبير الاقتصادي عبد المجيد بوزيدي، قوله إن فاتورة الأخطاء كانت ثقيلة في الصفقات العمومية وإدارة المال العام، وقدر بوزيدي الخسائر التي تكبدتها الخزينة الحكومية الجزائرية بحوالي 10% من مجموعة النفقات العمومية، وهو مبلغ قد يصل إلى 30 مليار دولار.

ووفقا لتقرير صدر عن "منظمة النزاهة الدولية" فان خبراء الاقتصاد في الجزائر يعتبرون أن مسؤولية الحكومة الجزائرية كاملة في انتشار الفساد والرشوة وإهدار المال العام، حيث ظل تحقيق أهداف المناخ الاقتصادي والحكم الرشيد وزيادة الشفافية دون تطبيق على أرض الواقع. هذا الواقع الأليم أثر تأثيرا سلبيا على سياسات التنمية المحلية في الجزائر مما جعل جميع الخطط والإستراتيجيات والبرامج الحكومية المتعلقة بهذا الشأن تكون دون المأمول منها. ومن هنا تبرز أهمية اختيار هذا الموضوع ليكون محل دراسة في مقالنا هذا، محاولين تسليط الضوء قدر الإمكان على ظاهرة الفساد الإداري المفهوم والأسباب والآثار وصولا إلى انعكاساتها على التنمية المحلية في الجزائر، ولكي يتسنى لنا ذلك اقترحنا الإشكالية التالية:

إلى أي مدى يمكن اعتبار ظاهرة الفساد الإداري كعائق أمام نجاح مختلف السياسات التنموية المحلية في الجزائر؟

وحتى تتمكن من دراسة هذه الإشكالية قمنا بتقسيم مقالنا هذا إلى 03 محاور رأينا بأنهما كفيلا بتوضيح المقصود من الإشكالية وهما:

المحور الأول: مدخل مفاهيمي لدراسة ظاهرة الفساد الإداري.

المحور الثاني: انعكاسات ظاهرة الفساد الإداري على عملية التنمية المحلية في الجزائر.

المحور الثالث: سبل حماية سياسات التنمية المحلية من مظاهر الفساد الإداري.

I - مدخل مفاهيمي لدراسة ظاهرة الفساد الإداري

لن يتسنى لنا دراسة الفساد الإداري دون التطرق لتعريفه و أسبابه وأثاره المختلفة لذا سوف نتطرق لكل ذلك بنوع من التفصيل فيما يلي:

1- مفهوم ظاهرة الفساد الإداري:

لا يمكن التوقف أمام تعريف جامع مانع للفساد الإداري في الوقت الحالي نتيجة تضارب وتعدد التعاريف حسب وجهة كل تيار أو مذهب فقهي، الأمر الذي يوحي بوجود إشكالية حقيقية لدى الباحثين في تصور هذا المصطلح¹، ولا ربما ترجع أهم أسباب ذلك التضارب إلى:

- اختلاف مناهج دراسة ظاهرة الفساد والجهات الباحثة في هذا الشأن، حيث تختلف تعريفاتهم باختلاف حقولهم المعرفية من سياسة وعلم اجتماع واقتصاد وإدارة.
- الفساد الإداري متعدد الصور والأشكال ويختلف باختلاف المجتمعات والبيئة الحاضنة له، حيث تظهر باستمرار صور جديدة للفساد الإداري.

وعلى العموم يمكن القول أن مجمل التعريفات تنقسم إلى 03 اتجاهات:

الاتجاه الأول قام هذا الاتجاه بدراسة الفساد الإداري على أساس أنه خروج الموظف عن مقتضيات الوظيفة العامة و القواعد المحددة لها التي يتعين عليه الالتزام بها، أما **الاتجاه الثاني** فضم بين جنبه عدة تعريفات متعددة لظاهرة الفساد الإداري ومن بين تلك التعريفات، تعريف " براستر" حيث اعتبر الفساد الإداري بأنه ممارسة الموظف للسلطة الرسمية تحت ستار المشروعية القانونية لتحقيق مصالح خاصة على المصالح العامة، وما يؤخذ على تعريفات هذا الاتجاه على أنها تأخذ الصيغة القانونية الواضحة حيث تجعل الفساد مرادفاً لفكرة التعسف في الحق.²

أما **الاتجاه الثالث** فركز على تعريف الفساد الإداري من حيث أنه الخروج عن القواعد والمعايير الأخلاقية لتحقيق مآرب خاصة غالباً ما تكون على حساب المصلحة العامة.³

¹ - رقية شويخ، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري وأمراض البيروقراطية في التشريع الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير أكاديمي، جامعة ورقلة، 2013، ص 03.

² - عصام عبد الفتاح مطر، الفساد الإداري، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2011، ص 15.

³ - حسنين المحمدي البوادي، الفساد الإداري لغة المصالح، الإسكندرية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2008، ص 43.

هذا بالنسبة للتعريفات الفقهية أما فيما يخص المشرع الجزائري فبعد مصادقته على الاتفاقية الدولية لمكافحة الفساد وكذا اتفاقية الاتحاد الإفريقي لمنع الفساد ومحاربه، قام المشرع بناء على ذلك بسن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، حيث جاء تعريف الفساد في القانون (01-06) على شاكلة ما جاء في اتفاقية الأمم المتحدة، حيث أن المشرع الجزائري نص على تجريم مجموعة الأفعال والتي منها:

- استغلال النفوذ ورشوة الموظفين العموميين.

- إساءة استغلال الوظيفة وأخذ فوائد بصفة غير قانونية.¹

2- أسباب المؤدية للفساد الإداري:

تعدد أسباب الفساد الإداري فمنها ما هو سياسي ومنها ما هو اقتصادي ومنها ما هو اجتماعي ومنها الإداري وحتى القانوني، إلا أن الملاحظة الأساسية التي يمكن تسجيلها في هذا الجانب هي صعوبة معرفة السبب الحقيقي والفعلية لتفشي ظاهرة الفساد الإداري، حيث أنه من الصعب ربط ظاهرة الفساد الإداري في سبب أو عامل محدد أو حتى مجموعة عوامل وأسباب متعددة.

أ- الأسباب السياسية:

يتمثل هذا السبب في محدودية قنوات التأثير غير الرسمية على القرارات الإدارية إضافة إلى ضعف العلاقة ما بين الإدارة والجمهور وانتشار الولاءات الحزبية، كل هذه الحالات يمكن أن تتسبب في بروز ظاهرة الفساد الإداري.²

كما أن استغلال السلطة والنفوذ من أهم الأسباب السياسية المؤدية للفساد الإداري واستغلال السلطة لا يقتصر على المراتب العليا فقط بل يشمل جميع المستويات الإدارية العليا والوسطى والدنيا، وقد يكون النفوذ مستمد من المكانة الاجتماعية أو أسرية للموظف أو مكانته السياسية أو الحزبية أو النقابية وهي جميعا مصادر لا رسمية مهمة لإضفاء الهيبة والجاه في الأوساط الرسمية وغير الرسمية.³

ب- الأسباب الاقتصادية:

¹ - القانون 01-06، المؤرخ في 20 فيفري 2006، المتضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، الصادر بالجريدة الرسمية رقم 14، المؤرخة في 08 مارس 2006.

² - فرييل هنري، الإدارة العامة من منظور مقارن، ترجمة محمود قاسم القريوتي، عمان، ديوان المطبوعات الجامعية، 1985، ص 58.

³ - رقية شويخ، مرجع سابق، ص 08.

يعتبر مشكل الأجور في القطاع العام وارتفاع مستوى المعيشة من الأسباب الرئيسية للفساد الإداري، فضعف المرتب وعدم كفايته لتلبية الحاجيات الضرورية للعيش، شكل بيئة ملائمة لقيام بعض الموظفين بالبحث عن مصادر مالية أخرى بديلة ولو عن طرق الرشوة والغش والتحايل.

إن سوء تسيير الدولة وعدم عدالتها في توزيع الدخل القومي هو الأمر الذي جعل الأموال تتمركز لدى حفنة من الأشخاص الأمر الذي يؤدي إلى الانقسام الطبقي، حيث تصبح الطبقة الغنية أكثر غنى والطبقة الفقيرة أكثر فقراً وهو ما يعبر عنه بعبارة زيادة الغني غنى والفقير فقراً، لذلك سوف يتولد لدى الموظف شعور الحقد والحسد والبغض ويعبر عن هذا الشعور من خلال أخذ الرشاوى، هذا بالإضافة إلى أن ضعف المستوى المادي للوظيفة الحكومية وعدم كفاية نظام الحوافز المادية والمعنوية المعمول بها وإحساسها العاملين في الأجهزة البيروقراطية أن هذه الأجهزة أداة للسيطرة والتسلط وليست لخدمة المجتمع.¹

ج- الأسباب الاجتماعية:

يمكن إجمال أسباب الفساد الإداري من الناحية الاجتماعية فيما يلي:

- ضعف الوعي الاجتماعي.
- تدني المستوى التعليمي والثقافي للأفراد.
- الإهمال في توعية العامة بدور المؤسسة.
- المغالطة والمفاهيم الخاطئة.
- ضعف الوازع الديني والأخلاقي.

د- الأسباب الإدارية والتنظيمية:

يمكن اختصار أهم الأسباب الإدارية والتنظيمية المؤدية إلى الفساد الإداري وإجمالها فيما يلي:

- سوء التنظيم الإداري والبيروقراطية والقيادة الإدارية المتمثلة في تعدد القادة الإداريين وتضارب اختصاصاتهم وأضحخ الجهاز الوظيفي ونقص المهارات السلوكية لدى القادة.
- الإدارة البيروقراطية والمركزية وعدم المشاركة في الإدارة وعدم اعتماد وتطبيق نظرية الإدارة الإلكترونية.
- عدم احترام وقت العمل وعدم تحمل المسؤولية.

هـ- الأسباب القانونية:

وتتمثل فيما يلي:

¹ - نواف سالم كنعان، " الفساد الإداري أسبابه وآثاره ووسائل مكافحته"، مجلة الشريعة والقانون، العدد الثالث والثلاثون، يناير 2008، ص 84.

- سوء صياغة القوانين واللوائح.
- ضعف المساءلة من طرف الأجهزة القانونية.
- عدم تطبيق مبدأ العقاب.
- غياب الرقابة الإدارية.
- غياب قواعد العمل والإجراءات المكتوبة في قطاعات العمل.
- فقدان هيبة القانون في المجتمع.

3- الآثار الناتجة عن ظاهرة الفساد الإداري:

للفساد الإداري آثار وخيمة على الاقتصاد وعلى المجتمع وحتى على الشأن السياسي للدول.

أ- الأسباب السياسية:

حيث يؤدي الفساد الإداري إلى انخفاض مستوى الأداء الحكومي وينشر بين الأوساط أجواء يسودها عدم العدالة ويؤدي بذات الوقت إلى تقويض الشرعية السياسية للدولة ويعبر عن وجود مشكلات عميقة في معاملات الأفراد، مع الدولة إضافة إلى انعدام الوطنية.¹

ب- الآثار الاقتصادية:

يؤدي الفساد الإداري إلى ظهور لوبيات فساد تتمركز الثروة بين أيديهم ليستغلونها في غير صالح المجتمع والدولة، حيث يتم ذلك في حالة سوء توزيع الدخل والثروة من خلال استغلال أصحاب النفوذ لمواقعهم وارتفاع تكاليف التكوين الرأسمالي للمشاريع والإنشاءات والمعدات نظرا لتلقي الرشاوي والعمولات وبالتالي عرقلة مسيرة التنمية.²

ج- الآثار الاجتماعية:

ظاهرة الفساد الإداري تتسبب في عدة آثار سلبية تظهر آثارها على المواطن فيصاب بالإحباط واللامبالاة وعدم الثقة فيصبح بلا هوية، حيث ينتج الفساد الإداري إلى جانب عدم المهنية وفقدان قيمة العمل والتقبل النفسي لفكرة التفریط في الحق العام والشعور بالظلم لدى الغالبية مما يؤدي إلى الاحتقان الاجتماعي.³

¹ - أحمد سليم وآخرون، مؤشر الفساد في الأقطار العربية، لبنان، مركز دراسات الوحدة العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2010، ص101.

² - صلاح الدين فهمي محمود، الفساد الإداري كمعوق للعمليات التنموية الاجتماعية واقتصادية، المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، 1994، ص39.

³ - عمرو صابر، " الفساد الإداري والاقتصادي "، مجلة دراسات اقتصادية، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، العدد 09، 2007، دار الخلدونية، الجزائر، ص 67.

بالإضافة لتولد الحقد والكراهية بين أفراد المجتمع، إلى درجة أن البعض يفكر بالانتقام وأن يأخذ حقه بنفسه ولو أدى إلى القتل والإيذاء، زد على ذلك انتشار الفساد والظلم في المجتمع.

II - انعكاسات الفساد الإداري على عملية التنمية المحلية في الجزائر:

تبرز انعكاسات الفساد على واقع التنمية المحلية في الجزائر من حيث أن القائمين على التنمية المحلية هم من موظفي الإدارات والهيئات المحلية وبالتالي فكلما كان هؤلاء يتمتعون بطابع النزاهة والمصداقية فسوف ينعكس ذلك بطبيعة الحال على أدائهم فيما يخص عملية التنمية المحلية، أما في حالة العكس فسوف تكون عملية التنمية المحلية كعكة يتقاسمها الفاسدون في تلك المجالس وتفرغ مختلف المشاريع التنموية من محتواها ويضرب فيها الفساد أطنابه.

1- فساد المجالس الإدارية المحلية المحرك الرئيسي لعملية التنمية:

لم تكن المجالس الإدارية المحلية ببعيدة عن ظاهرة الفساد الإداري حيث أن الإعتمادات المالية الضخمة التي رصدتها الدولة للتنمية المحلية يبدو أنها أسالت لعاب الكثير من ضعاف النفوس من أعضاء تلك المجالس ولأنها تمثل ركنا هاما من أركان الإدارة المحلية والتنمية في الجزائر فقد أشرفت الهيئات المحلية في الفترة الممتدة من سنة 1999 إلى غاية سنة 2009¹، على برنامج بلدي ضخم قدرت الإعتمادات المالية المرصودة له بـ 6000 مليار دولار²، كما تم إشراك تلك المجالس بقوة في عدة برامج حكومية لمكافحة السكن الهش والذي استفادت منه 145000 أسرة، وبرنامج مكافحة البطالة من خلال إنجاز 103000 محلا تجاريا موجها لتشغيل الشباب العاطل عن العمل ويبدو من خلال التأمل في مختلف الإحصائيات الخاصة بالإعتمادات المالية الموجهة لفائدة البلديات أنه في سنة 2000 كانت توجد حوالي 1200 بلدية تعاني من عجز في ميزانياتها إلا أن ذلك العدد تقلص في سنة 2008 ليصل إلى 500 بلدية ليرتفع مرة أخرى إلى 1207 بلدية تعاني من العجز المالي ويفضل ضخ الصندوق المشترك لضمان البلديات لمبلغ قدره 135 مليار دينار جزائري في سنة 2009 و 15 مليار دينار في سنة 2010 انخفاض العدد لأدنى مستوى حيث وصل عدد البلديات التي تعاني من العجز إلى 12 بلدية فقط³، وهو ما يعكس الجهود الكبيرة التي بذلتها الدولة في الدفع بعملية التنمية المحلية.⁴

¹ - بلال خروفي، " الفساد في المجالس المنتخبة كعائق أمام التنمية المحلية في الجزائر"، المجلة الإفريقية للعلوم السياسية، أطلع عليه يوم 10 ماي 2015، على الساعة 22:00 عبر الرابط التالي: <http://www.maspolitiques.com>.

² - بلال خروفي، الفساد في المجالس المنتخبة كعائق أمام التنمية المحلية في الجزائر، المرجع سابق.

³ - ياسمين بوعلي، تقلص عدد البلديات العاجزة إلى 14 بلدية في 2010 " الجزائر نيوز 23 ماي 2011"، وطنيات ص 05.

⁴ - بلال خروفي، الفساد في المجالس المنتخبة كعائق أمام التنمية المحلية في الجزائر، مرجع سابق.

وإن كانت تلك الأرقام السابقة قد أبرزت الدور الهام للإدارة المحلية في تسيير التنمية المحلية، إلا أن تلك المجالس قد حاد بعض أعضائها عن أداء مهمتهم النبيلة وذلك بكونهم أصبحوا عرضة للفساد الإداري بشتى صوره وهو ما انعكس على العملية التنموية في الدولة، حيث سجل في الفترة الممتدة من سنة 2000 إلى 2007 عدد كبير من القضايا التي أدين فيها أعضاء تلك المجالس من قبل العدالة ولعل تصريح الوزير المنتدب المكلف بالداخلية والجماعات المحلية حينها لسيد دحو ولد قابلية قد وضع العديد من التفاصيل فيما يخص هذا الجانب، حيث قال بأن هناك خلل في تسيير البلديات التي وصلت مديونيتها إلى ما يقارب 116 مليار دينار سنة 2007، إلى جانب تسجيل 368 استقالة من عضوية تلك المجالس¹، بينما بلغت المتابعات القضائية رقما كبيرا حيث بلغ المتابعون في قضايا الفساد من أعضاء تلك المجالس 1648 عضو توبعوا قضائيا منهم 900 أدينهم العدالة بأحكام تراوحت بين الحبس والحبس مع وقف النفاذ، بل وتفيد مختلف الأرقام الواردة عن وجود عدد كبير من الإطارات وموظفي البلديات متابعون قضائيا بسبب تبديد الأموال العمومية ومخالفة قانون الصفقات العمومية ويبلغ عدد هؤلاء 423 موظف من بينهم 16 موظف يشغل منصب أمين عام، ولقد قدرت وزارة الداخلية أن حجم الأموال المنهوبة قدر بـ 348 مليار سنتيم، وذلك من خلال إبرام صفقات مخالفة للتشريع ونهب الأموال والصفقات المشبوهة².

وعليه فإن الفساد في المجالس المحلية بلغ حد الذروة والدليل هو متابعة حوالي 1648 عضو محلي من بين 15839 عضو خلال عهدة واحدة تمتد لـ 05 سنوات فقط³.

أما بالنسبة لأحدث الإحصائيات التي طالعنا بها الصحف هو ما تناولته جريدة الخبر في أحد أعدادها موضحة التالي: " تتابع السلطات القضائية نحو 1423 منتخب محلي بتهم مختلفة، متعلقة بمشاكل سوء التسيير وتبديد الأموال العمومية والأخطاء المهنية. وقد أدين 532 منتخب من بين هؤلاء، بعد أن صدرت في حقهم أحكام قضائية، بينما ينتظر آخرون أن تنظر المحاكم في قضاياهم التي لا تزال قيد التحقيق، كما يوجد 65 "مير" على المستوى الوطني في السجن، فيما تنصدر وهران قائمة الولايات التي يتابع فيها منتخبوها، حيث تتابع العدالة 13 رئيس بلدية من أصل 26 بلدية تنتمي لعاصمة الغرب تليها ولاية تلمسان .

¹ - عبد الرزاق بوالقمح، " نهاية عهدة انتخابية تحت شعار المتابعة القضائية والفساد"، الشروق اليومي، 20 جويلية 2008، الحدث، ص 05.

² - بلال خروفي، الفساد في المجالس المنتخبة كعائق أمام التنمية المحلية في الجزائر، مرجع سابق.

³ - بلال خروفي، " الحوكمة المحلية، ودورها في مكافحة الفساد في المجالس المحلية دراسة حالة الجزائر"، قسم العلوم السياسية، جامعة ورقلة، مذكرة ماجستير غير منشورة، ص 120.

ثلاث سنوات كاملة كانت كافية لعدد من المنتخبين المحليين ببعض ولايات الوطن للتورط في قضايا فساد، فقد حوّل بعضهم البلديات التي وضع فيها مواطنو هذه البلديات تفتهم للدفاع عن مصالحهم والتكفل بانشغالهم، إلى مرتع حقيقي لتحقيق أهداف شخصية بحتة، بل أكثر من ذلك تشير التقارير الأمنية لملفات بعض "الأميار" المتابعين قضائياً وحتى بعض المنتخبين، إلى الاستيلاء على عقارات بطرق ملتوية وخطيرة، بعض هذه العقارات تابعة لمناطق التوسع السياحي، كما حدث بمنطقة "الكورنيش الوهراني" التي يوجد فيها أغلب رؤساء بلدياتها وحتى منتخبها رهن المتابعات والتدقيقات القضائية، وكذا الحال بالنسبة لبعض بلديات ولاية تلمسان.

أما العاصمة فلا تشغل هذه المرة حيزاً كبيراً في قائمة البلديات التي يتابع فيها بشكل كبير منتخبوها المحليون، حيث يوجد 124 منتخب محلي متابعون عبر 54 بلدية بها، أغلبها تتعلق بقضايا التزوير واستعمال المزور في محررات رسمية، حيث تقلص عدد القضايا المتعلقة بالرشاوى والفساد، غير أن الجهات القضائية بالعاصمة مازالت تنظر في قضايا المنتخبين للعهد الانتخابية السابقة.

وتشير الأرقام التي تحصلت عليها "الخبر" من مصادرها أيضاً وجود رئيس بلدية بولاية البلدية رهن الحبس المؤقت، ووجود 23 منتخبا محليا متابعون في قضايا مختلفة. أما ولايات الشرق فتحصي أيضاً تسجيل حالات فساد للمنتخبين المحليين، بحيث يوجد 425 منتخب محلي رهن التحقيقات القضائية، يضاف إليهم وجود نحو 12 رئيس بلدية رهن المتابعة.

وتشير الأرقام أيضاً إلى متابعة نحو 345 منتخب محلي بولايات الجنوب بتهم مختلفة لا تتعلق أغلبها بالتسيير وإنما في قضايا متشعبة.

ولم تستبعد ذات المصادر أن يرتفع عدد المتابعات القضائية ضد المنتخبين المحليين قبل عامين فقط من انتهاء هذه العهد الانتخابية التي تشرف على عامها الثالث.

في ذات السياق كشفت مصادرنا أن 10 بالمائة من بين 26 ألف منتخب يشكلون المجالس الشعبية البلدية والولائية لم يصرحوا بأموالهم، بالرغم من إلحاح قانون مكافحة الفساد في مادته رقم 06-01 لـ 20 فيفري 2006 على ضرورة تصريح جميع المنتخبين بممتلكاتهم¹.

¹ - مراد محامد، جريدة الخبر، يوم 03 ماي 2015، على الساعة 22:32 دقيقة عبر الرابط: <http://www.elkhabar.com>

2- آثار ظاهرة الفساد الإداري على عملية التنمية المحلية:

لعل ما يمكن الاستشهاد به في هذا الجانب هو تقرير منظمة النزاهة الدولية، مطلع سنة 2011 والذي تضمن أرقام خيالية حيث الرشوة والفساد والتهرب الضريبي إلى جانب العمليات المالية المشبوهة جعلت الجزائر تدفع الثمن غالبا إذ استطاع أرباب الفساد في الجزائر من تهريب حوالي 13.6 مليار دولار وهو ما يعادل 97920 مليار سنتيم خلال الفترة الممتدة من سنة 2000 إلى 2008 بمعدل 1.7 مليار دولار سنويا¹.

وقالت المنظمة في تقريرها بأن الدولة الجزائرية تتكبد خسائر فادحة بسبب الفساد والرشوة وعمليات حسابية بسيطة يمكن القول أن مبلغ 13.6 مليار دولار الذي تم تهريبه خارج الجزائر في الفترة من 2000 إلى 2008 لو تم استثماره محليا فسوف يساهم في بناء حوالي 652800 مسكن على أساس سعر 150 مليون سنتيم لكل مسكن على أساس السعر الذي حددته الحكومة للتكلفة الإجمالية للبناء وفي حالة تمكنت الحكومة من التحكم الجيد في أسعار الإنجاز وتخفيضها إلى 100 مليون سنتيم للمسكن الواحد فإن المبلغ سوف يسمح ببناء 979200 مسكن وبالتالي حل مشكل السكن في الجزائر والذي تسبب في عدم الاستقرار الاجتماعي والسياسي وحتى الاقتصادي في الجزائر.²

واستمر التقرير في القول أن تلك المبالغ التي هربت خارج الجزائر لا تتضمن الرشاوى التي تدفع في الخارج من قبل الشركات الأجنبية لبعض المسؤولين في مقابل الحصول على صفقات عمومية، أو المبالغ التي يتفق بشأنها قبل فواترة السلع والخدمات المستوردة من الخارج الأمر الذي يتسبب في تهريب المال العام تحت غطاء شبه شرعي وهو عمليات الاستيراد³ والتي قدرها الخبير المالي الجزائري نور الدين لغيليل بحوالي 20% من فاتورة الواردات السنوية⁴، كما لا يتضمن المبلغ أيضا قيمة التحويلات السنوية التي تقوم بها الشركات الأجنبية العاملة بالجزائر، في شكل أرباح سنوية والتي تجاوزت 11 مليار دولار⁵.

وحذرت المنظمة الحكومة الجزائرية التي تعاني من الظاهرة من مغبة التكلفة الاقتصادية والاجتماعية المزدوجة التي تتحملها الخزينة العمومية والشرائح الأكثر فقرا وهشاشة مشددة على أن حوالي 65%

¹ - بلال خروفي، الفساد في المجالس المنتخبة كعائق أمام التنمية المحلية في الجزائر، مرجع سابق.

² - بلال خروفي، الفساد في المجالس المنتخبة كعائق أمام التنمية المحلية في الجزائر، نفس المرجع.

³ - بلال خروفي، الفساد في المجالس المنتخبة كعائق أمام التنمية المحلية في الجزائر، نفس المرجع.

⁴ - بلال خروفي، الفساد في المجالس المنتخبة كعائق أمام التنمية المحلية في الجزائر، نفس المرجع.

⁵ - بلال خروفي، الفساد في المجالس المنتخبة كعائق أمام التنمية المحلية في الجزائر، نفس المرجع.

من تلك الأموال المهربة إلى الخارج هي من التلاعب والغش الضريبي وتضخيم عمليات الفوترة في المعاملات التجارية الدولية، ما ينجم عنه أيضا خسائر في المداخيل الجبائية.¹

3- بعض صور الفساد الإداري في التنمية المحلية:

يمكن القول أن هناك مجموعة من الصور التي تعبر عن ظاهرة الفساد الإداري وتلك الصور هي متداخلة ومتشابهة في كثير من الأحيان وتمثل في:²

أ- الرشوة: تعتبر الرشوة أكبر عائق أمام تنفيذ سياسات التنمية المحلية في الجزائر حيث يتم من خلالها تلقي عمولات وفوائد مقابل تنفيذ عمل مخالف لأصول المهنة فمثلا قيام عضو في مجلس محلي بتلقي عملة مقابل إرساء صفقة محلية على أحد الأشخاص دون استحقاقه لذلك.

ب- المحسوبية: تعتبر المحسوبية إحدى صور الفساد الإداري المعيق لعملية التنمية المحلية وهي من أبرز الصور بعد الرشوة حيث تكثر المحاباة في المجالس المحلية ومن خلالها يتم توزيع المشاريع التنموية و الصفقات العمومية على المعارف والأقرباء واستبعاد الأشخاص الأكفاء.

ج- الواسطة: لا تقل الواسطة عن غيرها من صور الفساد الإداري حيث تعني التدخل لصالح فرد ما أو جماعة دون الالتزام بأصول العمل والكفاءة اللازمة مثل تعيين شخص في منصب معين لأسباب تتعلق بالقرابة أو الانتماء الحزبي رغم كونه غير كفء وهي منتشرة كثيرا في العالم العربي.

د- نهب المال العام: تبدو هذه الصورة الأكثر وحشية ضمن صور الفساد الإداري ومفادها قيام أعضاء المجالس المحلية بنهب الأموال العمومية وذلك تحت مسميات مختلفة وعنوانين متنوعة فهذا يقوم بالتعاقد مع نفسه تحت سجلات تجارية وهمية أو التكفل بتنفيذ مختلف المشاريع التنموية دون المرور عبد الإجراءات القانونية العادية.

هـ - الابتزاز: ويعني الحصول على أموال الدولة والتصرف بها من غير وجه حق بشكل سري تحت مسميات مختلفة.

¹ - عبد الوهاب بوكروح، تهريب 97920 مليار سنتيم بطريقة غير مشروعة منذ سنة 2000، الشروق اليومي 14 فيفري 2011، الحدث ص 03.

² - 12 أحمد ابو دية، الفساد: أسبابه وطرق مكافحته، منشورات الائتلاف من أجل النزاهة والمساءلة، عمان، 2004، ص 3

III- سبل حماية سياسات التنمية المحلية من مظاهر الفساد الإداري:

تتنوع سبل وآليات حماية مشاريع التنمية المحلية من الفساد الإداري بالجزائر فمنها ما تتكفل به هيئات ومؤسسات بعينها ومنها ما هو قانوني ومنها ما هو إداري ووظيفي يعنى بإصلاح منظومة الإدارة المحلية في الجزائر المحرك الأول لعملية التنمية المحلية.

1- الحوكمة المحلية كآلية لحماية التنمية المحلية من الفساد الإداري:

الحوكمة المحلية هي استخدام السلطة السياسية وممارسة الرقابة على المجتمع المحلي من أجل تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية.

ويوضح لنا الإعلان الذي صدر عن مؤتمر الإتحاد الدولي لإدارة المدن الذي عقد في صوفيا في ديسمبر 1996، عناصر الحوكمة المحلية الرشيدة على النحو التالي:¹

- لا مركزية مالية وموارد كافية للقيام بتلك الأنشطة على المستوى المحلي.
 - مشاركة حقيقية للمواطن في صنع القرار المحلي.
 - تهيئة الظروف التي من شأنها خصخصة الاقتصاد المحلي.
- وتتميز الحوكمة المحلية الرشيدة بما يلي:

أ- المشاركة: تعني المشاركة تهيئة السبل والآليات المناسبة للمواطنين المحليين كأفراد وجماعات من أجل المساهمة في عمليات صنع القرارات، إما بطريقة مباشرة أو من خلال المجالس المحلية المنتخبة تعبر عن مصالحهم وعن طريق تسهيل التحديد المحلي للقضايا والمشكلات، وفي إطار التنافس على الوظائف العامة حيث يتمكن المواطن من المشاركة في الانتخابات واختيار الممثلين في مختلف مستويات الحكم، ويمكن أن تعني المشاركة أيضا المزيد من الثقة وقبول القرارات السياسية من جانب المواطنين الأمر الذي يعني زيادة الخبرات المحلية.

ب- المساءلة: يخضع صانع القرار في المجالس المحلية لمسائلة المواطنين والأطراف الأخرى ذات العلاقة في عملية التنمية المحلية.

ج- الشرعية: قبول المواطن المحلي لسلطة هؤلاء الذين يحوزون القوة داخل المجتمع ويمارسونها في إطار قواعد وعمليات وإجراءات مقبولة وأن تسند إلى حكم القانون والعدالة وذلك بتوفير فرص متساوية للجميع.

¹ - بومدين طاشمة، " الحكم الرشيد ومشكلة بناء قدرات الإدارة المحلية في الجزائر"، مجلة التواصل العدد 26، جوان 2010، ص

د- الكفاءة والفعالية: يعبر هذا العنصر عن البعد الفني لأسلوب النظام المحلي ويعني قدرة الأجهزة المحلية على تحويل الموارد إلى برامج وخطط ومشاريع تلي احتياجات المواطنين المحليين وتعبر عن أولوياتهم مع تحقيق نتائج أفضل وتنظيم الاستفادة من الموارد المتاحة.

ه- الشفافية: إتاحة تدفق المعلومات وسهولة الحصول عليها لجميع الأطراف في المجتمع المحلي، ومن شأن ذلك توفير الفرصة للحكم على مدى فعالية الأجهزة المحلية، وكذلك تعزيز قدرة المواطن المحلي على المشاركة، كما أن مساءلة الأجهزة المحلية مرهون بقدر المعلومات المتاحة حول القوانين والإجراءات ونتائج الأعمال.

و- الاستجابة: أن تسعى الأجهزة المحلية إلى خدمة جميع الأطراف المعنية، والاستجابة لمطالبها خاصة الفقراء والمهمشين، وترتبط الاستجابة بدرجة المساءلة التي تستند بدورها على درجة الشفافية وتوافر الثقة بين الأجهزة المحلية والمواطن المحلي.¹

2- سياسة التجريم والعقاب لأفعال الفساد الإداري:

نص المشرع الجزائري على تجريم مختلف صور الفساد الإداري في القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته وتتمثل أهم تلك الصور في الجرائم التالية:

أ- جريمة المحاباة في الصفقات العمومية:

هو الفعل المنصوص والمعاقب عليه بموجب المادة 26-01 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته التي حلت محل المادة 128 مكرر الفقرة 01 من ق.ع.ج. الملغاة².

ويطلق المشرع الجزائري على هذه الجريمة بـ "جنحة إعطاء امتيازات غير مبررة للغير"، عند إبرام أو تأشير أو مراجعة صفقة عمومية، وهي التي تعرف فقها بـ جنحة المحاباة، حيث عاجلها المشرع الجزائري في المادة 26 الفقرة الأولى من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته بقولها: " يعاقب بالحبس من سنتين (02) إلى عشر (10) سنوات، وبغرامة من 200.000 إلى 1.000.000 دج:

1 - كل موظف عمومي يقوم بإبرام عقد، أو يآشر أو يراجع عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحقا، مخالفاً بذلك الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير".

¹ - حسن العلواني، " اللامركزية في الدول النامية من منظور أسلوب الحكم المحلي الراشد"، في كتاب مصطفى كامل السيد، الحكم الراشد والتنمية في مصر، القاهرة، مركز دراسات وبحوث الدول النامية، 2006، ص78.

² - أحسن بوسقيعة، "الوجيز في القانون الجنائي الخاص، جرائم المال والأعمال وجرائم التزوير"، الجزء الثاني، الطبعة التاسعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص111.

ب- الرشوة السلبية: (جريمة المرتشي):

هي الجريمة المنصوص والمعاقب عليها في المادة 25-02 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته والتي حلت محل المادة 126 و 127 من قانون العقوبات الجزائري الملغاة، ويعدّ مرتكبًا لجريمة الرشوة السلبية أعلاه: " كل موظف عمومي طلب أو قبل بشكل مباشر مزية غير مستحقة، سواء لنفسه أو لصالح شخص آخر، أو كيان آخر لأداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل من واجباته " .

ج- الرشوة الإيجابية (جريمة الراشي):

نصّ عليها المشرّع الجزائري في المادة 25-01 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، بعدما كان ينصّ عليها في المادة 129 من قانون العقوبات الجزائري. الملغاة.

وتجدر الإشارة إلى أنّ جريمة الرشوة الإيجابية لا تقتضي صفة معيّنة في الجاني عكس جريمة الرشوة السلبية التي تفترض في الجاني صفة معيّنة، وهي صفة الموظف العمومي الذي يقوم بالتجارة بوظيفته.

حيث تنصّ المادة 25 في فقرتها الأولى من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على: " يعاقب... كل من وعد موظفًا عموميًا بمزية غير مستحقة أو عرضها عليه أو منحه إيّاها بشكل مباشر أو غير مباشر، سواء كان ذلك لصالح الموظف نفسه أو لصالح شخص آخر أو كيان آخر، لكي يقوم بأداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل من واجباته " .

ويتحقق الركن المادي لهذه الجريمة في حالة ما إذا قام الراشي بوعد الموظف العمومي بمزية غير مستحقة أو عرضها عليه أو منحه إيّاها مقابل قيامه بأداء عمل من أعمال وظيفته أو الامتناع عنه¹.

العقوبات المقررة للشخص لجريمة الرشوة (الإيجابية والسلبية):

يعاقب على جريمة الرشوة في صورتها السلبية والإيجابية بالحبس من (02) سنتين إلى (10) عشر سنوات، وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج².

¹ - زولبخة زوزو ، " جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد "، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2011/2012، ص 106.

² - المادة 25 من القانون رقم 06-01، المؤرخ في 20/02/2006، سابق الإشارة له.

وينص المشرع الجزائري على أنه في حالة الإدانة بجريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، يمكن للجهة القضائية أن تعاقب الجاني بعقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات الجزائري.

وهي ذات العقوبات التكميلية الإلزامية والاختيارية المنصوص عليها في المادة 9 مكرر و 9 مكرر 1 من قانون العقوبات الجزائري.

د- جريمة قبض العملات من الصفقات العمومية:

جريمة قبض العملات التي نصّ عليها المشرع الجزائري في المادة 27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته والتي تنص على مايلي: " يعاقب بالحبس من عشر(10) سنوات إلى عشرين(20) سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج كل موظف عمومي يقبض أو يحاول أن يقبض لنفسه أو لغيره، بصفة مباشرة، أجرة أو منفعة مهما يكن نوعها بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري أو المؤسسات العمومية الاقتصادية"¹.

ويطلق على هذه الجريمة تسمية "قبض العملات من الصفقات العمومية"، وهي التي كان ينصّ عليها في المادة 128 مكرر 1 من قانون العقوبات الجزائري الملغاة بموجب قانون الوقاية من الفساد ومكافحته. وتعتبر من جرائم المتاجرة بالوظيفة.

ه- جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية:

نصّت على هذه الجريمة المادة 35 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على أنه: " يعاقب بالحبس من سنتين (02) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج كل موظف عمومي يأخذ أو يتلقى إما مباشرة وإما بعقد صوري وإما عن طريق شخص آخر، فوائد من العقود أو المزايدات أو المناقصات أو المقاولات أو المؤسسات التي يكون وقت ارتكاب الفعل مديراً لها أو مشرفاً عليها بصفة كلية أو جزئية، وكذلك من يكون مكلفاً بأن يصدر إذناً بالدفع في عملية ما أو مكلفاً بتصفية أمر ما ويأخذ منه فوائد أياً كانت".

¹ - المادة 27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته 06-01.

