



جامعة عباس لغرور خنشلة

مجلة الحقوق والعلوم السياسية

مجلة دولية دورية محكمة

تصدر عن جامعة عباس لغرور خنشلة

الجزائر

- تعنى بالمواضيع القانونية والسياسية والتخصصات ذات الصلة.

صنف-ج-

المجلد: 11 – العدد: 02 – جوان 2024

العدد التسلسلي: (22)

ISSN 2352-9806

الترقيم الدولي:

EISSN 2588-2309

الترقيم الإلكتروني:

NR:2014-3506

الايداع القانوني:





Abbes laghrouir university khenchela

Journal of Rights and Political Sciences

**INTERNATIONAL REFEREED
PERIODICAL JOURNAL
PUBLISHED BY ABBAS LAGHROUR
UNIVERSITY KHENCHELA _ ALGERIA _**

Dealing with legal, political, and related specialties

CLASS -C -

VOLUME:11 - NUMBER:02 - JUNE 2024

SERIAL NUMBER: (22)



International Number: ISSN 2352-9806

EISSN 2588-2309

Legal Deposit: N R :2014-3506

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مجلة الحقوق و العلوم السياسية

REVUE DE DROIT

ET SCIENCES POLITIQUES

مجلة دولية دورية محكمة

تصدر عن جامعة

عباس لغرور خنشلة

تعنى بالمواضيع القانونية والسياسية
والتخصصات ذات الصلة

الترقيم الدولي : ISSN 2352- 9806

الترقيم الإلكتروني : EISSN :2588-2309

الايذاع القانوني : NR :2014-3506

الرئيس الشرفي للمجلة:

أ.د: شالة عبد الواحد
مدير جامعة عباس لغرور خنشلة

مدير المجلة:

أ.د: زواقري الطاهر
عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية

رئيس التحرير:

أ.د: عرشوش سفيان

سكرتاريا وتنفيذ

أ.د: عرشوش سفيان

- المجلة تهتم بنشر المقالات والأبحاث المرتبطة بتخصص الحقوق والعلوم السياسية
وكذا التخصصات ذات الصلة في الآداب واللغات والعلوم الاقتصادية
والعلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية

للاتصال

هاتف / فاكس: 032.73.12.59 E-mail : droit.sspkh@gmail.com

الموقع الإلكتروني الرسمي للمجلة: <http://www.univ-khenchela.dz/revueDetSP/>

موقع مجلة على المنصة الجزائرية للمجلات العلمية ASJP :

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/76>

مجلة الحقوق والعلوم السياسية: Facebook

Adresse : Université Abbes LAGHROUR Khenchela - Algérie -

(BP 1252 Route de Batna Khenchela -40004-)

الهيئة العلمية للمجلة:

أ.د. زو اقري الطاهر	جامعة عباس لغرور خنشلة -الجزائر
أ.د. عرشوش سفيان	جامعة عباس لغرور خنشلة -الجزائر
أ.د. محمد بوكماش	جامعة باتنة 1 -الجزائر
أ.د. شادي عدنان الشديقات	جامعة الشارقة – الإمارات العربية المتحدة.
أ.د. عيو عبد الصمد	جامعة محمد الأول -وجدة –المغرب
د.مراد بن صغير	جامعة الشارقة - الامارات العربية المتحدة
أ.د.عبد الحليم مشري	جامعة محمد خيدير بسكرة، الجزائر
د. يوسف ناصر	الجامعة الإسلامية العالمية ماليزيا
أ.د. بوقرة اسماعيل	جامعة عباس لغرور خنشلة -الجزائر
د. جواد الرباع	كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية – جامعة ابن زهرياكادير- المغرب
د.ملوخية عماد	جامعة الإسكندرية-مصر
أ.د. سدرأوي طارق	كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، المهدية، تونس
د.عبد القادر لشقر	جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس -المغرب
د. خيرى مرتضى عبد الله	كلية الحقوق جامعة ظفاري سلطنة عمان
د. جلال حسن	جامعة المنصورة بمصر
أ.د.عبد الكريم تافرونت	جامعة عباس لغرور خنشلة -الجزائر
د.عبدالمجيد بوكير	سيدي محمد بن عبدالله فاس-المغرب
د.سرور طالبي	رئيسة مركز جيل البحث العلمي
د. نشأت ادوارد	معهد العبور العالي للإدارة والحاسبات ونظم المعلومات - مصر.
د. همام القوصي	خريج جامعة حلب - الجمهورية العربية السورية
أ.د. الفوري مصطفى	جامعة الحسن الأول بسطات-المغرب
د. حسنية أحمد	جامعة ظفار- سلطنة عُمان
د. محمد الأحمد شواخ	جامعة دارالعلوم- كلية الحقوق - الرياض - المملكة العربية السعودية
أ.د.ناصر خليل جلال العساف	جامعة البحرين
أ.د. نبيل العبيدي	جامعة الكتاب - كلية القانون العراق
أ.د. أحمد باي	جامعة باتنة 1- الجزائر
أ.د. عبد الرحمان خلفي	جامعة بجاية- الجزائر
د. عبد الكريم كاظم عجيل	جامعة ذي قار- العراق
د. عبد القادر محمد الداه	جامعة نواكشوط العصرية موريتانيا
أ.د.مقفي بن عمار	جامعة ابن خلدون تيارت-الجزائر
د. محمد طلعت يدك	وزارة العدل - جمهورية مصر العربية
د. بعلوشة شريف	النيابة العامة لدولة فلسطين
د.سادات محمد محمد	جامعة الشارقة الإمارات العربية المتحدة
د. ميثاق بيات الضيفي	جامعة تكريت - العراق
د.عواطف الطرودي	كلية الحقوق والعلوم السياسية بسوسة الجمهورية التونسية
د.ديبشي عقيلة	université Paris 8 France
د.دقسي محمد	الجامعة الأردنية - ومركز ربوع الأقصى للدراسات والتدريب
هشام عبد السيد الصافي محمد بدر الدين	جامعة حلوان مصر
محمد المدني	جامعة ظفار سلطنة عمان

من داخل الوطن

جامعة خنشلة	د. أوثن حنان	جامعة خنشلة	أ.د. زواقري الطاهر
جامعة خنشلة	د. تكواشت كمال	جامعة خنشلة	أ.د. عرشوش سفيان
جامعة باتنة 1	د. بوحالة الطيب	جامعة خنشلة	أ.د. تافرونت عبد الكريم
جامعة البويرة	د. عيساوي فاطمة	جامعة باتنة 1	أ.د. بوكماش محمد
جامعة تبسة	د. بوساحية السايح	جامعة بسكرة	أ.د. بن مشري عبد الحليم
جامعة بسكرة	أ.د. يعيش تمام شوقي	جامعة بجاية	أ.د. خلفي عبد الرحمان
جامعة سعيدة	د. ساسي محمد فيصل	جامعة باتنة 1	أ.د. أحمد باي
جامعة المسيلة	د. صاولي عبد المالك	جامعة خنشلة	أ.د. قصوري رفيقة
جامعة خنشلة	أ.د. طراد طارق	جامعة خنشلة	أ.د. بوقرة إسماعيل
جامعة تيارت	د. كمال محمد الأمين	جامعة خنشلة	أ.د. راجي عبد العزيز
جامعة خنشلة	أ.د. ناصري سميرة	جامعة بسكرة	أ.د. مرزوقي عبد الحليم
جامعة خنشلة	د. بن مبارك ماية	جامعة خنشلة	أ.د. بن يكن عبد المجيد
جامعة خنشلة	د. عطاء الله توفيق	جامعة المسيلة	أ.د. بقة عبد الحفيظ
جامعة خنشلة	أ.د. زرمان كريم	جامعة خنشلة	أ.د. اونيسي ليندة
جامعة خنشلة	أ.د. عبدلي حبيبة	جامعة تيارت	أ.د. مقني بن عمار
جامعة خنشلة	أ.د. بن مكي نجاة	جامعة خنشلة	أ.د. دمان ديبج عماد
جامعة خنشلة	أ.د. صالح سعيد	جامعة خنشلة	د.باله عمار
جامعة بجاية	د. أوسيدهم يوسف	جامعة خنشلة	أ.د. بلعيد عبد الله
جامعة جيجل	د. بوشكيوه عبد الحليم	جامعة باتنة 1	أ.د. لخذاري عبد الحق
المركز الجامعي بركة	أ.د. محمودي سماح	جامعة خنشلة	د. بوجوراف عبد الغاني
جامعة المسيلة	أ.د. بلواضح الطيب	جامعة بجاية	أ.د. بري نور الدين
جامعة باتنة 1	أ.د. مناصرة عزوز	جامعة الجلفة	د. مسعودي هشام
جامعة خنشلة	أ.د. بن عمران إنصاف	جامعة غرداية	د. نذير شوقي
جامعة أم البواقي	د. حمشي محمد	جامعة باتنة 1	أ.د. بن عبد العزيز ميلود
جامعة خنشلة	أ.د. مالكية نبيل	جامعة الجزائر 3	د. نعيبي عبد المنعم
جامعة خنشلة	أ.د. تافرونت الهاشمي	جامعة الوادي	أ.د. زعبي عمار
جامعة خنشلة	د. شنه محمد	جامعة بجاية	أ.د. حساني خالد
جامعة خنشلة	د. عباسه محمد	جامعة خنشلة	د. جبايلي صبرينة
جامعة تبسة	د. أمين البار	جامعة باتنة	أ.د. شعبان رضا
جامعة باتنة 1	د. عبد اللاوي زينب	جامعة باتنة	أ.د. حيدوسي عمر
جامعة المسيلة	أ.د. بلعمري أكرم	جامعة الوادي	أ.د. حوبة عبد القادر
جامعة خنشلة	د. سعيد حفظاوي	جامعة بسكرة	أ.د. حسونة عبد الغني
جامعة الطارف	د. عائشة عبد الحميد	جامعة خنشلة	د. لكبير علي
جامعة خنشلة	د. مومن عواطف	جامعة أم البواقي	د. شلال عبد العزيز
		جامعة باتنة 1	د. خليفة مورا

د. بن عمر عادل	جامعة سطيف 2	أ.د. عثمانية كوسر	جامعة خنشلة
أ.د. زقاغ عادل	جامعة باتنة 1	أ.د. زياد عادل	جامعة خنشلة
د. بولافة سامية	جامعة باتنة 1	أ.د. مراد بن سعيد	جامعة باتنة 1
د. بوشيري مريم	جامعة خنشلة	د. سدراتي وفاء	جامعة خنشلة
د. عمراوي خديجة	جامعة خنشلة	د. بولقواس ابتسام	جامعة خنشلة
د. بن غريب رايح	جامعة جيجل	أ.د. خلاف بدر الدين	جامعة خنشلة
د. كفالي وليد	جامعة خنشلة	د. فكرة عبد العزيز	جامعة خنشلة
د. بولقواس سناء	جامعة خنشلة	د. عمراني نادية	جامعة البليدة 2
د. زمورة داود	جامعة خنشلة	د. باديس الشريف	جامعة خنشلة
د. مهزول عيسى	جامعة خنشلة	د. بالة عبد العالي	جامعة خنشلة
د. معمري عبد الرشيد	جامعة خنشلة	د. عماد لبيد	جامعة سطيف 2
د. عبد اللاوي سامية	جامعة خنشلة	أ.د. حمداو بن عمار	جامعة وهران 1
خليفي وردة	جامعة خنشلة	د. باسما عيل عبد الكريم	جامعة ورقلة
د. بريس ريمة	جامعة برج بوعريج	د. بهلول سمية	جامعة سطيف 2
أ.د. قاله شهر الدين	جامعة باتنة 1	أ.د. غيلاني الطاهر	جامعة باتنة 1
د. بوقندورة سعاد	جامعة خنشلة	د. عثمان بلال	جامعة بجاية
د. مزيتي فاتح	جامعة خنشلة	د. علا كريمة	جامعة الجزائر 1
د. سفيان عبدلي	جامعة بسكرة	د. ثابت دنيا زاد	جامعة تبسة
د. قوتال ياسين	جامعة خنشلة	د. مناصرية سميرة	جامعة خنشلة
أ.د. حوبة عبد القادر	جامعة الوادي	د. ليطوش دليلة	جامعة قسنطينة
أ.د. تومي مريم	جامعة خنشلة	د. نصر اوي فاطمة	جامعة خنشلة
د. أحمد بوعون	جامعة قسنطينة	أ.د. حامدي بلقاسم	جامعة باتنة 1
د. صالح نصيرة	جامعة خنشلة	د. كواشي مراد	جامعة خنشلة
أ.د. سلام سميرة	جامعة خنشلة	د. طحور فيصل	جامعة سطيف 2
د. رقبولي كريم	جامعة سطيف 2	د. زيري مارية	جامعة خنشلة
د. بن عبيد ساندرة	جامعة بجاية	د. هباش عمران	جامعة خنشلة
د. بوحجر حسام	جامعة قالمة	د. مزاني سهيلة	جامعة الجزائر 3
د. نورة هارون	جامعة بجاية	د. أونيس سليم	جامعة خنشلة
د. لوصيف عبد الوهاب	جامعة خنشلة	د. جبيري ياسين	جامعة تبسة
أ.د. بوعيشة بوغفالة	جامعة الأغواط	د. زوزو زوليخة	جامعة بسكرة
د. رزق عادل	جامعة بسكرة	د. هباز سناء	جامعة خنشلة
د. شرفة سامية	جامعة المسيلة	د. يسعد فضيلة	جامعة سكيكدة
د. قليل علاء الدين	جامعة خنشلة	د. صايش عبد المالك	جامعة بجاية
د. رمضان السبتي	جامعة خنشلة	د. تواتي نصيرة	جامعة بجاية
د. طباش عز الدين	جامعة بجاية	د. بن عشي آمال	جامعة خنشلة
د. سلامي نادية	جامعة خنشلة	د. بن النوي خالد	جامعة خنشلة
أ.د. العايب محمد	جامعة باتنة	د. بوسعدية رؤوف	جامعة سطيف 2
د. العالية نوال	جامعة خنشلة	د. بوالزيت ندى	جامعة قسنطينة
د. مامن بسمة	جامعة خنشلة	د. عثمان مريم	جامعة خنشلة
د. بوجاني عبد الحكيم	جامعة عين تموشنت	د. نويوة هدى	جامعة قسنطينة
د. بشارة عبد المالك	جامعة خنشلة	د. بلقاسم حبيب	جامعة وهران 2
د. خالدي خديجة	جامعة تبسة	د. صغير بيرم عبد المجيد	جامعة المسيلة
د. حشوف لبنى	جامعة خنشلة	د. ملاك وردة	جامعة تبسة

من خارج الوطن:

أ.د. شادي عدنان الشديفات	جامعة الشارقة – الإمارات العربية المتحدة.
أ.د. عبد الصمد عبو	كلية العلوم القانونية والإقتصادية و الإجتماعية جامعة مولاي إسماعيل مكناس.
د. جواد الرباع	كلية العلوم القانونية و الإقتصادية والإجتماعية -جامعة ابن زهر بأكادير - المملكة المغربية.
د.صادق احمد هشام	جامعة حلوان – مصر.
د.عبد المجيد بوكير	جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس المغرب
عبد القادر لشقر	جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس - المغرب
د.سرور طالبي	رئيسة مركز جيل البحث العلمي.
د. عبد القادر محمد الداه	جامعة نواكشوط العصرية موريتانيا
د.ملوخية عماد	جامعة الإسكندرية -مصر
د.مصطفى الفوري	جامعة السطات (المغرب)
د. الفوري مصطفى	جامعة الحسن الأول بسطات(المغرب)
د. حسنية أحمد	جامعة ظفار - سلطنة عُمان
د. عبد الكريم كاظم عجيل	جامعة ذي قار - العراق
د. الشمري مصطفى إبراهيم	جامعة بغداد -العراق
أ.د. محمد المدني	جامعة ظفار - سلطنة عُمان
د. ميثاق بيات الضيفي	جامعة تكريت – العراق
د/ محمد طلعت يدك	وزارة العدل - جمهورية مصر العربية
د. همام القوصي	جامعة حلب - الجمهورية العربية السورية
أ.د س دراوي طارق	كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، المهدية، تونس
د. خالد اسحاق	جامعة الشارقة، الامارات العربية المتحدة
د. نشأت ادوارد	معهد العبور العالي للإدارة والحاسبات ونظم المعلومات - مصر.
د. نبيل العبيدي	جامعة الكتاب - كلية القانون العراق
د حمشي محمد	المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات/معهد الدوحة للدراسات العليا
د، أحمد محمد أحمد الزين	كلية الحقوق بجامعة ظفار سلطنة عمان
أ.د آدم سميان الغريري	كلية الحقوق - جامعة تكريت – العراق
د. عبد الرزاق وهبة	كلية الدراسات الإنسانية والإدارية -كليات عنيزة- المملكة العربية السعودية

قواعد النشر

- مجلة الحقوق والعلوم السياسية مفتوحة لكل الأساتذة والباحثين المتخصصين في الحقوق والعلوم السياسية أو التخصصات ذات العلاقة بهما، من داخل الوطن ومن خارجه. وتخضع الأبحاث العلمية التي ترد المجلة إلى شروط شكلية وموضوعية يجب على الباحثين التقيد بها وهي:
- ✓ أن يكون البحث المقدم للنشر أصيلا ويتسم بالجدية والموضوعية وسلامة اللغة، ولم يسبق نشره بأي شكل من الأشكال في أية مجلة أو مؤلف.
 - ✓ أن لا يكون المقال مستلا من رسالة أو مداخلة أو بحث آخر
 - ✓ أن يتراوح عدد صفحات البحث من 12 إلى 16 صفحة.
 - ✓ أن يشتمل البحث على ملخصين أحدهما باللغة العربية والآخر بإحدى اللغتين الأجنبية (الانجليزية أو الفرنسية). ويتضمن الملخص الإشكالية وأهم النتائج المقررة.
 - ✓ أن يكون البحث المنجز باللغة العربية محررا بخط Majalla Sakkal حجم 14 و بحجم 11 في التهميش أسفل كل صفحة على حدة.
 - ✓ أما البحث المنجز بإحدى اللغات الأجنبية فيحرر بخط Times New Roman حجم 12 و بحجم 10 في التهميش.
 - ✓ أن يرسل البحث عبر منصة المجلات العلمية الجزائرية بعد الإضطلاع على "تعليمات للمؤلف" عن طريق الموقع الإلكتروني التالي: <https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/76>
 - ✓ أن يراعى في تدوين الهوامش ما يلي:
 - إذا كان المرجع كتابا، يدون الاسم الكامل للمؤلف، عنوان الكتاب، مكان النشر، الناشر، سنة النشر، الصفحة.
 - إذا كان المرجع دورية، يدون الاسم الكامل للباحث، عنوان البحث، بين مزدوجتين، اسم الدورية، عددها، تاريخ صدورها، الصفحة.
 - إذا كان موقع الانترنت، يدون الاسم الكامل للباحث، عنوان البحث، المعلومات الأخرى مثل مكان تقديم العمل (والتاريخ)، ثم يدون هذا الموقع كاملا وبدقة، ويذكر تاريخ الرجوع إلى الموقع.
 - ✓ أن تدون الهوامش أسفل الصفحة بطريقة آلية.
 - ✓ يمكن إنجاز المقال بصفة فردية كما يمكن إنجازه بشكل ثنائي على الأكثر و يرتب الأعلى درجة .
 - ✓ المقالات المنشورة في هذه المجلة لا تعبر إلا عن آراء أصحابها.
 - ✓ في حال إجازة البحث للنشر مع ملاحظات بالتعديل يجب على الباحث الالتزام بالأجل المحدد له وإلا يلغى البحث.
 - ✓ البحوث التي ترسل إلى المجلة لا ترد إلى أصحابها نشرت أم لم تنشر.
 - ✓ يستفيد صاحب كل بحث منشور من نسخة أصلية واحدة من العدد مع شهادة إدارية بالنشر.
 - ✓ عدم المساس أو التجريح في الهيئات والأشخاص.
 - ✓ المجلة لاتتحمل مسؤولية أية سرقة علمية ترتكب ولم ينتبه اليها خبراء التحكيم الإلكتروني أو خبراء التحكيم العلمي للمجلة

كلمة هيئة تحرير المجلة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



مدير الجامعة:
أ.د. / شالة عبد الواحد



مدير المجلة وعميد الكلية:
أ.د. / زو اقري الطاهر



رئيس تحرير المجلة:
أ.د. / عرشوش سفيان

تزخر جامعة عباس لغرور خنشلة بكثير من المكتسبات الهامة التي تسهم في تطويرها علميا وأكاديميا وتزيد من مرئيتها ، ولعل من المكاسب الكبيرة المحققة والتي هي قيد التطور والنماء المجالات العلمية، التي تعتبر مجلة الحقوق والعلوم السياسية واحدة منها وصاحبة السبق في الاعتماد وفي التصنيف للصنف ج (C) منذ جوان 2018 ، حيث صدر من 21 عددا متكاملا في الأهداف المرسومة من نشر المقالات العلمية الرصينة والمحكمة ، والتي ساهمت لامحالة في ترقية ومناقشة عشرات ومئات باحثي الدكتوراه لأطروحاتهم وتأهيل عدد كبير من الأساتذة في مختلف الرتب ،

ليأتي العدد 22 الذي يصدر في موعده المحدد جوان 2024 ليضيف إسهامات هامة للبحث العلمي الأكاديمي المحكم في شتى المواضيع القانونية، السياسية وفي التخصصات ذات الصلة،

تميز هذا العدد بنشر 36 مقالا من بينها ستة عشرة (16) مقالات باللغة الانجليزية ، وعشرون (20) باللغة العربية ، وهي مقالات متخصصة في الحقوق والعلوم السياسية والتخصصات ذات الصلة وفق شروط النشر في المجلة .

تهنئ إدارة المجلة ورئاسة التحرير فيها كل الباحثين المؤلفين على حيابة مقالاتهم لقبول تحكيم الخبراء، الذين يستحقون الشكر والثناء على الجهد الكبير المبذول، متمنين تحقيق المزيد من النجاح والتألق للمجلة والجامعة عباس لغرور خنشلة.



فهرس المجلد: 11 – العدد: 02

العدد التسلسلي : (22)



الصفحة

16 - 1	مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول أي دور للمبدأ في ظل المتغيرات الدولية الراهنة؟ كمال بوعشة جامعة الشادلي بن جديد الطارف
27 - 17	دور القطب الجزائري الوطني لمكافحة الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال في مواجهة الاعتداءات الواقعة على المعطيات المعلوماتية سلمى عبد النبي جامعة باتنة 1
49 - 28	العرف الدستوري وتطبيقاته في فلسطين أ. محمود ياسين النمروطي عبد الرحمن أحمد أبو بنات جامعة الأزهر - فلسطين جامعة الأزهر - فلسطين
63 - 50	الإلتزام بأخلاقيات مهنة الطب وأزمة الثقة بالأداء الإستشفائي الوطني: قراءة في متطلبات حوكمة قطاع الصحة الجزائري ومورده البشري الطبي القاضي نادية كلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة البليدة 02
80 - 64	إخطار المرصد الوطني للمجتمع المدني على ضوء المرسوم الرئاسي رقم 139-21 أعميور فرحات كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة جيجل
96 - 81	السياسة الصحية في الجزائر بين تهديدات فيروسين (نقص المناعة البشرية: الإيدز) و (كورونا: كوفيد-19) سلمية صبان جميلة طيب جامعة الجيلالي بونعامة - خميس مليانة جامعة خميس مليانة
110 - 97	دراسة نقدية وتحليلية لأحكام المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ضيايف ياسمين قريب نورة كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد بوضياف بالمسيلة كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد بوضياف بالمسيلة
135 - 111	حالات الخلو المؤقت لمنصب رئيس الدولة في التشريع الفلسطيني د. رائد صالح قنديل أ. محمود ياسين النمروطي أستاذ القانون الدستوري المساعد في الجامعات الفلسطينية ماجستير القانون الدستوري - جامعة الأزهر - فلسطين
151 - 136	الرقابة الإدارية الخارجية كآلية لإصلاح المؤسسة العمومية الاقتصادية في الجزائر بن عثمان صلاح الدين بن دعاس سهام جامعة محمد لمين دباغين سطيف 2 مخبر تطبيقات التكنولوجيات الحديثة على القانون جامعة محمد لمين دباغين سطيف 2
171 - 152	مبدأ أحسن النية في القانون الجنائي -دراسة تحليلية- د. مجيدي العربي مخبر الدراسات والبحوث الإسلامية والقانونية والاقتصاد الإسلامي . جامعة محمد بوضياف - المسيلة



192 - 172	نظام الملكية المشتركة في عقد البيع على التصاميم	هالة سراي	جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1
209 - 193	معضلة المفاهيم والمدرجات الأمنية و أثرها على مستقبل الدراسات الأمنية	نوري عزيز	جامعة عباس لغرور خنشلة،
225 - 210	محاسبة العمليات المالية في ظل القانون المتعلق بقواعد المحاسبة العمومية والتسيير المالي رقم 23 - 07 المؤرخ في 21 جوان 2023	علوان رمزي	جامعة العربي بن مهيدي- أم البواقي -
		شخاب حمزة	جامعة عباس لغرور خنشلة
241 - 226	رقمنة الصفقات العمومية كضمانة وقائية من الفساد الإداري - مقارنة تحليلية وفقاً لأحكام القانون 23/12 -	صونيا خضراوي	مخبر الدراسات القانونية البيئية - جامعة 8 ماي 1945 - قالمة
		حميد شاوش	مخبر الدراسات القانونية البيئية - جامعة 8 ماي 1945 - قالمة
258 - 242	إشكالية التولية والعزل في نظام الإسلام السياسي. دراسة تحليلية مقارنة	أ.د. موسى معيرش	جامعة عباس لغرور خنشلة
269 - 259	الشخصية المعنوية للوقف ودورها في تنميته	الهمال الشيخ	جامعة أحمد دراية - أدرار
		بحماوي الشريف	جامعة أحمد دراية - أدرار
286 - 270	السياسة التنموية للصين شمال القارة الإفريقية "الجزائر نموذجاً"	هدى بهلول	طالب دكتوراه- جامعة عباس لغرور خنشلة
		سميرة نصري	أستاذ التعليم العالي- جامعة محمد خيضر بسكرة
302 - 287	الحماية القانونية للبيئة من مخاطر المشاريع الاستثمارية (مشاريع تحلية مياه البحر نموذجاً)	سليماني محمد	المركز الجامعي مغنية
		ميساوي حنان	المركز الجامعي مغنية
317 - 303	الجرد العام كآلية إدارية لحماية العقار الغابي	ط.د. وناس محمد	جامعة البشير الإبراهيمي برج بوعريرج
		د. خذري محمد	جامعة البشير الإبراهيمي برج بوعريرج
330 - 318	آلية التحكيم في حلّ منازعات عقود نقل التكنولوجيا: دراسة تحليلية مقارنة مع التركيز على القانون المصري	بريش ريمة	محمد البشير الإبراهيمي برج بوعريرج
344 - 331	Independence of the Audiovisual Regulatory Authority (A Study in Light of Law 23-20)	BOUGUERRA RADHOUE	Abbas Laghrour Khenchela University
		DR.MEZITI FATEH	Abbas Laghrour Khenchela University

358 - 345	The Consensus Approach is an Exception in Concluding Agreements for The Delegation of Public Utilities in Algerian Law	University of Abderrahmane Mira - Bejaia - University of Abderrahmane Mira - Bejaia -	RACHID CHEHBA FAIZA YOUSEFI
376 - 359	Requirements for applying electronic voting in Algeria	Abbes Laghrour University ; Khenchela	AOUAIDJIA OUAFAIA
387 - 377	Organizational Privacy in Joint Company (Al-Tadamun Company)	University of 20 August 1955 Skikda	DR. YASSAD FADILA
401 - 388	Governance and combating administrative and financial corruption in Algeria	University ABBAS LAGHROUR Khenchela	SARI MERIEM
423 - 402	The Importance of Legal Security Principle and its Relationship with Energy Security and the Future of Renewable Energies in Algeria	University of Batna 1 University of Oran 2	DR.BOUBECHICHE YACINE S.D/MANSOURI MOHAMED CHARIF
434 - 424	Religion and the Work Environment in Algeria: The legal Protection of Religious Practice in the Workplace	8 Mai 1945 Guelma University	DR .MAHFOUD ALI ZOUI.
446 - 435	The jurisdiction of the constitutional court according to the Algerian constitutional amendment of 2020	Abbes Laghrour University; Khenchela	HACHOUF LOUBNA
462 - 447	Commitment to Maintain Professional Secrecy in the Algerian Functional Legislation	University of Abbés Laghrour – Khenchela University of Abbés Laghrour – Khenchela	LAOUADI RAHMA PR.SOFIANE ARCHOUCHE
477 - 463	Mechanisms of International Cooperation in the Implementation of Foreign Criminal Sentences الأجنبية آليات التعاون الدولي في تنفيذ الأحكام الجنائية	Oran 2 University Mohamed ben Ahmed Oran 2 University Mohamed ben Ahmed	ZOHRA BELHAOUARI Pr.ABDELATIF FASLA
498 - 478	Conditional release as a mechanism for rehabilitation outside the closed environment in Algerian legislation (Legal - statistical study)	Human Security Laboratory - University of Batna 1 (Algeria)	KOUACHI NADJOUA
512 - 499	The development of the local investment path at the municipal level	University Center Mers El-Abdullah, Faculty of Law and Political Science	IRAIN HOUDA



525 - 513	The Role of Precautionary Principal in Protecting Consumers from Food Additives Damages	DR.BELMERDACI RAFIKA
	University Badji Mokhtar, Algeria	
535 - 526	E-Commerce as an application of E-Government	KAWTAR KANTAR
	University of 20 August 1955 Skikda (Algeria)	AMJED MUFLIH GHANEM
	Irbid National University (Jordan)	ALHAMAD
552 - 536	Nushuz and Sheqaq in the Islamic jurisprudence and the Algerian family law	PhD.FALEK ISMAHANE
	University of Abbas Laghrour in Khenchla	PR.ZOUAGRI TAHER
	University of Abbas Laghrour in Khenchla	
566 - 553	Extradition Process and the Legal Grounds for its Refusal	DR.MOUATS MADJID
	Faculty of Law and Political Science, University 20 August 1955 Skikda	



مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول: أي دور للمبدأ في ظل المتغيرات الدولية الراهنة؟
The Principle of Non-interference in the Internal Affairs of States: What Role for this Principle in Light of the Current International Changes?

كمال بوعشة*

- جامعة الشاذلي بن جديد الطارف -

bouachakamel@gmail.com

تاريخ القبول: 07-06-2024

تاريخ الإيداع: 14-05-2022

ملخص:

يعد مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية من المبادئ الجوهرية التي تحكم العلاقات الدولية. حيث تستند عليه الدول من أجل مواجهة مختلف التدخلات خاصة في ظل عالم تشكل فيه القوة العسكرية والاقتصادية الركيزة الأساسية للتدخل، لقد شكل المبدأ وسيلة الدول الأساسية لحماية نظمها السياسية والاقتصادية والاجتماعية في مواجهة الدول الأخرى، هذه النظم التي شكلت وتشكل الأسباب الرئيسية للتدخلات الدولية في الواقع الدولي المعاصر خاصة مع ما شهده المجتمع الدولي من تطورات في السنوات الأخيرة.

الكلمات المفتاحية: مبدأ، عدم التدخل، الدول، دور، الشؤون الداخلية، المتغيرات

Abstract:

The principle of non-interference in internal affairs is one of the fundamental principles governing international relations. Countries rely on it in order to confront various interventions, especially in light of a world in which military and economic power constitute the basic foundation of intervention. This principle has constituted a basic means for states to protect their political, economic, and social systems in the face of other states. These regimes have formed and constitute the main reasons for international interventions in the contemporary international reality, especially with the developments that the international community has witnessed in recent years.

Keywords : The principle, Non-interference, states, Role, internal affairs, changes

* المؤلف المراسل.



مقدمة:

يمثل مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية، أحد المبادئ الأساسية في القانون الدولي، الذي يحظر تدخل الدول في شؤون غيرها من الدول الأخرى لأي سبب كان، فكل دولة حرة في اختيار نظمها السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وتحالفاتها الدولية بمطلق الحرية إنطلاقاً من مبدأ المساواة في السيادة الذي يكفله القانون الدولي لجميع الدول.

لقد حافظ المبدأ على أهميته هذه منذ أن نادى به الثورة الفرنسية في نهاية القرن الثامن عشر، لتعزز مكانته في القرن العشرين بفعل التغيرات الكبيرة التي حدثت في بنية المجتمع الدولي، وظهور العديد من الدول الجديدة بعد انهيار النظام الاستعماري الأوروبي. لقد اتجهت هاته الدول إلى تبني الكثير من المبادئ العرفية الدولية، ومحاولة إعطاءها بعداً ملزماً في العلاقات الدولية، من خلال النص عليها في مختلف الإتفاقيات المنشئة للمنظمات الدولية والإقليمية وإعلانات الجمعية العامة للأمم المتحدة وتوصياتها. هاته الأخيرة التي احتل مبدأ عدم التدخل حيزاً هاماً من أعمالها حيث حاولت الدول الضعيفة تحويل المبدأ إلى قاعدة قانونية دولية مطلقة.

إلا أن المتأمل للتعامل الدولي منذ نهاية الحرب الباردة يجد أنه يتجه بقوة - خاصة من قبل الدول الكبرى المسيطرة على مراكز القرار الدولي - إلى تجاهل هذا المبدأ بمفهومه الواسع، ومحاولة إعادة صياغته وجعله أكثر مرونة. بما يسمح كلما دعت الضرورة للمنظمات الدولية أو للدول بالتدخل في مسائل تعتبر من صميم الاختصاص الداخلي للدولة. مستندين في ذلك إلى أن مفاهيم الانسانية والعدالة وحماية حقوق الانسان أصبحت لا تستقيم والمفهوم التقليدي للمبدأ. إنطلاقاً من هذا تسعى هذه الدراسة للبحث في دور مبدأ عدم التدخل في ظل المتغيرات الدولية الراهنة من خلال الاجابة عن التساؤلات الآتية: ما هي المتغيرات الدولية التي أثرت على هذا المبدأ؟ وماهي الاستثناءات التي أدخلت عليه خاصة بعد عام 1990؟ ما هي أهم صور التدخلات الدولية التي تنتهك المبدأ؟ وهل لا زال للمبدأ مكانة في العلاقات الدولية تمكن الدول الضعيفة من الاستناد إليه في رفض تدخلات الدول الأخرى؟ وعليه سنحاول الاجابة على هذه الاشكالية وفق الخطة الآتية:

المبحث الأول: توسع الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم التدخل

المطلب الأول: الفقه الدولي ومبدأ عدم التدخل

المطلب الثاني: مجلس الأمن ومبدأ عدم التدخل

المبحث الثاني: بعض صور التدخلات الدولية بعد 1990

المطلب الأول: التدخل الانساني

المطلب الثاني: التدخل الاقتصادي

خاتمة وتوصيات

المبحث الأول: توسع الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم التدخل

يعرف مبدأ عدم التدخل بأنه: (التزام أساسي يفرض على أي دولة الامتناع عن التدخل في الشؤون الداخلية والخارجية لأي دولة أخرى) كما يعرف بأنه: (ذلك الإلتزام الدولي الذي يقضي بأن تباشر كل دولة اختصاصاتها داخل إقليمها فقط وأن تكف عن كل عمل يعد تدخلا في الشؤون الداخلية للدول الأخرى)⁽¹⁾ انطلاقا من هذه التعاريف فإن عدم التدخل يعني حق كل دولة في ممارسة سلطتها سواء في علاقاتها مع رعاياها أم في علاقاتها مع الدول الأخرى بكل حرية بموجب قواعد القانون الدولي.