وقد حلت هذه المادة محل المواد 123 و124 و125 من قانون العقوبات الجزائري الملغاة، ويطلق عليها المشرع الفرنسي اسم "جريمة التدخّل"، أمّا المشرع المصري فيسمّيها بـ"جريمة الترتيح"، بالإضافة إلى المشرع الأردني الذي يسمّيها بـ"جريمة استثمار الوظيفة"¹.

3- دور الهيئات المتخصصة في مكافحة ظاهرة الفساد الإداري

فرضت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد بموجب المادة 06 منها على جميع الدول المنضوية تحت لوائها بضرورة إنشاء هيئة لمنع الفساد ومكافحته، وتنفيذاً لهذا الالتزام عمدت الجزائر إلى إصدار القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم والذي نصّ في بابه الثالث على تنصيب الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد.

غير أنّه وتدعيماً للجهود الرامية إلى مكافحة الفساد وتعزيز آليات المحافظة على المال العام وبالنظر إلى الطبيعة الوقائية التي غلبت على الهيئة التي أنشأت بموجب قانون الوقاية من الفساد ومكافحته قام المشرع بإصدار الأمر: 05/10² المتمم ل قانون الوقاية من الفساد ومكافحته والذي بموجبه تمّ تدعيم الترسنة المؤسساتية لمكافحة الفساد بجهاز ثاني هو الديوان الوطني لقمع الفساد وهو أداة عملياتية للبحث ومعاينة جرائم الفساد.

وباستحداث الديوان الوطني لقمع الفساد يكون المشرع قد قضى على النقائص التي كانت تعترى سياسة مكافحة الفساد في ظل القانون رقم 01/06 وبالتالي اتضحت معالم وحدود اختصاص كل من الهيئة والديوان الوطني.³

أولاً: الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته

بعد قيام الجزائر بالمصادقة على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، أصدر المشرع الجزائري القانون رقم 01/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، حيث نصّ هذا القانون على إنشاء جهاز من نوع خاص وهو الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، في بابه الرابع ابتداءً من المادة 17 إلى 24، مبرزاً نظامها القانوني من حيث الهيكل والتسيير والصلاحيات.

¹ - عبد العالي حاحة، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، السنة الجامعية 2012/2013، ص118.

² - الأمر رقم 05/10، المؤرخ في 02/08/2010، المعدل والمتمم لقانون الوقاية من الفساد ومكافحته 01/06، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 50، لسنة 2010.

³ - عبد العالي حاحة، المرجع السابق، ص483.

تقييم دور الهيئة في مكافحة ظاهرة الفساد الإداري

منح المشرّع كثير من الصلاحيات كما رأينا سابقاً قصد تنفيذ الإستراتيجية الوطنية في مجال مكافحة الصفقات العمومية والتساؤل المطروح في هذا المجال: هو ما مدى فعالية الهيئة في مكافحة جرائم الصفقات العمومية في ضوء الصلاحيات والمهام المنوطة بها؟:

يتضح لنا أنّ أغلبية الصلاحيات المعطاة للهيئة هي ذات طابع وقائي وتحسيني، هذا بالإضافة إلى محدودية الدور الرقابي لها كما أنّ سلطة الهيئة في تحريك الدعوى العمومية في حالة معارضة إحدى جرائم الفساد مقيّدة إلى حد بعيد.

وكخلاصة لذلك نقول أنّ المتأمل للإحصائيات المتعلقة بالفساد وبالأخص جرائم الفساد الإداري، يلاحظ أنّها في تزايد مستمر بالرغم من الآليات والمساعدات والمجهودات الكبيرة التي بدلت في هذا الشأن، فقد فشل المشرّع بعض الشيء في إنشاء هذه الهيئة، فهو وإن أنشأها لغاية مكافحة الفساد إلاّ أنّه لم يمنحها الاستقلالية الكافية لأداء مهامها على أكبر قدر ممكن، بل جعل نشاطها حصرياً ينصب على بعض الهيئات والمؤسسات المحدودة.

وما يبرهن ذلك هو الفضائح التي تطالنا بها كل يوم مختلف الصحف الجزائرية عن قضايا الفساد، ممّا يثبت أنّ الهيئة لا تقوم بعملها كما ينبغي لها، بل تمارس سياسة الكيل بمكيالين اتجاه جرائم الفساد المرتكبة من طرف بعض المسؤولين الكبار في الدولة، وأغلب قضايا الفساد في الإدارات المحلية لم تقم الهيئة باكتشافها وإنما اكتشفت من طرف هيئات أجنبية مثل فضيحة الطريق السيار شرق غرب وفضيحة صفقات سونطراك المشبوهة بالإضافة إلى قضية سييام الإيطالية وقضية صيد التونة، وكذلك لم تقم الهيئة بدورها في طلب الوثائق اللازمة في القضايا المتعلقة بالفساد في الإدارات المحلية من أجل التحقيق فيها، بل ذهبت الهيئة إلى أبعد من ذلك من خلال عدم إصدارها للتقرير الذي كان من المفترض أن تقوم بإعداده عن طريق رئيسها لكشف حالة الفساد في الدولة وكذا تقييم دورها في مكافحته مما يوحي أنّ الإرادة الحقيقية لمكافحة الفساد ليست متوقّرة لدى هذه الهيئة، وكتقييم مجمل يمكن أن نسرد هذه الملاحظات التي توصلنا إليها من خلال دراستنا لهذه الهيئة.

1- غلبة الطابع الاستشاري والتحسيني على مهام الهيئة

2- محدودية الدور الرقابي للهيئة

3- تقييد سلطة الهيئة في تحريك الدعوى العمومية

ثانياً: الديوان المركزي لقمع الفساد

استحدث الديوان تنفيذاً لتعليمه رئيس الجمهورية رقم 03 المتعلقة بتفعيل مكافحة الفساد المؤرّحة في 13 سبتمبر 2009 والتي تضمّنت وجوب تعزيز آليات مكافحة الفساد ودعمها وهذا على الصعيدين

المؤسساتي والعملياني، وأهم ما نصّت عليه في المجال المؤسساتي هو ضرورة تعزيز مسعى الدولة بإحداث ديوان مركزي لقمع الفساد بصفته أداة عمليانية تتضافر في إطارها الجهود للتصدي قانونياً لأعمال الفساد الإجرامية وردعها، وهذا ما تأكّد بصدور الأمر رقم 05/01 المؤرخ في 26 أوت 2010 المتمم للقانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته و الذي أضاف الباب الثالث مكرّر والذي بموجبه تمّ إنشاء الديوان المركزي لقمع الفساد، غير أنّه أحال إلى التنظيم فيما يخص تحديد تشكيلة الديوان وتنظيمه وكيفيات سيره.

وقد صدر هذا التنظيم بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 1426/11 المؤرخ في 08 ديسمبر 2011 الذي يحدّد تشكيلة الديوان المركزي لقمع الفساد وتنظيمه وكيفيات سيره.

01: الطبيعة القانونية للديوان المركزي لقمع الفساد

لم يحدّد الأمر رقم 05/10 المتمم ل قانون الوقاية من الفساد ومكافحته رقم: 01/06 الطبيعة القانونية للديوان وإنما أحال ذلك على التنظيم، هذا الأخير وبخلاف الأمر السابق ذكره، حدّد بدقة طبيعة الديوان، حيث خصّص المرسوم الرئاسي رقم 426/11 المحدّد لتشكيلة الديوان وتنظيمه و كيفيات سيره في الفصل الأول منه (المواد 02،03،04) لتبيان طبيعة الديوان وخصائصه.

وبالرجوع إلى المواد 02 و 03 و 04 من هذا المرسوم فإننا نستنتج أنّ الديوان هو آلية مؤسساتية أنشئت خصيصاً لقمع الفساد تتميز بجملة من الخصائص تميزها عن الهيئة وتساهم في بلورة طبيعتها القانونية وتحديد دورها في مكافحة الفساد وتمثّل هذه الميزات فيما يلي:

- الديوان مصلحة مركزية عمليانية للشرطة القضائية.

- تبعية الديوان لوزير المالية.

- عدم تمتع الديوان بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي.

02: تشكيل وتنظيم الديوان المركزي لقمع الفساد

لم يحدّد الأمر رقم 05/10 المتمم للقانون رقم 01/06 تشكيلة الديوان وتنظيمه وكيفية سيره، وإنما ترك ذلك للتنظيم حيث نصّ في الفقرة الثانية من المادة 24 مكرّر من الأمر المذكور أعلاه: " يحدّد تشكيلة الديوان وتنظيمه وكيفيات سيره عن طريق التنظيم ".

هذا وقد صدر المرسوم الرئاسي رقم: 426/11 المؤرخ في 08/12/2011، الذي يحدّد تشكيلة الديوان وتنظيمه وهذا كما يلي:

¹ - المرسوم الرئاسي رقم 426/11 المؤرخ في 08 ديسمبر 2011 الذي يحدّد تشكيلة الديوان المركزي لقمع الفساد وتنظيمه وكيفيات سيره، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد68، 2011.

أ- تشكيلة الديوان:

حدّد المشرّع تشكيلة الديوان في الفصل الثاني من المرسوم الرئاسي رقم: 426/11 وهذا في المواد من 06 إلى 09 منه، وحسب المادة 06 منه يتشكل الديوان من:

- 1- ضباط وأعوان الشرطة القضائية التابعة لوزارة الدفاع الوطني،
 - 2- ضباط وأعوان الشرطة القضائية التابعة لوزارة الداخلية والجماعات المحليّة،
 - 3- أعوان عموميين ذوي كفاءات أكيدة في مجال مكافحة الفساد.
- هذا بالإضافة إلى تدعيم الديوان بمستخدمين للدعم التقني والإداري.
- بالإضافة كذلك إلى أنّ المادة 09 من المرسوم المذكور أعلاه نصّت على أنّه يمكن للديوان أن يستعين بكل خبير أو مكتب استشاري أو مؤسسة ذات كفاءات أكيدة في مجال مكافحة الفساد.

والجدير بالذكر أنّ المشرّع الجزائري لم يتبنّى نظام العهدة بالنسبة لأعضاء الديوان ومستخدميه كما هو الحال بالنسبة للهيئة، كما أنّه لم يحدّد أيضاً مدّة تعيين المستخدمين فهل هي لمدّة محدّدة أم غير محدّدة، أمّا عدد ضباط وأعوان الشرطة القضائية والموظفين الموضوعين تحت تصرّف الديوان فيتحّدّد بموجب قرار مشترك بين وزير المالية والوزير المعني.¹

ب: دور الديوان في مكافحة ظاهرة الفساد الإداري

أنشأ المشرّع الديوان بموجب الأمر رقم 05/10 ومنحه سلطة البحث والتحري عن جرائم الصفقات العمومية وهذا ما أكدته المادة 24 مكرّر منه.

صلاحيات الديوان المركزي لقمع الفساد تتمثل فيما يلي:

- جمع كل معلومة تسمح بالكشف عن أفعال الفساد ومكافحتها ومركزة ذلك واستغلاله.
- جمع الأدلّة والقيام بتحقيقات في وقائع الفساد وإحالة مرتكبيها للمثول أمام الجهة القضائية المختصة وهذه النقطة تعتبر من أهم عناصر الاختلاف بين الهيئة والديوان، حيث أنّ الهيئة كما أسلفنا سابقاً ليس لديها الحق تحريك الدعوى العمومية مباشرة وإتّما يتم ذلك عن طريق وزير العدل بإحالة الملف له، عكس الديوان الذي يقوم مباشرة بتحريك الدعوى العموميّة وإحالة الشخص المتّهم أمام القضاء.

- تطوير التعاون والتساند مع هيئات مكافحة الفساد وتبادل المعلومات بمناسبة التحقيقات الجارية، ويظهر في هذا العنصر جلياً مظهر التعاون الدولي وخاصّة مع منظمة الشرطة الجنائية الدولية (الأنتربول) من خلال تبادل المعلومات معها وذلك من أجل تتبّع جرائم الفساد الإداري التي عادة ما يتم تهريب عائداتها الإجراميّة إلى خارج الدولة.

¹ - المادة 08 من المرسوم الرئاسي رقم: 426/11.

- اقتراح كل إجراء من شأنه المحافظة على حسن سير التحريات التي يتولاها على السلطات المختصة.¹

04: دور مؤسسات الرقابة الماليّة في مكافحة ظاهرة الفساد الإداري

لا يقل دور أجهزة الرقابة الماليّة أهميّة عن هيئات الرقابة الإداريّة في مكافحة ظاهرة الفساد الإداري باعتبار أنّ هذه الأخيرة لها شقاً مالياً يجب مكافحته، ويقصد بالرقابة المالية: " الرقابة التي تستهدف ضمان سلامة التصرفات المالية والكشف الكامل عن الانحرافات و مدى مطابقتها للتصرفات المالية مع القوانين والقواعد النافذة...".²

أما صور الرقابة المالية فهي متعدّدة منها الرقابة المالية السابقة، والرقابة المالية المعاصرة للتّنفيد وكذا الرقابة المالية اللاحقة، كما تقسم الرقابة المالية إلى رقابة ماليّة خارجيّة وأخرى رقابة ماليّة داخلية، ولتعدّد صور الرقابة واختلافها سنركّز دراستنا في مجال الرقابة الماليّة على كل من المراقبة الماليّة والمفتشيّة العامة للماليّة ومجلس المحاسبة.

أولاً: الرقابة الماليّة

المراقب المالي هو موظّف تابع لوزارة الماليّة ويتم تعيينه بموجب قرار وزاري يمضيه الوزير المكلف بالماليّة، تمارس الرقابة السابقة الملتزم بها من طرف المراقبين الماليين، ورغم اعتبارها من أنواع الرقابة السابقة، إلاّ أنّه تباشر عملياً عند البدء في تنفيذ الميزانيّة، والقيام بمختلف التصرفات الماليّة، وأثناء مرحلة الالتزام تحديداً. وتعتبر رقابة خاصّة بالنفقات، فهي تهدف إلى احترام شرعيّة النفقات الملتزم بها، وبذلك تستبعد جميع الإيرادات من مجال تطبيق هذه الرقابة، خلافاً لرقابة المحاسب العمومي.

ولقد نصّت المادة 2/165 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07/10/2010 المتضمّن تنظيم الصفقات العموميّة المعدّل والمتمّم بالمرسوم الرئاسي 13-10 المؤرخ في 13/01/2013 على أنّه: " يمكن أن تكون التأشير مرفقة بتحفظات موقفة، وتكون التحفظات موقفة عندما تتصل بموضوع الصفقة، وتكون التحفظات غير موقفة عندما تتصل بشكل الصفقة.

وتعرض المصلحة المتعاقدة مشروع الصفقة بعد أن تكون قد رفعت التحفظات المحتملة المرافقة للتأشير التي تسلّمها هيئة الرقابة الخارجيّة القبليّة المختصة، على الهيئات الماليّة لكي تلتزم بالنفقات قبل موافقة السلطة المختصة عليها والبدء في تنفيذها"، وهو ما يعني الرقابة المسبقة للنفقات الملتزم بها التي يتولاها المراقب المالي.

¹ - المادة 05 من المرسوم الرئاسي، رقم 426/11، سابق الإشارة إليه.

² - أحمد أبو دية وآخرون، نظام النزاهة العربي في مواجهة الفساد، منظمّة الشفافية الدوليّة، المركز اللبناني للدراسات، مطبعة تكنوبرس، بيروت، بدون تاريخ نشر، ص80.

أما بالنسبة لمشاريع الصفقات العمومية باعتبارها أكثر عرضة لظاهرة الفساد الإداري، فقد وضع لها أحكام خاصة، بحيث تعتبر التأشيرة الممنوحة من طرف لجنة الصفقات العمومية المختصة إلزامية على المراقب المالي بعد تأكده مما يلي:

- توفر ترخيص البرنامج أو الاعتمادات المالية.
 - تخصيص النفقة.
 - مطابقة مبلغ الالتزام للعناصر المبينة في مشروع الصفقة.
 - صفة الأمر بالصرف.
- وإذا ما لاحظ المراقب المالي وجود نقائص بعد تأشيرته على مشروع الصفقة، يتعين عليه تبليغ كل من وزير المالية، ورئيس لجنة الصفقات المختصة بالأمر بالصرف.¹

ثانياً: دور المفتشية العامة للمالية في الكشف عن جرائم الصفقات العمومية

قبل توقيع الجزاء اللازم على المعتدين على نزاهة وشفافية الصفقات العمومية، تتدخل عدّة جهات بغرض الكشف والتحري عن وجود الصفقات المشبوهة، فنجد المفتشية العامة للمالية كهيئة إدارية، حيث تعتبر جهاز رقابي دائم يمارس رقابة بعدية ولاحقة تكون بعد تنفيذ الميزانية المحلية، على أساس برنامج عمل يحدّد منذ البداية.

تعرف المفتشية العامة للمالية، بأهمّ جهاز إداري يهتم بفحص ومراجعة التسيير المالي والمحاسبي لمصالح الدولة والجماعات المحلية وكل المؤسسات الثقافية والاجتماعية المستفيدة من مساعدات الدولة وللأجهزة الخاضعة لقواعد المحاسبة العمومية.²

بالإضافة إلى هذا فإنّ القانون قد أهلّ المفتشية العامة للمالية بالتقويم الاقتصادي للمؤسسات العمومية الاقتصادية وهذا بناءً على طلب من السلطات والهيئات المؤهلة قانوناً.³

نجد أنّ المشرّع كذلك قد أعطى للمفتشية العامة للمالية سلطة البحث والتحري والكشف عن وجود الصفقات المشبوهة، وهذا من خلال فحص الصفقة من ناحيتين: من الناحية الشكلية ومن الناحية الموضوعية.

¹ - المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 09-374 المؤرخ في: 16 نوفمبر 2009، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 67، لسنة 2009، المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 92-414، المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، المؤرخ في: 14 نوفمبر 1992، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 82، لسنة 1992.

² - المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 92-78 المؤرخ في 22 فبراير 1992 يحدد اختصاصات المفتشية العامة للمالية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 15، المؤرخة بتاريخ 24 فيفري 1992.

³ - المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 92-79 المؤرخ في 22 فبراير 1992، يؤهل المفتشية العامة للمالية للتقويم الاقتصادي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 15، المؤرخة بتاريخ 26 فبراير 1992.

ثالثاً: دور مجلس المحاسبة في مكافحة جرائم الصفقات العمومية

أحدث لأول مرة بموجب القانون رقم 80-05¹ المؤرخ في 01-03-1980 المتعلق بممارسة وظيفة المراقبة من طرف مجلس المحاسبة، ثم تمت مراجعته بموجب القانون رقم 90-32 المؤرخ في 04-12-1990 المتعلق بمجلس المحاسبة وسيره، والذي تمت مراجعته هو الآخر، بموجب الأمر رقم 95-20² المؤرخ في 17-07-1995، المتعلق بمجلس المحاسبة، قبل أن يتم تعديله مؤخراً بموجب الأمر رقم 10-02 المؤرخ في 26-08-2010، المعدل والمتمم للأمر رقم 95-20³ المؤرخ في 17-07-1995 والمتعلق بمجلس المحاسبة.

ولقد أشار الدستور الجزائري إلى مجلس المحاسبة في الفصل الأول من الباب الثالث المعنون بالرقابة والمؤسسات الاستشارية، حيث جاء في المادة 170 منه: " يؤسس مجلس محاسبة يكلف بالرقابة البعدية لأموال الدولة والجماعات الإقليمية والمرفق العام.

يعدّ مجلس المحاسبة تقريراً سنوياً يرفعه إلى رئيس الجمهورية.

يحدّد القانون صلاحيات مجلس المحاسبة ويضبط تنظيمه وعمله وجزاء تحقيقاته"، وهو ما يجعل الصفقات التي تبرمها هذه الهيئات تخضع لرقابة مجلس المحاسبة.

- تقييم رقابة مجلس المحاسبة في الكشف عن جرائم الفساد الإداري

يظهر لنا بما سبق مدى الأهمية التي يتمتع بها مجلس المحاسبة من حيث الرقابة المالية التي يقوم بها، ذلك لأنه يسعى لضمان استخدام الأموال العمومية بصورة فعّالة لتحقيق الأهداف المرجوة.⁴

في إطار ممارسة صلاحيّاته ودوره في مجال مكافحة ظاهرة الفساد الإداري كشف مجلس المحاسبة عن عدد كبير جداً من الصفقات المشبوهة، وكشف حجم كبير من التجاوزات في عدّة هيئات في الدولة، ففي تقرير ورد عن مجلس المحاسبة كشف بين ثناياه عدّة تجاوزات وخروقات في تسيير المجلس الشعبي الوطني في الفترة الممتدة بين سنة 2001 إلى سنة 2005، حيث أشار التقرير إلى أنّ إدارة المجلس الشعبي الوطني، كانت تلجأ إلى بعض وصولات الطلب عوض الفواتير لتسديد قيمة ما حصل عليه المجلس من

¹ - القانون رقم 80/05، المؤرخ في 01/03/1080، المتعلق بممارسة وظيفة الرقابة من طرف مجلس المحاسبة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 20، لسنة 1080.

² - الأمر رقم 95/20، المؤرخ في 17/07/1995، المتعلق بمجلس المحاسبة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 39، بتاريخ 23/07/1995.

³ - الأمر رقم 10/02، المؤرخ في 26/08/2010، المعدل والمتمم للقانون رقم 95/20، المتعلق بمجلس المحاسبة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 56، لسنة 2010.

⁴ - عبد العالي حاحة، أمال يعيش تمام، "دور الرقابة في مكافحة الفساد في الجزائر بين النظرية والتطبيق"، الملتقى الوطني حول الآليات القانونية لمكافحة الفساد، كلية الحقوق جامعة قاصدي مرباح ورقلة، ديسمبر 2008، ص 212.

خدمات وسلع، وكشفت التحقيقات أنّ بعض وصولات الطلب لا تتضمن أية تفاصيل عن السلعة أو الخدمة المقدّمة.

ويشير التقرير كذلك إلى أنّ مستحقات دفعت على أساس فواتير نموذجية فقط، مع أنّ التسديد يجب ألاّ يتم إلاّ بعد تقديم الفاتورة النموذجية ووصول الطلب ومحضر الاستلام والفاتورة النهائية، ويعدّد التقرير الحالات بالتفصيل.

كما اعتمدت إدارة المجلس على نسخ فواتير تصعب قراءتها، وخلص إلى أنّ عدد من الفواتير يصعب قراءة محتواها وليست قانونية، ولا تتضمن لا رقماً ولا تسجيلاً ولا المراجع الخاصة بالمورد.

ووقف التقرير كذلك عند تجاوزات أخرى تتعلّق بقطع الغيار والعجلات المطاطية، واستغرب من أنّه لا يوجد أي جرد خاص بها، ووصل إلى أنّ المجلس الشعبي الوطني دفع ما قيمته 379 مليون سنتيم جزائري مقابل قطع غيار ميكانيكية، و 547 مليون سنتيم جزائري مقابل عجلات مطاطية.

وأشار التقرير كذلك إلى أنّ تحفّاً ولوحات فنية تمّ اقتنائها بمبالغ خيالية لم يتم إدراجها ضمن الجرد الخاص بممتلكات المجلس الشعبي الوطني.¹

ومن خلال ذلك تظهر أهمية مجلس المحاسبة ودوره في التحري والكشف عن الصفقات المشبوهة، غير أنّه ومن أجل أداء مجلس المحاسبة لدوره في مواجهة الصفقات المشبوهة وحماية المال العام، لا بدّ أن يؤدي قضاة مجلس المحاسبة مهامهم بكل استقلالية، بالإضافة إلى توافر الضمانات القانونية اللازمة لأدائهم المهام الموكلة إليهم.

وأخيراً من الضروري التصريح بأنّ الاستقلالية الكاملة لمجلس المحاسبة غير موجودة، لدى يجب الحديث على منح الاستقلالية التامة للمجلس والتقليل من تبعيته لسلطات أخرى، من خلال التوظيف والتسريح وإعداد البرامج والتقارير والحصول على المعلومات المختلفة وذلك من أجل أداء مجلس المحاسبة لدوره على أكمل وجه.²

¹ - زابت كمال، تلاعب بالفواتير وصفقات مشبوهة في المجلس الشعبي الوطني، جريدة الخبر، عدد 5139، المؤرخ في يوم الثلاثاء 09 أكتوبر 2007، ص 03.

² - بلقوريشي حياة، مجلس المحاسبة في الجزائر بين الطموحات والتراجع، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون تخصص إدارة ومالية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2011/2012، ص 108.

خاتمة

لقد حاولنا جهد الإمكان الإمام بشتى جوانب ظاهرة الفساد الإداري والذي يعتبر موضوعا متشعبا مترامي الأطراف تتداخل فيه عوامل عدة ومتغيرات متنوعة، حيث قمنا من خلال هذه المداخلة بدراسة المفهوم العام لظاهرة الفساد الإداري والتي لا يوجد لحد الساعة تعريف جامع مانع موحد لها نتيجة اختلاف أنواعه وتعدد الجهات التي تصدت لإيجاد تعريف لهذه الظاهرة، حيث تناولها كل طرف وفق البيئة و المنهج الذي يتبعه، كما تعرفنا بعدها لأهم الأسباب التي دفعت بأعضاء الإدارة المحلية إلى سلوك طريق الفساد والتي وجدنا فيها ما هو سياسي وما هو اقتصادي وما هو اجتماعي وحتى ما هو قانوني لنخلص إلى القول أنه لا يوجد سبب واضح معين لانتشار الظاهرة بل هي مجموعة أسباب اجتمعت فيما بينها مؤدية لتفشي هذه الظاهرة، لنتهي بأبرز الآثار التي ينتجها الفساد الإداري على المجتمع والاقتصاد والسياسة هذا فيما يخص المحور الأول.

أما المحور الثاني فكان هو صلب الموضوع حيث ركزنا فيه على الانعكاسات الخطيرة لهذه الظاهرة على عملية التنمية المحلية، فمن فساد المجالس الإدارية المحلية المحرك الأساسي لعملية التنمية المحلية إلى التأثير المباشر لهذه الظاهرة على نجاح التنمية المحلية.

لنختتم موضوع مقالنا هذا بالمحور الثالث الذي تطرقنا فيه لسبل وآليات حماية التنمية المحلية من ظاهرة الفساد الإداري بداء بالحوكمة المحلية باعتبارها أهم وسيلة لمكافحة الفساد المحلي و تعزيز الديمقراطية والشفافية و إشراك المنتخبين في عملية التنمية، وصولا لسياسة التجريم والعقاب التي انتهجها المشرع الجزائري لقمع الفساد والمفسدين في الإدارات المحلية لنتهي بالهيئات الوقائية والقمعية لظاهرة الفساد الإداري.

لنخلص من خلال هذا المقال لمجموعة من النتائج تمثلت فيما يلي:

- 1- عدم وجود مفهوم موحد لهذه الظاهرة نتيجة تعدد صورها.
- 2- الفساد الإداري هو نتيجة عدة عوامل اجتماعية وسياسية واقتصادية وقانونية وحتى إدارية تنظيمية.
- 3- الآثار الوخيمة للفساد الإداري على المنظومة السياسية والاقتصادية والاجتماعية في الدول.
- 4- فساد المجالس الإدارية المحلية هو أحد أسباب فشل سياسات التنمية المحلية في الجزائر.
- 5- التأثير الواضح والكبير لظاهرة الفساد الإداري على مختلف البرامج التنموية في البلاد.

وكختام لهذا المقال فإننا نوصي بما يلي::

- 1- تفعيل دور البرلمان في مكافحة الفساد الإداري عن طريق مراقبة ومساءلة الحكومة على تقصيرها في إدارة وتسيير الأموال العمومية .

- 2- تفعيل دور أجهزة الرقابة وإعطاءها الصلاحيات الواسعة للقيام بدورها على أكمل وجه، وهذا من خلال الجمع بين كل من تدابير ووسائل الوقاية والملاحقة وإجراءات الردع والقمع.
- 3- الأخذ بنظام ديمقراطي يقوم على مبادئ الحكم الرشيد.
- 4- تدعيم اللامركزية وتفويض بعض السلطات وتبني نظام الإدارة بالأهداف ونظام الحكومة الالكترونية.
- 5- ترشيد الإنفاق العام لتجفيف منابع الفساد الإداري.
- 6- توفير فرص العمل والحد من ظاهرة البطالة والفقر والتضخم.
- 7- تفعيل دور المجتمع المدني لمواجهة ظاهرة الفساد الإداري.

المصادر والمراجع:1- القوانين:

- القانون رقم 05/80، المؤرخ في 1080/03/01، المتعلق بممارسة وظيفة الرقابة من طرف مجلس المحاسبة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 20، لسنة 1080.
- القانون 01-06، المؤرخ في 20 فيفري 2006، المتضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، الصادر بالجريدة الرسمية رقم 14، المؤرخة في 08 مارس 2006.

2- الأوامر:

- الأمر رقم 20/95، المؤرخ في 1995/07/17، المتعلق بمجلس المحاسبة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 39، بتاريخ 1995/07/23.
- الأمر رقم 02/10، المؤرخ في 2010/08/26، المعدل والمتمم للقانون رقم 20/95، المتعلق بمجلس المحاسبة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 56، لسنة 2010.
- الأمر رقم 05/10، المؤرخ في 2010/08/02، المعدل والمتمم لقانون الوقاية من الفساد ومكافحته **01/06**، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 50، لسنة 2010.

3- المراسيم الرئاسية

- المرسوم الرئاسي رقم 426/11 المؤرخ في 08 ديسمبر 2011 الذي يحدد تشكيلة الديوان المركزي لقمع الفساد وتنظيمه وكيفيات سيره، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 68، 2011.

3- المراسيم التنفيذية:

- المرسوم التنفيذي رقم 78-92 المؤرخ في 22 فبراير 1992 يحدد اختصاصات المفتشية العامة للمالية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 15، المؤرخة بتاريخ 24 فيفري 1992.
- المرسوم التنفيذي رقم 79-92 المؤرخ في 22 فبراير 1992، يؤهل المفتشية العامة للمالية للتقويم الاقتصادي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 15، المؤرخة بتاريخ 26 فبراير 1992.
- المرسوم التنفيذي رقم 09-374 المؤرخ في: 16 نوفمبر 2009، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 67، لسنة 2009، المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 92-414، المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، المؤرخ في: 14 نوفمبر 1992، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 82، لسنة 1992.

5- الكتب:

- أحسن بوسقيعة، "الوجيز في القانون الجنائي الخاص، جرائم المال والأعمال وجرائم التزوير"، الجزء الثاني، الطبعة التاسعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
- أحمد أبو دية، الفساد: أسبابه وطرق مكافحته، منشورات الائتلاف من أجل النزاهة والمساءلة، عمان، 2004
- أحمد سليم وآخرون، مؤشر الفساد في الأقطار العربية، لبنان، مركز دراسات الوحدة العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2010.
- أحمد أبو دية وآخرون، نظام النزاهة العربي في مواجهة الفساد، منظمة الشفافية الدولية، المركز اللبناني للدراسات، مطبعة تكنوبرس، بيروت، بدون تاريخ نشر.
- حسنين المحمدي البوادي، الفساد الإداري لغة المصالح، الإسكندرية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2008.
- حسن العلواني، " اللامركزية في الدول النامية من منظور أسلوب الحكم المحلي الراشد "، في كتاب - مصطفى كامل السيد، الحكم الراشد والتنمية في مصر، القاهرة، مركز دراسات وبحوث الدول النامية، 2006.
- عصام عبد الفتاح مطر، الفساد الإداري، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2011.
- فريل هنري، الإدارة العامة من منظور مقارن، ترجمة محمود قاسم القريوتي، عمان، ديوان المطبوعات الجامعية، 1985.
- صلاح الدين فهمي محمود، الفساد الإداري كمعوق للعمليات التنموية الاجتماعية واقتصادية، المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، 1994.

6- مذكرات جامعية:

- بلقوريشي حياة، مجلس المحاسبة في الجزائر بين الطموحات والتراجع، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون تخصص إدارة ومالية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2012/2011.
- بلال خروفي، " الحكومة المحلية، ودورها في مكافحة الفساد في المجالس المحلية دراسة حالة الجزائر "، قسم العلوم السياسية، جامعة ورقلة، مذكرة ماجستير غير منشورة، ص 120.
- زوليخة زوزو، " جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد "، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2012/2011.

- عبد العالي حاحة، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، السنة الجامعية 2013/2012.

- رقية شويخ، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري وأمراض البيروقراطية في التشريع الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر أكاديمي، جامعة ورقلة، 2013.

7- ملتقيات علمية:

- عبد العالي حاحة، أمال يعيش تمام، " دور الرقابة في مكافحة الفساد في الجزائر بين النظرية والتطبيق"، الملتقى الوطني حول الآليات القانونية لمكافحة الفساد، كلية الحقوق جامعة قاصدي مرباح ورقلة، ديسمبر 2008.

8- مقالات علمية:

- بلال خروفي، " الفساد في المجالس المنتخبة كعائق أمام التنمية المحلية في الجزائر"، المجلة الإفريقية للعلوم السياسية، أطلع عليه يوم 10 ماي 2015، على الساعة 22:00 عبر الرابط التالي:

<http://www.maspolitiques.com>

- بومدين طاشمة، " الحكم الراشد ومشكلة بناء قدرات الإدارة المحلية في الجزائر "، مجلة التواصل العدد 26، جوان 2010.

- نواف سالم كنعان، " الفساد الإداري أسبابه وآثاره ووسائل مكافحته "، مجلة الشريعة والقانون، العدد الثالث والثلاثون، يناير 2008.

- عمرو صابر، " الفساد الإداري والاقتصادي "، مجلة دراسات اقتصادية، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات، والخدمات التعليمية، العدد 09، 2007، دار الخلدونية، الجزائر.

9- مقالات صحفية:

- زيات كمال، تلاعب بالفواتير وصفقات مشبوهة في المجلس الشعبي الوطني، جريدة الخبر، عدد 5139، المؤرخ في يوم الثلاثاء 09 أكتوبر 2007.

- ياسمين بوعلي، تقليص عدد البلديات العاجزة إلى 14 بلدية في 2010 " الجزائر نيوز 23 ماي 2011"، وطنيات.

- عبد الرزاق بوالقمح، " نهاية عهدة انتخابية تحت شعار المتابعة القضائية والفساد "، الشروق اليومي، 20 جويلية 2008، الحدث، ص 05.

- عبد الوهاب بوكروخ، تهريب 97920 مليار سنتيم بطريقة غير مشروعة منذ سنة 2000، الشروق اليومي 14 فيفري 2011، الحدث.

10- مواقع إلكترونية:

- مراد محامد، جريدة الخبر، يوم 30 أبريل 2015، على الساعة 22:32 دقيقة عبر الرابط:

<http://www.elkhabar.com>

أثر ازدواجية القانون والقضاء على الهيئات العمومية ذات

الطابع الصناعي والتجاري في الجزائر

الأستاذ. عجابي عماد - أستاذ مساعد "أ"

كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة محمد بوضياف - الجزائر

ملخص :

تطورت وظائف الدولة الجزائرية - على غرار وظائفها التقليدية بضمان حقوق الأشخاص التي تجاوزتها الأحداث كالصحة, تعليم, أمن... - حيث أصبحت تقوم بدور ايجابي يتمثل في ممارسة الأنشطة التجارية, وبذلك ولجت ميادين أنشطة القطاع الخاص الذي أعطي له الريادة في ظل التوجهات الاقتصادية الجديدة في شكل شركات تجارية, ومن أدرك كنه التطور الاقتصادي الحالي وتحت ضغط الواقع التطبيقي الذي قلبت معاييره امتد تدخل الدولة إلى النشاط الاقتصادي, كما أمّلت الضرورات العملية إنشاء القانون لـ " فكرة المؤسسة العامة" إلى جانب ما أنشأه الفقه من فكرة المرفق العام.

ويلاحظ بذلك أن الدولة أظهرت طريقة المؤسسة العامة - إلى جانب طرق التسيير المتمثلة في: عقود الامتياز, التسيير المباشر, إشراك الأشخاص الخواص في التسيير, ... - سواء كانت هذه المؤسسة اقتصادية في شكل شركة أموال " مساهمة" أو هيئات عمومية صناعية وتجارية, هذه الأخيرة من حيث التدقيق في محتواها تطرح إشكالية أثر خضوعها لازدواجية القانون والقضاء؟

Abstract

The evolution of the functions of the Algerian state - along the lines of its traditional functions to ensure the rights of persons who overtaken by events, such as health, education, security ... - in terms of what its positive role is in the practice of commercial activities, and thus penetrate the fields of private sector activities, which give him the lead in Under the new economic trends in the form of commercial companies, and realized but the current economic development and under practical reality that turned the standards rippling state intervention into economic activity pressure, as dictated by practical necessities establishment of law, "the idea of public enterprise" together with what established by the idea of a public utility to.

It is noted that the state showed a public institution - way along roads management of: franchising, direct management, the inclusion of persons

properties in management, ... - whether this institution economic in the form of a "contribution" funds company or public bodies, industrial and commercial, the latter in terms of checking in their content raises problematic impact of the application of law and duplication eliminated?

مقدمة:

في ظل الاقتصاد الموجه، الذي يمتاز بتشجيع الملكية العامة وكثرة تدخلات الدولة واحتكارها للأنشطة كانت طرق التسيير للمرافق تمتاز بالطابع الاشتراكي فكانت الدولة تعتمد على تسييرها الذاتي وتسيير مؤسساتها بحسب معتقدات النظام الاشتراكي وكان القطاع الخاص موجودا في تلك الفترة - عكس ما كان يعتقد البعض - ولكن نشاطه مضيق عليه، حيث اقتصر على نشاطات طفيلية لا ترقى لإثبات وجوده غير أن الأمر تغير في ظل التوجهات الحالية لاقتصاد السوق أين أعطت الدولة الجزائرية الريادة للقطاع الخاص (منظم بحسب التقنين التجاري في شكل شركات تجارية وبالخصوص شركتي المساهمة وشركة ذات المسؤولية المحدودة)، وأظهرت الدولة إلى جانب ذلك عدة طرق للتسيير منها (عقود الامتياز، التسيير المباشر، إشراك الأشخاص الخواص في التسيير، الخوصصة، المؤسسات العمومية سواء كانت اقتصادية في شكل شركة أموال " مساهمة" أو هيئات عمومية صناعية وتجارية...).