لقد اتضحت الطبيعة القانونية لهذا المبدأ بعد النص عليه في مختلف المواثيق المنشأة للمنظمات الدولية والإقليمية والتي جعلت مبدأ عدم التدخل من بين أهم الأسس التي قامت عليها، واتجاه أغلب الدول والكثير من آراء الفقهاء إلى اعتبار المبدأ من ضمن القواعد الآمرة في القانون الدولي.⁽²⁾

لكن لكل قاعدة استثناء، وعليه فقد دأبت الدول وخاصة الكبرى منها طوال القرن العشرين على تجاوز المبدأ في كثير من الحالات، سواء في العلاقات بين الدول الكبرى والصغرى أو في العلاقات بين الدول الاستعمارية ومستعمراتها السابقة. إن التدخلات الدولية من هذا الطرف أو ذاك كانت قائمة وموجودة إلا أنها كانت محكومة بمنطق الحرب الباردة القائمة بين الكتلتين الشرقية والغربية آنذاك. لكن بعد انهيار الاتحاد السوفياتي وتفكك الكتلة الشرقية، أصبح التدخل الذي كان يتم اجتنابه خلال الحرب الباردة، أمرا عاديا بل أضحي واجبا على الجماعة الدولية التي بدأت في التدخل بصفة جماعية باسم الأمم المتحدة أو تحت رعايتها، مستندة في ذلك على مختلف التبريرات التي قدمها الفقه الدولي من جهة وتبني مجلس الأمن الدولي لها من جهة أخرى.

المطلب الأول: الفقه الدولي ومبدأ عدم التدخل

مع تزايد تشابك مصالح الدول وتداخلها، واضطرار هذه الأخيرة - في الكثير من الأحيان إلى تجاوز مبدأ عدم التدخل وعدم مراعاته بصفة مطلقة - لصون مصالحها الخاصة أو المصالح العامة للجماعة الدولية، اتجه الكثير من الفقهاء رغم إعتبار التدخل عملا غير مشروع في الأصل، إلى التسليم بوجود حالات يجوز فيها التدخل على سبيل الاستثناء إذا وجدت أسباب مشروعة تبيحه.

لكن الأمر لم يتوقف عند تلك الاستثناءات المتعارف عليها سابقا، إذ بدأ الفقهاء الغربيون خاصة مثل: "ماريو بتاتي Mario Bettati" يدعون في كتاباتهم صراحة، إلى ضرورة ووجوب إعادة صياغة مفاهيم جديدة للكثير من المبادئ الدولية ومنها: مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية على اعتبار أنه "أصبح أكثر المبادئ فضاضة وأنه يقف حجر عثرة أمام أطماع الدول التي تنوي التدخل في شؤون الدول الأخرى." لذا طالب هؤلاء بإضفاء مرونة أكثر على المبدأ، وتوسيع مفهوم التدخل والسماح به كلما دعت الضرورة إلى ذلك.⁽³⁾

¹ - عبد الفتاح عبد الرزاق محمود، مبدأ عدم التدخل والتدخل في القانون الدولي العام دراسة تحليلية، رسالة ماجستير، جامعة صلاح الدين، العراق، 2001، ص 65.

² - نفسه، ص 68.

³ - طلعت جياذ لحي الحديدي، مبادئ القانون الدولي العام في ظل المتغيرات الدولية العولمة، عمان، دار الحامد للنشر، 2012، ص 117.

لقد أصبح الفقه الدولي يرى أنه لا يجب الاحتفاظ بمبدأ عدم التدخل والاختصاص الداخلي باعتبارهما غاية في حد ذاتها لأنه توجد حالات عدة تسوغ الخروج عنهما. إلا أن الإختلاف بقي قائما حول عدة نقاط :

أ. ماهية المسائل الداخلة ضمن الإختصاص المحجوز للدولة وماهي المسائل الخارجة عنه؟

ب. هل الخروج عن مبدأ عدم التدخل يعد انتهاكا للسيادة؟

ج. كيف يكون التدخل إذا وجدت أسباب موضوعية تسوغه؟

أ. لقد حسم الجدل بشأن المسائل الداخلة ضمن الإختصاص المحجوز للدولة بالتأكيد على أمرين :

* أن ما كان ينظر إليه سابقا على أنه ضمن الإختصاص المحجوز يشهد اليوم تقلصا كبيرا لصالح دور أكبر للمجتمع الدولي على حساب السيادة. وأصبح الحديث عن العالمية globalisme.

* إن الموضوعات التي كان ينظر إليها سابقا على أنها مسلمات تندرج ضمن اختصاص الدولة الداخلي كقضايا حقوق الإنسان أصبحت تحظى باهتمام دولي متزايد.

ب. علاقة مبدأ عدم التدخل بالسيادة هناك رأيين:

الأول : يذهب أنصاره إلى القول بأنه يمثل أحد المبادئ الأساسية في القانون الدولي وهو قاعدة دولية آمرة ويعتبر الخروج عليه مخالفة صريحة للقواعد الدولية وأحكام ميثاق الأمم المتحدة وتوصيات الجمعية العامة ومنها التوصية رقم 2625، كما يتعارض مع قضاء محكمة العدل الدولية التي اعتبرت أن مبادئ مثل مبدأ عدم التدخل تحتفظ بطابع إلزامي كعنصر من عناصر القانون الدولي العرفي.

الثاني : يرى أنه يمكن القبول بفكرة التدخل إذا توفرت أسباب موضوعية له (انهيار الدولة).

ج. بوجود أسباب موضوعية كالانتهاك الخطير لحقوق الإنسان جاز التدخل الإنساني والتدخل المقبول هنا هو ما يجب أن يتم في إطار منظمة دولية وليس دولة من جانب واحد.⁽¹⁾

يرى "ماريو دومينيك بيرو" (Mario Dominique Perrot): " إن التدخل التقليدي كان ينظر إليه على أنه اغتصاب سياسي وعسكري واقتصادي وثقافي للسيادة، بينما التدخل الإنساني على العكس، يعد ضربا من القوة الرمزية تستعمل في خدمة الإنسانية المعذبة." أما "إيدوين بورشارد" (Edwin Borchard) فيذهب إلى أبعد من ذلك إذ يرى أن التدخل الإنساني يعني تجاهل دولة ما للحقوق الأساسية لرعاياها، فيمنح الدول الأخرى الحق في أن تتدخل طبقا لمبادئ القانون الدولي العام باسم الجماعة الدولية، حتى لو اضطرها ذلك إلى فرض سيادتها على الدولة المخطئة، ما دام الأمر يتعلق بأسباب إنسانية، ويهدف وقف الانتهاكات الصارخة والمستديمة."

أما "برنار كوشنار" (Bernard Kouchner) فيعرفه بأنه: " عندما تعجز حكومة عن حماية مواطنيها فإن ذلك يقع على عاتق المجموعة الدولية، وفي هذه الحالة يسمع صوت الضحايا وليس أولئك الدكتاتوريين الذين يعتقدون انهم يمثلون الضحايا." وما يلاحظ على التعريفات السابقة أنها تجعل من التدخل واجبا على الدول فرادى أو مجتمعة.⁽²⁾

¹ - أحمد الرشدي، حق التدخل الدولي هل يعني إعادة النظر في مفهوم سيادة الدولة؟، مصر، المركز الدولي للدراسات المستقبلية والإستراتيجية، 2005، ص ص 17-20.

² - جمال منصر، التدخل العسكري الإنساني، في فترة ما بعد الحرب الباردة من قوة التحالف إلى فجر الأوديسا، لبنان، الدار العربية للعلوم ناشرون، ط 01، 2012، ص ص 16-18.

وفي كتابه "نظرية التدخل الانساني" حدد "Rougier" التدخل الانساني بأنه: "اعتراف بحق ممارسة مراقبة دولية من طرف دولة على أعمال مخالفة لقوانين الانسانية، تندرج في السياسة الداخلية لدولة أخرى". وهي فكرة تنطوي على إمكانية التدخل باسم المجتمع الدولي وتحت ذريعة حماية حقوق الإنسان.⁽¹⁾

إن هؤلاء الفقهاء وغيرهم، يؤكدون على أن التدخل يكون مشروعاً إن وجدت مبرراته، إذ توجد حالات عدة تسوغ الخروج عن مبدأ السيادة وعدم التدخل، ومن ذلك حالة عجز الأمم المتحدة عن التدخل بسبب حق النقض. حيث يرى الاستاذ "جيفري روبرسن" أن التدخل الانساني لا يمكن أن يكون حقاً مقصورياً على الأمم المتحدة، لأن النقض أو الخلل الموجود في إجراءاتها يعيق في كثير من الأحيان، تحقيق الغرض من التدخل، ويذهب إلى أن التدخل الانساني يكون له مبرره الموضوعي ولو تم من دون موافقة الأمم المتحدة وقد ذهب "ستانلي هوفمان" في نفس الاتجاه.⁽²⁾

إن أصحاب نظرية التدخل الانساني يتذرعون بأن التدخل يكتسب شرعية من كون الاعتبارات الانسانية تسمو على جميع القوانين، وخصوصاً مبدأ عدم التدخل وحظر اللجوء إلى القوة في العلاقات الدولية، بل ذهب بعض المنظرين إلى اعتبار استعمال القوة لأسباب انسانية لا يتعارض بتاتا مع نص المادة 02 فقرة 04 من ميثاق الأمم المتحدة التي تحرم استعمال القوة ضد سلامة الأراضي أو الاستقلال السياسي للدول.⁽³⁾ إذ يرى الأستاذ "نودسن" أنه: "حتى عهد قريب (يقصد بعد انتهاء الحرب الباردة) كان يعتقد بصورة واسعة، أن حظر استخدام القوة في المادة 2 فقرة 4 ومبدأ عدم التدخل في المادة 2 فقرة 7 من ميثاق الأمم المتحدة، هما اللذان كانا يحكمان أو يوجهان إمكانية التدخل الانساني الشرعي".⁽⁴⁾

المطلب الثاني: مجلس الأمن ومبدأ عدم التدخل

أخرج التعامل الدولي لمجلس الأمن جملة من الموضوعات من المجال الداخلي إلى المجال الدولي، بحيث لم يعد هناك فاصل بين المسائل الدولية والمسائل الداخلية، هذه الأخيرة التي ضلت لقرون عديدة تعالج ضمن الإطار الداخلي المحض. فواقع العلاقات الدولية فرض نمطاً جديداً من التفاعلات أدت إلى انهيار الحدود الفاصلة بين ما هو داخلي وما هو خارجي. وأصبحت القضايا الداخلية تعالج من قبل المنظمات الدولية وخاصة منظمة الأمم المتحدة ممثلة في مجلس الأمن، وذلك بسبب أن الأمم المتحدة ابتدعت معياراً ذا صفة سياسية مؤداه أنه كلما كانت المسألة تتعلق بمصلحة دولية فإنها تخرج من نطاق الاختصاص الداخلي للدولة، وهذا ما يعطي للمنظمة مرونة أكبر في تحديد المسائل التي تدخل ضمن الاختصاص الداخلي للدولة وتلك التي تدخل ضمن اختصاصات المنظمة، وبذلك تكون مسألة تحديد الاختصاص قد انتقلت من الطابع القانوني إلى الطابع السياسي.

إن معيار تحديد ما يدخل ضمن الاختصاص الداخلي للدول يخضع في أكثر الحالات للاعتبارات السياسية التي تحكمها مصالح الدول (الأقوى)، "إذ جرى العمل في الأمم المتحدة منذ إنشائها على تفسير فكرة الاختصاص تفسيراً سياسياً بحيث تتحكم فيه المصالح والمناورات وظروف كل حالة بالذات".⁽⁵⁾ فبسبب تشابك المصالح الدولية وترابطها وتأثيرها فيما بينها،

¹ - محمد الوادراسي، مرجع سابق، ص 204.

² - نقلاً عن: عبد الفتاح عبد الرزاق محمود، النظرية العامة للتدخل في القانون الدولي العام، العراق، دار دجلة، 2009، ص ص 232-238.

³ - محمد الوادراسي، إشكاليات التدخل الانساني في ضوء القانون الدولي، شؤون الأوسط، مركز الدراسات الاستراتيجية، لبنان، ع 146، 2013، ص 206.

⁴ - نقلاً عن: عبد الفتاح عبد الرزاق محمود، مرجع سابق، ص 221.

⁵ - طلعت جيايد لحي الحديدي، مرجع سابق، ص 125.

أصبح للمسائل الداخلية رجعا وصدى في العلاقات الدولية، ومعها بدأ يضيق مجال الاختصاص الداخلي رويدا رويدا مفسحا المجال أمام التدخلات الخارجية المستندة إلى هذا الترابط وذلك التأثير. إذ "العوامل السياسية الواقعية تتحكم في تكييف كل عمل أو خطوة ما، من حيث كونه تدخلا أو لا، تحكما يكاد يكون شاملا لا سيما في هيئة قوامها سياسي بحث مثل مجلس الأمن".⁽¹⁾

بعد 1990 بدأ الاتجاه في مجلس الأمن إلى تقليص دائرة اختصاص الدولة، في مقابل توسيع صلاحيات الجماعة الدولية. ومع تزايد النزاعات المسلحة غير الدولية وانتهاء الحرب الباردة، أصبح التدخل مشروعاً في الممارسة الدولية حيث ارتأت الأمم المتحدة أن من حقها التدخل في هذه النزاعات، معتبرة تدخلها مشروعاً طالما أن النزاعات تهدد السلم والأمن الدوليين. وعليه استخدمت أحكام الفصل السابع من الميثاق الذي يبيح استخدام القوة، وعملت على توقيع الحظر الاقتصادي على بعض الدول التي تشهد نزاعات مسلحة داخلية متى لم ترضخ للمطالب الدولية. وقد بررت المنظمة ذلك بحماية حقوق الإنسان وتحقيق الحماية الإنسانية في حالات النزاعات المسلحة.

إن النقطة الفاصلة كانت إنشاء "ملاذ آمن" في شمال العراق عام 1991 بُعيد حرب الخليج بموجب القرار 688 لسنة 1991 من أجل حماية الأكراد.⁽²⁾ ومنذ ذلك الوقت أصدر مجلس الأمن العديد من القرارات التي تدل بوضوح على التحول الحاصل في صلاحياته، بالتدخل في النزاعات سواء الدولية أو غير الدولية. فالقرار رقم 794 الخاص بالصومال والصادر في 1992/12/3 استند إلى عرقلة المساعدات الإنسانية واعتبرها تهديدا للسلم والأمن الدوليين، وبالنسبة للحالة الرواندية سنة 1994 استند المجلس إلى جسامه الحالة الإنسانية التي تشكل تهديدا للسلم والأمن الدوليين، والتحول الأهم كان في حالي هاييتي وليبيريا حيث اعتبر المجلس أن عدم احترام الأصول الديمقراطية يشكل انتهاكا لحقوق الإنسان وبالتالي تهديدا للسلم والأمن الدوليين.⁽³⁾

لقد عكس الاستخدام الجديد لصلاحيات مجلس الأمن وفقا للفصل السابع، والتوسع في المعايير التي يعتمدها لتطبيق المادة 39 من الميثاق، بدء مرحلة جديدة في العلاقات الدولية. فبإعادة تعريف مفهوم التهديد للسلم والأمن الدوليين أعاد المجلس صياغة المبدأ القديم الذي كان يحمي الدول ضد التدخل في شؤونها الداخلية، وأصبح التحدي هو حماية النظام الدولي من الفوضى، نتيجة ما قد يحدث من أحداث وقلقل داخل بعض الدول، وأصبحت الأولوية هي منع الإضطرابات الداخلية من الانتقال إلى الجسد الدولي فتتأثر بقية الدول.⁽⁴⁾

إن الأمم المتحدة لم تقف عند حد انتهاك أحكام الميثاق (المادة 2 ف 7) بل إن الأمين العام كوفي عنان قد أكد أمام الجمعية العامة للأمم المتحدة خلال دورتها رقم 54 في سبتمبر 1999 على وجود حقيقتين متلازمتين: الأولى أن سيادة الدولة أعيد تعريفها بواسطة قوى العولمة حيث تفهم على أنها خادمة للأفراد وليس العكس. والثانية: تعني أن السيادة

¹ - زكي هاشم، الأمم المتحدة، مصر، المطبعة العالمية، ط 02، 1952، ص 24.

² - مسعد عبد الرحمن زيدان قاسم، تدخل الأمم المتحدة في النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي، مصر، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2003، ص 186-188.

³ - مسعود حسن أبو شيبه، التدخل الدولي في الشؤون الداخلية للدول بين قوة القانون وقانون القوة، رسالة ماجستير، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2008-2009، ص ص 147-150.

⁴ - خليل حسين، قضايا دولية معاصرة دراسة موضوعات في النظام العالمي الجديد، لبنان، دار المنهل اللبناني، ط 01، 2007، ص 390.

الفردية تدعمت بالوعي المتجدد بحق كل فرد في السيطرة على مصيره. وأضاف أن السيادة لم تعد خاصة بالدولة القومية التي تعهد أساس العلاقات الدولية المعاصرة ولكن تتعلق بالأفراد أنفسهم.⁽¹⁾

لقد سمح في إطار عمل مجلس الأمن الدولي بعد 1990 بتجاوز حرفية النص، وإعطاء معاني ومفاهيم للنصوص وفقا لرغبات الدول الكبرى وتوجهاتها، ولم يعد للنص أهمية طالما أنه لا يستجيب لما تريده تلك القوى. لقد أصبح الاتجاه أكثر نحو تفسير النصوص "بطريقة دينامية تطويرية، وزاد من التركيز على القراءة الخاصة للنصوص باعتبارها الأنسب لتزويد مجلس الأمن بالأدوات اللازمة للرقى بمسؤولياته لضمان السلام والأمن."⁽²⁾

إن النظام العالمي الجديد يقوم على استغلال منظمة الأمم المتحدة لإضفاء صفة الشرعية على مجمل سلوكياته وقراراته، ومتى لم يستطع ذلك فإنه يذهب إلى تجاوز دور الأمم المتحدة، والمبادئ التي ترسخت في ظل الميثاق من خلال عدم التقيد الكامل بتلك المبادئ أحيانا، أو بالقبول بالأمر الواقع أحيانا أخرى، كما حدث في الغزو الأمريكي للعراق سنة 2003، أو تفسير القرارات وفق لرغبات الدول كما حدث في الهجوم الأطلسي على ليبيا سنة 2011.