ويلاحظ أن المؤسسة العمومية الاقتصادية احتلت في مختلف مراحل تطور الاقتصاد الوطني صلب إشكالية التنمية حيث اعتبرها النظام الاشتراكي أداة لتشييد الاشتراكية بينما استخدمها النظام الذي حل محله كوسيلة لتحقيق الرأسمالية. وتميز التاريخ القانوني للمؤسسة العمومية بميل السلطة لاستخدام هاته الأخيرة كتوب لإضفاء الشرعية على التحولات الاقتصادية للدولة لكن كيف تم هذا التحول؟ وعلى أي أساس؟¹. ولتضاف إلى هذه المؤسسة العمومية الهيئات العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي والتي تطرح إشكالية أثر ازدواجية القانون والقضاء؟

وعلى ضوء هذه الإشكالية، ولتحليل موضوعنا هذا نتبع الخطة التالية:

أولاً- مميزات الهيئات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عن المؤسسات العمومية الاقتصادية،

ثانياً- الجهة القضائية المختصة للفصل في منازعات الهيئات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عموماً وفي صفقاتها خصوصاً،

ثالثاً- الرقابة على الهيئات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.

وسنفضل ذلك فيما يلي:

أولاً- مميزات الهيئات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عن المؤسسات العمومية الاقتصادية:

¹ عجة الجبالي، قانون المؤسسات العمومية الاقتصادية من اشتراكية التسيير إلى الخوصصة، دار الخلدونية للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2006، ص 5 وما يليها.

تتميز الهيئات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عن المؤسسات العمومية الاقتصادية- أي الشركات- من حيث الهدف أو الغرض فالهيئات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري تمارس فعلا نشاطا تجاريا أو صناعيا غير أن نشاطها هذا لا يخضع للقواعد التجارية والاقتصادية لا سيما قواعد السوق وإنما يخضع لتنظيم الإدارة من خلال دفتر شروط يحدد حقوق وواجبات المتعاملين والأطراف, وقد تتولى الإدارة تحديد أسعار المبيعات. فالغرض من مباشرة نشاط تجاري من قبل هذه الهيئات ليس تحقيق الأرباح مثل ما هو الأمر بالنسبة للمؤسسة العمومية الاقتصادية أي الشركات التجارية.¹

إن القانون رقم 01/88 يميز بين "المؤسسات العمومية الاقتصادية" و"الهيئات العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي". فالأولى شركات مساهمة أو شركات محدودة المسؤولية تملك الدولة و/ أو الجماعات المحلية فيها مباشرة أو بصفة غير مباشرة جميع الأسهم و/أو الحصص...², وكذلك نص القانون رقم 04/88 المؤرخ في 12 جانفي 1988 الخاص بالقواعد المطبقة على المؤسسات العمومية الاقتصادية المعدل والمتمم لأحكام القانون التجاري على أن "المؤسسات العمومية الاقتصادية هي" أشخاص معنوية تخضع لقواعد القانون التجاري". أما الهيئات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري" فهي من حيث طبيعة نشاطها والقانون الذي تخضع له لا تختلف عن المؤسسات العمومية الاقتصادية, والاختلاف بينهما يكمن فقط في طريقة تمويلها وتعاملها مع ميكانيزمات السوق " فعندما" تتمكن هيئة عمومية من

¹ علي فيلالي, نظرية الحق, موفم للنشر, الجزائر 2011, ص 306 ومايليها. وبخصوص مفهوم أرباح الشركات, راجع: تونسي حسين, تطور رأس مال الشركة ومفهوم الربح في الشركات التجارية, الطبعة الأولى, دار الخلدونية, 2008, ص 75 ومايليها. وبخصوص تعريف المؤسسات العمومية الاقتصادية, راجع المادة الأولى من الأمر رقم 04/01 مؤرخ في 20 أوت 2001 يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها (الجريدة الرسمية العدد 47 المؤرخ في 22/08/2001) معدل ومتمم بالأمر رقم 01/08 المؤرخ في 28 فبراير 2008 (الجريدة الرسمية العدد 11 المؤرخ في 02/03/2008). وعن مدى أحقية ممارسة الأشخاص المعنوية العامة للتجارة بمفهوم(المادتين 1 و2 قانون تجاري) راجع: فرحة زراوي صالح, الكامل في القانون التجاري الجزائري, النشر الثاني, نشر وتوزيع ابن خلدون, وهران 2003, ص 360 ومايليها, كذلك:

sciences Lagoune Walid, Contrôle de l'état sur les entreprises privées en Algérie, thèse d'état en droit université d'Alger 1992, p73 juridiques institut . وراجع: ناصر لباد, الوجيز في القانون الإداري, دار المجدد للنشر والتوزيع, سطيف, الجزائر 2010, هامش ص 48. وأبعد من ذلك تستثنى الدولة من ركن تعدد الشركاء وفقا للقانون التجاري في حالتي: 1- المؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة بنص المادة 564 (هذا النموذج منقذ من التشريع الألماني والانجليزي, واعتراف التشريع الجزائري بالإرادة المنفردة في التصرفات القانونية إلى جانب العقد, رغم تعارض هذا النموذج مع نص المادة 416 قانون المدني في تعريفها للعقد بأنه "اتفاق بين شخصين فأكثر...") , 2- شركات المساهمة في الفقرة الثالثة من نص المادة 592 من التقنين التجاري: (ولا يطبق الشرط" يقصد به اشتراط 7 شركاء" على الشركات ذات رؤوس أموال عمومية).

² محفوظ لعشب, الوجيز في القانون الاقتصادي " النظرية العامة وتطبيقاتها في الجزائر", ديوان المطبوعات الجامعية, الجزائر, 1993, ص 87 ومايليها. وبخصوص مفهوم الشركتين, انظر التقنين التجاري الجزائري(شركة المساهمة المواد من 592 ومايليها, وشركة ذات المسؤولية المحدودة المواد 564 ومايليها). وبالنسبة لمقصود الصناعة والتجارة فمفهوم التجارة في لغة القانون أوسع:حيث يطبق القانون التجاري على الصناعة والتجارة في آن واحد, فيعتبر صاحب المصنع"الصناعي" تاجرا), كما نصت المادة 37 من دستور 1996 "حرية التجارة والصناعة...". من مفهومها الضيق في لغة الاقتصاد (حيث يتم التمييز بين الصناعة"حلقة الإنتاج" والتجارة" حلقة التوزيع").

تمويل أعبائها الاستغلالية جزئيا أو كليا عن طريق عائد بيع إنتاج تجاري يحقق طبقا لتعريفه محددة مسبقا ولدفترة الشروط العامة الذي يحدد الأعباء والتقييدات التي تعود على عاتق المؤسسة والحقوق والصلاحيات المرتبطة بها, وكذا عند الاقتضاء حقوق وواجبات المستعملين, فإنها تأخذ تسمية هيئة عمومية ذات طابع تجاري وصناعي". "ويمكن أن تتحول الهيئة العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي إلى مؤسسة عمومية اقتصادية إذ أمكن أن يتبع هدفها وسير عملها اقتصاد السوق...".¹

ثانيا- **الجهة القضائية المختصة للفصل في منازعات الهيئات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عموما وفي صفقاتها خصوصا:**

1- بصفة عامة: بالرجوع إلى المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية² نجد أنها تنص على اختصاص المحاكم الإدارية بالمنازعات التي تكون "الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها", يعني بمفهوم المخالفة أن منازعات المؤسسات العمومية ذات الصبغة التجارية والصناعية تعود لاختصاص المحاكم العادية.

إن اختصاص المحاكم العادية هنا يصبح في حقيقة الأمر قاعدة عامة وليس مجرد استثناء. فمبدئيا يتعدد الاختصاص للمحاكم العادية كلما تعلق النزاع بمؤسسة عمومية ذات صبغة تجارية وصناعية, إلا إذا وجد نص صريح يمنح هذا الاختصاص للمحاكم الإدارية.³

¹ مسعود شيهوب, المبادئ العامة للمنازعات الإدارية "نظرية الاختصاص", الجزء الثاني, الطبعة السادسة, ديوان المطبوعات الجامعية, الجزائر 2013, ص.ص 25 و 26. ويشير الأستاذ الباحث (الدكتور مسعود شيهوب) أن مراسيم إعادة هيكلة المؤسسات الصادرة بعد القانون المذكور لم تستعمل مصطلح "الهيئات العمومية ذات الطابع الاقتصادي", بقدر ما استعملت بشكل شائع مصطلح "المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي".

وبخصوص مفهوم الشخصية المعنوية (أو الاعتبارية) والنتائج المترتبة عليها (اسم, استقلال الذمة المالية, موطن, جنسية, ممثل قانوني, حق التقاضي) انظر المادتين 49 و 50 من التقنين المدني الجزائري. وبخصوص الذمة المالية للشخص راجع: علي فيلاي المرجع السابق, ص 266 ومايليها. وانظر كذلك: حميد بن شنيقي, مدخل لدراسة العلوم القانونية "نظرية الحق", الجزء الثاني الطبعة الثانية, 2009, جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة, بن عكنون, الجزائر, ص.ص 45 و 150 ومايليها. ويتم التفرقة بالنسبة للذمة المالية للأشخاص المعنوية "شركات, مؤسسات..." بين رأس المال مثل رأسمال شركة المساهمة عند لجوئها للدخار العيني 5000000 دج (يمتاز بالثبات وعدم المساس به من قبل المساهمين باعتباره ضمانا لحقوق الدائنين فضلا على أن هذه الأشخاص المعنوية تمتاز باستقلالية الذمة المالية من خلال نص المادة 50 من التقنين المدني الجزائري) والموجودات (الضمانات الاختيارية, المؤونات, والاستهلاكات...).

² نص هذه المادة من القانون رقم 09/08, قد عوضت نص المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية الملغى رقم 154/66. ويشكل هذا القانون الجديد نقطة تحول رئيسية في المنظومة القانونية للدولة الجزائرية, ومحاولة فعالة لمواكبة الظروف الاقتصادية والاجتماعية للمجتمع, وكذا الانسجام مع المعطيات والمستجدات الدولية. ولكن هذا الإصلاح التشريعي لن يتحقق مبعثه إلا بإدراك أبعاده وفهم مقاصده من مختلف المشتغلين بحقل القانون. ولكن برأيي من الناحية الشكلية هل جمع القانونين (قانون الإجراءات المدنية/الإدارية) في تقنين واحد ينبؤ عن زوال التقسيم التقليدي للقانون عام وخاص أم هو قانون مختلط أم مجرد نقل عن التشريع الفرنسي, وألا يتناقض هذا التقنين مع تكريس ازدواجية القضاء؟

³ تقرير اختصاص القضاء العادي بمنازعات المؤسسات العمومية ذات الصبغة التجارية والصناعية, يعود إلى محكمة التنازع الفرنسية بموجب حكمها الشهير في قضية الشركة التجارية لغرب إفريقيا المعروف بقرار "إيلوكا (ELOKA) في 22 جانفي 1921, أين أعلن

تطبيقا للمادة 800 المذكورة، كرس قضاء المحكمة العليا اختصاص المحاكم العادية في هذا المجال كقاعدة عامة في العديد من الأحكام.¹ غير أن قضاء المحكمة العليا نفسه وضع استثناءات على هذه القاعدة بموجبها تعتبر بعض جوانب منازعات هذه المؤسسات من صلاحيات المحاكم الإدارية كما هو الحال في الاستثناءات الخاصة باعتبار عقود إيجار دواوين الترقية والتسيير العقاري (وهي مؤسسات عمومية ذات طبيعة تجارية وصناعية منذ مرسوم 14/91 بتاريخ 12 ماي 1991) عقودا إدارية وبالتالي تخضع لاختصاص المحاكم الإدارية.

لقد أورد المشرع استثناءات على المادة 800 المذكورة، تتجه نحو هذا الحل، حيث أسند الاختصاص في القانون التوجيهي لاستقلالية المؤسسات إلى القضاء الإداري وليس القضاء العادي عندما يتعلق الأمر بتعامل هذه المؤسسات مع الدولة (المادة 45) أو عندما يتعلق الأمر بصلاحيات تتضمن مظاهر السلطة العامة مثل (منح التراخيص والإجازات والعقود الإدارية- المادة 56).²

يعكس هذا الحكم في حقيقة الأمر أزمة مفهوم المرفق العام والمؤسسة العمومية، فبمجرد تغير نشاطها من إدارية إلى تجارية تتغير جهة الاختصاص، وهو ما عكسه المعيار العضوي في المادة (800) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية) ولكن هذا الاجتهاد ليس مطلقا فقد لاحظنا كيف أن الفقه وكذلك التشريع الجزائري يبقى على الاختصاص الإداري في مجالات معينة، فالاختصاص والقانون المطبق مرتبطان.

إن هذه المؤسسات مثلما أنها تخضع لخليط من قواعد القانون (الإداري والتجاري) كذلك تخضع لاختصاص مزدوج فهي تخضع في بعض منازعاتها للقضاء الإداري وتخضع في بعضها الآخر للقضاء العادي على النحو السابق عرضه، والحدود بين النوعين ليست دائما واضحة.³

مبدأ خضوع هذه المؤسسات لنفس القاضي الذي يخضع له الأفراد، طالما أن الدولة تنازلت إلى مستوى هؤلاء ونافستهم في مجال محفوظ دستوريا. وتتلخص وقائع القضية في أن مستعمرة ساحل العاج أنشأت مرفقا لنقل الأشخاص والبضائع بين ضفتي نهر، يتكون المرفق من عدة زوارق من بينها "ELOKA" الذي غرق في إحدى ليالي الشتاء وكان على متنه سيارة. رفع صاحبها دعوى استعجاليه للمطالبة بتعيين خبير لتقدير الأضرار. حدث نزاع حول الاختصاص، رفع إلى محكمة التنازع، فقررت عدم اختصاص القضاء الإداري.¹ نذكر على سبيل المثال: قرار المحكمة العليا (الغرفة الإدارية) بتاريخ 18 ماي 1985 تحت رقم 38832 (قضية الشركة الوطنية أ. م ضد/وزير التجارة، الشركة الوطنية للأروقة الجزائرية) وقد أكد الطابع التجاري للأروقة وبالتالي عدم اختصاص الغرفة الإدارية بمنازعاتها. المجلة القضائية، عدد 1، 1989، ص 259.

² مسعود شيهوب، نفس المرجع، ص 91 ومايليها. ويرى الدكتور حماد محمد شطا (في مؤلفه: تطور وظيفة الدولة نظرية المؤسسات العامة"، الكتاب الثاني، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، 1984، الجزائر، ص 7) أن مظاهر السلطة كما حددها هؤلاء الفقهاء، لا تخرج عن كونها أدوات القانون العام، الذي يحكم هذه الأنشطة لعله ليست خافية، وهي أن هذه الأنشطة والمال عصب حياتها، مملوك ملكية جماعية، أي أنه ملك للكافة، ولكنه ليس مملوك ملكية مفرزة لأحد وبالتالي كان القانون العام، بوسائله ليحمي مصلحة الغائب (الجماعة).

³ مسعود شيهوب، نفس المرجع، ص 30 و 31. ويقصد بلفظ القضاء أحد المعنيين: فقد يطلق للدلالة على السلطة القضائية، أي الجهاز الذي يقوم على مرفق العدالة، والذي يتكون من مجموع المحاكم الموجودة في الدولة التي تتولى أمر الفصل في القضايا المطروحة. وقد يطلق للتعبير عن مجموع المبادئ القانونية المستخلصة من استقرار أحكام المحاكم على إتباعها والحكم بها عند تطبيقها للقانون. والقضاء في النظام الجزائري لا يعتبر مصدرا للإلزام بالقواعد القانونية في النظام القانوني ذي النزعة اللاتينية الجرمانية

2- الجهة القضائية المختصة للفصل في منازعات الصفقات العمومية الخاصة بالهيئات العمومية

ذات الطابع الصناعي والتجاري:

أ- الجهة القضائية المختصة نوعيا بالفصل في منازعات المؤسسة العمومية الممولة كلياً أو جزئياً

من طرف خزينة الدولة في إطار تنظيم الصفقات العمومية: هناك اتجاهين¹:

أ/1- اختصاص القضاء العادي:

إلى جانب الاستثناءات التي أوردها المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية كقاعدة عامة, جاءت قوانين خاصة لتستثني بعض المنازعات من اختصاص المحاكم رغم أن أطرافها قد لا يحكمهم القانون العام, آخذة بالمعيار الموضوعي حسب طبيعة النزاع المطروح على القاضي, كما جاء في أحكام المواد 55 و56 من القانون 01/88 المؤرخ في 12 جانفي 1988 المتعلق بالقانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية, لقد نصت هاتين المادتين على أنه إذا تعلق الأمر بمنازعات تخص مؤسسات اقتصادية مخول لها قانوناً استعمال صلاحيات السلطة العامة أو اتخاذ قرارات ذات طابع تنظيمي بحكم شغلها لجزء من الأملاك الوطنية العمومية أو تسييرها لمرفق عامة فإن أحكام القانون الإداري هي التي تطبق عليها فهنا المشرع لم ينص صراحة على أن القاضي الإداري هو المختص لكن نص على أن القانون الإداري هو المطبق وحتى إذا تمسك القاضي العادي باختصاصه فهو ملزم بإخضاع النزاع لأحكام القانون العام.

وفي نفس الإطار نصت المادة الثانية من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 2010/10/17

يتضمن تنظيم الصفقات العمومية على أن قانون الصفقات العمومية² يطبق على مصاريف الإدارات العمومية والهيئات الوطنية المستقلة والولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري بالإضافة إلى مراكز البحث والتنمية... والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري

حيث لا يعمل بقاعدة السابقة القضائية, فهو مجرد مصدر تفسيري(تفسير قانون موجود سلفاً), دون أن يتعدى ذلك إلى إنشائه. تفاصيل أكثر انظر في هذا: محمد سعيد جعفرور, مدخل إلى العلوم القانونية"الوجيز في نظرية القانون", الجزء الأول, الطبعة التاسعة عشرة 2012, دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع, الجزائر 1999, ص 210.

¹ كلوفي عز الدين, نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية, دار النشر جيطلي, الجزائر 2012, ص 52 و53. ويرى الكاتب(كلوفي عز الدين) أن هناك رأي ثالث عمد إلى إثارة الإشكالية وإبراز التناقض وبيان صعوبة تحديد الجهة القضائية المختصة والقانون الواجب التطبيق متوقفاً عند هذا الحد. ويحيلنا إلى المؤلف: بوضياف عمار, الصفقات العمومية في الجزائر" دراسة تشريعية وقضائية وفقهية", جسر للنشر والتوزيع, الجزائر 2007, ص 51, 52, 53, 225, 226.

² إذا وجدت مادة من القانون الوضعي ذو الارتباط المتين بالواقع السياسي والاقتصادي للبلاد هي قانون الصفقات العمومية. بالفعل في كل المراحل التي تقطعها البلاد تناسب إصلاح في قانون الصفقات العمومية. أربعة مراحل كبرى ميزت تطور هذا القانون. مراحل تناسب التطور الاجتماعي والاقتصادي للبلاد. أنظر في هذا: محمد قبطان, قانون الصفقات العمومية, ملتقى قضاة الغرف الإدارية, وزارة العدل, الديوان الوطني للأشغال التربوية, 1992, ص 157 ومايليها. نقلاً من: ناصر لباد, المرجع السابق, هامش ص 46.

والمؤسسات العمومية الاقتصادية عندما تكلف هاته الأخيرة بإنجاز مشاريع استثمارات عمومية بمساهمة جزئية أو نهائية لميزانية الدولة. وعليه يتعين على جهات القضاء الإداري أن تعيد النظر في الاجتهاد المطبق بصفة آلية والذي بموجبه تصرح بعدم اختصاص القضاء الإداري في كل المنازعات المتعلقة بالمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.¹

يرى أصحاب هذا الرأي (منهم الدكتور بعلي محمد الصغير) بأن الاختصاص القضائي في هذه الحالة يؤول إلى القضاء العادي، وهذا تطبيقاً للقواعد العامة وأخذاً بالمعيار العضوي، باعتبار أن المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري هي من أشخاص القانون الخاص. إلا أن هذا الرأي منتقد لأنه عند تطبيقه ينتج عدة إشكالات عملية تتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق الذي تنقيد به جهة القضاء العادي المختصة (حسب هذا الرأي) والفصل في المنازعة على ضوءه، فهل تطبق مبادئ القانون الإداري أو قواعد القانون الخاص؟:

* قيام جهة القضاء العادي بتطبيق قواعد القانون الخاص, إن هذا الاحتمال منتقد بشدة لأن المؤسسات العمومية الاقتصادية، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، وهي تبرم الصفقات العمومية بشرط التمويل المالي من الخزينة العمومية فهي تبرمها بموجب نص تنظيم الصفقات العمومية وهي ملزمة بالتقيد به وهو مستمد من مبادئ القانون العام، وأنه في تطبيق قواعد القانون الخاص في هذه الحالة هو استبعاد للغاية التي من أجلها تم تقييد المؤسسات العمومية الاقتصادية، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، بتطبيق تنظيم الصفقات العمومية، وفيه عدم اكتراث لتمويل الخزينة العمومية للمشروع، من ثم لا يمكن استبعاد تطبيق مبادئ القانون العام على المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري الملزمة بالتقيد به بموجب نص التنظيم مما يتعين استبعاد هذا الاحتمال على هذه المعاملة.

* قيام جهة القضاء العادي بتطبيق قواعد القانون الإداري, وذلك إذا سلمنا بأن الاختصاص القضائي في هذه الحالة يؤول إلى جهة القضاء العادي، فإنه يجب على هذه الجهة القضائية تطبيق مبادئ القانون الإداري، أي أن حل المنازعة يكون في ضوء تنظيم الصفقات العمومية وهذا تطبيقاً للمادة 02 التي تحدد مجال تطبيقه.²

¹ ليلي زروقي، عمر حمدي باشا، المنازعات العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، طبعة جديدة 2013، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2005، ص.ص 33 و 34.

² المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية (الجريدة الرسمية، العدد 58 مؤرخ في 07 أكتوبر 2010) المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 98/11 المؤرخ في 01 مارس 2011 (ج.ر، العدد 14، مؤرخ في 06 مارس 2011) معدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 222/11 مؤرخ في 16 جوان 2011 (ج.ر، العدد 34، مؤرخ في 19 جوان 2011).

إلا أن هذا الاحتمال يحتوي على تجاوز للجهة القضائية الناظرة في المنازعة كونها مختصة أساسا في منازعة القانون الخاص وهي في هذه الحالة ملزمة بالفصل في المنازعة على ضوء مبادئ القانون الإداري, وقواعد تنظيم الصفقات العمومية, والتي هي في الأصل غريبة عنها لأن تكليف القضاء العادي بتطبيق قواعد تنظيم الصفقات العمومية أي قواعد القانون الإداري يشكل إعادة النظر في طبيعة النظام القضائي برتمته وتبنيه للازدواجية القضائية وأساسها وأهدافها, مما يجعل هذا الرأي منتقدا.

ومن ثم فلا يمكن إسناد الاختصاص في هذه الحالة إلى جهة القضاء العادي, لأنه في كل الاحتمالات المتوقعة للقانون الواجب التطبيق على المنازعة يؤدي إلى إشكالات يصعب التأقلم معها.¹

أ/2- اختصاص القضاء الإداري:

ينعقد الاختصاص للقضاء الإداري بخصوص منازعات المؤسسات العمومية ذات الصبغة التجارية والصناعية والمؤسسات العمومية الاقتصادية عندما تكلف هذه المؤسسات بإنجاز عملية مموله من ميزانية الدولة, وهو ما يعد خروجاً عن المعيار العضوي.

إن الاختصاص الإداري بصدد هذه المؤسسات العمومية الاقتصادية والتجارية والصناعية ليس مطلقاً بل هو محدد بالحالة التي تكلف فيها هذه المؤسسات " بإنجاز عمليات مموله كلياً أو جزئياً من ميزانية الدولة ". أما قبل ذلك فلم تكن عقود المؤسسات التجارية والصناعية تندرج ضمن الصفقات العمومية² ومن ثمة كانت منازعاتها لا تخضع للقضاء الإداري, وإنما للمحاكم العادية, لكون النزاع لا يتعلق بأحد أشخاص القانون العام التقليدية الواردة في قانون الإجراءات المدنية القديم والتي حلت محلها المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

¹ كلوفي عز الدين, المرجع السابق, ص 53 ومايليها. إن غياب التخصص عيب جسيم في النظام الجزائري. إذ أن أحد أسباب فشل نظام المنازعات الإدارية يكمن في إسناد هذه المنازعات ذات الطابع المتميز و الفني إلى هيئات غير متخصصة(كما يرى الدكتور مسعود شيهوب, المبادئ العامة للمنازعات الإدارية"الهيئات والإجراءات", الجزء الأول, الطبعة السادسة, ديوان المطبوعات الجامعية, الجزائر 2013, ص 262 ومايليها). ويلاحظ أن التخصص يسهم في قيام القاضي بدوره الكامل كما هو الحال في ميدان الأعمال, وإنشاء محاكم متخصصة للنظر في القضايا المرتبطة بهذا الميدان, وهو ما كرسه التشريع الجزائري من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد رقم 09/08, الذي أنشأ أقطاب متخصصة للنظر في بعض المنازعات التي يفرضها التوجه الاقتصادي الجديد لبلادنا المذكورة سابقاً. مما يلبي حاجيات وتطلعات عالم الأعمال, وتقليص الفرق بين الزمن القضائي والزمن الاقتصادي. هذا التقسيم يهد لتطبيق نظام تخصص القضاء, فأقسام المحاكم هذه هي دوائر متخصصة, كل في نوع معين من القضايا, ويستتبع ذلك أن يكون القضاء الذين يتولون هذه الأقسام متخصصون(يستشف ذلك من خلال العبارة الواردة في نص المادة 14 من القانون العضوي رقم 11/05 مؤرخ في 17 يوليو 2005 يتعلق بالتنظيم القضائي"يرأس أقسام المحكمة قضاة حسب تخصصاتهم"), وهذه نقطة تحول مهمة وإيجابية في مجال التنظيم القضائي.

² حسب نص المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 4334/91 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991 المتعلق بالصفقات العمومية.

يحاول قضاء المحكمة العليا تطبيق هذا الاتجاه، فقد قررت المحكمة في بعض الحالات اختصاص الغرف الإدارية (المحاكم الإدارية حالياً) بعقود المؤسسات العمومية ذات الصبغة التجارية والصناعية.¹ ولقد كانت عقود هذه الأخيرة تندرج ضمن الصفقات العمومية إلى غاية 1988 أين استبعدت المادة الأولى من المرسوم رقم 72/88 المؤرخ في 29 مارس 1988 المتضمن تعديل وتتميم نظام الصفقات العمومية، عقودها من دائرة الصفقات العمومية، فضلاً على أن القانون رقم 01/88 المذكور سابقاً، استبعد في مادته 59 عقود المؤسسات العمومية ذات الصبغة التجارية والصناعية من نطاق الصفقات العمومية. غير أن المشرع نفسه أورد استثناءً صريحاً على ذلك فقد نصت المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 4334/91 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991 المتعلق بالصفقات العمومية على أن عقود التأمين والنقل والتزود بالغاز والكهرباء والماء وأشغال توصيلها لا تندرج ضمن نظام الصفقات العمومية لأنها تخضع لتشريعات خاصة بها.

وأخيراً فإن المرسوم الرئاسي رقم 338/08 المؤرخ في 26/10/2008 يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المؤرخ في 24 يوليو 2002 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية الملغى "راجع الهامش رقم 13 أدناه" نص صراحة على اعتبار صفقات عمومية، عقود المؤسسات العمومية ذات الصبغة التجارية والصناعية عندما تقوم بعمليات ممولة بأموال عمومية. وهنا يتضح أن المشرع الجزائري خرج عن المعيار العضوي، وأخذ بمعيار الأموال العامة. فعلى الرغم من أن المعيار العضوي غير متوفر في عقود المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي، إلا أنه اعتبر عقودها عقوداً إدارية، مما يرتب بالتالي اختصاص القضاء الإداري، ولكن شريطة أن تكون العمليات التعاقدية محل النزاع ممولة بأموال عمومية.² يرى أصحاب هذا الرأي بأن المنازعة المتعلقة بالصفقات العمومية، والتي تكون المؤسسة العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري طرفاً فيها، مع توفر شرط التمويل المالي من الخزينة العمومية يؤول الاختصاص فيها إلى جهة القضاء الإداري، إلا أن الاختلاف يكمن في تحديد الأساس المعتمد في ذلك، وقد تم الاعتماد على أحد الأساسين:

¹ في قرارها غير المنشور المؤرخ في 16 جويلية 1988 تحت رقم 51450 (قضية ب.أح ضد/ والي ولاية الجزائر) اعتبرت الإيجار المبرم بين دواوين الترقية والتسيير العقاري- وقد أصبحت منذ المرسوم التنفيذي رقم 49/91 بتاريخ 18 فيفري 1991 مؤسسات تجارية وصناعية- وبين الشاغلين اعتبرتها عقوداً إدارية لأنها "عقود إذعان...متصلة بعمل السلطة العامة...وتسير مرفق عام"، ومن ثمة فإن الاختصاص بمنازعاتها يعود للقضاء الإداري.

ولقد أكدت قاعدة اختصاص القاضي الإداري، أحكام المحكمة العليا (الغرفة الإدارية) في قرارها (غير منشور) رقم 47186 بتاريخ 13 جانفي 1990 (قضية ب.م.ب ضد/ وزير المالية والي ولاية المسيلة): "... حيث أنه نتيجة لذلك فإن إخلال أحد طرفي الصفقة لا يمكن أن يعاقب عليه إلا من قبل القاضي الإداري، وهو القاضي الطبيعي للإدارة وخاصة في هذه الحالات...".

² مسعود شيهوب، نفس المرجع (نظرية الاختصاص، الجزء الثاني)، ص 55 ومايليها.

الأساس الأول: يتمثل في إعمال المعيار الموضوعي في هذه الحالة, لأن المشرع نص صراحة على اعتبار صفقات عمومية عقود المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عندما تقوم بعمليات ممولة بأموال عمومية, وهنا يتضح أن المشرع خرج عن المعيار العضوي وأخذ بمعيار الأموال العامة.¹

إن إعمال المعيار الموضوعي في هذه الحالة يرجع أساسا إلى نص المادتين 55 و 56 من القانون رقم 01/88 المؤرخ في 12 جانفي 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية.²

الأساس الثاني: ويتمثل في إعمال معيار الوكالة أو التفويض (مقتبس من الفقه والقضاء المقارن), وعلى هذا الأساس فإنه يتم التمسك بإعمال المعيار العضوي كونه المعيار المتبنى من طرف المشرع الجزائري أمام انعدام النص الذي يرشد إلى إعمال المعيار الموضوعي ولا حتى كاستثناء في مادة الصفقات العمومية, وبموجب معيار الوكالة واحتفاظا بتطبيق المعيار العضوي فإن جهة القضاء الإداري هي المختصة بالفصل في المنازعة باعتبار أن ميزانية الدولة هي الممولة للمشروع مما يجعل أن الخزينة العامة تعد طرفا أساسيا في المنازعة وأن المؤسسة العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري, هنا ما هي إلا مفوض عنها مادام أن الدولة هي الممول الأساسي للمشروع جزئيا أو كليا وهي تعتبر شخصا من أشخاص القانون العام.³

إن مجلس الدولة قد أعمل هذا الأساس (معيار الوكالة) واعتمد عليه في بعض الاجتهادات القضائية من بينها (القرار الصادر عنه بتاريخ 2001/05/14 ملف رقم 332 فهرس رقم 275) بين ديوان الترقية والتسيير العقاري لوهراي ضد مؤسسة الأشغال لعين تيموشنت, المنازعة حول صفقة عمومية متضمنة ابنجاز 1180 مسكنا بوهران وذلك باستعمال صريح العبارة "نيابة عن".

ب- الجهة القضائية المختصة نوعيا بالفصل في منازعات المؤسسة العمومية الممولة من ولحسابها الخاص في إطار تنظيم الصفقات العمومية: في هذه الصورة لا يمكن أن يؤول الاختصاص القضائي لجهة القضاء الإداري لانعدام توفر المعيار العضوي ضمن هذه العلاقة التعاقدية.

¹ كلوفي عز الدين, المرجع السابق, ص 55. نقلا من: شيهوب مسعود, المرجع السابق (نظرية الاختصاص, الجزء الثاني), ص 57.

² الجريدة الرسمية, العدد 02, صادر في 13 جانفي 1988, هذا القانون تم إلغاؤه جزئيا بموجب الأمر رقم 25/95 المؤرخ في 25 سبتمبر 1995 المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة, الجريدة الرسمية, عدد 55, صادر في 27 سبتمبر 1995. إن هذا الأمر تم إلغاؤه بموجب الامر رقم 04/01 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها, الجريدة الرسمية, العدد 47, صادر في 22 أوت 2001, إلا أن بعض أساتذة القانون من يرى بأن القانون رقم 01/88 قد تم إلغاؤه كلياً بموجب الأمر رقم 01/04 وأن المبدأ الذي تضمنه بالمادتين 55 و 56 منه قد احتوته النصوص الخاصة المنشئة للمؤسسات العمومية (أنظر المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 11/01 المنشئ الجزائري للمياه والمادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 43/02 المنشئ لبريد الجزائر).

³ Zouaimia Rachid et Rouault Marie Christine, droit administratif, Berti Éditions, Alger, 2009. نقلا من:

كلوفي عز الدين, المرجع السابق, ص.ص 55 و 56.

إنه باستعمال المعيار العضوي المتبع من طرف المشرع الجزائري فإن الاختصاص يؤول إلى جهة القضاء العادي لانعدام أي شخص من أشخاص القانون العام كطرف في المنازعة لا بصفة مباشرة ولا بصفة غير مباشرة.

إذا فالاختصاص في هذه المنازعة يؤول إلى جهة القضاء العادي باستعمال المعيار العضوي, هذا ما سار عليه الاجتهاد القضائي لمحكمة التنازع وذلك في ظل تنظيم الصفقات العمومية(المرسوم الرئاسي رقم 250/02 الملغى) في قرارها(الصادر بتاريخ 2007/11/13 ملف رقم 42), أين قررت محكمة التنازع بتحديد الجهة القضائية المدنية المختصة بالفصل في نزاع منصب على صفقة عمومية مبرمة بين شخصين خاضعين للقانون الخاص وهما (مؤسسة البناء شركة مدنية والشركة الجزائرية للتأمين SAA مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري EPIC) وغير مموله بمساهمات نهائية من ميزانية الدولة وأن حيثيات القرار جاءت جد واضحة وعبرت عنه بالمبدأ "...وإن اختصاص الفصل في هذا النزاع يرجع وجوبا إلى الجهة القضائية المدنية" وهذا في انتظار صدور اجتهادات قضائية بشأن هذه الوضعية التي تضمنها المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية(المعدل والمتمم) كونه حديث النشأة.

إن هذه الوضعية تثير إشكالية القانون الواجب التطبيق على هذه المنازعة, هل تلجأ جهة القضاء العادي المختصة بالفصل إلى تطبيق مبادئ القانون الإداري المتمثلة في تنظيم الصفقات العمومية أم أنها تلجأ إلى تطبيق قواعد القانون الخاص وترجع العلاقة التعاقدية في تكييفها لتلك القواعد؟ ومن أجل وضع حد لهذه الإشكالية يجب وضع نص قانوني خاص يحدد الجهة القضائية المختصة بالفصل في منازعات الصفقات العمومية بالنظر إلى طبيعتها القانونية وبغض النظر عن معايير تحديد الاختصاص النوعي للجهات القضائية, وهذا الاقتراح هو أسهل السبل وأجمعها.¹

¹ كلوفي عز الدين, المرجع السابق, ص.ص 56 و 57 و 64 ومايليها, وقد نقل المؤلف(كلوفي عز الدين) حيثيات القرار حيث جاء فيه: "حيث أن المجلس اعتبر العقد الذي يجمع بين الطرفين هو صفقة إدارية إلا أن طرح مثل هذا لا يرقى إلى ذلك إذ أن الاتفاق يعتبر عقد خاص تابع لمقتضيات القانون التجاري بما أنه يخص شخصان اعتباريان تابعين للقانون الخاص, ولكن حيث أنه بعد الإطلاع على الملف وعلى رد المستأنف عليه يتضح بأن الصفقة موضوع النزاع المتضمنة انجاز 1180 مسكن بوهران هي صفقة عمومية أبرمت بين ولاية وهران الممثلة من طرف الوالي كصاحب المشروع من جهة ومؤسسة البناء لعين تيموشنت مكلفة بالانجاز أما ديوان الترقية فهو مكلف بتسيير المشروع نيابة عن صاحبه وإن موضوع الصفقة يتمثل في انجاز سكنات ذات طابع اجتماعي ترجع ملكيتها للدولة وليس للديوان وأن تموين المشروع من طرف الخزينة العامة...وبالتالي ذلك يفتح الاختصاص للقضاء الإداري". أما القرار المذكور في المتن(الصادر بتاريخ 2007/11/13 ملف رقم 42) فتم نشره, في مجلتي: 1- مجلة المحكمة العليا, عدد خاص, محكمة التنازع(الاجتهاد القضائي), قسم الوثائق, 2009, ص103, 2- مجلس الدولة, عدد 09, 2009, ص147.

ثالثا- الرقابة على الهيئات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري:

المؤسسات ذات الطابع التجاري والصناعي كانت سابقا مشمولة برقابة مجلس المحاسبة¹, وأصبحت مستثناة صراحة بالمادة الرابعة من قانون 1990, تماشيا مع التحول الاقتصادي الحاصل منذ القانون التوجيهي لاستقلالية المؤسسات 1988 الذي أخضع هذه المؤسسات لقواعد القانون التجاري بشكل أساسي. غير أن توسع اختصاصات مجلس المحاسبة بالأمر رقم 20/95 المؤرخ في 17 جويلية 1995 المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/10 المؤرخ في 26 أوت 2010, فمن جديد أصبحت تشمل الرقابة على مالية المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي (المادة 08 منه) بعدما كان قانون 1990 قد استبعدها وقصر الرقابة على الهيئات الخاضعة للمحاسبة العمومية فقط. لقد وسع قانون 1995 هذه الرقابة إلى مجالات جديدة, مثل مراقبة المساعدات الممنوحة من قبل الدولة والمجموعات المحلية مهما كان المستفيد منها (المادة 11 منه).

وتخضع المادة السابعة من الأمر 20/95 المذكور لرقابة مجلس المحاسبة المصالح والعمليات التالية "...المؤسسات التي تمارس نشاطا تجاريا أو صناعيا أو ماليا والتي تكون أموالها أو مواردها أو رؤوس أموالها كلها ذات طبيعة عمومية (المرافق الاقتصادية)". ويمارس هذه الرقابة على أساس الوثائق المقدمة أو في عين المكان فجائيا أو بعد التبليغ.²

¹ عن الدور الرقابي لهذا المجلس أنظر: يلس شاولش بشير, المالية العامة "المبادئ العامة وتطبيقاتها في القانون الجزائري" ديوان المطبوعات الجامعية, الجزائر 2013, ص 301 ومايليها. وتجدر الإشارة أنه بغض النظر عن الأحكام المنصوص عليها في القانون التجاري, يمكن للمفتشية العامة للمالية أن تقوم برقابة وتدقيق تسيير المؤسسات العمومية الاقتصادية, بناء على طلب من السلطات أو الأجهزة التي تمثل الدولة المساهمة... غير أن المؤسسات العمومية الاقتصادية المكلفة بمشاريع ممولة بمساهمة من الميزانية, تخضع للرقابة الخارجية من المفتشية العامة للمالية, حسب الكيفيات المنصوص عليها بالنسبة للمؤسسات والإدارات العمومية (نص المادة 7 مكرر من الأمر رقم 04/01 المتعلق بالمؤسسات العمومية (معدل ومتمم), وتطبيق هذه المادة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 96/09 مؤرخ في 22 فبراير 2009 يحدد شروط وكيفيات رقابة وتدقيق المفتشية العامة للمالية لتسيير المؤسسات العمومية الاقتصادية (جريدة رسمية العدد 14 المؤرخ في 04/03/2009).

² يلس شاولش بشير, المرجع السابق, ص 307 و 308. وبخصوص الطعن في قرارات المجلس أمثلة كثيرة في القضاء الجزائري, لإلغاء قرارات إدارية لأنها مشوبة بعيب عدم الاختصاص, أنظر على سبيل المثال: قرار م.ع.غ.إ. بتاريخ 1986/02/01, قرار م.ع.غ.إ. بتاريخ 1986/03/01... ذكرها: محمد تقيّة, رقابة القضاء على الأعمال الإدارية, ملتنقى قضاة الغرفة الإدارية, وزارة العدل, الديوان الوطني للأشغال التربوية, الجزائر 1992, ص 149 ومايليها. نقلا من: ناصر لباد, المرجع السابق, هامش ص 260. ويخضع المرفق وفقا لقواعد القانون الإداري لمبدأ مساواة المنقعين أمام المرافق العامة في الأعباء والمزايا- ومبدأ سير المرفق العام بانتظام وباضطراد - ومبدأ قابلية المرفق العام للتغيير والتطور, فليس من المعقول أن الأضرار التي تسببها مثلا المرافق العامة للغير من جراء عدم التزامها بهذه المبادئ تكون من اختصاص المحاكم التي تجهل أصلا هذه القواعد.

خاتمة:

نستنتج أن المفهوم التقليدي للمؤسسة العمومية الإدارية بدأ يتفهم شيئا فشيئا، فبقيت هذه المؤسسة والتي تعرف نظاما قانونيا كلاسيكيا خاضعة للقانون العام في كل تصرفاتها وموظفيها ومالياتها... الخ لتضاف إليها الهيئات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والتي تعرف نوعا من الازدواجية في نظامها (مزج بين القانون العام "إداري, مالي...", "والخاص" تجاري, مدني..."), مما أنشأ نوعا من الثورة على المفهوم القديم للمؤسسة, فاعتراف القضاء - كما يقول أحمد محيو- بوجود فئة جديدة من المؤسسات العمومية يعتبر الفجوة الأولى للمفهوم التقليدي للمؤسسة العمومية.¹

المراجع:

- 1- ضريفي نادية, تسيير المرفق العام والتحولت الجديدة, دار بلقيس, دار البيضاء, الجزائر 2010.
- 2- عجة الجيلالي, قانون المؤسسات العمومية الاقتصادية من اشتراكية التسيير إلى الخصوصية, دار الخلدونية للطباعة والنشر والتوزيع, الجزائر. 2006
- 3- علي فيلاي, نظرية الحق, موفم للنشر, الجزائر 2011.
- 4- كلوفي عز الدين, نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية, دار النشر جيطلي, الجزائر 2012.
- 5- ليلي زروقي, عمر حمدي باشا, المنازعات العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام, طبعة جديدة 2013, دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع, الجزائر 2005.
- 6- محفوظ لعشب, الوجيز في القانون الاقتصادي " النظرية العامة وتطبيقاتها في الجزائر", ديوان المطبوعات الجامعية, الجزائر, 1993.
- 7- مسعود شيهوب, المبادئ العامة للمنازعات الإدارية" نظرية الاختصاص", الجزء الثاني, الطبعة السادسة, ديوان المطبوعات الجامعية, الجزائر 2013.

أحمد محيو (ترجمة: محمد صاصيلا), محاضرات في المؤسسات الإدارية, الطبعة الثالثة, ديوان المطبوعات الجامعية, الجزائر, 1985, ص 430. نقلا من: ضريفي نادية, تسيير المرفق العام والتحولت الجديدة, دار بلقيس, دار البيضاء, الجزائر 2010, ص 71.

الأثر الفوري لقرارات المجلس الدستوري والإشكالات التي يثيرها

The immediate impact of the Constitutional Council decisions and the problems it raises

الباحث .هنزيل جلول

عضو المخبر المتوسطي للدراسات القانونية

جامعة تلمسان - الجزائر

ملخص

يلاحظ أن المؤسس الدستوري الجزائري يلجأ إلى استخدام مصطلحين في عمل المجلس الدستوري ، وهما إبداء الرأي واتخاذ القرار ويبدو أن المشرع الدستوري لم يلجأ إلى ذلك عبثاً، بل لأول ما يتبادر إلى الذهن أنه منح المجلس الدستوري شكلين من الرقابة (رقابة وقائية وأخرى هجومية) أو ما يعبر عنها برقابة الإلغاء، أما الرقابة السابقة فهي تلك الرقابة الممارسة قبل أن يدخل القانون حيز التطبيق أو قبل إصداره، وهي رقابة تهدف إلى منع التشريع المخالف للدستور من اكتمال أو اكتسابه لصفة القانون بوقف عملية إصداره. ،غير أن أثر هذه الرقابة لا يطرح إشكالا فيما يخص استقرار المراكز القانونية، وعلى نقيض ذلك نجد الإشكال يثور في الرقابة اللاحقة على القوانين السارية المفعول أمام المجلس الدستوري، فإذا قرر هذا الأخير أن تلك النصوص القانونية غير دستورية تفقد آثارها اعتباراً من اليوم الذي يتخذ فيه المجلس الدستوري قراره بشأنها وبالتالي تبطل مفعول القوانين وأثرها ابتداءً من تاريخ اتخاذ القرار، وهو أمر غير سليم.

Abstract

It is noted that the founder of the Algerian Constitution resorts to the use of two terms in the activity of the Constitutional Council. These two terms are *expressing an opinion* and *taking a decision*. It seems that the constitutional legislator did not resort to these terms vainly, but the first thing that comes to the mind is that he granted the Constitutional Council two forms of censorship (one preventive and the other offensive), or what is known as *abolished censorship*. However, the above-mentioned censorship is that kind of control that is practiced before the Act enters into force, or before its issuance. It aims at preventing any offending legislation against the Constitution to complete or acquire the force of law by stopping the process of its issuance. However, the impact of such

ensorship does not consider any issues related to the stability of law centers. In contrast, some confusion is found to arise, in the subsequent censorship, over the law in force before the Constitutional Council. If this Council decides that these legal texts are unconstitutional, they lose their effects as of the day the Constitutional Council takes that decision, and therefore it cancels these laws and renders them ineffective starting from the day that decision is made, which is inappropriate.

مقدمة

يلاحظ أن المؤسس الدستوري الجزائري يلجأ إلى استخدام مصطلحين في عمل المجلس الدستوري، وهما إبداء الرأي واتخاذ القرار ويبدو أن المشرع الدستوري لم يلجأ إلى ذلك عبثاً، بل لأول ما يتبادر إلى الذهن أنه منح المجلس الدستوري شكلين من الرقابة (رقابة وقائية وأخرى هجومية) أو ما يعبر عنها برقابة الإلغاء¹، أما الرقابة السابقة فهي تلك الرقابة الممارسة قبل أن يدخل القانون حيز التطبيق أو قبل إصداره، وقد استعمل المؤسس الدستوري الجزائري تعبير قبل أن يصبح القانون واجب التنفيذ للدلالة على الرقابة السابقة، وهي رقابة تهدف إلى منع التشريع المخالف للدستور من اكتمال أو اكتسابه لصفة القانون بوقف عملية إصداره، أي منع صدور قانون غير دستوري، ومن مزايا هذه الرقابة أنها تضمن استقرار المعاملات باعتبار أن الفصل في دستورية التشريع قد تم قبل إصداره، فيطمئن المخاطبون بهذا التشريع كونه نشأ مطابقاً للدستور ولا يمكن إلغاؤه لاحقاً نتيجة عدم الدستورية². وتتخذ الرقابة السابقة على دستورية القوانين في الدستور الجزائري مظهرين، رقابة وجوبية تمارس تتوج برأي وجوبي ورقابة سابقة اختيارية، غير أن أثر هذه الرقابة لا يطرح إشكالا فيما يخص استقرار المراكز القانونية، وعلى نقيض ذلك نجد الإشكال يثور في الرقابة اللاحقة على القوانين السارية المفعول أمام المجلس الدستوري، فإذا قرر هذا الأخير أن تلك النصوص القانونية غير دستورية تفقد آثارها اعتباراً من اليوم الذي يتخذ فيه المجلس الدستوري قراره بشأنها³ وبالتالي تبطل مفعول القوانين وأثرها ابتداءً من تاريخ اتخاذ القرار، وهو أمر غير سليم كون القوانين التي اتخذت طريقها للتطبيق والسريان قد أفرزت نتائج محددة وأقامت علاقات مادية ومعنوية دقيقة، ولذلك عندما يصدر المجلس الدستوري قراراً بعدم الدستورية فهذا يعني أنه كشف عن باطل قد حصل، ولذلك فإنه يجب أن يكون فقدان الأثر من يوم صدور النص القانوني⁴ وهذا ما نتطرق له تباعاً من خلا الوقوف على كيفية تنفيذ القرار الدستوري وحجته وقوته القانونية، وكذا إلى مدى إمكانية إعادة النظر في سريان القرار الدستوري.

¹-أنظر نورة مزرة جعفر ، المجلس الدستوري الجزائري بين النظري والتطبيق،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، 1990، العدد 4،ص145.

²- نبالي فطة ، دور المجلس الدستوري في حماية الحقوق والحريات العامة، مجال ممدود وحول محدود ، رسالة نيل درجة دكتوراه ، جامعة تيزي وزو ، كلية الحقوق، 2010 ،ص225

³- نورة مزرة جعفر،المجلس الدستوري الجزائري بين النظري والتطبيق،المرجع السابق ،ص944.

⁴- نفس المرجع،ص943.

المبحث الأول- كيفية تنفيذ قرارات المجلس الدستوري بعدم الدستورية

تنص المادة 169 من الدستور الجزائري على أنه "إذا ارتأى المجلس الدستوري أن نصا تشريعيا أو تنظيميا غير دستوري يفقد هذا النص أثره من يوم قرار المجلس" ومن خلا هذه المادة يتبين أن للمؤسس الدستوري قد حدد مصير النصوص المخالفة للدستور والتي أصدر بشأنها قرارا، وجعلها تفقد أثرها من يوم إصدار المجلس الدستوري لقراره وتصبح كأن لم تكن، ويتضح من ذلك أن المؤسس الدستوري قد تبنى أثرا فوريا مباشرا لقرارات المجلس الدستوري. وتتمتع قرارات المجلس الدستوري بنفس الدرجة من الإلزامية لكافة السلطات العمومية والقضائية والإدارية ولا يمكن الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن، وهذا ما سنوضحه من خلال تبيان مفهوم الأثر الفوري لقرارات المجلس الدستوري ومدى حجيتها.

المطلب الأول- مفهوم الأثر الفوري لقرارات المجلس الدستوري

يبدو أن المؤسس الدستوري الجزائري استلهم فكرة الأثر الفوري لقرارات المجلس الدستوري من القواعد العامة المعروفة في تطبيق القواعد القانونية، وبالتالي لا يمكن إعطاء أو تحديد مفهوم الأثر الفوري إلا في سياق القواعد العامة لتطبيق القواعد القانونية. فالأصل العام في تطبيق القوانين من حيث الزمان يكون دائما واجب التطبيق في الحالات التالية من اليوم التالي لنشره بالجريدة الرسمية أو من التاريخ الذي يحدده القانون لسريان أحكامه، ولا تسري أحكام القانون إلا على الحالات التي تتم على إصداره، ولا تسري على الحالات قبل إصداره، إذ يقوم الأصل العام في تطبيق القوانين من حيث الزمان على مبدأين أساسيين يكملان بعضهما البعض مبدأ الأثر المباشر (الفوري) ومبدأ عدم رجعية القوانين حيث يقوم بمبدأ الأثر الفوري للقوانين على أساس أن القانون الجديد يطبق فورا منذ تاريخ سريانه أي وقت نفاذه، فيحدث أثاره مباشرة على كل الوقائع والأشخاص المخاطبين به وعلى الحالات التي وقعت عقب نفاذه بصفة فورية ومباشرة، إذا فالقانون الجديد يصدر ويطبق على المستقبل لا على الماضي، أي كل ما يقع بعد نفاذه حتى ولو كان مترتبا على وقائع ومراكز قانونية نشأت في ظل القانون القديم، أي أنه يسري أيضا على المراكز القانونية التي بدأ إنشاؤها أو انقضاؤها في ظل القانون، غير أن هذا الإنشاء أو الانقضاء لم يتم إلا في ظل القانون الجديد¹.

فهذه المبادئ كلها استلهمها المؤسس الدستوري في تحديد نطاق تطبيق قرارات المجلس الدستوري بعدم الدستورية، حيث أن مثل هذه القرارات تعدم آثار القانون الغير الدستوري من يوم صدور قرار المجلس الدستوري وبمس كل ما يقع بعد نفاذه من حقوق ومراكز قانونية

¹ -عباس الصراف، المدخل إلى علم القانون، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1994، ص 111.

أما بالنسبة لمبدأ عدم رجعية القوانين فهو من المبادئ الأساسية التي تقوم عليها القواعد القانونية ونتيجة حتمية للمبدأ السابق، فما دام القانون ينتج أثرا فوريا ومباشرا على الأفعال التي يقوم بها الأشخاص من تاريخ صدوره ونفاذه، فلا يمكن تطبيقه على الوقائع التي تمت قبل صدوره ونفاذه بأثر رجعي.

وعليه، فمبدأ عدم رجعية القوانين يعد شرطا لازما لتحقيق العدالة واستقرار النظام، كما أن المنطق يفرض الأخذ بهذا المبدأ لأن القاعدة القانونية هي أمر أو تكليف بسلوك معين، والتكليف أو الأمر لا يتصور توجيهه إلى ما فات أي على ما وقع قبل صدوره، وإنما إلى ما هو آت، ففي الرجوع بالقاعدة القانونية إلى الماضي خروج عن المدى الزمني لسريانها الذي يمتد إلى يوم انقضائها¹.

وما ينبغي التنويه إليه هو أن هذا المبدأ هو نتيجة حلول قانون جديد محل قانون قديم كان ساري المفعول. وتم إلغاؤه بموجب القانون الجديد يُفترض أنهما دستوريان، في حين أن القرار بعدم الدستورية كان نتيجة قانون غير دستوري ساري المفعول ورتب حقوق ومراكز قانونية باطلة، مما دفع بالمجلس الدستوري بعد إخطاره من طرف الهيئات المخولة صلاحية إثارة المسألة الدستورية بالقضاء بعدم دستوريته أو عدم مطابقته للدستور، ويثور التساؤل حول مقصد المجلس الدستوري من استعمال عبارة "عدم دستورية النص القانوني" فهل يقصد بها إلغاء النص القانوني أم إبطاله؟

فالإلغاء اصطلاحا هو إنهاء سريان القاعدة القانونية ومنع العمل بها ابتداء من هذا الإلغاء أي وقف العمل بالنص القانوني وتجريده من قوته الملزمة ليحل محله قانون آخر أو لعدم الحاجة إليه. والفرق بين إلغاء القانون وإبطاله هو أن الإلغاء لا يرد إلا على قاعدة قانونية استوفت شروط صحة وجودها وصحة أركانها الجوهرية، وبالتالي فالإلغاء لا يطعن في صحة وجود القاعدة، وإنما لإنهاء العمل بها إما لاستبدالها بغيرها وإما لعدم الحاجة إليها.

أما الإبطال فينصب على قاعدة قانونية لم تكتمل شروط صحتها وأركانها الجوهرية فيأتي بإبطال هذا القانون واعتباره كأن لم يكن أبدا، ولذلك كان للإبطال أثر رجعي أي يقتض بطلان الآثار التي ترتبت عليه في الماضي.

غير أنه في مجال الرقابة على دستورية القوانين فإن ضرورة الحفاظ على الأمن القانوني دفعت إلى تمتيع المجلس الدستوري بسلطة إلغاء القوانين شبيه بتلك التي للمشرع وهي سلطة لا تنبئ عن إرادة سياسية في إلغاء القانون ما، بل هي آلية للحفاظ على معيارية القانون فحسب، يشارك من خلالها المجلس الدستوري في الحفاظ على جودة ونوعية القانون، لذا فإن حرته في اتخاذ قرار الإلغاء هي المحددة لحجم مساهمته في تأمين الوظيفة المعيارية من خلاله، وإلغاء الأحكام التشريعية يكون بإعلان عدم مطابقتها

¹ - محمد حسنين، الوجيز في نظرية القانون، المؤسسة الوطنية للكتاب، د.س.ن، ص103.

للدستور نتيجة لاحتوائها على عيوب توجب عدم دستورتها، وفقاً للمادتين 165، 169، من الدستور، إلا أن هذا المبدأ محل انتقاد حيث يرى بعض الفقهاء أن المجلس الدستوري عندما يصدر قراراً بعدم دستورية نص قانوني في إطار الرقابة اللاحقة، فهذا يعني أنه كشف عن باطل قد حصل، ولذلك يجب أن يتبنى المؤسس الدستوري في إطار الرقابة اللاحقة أحكام البطلان التي لها أثر رجعي وليس أحكام الإلغاء ذا الأثر الفوري، حيث يجب أن يكون فقدان الأثر أو القوة القانونية من يوم صدور النص القانوني وليس من تاريخ قرار المجلس الدستوري سيما وأن القاعدة الفقهية تقول "ما بني على باطل فهو باطل"

المطلب الثاني - حجية الحكم الصادر بعدم الدستورية

يثور التساؤل في هذه النقطة حول مدى إلزامية قرارات المجلس الدستوري وكذا مدى قوتها القانونية وبتعبير أدق هل قرارات المجلس الدستوري حائزة لحجية الشيء المقضي فيه؟ وهذا ما ناقشه تباعاً

الفرع الأول - مدى إلزامية قرارات المجلس الدستوري

قرارات المجلس الدستوري حسب المادة 165 من دستور 1996 تتخذ عندما يفصل هذا الأخير في دستورية القوانين والتنظيمات بعد أن تصبح واجبة التنفيذ أو بعد أن تدخل حيز التنفيذ أي استكملت إجراءات صدورها، وهي قرارات نهائية لا يمكن الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن، هذا وإن كان الدستور أشار إلى حجية هذه القرارات إلا أنه لم يفصل في النتائج المترتبة على هذه الحجية، غير أن المجلس الدستوري عبر في أحد قراراته أنه (اعتباراً لأحكام المادة 169 من الدستور والتي تنص على أنه إذا قرر المجلس الدستوري أن نصاً تشريعياً.....وعليه فإن قرارات المجلس الدستوري تكتسي الصبغة النهائية وذات النفاذ الفوري وتلزم كل السلطات العمومية) وتؤكد ذلك في تعديل النظام الداخلي لعمل المجلس الدستوري لسنة 2000 بحيث تضمن باباً كاملاً تحت عنوان "حجية آراء وقرارات المجلس الدستوري"¹ مكونة من مادة وحيدة هي المادة 49 والتي نصت على أن (قرارات المجلس الدستوري ملزمة لكافة السلطات العمومية والقضائية والإدارية وغير قابلة لأي طعن) ولقد تم إعادة تعديل هذه المادة من نظام عمل المجلس الدستوري لسنة 2000 بموجب المادة 54 من النظام المحدد لعمل المجلس الدستوري لسنة 2012 كالتالي (آراء وقرارات المجلس الدستوري نهائية وملزمة للكافة).

¹ - للإستزادة، أنظر ديباش سهيلة، المجلس الدستوري ومجلس الدولة، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2000/2001، ص 90.

ويقصد بالزامية القرار للكافة أن يكون منتجاً لآثاره بالنسبة للجميع، لكن يبقى السؤال مطروحاً حول مدلول عبارة "الكافة" وهل يعني هذا أن كل الأفراد والهيئات والسلطات في الدولة يلتزمون بقرارات المجلس الدستوري؟

إذا كان القرار الصادر عن المجلس الدستوري (الذي سبق الإشارة إليه) ملزماً بالنسبة للسلطات العمومية فإن المادة 49 من نظام عمل المجلس الدستوري وسعت نطاقه وجعلته ملزماً للسلطات القضائية والإدارية أسوة بالمادة 62 من الدستور الفرنسي لسنة 1958 وبغية تدارك النقص الذي أحدثته المادة 49 بقصرها نطاق إلزامية القرار الدستوري على السلطات العمومية والإدارية والقضائية دون التطرق لمدى إلزاميته بالنسبة للأفراد، جاءت المادة 54 من النظام المحدد لعمل المجلس الدستوري لسنة 2012 أكثر شمولية بإيرادها عبارة الكافة وهي عبارة ذات مفهوم واسع ينضوي تحته كافة السلطات وكذا الأفراد في آن واحد¹

فقرارات المجلس الدستوري ملزمة للسلطات العمومية، أي السلطات الدستورية إذ لا يمكن لرئيس الجمهورية الوزير الأول (رئيس الحكومة سابق) إصدار نص تنظيمي يتضمن أحكاماً مخالفة لقرار المجلس أو الاحتجاج في مواجهة الأفراد بنص قانوني قرر المجلس الدستوري عدم دستوريته، كما أنه لا يحق للبرلمان بغرفتيه مناقشة أو التصويت على نص قانوني يكون المجلس الدستوري قد أصدر قراراً بعدم دستوريته فبالرغم من اعتبار السلطة التشريعية معبرة من إرادة الأمة إلا أن أعمالها لا يمكن أن تكون مخالفة للدستور.

وعلى وجه المقاربة فقد برر واضعو الدستور الفرنسي لسنة 1958 أن الهدف الرئيسي من إيراد عبارة السلطات العمومية في المادة 62 فقرة أخيرة هو قصد السلطة التشريعية حتى لا تقوم بإعادة اعتماد أحكام سبق للمجلس الدستوري وأن أعلن عدم دستوريته²، كما تنضوي تحت عبارة "الكافة" أيضاً السلطات القضائية مهما كانت طبيعتها بما في ذلك العادية والإدارية وعلى اختلاف درجاتها، سواء كانت محاكم الدرجة الأولى أو الأخيرة، وهنا يكون إذا سواء مجلس الدولة أو المحكمة العليا ملزمين بقرارات المجلس الدستوري في جميع المهام التي يقومون بها .

كما تكون قرارات المجلس الدستوري ملزمة للأفراد من خلا تطبيقها عليهم عن طريق السلطات العامة كالسلطة القضائية عندما يرفع النزاع أمامها من طرف الأفراد، أو الإدارة عندما يتعامل الأفراد معها، وبالتالي إذا احترمت هذه السلطات القانون تكون بالضرورة القرارات الصادرة عن المجلس الدستوري محترمة من قبل الأفراد مما يفضي إلى احترامها من قبل الكافة.

¹ - نفس المرجع، ص 91.

² - ديباش سهيلة، المجلس الدستوري ومجلس الدولة، المرجع السابق، ص 91.

الفرع الثاني- القوة القانونية لقرارات المجلس الدستوري

ويتضح ذلك من كون قرارات المجلس الدستوري تعتبر قرارات محصنة وغير قابلة لأي طعن من طرق الطعن هذا من جهة، ومن جهة أخرى من كونها نهائية وحائزة لقوة الشيء المقضي فيه، بل وباتة لا تقبل إعادة النظر فيها من أي جهة أخرى، فالمجلس الدستوري هو المختص الوحيد لنظر دستورية القوانين والتنظيمات وكذا صحة الانتخابات وعمليات الإستفتاء طبقاً لما جاء في الدستور وهكذا لا تتمتع أي هيئة بأهلية مراجعة أحكامه أو التعقيب عليها لأنها نهائية طبقاً للمادة 54 نظام عمل المجلس الدستوري (آراء وقرارات المجلس الدستوري نهائية وملزمة للكافة) ولكن هل ترد على هذا المبدأ إستثناءات؟

يمكن أن تكون دعوى تصحيح خطأ مادي موضوع إخطار ويمكن أن يقبل بها المجلس الدستوري كما هو الحال أمام المحكمة الدستورية المصرية (حيث تكون بمبادرة من المحكمة الدستورية نفسها أو أحد الخصوم) وكذا المجلس الدستوري الفرنسي الذي أثبت في قرار صادر له بتاريخ 1987/10/23 تحت رقم 1026/87 إجازة دعوى تصحيح الخطأ المادي ما دام أن ذلك لا يمس بقوة الشيء المقضي به، غير قرارات هذا المجلس يمكن أن تكون محل طعن أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان كما أن قراراته تصبح لاغية إذا ما صوت الشعب عن طريق الاستفتاء على نص قانوني أثبت المجلس الدستوري عدم دستوريته¹.

أما بالنسبة للوضع في نظام المجلس الدستوري الجزائري فإن من آثار حجية أحكامه وقراراته أنها تصدر نهائية بمعنى لا يجوز طرح نفس النص القانوني أو أي حكم من قانون سبق للمجلس وأن قرر عدم دستوريته، أمام المجلس الدستوري مرة ثانية، وهو ما أكده المجلس الدستوري في أحد قراراته بقوله (واعتباراً والحال، أن إدراج نفس الشرط من شروط الترشح لرئاسة الجمهورية، الذي تم الفصل فيه بعدم مطابقته للدستور، تجاهل قوة قرار المجلس الدستوري، ومن ثم فإنه لا وجه للبحث في مدى دستوريته من جديد)².

كما صرح بخصوص المطة 5 من المادة 23 من القانون العضوي المتعلق بالإعلام لسنة 2012 (واعتباراً أن المطة 5 من المادة 23 من القانون العضوي المتعلق بالإعلام موضوع الإخطار تشترط في المدير مسؤول أي نشرية أن يكون مقيماً بالجزائر،

- واعتباراً أنه سبق للمجلس الدستوري عند مراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية للدستور، أن أصدر الرأي 01 ر.أ.ق عض/م.د المؤرخ في 06

¹-دبياش سهيلة، المجلس الدستوري ومجلس الدولة، المرجع السابق، ص94.

²-قرار رقم 01_ق، أ.م.د 95 مؤرخ في 06 أوت 1995 المتعلق بدستورية البند السادس من المادة 108 من قانون الانتخابات

مارس 1997، الذي توصل فيه إلى أن اشتراط الإقامة المنتظمة في الجزائر من قبل
المشروع غير مطابق للدستور بالنظر إلى المادة 44 منه ،
- واعتبارا أنه بالنظر إلى ما سبق، يتعين التذكير بأن آراء المجلس الدستوري وقراراته نهائية
وغير قابلة للطعن وترتب آثارها، طالما أن الأسباب التي استند إليها منطوقه لازالت
قائمة، ولم تتعرض تلك الأحكام الدستورية للتعديل)¹ .

إلا أنه بتتبع فقه المجلس الدستوري الجزائري نجده قام في بعض قراراته بتصحيح بعض الأخطاء المادية
وبالتالي يمكن أن تكون دعوي تصحيح خطأ مادي موضوع إخطار ويمكن أن يقبل بها المجلس
الدستوري الجزائري مثل نظيره الفرنسي، وهذا ما نستشفه من مراجعته للرأي رقم 01 ر.أ.ق عض /
م.د.6 مارس سنة 1997، يتعلق بمراقبة مطابقة الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب
السياسية للدستور بقوله:

(استدراك للرأي رقم 01 ر.أ.ق عض / م.د المؤرخ في 27 شوال عام 1417 الموافق 6 مارس
سنة 1997، يتعلق بمراقبة مطابقة الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب
السياسية للدستور.

الجريدة الرسمية - العدد 12 الصادر بتاريخ 27 شوال عام 1417 الموافق 6 مارس سنة
1997. الصفحة 42 - العمود الأول - السطر الأول.

بدلا من : طبقا للمادة 154،

يقراً : طبقا للمادة 15. (الباقي بدون تغيير))

¹-راي رقم 02/م د، 12/ المؤرخ في 08 جانفي 2012 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالإعلام، للدستور.

المبحث الثاني - مدى إمكانية إعادة النظر في قاعدة الأثر الفوري لقرارات المجلس

الدستوري

أمام الاشكالات التي تثيرها قاعدة الأثر الفوري لقرارات المجلس الدستوري تتجلى الضرورة الملحة لإعادة النظر في هذه القاعدة، وذلك تأسيا بالقواعد المعروفة في نظام الدعوى الدستورية وتطبيقات الأثر الفوري، وكذا القواعد المعروفة في المنازعة الإدارية وبصفة خاصة القواعد المطبقة في دعوى الإلغاء كون كلا الدعويين سواء دعوى الإلغاء أو الدعوى الدستورية تندرجان ضمن الدعاوى العينية هذا من جهة، ومن جهة ثانية ضرورة منح القاضي الدستوري سلطة أو رخصة تحديد تاريخ سريان القرار الدستوري سواء بأثر رجعي أو بأثر فوري أو بأثر مستقبلي، وهذا ما نتعرض له في النقاط الجزئية الموالية:

المطلب الأول- ضرورة تبني قاعدة الأثر الرجعي المعروفة في دعوى الإلغاء وكذا نظام المحكمة

الدستورية

باعتبار أن الدعوى الدستورية دعوى عينية الغرض منها محاصمة القوانين غير الدستورية، فإنه يمكن أ، نطبق عليها القواعد المعروفة في دعوى الإلغاء ، وهذا ما نتطرق له من خلال تبيان مدلول الأثر الرجعي لحكم الإلغاء وأساسه القانوني وما مدى إمكانية تطبيقه على قواعد المنازعة الدستورية. فقد استقر الفقه والقضاء الإداريين على مبدأ الأثر الرجعي لحكم الإلغاء حتى صار هذا المبدأ قاعدة مضطردة ولم يشكك أحد في ذلك، حيث أن مبدأ الأثر الرجعي لحكم الإلغاء هو ما يتفق مع اعتبارات مبدأ المشروعية، فالأثر الرجعي كما يقول الدكتور محمد السناري " يقصد منه حماية المشروعية من ناحية والمحافظة على أصحاب الشأن من ناحية أخرى، فحماية المشروعية حماية كاملة تقتضي أن ينعطف الجزاء المقرر لمخالفتها إلى التاريخ الذي تحققت فيه المخالفة وهو تاريخ صدور القرار الملغى"، ويؤكد الأستاذ إبراهيم محمد على الأثر الرجعي لحكم الإلغاء قائلا: "يترتب على الحكم بالإلغاء إعدام القرار المطعون فيه وخروجه تماما من النظام القانوني في ذلك الوقت"¹ كما يرى الأستاذ:

"Frédéric de Dieu « le caractère rétroactif de l'annulation contentieuse à long temps été considéré comme un principe essentiel de la justice administrative...."

أي أن الطابع الرجعي للإلغاء يعتبر منذ وقت طويل مبدأ أساسيا للعدالة الإدارية²

¹-أشار إليه، أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي، الأثر الرجعي في القضاء الإداري والدستوري، المرجع السابق، ص588.

² - Frédéric de Dieu, la modulation des effets des annulations contentieuses ou comment concilier principe de légalité et principe de légalité juridique AJDA 2428

ويرى البعض أن الإلغاء القضائي يجعل القرار كأن لم يكن ويخرجه بصفة كاملة ونهائية من التنظيم القانوني بأثر رجعي .

وقد قرر مجلس الدولة الفرنسي مبدأ الأثر الرجعي لحكم الإلغاء في الكثير من أحكامه، ومن أحكامه في هذا الصدد، حكمه الصادر في قضية **Rodièr** الصادر في 1925/12/6، حيث قرر في هذا الحكم أن الأثر الرجعي للإلغاء القضائي يجعل القرار المحكوم بإلغائه كأن لم يكن في الوجود أبداً¹.

وقد تواترت أحكام المجلس الدولة الفرنسي على هذا المبدأ، ومن أحكامه الحديثة في هذا الصدد نذكر حكمه الصادر في 2009/07/24، في قضية **GRII-GEN** والذي جاء فيه

"أن إلغاء القرار الإداري من حيث المبدأ، يعني أن هذا القرار يعتبر كأن لم يكن في الوجود أبداً"².

وعليه، فهذه الأحكام التي تواتر عليها الفقه والقضاء الإداريان في دعوى الإلغاء يمكن تبنيها في الدعوى الدستورية، فإذا كان الأثر الرجعي لحكم الإلغاء يتفق مع اعتبارات مبدأ المشروعية، فإن الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية هو وحده الكفيل لحماية مبدأ دستورية القوانين، وخير ضمان لمبدأ سمو الدستور، هذه المبادئ التي تقتضي أن ينعطف الجزء المقرر لمخالفتها إلى تاريخ صدور القانون غير الدستوري.

أما عن أساس الأثر الرجعي لحكم الإلغاء، فيذهب رأي الفقه الفرنسي إلى أن الأثر الرجعي لحكم الإلغاء إنما يرجع إلى أثره الكاشف وذلك على أساس أن حكم الإلغاء يكشف عن عدم المشروعية التي لازمت القرار منذ صدوره ومن الطبيعي طبقاً لذلك أن تنسحب آثار الحكم إلى تاريخ صدور القرار³.

كما أن الأثر الرجعي لحكم الإلغاء لا يرجع لما لهذا الحكم من طبيعة كاشفة فحسب، بل يرجع أيضاً لما له من طبيعة خاصة، من حيث أن قاضي الإلغاء لا يفصل في نزاع بين طرفين ليقرر لأحدهما حقوقاً شخصية قبل الآخر، بل يفصل في مسألة قانونية موضوعية ضد قرار، ليقرر ما إذا كان هذا القرار غير مشروع، فحكم قاضي الإلغاء بمثابة شهادة بعدم مشروعية هذا القرار منذ نشأته⁴.

ويذهب الفقيه الفرنسي (**wel**) إلى أن لحكم الإلغاء أثراً منشئاً وكاشفاً في نفس الوقت، فيؤكد أن حكم الإلغاء بحسب جوهره كاشف عن حق سابق، فالإلغاء إذا اتجه إلى الماضي فإنه يعيد ترتيب الحالة التي كانت في الفترة السابقة على صدوره، وهنا يكون للإلغاء أثر مقرر، وكذلك فإن الإلغاء بحسب

¹ - C ,e 26/12/1925.RODIER ;Rec ;p1065 ,voir aussi C.E 29/04/1977 ,Ministre de l'industrie/Dame Appuy et société minière de trebas ,p201 .

² -C.E 24/7/2006.N 30514 .Comité de recherche et d'information indépendantes sur le dénie génétique GRII-GEN ,AJDA 2009 P1818.

³ -، أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي، الأثر الرجعي في القضاء الإداري والدستوري، المرجع السابق، ص590.

⁴ -نفس المرجع، ص591.

وجوده منشئ لحق جديد، ويخلق تحولاً كبيراً في النظام القانوني، وبهذا فهو يتجه نحو المستقبل، وعليه فإذا كان حكم الإلغاء كاشفاً من حيث مبدئه، فإنه منشئ من حيث حركته¹.