المبحث الثاني: بعض صور التدخلات الدولية بعد 1990

هناك العديد من التدخلات التي برزت بقوة بعد سنة 1990 أو في ظل الأحادية القطبية، ولعل أهمها وأخطرها هو التدخل الانساني، والتدخل الاقتصادي، هذا الأخير الذي أصبح في السنوات الأخيرة الأسلوب الأمثل الذي تتبعه الولايات المتحدة الأمريكية ضد كل الدول صغيرها وكبيرها بل وحتى ضد حلفائها.

المطلب الأول: التدخل الانساني

هو تدخل قسري يتم بشكل عسكري من قبل دولة كبرى أو عدة دول، في الشؤون الداخلية لدولة أخرى تحت ذريعة حماية حقوق الإنسان ولدواعي إنسانية، وعادة ما يكون بناء على قرار يتخذ من قبل مجلس الأمن ما يضي عليه طابع الشرعية.

بعد سنة 1990 بدأ استعمال هذا المفهوم بقوة، خاصة من قبل الولايات المتحدة الأمريكية والدول المتحالفة معها، ضد الدول الأخرى وذلك في إطار ما يطلق عليه ايدولوجية حقوق الانسان والتي تدل أساسا على فكرة مفادها أن للدول الغربية حق أو واجب التدخل في الشؤون الداخلية لبقيّة البلدان باسم الدفاع عن حقوق الإنسان التي تتعرض لانتهاكات واسعة.⁽³⁾

والواقع إن التدخل الانساني أو التدخل لحماية حقوق الإنسان، يعتبر امتدادا للسياسات الاستعمارية القديمة التي اكتنفت العمل الدولي، والعلاقات الدولية طيلة القرون الماضية. فهو ظاهرة قديمة في العلاقات الدولية اقترن بمحاولات الدول الأوروبية حماية أقليتها الدينية في الدول الأخرى منذ القرن السادس عشر وبقي يطبق في الممارسة الدولية منذ ذلك الوقت.⁽⁴⁾ وخلال القرن التاسع عشر أعطت تلك الدول لنفسها الحق بالتدخل في الدول الأخرى إذا ما صدر منها

¹ - عبد الفتاح عبد الرزاق محمود، مرجع سابق، ص 222.

² - عبد الرافع السر خليل عبد الله، دور الأمم المتحدة في فض النزاع بدافوربين حقوق السيادة ودواعي التدخل، أطروحة دكتوراه، جامعة النيلين، السودان، 2018، ص 42.

³ - جون بريكمون، الامبريالية الانسانية حقوق الانسان حق التدخل وحقوق الأقوى، تر: أحمد بن محمد بكلي، الجزائر، منشورات APIC، 2010، ص 70.

⁴ - أنظر حول التدخل الانساني تاريخيا: إيف ماسينغهام، التدخل العسكري لأغراض إنسانية هل تعزز عقيدة مسؤولية الحماية مشروعية استخدام القوة لأغراض إنسانية، المجلة الدولية للصليب الأحمر، عدد 876، 2009، ص ص 164-169.

اعتداء على الرعايا المسيحيين. ليتطور الأمر أبعد من ذلك حين اعتبرت الدول الأوروبية المسيحية بعض تصرفات غيرها من الدول منافية لمبادئ الإنسانية، ولأسس الحضارة المسيحية، واتخذت من هذه التصرفات وسيلة مصطنعة للتدخل في الشؤون الداخلية لتلك الدول.⁽¹⁾ والذي تحول تدريجياً إلى استعمار لتلك الدول.

إن الأمر نفسه يتكرر حالياً ومن طرف الدول الغربية ذاتها مع تغيير بسيط في المصطلحات. حيث تم التخلي عن فكرة التصرفات المخالفة لأسس الحضارة المسيحية نظراً لما تثيره من حساسيات، واستبدالها بمصطلحات "الاعتبارات الانسانية" و"حقوق الانسان"، تماشياً مع روح العصر الذي أصبح يقوم على مجتمع دولي متعدد الثقافات، وليس كما كان عليه الحال خلال القرن التاسع عشر.

إن حقوق الانسان، أصبحت المنفذ الرئيسي الذي تسلكه الدول الكبرى من أجل التدخل في شؤون الدول الأخرى، والتي غالباً لا تتماشى سياساتها الداخلية أو الخارجية مع سياسات تلك الدول. فالتدخل الانساني هنا إنما يحدث بالأساس وفقاً لاعتبارات سياسية، وحسابات خاصة، لا علاقة لها بحقوق الانسان أو مبادئ الانسانية، إنما ارتباطها الأساسي هو بمبادئ السياسة التي كانت ولا تزال تقوم على مبدأ أساسي حيث الغاية تبرر الوسيلة.

فأيديولوجية حقوق الانسان تستعمل في الواقع من أجل تكريس مشروعية الهيمنة، من قبل الدول الكبرى التي تتذرع بهذه المسائل، وتتخذ منها ستاراً تخفي وراءه نواياها الحقيقية لتبرير تدخلها في شؤون غيرها من الدول. والدليل على ذلك كما يرى بعض الملاحظين أن التدخل في الكثير من الأحيان يحدث بعد تحضير أسبابه من قبل الدول الكبرى، وذلك بالتحريض على الثورة والتمرد، ومن ثمة سحب الاستثمارات وخلق الأزمات الاقتصادية أو ما يطلق عليه بالتخريب الاقتصادي، والذي يؤدي إلى حالات من التوتر السياسي والاجتماعي، خاصة من قبل مجموعات عرقية أو دينية لها مطالب خاصة لا يمكن الاستجابة لها، و باسم الدفاع عن حقوق الانسان ستواجه محاولات قمع هذه المجموعات بالتنديد والاستنكار الشديد، حتى وإن كانت نشاطاتها غير مشروعة وفقاً للقانون الدولي.⁽²⁾

إن الواقع العملي يؤكد أنه: "مهما تكن مبررات التدخل كما ظهرت في حالات معينة أدبية أو مرغوباً فيها أو مقبولة، فإن هناك حقيقة ثابتة هي أن التدخل في حد ذاته انتهاك لحقوق يجب ألا تثلم أو تخرق حرمتها، ويمثل عملاً عدائياً ويمكن اعتباره عملاً لم يكن ليحدث لولا أن الدولة المتدخلة أقوى من الناحية العسكرية".⁽³⁾

المطلب الثاني: التدخل الاقتصادي

بسبب الرفض الدولي والداخلي المتزايد لاستخدام القوة العسكرية من جهة، ونظراً للتكاليف الاقتصادية والانسانية الكبيرة التي تترتب عن اللجوء إلى هذا الأسلوب من جهة ثانية، بدأت القوى العالمية الكبرى تلجأ إلى التدخل في شؤون الدول الأخرى عن طريق توظيف قوتها الإقتصادية والمالية الهائلة من أجل فرض رؤيتها الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والثقافية، وتحقيق النصر في مواجهة الدولة المستهدفة، سواء من خلال التدخل الاقتصادي المباشر أو عن طريق المؤسسات المالية الدولية.

انطلاقاً من هذا نجد أن التدخل الاقتصادي يأخذ شكلين هما:

¹ - يحي الجمل، تطور المجتمع الدولي، مصر، دار القلم، 1964، ص ص 33-34.

² - نفسه، ص 167.

³ - جيرهارد فان غلان، القانون بين الأمم مدخل إلى القانون الدولي العام، ج 01، تر: عباس العمر، لبنان، دار الآفاق الجديدة، ط 02، 1970، ص

فرض الضغوط الاقتصادية على الدول عن طريق العلاقات الثنائية المباشرة.

فرض الضغوط الاقتصادية على الدول الفقيرة من خلال المؤسسات الاقتصادية الدولية.

أولاً: فرض الضغوط الاقتصادية على الدول عن طريق العلاقات الثنائية المباشرة

يعتبر الضغط الاقتصادي من بين أدوات السياسة الخارجية التي تستخدمها الدول على نطاق واسع، ويعد من أخطر الإجراءات التي لها تأثير كبير ومباشر على المصالح الاقتصادية للدولة الموجه ضدها، لما يتضمنه من عقوبات اقتصادية تهدف من خلالها الدولة أو الدول التي فرضتها إلى ردع الدولة المتدخل ضدها وحملها على تغيير سلوكها المخالف للشرعية الدولية أو لمطالب تلك الدول. وأبرز مثال لهذا الإجراء الضغوط الاقتصادية التي تمت وتتم ممارستها على روسيا الاتحادية منذ غزوها لأوكرانيا في 24 فيفري 2022، والتي توصف بأنها الأكبر عبر التاريخ التي تفرض على دولة واحدة.⁽¹⁾

إن استخدام أسلوب الضغط الاقتصادي يهدف إلى تحقيق العديد من الأهداف يمكن إجمالها فيما يلي:

- ضرب استقرار حكومة الدولة المستهدفة؛
- إحداث تغيير في سياسات الدولة المستهدفة؛
- وقف عملية عسكرية محدودة
- إعاقة الامكانيات العسكرية للدولة المستهدفة.⁽²⁾

لقد أبانت الممارسات الدولية عن العديد من صور التدخل الاقتصادي ومن ذلك:

المقاطعة الاقتصادية: تعرف بأنها: " تعليق التعاملات الاقتصادية والتجارية مع دولة ما، لحملها على احترام القانون الدولي."⁽³⁾ ويقوم هذا الإجراء على قطع التبادل التجاري مع الدولة الموجه ضدها، أو حظر إنشاء عوامل الانتاج على إقليمها، سواء بصفة فردية أو جماعية. والمقاطعة بهذا الشكل تمثل أداة تدخل في شؤون الدولة عندما يراد بها التأثير على إرادة الدولة محل التدخل، ما يؤثر على ممارستها لحقوقها السيادية.

الحظر الاقتصادي: أين تقوم الدولة بفرض حظر تجاري كامل أو جزئي على أجزاء محددة من العلاقات التجارية للدولة المستهدفة، مع فرض عقوبات على الدول أو الشركات التي تخرق ذلك الحظر، وتعد الولايات المتحدة الأمريكية من أكبر الدول التي تفرض الحظر والعقوبات الاقتصادية ضد الدول الأخرى في العلاقات الدولية. حيث تشير الإحصائيات إلى فرض الولايات المتحدة للحظر الاقتصادي في أكثر من مائة حالة ومن ذلك كوبا إيران، يوغسلافيا كوريا الشمالية وانتهاء بروسيا سنة 2022.

القسر الاقتصادي: ويقصد به وجود درجة قصوى من التقييد والتأثير على الدولة المستهدفة، بحيث لا تجد مفر من الانصياع للدولة الفارضة للعقوبات، بمعنى إجبار الدولة بشكل قسري على القيام بأعمال لا ترغب بها، ويسهل تطبيق

¹ - حول العقوبات على روسيا أنظر: محمد نور البصراي، استراتيجيات العقوبات الدولية وانعكاساتها على سياسات الدول (العراق - إيران - روسيا)

نموذجاً، مجلة كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، مج 23، ع 3، 2022، ص ص 168-171.

² - قاسم أبو دست، سياسة العقوبات الاقتصادية الدولية و نتائج التطبيق في الحالة الإيرانية، مجلة النهضة، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، مج 14، ع 2، 2013، ص ص 60-61.

³ - زياد عيد غطاس حجازين، العقوبات الاقتصادية كإحدى أدوات السياسة الخارجية الأمريكية دراسة المقارنة إيران وكوريا الشمالية، المركز

الديمقراطي العربي، ألمانيا، ط 01، 2021، ص 34.

هذا الاجراء عندما تكون الدولة المعاقبة تعتمد على مادة أو منتج معين.⁽¹⁾ وأبرز مثال على ذلك الحظر النفطي الذي فرضته الادارة الأمريكية على إيران بعد انسحاب إدارة الرئيس الأمريكي "دونالد ترامب" من الاتفاق النووي سنة 2018، وتهديدها بفرض عقوبات على كل دولة تشتري النفط الإيراني وهو ما دفع معظم الدول إلى التوقف عن استيراد النفط الإيراني.

وللتدخل الاقتصادي أشكالاً أخرى يمكن أن تتخذ في نطاق العلاقات الاقتصادية المالية وتأخذ طابع التدخل مثل: تغيير التعريفات الجمركية بهدف الاضرار باقتصاد دولة أو التأثير على إرادتها، بهدف إصدار قرارات معينة أو اتخاذ مواقف محددة، أو سحب رؤوس الأموال الأجنبية، والتي يؤدي سحبها إلى تعريض اقتصاد الدولة المعنية للخطر.⁽²⁾ فالولايات المتحدة الأمريكية تفرض العقوبات الاقتصادية على الدول، وتطلب من الدول الأخرى أن تسلك نفس السلوك سواء كانت من حلفاءها أو باقي دول العالم، وهو ما يشكل تدخلاً سافراً في شأن الدولة المستهدفة والدول الأخرى. وهي إذ ذاك كما يرى البعض إحدى الوسائل السيئة للسياسة الخارجية الأمريكية.

لقد أطلق انهيار الاتحاد السوفياتي العنان للولايات المتحدة الأمريكية في فرض العقوبات الاقتصادية على نطاق واسع، وأصبح منذ ذلك الحين أداة ونهجاً لخدمة السياسة الخارجية الأمريكية وتحقيق أهدافها، وبات فرض هذه العقوبات متلازماً مع العناوين الأساسية للنظام العالمي الجديد. ويؤكد "ستيوارت ايزنستات" وكيل وزارة الخارجية الأمريكية للشؤون الاقتصادية والأعمال "بسبب أن الولايات المتحدة أصبحت القوة العظمى المسيطرة فإن علينا استخدام العقوبات في قضايا مثل الاتجار بالمخدرات وحقوق الإنسان الأساسية والإرهاب والانتشار النووي... وكذلك فإن الأنظمة الخارجية عن القانون هي التي عادة ما تقوم بالسلوكيات غير المقبولة دولياً والعقوبات هي الطريقة المنطقية للتصدي لهذه المواقف".⁽³⁾

وقد يستند فرض العقوبات إلى أسباب دينية حيث أقر الكونجرس الأمريكي في 21 ماي 1997 مشروع قانون للتحريم من الاضطهاد الديني حسب التصور الأمريكي والذي يسمح بفرض عقوبات اقتصادية على الدول المعنية، وعليه أضحت الخارجية الأمريكية تصدر تقارير سنوية حول الاضطهاد الديني في بعض الدول، وتفرض عقوبات من قبيل فرض الحظر على بعض الصادرات إلى غير ذلك وهذا الأمر يعتبر تدخلاً سافراً في الشؤون الداخلية لتلك الدول.⁽⁴⁾

إن التدخل الاقتصادي الأحادي الذي تفرضه الولايات المتحدة الأمريكية، من وجهة نظر القانون الدولي يتعارض مع نص المادة 2 فقرة 7 من ميثاق الأمم المتحدة، التي تحظر التدخل في شؤون الدول كما أنه يعتبر عمل غير مشروع لافتقاره لأي سند قانوني يدعمه في القانون الدولي العام.⁽⁵⁾

¹ - قاسم أبو دست، مرجع سابق، ص 62-65.

² - سامح عبد القوي السيد عبد القوي، صور التدخلات الدولية السلبية وانعكاساتها على الساحة الدولية، مصر، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، ط 01، 2015، ص 277.

³ - محمد ابراهيم احمد العوايشة، العقوبات الاقتصادية كأداة في السياسة الخارجية الأمريكية في الفترة الممتدة من 1990-2000 دراسة حالة، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 2002، ص 97.

⁴ - سامح عبد القوي السيد عبد القوي، مرجع سابق، ص 287.

⁵ - سامح عبد القوي السيد عبد القوي، مرجع سابق، ص 280.

لقد أضى التدخل الأمريكي في الشؤون الداخلية للدول منهجا ثابتا في السياسة الخارجية الأمريكية، وقد تطور تدريجيا ليشمل بعد الدول "المعادية" أو "المارقة" وفق التوصيف الأمريكي، والدول الحليفة وإن بطريقة غير مباشرة، ذلك أن فرض العقوبات على الشركات التجارية التابعة لهذه الدول، ومنعها من الاستثمار في الدول المغضوب عليها أمريكا، هو تدخل مباشر في علاقات تلك الدول التجارية الخارجية، لكن التطور الأكبر في مجال التدخل الاقتصادي هو فرض العقوبات على الدول الكبرى مثل الصين، وألمانيا في ما يخص خط السيل الشمالي 2 وروسيا مؤخرا. هذه الأخيرة التي تجاوزت العقوبات الغربية الأمريكية ضدها ما كان متعارفا عليه في التعامل الدولي من قبل، ووصل الأمر بالأمريكيين والأوروبيين إلى التصريح جهارا بأن هدف العقوبات هو تدمير الاقتصاد الروسي، ولن يتأتى ذلك إلا بمنع الدول الأخرى من مساعدة روسيا وتهديدها هي نفسها بالعقوبات إن قدمت مساعدات لروسيا تساعد على تجاوز تلك العقوبات، وهو ما يشكل تدخلا سافرا في الشؤون الداخلية لجميع دول العالم. التي وجدت نفسها مجبرة على الاختيار بين أمرين إما أن تكون مع الولايات المتحدة الأمريكية فيما تشاء وترغب أو أن تصبح هدفا لها.