وعليه، فهذه الآراء يمكن اعتمادها كمبررات للأثر الرجعي لقرارات المجلس الدستوري، حيث أن الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية إنما يرجع إلى أثره الكاشف، وذلك على أساس أن الحكم بعدم الدستورية يكشف عن عدم الدستورية الذي لازم القانون المطعون بعدم دستوريته منذ نشأته، فمن الطبيعي أن تنسحب آثاره إلى تاريخ صدوره، حيث أنه عندما يصدر المجلس الدستوري قراراً بعدم الدستورية فهذا يعني أنه كشف عن باطل قد حصل، ولذا يجب أن يكون الإلغاء أو فقدان الأثر أو القوة القانونية من يوم صدور النص القانوني وليس من تاريخ قرار المجلس، سيما وأن القاعدة الفقهية تقول أن "ما بني على باطل فهو باطل"، وعليه يتعين تصحيح الأوضاع الناجمة عن تطبيق الباطل، وذلك بإعادة الأمور سيرتها الأولى وفي حالة تعذر ذلك فعلى الأقل اللجوء إلى قاعدة التراضي والصلح عن طريق التعويض عن الأضرار. وإن كان هناك تخوف من المساس بالحقوق والمراكز القانونية السابقة لصدور هذا القرار فيتم وضع حدود لإعمال قاعدة الأثر الرجعي المعروفة في نظام المحكمة الدستورية، حيث تعتبر الحقوق والمراكز القانونية الناتجة عن أحكام قضائية حائزة لقوة الشيء المقضي فيه، أو المكتسبة بالتقادم محصنة أي لا يمسها الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية.

المطلب الثاني - منح المجلس الدستوري رخصة تحديد تاريخ سريان الحكم بعدم الدستورية

نظراً لكون الأحكام بعدم الدستورية كاشفة وليست منشئة، إذ هي لا تستحدث جديداً ولا تنشئ مراكز أو أوضاعاً لم تكن موجودة من قبل، بل هي تكشف عن حكم الدستور في المنازعة الدستورية المطروحة وترد القانون غير الدستوري إلى مفهومه الصحيح الذي يلازمه منذ صدوره، وما إذا كان هذا النص القانوني قد جاء موافقاً للدستور وفي حدوده المقررة شكلاً وموضوعاً، فتأكد للنص شرعيته الدستورية ويستمر نفاذه، أم أنه صدر متعارضاً مع الدستور فينسلخ عنه وصفه وتنعدم قيمته² ابتداءً من يوم صدور قرار المجلس الدستوري وفق المادة 169 من الدستور وهو طرح غير سليم خاصة أن القوانين بشكل عام التي أخذت طريقها للتطبيق والسران قد أفرزت نتائج محددة وأقامت علاقات مادية ومعنوية دقيقة قد تكون باطلة في أصلها في حالة إلغاء القانون المنشئ لها، إلا أنه لا يمسها مما يسمح باستمرار الوضع غير الدستوري، ولهذا يُتطلب على الأقل منح القاضي الدستوري رخصة تحديد تاريخ سريان القرار بعدم الدستورية، إما بأثر رجعي أو فوري أو حتى مستقبلي، بعد إجراء موازنة معمقة

¹- نفس المرجع، ص 591.

²- محمد كامل إبراهيم، أثر الحكم الصادر بعدم الدستورية، المرجع السابق، ص 35.

بين الحفاظ على الأمن القانوني، واستقرار المعاملات وضمنان مبدأ الدستورية وسمو الدستور، هذا كل ما ارتأينا مناقشته وطرحه في هذا البحث المتواضع، وهي إشكالات ارتأينا إثارتها، قد تنير حواراً أو نقاشاً فقهما بين ذوي التخصص

خاتمة

أثارت قاعدة الأثر الفوري لقرارات المجلس الدستوري التي تبناها المؤسس الدستوري الجزائري في المادة 169 من الدستور عدة إشكالات، إذ تعتبر النصوص غير الدستورية عديمة الأثر من يوم صدور قرار المجلس الدستوري، وهو طرح غير سليم خاصة أن القوانين بشكل عام التي أخذت طريقها للتطبيق والسريان قد أفرزت نتائج محددة وأقامت علاقات مادية ومعنوية دقيقة قد تكون باطلة في أصلها في حالة إلغاء القانون المنشئ لها، إلا أنه لا يمسها مما يسمح باستمرار الوضع غير الدستوري، ولذلك فإن المجلس الدستوري عندما يصدر قرار بعدم دستورية نص معين فهذا يعني أنه كشف عن باطل قد حصل ولذلك يجب أن يكون الإلغاء أو فقدان الأثر أو القوة القانونية من يوم صدور القانون غير الدستوري وليس من تاريخ صدور قرار المجلس، سيما وأن القاعدة الفقهية تقضي بأن ما بني على باطل فهو باطل، وعليه يتعين تصحيح الأوضاع الناجمة عن تطبيق الباطل وذلك بإعادة الأمور إلى سيرتها الأولى، وفي حالة تعذر ذلك فعلى الأقل اللجوء إلى قاعدة التراضي والصلح عن طريق التعويض عن الأضرار، لأن قرارات المجلس كاشفة وليست منشئة، فهو يكشف عن التجاوز والخطأ الحاصل في وضع وتطبيق قواعد تخالف الدستور، وإلا فإنه في هذه الحالة يتجاوز حدود صلاحياته ويحل في مكان السلطة التشريعية فيضفي الشرعية على الفترة السابقة على قراراته ويبطل الجزء الآخر.

ولا شك أن إدخال هذه التعديلات سيبعث روحاً جديدة في نشاط هذه المؤسسة الدستورية ويضفي الديناميكية على عملها.

قائمة المراجعمراجع باللغة العربية :

- أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي، الأثر الرجعي في القضاء الإداري والدستوري، طبعة أولى، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، 2009.
- ديباش سهيلة، المجلس الدستوري ومجلس الدولة، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، بنعكنون، 2001/2000.
- محمد كامل إبراهيم، أثر الحكم الصادر بعدم الدستورية، الدار البيضاء للطباعة والنشر، القاهرة، الطبعة الأولى، 1998.
- نورة مزرة جعفر، المجلس الدستوري الجزائري بين النظري والتطبيقي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، 1990، العدد 4
- نبالي فطة، دور المجلس الدستوري في حماية الحقوق والحريات العامة، المرجع السابق، ص 225
- عباس الصراف، المدخل إلى علم القانون، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1994.
- محمد حسنين، الوجيز في نظرية القانون، المؤسسة الوطنية للكتاب، د.س.ن.
- قرار رقم 01_ق، أ_م د_95 مؤرخ في 06 أوت 1995 المتعلق بدستورية البند السادس من المادة 108 من قانون الانتخابات
- راي رقم 02/ر م، د/12 المؤرخ في 08 جانفي 2012 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالإعلام، للدستور.

مراجع باللغة الأجنبية

- Frédéric Dieu, la modulation des effets des annulations contentieuses ou comment concilier principe de légalité et principe de légalité juridique AJDA 2428
- C ,e 26/12/1925.RODIER ;Rec ;p1065 ,voir aussi C.E 29/04/1977 ,Ministre de l'industrie/Dame Appuy et société minière de trebas ,p201 .
- C.E 24/7/2006.N 30514 .Comité de recherche et d'information indépendantes sur le dénie génétique GRII-GEN ,AJDA 2009 P1818.

الخطأ المرفقي في تنظيم وسير المرافق الاستشفائية العامة

الباحث . قليل فريد

كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة تبسة - الجزائر

مقدمة:

مما لا شك فيه أن المرافق الاستشفائية باتت اليوم في الجزائر تستقطب أعدادا كبيرة في المواطنين في كل المناطق، الذين يقصدونها لدواعي صحية كل حسب حالته. وهو ما يثقل لا ريب من مسؤوليتها القانونية، باعتبارها من قامت بالخدمة وهي من تتحمل نتيجة عملها.

وينبغي التنويه في البداية أن الذين يؤدون الخدمات الطبية، ويشرفون على العمليات الجراحية المختلفة، والذين يتابعون الحالات الصحية، والذين يشرفون على عمليات نقل الدم وأعمال الأشعة، بل وحتى تقديم الدواء، وكل ما له علاقة بصحة الإنسان، وسلامة بدنه، هم بشر قد يخطئون في التقدير، أو يسيطر عليهم الاندفاع، وعدم التبصر أو التقصير والغفلة، مما يعرض القطاع الصحي ممثلا في الإدارة الاستشفائية المختصة للمسؤولية القانونية، فتقف أمام القضاء الإداري نتيجة دعوى رفعت ضدها من قبل أحد المتعاملين مع القطاع، وتطالب قانونا وقضاءا بجبر الضرر ودفع التعويض اللازم المحكوم به.

وأضحت المسؤولية الطبية اليوم من أهم الموضوعات القانونية نتيجة تعلقها الشديد بالحق في الصحة، وهو حق دستوري، والحق في حماية الجسد، وسلامة البدن أيضا. وتم تناولها من قبل الباحثين، من زوايا قانونية مختلفة، من الناحية الإدارية، وهو موضوع دراستنا، كما تم التطرق لها من الناحية المدنية، ومن الناحية الجزائية أيضا. وازداد الاهتمام بالمسؤولية الطبية بعد التطور التكنولوجي السريع الذي عرفه العالم في مجال التجهيزات الطبية.

ولقد دفعنا للبحث في هذا الموضوع جملة من الأسباب الذاتية والموضوعية. فأما الأسباب الذاتية فتتمثل في كوني أحد الممارسين في قطاع الصحة العمومية زهاء عقدين من الزمن فمارست مهنة التمريض، وهذه الأخيرة مكنتني من معرفة عديد خبايا القطاع سيما في مجال العلاقة بين الطبيب والمريض مما غرس في نفسي فضولا علميا للبحث في هذا الموضوع. أما السبب الموضوعي فيمكن في أهمية البحث في مجال المسؤولية على أساس الخطأ، وكيف يمكن معرفته والوقوف عنده خاصة وأن مثل هذا النوع من الدعاوى شهد في العقد الأخير ارتفاعا كبيرا على مستوى المحاكم الإدارية ومجلس الدولة.

إن موضوع المسؤولية الإدارية للمرافق الاستشفائية تثير عدة إشكالات على الصعيد العملي وأمام جهات القضاء نظرا لطابعها الخاص ومحور الإشكالية الخاصة بدراستنا تتمثل في : كيف يمكن معرفة الخطأ الطبي، وعلى أي أساس يمكن تكيفه، وما هي الآثار القانونية الناجمة عن ثبوت الخطأ الطبي خاصة من ناحية رفع دعوى التعويض ؟

وتهدف هذه الدراسة الى ابراز قواعد المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ في المستشفيات العامة، وهو ما يعني أن الدراسة عمليا تسعى إلى تنمية روح المسؤولية في المرافق العمومية الجزائرية و خاصة منها المرافق الإستشفائية التي تعتبر من المرافق الحساسة والحيوية في الدولة لما لها أثر بالغ في الاتصال بطريقة مباشرة أو غير مباشرة بجسم الإنسان،بالإضافة إلى الهدف الأكاديمي الخالص وهو زيادة الرصيد المعلوماتي الخاص .

ويمكن حصر أهداف الدراسة فيما يلي:

- تحديد المسؤولية من الجانب الإداري تحديدا دقيقا وملائما، وربطها بالمسؤولية المدنية.
 - التعرف على الإجراءات القانونية المتخذة في الحالات التي تثبت فيها المسؤولية المرفقية للإدارة الاستشفائية على أساس الخطأ.
 - التوقف عند بعض القرارات القضائية الصادرة عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى والمحكمة العليا سابقا و مجلس الدولة حاليا ذات الصلة بموضوع الدراسة، ومحاولة تحليلها ودراستها.
- ولقد اتبعنا المنهج التحليلي، وهو المنهج المناسب لمثل هذه النوع من الدراسة سيما وأنها تنصب على تحليل قواعد المسؤولية الطبية انطلاقا من النصوص الرسمية. وتتويج ذلك بتحليل القرارات القضائية الصادرة عن مجلس الدولة، وكذا الصادرة أيضا عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سابقا .
- لدراسة هذا الإشكال وتحليله ارتأينا وضع خطة مكونة من ثلاثة مباحث، نتناول: في المبحث الأول :
- مفهوم الخطأ المرفقي و تميزه عن الخطأ الشخصي.

المبحث الثاني: نطاق الخطأ المرفقي المنشئ للمسؤولية.

المبحث الثالث: أساس وشروط مسؤولية المستشفيات العمومية.

المبحث الأول : تعريف الخطأ المرفقي وتميزه عن الخطأ الشخصي :

تعرف المسؤولية القانونية عموماً بأنها: " إرتكاب الشخص فعلاً ينشأ عنه ضرر للغير ويتولد عنه مؤاخذاً القانون إياه على فعله."¹

أما المسؤولية المدنية فقد تنشأ في صورة الإخلال بالتزام تعاقدي فنكون حينئذ أمام مسؤولية عقدية. وقد يكون أساسها عمل ضار موجب للمسؤولية فنكون أمام ما يسمى بالمسؤولية التقصيرية².

وفي مجال القانون الإداري عادة ما يستعمل مصطلح المسؤولية الإدارية. وقد عرفها الدكتور ناجي البكوش بأنها: «مسؤولية قانونية تتجسد من خلال واجب التعويض المالي للضرر الذي يلحق بالمتضرر من أنشطة الإدارة وأعمالها».³

ولو حاولنا ربط قواعد المسؤولية الإدارية بمرفق الصحة لوجدنا أن مؤسسات الصحة العمومية مجموعة هيكل صحية تابعة للقطاع العام تهدف إلى تلبية حاجات اجتماعية هامة من خلال تقديم خدمات مجانية تتمثل في العلاج و القيام بأعمال وقائية حماية للصحة العمومية للمجتمع، حيث تنشأ وتنظم وتراقب من طرف الدولة، وتنفيذ للمهام المكلفة بها تقوم مؤسسات الصحة العمومية بعدة أنشطة منها ما يتعلق بالجانب الإداري والتنظيمي ومنها

ما يتعلق بالجانب الطبي، الذي يعتبر بمثابة النشاط التي أنشئت من أجله، حيث يشكل مصدراً لمسؤولية هذه المؤسسات عن الأخطاء التي قد تترتب أثناء ممارستها⁴. وهو ما سنفصله في المطالب التالية.

المطلب الأول: تعريف الخطأ المرفقي :

يعرف الخطأ اصطلاحاً على أنه: " انحراف الشخص في سلوكه مع إدراكه لهذا الانحراف"¹ ، أما الخطأ المرفقي بصفة خاصة هو الخطأ الذي ترتبه المرافق العمومية و الذي قد يتعلق إما بتنظيمها أو

¹ - الدكتور زهدي يكن، المسؤولية المدنية عن الأعمال غير المباحة، منشورات المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، دون تاريخ، ص 33.

² - لتفصيل أكثر أنظر: الدكتور محمود جلال حمزة، المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية في القانون المنى الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1988، ص 15. الكتور توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام -في مصادر الالتزام- الدار الجامعية، بيروت، 1988، ص 363.

³ - د . ناجي البكوش، المسؤولية الإدارية اليوم، مجلة دراسات قانونية، جامعة صفاقس، 2006، ص من 13 .

⁴ - عبد الرحمان فطناسي، المسؤولية الادارية لمؤسسات الصحة العمومية عن نشاطها الطبي في الجزائر، مذكرة ماجستير، تخصص قانون اداري وإدارة عامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2010_2011، ص 12_13.

(Fautes de service liées à l'organisation ou liées au fonctionnement²) سيرها.

و قد أشار الفقه التقليدي إلى تعريف الخطأ المرفقي لا سيما (لافريو) الذي اعتبر بأنه الخطأ غير المطبوع بطابع شخصي والذي يصدر عن موظف عرضة للخطأ والصواب، وكذا الفقيه (هوريو) الذي يرى أنه الخطأ الذي لا يمكن فصله عن واجبات الوظيفة، بحيث يعتبر من المخاطر العادية التي يتعرض بها الموظفون³.

وعلى ذلك فإن الخطأ المرفقي في مجال الأعمال الطبية يندرج ضمن مخالفة أو خروج من الطبيب في سلوكه على القواعد والأصول الطبية التي يقضي بها العلم أو المتعارف عليها عمليا و نظريا متى ترتب على فعله نتائج جسيمة⁴.

المطلب الثاني : تمييز الخطأ المرفقي عن الخطأ الشخصي.

ان التمييز بين ما يعتبر خطأ شخصيا حيث يسأل عنه الموظف، وما يعتبر خطأ مرفقيا تسأل عنه الادارة، يعد من الأمر العسير تحقيقه في الوقت الحاضر، كما أن القضاء الجزائري لا يكاد يستقر على قاعدة بينة المعالم في هذا الشأن، حيث كثيرا ما يعالج الحالات المعروضة عليه كل على حده⁵.

¹ - مقدم السعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992، ص 30. وأيضاً الدكتور زهدي يكن، المرجع السابق، ص 56. وأيضاً الدكتور حسن فرج، المرجع السابق، ص 381.

² - أنظر: سليمان حاج عزام، المسؤولية الادارية للمستشفيات العمومية، اطروحة دكتوراه، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2010_2011، ص 2.

وأيضاً : بن عبد الله عادل، المسؤولية الإدارية للمرافق الإستشفائية، أطروحة دكتوراه علوم، جامعة بسكرة، كلية الحقوق، 2011، ص 59.

أنظر : د. مبروكة الصيد، مكانة الخطأ في المسؤولية الإدارية، مجلة دراسات قانونية، جامعة صفاقس، كلية الحقوق، 2006، ص من 49 الى 73 .

أنظر : د. محمد محمد أبو زيد نحو إرساء القضاء الكويتي لأحد مبادئ المسؤولية الطبية (معيار خطأ الطبيب) مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلس النشر الجامعي، السنة العشرين، العدد الأول والثاني، 1996، ص من 321 الى 343 .

³ - د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثاني، قضاء التعويض وطرف الطعن في الأحكام، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي للنشر، القاهرة، 1996، ص 121.

⁴ - قايد أسامة، المسؤولية الجنائية للأطباء، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، (دون طبعة)، 1990، ص 224.

⁵ - سليمان محمد الطماوي، نفس المرجع، ص 121.

أيضاً : د. معتز القرقوري، مسؤولية المرفق العام الإستشفائي تجاه المرضى، مجلة دراسات قانونية، جامعة صفاقس، كلية الحقوق، 2006، ص من 164 الى 200 .

لذا نستنتج أن الأصل العام في الخطأ المرفقي ينصب حول العون العمومي المرتكب له، بحيث يعد غير مسؤول شخصيا، فهذا الخطأ يرتب مسؤولية الشخص العمومي وحده، لكن رغم كل هذا يمكن القول بأن الخطأ الشخصي هو الخطأ الذي يرتكبه الموظف خارج نطاق الوظيفة الإدارية أو بداخلها بشرط أن يكون بسوء نية وعلى قدر من الجسامة. أما الخطأ المرفقي فهو الإخلال بواجبات الوظيفة حتى ولو كان الإخلال نابع عن حسن النية على قدر كبير من الجسامة.

أما القضاء الإداري المقارن فقد أعتبر الخطأ المرفقي كل خطأ لا يمكن فصله عن تأدية الوظائف، وفي ما عد ذلك فإننا نكون بصدد خطأ شخصي¹.

و لأجل تمييز الخطأ المرفقي عن الخطأ الشخصي في تحديد المسؤولية الإدارية للمرافق الإستشفائية نتناول الأمثلة التالية:

1- الخطأ المرفقي في مجال عمل مصالح الاستقبال والتوجيه: إن أول مصلحة تطلعها قدم المنتفع من خدمات المرفق العام الإستشفائي هي مصلحة الاستقبال والتوجيه وهنا نتعرض للأخطاء المحتمل حدوثها والتي لم يهملها المشرع ، فتوقعها واعتبارها من قبيل الأخطاء المنشئة لمسؤولية المستشفيات وقرر الجزاء المناسب لها ومنها الإخلال بالحق في الرعاية الصحية في ظل احترام الكرامة وعدم التمييز وكذا الإخلال بحق المريض في حفظ أمواله المودعة لدى المستشفيات العمومية².

2- الخطأ المرفقي في مجال عمل مصالح الإقامة وحماية البيئة في المستشفيات : والتي يقصد بها الخدمات الصحية التي يتلقاها المريض في المستشفى بسبب إقامته فيها، وما يحتاجه من رعاية أثناء مدة تواجده خاصة من ناحية توفر ظروف الراحة اللازمة وما تستلزمه من نظافة وهواء مكيف نقي وأكل نظيف ومراقب من طرف مسؤول الغذاء (dieticien)³.

ومثال الخطأ الشخصي خطأ الطبيب كلما خالف القواعد والأصول التي توجبها عليه المهنة الطبية ، فعن أي خطأ يسأل الطبيب مساءلة شخصية؟ .

يسأل الطبيب هنا كما هو الشأن بالنسبة للشخص العادي عن خطئه المادي الذي يرتكبه سواء خارج نطاق عمله أو داخله، ففي حالة تقاعس الطبيب المشرف (طبيب عام) عن إستدعاء طبيب

¹ - عبد الرحمان فطناسي، المرجع السابق ، ص 40 .

² - أ. سليمان حاج عزام، المرجع السابق، ص 43 .

وأيضا : د. معتز القرقوري، المرجع السابق ، ص 164 .

Rachid zouaimia mari christineROUAULT , droits administratif , Alger , bertiéditions , 2010 , p298

³ - المادة 196 من قانون حماية الصحة و ترقيتها.

الإختصاصي و حصول مضاعفات للمريض تقوم المسؤولية الطبية، لأن هذا السلوك العادي من الطبيب المشرف يعتبر خطأ ارتكبه بمخالفة للقواعد العامة المرتبطة بالحرص والحذر واليقظة والعناية اللازمة¹.

المبحث الثاني : نطاق الخطأ المرفقي المنشئ لمسؤولية المرافق الاستشفائية

إن العلاقة قائمة لا شك بين المسؤولية الإدارية والمسؤولية المدنية، فهي كما وصفها الدكتور محمد محفوظ علاقة تأثير وتأثر.²

فالخطأ المتعلق بتنظيم المستشفيات العمومية يشمل نطاقه الأعمال التي تقوم بها المصالح الإدارية و مصالح التجهيزات والصيانة التقنية لهذه المستشفيات ، كما يمتد نطاقه التنظيم المصالح الطبية الإستشفائية، والمصالح الطبية التقنية لا سيما فيما يتعلق بنظام المداومة³. وهو ما سنتولى تفصيله في المطلبين التاليين:

المطلب الأول : الخطأ المرفقي في مجال عمل المصالح الإدارية.

تعتبر المصالح الاستشفائية الحديثة تنظيماً طبيًا متكاملًا تستهدف توفير وتقديم الخدمة الصحية بمفهومها الشامل، من علاج و عناية فائقة بالمريض الوافد إليها قصد العلاج والشفاء وكذلك من بحث و تطور متواصل، والاعتماد على أحدث الوسائل المتكثرة في هذا المجال فلم يعد إذا مجرد ذلك المكان الذي يأوي المرضى و المصابين حتى يتم خروجهم من المستشفى فحسب بل يقوم بعدة نشاطات أساسية منها ما هو إداري و تجهيزي و تقني .

ومن أجل ذلك فإن المرفق الاستشفائي يتوفر على جهاز طبي منظم يشمل بذاته أسرة الأطباء والمرضى والمساعدين هذا نظرا لطبيعة شخصية المستشفى المعنوية والذي يترتب عنه استحالة قيامه بهذه النشاطات إلا عن طريق أشخاص طبيعيين يستخدمهم لهذا الغرض، والذين يقع عليهم جميعا واجب

¹- د. منصور عمر المعاينة، المرجع السابق، ص 48.

² - د. محمد محفوظ، المسؤولية المدنية والمسؤولية الإدارية (التأثير والتأثر)، مجلة دراسات قانونية، جامعة صفاقس، كلية الحقوق، 2006، من 35 الى 47 .

³- أ . سليمان حاج عزام، نفس المرجع، ص 42.

والتزام تقديم كل ما بوسعهم لتحقيق أقصى قدر ممكن من الرعاية الضرورية للمرض، ونظرا للدور الحساس الذي يلعبه الطاقم الاستشفائي فإن معظم الالتزامات الأساسية تقع على عاتقه¹.

1- المسؤولية الإدارية عن أخطاء تقنية: إذا فيما يخص الأخطاء التقنية يتم الرجوع الى قواعد فن الطب وهي خبرة أو ممارسة معمول بها في الوقت الراهن وباتت معروفة طبيا، كما يتم أحيانا الرجوع الى العادات وبالتالي فإن الطبيب الذي ينفذ عمله طبقا لقواعد فن الطب أكيد لا ينظر إليه بأنه ارتكب خطأ، لماذا؟ لأنه تصرف بذات الطريقة التي نعتبره نموذجا للسلوك المعتاد، وفي الفرضية العكسية الطبيب لا يتصرف بالتوافق مع قاعدة فن الطب فيرتكب خطأ، لكن إذا كانت القاعدة صحيحة في المبدأ بصورة عامة فإنه ليس لها المدى المطلق للفرضية الأولى أين ينحرف الطبيب في سلوكه عن قاعدة فن الطب².

كما أن التجهيزات التقنية لا تقل أهمية هي الأخرى عن الأجهزة الطبية، بحيث لا يمكن للمستشفى ان يستغني عن مولدات الطاقة الكهربائية أو أجهزة التدفئة المركزية أو المكيفات الهوائية، وغيرها كما يأتي بيانه:

- الإخلال بالسليم لمولدات الطاقة الكهربائية:

إن أهمية التسيير الآلي ازدادت أكثر في المستشفيات ذلك إن انقطاع التيار الكهربائي الموصول بشبكة التوصيل العامة من شأنه أن يؤدي إلى وفات المريض الذي يخضع للعلاج والموصول جسمه بأجهزة إنعاش تشتغل بالطاقة الكهربائية، وعليه فتوافر المستشفى على مولدات كهربائية ضخمة تشتغل تلقائيا فور انقطاع التيار الكهربائي لشبكة الكهرباء الخارجية ضرورة خارجية حيوية لا غنى عنها.

من هنا فالإخلال بالصيانة التقنية للطاقة الكهربائية وترتيب الضرر للمنتفع خدمات المرفق العام الإستشفائي يعد خطأ موجبا للمسؤولية.

- الإخلال بالسليم لتجهيزات التدفئة المركزية والمكيفات الهوائية: وهي من موجبات المسؤولية الإدارية للمستشفيات العمومية كونها لم تقدم الخدمة العمومية على الوجه الصحيح، ولأن هذه الوضعية قد تضر بالمريض لا محالة وقد لا تعجل شفائه.

¹ - عميري فريدة، مسؤولية المستشفيات في المجال الطبي، رسالة ماجستير، تخصص قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011، ص 13.

² - بن عبد الله عادل، رسالة سابقة، ص 99-100.

- الإخلال بالصيانة الجيدة للمنشآت الصحية وشبكة التطهير: إن القول بعدم توافر المياه والصيانة الجيدة للمنشآت وشبكات التطهير من شأنه أن يدرج في السير المعيب للمرفق، وهو أحد مسببات المسؤولية الإدارية .

- الإخلال بالصيانة الجيدة الصالحة للشرب : تلعب شبكة المياه في نطاق المصلحة الإستشفائية دور لا يستهان به حيث تبرز هذه الأهمية من عدة أوجه، من حيث وفرتها على مدار الأربع والعشرين ساعة دون إنقطاع ضمان للنظافة الدائمة، ومن جهة أخرى ضمان جودة المياه التي تؤدي الى تحضير جيد للطعام دون مخاطر وعدم الخشية للتجهيزات من التلف .
نلاحظ كممارسين للمهنة الطبية أن المصالح الاستشفائية قد عمدت الى توفير المياه الجاهزة الصالحة للشرب (معقمة) خوفا من مختلف الأمراض والأوبئة التي تنتقل من المياه مثل حمى التيفوئيد (fièvre typhoide)¹ .

2 - المسؤولية بسبب الأخطاء الإدارية والتنظيمية : إذا كانت مسؤولية المرافق الإستشفائية تقوم أحيانا على فعل النشاط الطبي فهي كثيرا ما تقوم عن فعل الأخطاء المتولدة عن أعمال التنظيم الإدارية وسير المرفق، ويندرج ضمن مفهوم السير العام للمرفق وتنظيمه كل ما يتعلق بالوسائل المادية والبشرية الضرورية للنشاط، والقواعد القانونية بتنوع مصدرها . فالأخطاء المتولدة عن سوء تنظيم وعمل المرفق تتعلق بعيوب التنظيم والسير العام للمرفق، فمن أجل الحفاظ و إنسجام ترابط المرفق.

فتنظيم وعمل المرفق الإستشفائي يرتبط بنظام المسؤولية عن الخطأ البسيط المرتبط بالإمكانات المادية والتقنية والبشرية الموجودة لتوفير الضمانات الطبية اللازمة للأفراد مثل خرق الواجبات الطبية الإنسانية، خصوص واجب الحصول على موافقة المريض على العلاج² .

3- المسؤولية الإدارية للإخلال بالتجهيزات : تشمل مصالح التجهيزات الطبية كل الهياكل التقنية في المستشفيات العمومية من مصالح التزود بالعتاد الطبي أساسا كتجهيزات المخابروالأشعة ومكيفات غرفة العمليات وتجهيزات التعقيم ومحطة الغازات الطبية وقطع غيار العتاد الطبي حيث سنتناول بالأخطاء المحتمل حدوثها في حالة السير المعيب لمصالح التجهيزات .

وتبدو أهمية الصيانة والتجهيز في نطاق المستشفى عندما يصيب الخلل مثلا جهاز للتنفس الإصطناعي يحتاج إليه المريض في غرفة العناية المركزة أو جهاز مضخة القلب لمريض تجرى له عملية قلب مفتوح أو

¹ - أ. سليمان حاج عزام، رسالة سابقة، ص 60-61.

² - بن عبد الله عادل، رسالة سابقة، ص 125.

ثلاجة تحفض فيها أكياس الدم فيفسد الدم في وقت يكون فيه بعض المرضى إلى أشد الحاجة إليه، الأمر الذي قد يعرض حياتهم للخطر¹.

فقيام المستشفى بنشاطه الطبي على أحسن حال يتطلب أساسا السير السليم لمصالح التجهيزات وإلا ترتب عن ذلك الخطأ المرفقي المتمثل في الإخلال بالسير السليم لهذه المصالح نوضحه في ما يلي :

- **الإخلال بالسير السليم لمحطة الغازات الطبية** : نظرا للدور الحيوي لهذه التجهيزات يفترض أن تكون دائما في الحالة الجيدة وأن يضمن العاملون عليها المداومة دون إنقطاع لتصدي لأي طارئ في الوقت المناسب، إذ أن إنقطاع التزود بالغازات الطبية الذي يعزى إلى الإهمال والذي يشكل الخطأ حيث تقوم بشأنه المسؤولية الإدارية للمستشفيات العمومية إذا ما تسبب هذا الإنقطاع في أضرار للمرضى .

- **الإخلال بالسير السليم لتجهيزات التعقيم (des autoclaves)** : لا يمكن للمستشفى أن يؤدي أعماله إذا كانت تجهيزات التعقيم غير موجودة أو غير صالحة للإستعمال وذلك تفاديا لخطر العدوى التي يمكن أن تنفثى بسبب إستعمال معدات غير معقمة .

- **الإخلال بالسير السليم لتجهيزات تعقيم وتبريد غرفة العمليات** : فأهم مكان في المستشفى يفترض أن يكون الأنظف على الإطلاق هو غرف العمليات الجراحية حيث أن نظافة قاعات التشخيص والعلاج والمعدات الطبية ليست كالنظافة المنزلية لأن أي خلل في تعقيم غرف العمليات يكون له عواقب وخيمة على صحة المريض الذي يهدده خطر العدوة عند إخضاعه لعملية جراحية في قاعة ينفيها التعقيم الجيد. بالإضافة إلى تكييف هذه الغرف بصفة كافية خاصة في الفصل الذي يشتد فيه الحر وهذا دائما تفاد بالخطر العدوى وإحتمال عدم إلتئام الجراح وتعفننها بفعل ارتفاع درجة حرارة الجو².

- **الإخلال بالسير السليم لجهاز الحرق (l'incinérateur)** : على المصالح الإستشفائية أن تعالج بعض النفايات عن طريق الحرق بواسطة محارق خاصة، ليتم تطهير النفايات و التخلص منها، فعدم قيام المؤسسات الإستشفائية العمومية بهذا الإلتزام القانوني المفروض عليها يشكل خطأ يوجب المسائلة طالما أن الأضرار البيئية متوقعة الحدوث ولا مفر منها³، وهو ما نصت عليه المواد 24-25-

¹- د. سليم بطرس جلدة، إدارة المستشفيات و المراكز الصحية، دار الشروق للنشر الأردن (دون طبع)، 2006، ص 98 .

أيضا : د. معتز القرقروري، المقال السابق، ص 183 .

²- أ. سليمان حاج عزم، رسالة سابقة، ص 56، 57 .

³- سامية جلال سعد، الإدارة البيئية المتكاملة للمستشفيات، منشورات المنظمة العربية لتنمية الإدارية، مصر (دون طبع)، 2006 ،

26 من المرسوم التنفيذي رقم 03-478 المؤرخ في 09 ديسمبر 2003 المحدد لكيفيات تسير نفايات النشاطات العلاجية الصادر في الجريدة الرسمية عدد 78 لسنة 2003¹.

- الإخلال بتسيير مخزون المواد الصيدلانية والمستهلكات الطبية : يجب أن تتوفر في المصالح الإستشفائية مخزون من الأدوية والمواد الصيدلانية والمستهلكات الطبية بسير طبقاً للأصول الحديثة في التسيير، وأنالتخزين المبالغ فيه يؤدي حتماً إلى انتهاء صلاحيتها ما يحمل ميزانية المستشفى عبئاً إضافياً من جهة وي طرح مشكل النفايات السامة من جهات أخرى والعكس صحيح في حالة تخزين كميات قليلة حيث تصبح حياة المرضى مهددة ما يجب مسؤولية المؤسسة الإستشفائية بسبب السير المعيب للمخزون دون أن ننسى الشروط النظامية الواجب توفرها في المخازن من نظافة وتهوئة... إلخ . كما أن هناك العديد من الأدوية يشكل نفاذها خطر على صحة المريض مثل كواشف مراقبة الدم وخيط الجراحة².

المطلب الثاني: الخطأ المرفقي في مجال الأعمال الطبية ووسائل اثباته :

المبدأ في القانون المدني أن كل خطأ يفضي إلى المسؤولية مهما تكون درجة جسامته حتى الخطأ الخفيف، أما في القانون الإداري فلا يوجد مبدأ مماثل يفرض على القاضي الإداري بل على العكس فقد تم استبعاد تطبيق أحكام المسؤولية في القانون المدني كأصل عام على مسؤولية السلطة العامة. إن إعلان خاصية المسؤولية الإدارية بأنها ليست مطلقة وبأنها تخضع لقواعد خاصة تتنوع حسب حاجات المرفق سمح للقاضي الإداري بأن يكيف جسامته الخطأ المطلوب لانعقاد المسؤولية، وهو ما أدى بالنتيجة إلى التمييز بعدة درجات من الأخطاء بداية من ستينيات القرن العشرين حيث أصبح القضاء الإداري الفرنسي لا يعرف سوى درجتين للخطأ المفضي للمسؤولية الخطأ البسيط *la faute simple* والخطأ

الجسيم *la faute lourde* والذي ينعكس بطبيعة الحال على المرافق الإستشفائية³:

¹- تنص المادة 24 من المرسوم التنفيذي المذكور أعلاه على أنه (يجب أن ترمد نفايات النشاطات العلاجية المعدية) = كما تنص المادة 25 من ذات المرسوم التنفيذي على أنه (يتم ترميد نفايات النشاطات العلاجية المعدية داخل المؤسسة الصحية إذا كانت هذه الأخيرة تملك مرمداً، او خارج المؤسسة الصحية : - في مرمد يخدم عدة مؤسسات صحية - في منشأ ترميد لمؤسسة متخصصة في معالجة النفايات والمؤهلة قانوناً لمعالجة نفايات النشاطات العلاجية) كما نصت المادة 26 منه على أنه (تخضع منشأة معالجة النفايات المعدية إلى ترخيص طبقاً لأحكام المادة 42 من القانون رقم 19/01 المؤرخ في 27 رمضان 1422 الموافق لـ 12 ديسمبر 2001).

²- أ. سليمان حاج عزام، الرسالة السابقة، ص 58-59.

³- بن عبد الله عادل، الرسالة السابقة، ص 69.

- الخطأ الطبي البسيط : ان ضبط درجة الخطأ الطبي الموجب للمسؤولية يعد امرا دقيقا استحوز على اهتمام القانون على اعتبار أن النشاط الطبي وما يحيط به من أخطار قد يستدعي الخروج على القواعد العامة حتى لا يشكل الخوف من المسؤولية عائقا يقف في وجه الابداع و المبادرة¹.

على هذا الاساس يمكن القول أن الخطأ الطبي البسيط يترتب اذا نشأ الضرر على مختلف الأعمال غير الطبية أو عن سوء تنظيم الأماكن واستعمال الوسائل غير صالحة أو نقص في الحراسة أو الإهمال كمعالجة صحية حادث مرور في قاعة مخصصة للمصابين بأمراض معدية أو التأخر في ابلاغ الطبيب الجراح بالحالة السيئة للمريض التي اجريت له العملية الجراحية².

غير أن مجاله الأصيل يتمثل في مسائل التنظيم وتسيير المرفق الصحي وأعمال العناية الطبية المعتادة أو بما يعرف بأعمال العلاج التي لا ترقى إلى درجة العمل الطبي بمعناه الدقيق³.

ففي حالة وجود قصور في هذا المجال تنور مسؤولية المرفق الصحي حيث يؤسس القاضي الإداري قراره على أوجه القصور هذه حتى وإن لم يسرح بذلك فإن مجرد عدم إشارة القرار إلى فكرة الخطأ الجسيم يشير في حد ذاته الى أن الأمر يتعلق بالخطأ البسيط⁴.

وقبل أن يفصل القاضي الإداري في دعوى المسؤولية الناتجة عن الأخطاء الطبية يتعين عليه أولا اتباع إجراءات الخبرة وهذا بتعيين خبير في مجال الاختصاص موضوع الدعوى المنشورة أمامه. فإن تعلق الأمر مثلا بخطأ طبي ناتج عن عملية جراحية أجريت على العين. تعين تعيين خبير مختص في جراحة العيون ليقدر عما إذا كان الأمر يتعلق بخطأ شخصي ومن ثم ثبوت تقصير الطبيب الجراح، أو أن هذا الأخير بذل كل العناية اللازمة فلا نكون أمام مسؤولية شخصية بل مسؤولية مرفق.