ثانيا: تدخل المؤسسات المالية الدولية

تعتبر المؤسسات المالية الدولية كالبنك الدولي وصندوق النقد الدولي أكبر مصدر لتمويل التنمية في العالم، حيث يصل حجم الاقراض السنوي الذي تقدمه ما بين 40 و50 مليار دولار أمريكي توجه إلى الدول متوسطة ومنخفضة الدخل،⁽¹⁾ ونتيجة للقوة المالية والاقتصادية التي تمتلكها هذه المؤسسات، فقد تحولت إلى الأداة الرئيسية التي تستخدمها الدول الكبرى لتسيير وتوجيه والتحكم في الإقتصاد العالمي، عن طريق توجيه السياسات الاقتصادية والمالية والجبائية في معظم دول العالم. وهناك من يرى أن صندوق النقد الدولي يسعى إلى تحقيق طائفة من الأهداف ذات المساس الحقيقي بسيادة الدولة ومن بينها:

. الحفاظ على موقع الاحتكارات للمؤسسات المالية الكبرى والشركات متعددة الجنسيات وخاصة استثماراتها في بلدان العالم الثالث.

. عدم منح القروض والمساعدات للدول التي تخرج عن طوع المنظومة الرأسمالية العالمية.

. إلزام دول العالم المدينة بتطبيق آليات اقتصاد السوق.⁽²⁾

لقد أخذ التدخل الاقتصادي طابعا جديدا بعد إنشاء صندوق النقد الدولي والبنك الدولي للإنشاء والتعمير، وخاصة منذ انهيار الاتحاد السوفياتي، فهذه المنظمات تتدخل في الدول طالبة القرض بواسطة ما يسمى "إجراء تعديلات بنوية أو إعادة تنظيم الأوضاع"، ويهدف هذا الاجراء إلى أن تقوم الدولة المقترضة بتغيير النظام الاقتصادي وتخفيف القوانين في نظامها المالي بما يتلاءم مع النظام الرأسمالي.⁽³⁾

ويتضح تدخل صندوق النقد الدولي في شؤون الداخلية للدول من خلال الرقابة التي يمارسها على الدول حيث يجري خبراء الصندوق الاقتصاديون عملية متابعة مستمرة لاقتصاديات الدول الأعضاء، كما يقوم بالرقابة الشديدة على

¹ - وسام نعمت ابراهيم السعدي، صندوق النقد الدولي ودوره في تحقيق متطلبات النظام الدولي الجديد دراسة قانونية دولية في ظل أحكام القانون الدولي المالي، مصر، المركز العربي للنشر والتوزيع، ط 01، 2020، ص 422.

² - للمزيد حول هذه المؤسسات أنظر: محمد عبد الله شاهين محمد، سياسات صندوق النقد الدولي وأثرها على الدول النامية، الأردن، دار الأكاديميون للنشر والتوزيع، ط 01، 2017، ص 135-154.

³ - عبد الحي يحي زلوم، نذر العولمة، لبنان، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، ط 01، 1999، ص 130.

سياسات الصرف لهذه الدول، وسياساتها الاقتصادية وأوضاعها المالية، ووضع المعايير الاقتصادية الواجبة الاتباع ومن ثمة التأكد من مدى تطبيق الدولة العضو لتلك المعايير.⁽¹⁾

إن تدخل صندوق النقد الدولي في الشؤون الداخلية للدول يتضح أكثر بمناسبة قيام الدول بالاقتراض منه، وفي هذه الحالة فإنه يرفض تقديم القروض إلا بعد قيام خبراءه بفحص السياسة الاقتصادية والمالية للبلاد فحصا دقيقا، ومراقبة مدى الوفاء بمتطلبات الإدارة الرشيدة (الحوكمة)، بعدها يقدم الصندوق توصياته (يتولى الصندوق فرض سياسة معينة على الدولة) التي يجب الأخذ بها من قبل الدولة المقترضة ووضعها ضمن برنامج الإصلاح الاقتصادي، أو ضمن خطة التنمية، ما يجعل صندوق النقد الدولي هو المخطط للسياسة الاقتصادية والمالية للدول المقترضة. وحتى تحصل الدولة على القرض يتوجب عليها: "إزالة القيود على الأسعار برمتها، تخفيض معدل الاستثمارات زيادة الضرائب على الطبقات الفقيرة، رفع الدعم على السلع الضرورية خفض النفقات العامة، إزالة القيود عن الاستيراد، فتح الأسواق للاستثمارات الأجنبية، رفع نفقات الخدمات العامة، تخفيض قيمة العملة الوطنية".⁽²⁾

وحتى إذا ما أرادت الدول المقترضة التوجه إلى البنك الدولي لمساعدتها على حل مشكلاتها الاقتصادية، فإن هذا الأخير يشترط أولا أن توافق هذه الدول على ما يراه صندوق النقد الدولي، حتى يمكن للبنك الدولي أن يمنح هذه الدول القروض التي تحتاجها. كما أن برامج التكيف الهيكلي الخاصة بالبنك الدولي لا تختلف عن تلك المعتمدة من طرف صندوق النقد الدولي حيث تتضمن ثلاث محاور رئيسية هي: تحرير الأسعار، حرية التجارة والتحول نحو التصدير، وخصخصة القطاع العام، وهو ما يبين التنسيق الفعال بين البنك والصندوق في التعامل مع الدول النامية.⁽³⁾

إن هذه الالتزامات المفروضة من قبل صندوق النقد الدولي، تمثل في الحقيقة تدخلا سافرا في الشؤون الداخلية للدول المدينة له، بحيث أصبحت هذه الدول "على نحو فعلي مستعمرات لصندوق النقد الدولي وللنظام المالي العالمي برمته".⁽⁴⁾ وإذا ما علمنا أن المسيطر الحقيقي على قرارات الصندوق هي الولايات المتحدة الأمريكية، التي تمتلك حوالي 17.5 % من حقوق التصويت، ما يجعلها تمتلك نوعا ما "حق الفيتو" في قرارات الصندوق طالما أنه خاضع لها،⁽⁵⁾ فسنفهم كيف تحول الصندوق إلى أداة للتدخل الاقتصادي الهدام من قبل القوى الكبرى.

ومن أبرز النماذج العملية لتدخل صندوق النقد الدولي تدخله في يوغسلافيا، حيث لم يكتف الصندوق بالتدخل في السياسة الاقتصادية للدولة فقط بل أدى إلى تفتيتها وهدمها حيث لعب برنامج التحرير الاقتصادي والإصلاح الهيكلي الذي فرضه الصندوق دورا فعالا في خلق الظروف التي دفعت يوغسلافيا نحو التدمير. فقد خضع الشعب اليوغسلافي إلى برنامج تقشف شديد خلال السبعينات والثمانينات من القرن العشرين، ونشطت عمليات الإصلاح الهيكلي، وقد تضمن برنامج التقشف أساسا تخفيض الانفاق، وتحرير التجارة والأسعار، وخفض الأجور، والاتجاه نحو الخصخصة،

¹ - وسام نعمت إبراهيم السعدي، مرجع سابق، ص ص 295-298.

² - طلعت جواد لحي الحديدي، مرجع سابق، ص ص 143-144.

³ - محمد عبد الله شاهين محمد، مرجع سابق، ص 161.

⁴ - عبد الحي يحي زلوم، مرجع سابق، ص 130. أنظر حول تأثير صندوق النقد الدولي على الدول وتدخلاته في شؤونها الداخلية: أرست فولف، صندوق النقد الدولي قوة عظمى في الساحة العالمية، تر: عدنان عباس علي، الكويت، سلسلة عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، 2016.

⁵ - بالإضافة إلى الولايات المتحدة الأمريكية تمتلك اليابان وألمانيا 6 % لكل منهما، فرنسا وبريطانيا 4 % لكل منهما.

- محمد عبد الله شاهين محمد، مرجع سابق، ص ص 63-64.

ووصل الأمر أن طالب الصندوق في مقابل قروض جديدة أن تقوم يوغسلافيا بإجراء إصلاحات دستورية وتنظيمية ومؤسسية أدت كلها في النهاية إلى تدمير الدولة اليوغسلافية.⁽¹⁾

لقد أدى تطبيق سياسة صندوق النقد الدولي بشأن التقشف والخصخصة وفتح الحدود في أزيد من مئة دولة مدينة له، إلى فقدان هذه الدول لسيادتها الاقتصادية وسيطرتها على النقد والضريبة، ووجدت نفسها تحت وصاية اقتصادية وسياسية، في شكل حكومة موازية مكونة من المؤسسات المالية الدولية وموظفيها.⁽²⁾ ما دفع البعض إلى القول أنه: "ليس هناك منظمة دولية أخرى تمتلك القدرة على التدخل سواء في مجال الشؤون الداخلية للدول الأعضاء أو في توجيهها بمثل هذا القدر."⁽³⁾

خاتمة:

يعد مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول من أهم المبادئ التي قام عليها المجتمع الدولي المعاصر، فهو الدعامة الأساسية لمبدأ سيادة الدولة، في مواجهة تحديات العولمة وتأثيراتها خاصة على الدول الصغرى. لكن منذ تسعينيات القرن العشرين شهد العالم توجها مضطربا نحو إعادة صياغة الكثير من المفاهيم والمبادئ وعلى رأسها مبادئ السيادة وعدم التدخل في الشؤون الداخلية التي أضحت عاثقا في وجه إقامة النظام العالمي الجديد الذي تبنته ودعت إليه الولايات المتحدة الأمريكية، التي وجدت نفسها بعد انهيار المعسكر الشرقي القوة الوحيدة المهيمنة على العالم. أمام هذه المتغيرات والأوضاع الجديدة كان لا بد لمواجهتها من مفاهيم وقواعد جديدة تؤسس لكيفية التعامل معها، فكانت أيديولوجية حقوق الإنسان والتدخل الإنساني والعقوبات الاقتصادية المداخل الرئيسية التي فتحت الباب مشرعا أمام التدخل في الشؤون الداخلية وحتى الخارجية للدول.

وعليه تم التوصل للنتائج التالية:

. نجد أن مبدأ عدم التدخل خضع تطبيقه بصفة عامة إلى مصالح الدول الكبرى حيث تفسره كما تشاء فكلما كانت لديها مصلحة في بلد ما تقوم بالتدخل تحت أي ذريعة أو تقاوم تدخلات الدول الأخرى والعكس.

. هناك اتجاه من قبل الكثير من الفقهاء لإعادة صياغة مفهوم مبدأ عدم التدخل بما يسمح بالتدخل من قبل المنظمات الدولية أو الدول الكبرى حال الضرورة.

. لقد شهد مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول انتهاكات واسعة من قبل الدول الكبرى وعلى رأسها الولايات المتحدة الأمريكية.

. تمثل أيديولوجية حقوق الإنسان الركيزة الأساسية التي تركز عليها الدول الكبرى ومجلس الأمن للتدخل في شؤون باقي الدول.

¹ - سامح عبد القوي السيد عبد القوي، مرجع سابق، ص 271-273.

² - وسام نعمت ابراهيم السعدي، مرجع سابق، ص 423.

³ - عبد الفتاح عبد الرزاق محمود، مرجع سابق، ص 265.

. أصبحت الولايات المتحدة الأمريكية بعد انهيار الاتحاد السوفياتي والمعسكر الشرقي عموما القوة المهيمنة على العالم ما دفع بها إلى العمل من أجل السيطرة على باقي الدول بحيث أصبحت تتدخل في شؤونها في جميع المجالات السياسية، الثقافية، الدينية، الاقتصادية...

. يمثل التدخل الانساني والتدخل الاقتصادي سواء من قبل الدول أو المؤسسات المالية الدولية أهم صور التدخل في الشؤون الداخلية للدول.

. إن الملاحظ على التدخل الاقتصادي الذي أضحى أبرز وسائل التدخل الدولي في القرن الواحد العشرين أنه يتوسع يوما بعد يوم ومعه يطرح التساؤل حول قائمة الدول التي ستوجه ضدها العقوبات الاقتصادية مستقبلا إذا ما خالفت الرؤى الأمريكية أو لم تستجب للمعايير التي تضعها في مختلف المسائل السياسية والاقتصادية والمالية والتجارية والثقافية والاجتماعية والدينية، من التالي في قائمة العقوبات الاقتصادية الأمريكية؟ وعلى من سيكون الدور؟ فوفقا للأحداث المتتالية ولقائمة الدول المستهدفة بالعقوبات (كوبا، العراق، فينزويلا، كوريا الشمالية، روسيا، الصين) يتضح جليا أنه لن يكون هناك حصانة لأحد.

. لم يعد للمبدأ مكانة كبيرة في إطار العلاقات الدولية نتيجة كل الاستثناءات التي وردت عليه ونتيجة للوضع الدولي السائد الذي لا ينفك يدفع المبدأ تدريجا إلى الاختفاء.

. إن عدم احترام المبدأ قاد العالم إلى هذه الهاوية التي أضحى فيها العالم يترقب خائفا اندلاع حرب عالمية ثالثة قد لا تستثني أحدا.

أما بالنسبة لأهم التوصيات المقترحة فتتمثل في:

. وجوب الالتزام الدولي بنصوص المواثيق الدولية التي تؤكد جميعها على أهمية ومحورية مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول.

. العمل الجاد من قبل الدول الصغيرة على تقوية الاقتصاد المحلي حتى لا تضطر إلى الاستدانة من المؤسسات المالية الدولية وتفتح المجال للتدخل الخارجي في شؤونها الداخلية.

. العمل على تقوية الجبهة الداخلية للدول واحترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية حتى لا تكون سببا تتذرع به الدول الكبرى للتدخل في الشؤون الداخلية للدول.

. التوعية بمخاطر التدخلات الخارجية على أمن الدول واستقرارها.

قائمة المراجع:

1 - الكتب:

- 1 - أحمد الرشيد، حق التدخل الدولي هل يعني إعادة النظر في مفهوم سيادة الدولة؟، مصر، المركز الدولي للدراسات المستقبلية والاستراتيجية، 2005.
 - 2 - أرنيست فولف، صندوق النقد الدولي قوة عظمى في الساحة العالمية، تر: عدنان عباس علي، الكويت، سلسلة عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، 2016.
 - 3 - جمال منصر، التدخل العسكري الإنساني، في فترة ما بعد الحرب الباردة من قوة التحالف إلى فجر الأوديسا، لبنان، الدار العربية للعلوم ناشرون، ط 01، 2012.
 - 4 - جون بريكمون، الامبريالية الانسانية حقوق الانسان حق التدخل وحق الأقوى، تر: أحمد بن محمد بكلي، الجزائر، منشورات APIC، 2010.
 - 5 - جيرهارد فان غلان، القانون بين الأمم مدخل إلى القانون الدولي العام، ج 01، تر: عباس العمر، لبنان، دار الآفاق الجديدة، ط 02، 1970.
 - 6 - خليل حسين، قضايا دولية معاصرة دراسة موضوعات في النظام العالمي الجديد، لبنان، دار المهمل اللبناني، ط 01، 2007.
 - 7 - زكي هاشم، الأمم المتحدة، مصر، المطبعة العالمية، ط 02، 1952.
 - 8 - زياد عيد غطاس حجازين، العقوبات الاقتصادية كإحدى أدوات السياسة الخارجية الأمريكية دراسة المقارنة إيران وكوريا الشمالية، ألمانيا، المركز الديمقراطي العربي، ط 01، 2021.
 - 9 - سامح عبد القوي السيد عبد القوي، صور التدخلات الدولية السلبية وانعكاساتها على الساحة الدولية، مصر، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، ط 01، 2015.
 - 10 - طلعت جياذ لحي الحديدي، مبادئ القانون الدولي العام في ظل المتغيرات الدولية العولمة، عمان، دار الحامد للنشر، 2012.
 - 11 - عبد الحى يحي زلوم، نذر العولمة، لبنان، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، ط 01، 1999.
 - 12 - عبد الفتاح عبد الرزاق محمود، النظرية العامة للتدخل في القانون الدولي العام، العراق، دار دجلة، 2009.
 - 13 - محمد عبد الله شاهين محمد، سياسات صندوق النقد الدولي وأثرها على الدول النامية، الأردن، دار الأكاديميون للنشر والتوزيع، ط 01، 2017.
 - 14 - مسعد عبد الرحمن زيدان قاسم، تدخل الأمم المتحدة في النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي، مصر، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2003.
 - 15 - وسام نعمت ابراهيم السعدي، صندوق النقد الدولي ودوره في تحقيق متطلبات النظام الدولي الجديد دراسة قانونية دولية في ظل أحكام القانون الدولي المالي، مصر، المركز العربي للنشر والتوزيع، ط 01، 2020.
 - 16 - يحي الجمل، تطور المجتمع الدولي، مصر، دار القلم، 1964.
- ### 2 - الرسائل:

- 1 - عبد الرافع السر خليل عبد الله، دور الأمم المتحدة في فض النزاع بدارفور بين حقوق السيادة ودواعي التدخل، أطروحة دكتوراه، جامعة النيلين، السودان، 2018.

- 2 - عبد الفتاح عبد الرزاق محمود، مبدأ عدم التدخل والتدخل في القانون الدولي العام دراسة تحليلية، رسالة ماجستير، جامعة صلاح الدين، العراق، 2001.
 - 3 - محمد ابراهيم احمد العوايشة، العقوبات الاقتصادية كأداة في السياسة الخارجية الأمريكية في الفترة الممتدة من 1990-2000 دراسة حالة، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 2002.
 - 4 - مسعود حسن أبو شيبه، التدخل الدولي في الشؤون الداخلية للدول بين قوة القانون وقانون القوة، رسالة ماجستير، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2008-2009.
- 3 - المجالات:

- 1 - إيف ماسينغهام، التدخل العسكري لأغراض إنسانية هل تعزز عقيدة مسؤولية الحماية مشروعية استخدام القوة لأغراض إنسانية، المجلة الدولية للصليب الأحمر، مج 91، ع 876، 2009، ص ص 157-186.
- 2 - قاسم أبو دست، سياسة العقوبات الاقتصادية الدولية ونتائج التطبيق في الحالة الإيرانية، مجلة النهضة، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، مج 14، ع 2، 2013، 88-55.
- 3 - محمد الوادراسي، إشكاليات التدخل الإنساني في ضوء القانون الدولي، شؤون الأوسط، مركز الدراسات الاستراتيجية، لبنان، ع 146، 2013، 201-218.
- 4 - محمد نور البصراي، استراتيجية العقوبات الدولية وانعكاساتها على سياسات الدول (العراق - إيران - روسيا) نموذجاً، مجلة كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، مج 23، ع 3، 2022، ص ص 159-182.

دور القطب الجزائي الوطني لمكافحة الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال
في مواجهة الاعتداءات الواقعة على المعطيات المعلوماتية.

The role of the national penal pole to combat crimes related to information and communication
technologies In the face of attacks on information data.

سلى عبد النبي *

جامعة باتنة 1

simsimabd6@gmail.com

تاريخ القبول: 07-06-2024

تاريخ الإيداع: 19-02-2024

ملخص:

إن الاستعمال غير المشروع للمعلوماتية كشف عن ظهور أنماط جديدة من الإجرام، ناجمة عن الاعتداءات الواقعة على أنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، وهو ما فرض على المشرع التدخل من خلال استحداث جملة من النصوص الموضوعية والإجرائية ذات الصلة، وتدعيما لهذه الجهود فقد تم إنشاء ما يسمى بالقطب الجزائي الوطني لمكافحة الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال، وهو الهدف الذي تسعى إليه الدراسة الحالية من خلال تسليط الضوء على دور هذا القطب في مواجهة الاعتداءات الواقعة على المعطيات المعلوماتية. وقد خلصت الدراسة إلى الإجابة على الإشكالية وإبراز أهم النتائج المتوصل إليها في مجال دراسة الموضوع، الكلمات المفتاحية: القطب الجزائي الوطني؛ معطيات معلوماتية؛ الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال؛ اختصاص قضائي موسع.

Abstract:

The illegal use of informatics data revealed the emergence of new patterns of criminality, resulting from attacks on automated data processing systems, which forced the legislator to intervene through the creation a number of substantive and procedural texts related to, In support of these efforts, the so-called national penal pole has been established to combat crimes related to information, which is the purpose of this study.

The study concluded by answering the problem and highlighting the most important results reached in the field of study of the subject.

Keywords: the national penal pole ; informational data ; crimes related to information and communication technologies ; expanded jurisdiction

مقدمة:

لقد فرضت المعلوماتية تداعياتها على جميع جوانب ومجالات الحياة، ورغم الايجابيات التي قدمتها هذه الأخيرة، إلا أن استعمالها غير المشروع أفرز أنماط جديدة من الإجرام، فكان من اللازم على المشرع حينها التدخل لمجابهته والوقاية منه على حد السواء، وقد ظهر ذلك من خلال العديد من النصوص القانونية ذات الصلة، لاسيما مع قصور النصوص التقليدية عن مجابهة تلك الإفرازات الجديدة، فمن المعروف أن القانون وليد بيئته، ونتاج سلوكيات الأشخاص وواقعهم المعاش المتجدد والمتطور، و أن كل اختراع أدى وسيؤدي لا محالة لولادة قانون لضبط وتنظيم سلوك الأفراد اتجاهه.

وقد ظهر تدخل المشرع من خلال سنه لجملة من النصوص القانونية الموضوعية والإجرائية ذات الصلة، بداية من تعديل قانون الإجراءات الجزائية سنة 2004، الذي أنشأ الجهات القضائية ذات الاختصاص المحلي الموسع في جرائم محددة، منها الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، هذه الأخيرة التي تم النص على تجريم وعقاب مرتكبها بموجب تعديل قانون العقوبات لذات السنة، باستحداث القسم السابع مكرر الذي تضمن نص المواد من 394 مكرر إلى 394 مكرر 7.

وبالنظر لخصوصية هذه الجرائم، وتعلقها بمصطلحات تقنية خاصة دخيلة على الفكر القانوني، الذي لم يشهدها من قبل من خلال النصوص الإجرامية التقليدية، توجب على المشرع تحديد تلك المصطلحات التقنية بموجب نصوص قانونية تطبيقا لمبدأ الشرعية، وهو ما دفع المشرع الجزائري ولو متأخرا للتدخل سنة 2009 بموجب القانون رقم 09-04 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، من خلال نص المادة 2 منه.

والتي ومن خلال استقراءها يبدو جليا أن المشرع وبمناسبة تحديده للمصطلحات ذات الصلة حاول بسط حماية أكثر، فبعد أن كان ينص على الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات بموجب تعديل قانون العقوبات لسنة 2004 تبنى مصطلح آخر أكثر اتساعا من حيث دائرة التجريم بموجب القانون رقم 09-04 هو مصطلح الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال، والذي يشمل بالإضافة للاعتداءات الواقعة على مختلف أنظمة المعالجة الآلية للمعطيات والماسة بها، الاعتداءات الأخرى المرتكبة أو التي يسهل ارتكابها بواسطتها.

وفي سنة 2021، وبمناسبة تعديل قانون الإجراءات الجزائية، وسع المشرع مرة أخرى مفهوم الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال، بإضافته لعبارة أي وسيلة أخرى أو آلية ذات صلة بها، كما أنشأ القطب الجزائري الوطني لمكافحتها، غير مكتفيا بذلك بتوسيعه للاختصاص المحلي لبعض الجهات الذي أحدثه سابقا، مما يجعلنا نتساءل عن السبب، وكذا العلاقة التي تربط بينها.

وهو الأمر البديهي في الحقيقة، بالنظر إلى أن تحقيق أهداف أي سياسة جنائية لا يتأت فقط من خلال نصوص قانونية رادعة ومعاقبة، وإنما الأمر يحتاج إلى توفير آليات كفيلة بذلك، من خلال أجهزة مساعدة ومرافقة للعملية، ولعل ما يزيد من أهمية الأمر هو خصوصية هذا النمط الإجرامي، على وجه التحديد، بالنظر لخصوصية الجريمة والمجرم في البيئة المعلوماتية، وخصوصية الدليل والإجراءات المتخذة في سبيل الحصول عليه.

ولهذا الغرض، ولتسليط الضوء أكثر على هذا القطب اقتضى البحث الإجابة على الإشكالية الرئيسة التالية:

ما الدور المنوط بالقطب الجزائري الوطني لمكافحة الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال في سبيل تحقيق الغرض الذي انشأ لأجله وهو مواجهة الإجرام المسلط على المعطيات المعلوماتية؟

وللإجابة على الإشكالية المطروحة، استوجب علينا بالدرجة الأولى تحديد الإطار القانوني لهذا القطب، فتحديد الاختصاصات المنوطة به بالدرجة الثانية، والتي تمكنا من التعرف على الدور الذي يلعبه في مواجهة الاعتداءات الواقعة عليها، وحدوده، فتقييم مدى نجاعة ذلك، معتمدين في ذلك على المنهج الوصفي والتحليلي لمختلف نصوص المواد ذات الصلة، معتمدين على الخطة التالية:

1- نظامه القانوني.

2- اختصاصاته.

3- إجراءات اتصاله بملف الدعوى.

1- النظام القانوني للقطب.

في إطار السياسة الجنائية الرامية لمواجهة الجرائم المعلوماتية أو ما اصطلح المشرع الجزائري على تسميتها ابتداء بالجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات بموجب تعديل قانون العقوبات سنة 2004⁽¹⁾ من خلال نص المواد 394 مكرر وما يليها منه، فالجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال بموجب القانون رقم 04-09 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال⁽²⁾، ووعيا منه بعدم إمكانية مواجهة هذا النمط الإجرامي المعقد، والتقني، فالعابر للحدود في كثير من الأحيان⁽³⁾ بنصوص موضوعية وإجرائية فحسب أو بمجرد تعاون مختلف الأجهزة الإدارية⁽⁴⁾ لاسيما الهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها⁽⁵⁾ أو بالتعاون والمساعدة القضائية الدولية⁽⁶⁾ أو بتوسيع اختصاص اختصاص المحلي لبعض الجهات القضائية⁽⁷⁾.

وفي إطار تكميلي وداعم، حتمته الضرورة، انشأ قطب جزائي وطني متخصص يعنى بمكافحة الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال⁽⁸⁾ لضمان فاعلية أكبر للجهاز القضائي في مواجهة هذا النمط الإجرامي ودعمه، ذلك أن هذا النمط حتم نوعا من التخصص القضائي لمواجهته بالنظر لخطورته وتعقيد وطابعه التقني الذي يتطلب لفهمه

⁽¹⁾ القانون رقم 15-04 المؤرخ في 2004-11-10 يعدل ويتمم الأمر 156-66 المتضمن قانون العقوبات، ج ر، عدد 71 المؤرخة في 2004-11-10، ص. 8-12.

⁽²⁾ القانون رقم 04-09 المؤرخ في 2009-08-05 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، ج ر، عدد 47 المؤرخة في 2009-08-16، ص. 5-8.

⁽³⁾ عندما تقترون أو بالنظر لشبكات الربط الواسعة أو الدولية و التي على رأسها الانترنت، محمد كمال محمود الدسوقي، الحماية الجنائية لسرية المعلومات الالكترونية، دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، 2015، ص. 20.

⁽⁴⁾ يمكن الإشارة في هذا الصدد مثلا لالتزامات مقدمي الخدمات المفروضة بموجب نص المادة 10 وما يليها من القانون رقم 04-09 المشار إليه أعلاه، فما تضمنه القانون رقم 04-18 المؤرخ في 2018-05-10 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الالكترونية، ج ر، عدد 27 المؤرخة في 2018-05-13، ص. 3-32.

⁽⁵⁾ المادتين 13، و 14 من نفس القانون، القانون رقم 04-09، فالمرسوم الرئاسي رقم 261-15 المؤرخ في 2015-10-08، ج ر، العدد 53، الذي عرف جملة من التعديلات تتمثل في: المرسوم الرئاسي رقم 172-19 المؤرخ في 2019-06-06، ج ر، العدد 37، المرسوم الرئاسي رقم 183-20 المؤرخ في 2020-07-13، ج ر، العدد 40، فالمرسوم الرئاسي رقم 439-21 المؤرخ في 2021-11-07، ج ر، العدد 86.

⁽⁶⁾ الفصل السادس من القانون رقم 04-09، المشار إليه أعلاه، المادة 15 إلى المادة 18 منه.

⁽⁷⁾ القانون رقم 14-04 المؤرخ في 2004-11-10 يعدل ويتمم الأمر 155-66 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج ر، عدد 71 المؤرخة في 2004-11-10، ص. 5 و 7، المرسوم التنفيذي رقم 348-06 المؤرخ في 2006-10-05، المعدل بموجب المرسوم رقم 267-16 المؤرخ في 2016-10-17، ج ر، عدد 63 المؤرخة في 2006-10-08، ص. 29 و 30، ف ج ر، عدد 62 المؤرخة في 2016-10-23، ص. 10.

⁽⁸⁾ الأمر رقم 11-21 المؤرخ في 2021-08-25 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج ر، عدد 65 المؤرخة في 2021-08-26، ص. 8.

ومواجهته توفير جملة من الإمكانيات والوسائل الفنية، فتوفر جملة من المدارك والكفاءة في العنصر البشري شق على الدولة بداية توفيرها على مستوى جميع المحاكم، في إطار برنامج تعزيز وتكريس فكرة التخصص القضائي.

ومما لا شك فيه أن لهذا القطب نظام قانوني يخضع له، يمكن استخلاصه بالرجوع للأساس التشريعي الذي أوجده ضمن التنظيم القضائي، والذي فرضه في الجهاز القضائي الجزائري، فبيان تنظيمه من خلال التعرف على هيكلته سواء من حيث الجانب البشري أو من حيث المصالح المشكلة له.

1.1- الأساس التشريعي.

لقد تدخل المشرع وأنشأ هذا القطب لأن في ذلك حقيقة ضرورة حتمية لمجابهة هذا النوع من الإجرام بالنظر لخصوصيته، وخصوصية مرتكبيه، والذي يمثل تهديدا صارخا على مصالح أساسية في الدولة، كأمن الدولة، واقتصادها، والنظام العام فيها، والسلم الاجتماعي، وكذلك العلاقات الدولية والإقليمية، بما لها من بعد دولي، عابر للحدود أو الأوطان، تتخطى آثاره، ونتائجه، وأضراره أكثر من دولة في آن واحد، كما أنها تتم في بيئة رقمية معلوماتية⁽¹⁾، تتميز بالتطور، والسهولة في ارتكابها وإخفائها، والتعقيد في اكتشافها وإثباتها، ذلك أن قوامها أمور تقنية ليست في متناول رجال القانون التقليديين إن صح القول.

فهذه الجرائم المرتبطة أساسا باستعمال الشبكة العالمية للمعلومات⁽²⁾ لا تترك أثرا بعد ارتكابها، بالنظر لصعوبة الاحتفاظ الفني بآثارها إن وجدت، وصعوبة الحصول على دليل مادي منها، علاوة على الطبيعة الالكترونية للدليل المتوفر، والذي لم يعهد القائمون بالإجراء على تحصيله أو التعامل معه.

فهي جرائم لا تترك آثار خارجية، مادية، و ملموسة، كما هو الشأن مثلا بالنسبة للمجوهرات أو الأموال المختلسة أو المفقودة في جرم السرقة، فيستعصي بالتالي اكتشافها وإثباتها بالطرق التقليدية، لذا فهي تتطلب طرقا خاصة مستحدثة للإثبات قوامها التعليم والتدريب المتخصص والمستمر، لرجال الضبطية القضائية والمحققين وكذا القضاة على مختلف تكنولوجيات المعلومات والاتصال ونظمها، وفهم الأدلة المتحصلة منها، فضلا عن حتمية اللجوء والاستعانة بالخبرة الفنية المتخصصة المدربة و المؤهلة أثناء ذلك، والتي لا يمكن الاستغناء عنها بأي حال من الأحوال في هذه الجرائم⁽³⁾.

ويتمثل الأساس التشريعي للقطب في كل من الأمر رقم 21-11 المشار إليه أعلاه، والقرار رقم 21/389 الصادر عن المجلس الدستوري بتاريخ 24-08-2021 والمتعلق بمراقبة مدى دستوريته⁽⁴⁾.

إذ أنشأ القطب بموجب الأمر رقم 21-11 المتمم للأمر رقم 66-155 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، الذي استحدث الباب السادس ضمن الكتاب الأول المتعلق بمباشرة الدعوى العمومية وإجراءات التحقيق، وأدرج المواد من 211 مكرر 22 إلى 211 مكرره 29 ضمن نصوص قانون الإجراءات الجزائية.

⁽¹⁾ حازم حسن الجمل، الحماية الجنائية للأمن الالكتروني، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2015، ص. 14.

⁽²⁾ شريفة سوماتي، القطب الجزائري الوطني لمكافحة الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال كآلية جديدة ضمن الجهاز القضائي المتخصص، مجلة الدراسات القانونية، مجلة علمية دولية محكمة، مخبر السيادة والعولة، جامعة يحي فارس، المدية، مجلد 08، عدد 02، جوان 2022، ص. 483.

⁽³⁾ أنيس حسيب السيد المحلاوي، الخبرة القضائية في الجرائم المعلوماتية والرقمية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2016، ص. 49.

⁽⁴⁾ قرار رقم 21/389 الصادر عن المجلس الدستوري المؤرخ في 24-08-2021 المتعلق بمراقبة دستورية الأمر الذي يتمم الأمر رقم 66-155 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج، ر، عدد 65 المؤرخة في 26-08-2021، ص. 6-7.

وباستقراءها نجد أن المشرع لم يقيم بتعريف هذا القطب، واقتصر فقط على النص على إنشائه وإظهار وجوده القانوني، وتواجده كجهاز قضائي جزائي في التنظيم القضائي، على مستوى محكمة مقر مجلس قضاء الجزائر طبقا لنص المادة 211 مكرر 22، متناولا مرة أخرى مفهوم الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال بعد أن حدد مفهومها بموجب المادة 2- أ من القانون 09-04⁽¹⁾، حرصا منه على توسيع دائرة التجريم مرة أخرى أمام ما أفرزته أو تفرزه التطورات التي يعرفها مجال المعلوماتية.

2.1- هيكلته.

تطبيقا لمبدأ الأثر المباشر أو الفوري لتطبيق التشريع، وبمجرد النص على إنشاء القطب تم العمل على تفعيله وتنصيبه خلال شهر سبتمبر 2021، إذ يقع القطب حاليا بمحكمة الدار البيضاء، بالتحديد بالطابق الرابع، ويتشكل العنصر البشري فيه من قضاة بالإضافة إلى مستخدمي أمانات الضبط، كما يضم القطب مجموعة من المصالح.

1-2-1- الهيكلية البشرية.

يتشكل العنصر البشري للقطب في القضاة ومستخدمي أمانات الضبط الجهات القضائية، فبالنسبة للقضاة يضم القطب طبقا لنص المادة 211 مكرر 23 من قانون الإجراءات الجزائية وكيل جمهورية، قاضي التحقيق، ورئيس قطب. وبذلك يضم القطب جهة حكم تتمثل في رئيس القطب، جهة متابعة وهي نيابة الجمهورية التي تتكون حاليا من وكيل جمهورية رئيسي، ووكيل جمهورية مساعد، فجهة تحقيق تتكون حاليا من غرفتي تحقيق.

أما بالنسبة للموظفين يضم القطب حاليا تسع موظفين: 8 من مستخدمي أمانات الضبط، فتقني سامي في الإعلام الآلي، مكلفون بتنظيم الملفات ومساعدة القضاة على مستوى القطب.

1-2-2- هيكلية المصالح بالقطب.

يتشكل القطب حاليا من المصالح التالية: رئاسة أمانة ضبط القطب، مصلحة الطعون، مصلحة الجدولة، مصلحة البريد العام، مصلحة القسم الجزائي، مصلحة تنفيذ العقوبات، أمانة غرفتي التحقيق، أمانة رئيس القطب، فمصلحة الإعلام الآلي.

وفي إطار سياسة التكوين المستمر تنظم وزارة العدل دورات تكوينية تخصصية مستمرة لفائدة القضاة الممارسين في العديد من المجالات ومن بينها الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال، سواء على مستوى الوطني بالمدرسة العليا للقضاء أو على المستوى الدولي أو حتى الإقليمي، بالنظر للبعد الدولي لهذه الجرائم، وتكاتف جهود الدول في مواجهتها تنفيذًا للاتفاقيات الدولية، الإقليمية، والعربية ذات الصلة، والمجسد بعضها بموجب النصوص الداخلية.