فالخبرة الفنية هي أحد أهم وسائل الإثبات وقد تم النص عليها في المادة 125 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. كما تم النص عليها في المادة 95 من مدونة أخلاقيات الطب والتي جاء فيها أن الخبرة

¹ - صفاء خربو طلي، المسؤولية المدنية للطبيب و الأخطاء المهنية المرتبة عليه، دراسة مقارنة المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، (دون طبعة)، 2005، ص 56 .

² - لحسين بن الشيخ آث ملوية،المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثاني، دار هومة للنشر، الجزائر (دون طبعة)، 2004 ، ص 152.

³ - أ. د. عبد الباسط محمد فواد، تراجع فكرة الخطأ أساسا لمسؤولية المرفق الطبي العام، منشأة المعارف، القاهرة، (دون طبعة) دون سنة نشر، ص 16 .

⁴ - المرجع نفسه، ص 24.

عمل يقدم من قبل الطبيب أوجراح الأسنان عند تعيينه من قبل القضاء أو أي هيئة أخرى بغرض المساعدة من الناحية الفنية لتقدير الحالة الجسدية أو العقلية للشخص محل الخبرة.¹

وأحيانا يلزم القاضي برأي الخبير ولا يستطيع الحياد عنه إلا بخبرة أخرى وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها صدر بتاريخ 11-04-1988 حيث ذهبت للقول : " من المقرر قانونا إنه إذا كانت مسألة محل الخبرة فنية تخرج عن اختصاص القاضي فإن هذا الأخير يلزم برأي الخبير. فإذا حدد الطبيب نسبة مئوية للعجز فلا يجوز للقاضي أن يخفض هذه النسبة إلا إذا استند إلى خبرة طبيب آخر.²

- **الخطأ الطبي الجسيم:** تعددت الآراء فيما يخص تعريف الخطأ الجسيم بصفة عامة بتعدد مجال أعماله حيث يقصد به أحيانا الخطأ الذي يبلغ حدا يسمح بإفترض سوء نية الفاعل التي لا تتوفر على الدليل، ويقصد به أحيانا أخرى الإهمال وعدم التبصر الذي يبلغ حدا من الجسامة يجعل له أهمية خاصة.³

و باعتبار الخطأ الجسيم أساسا للمسؤولية الطبية فمجاله يتمثل بالخصوص في الأعمال الطبية او الجراحية حيث لا تثور مسؤولية المرفق الطبي العمومي في هذا المجال إلا في حالة وجود خطأ يتصف بطابع الجسامة، ويؤدي تخلفه إلى عدم وجود خطأ أصلا.⁴

- **موقف القضاء الجزائري :** بالرجوع إلى التطبيقات القضائية في الجزائر يتبين أن القاضي الإداري ساير في البداية ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي حيث أقر في العديد من قراراته إقامة مسؤولية المستشفى على أساس الخطأ الجسيم المترتب على الخطأ الطبي من خلال ما يلي:
(أ) قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى بتاريخ 29/10/1977 حيث أقام مسؤولية المستشفى بسبب العمل الطبي على أساس الخطأ الجسيم و صرحت بأن (هذا الإهمال تبعا لظروف القضية يشكل خطأ جسيما من طبيعته إقامة مسؤولية المصلحة الاستشفائية في مواجهة الصحية)⁵.

¹ - أنظر المرسوم التنفيذي 92-276 بتاريخ 16 فبراير 1992 الجريدة الرسمية رقم 52.

² - لتفصيل أكثر أنظر: الأستاذ بوعبدالله مسعود، تقدير القاضي لتعويض الضرر الطبي وموقفه من تقارير الخبراء، مجلة الفقه والقانون، المغرب، 2015، ص 85 وما بعدها. الدكتور خليل بوصنورية، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات نوميديا، قسنطينة، الجزائر، 2010، ص 258 وما بعدها. مقداد كورغلي، الخبرة في المجال الإداري، مجلة مجلس الدولة، العدد الأول، 2002، ص 42 وما بعدها.

أنظر حمدي باشا عمر، مبادئ الاجتهاد القضائي في مادة الإجراءات المدنية، دار هومة، الجزائر 2002، ص 64
³ - أ. شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها في ضوء الفقه والقضاء دار الفكر الجامعي للنشر، القاهرة، الطبعة الأولى، 2003، ص 16.

⁴ - د. عبد الباسط محمد فؤاد، المرجع السابق، ص 45.

⁵ - لحسين بن الشيخ آث ملوية، دروس المسؤولية الإدارية، الكتاب الأول، المسؤولية على اساس الخطأ، دار الخلدونية للنشر، الجزائر، الطبعة الأولى، 2007، ص 98-99.

ب) أكد مجلس الدولة على هذا التوجه من خلال القرار رقم 004166 في سنة 2003/06/03 الفاصل في قضية مدير القطاع الصحي لبولوجين ضد (ع، ل) حيث عبر عن الخطأ الجسيم بالخطأ الخطير، و صرح بالقول حيث أنه من الثابت بالنسبة للجراح المكلف بإجراء العملية للسيدة (ع، ل) على الدوالي (varices) لربط الشريان الفخذي الذي يصب في الطرف الأسفل بدل الشرايين يشكل خطأ طبيا خطيرا واضحا من شأنه إقامة مسؤولية المستشفى. واستند مجلس الدولة على تقرير الخبرة الطبية فجاء في قراره.

حيث أنه وعلى إثر خطأ طبي جراحي راحت ضحيته المستأنفة والتي أجرت ثلاث عمليات وتعرضت لضرر ثابت في تقرير الخبرة¹

- تراجع القضاء الإداري عن الخطأ الجسيم و الاكتفاء بالخطأ البسيط :

ان مسؤولية مؤسسات الصحة العمومية قد شهدت تطور إيجابي من نظام جد معقد يعتمد حسب الحالات على فكري الخطأ البسيط والجسيم، بما يخدم مصلحة المستفيدين من خدمات هذه المؤسسات خاصة منهم ضحايا الأخطاء الطبية حيث يكفي هؤلاء في المستقبل إثبات الخطأ البسيط لإثارة مسؤولية هذه المؤسسات في التعويض².

أما بخصوص موقف القضاء الإداري الجزائري حول هذا الموضوع، فمن خلال استقرائنا لبعض التطبيقات القضائية بهذا الشأن، نخلص إلى نتيجة وهي أن القضاء الإداري كان في بداية الأمر مترددا في تبني معيارا ثابتا للخطأ الطبي يؤسس عليه مسؤولية مؤسسات الصحة العمومية عن العمل الطبي، حيث تبنى في البداية الخطأ الطبي دون الإشارة إلى طبيعته جسيما كان أو بسيطا، ثم تراجع عن ذلك بإشترط الخطأ الجسيم مسائرا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في تلك الفترة³، لكن سرعان ما إنقلب على ذلك وإستقر على الإكتفاء بالخطأ البسيط كأساس لمسائلة المرفق الصحي العمومي .

وعليه نستنتج أن تراجع القضاء الجزائري الاداري عن الأخذ بالخطأ الجسيم والتحول نحو الخطأ البسيط التي ترتكبه مؤسسات الصحة العمومية في انصاف حقوق المتضررين، وإثبات الخطأ الجسيم لا نجد له مصدر في نص القانون أو في روحه، بل أن الخطأ الموجب للمسؤولية جاء عاما دون التمييز بين النوعين ، و لأن الخطأ البسيط يؤدي إلى الخطأ الجسيم في كل الحالات

¹ - قرار مجلس الدولة الجزائري، رقم 004166، بتاريخ 2003/06/03، الغرفة الثالثة، قضية القطاع الصحي لبولوجين، ضد (ع، ل) ، مجلة مجلس الدولة، العدد الرابع، 2003، ص 99-100 .

² - Fabienne quillere-magzoub , La responsabilité du service public hospitalier، المجموعة المتخصصة في، منشورات الحلبي الحقوقية ، الجزء الأول، بيروت، 2004، ص 588 ، 589.

³ - عبد الرحمان فطناسي، الرسالة السابقة، ص 54.

المبحث الثالث

أساس و شروط مسؤولية المستشفيات العمومية :

المطلب الاول : أساس مسؤولية المستشفيات العمومية

كان الخطأ منذ أمد طويل و كما هو مقرا ومسلما به أنه الركن الأول و الأساسي لقيام المسؤولية القانونية بصفة عامة، و مسؤولية الإدارة بصفة خاصة عن أعمال تابعيها في نطاق اختصاصاتها المحددة ، و كان ذلك القاعدة السائدة و الثابتة في هذا المجال، إلا أنه و مع التطور التكنولوجي المذهل و تقدم التقنية العلمية في المجال الطبي وكذلك مع التطور السريع الذي عرفته الإدارة بكل أجهزته المادية والبشرية اثر كله على هذه القاعدة وجعل لها استثناءان أصبحت المسؤولية بدون خطأ تجرد في مسؤولية الإدارة مجالا خاصا للتطبيق¹.

تنقسم هذه المسؤولية استنادا إلى قواعد القانون المدني لتفسير نشأة الخطأ المرفقي مسؤولية عن فعل الغير بحيث يمكن أن ترتكب أخطاء من طرف أشخاص مستخدمين (الأشخاص الطبيعية) سواء بفعل مباشر من طرف المستخدمين أو بفعل الأشياء غير الحية التي هي في حراسة هؤلاء المستخدمين كما يمكن أن ترتكب هذه الأخطاء من طرف الأشخاص الذين تتولى هذه المستشفيات مراقبتهم ويتعلق الأمر بالمرضى لا سيما القصر منهم وكذا المصابين بالأمراض العقلية². أما استنادا إلى القانون الإداري لتفسير نشأة الخطأ المرفقي فإن أساسه الخطأ في مجال الأعمال الطبية، و التي قد يرتكبها موظف عام أثناء ممارسته لمهامه أو بمناسبة بحيث لا يمكن فصل هذا الخطأ عن المرفق العام³.

المطلب الثاني : شروط قيام مسؤولية المؤسسات الاستشفائية العمومية

- قيام علاقة التبعية و الرقابة : أي وجود سلطة فعلية للمتبع على أعمال التابع في المستشفيات العمومية تمارس السلطة السُّلمية على مستخدميها و يترتب على ذلك مسؤوليتها عن الأعمال المتعلقة بالوظيفة التي يأتيها هؤلاء المستخدمون طبقا للمادة 02 من المرسوم التنفيذي 97-465 مؤرخ في 02

¹- عميري فريدة، المرجع السابق، ص 30 .

²-أنظر: الدكتور عمار عوابدي، الأساس القانوني لمسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، (دون طبعة)، 1982، ص 64.

³-<http://www.legiFrance.gouv.fr>.C.E./3ccR,10 mai 1989 N°64651 81509.CENTRE HOSPITALIE

REGIONAL DE LILLE

ديسمبر 1997، يحدد قواعد إنشاء المؤسسات الإستشفائية المتخصصة وتنظيمها وسيرها، جريدة رسمية عدد 81 مؤرخة في 10 ديسمبر 1997¹، أما فيما يخص الرقابة فإن متولي الرقابة يسأل عن أفعال الخاضع لرقابته دون أن تكون هذه الأفعال قد صدرت من أثناء أداء أي عمل لحساب متولي الرقابة².

- ارتكاب الخطأ أثناء اداء الوظيفة أو بمناسبةها: ومثاله غلط الممرض في نوع الدواء أو جرعته الذي يكلف بإعطائه للمريض، و تنفى المسؤولية إذا كان العمل المسبب لضرر لا يمت بصلة إلى المرفق الإستشفائي لا من قريب و لا من بعيد .

- الخطأ يرتب ضرر غير مشروع: وهو ما نصت عليه المادة 136 من القانون المدني بقولها (يكون المتبوع مسؤول عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار ...)³.

الخاتمة

في ختام موضوعنا الموسوم ب: **الخطأ المرفقي في تنظيم وسير المرافق الاستشفائية العامة**، فإن الخطأ يعد من أركان المسؤولية بالمقام الأول يجب أن تتوفر على الضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر .

ولعل من مقتضيات المسؤولية الإدارية أن يلجأ المتضرر إلى القضاء للمطالبة بالتعويضات الملائمة لجبر الأضرار المترتبة من جراء قيام المرفق العام بمهامه، عن طريق دعوى التعويض والتي تعتبر من دعاوى القضاء الكامل والتي تمكن المتضرر من مختلف الأضرار لا سيما منها الأخطاء الطبية من المطالبة بالتعويضات التي تكفل وتجبر الأضرار، عندما تتوفر شروطها الشكلية المحددة قانونا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

ويتم تقديم كل الإثباتات الموضوعية، والتي من شأنها أن تثبت وقوع الخطأ الطبي وتحقيقه الضرر، والذي غالبا ما يكون ظاهرا، بحيث يتم الحكم من خلاله بالجسامة او البساطة، إذ تتم طبقه تقدير التعويضات الملائمة وبكل الطرق ولو استدعى ذلك تدخل شخص آخر لمساعدة القاضي في مهمته وهو الخبير القضائي .

¹- تنص المادة الثانية من المرسوم التنفيذي 97-465 على أنه (المؤسسة الإستشفائية المتخصصة مؤسسة عمومية ذات طابع اداري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي . و تنشأ بمرسوم تنفيذي بناء على اقتراح من الوزير المكلف بالصحة بعد استشارة الوالي، وتوضع تحت وصاية والي الولاية الموجود بها مقر المؤسسة) .

²- د. جميل الشرفاوي، النظرية العامة للإلتزام (الكتاب الأول مصادر الإلتزام)، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، (دون طبعة) ، 1995، ص 560 .

³- أ. سليمان حاج عزام، الرسالة السابقة، ص 13-14 .

وتتوج هذه العملية بصدور القرار القضائي عن المحكمة الإدارية والذي يكون قابلاً للطعن بأي طريقة من طرق الطعن سواء العادية أو غير العادية طبقاً لمقتضيات قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

وعلى ذلك فإن المسؤولية الإدارية للمرافق الإستشفائية العامة على أساس الخطأ تحتل أهمية بارزة على مستوى المنظومة التشريعية في الجزائر مكنتها من كفالة حقوق المتقاضين المتضررين، من جهة وكفالة أطر ونسق تسيير المرافق العامة الاستشفائية بوتيرة شرعية وشفافة وبذل العناية المعتادة واللازمة لخدمة مرتادي هذه المرافق .

وبالتالي فإن الوجه الغالب في المسؤولية هو الطرف المتضرر كون أن العلاقة غير متوازنة من جهة، و افتراض عدم قيام موظفي المرفق الإستشفائي بواجباتهم الطبية تجاه المرضى من جهة أخرى، وهو ما تثبته الكثير من قرارات المحاكم الإدارية وقرارات مجلس الدولة، في فرض مسؤولية المرافق الإستشفائية ، وتثبيت مسؤوليتها، وغالبا ما تقوم المرافق الإستشفائية بالطعن لصالحها لأجل إسترجاع المبالغ المحكوم بها، كون أنها ترى في الضرر ضررا بسيطا لا يكلف كل التعويضات الضخمة .

من هنا فإننا نستنتج مايلي :

- أن نظام مسؤولية المرافق الإستشفائية على أساس الأخطاء واضح ومستوفي لكافة عناصره ولا يثير أي إشكال، خاصة من ناحية إثبات عناصر قيام المسؤولية على أساس الخطأ، وكذا تقدير التعويضات، والنظام القضائي الذي ينظر إلى مثل هذه القضايا .
 - إن المسؤولية الإدارية للمرافق الإستشفائية على أساس الخطأ تفرض وجودها من خلال إثبات الأخطاء المرتكبة من قبل موظفي المرافق الإستشفائية، والتي تثبت بكافة وسائل الإثبات المنصوص عليها قانونا .
 - دعوى التعويض قد تصحبها عدة دعاوى أخرى ولعل أبرزها الدعوى الجزائية التي تقيمها النيابة العامة إذا ما ثبتت مسؤولية الموظف في القطاع الصحي، كالإهمال المفضي إلى الوفاة أو التشويه.... وغيرها من الأفعال التي توصف بالجرمية بطبعها .
- إن وضوح النظام القانوني في الكثير من جوانبه، قد لا يفرض وجود ثغرات قانونية يستفيد منها في غالب الأحيان الأشخاص مرتادي مرفق الصحة العمومية مما يصعب من مهامها ويضع أعوانها في دائرة الإتهام عن طرق الإثراء الكاذب ولذلك فإننا نقترح ما يلي :
- العمل على زيادة الوعي في التفاني بخدمة المرضى حتى تتسنى الفرصة من تقليص حجم مسؤولية المرفق الإستشفائي .

- توعية مرتادي المرافق الصحية الإستشفائية بمسئولياتهم أثناء تشخيصهم أو علاجهم، عن طريق تقديم تصريحات حقيقية حتى لا يجد الطبيب نفسه في دائرة الإتهام والمسئولية
 - الاعتماد على الوسائل التقنية الحديثة ومحاولة توثيق العمليات الصحية عن طريق تصويرها بالصورة والصوت، كدليل يستفيد منه كلا الطرفين .
 - محاولات إجراء عمليات الصلح الخارجية أو ما يسمى بالتظلمات الإدارية، حتى يخفف العبء على المحاكم الإدارية ومحاولة تشخيص المشاكل المتعلقة بها بحكمة ودراية من أهل الاختصاص مباشرة
 - العمل على إيجاد نوع من التخصص العلاجي المباشر وتوجيه المرضى حسب حالاتهم وظروفهم مما يساهم معه في خلق نظام يكفل الحقوق العامة .
 - التقييد بأخلاقيات المهنة الطبية طبقا لما يرد في المدونات الطبية
- وطبقا لذلك فإن المسؤولية الإدارية للمرافق الصحية تتمتع بنوع من الوضوح سهل في الكثير من الأحيان المرافق القضائية من حل مشاكلها وإنصاف المتضررين ، وتحقيق التوازي والتوازن بين عمل المرفق العام الاستشفائي ومصالح الأشخاص المستفيدين من خدماته .

قائمة المراجع

النصوص القانونية

- قانون رقم 05/85 المؤرخ في 26 جمادى الاولى 1405 الموافق ل 16 فبراير 1985، المعدل بالقانون رقم 13/08 المؤرخ في 17 رجب 1429 الموافق ل 20 يوليو 2008، المتضمن حماية الصحة و ترقية جريدة رسمية رقم 44 مؤرخة في 01 شعبان 1429 الموافق ل 03 غشت 2008 .
- القانون رقم 19/01 المؤرخ في 27 رمضان 1422 الموافق ل 12 ديسمبر 2001 المتضمن تسيير النفايات ومراقبتها إزالتها ، جريدة رسمية رقم 77 المؤرخة في 30 رمضان 1422 الموافق ل 15 ديسمبر 2001 .
- المرسوم التنفيذي 97-465 مؤرخ في 02 ديسمبر 1997، يحدد قواعد إنشاء المؤسسات الاستشفائية المتخصصة وتنظيمها وسيرها، جريدة رسمية عدد 81 مؤرخة في 10 ديسمبر 1997
- المرسوم التنفيذي رقم 03-478 المؤرخ في 09 ديسمبر 2003 المحدد لكيفيات تسيير نفايات النشاطات العلاجية الصادر في الجريدة الرسمية عدد 78 لسنة 2003 .

المؤلفات العامة

- 1- حسين بن الشيخ آث ملوية، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثاني، دار هومة للنشر، الجزائر (دون طبعة)، 2004 .
- 2- حسين بن الشيخ آث ملوية، دروس المسؤولية الإدارية، الكتاب الأول، المسؤولية على اساس الخطأ، دار الخلدونية للنشر، الجزائر، الطبعة الأولى، 2007.
- 3- جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام (الكتاب الأول مصادر الالتزام)، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، (دون طبعة) 1995.
- 4- سامية جلال سعد، الإدارة البيئية المتكاملة للمستشفيات، منشورات المنظمة العربية لتنمية الإدارية، مصر (دون طبع)، 2006 .
- 5- سليم بطرس جلدة، إدارة المستشفيات و المراكز الصحية، دار الشروق للنشر الأردن (دون طبع)، 2006 .
- 6- سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثاني، قضاء التعويض وطرف الطعن في الأحكام، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي للنشر، القاهرة، 1996.
- 7- شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها في ضوء الفقه والقضاء دار الفكر الجامعي للنشر، القاهرة، الطبعة الأولى، 2003.
- 8- صفاء خربو طلي، المسؤولية المدنية للطبيب و الأخطاء المهنية المرتبة عليه، دراسة مقارنة المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، (دون طبعة)، 2005 .
- 9- عبد الباسط محمد فؤاد، تراجع فكرة الخطأ أساسا لمسؤولية المرفق الطبي العام، منشأة المعارف، القاهرة، (دون طبعة) دون سنة نشر.
- 10- عمار عوابدي، الأساس القانوني لمسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، (دون طبعة)، 1982 .
- 11- قايد أسامة، المسؤولية الجنائية للأطباء، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، (دون طبعة)، 1990 .
- 12- منصور عمد المعاينة، المسؤولية المدنية والجنائية في الاخطاء الطبية، منشورات جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، الطبعة الأولى، الرياض، 2004.

الرسائل الجامعية

- 1- بن عبد الله عادل، المسؤولية الإدارية للمرافق الاستشفائية، أطروحة دكتوراه علوم، جامعة بسكرة، كلية الحقوق، 2011.
- 2- سليمان حاج عزام، المسؤولية الادارية للمستشفيات العمومية، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2011.
- 3- عبد الرحمان فطناسي، المسؤولية الادارية لمؤسسات الصحة العمومية عن نشاطها الطبي في الجزائر، مذكرة ماجستير، تخصص قانون اداري وادارة عامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2010_2011 .
- 4- عميري فريدة، مسؤولية المستشفيات في المجال الطبي، مذكرة ماجستير، تخصص قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011 .

المقالات

- 1- مبروكة الصيد، مكانة الخطأ في المسؤولية الإدارية، مجلة دراسات قانونية، جامعة صفاقس، كلية الحقوق، 2006.
- 2- محمد محفوظ، المسؤولية المدنية والمسؤولية الإدارية (التأثير والتأثر)، مجلة دراسات قانونية، جامعة صفاقس، كلية الحقوق، 2006.
- 3- محمد محمد أبو زيد نحو إرساء القضاء الكويتي لأحد مبادئ المسؤولية الطبية (معيار خطأ الطبيب) مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلس النشر الجامعي، السنة العشرون، العدد الأول والثاني، 1996.
- 4- معتز القرقوري، مسؤولية المرفق العام الإستشفائي تجاه المرضى، مجلة دراسات قانونية، جامعة صفاقس، كلية الحقوق، 2006.
- 5- ناجي البكوش، المسؤولية الإدارية اليوم، مجلة دراسات قانونية، جامعة صفاقس، 2006.

القرارات القضائية

- قرار مجلس الدولة الجزائري، رقم 004166، بتاريخ 2003/06/03، الغرفة الثالثة، قضية القطاع الصحي لبولوجين، ضد (ع، ل)، مجلة مجلس الدولة، العدد الرابع، 2003.

المؤلفات باللغة الاجنبية

Fabienne quillere-magzoub , La responsabilité du service public -¹
hospitalier المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأولى.
¹-<http://www.legiFrance.gouv.fr>C.E./3ccR,10 mai 1989 N°64651
81509.CENTRE HOSPITALIE REGIONAL DE LILLE
Rachid zouaimia mari christineROUAULT , Droits administratif , Alger ,
berti éditions , 2010

مفهوم المؤسسة في قانون المنافسة

الباحثة - لاکلي نادية

عضو مخبر القانون الاقتصادي و البيئة

كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة وهران - الجزائر

lakli.nadia@gmail.comملخص:

يعتبر عنصر العملاء جوهر قانون المنافسة و غاية وجوده، حيث يقع التنافس بين مؤسسات متواجدة في نفس السوق، و يرى بعض الفقه انه تُعد المؤسسة الموضوع الحقيقي لقواعد قانون المنافسة. تسمح المؤسسة بتحديد ميدان تطبيق قواعد المنافسة، بل تعتبر المؤسسة المفهوم " المميز " لقانون المنافسة. و يرتكز هذا المفهوم على معايير عامة تمنح لسلطات المنافسة سلطة تقدير واسعة. و تُعرف المؤسسة بانها كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته يُمارس بصفة دائمة و مستقلة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات أو الاستيراد. نلاحظ من خلال هذا التعريف انه يشترط لتطبيق قانون المنافسة على المؤسسة أن تكون هذه الاخيرة مستقلة أي غير تابعة لوحدة اخرى، و أن تمارس نشاطا اقتصاديا سواء تعلق الامر بعمليات الانتاج او التوزيع.

Résumé :

_La notion d'entreprise est considérée comme le principal sujet du droit de la concurrence, car la compétition dans un marché se déroule entre des entités indépendantes exerçant une activité économique. On constate donc que le droit de la concurrence ne s'applique qu'aux entreprises indépendantes d'une part - c'est-à-dire elles ne dépendant pas d'autres entités-, et exerçant une activité économique d'autre part - c'est-à-dire tout acte de production ou distribution

مقدمة:

تظهر أهمية قانون المنافسة في حماية مبدأ المنافسة الحرة في حد ذاته، و بالتالي حماية السوق باعتباره مجال هذه المنافسة. و تتحقق هذه الحماية من خلال تكريس المشرع لمبدأ المنافسة الحرة بين الأعوان الاقتصاديين داخل السوق، لاسيما أمام بعض التصرفات المحظورة، و يدخل في هذا الإطار حظر التعسف الناتج عن وضعية الهيمنة الاقتصادية، و التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية و الاتفاقات المنافية للمنافسة... الخ... فتندرج ضمن عبارة " الممارسات المقيدة للمنافسة" .

يعتبر عنصر العملاء جوهر قانون المنافسة و غاية وجوده، حيث يقع التنافس بين مؤسسات متواجدة في نفس السوق، و يرى بعض الفقه¹ انه تُعد المؤسسة الموضوع الحقيقي لقواعد قانون المنافسة. تسمح المؤسسة بتحديد ميدان تطبيق قواعد المنافسة، بل تعتبر المؤسسة المفهوم " المميز" لقانون المنافسة². و يركز هذا المفهوم على معايير عامة تمنح لسلطات المنافسة سلطة تقدير واسعة.

1. مفهوم المؤسسة:

اصبح استعمال مصطلح المؤسسة امرا متداولاً في الوقت الراهن من قبل معظم التشريعات القانونية دون التعمق في مفهوم هذا المصطلح في حد ذاته، غير انه يهتم قانون المنافسة بمفهوم المؤسسة من اجل تحديد مجال تطبيق حظر الممارسات المقيدة للمنافسة.

أ. المفهوم القانوني و الاقتصادي للمؤسسة:

يعتبر التعريف القانوني للمؤسسة تعريفاً فقهيًا بحتاً، و بالتالي يختلف تعريفها بتعدد الفقهاء. فيعرف بعض الفقه³ المؤسسة بأنها شخصاً قانونياً يشتمل على عنصر رأسمالي من جهة و بشري من جهة أخرى، حيث يساهم العنصر الأول في تكوين المؤسسة في حين يساهم العنصر الثاني في تسيير و إدارتها. و يُعرفها البعض الأخر⁴ بأنها مجموعة متناسقة من الأشخاص و الأموال مُكونة لهدف معين و

¹ L. ARCELIN, *La notion d'entreprise en droit de la concurrence*, juris. Class. : com., conc. 1, lexisnexis , 2009, fasc.35, p.2.

² L. ARCELIN, *pré. cit.*, p.3.

³ D.GUEVEL, *Droit de commerce et des affaires*, 3^{ème} éd., L.G.D.J., 2007, p. 118.

⁴ B.GOLDMAN, *Droit commercial européen*, Dalloz 1970, p. 263, n° 243: « L'entreprise est un ensemble coordonné de personnes et de biens, constitué dans un but déterminé et dont l'activité est dirigée vers la réalisation de ce but ».

يُوجه نشاطها إلى تحقيق هذا الهدف. في حين يعتبرها البعض¹ بأنها "منظمة مستقلة تتضمن مجموعة من العوامل، بهدف إنتاج بعض المنتجات أو الخدمات للسوق"

أما من الناحية الاقتصادية، فتعتبر المؤسسة مُحرك الاقتصاد في السوق و لذلك يعرفها البعض² بأنها كل وحدة اقتصادية يكون لها مكسب مُحتمل من النشاط الاقتصادي الممارس من قبلها. و لكن هذا لا يعني انفصال المفهوم القانوني للمؤسسة عن مفهومها الاقتصادي، بل قد تركز المؤسسة على المفهومين معاً، حيث يعتبر بعض الفقه³ المؤسسة بأنها وحدة تشتمل على عوامل بشرية و مادية من أجل إنتاج و بيع منتجات أو خدمات في السوق.

كذلك مزج المشرع الجزائري بين المفهوم القانوني و الاقتصادي في تعريفه للمؤسسة حيث ينص على أنّها: "كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته يُمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات أو الاستيراد"⁴.

كما أكدت محكمة عدل المجموعة الأوروبية⁵ أنه "تشكل المؤسسة من هيئة مُكونة من عناصر شخصية، مادية و غير مادية، مرتبطة بموضوع مستقل قانونيا و تتبع بصورة مستمرة هدفا اقتصاديا معيناً". و أكدت في قرار آخر⁶ على أنه يُقصد بالمؤسسة، في مضمون قانون المنافسة، وحدة اقتصادية من وجهة نظر موضوع الاتفاق المعني، حتى لو كانت هذه الوحدة الاقتصادية مُكونة من الناحية القانونية من عدة أشخاص طبيعية أو معنوية.

و بالتالي يمكن أن تتم الممارسات المقيدة للمنافسة من قبل الشركات، أيا كان شكلها القانوني، سواء تعلّق الأمر بشركات أموال أو شركات أشخاص أو أية تنظيمات مهنية أو نقابات، أو جمعيات تعاونية أو تجمّعات ذات المصلحة الاقتصادية الواحدة.

ب. النشاط الاقتصادي للمؤسسة

¹ G. RIPERT, R. ROBLOT, *Traité de droit commercial, T. 1, 13^{ème} éd.*, L.G.D.J. 1989, p. 238, n° 358: « L'entreprise est une organisation autonome qui comporte un ensemble de facteurs, en vue de produire pour le marché certains biens ou services ».

² A.MURAT, *Notions essentielles d'économie politique*, 2^{ème} éd. Sirey 1967, p. 117.

³ M.PEDAMON, *droit commercial: commerçants et fonds de commerce, concurrence et contrats du commerce*, 2^{ème} éd., Dalloz 2000, p. 309, n° 385.

⁵ المادّة الثّالثة من القانون 08-12 السالف الذكر.

⁶ C.J.C.E. 13 juill. 1962, *Mannes man*, Rec. 1965, p. 677, " L'entreprise est constituée par une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels rattachés à un sujet juridiquement autonome et poursuivant d'une façon durable un but économique déterminant ». www.eur-lex.europa.eu.

⁶ C.J.C.E. 12 juill. 1984, *Hydrotherm/compact*, aff. 170/83 Rec.1984, p. 2999. www.eur-lex.europa.eu.

تجدر الملاحظة إلى أنه لا يمكن فصل مفهوم المؤسسة عن النشاط الاقتصادي، لأن كلاهما يحدّد مجال تطبيق قانون المنافسة. بل يعتبر بعض الفقه¹ أنه تُعد ممارسة النشاط الاقتصادي عنصراً جوهرياً في تعريف المؤسسة في قانون المنافسة حيث يركز هذا الأخير على النشاط الاقتصادي بينما يستعمل القانون التجاري عبارة "الأعمال التجارية"، و يرى البعض² أنه تستبدل عبارة النشاط الاقتصادي المستعملة في قانون المنافسة بمصطلح الأعمال التجارية المنصوص عليها في القانون التجاري. و يُعرّف النشاط الاقتصادي بأنه عرض السلع أو الخدمات في سوق معينة³.

و لقد تطرّق المشرع الجزائري إلى مفهوم النشاط الاقتصادي من خلال تحديده للنشاطات التي يُطبّق عليها قانون المنافسة، حيث تنص المادة الثانية من القانون رقم 10-05⁴ على: "...نشاطات الإنتاج، بما فيها النشاطات الفلاحيّة و تربية المواشي، و نشاطات التوزيع و منها تلك التي يقوم بها مستوردو السلع لإعادة بيعها على حالها و الوكلاء و وسطاء بيع المواشي و بائعو اللحوم بالجملة، و نشاطات الخدمات و الصناعة التقليدية و الصيد البحري، و تلك التي يقوم بها أشخاص معنوية عمومية و جمعيات و منظمات مهنية مهما يكن وضعها القانوني و شكلها و هدفها، -الصفقات العمومية، بدءاً من نشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة.

غير أنّه يجب ألا يُعيق تطبيق هذه الأحكام، أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيّات السلطة العمومية". و نلاحظ أنه أدرج المشرع النشاطات المتعلقة بالاستيراد، مما يسمح للموزعين غير الموردين بصورة مباشرة من قبل المنتجين بالاستفادة من نفس الضمانات الممنوحة لباقي الموزعين، لاسيما أنّه تعتبر معظم المنتوجات الموزعة في السوق الجزائرية مُستوردة⁵.

كما لا يرتكز مفهوم المؤسسة على تحقيق الربح، حيث يمكن تكييف هيئات غير موجهة لتحقيق الربح بمؤسسات نظراً لقيامها بنشاط اقتصادي⁶ كالجمعيات. فيُطبق قانون المنافسة على هذه الأخيرة في حالة ممارستها لنشاطات الإنتاج أو التوزيع⁷.

¹ J.P. BERTREL, T. BONNEAO, M-J. CAMPANA, C. COLLARD, G. GURY, J.P. BERTREL, T. BONNEAO, M-J. CAMPANA, C. COLLARD, G. GURY, *Droit de l'entreprise: l'essentiel pour comprendre*, Lamy 2001, p. 474.

² D.GUEVEL, *op. cit.*, p.114, n°179.

³ C.J.C.E. 18juin 1987, Commission c/ République italienne, aff. 118/85, Rec. C.J.C.E. 1987, p. 2599. www.eur-lex.europa.eu.

⁴ السالف الذكر.

⁵ B. SAINTOURENS, D. ZENNAKI, *Les contrats de distribution : droit français, droit algérien, droit communautaire*, P.U.B 2011, p. 18.

⁶ Commission C.E. déc. 19 avr. 2001, aff. COMP/ 31.516, *Règles de radiodiffusion de l' UEFA*, J.O.C.E. n° L 171, 26 juin 2001.

⁷ ن. د.توات،، الجمعيات و قانون المنافسة في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية و الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر 2001-2002، ص. 7.

و بالتالي يمكن أن تكون الجمعيات معنية بالحظر الوارد على الاتفاقات و الممارسات المدبرة، عندما تؤسس من قبل أعوان اقتصاديين بهدف ممارسة نشاط اقتصادي في السوق كباقي المؤسسات¹. حيث يمكن في هذه الحالة أن تصدر الجمعية أوامر و تعليمات على أعضائها بهدف توحيد الأسعار أو اقتسام الأسواق فنكون بصدد ممارسة محظورة و بالتالي يُطبّق قانون المنافسة.

إذن لا يمكن إقصاء أيّ قطاع ، بما فيه القطاع البنكي، التأميني، الزراعي... الخ... و لكن ما هو الأمر بالنسبة للنشاطات الاجتماعية؟.

بالنسبة لهيئات التأمين الاجتماعي، فلقد أخضعت المحكمة العليا الجزائرية العلاقات القائمة بين الصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية للعملاء الأجراء مع الآخرين للقضاء العادي بدلا من الإداري نظرا لقيامها بأعمال تجارية². كما اشترطت محكمة عدل المجموعة الأوروبية أن تكتسي هذه الهيئات الطابع الاجتماعي البحت، ويتجسد هذا الأخير في الانضمام الجبري للمنخرطين، عدم تناسب قيمة الاكتتاب مع الخطر المؤمن، عدم تناسبه كذلك مع عائدات المنخرطين و أخيرا عدم وجود علاقة مباشرة بين الاكتتابات و الخدمات المقدمة³.

كما لجأت سلطات القانون الأوروبي من أجل رسم الحدود بين النشاط الاجتماعي و النشاط الاقتصادي إلى الطابع التضامني، حيث يُعتبر هذا الأخير مُحرّك السلوك الاجتماعي و اعتبرت أنّه لا تشكّل الهيئات المكلفة بتسيير أنظمة الضمان الاجتماعي مؤسسة و بالتالي لا يدخل ضمن النشاطات الاقتصادية⁴، نظرا لموضوعها الاجتماعي و الذي لا يستهدف الربح. إذن لا يشكل الربح عنصرا يُستند عليه في تكييف المؤسسة، و إنما يكفي المساهمة في التبادل الاقتصادي للقول بان المؤسسة تمارس نشاطا اقتصاديا⁵.

وعليه يكمن النشاط الاقتصادي في الإنتاج أو توزيع السلع و الخدمات. بل يعتبر بعض الفقه أنّه: "تكمّن الوظيفة الأساسية للمؤسسة في إنتاج السلع و الخدمات قصد تبادلها في السوق"⁶.

أمّا فيما يخص التشريع الفرنسي، فلم يُبيّن مفهوم المؤسسة، بل ركّز على طبيعة النشاطات الممارسة من قبلها حيث ينص على أنّه تُطبّق أحكام قانون المنافسة على كل نشاطات الإنتاج، التوزيع و

¹ ن. د. توات، مرجع سابق، ص. 8.

⁵ المحكمة العليا، غ. ت. و ب.، 6 فيفري 2008، قضية: الصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية ضد مؤسسة أشغال البناء، ملف رقم 414667، مجلة قضائية 2008، ع. 2، ص. 219.