و تهدف هذه السياسة إلى تخصص القضاة وتأهيلهم، فتحسين مستواهم وتجديد معلوماتهم من أجل التحكم الجيد في معالجتها، خاصة أنها جرائم تقنية، وترتكب في البيئة الرقمية، وتتعلق بتقنيات تعرف تطورا مستمرا، ازداد حدة بتزواج تقنية المعلوماتية، بتقنية الاتصالات عن بعد، والشبكة العنكبوتية.

ولم يقتصر الأمر على القضاة فحسب، وإنما تعداه للتكوين المستمر، وتحسين مستوى مستخدمي أمانة الضبط لضمان سهولة وفعالية أداء الجهاز القضائي ككل. وفي الحقيقة فإننا نرى أن ذلك لا يمكن إدراجه ضمن إطار

⁽¹⁾ وهو القانون الذي جاء ليعزز القواعد الخاصة بالوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال، من خلال وضع إطار قانوني أكثر ملائمة مع خصوصية الجريمة الالكترونية، أحمد عمراني، الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها في التشريع الجزائري والمقارن، مجلة الحضارة الإسلامية، جامعة احمد بن بلة، وهران، حجم 13، عدد 16، 2012، ص 587.

التخصص، بل هو مسعى مستمر من الدولة في محاولة منها لمواصلة تكييف أجهزتها المكلفة بمكافحة الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال مع التحديات المفروضة سواء على المستوى الوطني أو الدولي.

2- اختصاصاته.

رفعا ووعيا من المشرع للعوائق التي واجهت الجهات القضائية بمناسبة معالجتها لمختلف الاعتداءات التي شهدتها والمتعلقة بالجرائم ذات الصلة، أوجد هذا القطب، وحدد له في سبيل ذلك الاختصاص الإقليمي والاختصاص النوعي، من خلال أحكام الباب السادس من قانون الإجراءات الجزائية على النحو الآتي بيانه:

1.2- الاختصاص الإقليمي.

بالرجوع لنص المادتين: 211 مكرر 22 و 211 مكرر 23 من قانون الإجراءات الجزائية، منح المشرع القطب اختصاصا وطنيا، بنصه على ممارسة وكيل الجمهورية لدى القطب، وكذا قاضي التحقيق، فريئس القطب لصلاحياتهم في كامل الإقليم الوطني.

2.2- الاختصاص النوعي (الموضوعي).

يختص القطب بنوع محدد من الجرائم (الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال والجرائم المرتبطة بها) ، كما هو مبين من تسميته، وهي الجرائم التي كانت سببا في استحداثه وتواجده ضمن نسيج التنظيم القضائي الجزائري في الجزائر، وهو اختصاص ممنوح له عبر مختلف مراحل الدعوى العمومية: متابعة، تحقيق، فحكم إذا تعلق الأمر بالجنح⁽¹⁾.

وباستقراء نصوص الأمر رقم 21-11 المنشأة للقطب الجزائري الوطني لمكافحة الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال، نجدها قد ميزت في إطار اختصاصه النوعي، بين نوعين متميزين من الاختصاصات: اختصاص حصري، واختصاص مشترك، كما تطرقت لمسألة بالغة الأهمية تتعلق بتزامن اختصاص بينه وبين بعض الجهات القضائية إذ منح هذه الأخيرة الأفضلية على النحو الآتي بيانه.

1-2-2- الاختصاص الحصري.

وهو الاختصاص المنصوص عليه بموجب نص المادتين 211 مكرر 24 و 211 مكرر 25 من قانون الإجراءات الجزائية، والتي باستقراءهما يمكن التمييز بين حالتين:

الحالة الأولى: الجرائم المحددة قانونا بموجب نص المادة 211 مكرر 24، والجرائم المرتبطة بها: إذ يختص القطب دون سواه بجملة من الجرائم ذات الصلة التي تمس بجملة من المصالح المحددة على سبيل الحصر بموجب نفس المادة، والتي تتعلق بحسبها: " بجرائم نشر وترويج أخبار كاذبة بين الجمهور من شأنها المساس بالأمن أو السكينة العامة أو استقرار المجتمع، جرائم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات المتعلقة بالإدارات والمؤسسات العمومية، جرائم نشر وترويج أنباء مغرضة تمس بالنظام والأمن العموميين ذات الطابع المنظم أو العابر للحدود الوطنية، جرائم التمييز وخطاب الكراهية، جرائم الاتجار بالأشخاص أو بالأعضاء البشرية أو تهريب المهاجرين، بأمن الدولة أو بالدفاع الوطني."

⁽¹⁾ المادة 211 مكرر 22 من قانون الإجراءات الجزائية.

وببقى الحكم في الوقائع التي تشكل جنابات والتي تم التحقيق فيها من قبل القطب من اختصاص محكمة الجنابات لمجلس قضاء الجزائر، تطبيقا لأحكام المادة 248 وما يليها من قانون الإجراءات الجزائية، فأحكام القانون العضوي رقم 10-22 المؤرخ في 09-06-2022 المتعلق بالتنظيم القضائي، الفصل الثالث، القسم الأول، المادة 26 منه، ج ر، عدد 41، ص 8.

كما يختص القطب أيضا بالجرائم المرتبطة بتلك الجرائم، وهو أمر منطقي فمن يملك الأصل يملك الفرع، هذا وقد تطرق المشرع لمفهوم الجرائم المرتبطة بموجب نص المادة 188 من قانون الإجراءات الجزائية.

هذا وما يمكن ملاحظته، أن المشرع أوكل للقطب اختصاص حصري في الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال الأكثر خطورة بالنظر لمحل الاعتداء الذي ينصب على مصالح بالغة الأهمية كأمن الدولة، الدفاع الوطني، السكينة العامة، استقرار المجتمع، وكذا على بعض صور الاعتداءات العظيمة الأثر إن صح القول، أو التي تم النص على تجريمها بموجب التعديلات الأخيرة التي عرفها قانون العقوبات، أو النصوص التجريبية الخاصة، والتي من شأن تكنولوجيات الإعلام والاتصال المتوافرة والمتطورة التسهيل من ارتكابها، وتوسيع نطاق آثارها.

الحالة الثانية: الجرائم الميينة بموجب نص المادة 211 مكرر 25، والجرائم المرتبطة بها : إذ يختص القطب دون سواه أيضا بالجرائم ذات الصلة الأكثر تعقيدا والجرائم المرتبطة بها، هذا وقد حددت الفقرة الثانية من نفس المادة مفهوم تلك الجريمة الأكثر تعقيدا وبينته.

وما يمكن الإشارة إليه في هذا الصدد، أن المشرع إذا كان قد منح القطب اختصاص حصري في الحالات المحددة في المادة 211 مكرر 24 بالنظر لأهمية المصالح الواقعة عليها الاعتداء، فمن باب أولى منحه نفس الاختصاص الحصري في الجرائم الأكثر تعقيدا، كونه الأقدر على مواجهتها بالنظر لتخصصه، وتفرغه لها دون غيرها وانفراده بها، وكنوع من توزيع الاختصاص بين مختلف الجهات القضائية المجندة لهذا النوع من الإجراء.

2-2-2- الاختصاص المشترك.

وهو الاختصاص الذي أشارت إليه أحكام المادة 211 مكرر 27 من قانون الإجراءات الجزائية، ويقصد به الاختصاص المشترك بين القطب وبين اختصاص المحلي لسيدى أحمد، قسنطينة، ورقلة، وهران، بمناسبة الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، وهو أمر منطقي جدا، ذلك أن من يملك الكل يملك الفرع، بالنظر لمفهوم الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال الأشمل، وأن هذه الأخيرة من اختصاص القطب، بل هي سبب استحداثه ضمن التنظيم القضائي الجزائري.

ولن يتأت فهم ذلك إلا من خلال ضبط وربط حدود كل من الاختصاص الإقليمي أو المحلي، فالاختصاص النوعي، ذات الصلة، في الذهن، مع الأخذ بعين الاعتبار طبيعة هذه الجرائم التي لا يمكن في كثير من الأحيان حصرها في نطاق اختصاص محكمة واحدة، وإنما يتعداه إلى نطاق اختصاص العديد من المحاكم، أو جميع محاكم الجمهورية، كما قد يتعدى الحدود الوطنية.

2-2-3- مسألة تزامن الاختصاص.

تطرق المشرع من خلال الأمر المشار إليه أعلاه أيضا لمسألة بالغة الأهمية هي مسألة تزامن الاختصاص، الناتج لا محالة عن جملة من التعديلات التي مست قانون الإجراءات الجزائية، بمناسبة مجابهة جملة من الجرائم النوعية والمستحدثة ومن بينها الجرائم ذات الصلة، وفرق في هذا الصدد بين حالتين هما:

الحالة الأولى: نصت عليها المادة 211 مكرر 28 من قانون الإجراءات الجزائية: وهي حالة تزامن اختصاص القطب مع اختصاص القطب الاقتصادي والمالي⁽¹⁾، إذ فصل فيها المشرع محددات الاختصاص بشأنها لهذا الأخير.

⁽¹⁾ أنشأ القطب الجزائري الاقتصادي بموجب الأمر رقم 04-20 المؤرخ في 30-08-2020 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-155 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج ر، عدد 51 المؤرخة في 31-08-2020، ص 10 و 11.

الحالة الثانية: نصت عليها المادة 211 مكرر 29 من قانون الإجراءات الجزائية: وهي حالة تزامن اختصاص القطب مع اختصاص محكمة مقر مجلس قضاء الجزائر بمناسبة تمديد الاختصاص في جرائم الإرهاب والجريمة المنظمة عبر الوطنية⁽¹⁾، إذ يؤول الاختصاص أيضا لهذه الأخيرة تطبيقا لأحكام المادة.

وتعليقا على مسألة تزامن الاختصاص المتضمنة في نص المادتين المشار إليهما أعلاه، فيمكن تصور ذلك في الحالة التي ترتكب فيها الجرائم المشار إليها أعلاه والتي يختص بها القطب الجزائري الاقتصادي والمالي أو محكمة مقر مجلس قضاء الجزائر باستعمال تكنولوجيا الإعلام والاتصال، وبذلك تكون مسألة التخلي لصالحهما مسألة طبيعية ومنطقية للغاية كون تلك التقنيات المستعملة مجرد وسيلة أو مسهلة فقط لارتكابها، ويبقى الفعل الرئيسي من اختصاصهما.

3- إجراءات اتصال القطب الجزائري الوطني بملف الدعوى.

بعد تعرفنا على النظام القانوني للقطب واختصاصاته، يثور التساؤل عن كيفية توصل القطب بالملف، وإخطاره بالجرائم التي يختص بها، وفي هذا الصدد، ومرة أخرى ميز المشرع بين حالتين، فرق من خلالها بين إجراءات إخطاره في قضايا الاختصاص الحصري له، وإجراءات إخطاره في قضايا الاختصاص المشترك.

3-1- كيفية الإخطار في قضايا الاختصاص الحصري.

تطبيقا لأحكام المادة 211 مكرر 26، والإحالة الواردة بموجب أحكامها، بعد أن تقوم مصالح الضبطية القضائية بإعداد محاضر التحريات الأولية، ترسل تلك المحاضر إلى وكيل الجمهورية بالقطب، حينها يتلقون التعليمات مباشرة منه بطبيعة الحال، بما له من صلاحيات إدارتهم طبقا للقانون بخصوص الجرائم ذات الصلة، وإذا ما تبين له أن تلك الوقائع ليست ضمن اختصاصاته فإنه يتخلى عنها بموجب مقرر تخلي لصالح وكيل الجمهورية المختص إقليميا.

وهو الأمر المنطبق أيضا على قاضي التحقيق بالقطب، في حالة تفتح تحقيق، الذي إذا ما تبين له أن الوقائع المخطر بها ليست من اختصاصه، فإنه لا يحقق فيها ويصرح بذلك عن طريق إصداره لأمر بعدم اختصاص بشأنها.

وتطبيقا للأثر الفوري للقانون الإجرائي، إذا تم إيداع محاضر التحقيق الابتدائي المتعلقة بها أمام نيابات الجمهورية المختصة محليا فإن الاختصاص يتحول وجوبا لوكيل الجمهورية لدى القطب، وإذا كانت القضايا مطروحة على جتي التحقيق أو الحكم يصبح قضاة التحقيق والحكم غير مختصين محليا، وتحول الملفات للقطب أو مجلس قضاء الجزائر بحسب الحالة.

3-2- كيفية الإخطار في قضايا الاختصاص المشترك.

تطبيقا لأحكام المادة 211 مكرر 27، وما تضمنته من إحالات، فإنه وفي هذا النوع من القضايا يقوم وكلاء الجمهورية المختصين محليا بإرسال نسخة من المحاضر المعدة إلى وكيل الجمهورية لدى القطب، دون أن تتضمن تقاريرهم إبداء أي رأي، بل يتعين الاكتفاء بعبارة على سبيل الإخبار فحسب.

هذا الأخير، وإذا اعتبر أن الجريمة تدخل ضمن اختصاصه، وتمسك بالقضية، عندها يصدر وكيل الجمهورية المختص إقليميا موقرا بالتخلي، أما إذا كانت الدعوى في مرحلة التحقيق القضائي فالأمر بالتخلي في هذه الحالة يصدره قاضي التحقيق لصالح قاضي التحقيق بالقطب.

⁽¹⁾ الباب الخامس من الأمر رقم 04-20 المؤرخ في 30-08-2020 المشار إليه أعلاه، ص. 11.

الخاتمة:

لقد فرض هذا النوع من الإجرام المتطور، التقني، المعقد، العابر للحدود الوطنية في كثير من الأحيان، جملة من التحديات على النظام القانوني القائم سواء في جانبه الموضوعي أو الإجرائي، بالنظر لمحل الاعتداءات الذي هو من طبيعة خاصة لم تغطيه الحماية الجزائية بموجب النصوص التقليدية سواء قانون العقوبات، أو نصوص الملكية الفكرية، أو من خلال طرق التحري واستخلاص الدليل التقليدية والمتعارف عليها بموجب قانون الإجراءات الجزائية، فسريرا ما اتضح جليا أنه من غير الإمكان مجابهته إلا بقضاء متخصص عبر مختلف مراحل الدعوى العمومية، من متابعة، تحقيق، فحكم، إذ أنشأ المشرع سنة 2004 ابتداء الجهات القضائية الجهوية ذات الاختصاص المحلي الموسع، وبدل تدعيمها أكثر، بالوسائل والآليات المتطلبية والكفيلة بمجابهة هذه الظاهرة الإجرامية، عمل سنة 2021 على استحداث هذا القطب، وقد حاولنا من خلال هذه الدراسة تحديد النظام القانوني الذي يخضع له، والذي أوجده ضمن التنظيم القضائي في إطار تفعيل الجهاز القضائي، ورفع مستوى جاهزيته في مواجهة هذا النمط من الإجرام، في إطار سياسة جنائية متكاملة وناجعة، محققة للأهداف المرجوة على المستوى الوطني، الإقليمي، القاري، وكذا الدولي.

كما حاولنا تحديد نطاق اختصاصيه الإقليمي والنوعي المستمد من نصوص الأمر المنشأ له، فتبين لنا أن المشرع، وفي إطار الاختصاص النوعي للقطب ميز بين نوعين من الاختصاص هما: الاختصاص الحصري، والاختصاص المشترك، كما تطرق لمسألة تزامن الاختصاص، وفصل فيها.

كل ذلك للوصول لتحديد الدور المنوط بالقطب في مواجهة مختلف الاعتداءات الواقعة على المعطيات المعلوماتية، بالنظر للطبيعة القانونية المتميزة لهذه الأخيرة، والتي عجزت النصوص العقابية التقليدية على مواجهتها، وتوفير الحماية الجزائية لها، بالرغم من قيمتها الاقتصادية المعتبرة، والتي تفوق قيمة الأموال المادية.

إذ تبين لنا الدور المنوط بالقطب بمناسبة هذه الاعتداءات الواقعة عليها، من خلال توسيع دائرة التجريم عند التطرق لمفهوم الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال من جهة، مرة أخرى بذات الأمر، ومن خلال منحه اختصاص وطني بمناسبتها، واختصاص حصري عندما يتعلق الأمر بالاعتداءات التي تتم على مصالح بالغة أهمية كالدفاع الوطني، وأمن الدولة، وبمنظومات معلوماتية لإدارات ومؤسسات عمومية، وعندما يتعلق الأمر باعتداءات أكثر تعقيدا، فمنحه اختصاص مشترك عندما يتعلق الأمر بباقي الاعتداءات الأخرى، في إطار تكاملي وتدعيمي لما هو قائم.

وأنه وبعد أن ركز في البداية، من خلال تعديله لقانون العقوبات سنة 2004، على نظام المعالجة الآلية وعلى حماية المعطيات المعلوماتية والمساس بها، عمل بداية من القانون 04-09 على توسيع دائرة الحماية أكثر لتشمل الجرائم التي ترتكب أو يسهل ارتكابها بواسطتها، محاولة منه لبسط الحماية الجزائية على مختلف الاعتداءات الواقعة سواء على المنظومة المعلوماتية أو بواسطتها.

هذا ما توصلنا إليه من خلال هذه الدراسة، غير أننا نرى وميدانيا، فإن الإمكانيات والصلاحيات المتوافرة على مستوى الجهات القضائية المختصة على المستوى الجهوي هي ذاتها المتوافرة على مستوى هذا القطب، فكان من الأفضل تقريب العدالة للمواطن وتوزيعها بين تلك الجهات، بدل تمركزها وخلق نوع من التداخل الذي لا مبرر له.