³ C.J.C.E. 17 févr. 1993, *Christian poucet c / assurances générales de France et caisse mutuelle*, Rec. C.J.C.E. 1993, p. 637. www.eur-lex.europa.eu.

⁴ C.J.C.E. du 17 fév. 1993, *aff. Poucet et Pistre, préc.*

⁵ M.BEHAR, *La notion d'entreprise en droit communautaire*, PUR, 1995, p.26.

⁶ ع. ر. بن حبيب، *اقتصاد و تسيير المؤسسة*، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، 2009، ص. 10.

الخدمات بما فيها تلك الصادرة عن السلطات العمومية¹. و ذهب الفقه² إلى ضرورة تطبيق الحظر على الممارسات الواقعة من قبل أشخاص يمارسون نشاطا اقتصاديا بصورة مستقلة. في حين أكدت محكمة عدل المجموعة الأوروبية أنه " في نطاق قانون المنافسة، يُقصد بالمؤسسة كل كيان يمارس لنشاط اقتصادي بصفة مستقلة عن الإطار القانوني لهذا الكيان و عن كَيْفِيَّة تمويته"³.

يُطرح في هذا المجال إشكال جوهري يتعلق بمدى إمكانية تطبيق قانون المنافسة على أشخاص القانون العام؟

تجدر الملاحظة إلى أنه تُطبَّق أحكام قانون المنافسة حتى على تصرفات المؤسسات العمومية، عند ممارسة هذه الأخيرة لنشاط اقتصادي، شريطة انفصال نشاطاتها عن صلاحياتها المتعلقة بالمرفق العام. و يؤكد الفقه الجزائري⁴ على أنه " إذا كانت الهيئة تهدف إلى تحقيق الربح، فهي تأخذ الطابع التجاري و الصناعي. بينما إذا كانت ترمي إلى تحقيق المنفعة العامة في ميدان من ميادين الحياة الوطنية، فتعد هذه الهيئة ذات الطابع الإداري". كما يؤكد البعض⁵ أنه "...بمجرد تدخل هذه الأخيرة في الاقتصاد، بنفس شروط الشخص الخاص، تُفرض عليها نفس القواعد، بما فيها قواعد المنافسة". فلا يُعتبر التصرف الإداري محظورا إلا في حالة ما إذا سمح بخرق القانون من قبل " مؤسسة"⁶.

و تُعرف المؤسسة العمومية في التشريع الجزائري⁷ بأنها: " شركات تجارية تحوز فيها الدولة أو أي شخص معنوي آخر خاضع للقانون العام، أغلبية رأس المال الاجتماعي مباشرة أو غير مباشرة. و هي تخضع للشريعة العامة". و يُعرفها الفقه⁸ بأنها: " أشخاص معنوية ذات طابع صناعي و تجاري و التي لا يخضع رأسمالها - كله أو أغلبه - للتملك الخاص وتكون في وضعية التبعية العمومية". و بالتالي تخضع

¹ Art. L. 420-1 du C. Com. Fr.

² J.B. BLAISE, Droit des affaires : commerçants, concurrence, distribution, 2^{ème} éd. L.G.D.J 2000, p.400, n° 780.

³ C.J.C.E., 23 avr. 1991, Klaus Hôfner et Fritz Elser, c/ Macrotron GMB, aff. C-41/90 Rec., C.J.C.E. 1991, I, p.1979. www.eur-lex.europa.eu.

⁷ ف. زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري: الأعمال التجارية - التاجر - الحرفي - الأنشطة التجارية المنظمة - السجل التجاري، النشر الثاني، ابن خلدون 2003، ص. 362، ر. 199.

⁵ D.BERLIN, *Les actes de puissance publique et le droit de la concurrence*, A.J.D.A. n° 4, 1995, p. 259, « ... dès lors que ces dernières interviennent dans l'économie, dans les mêmes conditions qu'une personne privée, les mêmes règles s'imposent à elles, y compris les règles de concurrence ».

⁶ J.-P. KOVAR, *La soumission des actes de puissance publique au droit français de la concurrence*, mémoire présenté en vue d'obtention du D.E.A. de droit des affaires, Université Robert Schuman - Strasbourg III, Faculté de droit et sciences politiques, 1999-2000, p. 83, n° 107.

² المادة الثانية من الأمر رقم 04-01 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية و تسييرها و خصوصتها، ج. ر. 23 أوت 2001، ع. 47، ص. 9.

⁸ J.DUFAU, *Les entreprises publiques*, éditions de l'actualité juridique, Paris, 1973, p. 54, « Les entreprises publiques sont des personnes morales à caractère industriel et commercial dont le capital est soustrait - en totalité ou en majorité- à l'appropriation privée et qui sont placées sous la dépendance publique ».

الأنشطة الاقتصادية للأشخاص العمومية لرقابة القاضي العادي بدلا من القاضي الإداري مثلها مثل الأشخاص الخاصة، و يُعد قرار المحكمة العليا في غرفتها الإدارية المؤرخ في 14 فيفري 1969 و المتعلق بقضية الديوان الوطني للإصلاح الزراعي أبرز مثال في هذا المجال. حيث قضت المحكمة بأنه : " من الثابت أن الديوان الوطني للإصلاح الزراعي، هو مؤسسة عامة ذات صفة صناعية و تجارية، و أنه تطبيقا لأحكام المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية، لا يحق للمجلس القضائي للجزائر الفاصل في المواد الإدارية أن ينظر بصورة صحيحة في دعوى موجهة ضد هذه المؤسسة"¹.

و لكن عندما تمارس الأشخاص العمومية صلاحيات السلطة العامة في إطار مهمتها العادية، فتكون في هذه الحالة أجنبية عن كل نشاط اقتصادي، سواء تعلق الأمر بالإنتاج أو التوزيع أو الخدمات، و بالتالي لا تخضع لأحكام قانون المنافسة لأن الدولة تتصرف، في هذه الحالة، بصفتها سلطة عمومية و ليس بصفتها عميلا اقتصاديا². أو بمعنى آخر، يُشترط لاستبعاد الحظر الوارد عن المؤسسات العمومية أن تتدخل هذه الأخيرة بصفتها عميلا عموميا و سلطة عمومية³.

قد تمارس الأشخاص العمومية نشاطا اقتصاديا لكن في نطاق السلطة العادية المخولة لها و المتمثلة في تحقيق المصلحة العامة، فنكون في إطار مُزدوج، نشاط يخضع للسوق من جهة و أجنبي عنها من جهة أخرى. فُتطبّق في هذه الحالة أحكام قانون المنافسة، إلا في حالة ما إذا كان يُعد هذا النشاط ضروريا لتحقيق المصلحة العامة المنشودة، أما في حالة إمكانية تحقيق هذه المصلحة دون اللجوء إلى النشاط الاقتصادي المقيد للمنافسة فنكون بصدد ممارسة محظورة من قبل قواعد المنافسة⁴. و قد يتجسد سلوك السلطة العامة المقيد للمنافسة من خلال إخضاع ممارسة نشاط معين إلى تقييدات كمية، مما يُشكل حاجزا لدخول السوق من قبل عملاء جدد و السماح بالاحتفاظ بالعدد المحدود من المؤسسات المتواجدة في السوق، أو من خلال فرض ممارسات موحدة في مجال الأسعار أو شروط البيع و هذه هي الممارسة الأكثر شيوعا⁵.

و لقد أخضع المشرع الجزائري كذلك الصفقات العمومية لأحكام المنافسة نظرا لاعتبارها من أبرز العقود الإدارية، و تُعرّف المادة الثالثة من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002

⁴ المحكمة العليا، غ. إ.، 14 فيفري 1969، السيد ب/ الديوان الوطني للإصلاح الزراعي، حولىة القضاء، 1969، مشار إليه من طرف ن. اللباد: القانون الإداري، الجزء الثاني "النشاط الإداري"، طبعة أولى، اللباد 2004، ص. 343.

² C.J.C.E. 18 mars 1997, *Diego cali et Figli SRL c / Servizi ecologici porto di Genova SPA*, aff. C-343/95, Rec. 1997, p.1547: www.eur-lex.europa.eu.

³ J.-P. KOVAR, *op. cit.*, p. 10, n° 4.

⁴ M.A. FRISON- ROCHE, M.S. PAYET, *op. cit.*, p. 69, n° 72.

⁵ J.-p. KOVAR, *op. cit.*, p. 89, n° 116.

المُتضمن تنظيم الصفقات العمومية¹ هذه الأخيرة بأنها: " عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تُبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، قصد انجاز الأشغال و اقتناء المواد و الخدمات و الدراسات، لحساب المصلحة المتعاقدة ". و تتمثل المصلحة المتعاقدة، حسب المادة الثانية من نفس المرسوم، في " الإدارات العمومية و الهيئات الوطنية المستقلة و الولايات و البلديات و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري بالإضافة إلى مراكز البحث و التنمية و المؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي و الثقافي و المهني و المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري. "

أما في القانون الفرنسي، فقد وُجد حل لهذا الإشكال من خلال إحدى القضايا المعروضة أمام محكمة التنازع سنة 1989²، حيث قرّرت إحدى البلديات إيقاف امتياز الخدمة العامة لتوزيع المياه الممنوح لإحدى المؤسسات بهدف منحه لمؤسسة أخرى. فادعت الضحية وجود اتفاق مقيد للمنافسة بين البلدية المعنية و المؤسسة الحاصلة على الامتياز، فالتهمت مجلس المنافسة الفرنسي³ من أجل وضع حد لهذا التقييد و لكن رفض المجلس القضية معللا قراره بعدم تطبيق قانون المنافسة على مثل هذه القضايا، بينما اعتبرت محكمة استئناف باريس⁴ أنه يُشكل توزيع المياه نشاطا اقتصاديا و بالتالي يخضع لقواعد المنافسة، و اتخذت محكمة التنازع نفس الموقف حيث أكدت على ضرورة تطبيق الحظر المتعلق بالاتفاقات و المنصوص عليه في قانون المنافسة، نظرا لوجود نشاط اقتصادي مُتمثل في توزيع المياه. و بالتالي ليست العبرة في طبيعة المؤسسة و إنما العبرة في طبيعة نشاطها.

نلاحظ انه يشكل النشاط الاقتصادي معيارا ضروريا في تكييف المؤسسة في كل من القانون الجزائري، الفرنسي و القانون الأوروبي ولا يؤدي استعمال هذا الأخير لعبارة " المساس بالتجارة بين الدول الأعضاء" إلى التفسير الضيق للنشاط الممارس من قبل المؤسسة، بل يُقصد بالتجارة " تبادل ذو طبيعة اقتصادية"⁵.

2. استقلالية المؤسسة

تُمارس الممارسات المقيدة للمنافسة من قبل وحدات اقتصادية بإمكانها التواجد في وضعية تنافسية فيما بينها، و عليه يُشترط أن تتمتع كل مؤسسة باستقلاليتها الاقتصادية. أو بمعنى آخر، أن تتمتع باستقلالية كافية في اتخاذها لقرارات متعلقة بتبيان سلوكها في السوق. فيجب أن تكون مُستقلة قانونيا و

¹ ج. ر. 28 جويلية 2002 ع. 52، ص. 3.

² T. C. 6 juin 1989, Ville de Pamiers, R.F.D.A. 1989, p. 465: www.lexinter.net.

³ Décision du cons. Conc. Fr. n° 88-D-24, du 17 mai 1988, relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires émanant de la société d'exploitation et de distribution d'eau (S.A.E.D.E.), Rapport annuel pour 1988, p. 61. www.autauritedelaconurrence.fr.

⁴ C. A. Paris 30 juin 1988, B.O.C.C.R.F. du 9 juill. 1988: www.lexinter.net.

⁵ B. GOLDMAN, *op. cit.*, p. 259, n° 249.

اقتصاديًا و أن تتحمّل مخاطر العمليّات التي تُبرمها¹. و هذا ما يؤدي إلى التساؤل حول إمكانية التمييز بين المؤسسة و الشخص الذي يمتلكها أو يستغلها، أو بمعنى آخر حول الممارسات المبرمة بين شركات تنتمي إلى نفس المجموعة.

تُشكّل مُختلف الشركات التابعة إلى مجموعة واحدة كيانا واحدا في حالة عدم تحديد الشركات المعنيّة لسلوكهم في السوق بصورة مُستقلّة². فنكون في هذه الحالة في إطار مجموعة من الشركات و التي يعتبرها البعض³ بأنّها مجموعة تربطها مصالح مُشتركة، تتمتع من خلالها الشركة الأم بسلطة على باقي الفروع و تمارس رقابة عليها فتضمن بذلك وحدة القرار. كما يؤكد بعض الفقه⁴ أنه عندما يستحيل على مؤسّسة البحث عن مصلحتها الخاصّة، و عندما تكون تصرفاتها مجرد تنفيذ لتعليمات مؤسّسة أخرى فنكون بصدد التعامل مع كيان واحد و يرجع ذلك إلى انعدام استقلاليتها و ضرورة تخليها عن هدفها من أجل إتباع ذلك المنشود من قبل الشركة الأم.

و بالتالي تُطرح إشكالية الفرع في قانون المنافسة من عدة جوانب أهمها أنه ثمرة انضمام ناشئ من خلال اتفاق تعاون في إطار شراكي، مما يمنح للشركة الأم سلطة الرقابة عليه من جهة، و احتفاظه بسلطة التصرف كعميل اقتصادي في السوق من جهة أخرى⁵.

و يجب أن تُدرس إشكالية استقلالية الفرع في قانون المنافسة من منظورين: يتمثّل الأوّل في تحديد إمكانيّة إدارة شركات تابعة لنفس المجموعة، أي هل يُمكن مثلا للشركة الأم توزيع الأسواق بين فروعها أو تحديد أسعار الخدمات أو المنتجات المقدّمة من قبل هذه الأخيرة؟ .

بينما يتمثّل الثاني في عدم إسناد الممارسات المقيّدة للمنافسة إلا للشركة القائمة بهذه التصرفات فعلا.

لا يمكن أن توجد ممارسة محظورة إلا بين مؤسّسات مُستقلّة، و لا تدخل الممارسات القائمة بين الفرع و الشركة الأم في نطاق قانون المنافسة إلا في حالة استقلال الفرع⁶. أو بمعنى آخر، عندما لا يتمتع الفرع باستقلالية فعلية في تحديد سياسته التجارية الخاصة به و يُشكل مع الشركة الأم وحدة اقتصادية مُشتركة، يُستبعد في هذه الحالة تكييف الاتفاق أو الممارسة المدبّرة حيث يُشترط لتجريم هذه الأخيرة تعدد الأطراف⁷. و تتجلى هذه الاستقلالية من خلال تواجد الفرع في وضعية تنافسية مع الشركة الأم نظرا

¹ M.C.BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E.CLAUDEL, V.MICHEL-Amsellem, *op.cit.*, p.21, n° 14.

² G. DECOCQ, *Ententes et procédures: la société mère est responsable des infractions commises par sa filiale détenue à 100%*, R.J.C : contrats, conc., cons., n°12, déc. 2009, p. 28.

³ W. KOSENTINI, *Le groupe des sociétés et le droit de la concurrence*, Etudes juridiques, Revue publiée par la faculté de droit de SFAX, n° 10, 2003, p. 329, n° 1.

⁴ T. LAMARCHE, *La notion d'entreprise*, R. T. D. Com. 2006, p. 709, Dalloz 2007, p. 21.

⁵ J.-P. BRILL, *Filiales communes et article 85 C.E.E.: Etude des décisions récentes de la commission des communautés européennes*, R.T.D. Com. 1992, p. 85, Dalloz 2007, p. 1.

⁶ Rapport annuel du cons. Conc. Fr. pour 2006, études thématiques : *La preuve des accords de volontés constitutifs d'entente*, p. 77.

⁷ T. LAMARCHE, *op. cit.*, p. 23.

لانعدام التبعية بينهما، كأن يقوم الفرع بتصنيع منتوجات ذات تقنية جديدة مقارنة بتلك المصنعة من قبل الشركة الأم فكون بصدد منافسة - حالية أو احتمالية - بينهما¹ و من الملاحظ أنه لا يملك الفرع دائماً حرية التصرف بصورة مستقلة محضة، دون أية رقابة من الشركة الأم، بل قد يُنقذ الفرع تعليمات هذه الأخيرة. ففي هذه الحالة يجب إثبات هذه العلاقة التبعية، فكيف يتم إثبات هذه الأخيرة؟

ترجع سلطات المنافسة إلى قرينة امتلاك الشركة الأم لرأس المال الكلي أو شبه الكلي للفرع، و في حالة عدم كفاية هذه القرينة في الإثبات تضطر السلطات إلى البحث عن أدلة أخرى.

أ. المراقبة الرأسمالية و قرينة التأثير المحدد²

لقد تمّ التطرق إلى قرينة حيازة الشركة الأم للرأس المال الكلي للفرع كدليل على انعدام استقلالية هذا الأخير من قبل محكمة عدل المجموعة الأوروبية، حيث اعتبرت في إحدى قضاياها أنه يتبع الفرع بالضرورة السياسة المرسومة من قبل الشركة الأم³. و تؤدّي هذه القرينة إلى إعفاء اللجنة من إثبات وجود الرقابة من جهة، و ممارستها من قبل الشركة الأم من جهة أخرى⁴. بالتالي كلما ارتفعت نسبة راس المال المملوكة من قبل الشركة الأم، كلما صعب إثبات استقلالية الفرع.

بل يرى البعض⁵ أنه يُشكل امتلاك الشركة الأم لنسبة معينة من رأس المال الفرع قرينة على عدم استقلالية هذا الأخير حتى لو كانت هذه النسبة ضئيلة، حيث تفترض استقلالية المؤسسة تمتعها بدمتها المالية الخاصة بها.

أمّا فيما يخص القانون الفرنسي، فقد أكد مجلس المنافسة الفرنسي⁶ أنه يمكن لسلطات المنافسة افتراض تنفيذ الفرع لتعليمات الشركة الأم عند امتلاكها لنسبة كبيرة من رأسماله، دون التأكد من ممارستها الفعلية لهذه السلطة.

و بالتالي تعتبر الرقابة الممارسة من قبل الشركة الأم و وحدة القرار عاملاً أساسياً لاستبعاد الاتفاقات المبرمة داخل المجموعة عن نطاق الحظر، فرغم تمتع الفرع بالشخصية القانونية إلا أنه يفتقد للاستقلالية⁷.

ب. الأدلة الإضافية

¹ J.-P. BRILL, *op. cit.*, p. 7.

² Le contrôle capitaliste et la présomption de l'influence déterminante.

³ C.J.C.E., 25 oct. 1983, *Allgemele Elektrizitäts - Gesellschaft AEG- Telefunken AG c/commission C.E.*, aff.C-107/82: Rec. C.J.C.E. 1983, p. 03151. www.eur-lex.europa.eu.

⁴ F. CHAPUT, *L'autonomie de la filiale en droit des pratiques anticoncurrentielles*, R.J.C. : contrat, conc. Cons., n° 1, du janv. 2010, p.12.

⁵ T. LAMARCHE, *op. cit.*, p. 24.

⁶ Rapport du conseil de la concurrence pour 2006, note 3. www.autauritedelaconcurrence.

⁷ W. KOSENTINI, *op. cit.*, p. 337. n° 28.

في حالة عدم وجود علاقة رأسمالية بين الشركة الأم و الفرع، يجب على السلطات إثبات وجود وسائل تراقب من خلالها الشركة الأم فروعها، بالإضافة إلى الوجود الفعلي لهذه الرقابة. و من بين هذه الوسائل وجود سلطة التقرير داخل الفرع، هوية المسيرين، التعليمات المقدّمة من قبل الشركة الأم، السياسة التجاريّة.... و بصفة عامّة، يُشكّل قيام الشركة الأم بالأمر الأكثر أهميّة أو قيامها بجميع وظائف الإدارة المتعلّقة بفرعها دليلا على غياب استقلاليّة هذا الأخير. و هذا ما يتضح من خلال إحدى القضايا الملتزمة أمام محكمة عدل المجموعة الأوروبية حيث أكّدت غياب استقلاليّة فرع إحدى المؤسّسات عن الشركة الأم رغم عدم تجاوز المساهمة الرأسمالية 55٪، نظرا لوجود نفس الأعضاء الإداريين¹، و بالتالي استندت على قرينة الأعضاء. كما قضت في قضية أخرى بضرورة الأخذ بعين الاعتبار جميع العناصر المتعلّقة بالعلاقات الاقتصادية، التنظيميّة و القانونيّة التي تربط الفرع بالشركة الأم².

كما يعتبر مجلس المنافسة الفرنسي³ أنّه يُشكّل تدخّل الشركة الأم في أمور فرعها معيارا جوهريّا للرقابة. كذلك بالنسبة لتدخلها في العقود المبرمة بين الفرع و الغير، إمّا بتحريرها لبند العقد أو بتدخلها في التفاوض بين الفرع و الغير.

و تجدر الملاحظة إلى أنه في أغلب الأحوال تُدرج في عقود الشراكة بين الشركة الأم و فروعها بنودا تعتبر ضرورية لإبرام هذه العقود و لكن قد تُشكل في نفس الوقت مساسا بالمنافسة، و لعل من أهم هذه البنود: بند عدم المنافسة، فيشكل هذا البند قرينة على استقلالية الفرع عن الشركة الأم⁴. و قد يُدرج بند عدم المنافسة لصالح الشركة الأم أو العكس، فيشكل هذا البند قرينة إضافية على تواجد كل من الشركة الأم و الفرع في وضعية تنافسية و بالتالي قرينة على استقلاليتهما⁵.

الخاتمة:

يُستنتج مما سبق أنّه تُشكل تبعيّة الفرع للشركة الأم سببا رئيسيا لتجنب تطبيق الحظر المتعلق بالممارسات القائمة داخل المجموعة، شريطة أن يتعلّق الأمر بتبعيّة " فعلية". أو بمعنى آخر، يجب التأكيد من عدم وجود استقلالية تجاريّة و ماليّة كافية تضمن للمؤسّسات استقلالية اتخاذ القرارات في المجال الاقتصادي⁶.

¹ C.J.C.E. 21 déc.1993, *Sea Containers c/ Stena Sealink*, aff. 94/119, J.O.C.E 18 janv. 1994, p. 8-19 : www.eur-lex.europa.eu.

² C.J.C.E. 10 sept. 2009, aff. C-97/08 : J.O.U.E. n° C 267, 7 nov. 2009, p.17. www.eur-lex.europa.eu.

³ Décision du cons. Conc. n° 96-D-44, 18 juin 1996, *Secteur de publicité* : B.O.C.C.R.F. 1996, p. 564.

⁴ J.-P. BRILL, *op. cit.*, p. 14.

⁵ لأنه في حالة العكس فلا داعي لإدراج بند عدم المنافسة.

⁶ W. KOSENTINI, *op. cit.*, p. 340, n° 36.

و لكن ماذا عن الحالة التي تُفوض فيها الشركة الأم سلطاتها للفرع؟
 عندما يهدف التفويض إلى تحويل جميع سلطات التسيير إلى الفرع، يمكن الاستناد إلى فكرة
 استقلالية هذا الأخير و لكن شريطة تحرره من رقابة المفوض. في حين لا يسمح التفويض الجزئي
 للسلطات، و الذي لا يمنح إلاّ جزءاً من سلطة التقرير، باستنباط استقلالية الفرع.¹
 أمّا بالنسبة لعملية الدمج، فلا تدخل في إطار الحظر نظراً لاعتبارها إعادة هيكلة للمؤسسة.²
 و أخيراً تجدر الملاحظة إلى أنه يمكن أن تُشكّل العقود المبرمة بين الوكلاء التجاريين و مُوكليهم
 اتفاقات محظورة، و بالتالي تُشترط الاستقلالية الاقتصادية لهؤلاء. و عليه فإنّه يخرج عقد الوكالة عن
 نطاق الحظر إذا تبين عدم مساهمة الوكيل في النفقات المتعلقة بالتمويل أو النقل، و أنّه لا يتحمّل أيّة
 مسؤوليّة اتجاه الغير.³ و لكن في حالة تحمّل الوكيل لمخاطر هذه النفقات فإنّه يُكَيّف بالمؤسسة، و
 يخضع بالتالي لأحكام قانون المنافسة.

¹ Décision du cons. conc. fr. n° 01-D-14, 4 mai 2001, *Secteur d'enrobés bitumeux sur les routes de l'Isère* .
www.auritedelaconurrence.fr.

² A. BRUN, A.GLEIS et M. HIRSH, *op. cit.*, p.69.

³ L .ARCELIN, *op. cit.*, p.47, n°67.

المراجع:**-المراجع باللغة العربية:**

- ع. ر. بن حبيب، اقتصاد و تسيير المؤسسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، 2009
- ف. زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري: الأعمال التجارية- التاجر- الحرفي- الأنشطة التجارية المنظمة- السجل التجاري، النشر الثاني، ابن خلدون 2003
- ن. د.توات، الجمعيات و قانون المنافسة في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية و الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر 2001-2002

Les ouvrages en langue française :-

- A.MURAT, Notions essentielles d'économie politique, 2^{ème} éd. Sirey 1967**
- B.GOLDMAN, Droit commercial européen, Dalloz 1970**
- B. SAINTOURENS, D. ZENNAKI, Les contrats de distribution : droit français, droit algérien, droit communautaire, P.U.B 2011**
- D.BERLIN, Les actes de puissance publique et le droit de la concurrence, A.J.D.A. n° 4, 1995**
- D.GUEVEL, Droit de commerce et des affaires, 3^{ème} éd., L.G.D.J., 2007**
- G. DECOCQ , Ententes et procédures: la société mère est responsable des infractions commises par sa filiale détenue à 100%, R.J.C : contrats, conc., cons., n°12, déc. 2009**
- G. RIPERT, R. ROBLOT, Traité de droit commercial, T. 1, 13^{ème} éd. , L.G.D.J. 1989**
- J.B. BLAISE, Droit des affaires : commerçants, concurrence, distribution, 2^{ème} éd. L.G.D.J 2000**
- J.DUFAU, Les entreprises publiques, éditions de l'actualité juridique, Paris, 1973**
- J.P. BERTREL, T. BONNEAO, M-J. CAMPANA, C. COLLARD, G. GURY, Droit de l'entreprise: l'essentiel pour comprendre,Lamy 2001.**
- J.-P. BRILL, Filiales communes et article 85 C.E.E.: Etude des décisions récentes de la commission des communautés européennes, R.T.D. Com. 1992, p. 85, Dalloz 2007**
- J.-P. KOVAR, La soumission des actes de puissance publique au droit français de la concurrence ,mémoire présenté en vue d'obtention du D.E.A. de droit des affaires, Université Robert Schuman – Strastbourg III, Faculté de droit et sciences politiques, 1999-2000**
- L.ARCELIN, La notion d'entreprise en droit de la concurrence, juris. Class. : com., conc. 1, lexisnexis , 2009**
- M.BEHAR, La notion d'entreprise en droit communautaire, PUR, 1995**

M.PEDAMON, droit commercial: commerçants et fonds de commerce, concurrence et contrats du commerce, 2^{ème} éd., Dalloz 2000.

T. LAMARCHE, La notion d'entreprise, R. T. D. Com. 2006, p. 709, Dalloz 2007

W. KOSENTINI, Le groupe des sociétés et le droit de la concurrence, Etudes juridiques, Revue publiée par la faculté de droit de SFAX, n° 10, 2003

الخطأ الجراحي و مدى التزام الجراح بدقة العمل الجراحي

الأستاذ- كريم الشيخ بلال

كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة سيدي بلعباس - الجزائر

مقدمة:

إن موضوع المسؤولية المدنية للجراح يعد من أكثر المواضيع التي أثرت منذ عهد بعيد و مازال الجدل و النقاش و الاجتهاد في مجال الفقه و التطبيقات القضائية و حتى الحقل الطبي، و من المعروف أن التشريعات الحديثة لم تتعرض للمسؤولية المدنية للجراح بنصوص خاصة بل ترك حكمها للقواعد العامة في المسؤولية المدنية، كما أن الجراحة بشتى أنواعها شهدت تطورات كبيرة و تقدم ملحوظ و لازالت تأتي بما هو جديد بل مبهر في كافة فروعها و تخصصاتها ، و ما أصبح يميزها في نظرة العامة هو تلك الإيجابية و الفعالية التي جعلتها تتجاوز مهمتها الاصلية التي هي الوقاية و العلاج من الأمراض و العلل ليشمل جمال بل الجراحة التجميلية فصار الجمال و الرشاقة و بهاءها سلعة تباع و تشتري، كما أن الجراحة أضحت من الحالات التي تستوقف النظر و تدعو الى البحث و التأمل فيها، إضافة الى ذلك أن جراح ا هو القائم بأعمال الجراحة و التخدير و هندسة الأطقم و وضعها و تثبيتها ، كما ان شعور الرأي العام ازداد فيما يخص وجود ضعف في الحس الإنساني لدى بعض الجراحين في الوقت نفسه نمو سرطاني في الحس التجاري لديهم و مثلما لا يلتقي الايمان مع الكفر، الجراحة لا تلتقي مع التجارة و عند اللقاء تسود لدى الجراحين نزعة تنمية الثروة المالية بشتى الطرق بدلا من الاستجابة لأوجاع و آلام المرضى.

إن الحديث عن قيام المسؤولية المدنية لجراح يقتضي بيان الطبيعة القانونية لها، خاصة و أن هذه المسألة تعد من بين أهم النقاط الحساسة التي حدثت فيها تطورات مختلفة متعددة الجوانب ، كما يستلزم تحديد أسس المسؤولية المدنية سواء التقليدية والتي لو تخلف أحدها لما أمكن القول بمسألة جراح الأسنان مدنيا ، أو الحديثة و التي وجدت لتكريس الحماية القانونية للمريض و تسهيل حصوله على التعويض ، إلى جانب ذلك فإن الأمر يقتضي تحديد نطاق هذه المسؤولية و كقانونين تثار لدينا إشكالية كون جراحة الأسنان تجمع بين الشفاء و تحقيق الرغبة فهل تطبق عليها نفس القواعد المطبقة على باقي الاعمال الجراحية أم لا ؟ و ما هي طبيعة التزام جراح الأسنان ؟ و هل ملزم بدقة العمل الجراحي ؟.

المبحث الأول : طبيعة التزام الجراح

إن التطورات التي تعرفها الجراحة في الآونة الأخيرة أدت إلى تردد القضاء بين التشدد في القضايا المعروضة أمامه في هذا الشأن لان هذا الاختصاص في حد ذاته يجمع بين مختلف التخصصات من جهة و في كون الاختصاص في حد ذاته يجمع بين العلاج و الوقاية و التقويم والجراحة ، كانت ترميمية أم علاجية¹.

كما تبرز أهمية دراسة طبيعة الالتزام في تحديد على من يقع عبء الإثبات ، و قد قسم الفقه الالتزامات إلى نوعين : الالتزام بوسيلة والالتزام بتحقيق نتيجة ، ففي النوع الأول يقتصر التزام المدين (الجراح) على بذل عناية لازمة في حدود ما التزم به ، و لا تتحقق مسؤوليته في هذه الحالة إلا إذا أقام الدائن (المريض) الدليل على مخالفة المبدأ الذي أقرته الجهات القضائية المختلفة ، والمتمثل في بذل جهود صادقة ، يقظة ، تتفق مع الأصول العلمية و الظروف التي يوجد فيها المريض ، و انه خالف أحكام المادة 45 من م.أ.ط بأن يقيم الدليل على أن الجراحو جراح الأسنان لم يقدم علاجاً يتسم بالإخلاص و التفاني و مطابقة معطيات العلم الحديث ، و انه لم يقم باستشارة أهل الفن².

أما الالتزام بتحقيق نتيجة فهو التزام يتعهد المدين بمقتضاه بتحقيق نتيجة أو غاية محددة ، وإن لم تتحدد هذه النتيجة يكون المدين مسؤولاً أمام الدائن ، لأنه لم يقم بتنفيذ التزامه ، فالشخص مطالب و مدين بتحقيق نتيجة معينة ، بحيث يفترض خطأه و من ثم مسؤوليته لمجرد أن الغاية المنتظرة والتي هي محل التزامه لم تتحقق³.

و كما سبق و أن ذكرنا الاعتراف بوجود العقد الطبي بين الطبيب و المريض بناء على قرار (MERCIER) السالف الذكر ، و إن الالتزام في العقد الطبي ليس بشفاء المريض و إنما بعلاجه و الاهتمام به ، فيجب على الطبيب أن يبذل الجهود التي يبذلها نفس الطبيب في مستواه طبقاً للأصول العلمية . لكن هل ينطبق على التزام جراح الأسنان ؟

¹-voir Alain bery/ laurent delprat ، droits et obligations des chirurgiens dentistes ,EDITIONS DU PUITTS FLEURI ,2006 ,France. ، p227

²- صويلح بوجمعة ،المسؤولية المدنية الطبية :المجلة القضائية ع 1 ، 2001 ، ص74 .

³- فيلالى علي ،الالتزامات النظرية العامة للعقد ،موفر للنشر الجزائر 2008 ، ص 27

المطلب الأول: التزام جراح الأسنان بتحقيق نتيجة

إن الفرق بين التزام الجراح الذي ينفذ العمل الجراحي على شخص مريض نائم شبه ميت يمنحه استقلالاً تاماً لتحقيق و تنفيذ عمله الجراحي¹، و جراح الأسنان الذي يقوم بتنفيذ الأعمال الجراحية على شخص مريض فائق ضف إلى ذلك عنصر القلق و الارتباك لدى المريض فيمكن لرودود أفعاله من أن تقوي و تزيد من جسامه الضرر في حال تحققه، فجراح الأسنان ملزم بتحقيق نتيجة فيما يخص وضع أسنان اصطناعية أو أجهزة تعويضية لأنه من المفترض انه يقوم بتجريبها و تدقيقها قبل وضعها و تثبيتها النهائي على فم المريض ، و قد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار صادر في 23 نوفمبر 2004² بأنه يقع على جراح الأسنان التزام بتحقيق نتيجة لما يقوم بوضع طاقم أسنان ، و تعود وقائع القضية في قيام جراح أسنان بوضع جسر أسنان متحرك لأحد المرضى ، إلا أن الجهاز لم يلاءم المريض ، و كان هذا القرار تأكيداً لقرار سابق صدر في 22 نوفمبر 1994³ ، حيث أكدت السلطة القضائية العليا أن جراح الأسنان ملزم بالنظر للعقد الذي يربطه بالمريضة ، بتقديم طاقم أسنان ملائم يحقق الخدمة والرغبة المشروعة المنتظرة ، فهو ملزم بتحقيق نتيجة و قد أهمل جراح الأسنان التزامه ، وكذلك يسري هذا الالتزام على استخدام الآلات الحادة و القاطعة الخطرة و الأجهزة الدورانية التي ينجم عن سوء استعمالها ضرراً للزبون .

إلا أن القضاء بعد ذلك تشدد من حيث الالتزامات المفروضة على الجراحين بصفة عامة ، وعلى جراحي الأسنان بصفة خاصة ، فأصدرت محكمة نانسى في قرار لها بتاريخ 14 سبتمبر 2006 أن جراح الأسنان يقع عليه التزام متمثل في دقة العمل الجراحي حتى و كان اقتلاع الأسنان مسبباً⁴

ثم أصدرت بعد ذلك محكمة النقض الفرنسية في 17 جانفي 2008 قرار جاء من خلاله تأييد الالتزام المتعلق بضرورة دقة العمل الجراحي للأسنان⁵ و تلخص مجريات القضية في قيام أحد جراحي الأسنان باقتلاع ضرس لأحد المرضى مما أدى إنسحال أسنانه و تعرضه لإصابة بسرطان على مستوى

اللثة⁶ (VADS) Un cancer de Voie Aéro-digestive Supérieures

²- cass civ du 23 novembre 2004 .voir - Philippe Pirnay ، ' l'alea thérapeutique et chirurgie 'EDITIONS L'HARMATTAN '2008 ،France ، p 215

³- cass civ ، 1 ، du 22 novembre 1994 n 92-16'423 ، voir Alain bery/Laurent Delprat ، opcit ، p219

⁴- Philippe Pirnay ، ' l'alea thérapeutiqueopcit ، p 215 Le chirurgien dentiste est tenu d'une obligation de précision du geste de chirurgie dentaire même si l'extraction était justifié et conforme aux données acquises des sciences

⁵- M .Penneau /A.Gaudin/J-P Arnaud : l'exactitude de geste chirurgicale : évolution de la jurisprudence ؛ journal du chirurgien dentiste, 2008, 145,N°15,Elsevier Masson

⁶-P.Sargos : l'exigence de précision de geste chirurgicale en matière d'intervention médicale ou de chirurgie dentaire, Med et Droit 2008 ؛43 :pp 10-16

فقامت المريضة برفع دعوى على مستوى محكمة بوج ¹ (Bourges) للمطالبة بالتعويض ، فجاء القرار لصالح جراح الأسنان على أساس أن العمل الجراحي كان مطابقاً لأصول فن الأسنان ، وانه لم يرتكب أي خطأ ، فقام دفاع المريضة بالاستئناف ، و قبل ذلك بعدة أيام توفيت المريضة .

المطلب الثاني : الإبقاء على الالتزام ببذل عناية (مشددة)

إن التزام جراح الأسنان لا زال التزاما ببذل عناية، فجراحة الأسنان مثلها مثل جميع الجراحات بالنظر إلى المخاطر الاحتمالية القائمة في كافة الأعمال الطبية، كون الجراحة تكون على أنسجة وخلايا حية ؛ لا يمكن التنبؤ بردود أفعالها (Les lésions osseuses et gingivales)².

فجراحة الأسنان اختصاص طبي و ليس علما من العلوم الدقيقة ، كما أن هناك عدة عوامل تتداخل لتحديد نتيجة العلاج أو التدخل الجراحي ، لا يمكن السيطرة عليها فن جراحة الأسنان ، فن جامع بين العلاج و الجراحة ، تركيب الأسنان و الحفاظ عليها ، الوقاية وصناعة الأطقم ، فعدم دقة هذا الفن تجعل طبيعة المرض المسبب للموت لا تظهر، يضاف إلى ذلك خطورة المواد الناقلة للالتهابات و العدوى يمكنها إحداث مضاعفات غير مرغوب فيها كاستعمال الرصاص أو المركيز أو الأملغم .

رغم التشدد في مسؤولية جراح الأسنان ، فإن التزامه فيما يتعلق بتقديم العلاج لا زال التزاما ببذل عناية ، إذ يتكون العقد بين جراح الأسنان و الزبون ، يلتزم الأول بمقتضاه ببذل عناية و اهتمام اللذين تقتضيهما الظروف القائمة التي تتفق مع الأصول العلمية الثابتة ، فهذا الالتزام يظل قائما ولو كان تبعا و تكميلا للأطقم.³

حتى فيما يخص وصف الأدوية ، وقد برر القضاء الفرنسي ذلك أما لغياب الضمان المتعلق بنجاح العمل الجراحي ، أو بوجود حادث غير متوقع متعلق بالعلاج ، إلا انه شدد في التزام جراح الأسنان في هذا المجال إلى درجة جعله قريبا من الالتزام بتحقيق نتيجة و ذلك باستخدام مصطلح بذل عناية مشدد⁴ ، و تعني هذه العبارة أن التزام جراح الأسنان ليس بتحقيق نتيجة ، و إنما لا بد أن يضع كفاءاته ومؤهلاته العلمية في خدمة زبونه من أجل تحقق عمليات جراحة الأسنان و ضمان العناية قبل أثناء و بعد الجراحة (العتاد المستعمل لا بد أن يكون معقما و مطهرا وأن يستعين بالمساعددين المؤهلين....) ،

¹- cass 2eme cha' civ '25 juillet 2008 'n 04-30210 voir l'obligation de précision du geste chirurgie dentaire 'cité par pr: Catherine NGUYEN 'REVUE LA LETTRE DU COLLEGE ODONTOLOGIE ET DROIT ' MAI 2008

²-Alain bery /Laurent Delprat 'op.cit. ;p227

³-accessoires à la prothèses . Voir: Patrick Missika/ Bachir Rahal: Droit et chirurgie dentaire, op.cit. p 62

⁴- Une obligation de moyen renforcée ; Voir: Patrick Missika/ Bachir Rahal: Droit et chirurgie dentaire, op.cit. p 48.

لأنه ليس مجبراً لإجراء العمل الجراحي على وجه الاستعجال ،فيتعين عليه أن يتنازل ويفرض اقتلاع الأسنان في الليل على سبيل المثال لتفادي النزيف الدموي الحاد المؤدي إلى تعريض حياة المريض للخطر.

المبحث الثاني : ركن الخطأ في المسؤولية المدنية و الاستثناءات الواردة عنه.

سوف نقوم بدراسته بدءاً من الخطأ عبر مراحل التدخل الجراحي ،قبل التدخل الجراحي ،وأثناء و بعد التدخل الجراحي ،ولكن التطور العلمي و التكنولوجيا كما سبق وان تطرقنا له تمخض عنه ميلاد نوع جديد من المسؤولية الموضوعية القائمة على أساس الضرر و هذه المسؤولية اعتنقها المشرع الفرنسي والمتمثلة في المسؤولية عن إصابات العدوى المتقلة في الأوساط الطبية ،ومسؤولية المنتج عن المنتجات الطبية الخطرة ،وتطبيقات مبدأ الاحتياط بالنسبة لاستعمال المواد البديلة للأسنان من مواد بلاستيكية أو مواد كيميائية ، أو عمليات نقل الدم و استعمال الكواشف البيولوجية .

المطلب الأول : المسؤولية على أساس الخطأ

إن الخطأ الجراحي له خصوصية في محتواه ،هذه الخصوصية مشتركة في كل من الخطأ المدني و الجزائي لهذا السبب يدخل في عرض مبدأ وحدة الخطأ المدني و الجزائي ، كما أن التزام جراح الأسنان يمثل أشكالاً مختلفة و متنوعة فهدفه موسعاً بالنسبة لطبيب الأسنان العادي ،بالإضافة إلى أن تخصص جراح الأسنان يضمن تدخلاته في محتوى الخطأ ،و كذلك في محتوى التزاماته ،خاصة في حالة الضرورة و الاستعجال أو في مواجهة الخطر.

كما أن هدف التزامات جراح الأسنان متسع بالنظر إلى اختصاصه فله عدة أبعاد ،سواء في الوقت ((**une extension dans le temps**)¹؛ فالعلاج الذي يقدمه لا يشمل فقط على إجراء العملية بل يتعداها مرحلة ما قبل العمل الجراحي ،و أثناءها الى غاية تحقيقه و تماثل المريض للشفاء. و تبدأ المرحلة الأولى و هي مرحلة التصرفات السابقة على الجراحة (**LA PHASE PREOPERATOIRE**) بمجرد دخول المريض للعيادة ، ففي هذه المرحلة يقوم جراح الأسنان بمعرفة الحالة الفيزيولوجية و الباثولوجية ،و الاطلاع على الملف الطبي للمريض ، و البحث عن مسببات المرض

¹ -selon le Doyen Savatier :la santé du patient est une ,non seulement dans l'extension du temps ,mais dans l'espace ,quand les soins se spécialisent ,car le Corp du patient forme un tout ,dans lequel toutes les réactions sont liées et tout les organes solidaires , Annick Dorsner Dolivet op.cit. p235

وأصل هذه المقولة هي عن حديث الرسول صلى الله عليه وسلم عن أنس بن مالك أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : " مثل المؤمنين في توادهم و تراحمهم و تعاطفهم كمثل الجسد الواحد، إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر و الحمى". رواه مسلم

لتجنب مخاطر العمل الجراحي بقدر الإمكان ، و مراعاة الاحتياطات كالفحص البيولوجي الشامل و مدى ما يمكن أن يترتب من نتائج ايجابية على التدخل الجراحي¹ ، فلا يقتصر الفحص على موضع الفم أو الأسنان أو العضو الذي سيكون محلا للعملية الجراحية بل يمتد إلى الحالة العامة بإعداد تقرير كامل عن صحة المريض بإخضاعه للتحليل و الأشعة و الفحوصات المختلفة من قياس متعدد للضغط و درجة الحرارة ، فالفحص لابد من أن يكون شاملا كاملا في الحدود التي تسمح بها الأصول العلمية و حسب المبادئ المستقرة في فن جراحة الأسنان ، و بالطبع في حدود اختصاص جراح الأسنان أو مستواه و ما يمكن أن يتوقعه جراح أسنان يقظ في نفس المستوى ، و يكون عليه الاستعانة في حالة عدم تمكنه من التيقن من حالة المريض بمن هم أكثر تخصصا منه لأنه كما سبق و أن ذكرنا فإن التخصص لا يعني الكفاءة خاصة في مجال الطب.

أما المرحلة الثانية و هي مرحلة تنفيذ العمل الجراحي (**la phase opératoire**) ، فبعد وضع المريض تحت تأثير المخدر الموضعي (**anesthésie local**) حتى لا يشعر بالألم ، فينبغي لجراح الأسنان مراعاة مراقبة الكمية خاصة بالنسبة لمرضى القلب أو السكري باعتبار أن هذا النوع من المرضى لا يمكنهم التحمل ، و مما لا شك فيه أن طبيعة التدخل الجراحي تقتضي قدرا ضروريا من المخاطر، فمسؤولية جراح الأسنان تمتد إلى سلوك ينطوي على إهمال و عدم احتراز و قلة تبصر أثناء الجراحة ، كما انه يستعين بفريق من المساعدين أثناء مباشرته لعمله، فيعد مسؤولا عنهم كمتبوعين له ، حيث أن جراح

الأسنان هو المنظم و المنسق للعملية الجراحية في مجموعها و تسند له مهمة القيادة العامة للعمل الجراحي وفقا لمقتضياته ، و يجب أن يكون التعاون الصادق حيث يتخذ جراح الأسنان القرارات الأساسية و التي يجب أن يتوافق معها المريض² .

و لا يقف عمل و التزام جراح الأسنان عند هذه المرحلة بل يتعداها ، فهو ملزم بتقديم العناية بعيد العمل الجراحي و هو ما يسمى بالمرحلة اللاحقة للجراحة (**le post opératoire**) ، لذا فإن جراح الأسنان ملزم باتخاذ جميع الاحتياطات اللازمة عقب العمل الجراحي ، فهو ملزم بمتابعة حالة المريض و مدى الاستجابة الوظيفية للأنسجة و الخلايا و الأعضاء ، إلى غاية استفاقتها ، و يتأكد بصفة خاصة عندما يخشى احتمال وقوع الخطر يصعب على غير المتخصص تداركه ، و أن يعطي للمريض التوجيهات اللازمة في حالة حدوث أي تطور أو أية متغيرات لفزيولوجيته.

¹ -Annick Dorsner Dolivet ,ibid,p235

² - البروفيسور بودالي محمد : المسؤولية الجزائرية للجراح و طبيب التخدير و الإنعاش، مجلة العلوم القانونية و الادارية ،ع2010،7، ص34.

إن المسؤولية المدنية سواء كانت عقدية أم تقصيرية قوامها الأركان الثلاثة ألا وهي الخطأ و الضرر و العلاقة السببية ، إلا أن المشرع الفرنسي أقامها على أساسين : أولهما التأكيد على المسؤولية على الخطأ الواجب الإثبات ، و الثاني المسؤولية الموضوعية الناجمة عن عيب في جهاز أو منتج، و حالة الأضرار الناجمة عن الالتهابات التي يصاب بها المريض أثناء زيارته للعيادة أو المشفى (les infections nosocomiales)

كما أن إرادة المشرع الفرنسي أكدت بتعبيرها في قانون الصحة مبدأ المسؤولية القائمة على أساس الخطأ بالنسبة للممارسين الطبيين ، و المؤسسات الاستشفائية دون استثناء ، و هذا التأكيد وضع لأسباب مختلفة ؛ أولاً لكبح الفقه و القضاء ، اللذين قاما بتسهيل الدعاوى للمتضررين ، و من جهة أخرى لتفادي الصعوبات المتعلقة بعبء إثبات الخطأ ، زيادة على ذلك بإبعاد وجوب الخطأ المعمم للالتزام بالسلامة للأعمال الطبية .¹

كما أن تأكيد المبدأ جاء ليوازي القانون الخاص بتعويض ضحايا الحوادث الطبية، فقد نصت المادة 1142-1 من ق.ص.ف على المسؤولية القائمة على أساس الخطأ بالنسبة للمؤسسات أو الممارسين الطبيين ، التي تقدم أعمال فردية للوقاية ، التشخيص أو العلاج .²

و الملاحظ أن المشرع الفرنسي لم يشأ أن تنفلت زمام المسؤولية لكي لا تنجر الأعمال الطبية ضمن مبدأ عدم العقاب ، واجتناب الانحراف عن الإباحة. كما انه اتجه نحو توحيد الخطأ مهما كان سواء مدنيا أم إداريا أم جزائيا³ ، ومهما كانت المسؤولية تقصيرية أم عقدية ، ولكن من الناحية النظرية لأنه في الواقع فلكل جهة قضائية كفاءتها و اختصاصها معرفة نوعية الضرر من حيث الجهة المنشئة له ، قطاعا خاصا كان أم عاما . أما المشرع الجزائري فلم يتناول الخطأ عكس المشرع الفرنسي ، وذلك لوضع ميكانيزمات وتمكين المضرورين من الحصول على الحماية وتجنب الإرهاسات الخاصة بصعوبة إثبات الخطأ.

المطلب الثاني : الاستثناءات الواردة عن المسؤولية على أساس الخطأ

إن التطور التكنولوجي وتقدم التقنيات و انعكاسه على المجال الطبي ، سواء في أسلوب العلاج أو البحث العلمي في مادة الصحة ، والمستجدات والأجهزة المعقدة و المعدات و الإمكانيات الحديثة وكثرة

1- Anne Laude/ Didier Tabuteau, opcit ,p 453.

2 -article 1142-1 du C.S.P.F << leur responsabilité est encourue en raison d'un default d'un produit ,les professionnels de santéainsi que tout établissement ,service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention ,de diagnostic ,ou de soin ,ne sont responsables des dommages des actes de prévention ou diagnostic ,ou de soin qu'en cas de faute>>

3 -Annick Dorsner Dolivet ,op.cit,p29

الحوادث الطبية ، كل هذا أدى إلى التأثير على قواعد المسؤولية، إضافة إلى انعدام انتساب الخطأ لمحتربي الصحة؛ وفقاً لما ويراه الفقه المعاصر ، فإنه من غير المنصف والعاقل بقاء المضرور بلا تعويض جراء ما يصيبه من ضرر دون إسناد الخطأ لأي جراح أسنان ، وحتى في غياب الخطأ ، فعلى أي أساس يمكن تقدير التعويض، هذا ما أبدعه القضاء الفرنسي حديثاً فيما يخص التعويض عن الحوادث الطبية وكذلك بالنسبة لإصابات العدوى المتنقلة في الأوساط الطبية ، ويسري الأمر أيضاً لاستعمال المنتجات الطبية لأن أغلب المواد المستعملة من طرف جراحي الأسنان جعلها مواد صناعية مصنعة كيميائياً تخضع للتفاعلات مما يستوجب التشدد وتطبيق مبدأ الاحتياط و مبدأ الحيطة¹ .

أولاً- إصابات العدوى المتنقلة في الوسط الطبي: تتمثل العدوى في الخماج و إنتانات و التهابات وأمراض بكتيرية، إكلينيكية ميكروبيولوجية غير محددة و مشتركة مع العلاج² وهي ناتجة عن فئتين : الأولى أن تكون أصلية (**exogène**) متولدة عن الوسط الخارجي للمريض و تنتقل داخل الوسط الطبي أي ميكروبات ينقلها الممارسين الطبيين أو المستخدمين أو جراحو الأسنان ، أو المعالجين في المستشفيات والعيادات ، وحتى الأدوات المستعملة مثلاً كالكُرسي الآلي أو أجهزة الامتصاص أو الأجهزة الميكانيكية ، و الثانية ناجمة عن المريض نفسه (**endogène**)، بتطور مرضه وتأثير العلاج على الميكروبات و التفاعلات الكيميائية. و بإطلاعنا على قاموس المصطلحات الطبية³ ، في مفهوم إصابات العدوى فالمصطلح مركب من كلمتين في اللاتينية : **nosocomium** وتعني المستشفى ، وفي نفس المصطلح الإغريقي **nos** و **komium** وتعني الأمراض ومعالجتها ، فالعدوى أو الأمراض المتنقلة هي تلك المتواجدة في الوسط الطبي دون فاعل **sans auteur**⁴ .

أما من ناحية التدخل التشريعي و القانوني فإن أصل مفهوم إصابات العدوى ظهر وفق المرسوم رقم 88-657 المؤرخ في 6 ماي 1988 ، وقد عرفها المشرع الفرنسي على أنها العدوى الناشئة بمناسبة العلاج ، أثناء مكوث و إقامة المريض لإحدى المؤسسات الطبية أو العيادات ، أو المتنقلة عن طريق استعمال الأدوات و الأجهزة و المعدات الطبية الملوثة والتي تظهر بعد 48 ساعة من زيارة المريض لمؤسسات الصحة ، ثم تلاها القضاء الفرنسي (محكمة النقض الفرنسية) بفرض عبء الإثبات على عاتق المريض وذلك بإقامة الدليل على أن المؤسسات الصحية أو محتربي الصحة لم يقوموا بأعمال التطهير و التعقيم و النظافة بمناسبة وجوده في غرفة العمليات في حال إصابته بالاختلاج و التعففات⁵ .

¹ - الأستاذ بودالي محمد ، المرجع السابق ص 427

² - Philippe Pinay ,l'alea thérapeutique en chirurgie ,éditions P'harmattan ,paris 2008 ,p229

³ - GARNIER ET DELAMARE ,DICTIONNAIRE DES THERMES DE MEDECINE ,Maloine ,27 eme édition ,2002 ,p579

⁴ - Alain bery /Laurent Delprat 'opcit ;p331

⁵ - Cass ,Civ 21 mars 1996 ,l'affaire bonicci ,voir Alain bery /Laurent Delprat 'opcit ;p333

ثم تغير اتجاه القضاء الفرنسي بعد ذلك بفرض التزام السلامة يقع على عاتق محترفي الصحة، يمكن التحرر من هذا الالتزام بإثبات السبب الأجنبي.¹

وعلى عكس المشرع الفرنسي فان المشرع الجزائري حرص على الوقاية من إصابات العدوى المتنقلة في الوسط الطبي فقد نص المقرر رقم 64 الصادر عن وزارة الصحة بتاريخ 17 نوفمبر 1998 على إنشاء لجنة لمكافحة الاخماج و الالتهابات ، ثم تلتها التعليم رقم 64 الصادرة كذلك عن وزارة الصحة المؤرخة في 20 أكتوبر 2001 المتعلقة بوقاية و مكافحة الالتهابات و العدوى المتنقلة والناشئة عن الممارسات الطبية و اتفاقية النظافة الاستشفائية الخاصة بأمراض الايدز و فيروس التهاب الكبد الوبائي ،فتضمنت هته التعليم تدابير النظافة للمرضى و التلقيح ضد التهاب الكبد الفيروسي ،وكذا التدابير الوقائية المتعلقة بالعلاج و سلسلات التعقيم والتطهير الحرارية البخارية للأجهزة و نظافة محيط المرضى و المحلات ، كما فرضت إلزامية الحصول على فرن التعقيم لكل جراح أسنان (autoclave) (a vapeur) فقد حرص المشرع الجزائري في قانون 01-19 المؤرخ في 12 ديسمبر 2001 المتعلق بتسيير و مراقبة النفايات الطبية ،على ضرورة اتخاذ كافة التدابير الوقائية لان النفايات تعتبر الملاذ لتنقل و تفشي الاخماج و الالتهابات ، ثم تم إصدار التعليم الوزاري رقم 19 المؤرخة في نوفمبر 2002 المتعلقة بالوقاية من التهاب الكبد الفيروسي في عيادات جراحة الأسنان ، كما أن التعليم نظمت أيضا الحوادث الطبية المتعلقة بانفجار الدم.

إن كل هته النصوص التنظيمية لم تقم بإعطاء تعريف للالتهابات و الاخماج المتنقلة في الأوساط الطبية، بل تناولت فقط السبل الوقائية و تسيير الأخطار الناجمة عن استعمال الدم و مشتقاته ، و الكواشف البيولوجية ، والحفاظ على النظافة وطرق التعقيم و تطهير المحلات و العيادات، فكان على المشرع الجزائري أن يضع تعريفا لها ، و وضع تحديد للتكييف القانوني و الشرعي ، وبعد ذلك إدراج سبل الوقاية. و مما سبق ذكره فان العيادات تبقى وحدها السبب الفعال لأخطار الانتقال المرتفعة (RISQUE DE TRANSMISSION ELEVEE) كالعيادات جراحة الأسنان ومراكز نقل الدم والتحليل و الأشعة ، لأنها تستعمل مواد طبية قابلة للرسكلة و إعادة التصنيع ، في حين أن المشرع الفرنسي أقام المسؤولية الناجمة عن اخماج العدوى و الالتهابات على أساس المسؤولية بدون خطأ ، خاضعة للتعويض من طرف الصندوق الوطني للتضامن L'ONIAM فقد نصت المادة 1124 ف1 من قانون الصحة العمومية الفرنسي على اعتبار أن المؤسسات الصحية أو العيادات مسؤولين في

¹-Cass Civ 1, 13 février 2001, pourvoi 01-14356 cité par Alain bery /Laurent Delprat , opcit.p334 (Les professionnels sont tenu vis-à-vis à ses patients en matière d'infection nosocomial d'une obligation de sécurité résultat dont t'ils ne peuvent se libérer qu'en rapportant la preuve d'une cause étrangère , et se qu'ils exercent au sein d'une clinique ou même dans un cabinet privé)

حال إصابة المرضى بالعدوى ، ولا تنتفي مسؤولياتهم إلا بإثبات السبب الأجنبي¹ في حين أنه يستوجب على المريض إثبات رابطة السببية² بين ظهور العدوى و العمل الجراحي و كذا طابع العدوى الذي أصابته.³

ثانيا- الحوادث الطبية أو مخاطر العلاج: مخاطر العلاج تتمثل في حدث ناتج عن الصدفة ، فقد عرفها فيني و جوردان -G.VINEY ET P.JOURDAIN- في التعويض عن الحوادث الطبية على أنه الضرر الذي ليس له علاقة مع القائم بالعمل الطبي ،الناجم عن العلاج و المستقل عن أي خطأ⁴، أما سارغو - P.Sargos -⁵ فقد اعتبر مخاطر العلاج أنها المعاينة لعدم القوة للتدخل الطبي في مواجهة الخطر الذي لا يمكن التحكم فيه ،في وقت و حال المعطيات الطبية العلمية المستقرة أثناء تقديم العلاج⁶، وهذا الحادث ينشأ عنه ضرر بدون خطأ من جانب القائم بالعمل الطبي ،و المحقق خارج الخطأ و يمكن سيطرته .

أما الفقيه قوس -M.GUESSE- في تعليقه على قرار صادر عن محكمة باريس في تاريخ 15 جانفي 1999 عرف الحوادث الطبية على أنها ضرر تربطه بالعمل الطبي علاقة سببية ،ولكنها متحققة و مستقلة عن أي خطأ ، وأضاف في هذا التعليق أنها لا تتعلق بالحالة السابقة للمريض ، وتشمل المفهوم العام للعلاج .

ومن شروط معرفة الحوادث الطبية تحقق العناصر التالية :

- أن يكون فعل العلاج يتطلب ضرورة التشخيص ،أو الوقاية ،لان فعل العلاج الغير ضروري يعتبر في حد ذاته موازن و مطابق للخطأ ،فلا بد أن يكون مشروعاً ، أن يدخل الفعل في إطار رضا المريض .
- أن لا تكون هنالك مضاعفات أثناء العمل الجراحي ، لأنها إذا وقعت أثناء العمل الجراحي تعتبر في حد ذاتها خطأ يستوجب المساءلة،و غياب الخطأ الطبي أو الإهمال في جانب جراح الأسنان. و رغم أن المشرع الجزائري لا زال متمسكا بفكرة أن الخطأ الثابت هو أساس المسؤولية المدنية لجراح الأسنان ،إلا أن المشرع الفرنسي نظم نظام التعويض عن الحوادث الطبية حماية للمرضى و تيسيرا

¹- Alain bery /Laurent Delprat, op.cit. ,p332

² - Cass Civ 1^{er} du 27 mars 2001 cité par Alain bery /Laurent Delprat, ibid. P333

³ -Annick Dorsner Dolivet ,opcit,p29(Les établissements ,services et organismes surmonsionnés sont responsable des dommages résultants d'infections nosocomiales sauf s'ils rapportes la preuve d'une cause étrangère) .

⁴ -Philippe Pinay , op.cit ,p 24

⁵ -Sargos :l'ala thérapeutique devant le judiciaire ,citée par Amélie Riffault : " LE CHIRURGIEN DENTISTE FACE A L'ALEA THERAPEUTIQUE ;OPCIT P44.

⁶ - Alain bery /Laurent Delprat 'opcit ;p331

لعبء الإثبات عن كاهلهم ومساعدتهم للحصول على تعويض ، و تدليل العقبات ، ففي حال تطبيق القواعد العامة بحذافيرها فهناك بعض الأحوال التي لا يمكن فيها للمضرور أن يحصل على التعويض من الجهات التي حددها المشرع لعدم توافر الشروط أو لعدم وجود دليل يثبت ذلك، وكذلك ففي الحالات التي يكون التعويض غير ملائم أو مناسب للأضرار التي لحقت بالمرضى¹.

كما انه من غير المعقول ترك المتضرر دون تعويض، لأن التقدم العلمي صاحبه ازدياد المخاطر نتيجة استعمال التقنيات المتطورة في جراحة الأسنان.

إن تعويض ضحايا الحوادث الطبية هو حديث العهد في فرنسا، فلقد جاء به قانون 4 مارس 2002 حيث وضع نظاما خاصا للتعويض عن تلك الحوادث ويكون بدون خطأ و هذا حتى لا يبقى المريض ضحية الحوادث الطبية، و كان الهدف الحقيقي من هذا القانون هو عزوف أعضاء السلك الطبي باختلاف اختصاصاتهم عن القيام بالأعمال الطبية و الجراحات لأنها أصبحت تحد من الإبداع نظرا لتقويضهم بتشديد المسؤولية ، بالتالي النزاعات و حتى يحصل المرضى عن التعويضات من طرف الذمم المالية الخاصة لمحتري الصحة لأن تغطية مبالغ التأمين أصبحت تثقل كاهل شركات التأمين ، و من أجل كل هذا تدخل المشرع الفرنسي للموازنة بين كل أطراف المعادلة الفاعلين في قطاع الصحة من شركات تأمين و محترفين و مرضى ضحايا العمل الطبي و حماية كل طرف في هته المعادلة على أساس التعويض بدون خطأ في إطار التضامن الاجتماعي و عليه فإننا نرى أنه يتعين على المشرع الجزائري مساندة التطورات القانونية و ذلك بإرساء نظام موضوعي لتعويض ضحايا الحوادث الطبية الغير الخطئية عن طريق التأمين باسم التضامن الاجتماعي ، لأن المقصود من هذا النظام هو القضاء على المخاطر أو على الأقل التقليل منها.

ثالثا - مبدأ الاحتياط و تطبيقاته في المسؤولية الطبية : إن التطورات التقنية و امتداد المعرفة و

تطبيقاتها في مجال الجراحات بصفة عامة و استعمال الإعلام الآلي و الروبوهات **P'utilisation de robotiques dans la chirurgie** ، زاد في زيادة الخطر و استخدام المواد ذات الأصل الحيواني² بحيث أصبح هو الشائع خاصة في جراحة الأسنان سواء في المستشفيات أو في العيادات الخاصة و غالبا ما تستخدم هذه المواد كمرقيء للعظام ، كما أن هذه المواد أثبتت فعاليتها و مع ذلك أصبحت تحوم الشكوك في صحة هذه المواد ذات الأصل الحيواني في جسم الإنسان ، و ابتداء من القرن العشرين ، دخلت البشرية فيما يسمى بحضارة الخطر³ ، فإذا كانت المجتمعات المعاصرة بلا شك معرضة لأخطار أكثر مما كانت عليه في السابق فهذا راجع لتطور مفهوم الخطر الناجم عن استعمال تلك المواد ذات

¹ - ثروت عبد الحميد : التعويض عن الحوادث الطبية ، دار الجامعة الجديدة ، 2007 ص 147 .

² - l'affaire du sang contaminé et aussi l'affaire de la vache folle citée par Anne Laude/ Didier Tabuteau, op.cit. , p 577.

³ -Philippe pirnay, op.cit.p67.

الأصل الحيواني ، و بالتالي أضحي الخطر في تزايد مستمر ، كما أصبح مظهرها موجودا في كل مظاهر الحياة و خاصة في مجال الصحة، ما يميز هذه الأخطار عن غيرها التحاقها بالصحة فكان لا بد من مجابهة هذه الأخطار و صعودها القوي ، و أصبح لازما على محترفي الصحة إتباع الموازنة بين العمل العلاجي باستخدام المواد السابقة الذكر ، و العمل الوقائي المتمثل في التدخل في حال حدوث ضرر مفاجئ و الذي كان من المحتمل حدوثه في حال عدم اتخاذ أي إجراء لتفاديه؛ فكان لا بد أن تكون الحيطه قاعدة لكل الأفعال ، و من هذا المنطلق وجدت مكانتها في نهاية السلسلة من التدابير العامة و الهادفة إلى مقاومة خطر الأضرار المحتملة ، و المقصود بالحيطه اتخاذ التدابير لاستدراك أو تجنب الضرر و الحد من أثاره ، و مبدأ الاحتياط هو تصرف أخلاقي يهدف أصلا إلى احترام صحة الإنسان و حمايتها أما من الناحية القانونية فأصل هذا المبدأ كان ابتداء من انعقاد مؤتمر ريو ديجانيرو ، وإعلانه حول البيئة و الأرض و التنمية، وهذا المبدأ لا يحتج بالافتقار إلى اليقين العلمي كسبب لتأجيل اتخاذ التدابير الاحتياطية لحماية الصحة، و لم تعد المسألة باستدراك الأخطار التي يمكن تقديرها و إحصاءها إنما بإمكانية احتمالها و توقعها ، فالتواجد المستمر للأخطار يفسرها و يجعلها مرتبطة بالتطور العلمي و التقني ، كما أن الجراحة و الأعمال الطبية بصفة عامة لم تعد ضربا من ضروب الحظ، باعتبار أن الحظ أصبح يجاري الألم، و كل عمل جراحي يحمل في طياته جزء من الخطر يؤدي إلى عدم تماثل المريض للشفاء أو طرح مضاعفات غير مرغوب فيها ، في جل العمليات الجراحية بالتالي خطر الأضرار وارد لا محالة ؛ بالرغم من انعدام الخطأ في جهة القائم بالفعل، فلا بد على هذا الأخير من معرفة كيفية تسيير المخاطر الجراحية و اتخاذ الإحتياطات، و التدابير المتخذة لاستدراك أو على الأقل تجنب الضرر و الحد من أثاره المحتملة فأصبح الاحتياط تصرف أخلاقي يهدف إلى حماية الصحة، ثم تطور مبدأ الاحتياط ليصبح تعبيرا شعبيا¹ (**expression populaire**) و لم يعد مقتصر على حماية البيئة بل أصبح يشمل ميادين مختلفة كالمواد الغذائية و حماية المستهلك² و حماية الصحة النباتية و الحيوانية ، وقد تم تعريف مبدأ الاحتياط على انه " واجب القطاع العام أو الخاص صانع القرار على أن يخضع لنفسه لإجراء ما أو لرفضه وفقا للمخاطر المحتملة ، و في هذا المعنى فإنه لا يكفي للوفاء بالتزاماته لقيادة النظر في المخاطر المعروفة، و بذلك لا بد عليه أن يثبت في الحالة الراهنة للعلوم و التكنولوجيات عدم وجود أي خطر، فهذا الواجب يتميز بالحذر عن واجب الحماية و الرعاية الذي يميز و يرر التزام الوسائل"³، و المبدأ ينطوي على التزام اليقظة في سلوك الممارسين محترفي الصحة على وجه السرعة لتنفيذ الوسائل الممكنة تحت تصرفه لمنع إنتاج المخاطر المعروفة، و بالتالي فالمبدأ أداة لإدارة المخاطر سواء كانت معروفة

¹ - Philippe pirnay, op.cit.p67.

² بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، 2006

³ تعريف مجلس الدولة الفرنسي لمبدأ الاحتياط سنة 1997 نقلا عن Philippe pirnay, op.cit.p66.

أو افتراضية بالإضافة الى أن واجب التوقع هو الذي يجب أن يواجه المخاطر و الأخطار¹ ، كما أن المبدأ لا يشمل الجانب المتعلق بإعاققة البحث العلمي بل يقوم على مبدأ الموازنة بين المخاطر و المنافع و بالتالي لا يمكن تقدير الخطر الصفر كمييار لصلاحية العمل الجراحي² ، و لكن هل هذا المبدأ الوقائي هو قاعدة قانونية ؟

هذا المبدأ ليس له سيادة القانون نفسه كما انه يقف و الرعاية الصحية في المقام الأول على المبدأ الأخلاقي و السياسي المنصوص عليه في النصوص القانونية للقانون الدولي من خلال الإعلان الوزاري الأوروبي المشترك بشأن حماية بحر الشمال منذ 1987 ، ثم تطور المبدأ ليشمل اتفاقية ماستريخت لحماية المناخ سنة 1992 ، إلا أن تم إدراج المبدأ في القوانين الداخلية فنذكر على سبيل المثال قانون بارنييه **la loi Barnier** لتعزيز حماية البيئة، و المضمون القانوني للمبدأ في هذا القانون أعطى ترجمة دقيقة له في مختلف المجالات خاصة الجانب الصحي ، و بذلك أصبح محترف الصحة ملزم شخصيا . و تتمثل تطبيقات مبدأ الاحتياط في جراحة الأسنان باتخاذ التدابير و الاحتياطات اللازمة فيما يتعلق باستعمال المواد ذات الأصل الحيواني مثلا استخدام المنتجات الطبية كالأسنان المستخرجة من عظام الأبقار (**Le Bio-Oss**) ، أو أمعاء الأبقار المضغوطة (**L'Hémarcol**)³ و هذه المواد تستعمل بشكل كثير في جراحة الأسنان لتردد استعمالها لأنها المواد الأكثر مبيعا في العالم عامة و في أوروبا خاصة في قطاع نشاط جراحة الأسنان.

أما في الجزائر فإننا لم نجد أي إدراج لمبدأ الاحتياط في القانون عدا قانون حماية المستهلك 09-03 و لكن اكتفى المشرع بالإشارة إليه و ترك تعريفه للقضاء و الفقه .

¹ - ROBERT REGARD : LE PRINCIPE DE PRECAUTION EN CHIRURGIE DENTAIRE ,BULL de l' académie national des chirurgien dentiste ,num 48,2005

² -la notion de risque zéro ne peut être retenue comme critère de validité d'un acte chirurgicale ; notion cité Philippe pirnay, op.cit.p66 ; Voir aussi: Patrick Missika/ Bachir Rahal: Droit et chirurgie dentaire' op.cit.' p 48.

³ - Le Bio-Oss :matériaux de comblement d'origine bovin ;et L'Hemarcoll :éponge hémostatique par compression d'origine porcine.

خاتمة:

هدفنا من خلال البحث دراسة المسؤولية المدنية هذا الموضوع الحساس من الناحية القانونية، ليس لإدانة جراح الأسنان أو عرقلة مهامه، أو الحكم على المرضى الذين يقومون بمثل هذه العمليات فكل واحد حر في قراراته، ومع ذلك فإنه من الضروري تحسيس الناس بجراحة الأسنان و الحفاظ عليها و العمل الوقائي لأجل حماية الصحة، ولعل تشديد القضاء لمسؤولية جراحي الأسنان هو المحفز لهذه الفئة للتحكم فيها و مسايرة التطورات والمستجدات الحاصلة في هذا المجال. و إذا كانت جراحة الأسنان ليست معروفة لدى غالبية العوام من الناس و إن كانت مثل هذه العمليات لا تثير أي خصومات كبيرة على القضاء، فلا مانع من إلزام جراحي الأسنان لمعرفة حقوقهم و واجباتهم اضافة الى ضمان التكوين المستمر سواء بالنسبة لجراحي الأسنان أو بالنسبة للقضاة كما نأمل أن يقوم المشرع الجزائري بمسايرة التطورات الحاصلة في مجال تقنين أخلاقيات جراحو الأسنان و فصلها عن مهنة الطب بالنظر إلى الاختلافات الجوهرية سواء في الأعمال أو في الأخطاء و حتى في المنازعات و لا بد من وضع نظام تأمين عن طريق صناديق التأمين التعاوني و مشاركة الضمان الاجتماعي في تغطية نفقات جراحة الأسنان أو التراكيبات الاصطناعية بالنظر إلى تكلفتها مما ساهم بانتشار ثقافة الاقتلاع و حتى إلى القول بأن هذه الأعمال هي من قبيل النصب و الاحتيال المشروع.

المصادر و المراجع:أولا: باللغة العربية

- 1 _ بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، 2006
- 2 _ مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006
- 3 _ ريس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة
- 4 _ طلال عجاج قاضي، المسؤولية المدنية للطبيب ، دراسة مقارنة ، دار المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان 2004
- 5 _ محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، 2006.
- 6 _ شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي و التعويض عنها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003
- 7 _ رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء و الجراحين المدنية ، الطبعة الأولى ،المركز القومي للإصدارات القومية ، الإسكندرية ، 2005
- 8 _ فيلاي علي ،رضا المريض بالعمل الطبي . م.ج.ع.ق.إ.س. الجزء 36 ، رقم 3 ، جامعة الجزائر 1998
- 9 _ صويلح بوجمعة ،المسؤولية المدنية الطبية :المجلة القضائية ع 1 ، 2001

ثانيا : باللغة الفرنسية

- 1-Alain Bery/Laurent Delprat , droits et obligations des chirurgiens dentistes ,EDITIONS DU PUIT FLEURI ,2006 ,France
- 2- Anne Laude/ Didier Tabuteau, Droit de la santé, EDITIONS PUF , 2009 ,France
- 3- ANNICK DOSNER-DOLIVET;LA RESPONSABILITE DU MEDECIN, EDITIONS ECONOMICA; France ,2006
- 4- ANNICK DOSNER-DOLIVET, contribution a la restauration de la faute, Édition LGDJ, France 1985.
- 5- Patrick Missika/ Bachir Rahal: Droit et chirurgie dentaire, édition cour dentaire professionnel (CPD) 2006

- ⁶ - M .Penneau /A.Gaudin/J-P Arnaud : l'exactitude de geste chirurgicale : évolution de la jurisprudence ; journal du chirurgien dentiste, 2008, 145,N°15,Elsevier Masson
- ⁷ -P.Sargos : l'exigence de précision de geste chirurgicale en matière d'intervention médicale ou de chirurgie dentaire, Med et Droit 2008
- ⁸ - cass 2eme cha' civ '25 juillet 2008 .n 04-30210 voir l'obligation de précision du geste chirurgie dentaire .citéé par pr: Catherine NGUYEN .REVUE LA LETTRE DU COLLEGE ODONTOLOGIE ET DROIT , MAI 2008
- 9 - Philippe Pirnay l'alea thérapeutique en chirurgie 'EDITIONS L'HARMATTAN France'2008
- 10- GARNIER ET DELAMARE, DICTIONNAIRE DES THERMES DE MEDECINE, Maloine ,27 eme édition ,2002

العدد السابع من العام 2016
مجلة الندوة للدراسات القانونية
جميع الحقوق محفوظة