فالإيجابية الوحيدة التي حققها هذا القطب هو التفرغ التام لتشكيلته لهذا النوع من الجرائم، لاسيما قضايا الاختصاص الحصري، أما عن أدائه وفاعليته في مواجهة هذا النوع من الإجرام فهي ذات المعالجة والفعالية التي تحققها مختلف الجهات القضائية الجزائية عبر مختلف أنحاء الوطن، والتي تهدف دائما وأبدا للتطبيق السليم لمختلف النصوص الجزائية، بما يكفل تحقيق وظائف العقوبة من وقاية وردع، وحماية الحقوق والحريات في نفس الوقت.

وقد اتضح لنا ذلك جليا من خلال بيان هيكلية القطب (البشرية و المصلحية)، التي هي في الحقيقة ليست مغايرة عن هيكلية باقي الجهات الجزائرية، والتي لا تتضمن تخصص تقنيا فعليا ضمن تشكيلتها، إذ يبقى تخصص هذه الأخيرة تخصص قانونيا، مع الاحتكاك المباشر بالجرائم ذات الصلة بالتقنية، ومحاولة الإطلاع عليها أكثر من خلال القضايا المعروضة عليها.

وتبقى مختلف تقنيات المعلومات والاتصال الدائمة التطور أمور فنية بالنسبة لها، تخرج عن مدارك رجل القانون، الذي يكفي تزويده بشأنها بقدر كاف يمكنه من التعامل معها وفهمها، والحرص بالأساس على تزويده بالآليات والأجهزة المساعدة على ذلك ابتداء من القائم بالإجراء على مستوى الضبطية القضائية، فالمخابر المتخصصة في المجال على مستوى كامل أنحاء الوطن، مادام أن المبدأ يخول له اللجوء بمناسبتها إلى أهل الاختصاص من الخبراء والمختصين، وهو أمر لا مفر منه في هذه الجرائم.

لذا نقترح الاحتفاظ بكل ما من شأنه أن يكفل تقريب العدالة إلى المواطن، والابتعاد عن المركزية في هذا المجال، والتي ظهر لنا جليا من خلال الإطلاع و تحليل النصوص المنشأة للقطب المشار إليها أعلاه، أنه لا مبرر لها، لاسيما مع الانتشار الواسع لاستعمال التقنية الذي يستدعي تكثيف الجهود وتوزيعها لا مركزتها.

كما نقترح وفي ذات الإطار ضرورة تدخل المشرع ومراجعة أحكام القانون 04-09 نفسه لاسيما في شق المفاهيم ذات الصلة أو في شق الإجرائي المتضمن فيه، والتي عرفت وتعرف ميدانيا وواقعا تطورا سريعا لم يدركه منذ ذلك الحين.

قائمة المصادر والمراجع

1-المصادر:

أ. القوانين

1. القانون رقم 04-14 المؤرخ في 10-11-2004، ج ر، عدد 71 المؤرخة في 10-11-2004.
2. القانون رقم 04-15 المؤرخ في 10-11-2004، ج ر، عدد 71 المؤرخة في 10-11-2004.
3. القانون رقم 09-04 المؤرخ في 05-08-2009، ج ر، عدد 47 المؤرخة في 16-08-2009.
4. القانون رقم 18-04 المؤرخ في 10-05-2018، ج ر، عدد 27 المؤرخة في 13-05-2018.
5. الأمر رقم 20-04 المؤرخ في 30-08-2020، ج ر، عدد 51 المؤرخة في 31-08-2020.
6. الأمر رقم 21-11 المؤرخ في 25-08-2021، ج ر، عدد 65 المؤرخة في 26-08-2021.
7. القانون العضوي رقم 22-10 المؤرخ في 09-06-2022، ج ر، عدد 41 المؤرخة في 16-06-2022.

ب. المراسيم

1. المرسوم الرئاسي رقم 15-261 المؤرخ في 08-10-2015، ج ر، عدد 53 المؤرخة في 08-10-2015.
2. المرسوم الرئاسي رقم 19-172 المؤرخ في 06-06-2019، ج ر، عدد 37 المؤرخة في 09-06-2019.
3. المرسوم الرئاسي رقم 20-183 المؤرخ في 13-07-2020، ج ر، عدد 37 المؤرخة في 09-06-2019.
4. المرسوم الرئاسي رقم 21-439 المؤرخ في 07-11-2021، ج ر، عدد 86 المؤرخة في 11-11-2021.
5. المرسوم التنفيذي رقم 06-348 المؤرخ في 05-10-2006، ج ر، عدد 63 المؤرخة في 08-10-2006.
6. المرسوم التنفيذي رقم 16-267 المؤرخ في 17/10/2016، ج ر، عدد 62 المؤرخة في 23-10-2016.

ج. القرارات

القرار رقم 389 / 21 الصادر عن المجلس الدستوري المؤرخ في 24 - 08 - 2021، ج ر، عدد 65 المؤرخة في 26-08-2021.

2- المراجع:

أ. الكتب:

1. أنيس حسيب السيد المحلاوي، الخبرة القضائية في الجرائم المعلوماتية والرقمية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2016.
2. حازم حسن الجمل، الحماية الجنائية للأمن الإلكتروني، دار الفكر والقانون، المنصورة، جمهورية مصر العربية، 2015.
3. محمد كمال محمود الدسوقي، الحماية الجنائية لسرية المعلومات الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، 2015.

ب-المجلات:

1. أحمد عمراني، الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها في التشريع الجزائري والمقارن، مجلة الحضارة الإسلامية، جامعة احمد بن بلة، وهران، حجم 13، عدد 16، 2012.
2. شريفة سوماتي، القطب الجزائري الوطني لمكافحة الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال كآلية جديدة ضمن الجهاز القضائي المتخصص، مجلة الدراسات القانونية، مجلة علمية دولية محكمة، مخبر السيادة والعولمة، جامعة يحي فارس، المدية، مجلد 08، عدد 02، جوان 2022.

العرف الدستوري وتطبيقاته في فلسطين

Constitutional custom and its applications in Palestine

عبد الرحمن أحمد أبو بنات

أ. محمود ياسين النمروطي*

ماجستير القانون الدستوري-جامعة الأزهر-فلسطين

ماجستير القانون الدستوري-جامعة الأزهر-فلسطين

mm31121997@gmail.com

Mahmoud.namrotuy@gmail.com

تاريخ القبول: 25-05-2024

تاريخ الإيداع: 11-11-2022

الملخص:

يعتبر العرف مصدراً هاماً من مصادر القانون الدستوري إلى جانب كل من التشريع والقضاء والفقه، فهو ذات أهمية وطبيعة خاصة من ناحية تاريخية وسياسية، كونه يعبر عن إرادة الهيئة الحاكمة التي تمثل إرادة أفراد المجتمع السياسي عند انتهاجها سلوك معين بشرط تكرارها له وشعورها بالزاميته، كما أنه قد يتنوع العرف الدستوري فقد يكون مفسراً لقاعدة دستورية وقد يكون مكملاً أو معدلاً أم بالإضافة أو الحذف وقد يكون مناقضاً، وقد شكل العرف الدستوري أهمية ليست بالبسيطة في الحالة الفلسطينية كون أن هناك العديد من المسائل الدستورية تم تنظيمها بواسطة العرف الدستوري.

الكلمات المفتاحية: العرف الدستوري؛ القواعد القانونية؛ الهيئة الحاكمة.

Abstract:

Custom is an important source of constitutional law in addition to legislation, the judiciary, and jurisprudence. It is of special importance and nature from a historical and political point of view, as it expresses the will of the ruling body that represents members of the political community when it adopts a certain behavior provided that it repeats it and feels its obligation, and the custom may vary. The constitutional norm may be an explanation of a constitutional rule and it may be complementary, amending, adding or omitting, or it may be contradictory. The constitutional custom has been of no small importance in the Palestinian case, since there are many constitutional issues that have been regulated by the constitutional custom.

Key words: Constitutional custom ; legal rules ; Political institutions.

* المؤلف المراسل.

المقدمة:-

يعتبر العرف أقدم مصادر القانون، كون أن العرف هو من كان يحكم النظام وكانت كافة القوانين ذات طابع عرفي غير مكتوبة، و منذ قيام الثورتين الأمريكية و الفرنسية في أواخر القرن الثامن عشر بدأ تدوين هذه القواعد في صورة وثائق مكتوبة يطلق عليها الدساتير، في حين أن تلك القواعد هي عبارة عن قواعد قانونية عرفية ولكن تم تدوينها، وأصبح للتشريع أهمية تفوق العرف كمصدر لقواعد القانون الدستوري، و مع ذلك لا يزال للعرف أهمية في الشئون الدستورية، كما وأن العرف وإن كان قد قلص دوره كمصدر رسمي للقواعد القانونية في معظم دول العالم اليوم، فلا زالت أهميته باعتباره مصدراً مادياً و تاريخياً لكثير من القواعد القانونية، ذلك أن المشرع عند وضعه للنصوص المختلفة كثيراً ما يستلهم العرف السائد الذي يتوافق مع حاجيات المجتمع السياسي و يعبر تماماً عن رغبتها، و بذلك يصبح العرف هو المصدر التاريخي أو المادي لكثير من النصوص التشريعية، إذن فالعرف مصدر للقواعد القانونية و أن كانت أهميته كمصدر رئيسي قد أصبحت ضئيلة في الوقت الحاضر.

أهمية البحث:-

تكمن أهمية البحث في أن العرف يعتبر مصدراً من مصادر القانون الدستوري المتربع على هرم التشريعات في الدولة، وكما يعمل العرف على اكمال وسد النقص الذي قد يعتري التشريع الدستوري هذا من جهة ومن جهة أخرى كونه معبر عن روح الجماعة السياسية باعتباره مصدر تلقائي للتشريع ينبع من مشاكل أفراد المجتمع السياسي وما يحيط بهم من واقع، فكان لا بد من أن يكون هناك دراسات معمقة لبوتقة العرف الدستوري.

تساؤلات الدراسة:-

يثير هذا البحث تساؤل رئيسي وهو إلى حد يعتبر العرف مصدراً للقاعدة الدستورية في فلسطين؟

ويتفرع عن هذا التساؤل الرئيس عدة تساؤلات وهي:

1. ما المقصود بالعرف الدستوري؟ وما هي أركانه؟
2. ما الفرق بين العرف الدستوري والدستور العرفي والعادة؟
3. ما هي مبررات وجود العرف الدستوري بجانب النصوص الدستورية المكتوبة؟
4. ما هي أنواع العرف؟ وهل يختلف العرف المكمل عن العرف المعدل بالإضافة؟
5. هل هناك مكان للعرف الدستوري في النظام الفلسطيني؟

منهجية البحث : سوف نقوم بإتباع المنهج التحليلي، لتحليل ما تم جمعه من معلومات وتدعيم ذلك بآراء الفقه ونصوص القانون، مع الاستعانة بالمنهج المقارن.

خطة البحث:-

المبحث الأول: ماهية العرف الدستوري.

المبحث الثاني: أنواع العرف الدستوري وقيمتها القانونية.

المبحث الثالث: ملامح العرف الدستوري في النظام الفلسطيني.

المبحث الأول: ماهية العرف الدستوري

يحتل العرف الدستوري مكانة رئيسية كمصدر للقانون في مختلف فروع وأقسامه⁽¹⁾، ومن ذلك القانون الدستوري فسواء في دول الدساتير غير المدونة التي يعتبر فيها المصدر الرئيسي للدستور أو في الدساتير المدونة حيث يمثل العرف أحد المصادر الرسمية للقانون الدستوري، وحتى تصبح القاعدة الدستورية قاعدة عرفية لا بد من أن يتوافر فيها ركنين أحدهم مادي والآخر معنوي، وفي إطار الحديث عن العرف الدستوري يتوجب علينا أن نميزه عما يشابه من المصطلحات، وبناء على ذلك سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب نوضح فيها المقصود بالعرف الدستوري وأركانه وتمييزه عما يشابه.

المطلب الأول: العرف الدستوري كمصدر للقواعد الدستورية

يعرف العرف بصفه عامة بأنه اعتياد الناس على سلوك معين وشعورهم بالزاميته وبضرورة مجازاة من يخالفه، والعرف بهذا المعنى يمثل أقدم مصدر للقاعدة القانونية عرفها المجتمع الإنساني، فهو مصدر تلقائي مظهري بطئ ينبع من مشاكل الناس وما يحيط بها من واقع⁽²⁾، وحيث أن تعريف العرف الدستوري لم ينل حظاً كبيراً من الفقه، بل وكان محل خلاف للبعض الذين قاموا بتعريفه، إذ يعرفه الأستاذ موريس ديفرجيه بأنه هو "كل خلق لدستور أو تعديل له، من عمل عضو ليس له من الناحية القانونية سلطة التأسيسية"⁽³⁾، كما و عرفه بعض الفقه بأنه عبارة عن "عادة درجت عليها هيئة حكومية - في الشؤون المتصلة بنظام الحكم في الدولة- بموافقة (أو على الأقل بدون معارضة) غيرها من الهيئات الحكومية ذات الشأن، ولتلك العادة ما للقواعد الدستورية - كقاعدة عامة- من جزاء قانوني"⁽⁴⁾، ويرى فقه آخر بأن المقصود بالعرف أن "تتصرف إحدى الهيئات الحاكمة في مسألة دستورية على نحو معين، فتدشأ من تكرار إلزام قانوني"⁽⁵⁾.

(1) محمد عبدالله أبو مطر، القانون الدستوري والنظم السياسية، الجزء الأول، ط3، بدون دار نشر، 2017م، ص101.

(2) جابر جاد نصار، الوسيط في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة النشر، ص69.

(3) عبد الفتاح ساير داير، القانون الدستوري: النظرية العامة للمشكلة الدستورية - ماهية القانون الدستوري الوضعي، ط2، مطابع دار الكتاب العربي، القاهرة، 2004م، ص248.

(4) عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، بدون طبعة، دار المعارف، الإسكندرية، ص177.

(5) عثمان خليل عثمان، القانون الدستوري، الكتاب الأول في "المبادئ الدستورية العامة"، مطبعة مصر، القاهرة، 1956م، ص156. عبد الفتاح ساير داير، القانون الدستوري: النظرية العامة للمشكلة الدستورية - ماهية القانون الدستوري الوضعي، مرجع سابق، ص249.

ويعرفه البعض بأنه تعبير اصطلاح إطلاقه على الأوضاع التي درجت السلطة العامة على انتهاجها في مزاولة نشاط معين يتصل بمسألة دستورية، فتنشأ من تكرار هذا السلوك على مر الزمن قاعدة غير مكتوبة يكون لها قوة القانون الدستوري⁽¹⁾.

ومن جانبنا نعرف العرف الدستوري بأنه (اعتیاد الهيئات السياسية الموجودة في الدستور سلباً أو إيجاباً على سلوك معين متفق مع ضمير الجماعة مع شعورهم بالزامية هذا السلوك).

ويعتبر العرف مصدراً رئيسياً للقانون الدستوري سواء الدساتير المكتوبة أو الدساتير العرفية، وهذا ما يطرح التساؤل حول دور العرف في البلاد ذات الدساتير المكتوبة؟ وخاصة أن تلك الدساتير تتصف بالجمود والثبات أي أنها لا تعدل إلا وفق إجراءات معينة لتضمن قسماً من الثبات والاستقرار، ويبرر الفقه دور العرف بجانب النصوص الدستورية المكتوبة بعدة مبررات، منها أن الدساتير المكتوبة يقوم بوضعها رجال نظريون تغلب عليهم النواحي القانونية والنظرية أكثر من النواحي العملية، لذلك فالعرف يسد الثغرات الناتجة عن عدم مراعاة ذلك، أما الاتجاه الآخر يرى أن القانون الدستوري يعالج العلاقة بين السلطات الحاكمة، وفي هذا المجال نجد أن القانون أقل تطوراً ودقة، الأمر الذي يستلزم معالجة المشاكل الناتجة عن هذا العلاقة بالعرف الذي يتلاءم مع الظروف والواقع⁽²⁾، ويشير الفقه إلى أن القاعدة العرفية التي تنشأ بجوار الوثيقة الدستورية يجب أن يقتصر دورها على تفسير الدستور المكتوب أو تكمله نقص فيه، وقد تنشأ القاعدة العرفية لتعديل الدستور فتكون مخالفة له⁽³⁾، والعرف في فلسطين يحتل مكانة كبيرة في القانون في مختلف فروع وأقسامه فقد اعتبرته المادة (2/1) من القانون المدني الفلسطيني الصادر في غزة عام 2012⁽⁴⁾، المصدر الثالث بعد التشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية⁽⁵⁾.

المطلب الثاني: أركان العرف الدستوري

إن العرف الدستوري كما اسلفنا يتحقق بإتباع هيئة من الهيئات الحاكمة في الدولة لعادة معينة تتصل بنظام الحكم دون معارضة غيرها من الهيئات الحكومية ذات الشأن ويستقر في ضمير الجماعة ضرورة احترام تلك العادة والتقييد بها مما يكسبها صفة الإلزام⁽⁶⁾، وتأسيساً لذلك نرى أن العرف الدستوري يتكون من ركنين الأول مادي والآخر معنوي.

(1) أحمد نعمان الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة، 2011، ص 465. عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، مرجع سابق، ص 177.

(2) عبد الفتاح ساير دابر، القانون الدستوري: النظرية العامة للمشكلة الدستورية - ماهية القانون الدستوري الوضعي، مرجع سابق، ص 246.

(3) أحمد نعمان الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق، ص 468.

(4) المادة (2/1) من القانون المدني الفلسطيني لسنة 2012 على (إذا لم يجد القاضي نصاً تشريعياً يمكن تطبيقه حكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم توجد فيمقتضى العرف فإذا لم يوجد فيمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة).

(5) محمد عبدالله أبو مطر، القانون الدستوري والنظم السياسية، مرجع سابق، ص 101.

(6) حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري النظرية العامة، ط 1، 2009، ص 103.

الفرع الأول: الركن المادي

يقصد بالركن المادي للعرف التصرف الإيجابي أو السلبي، لإحدى الهيئات الحاكمة بصورة مطردة و ثابتة و واضحة، في شأن من الشؤون ذات الطبيعة الدستورية، وهو ما يميز العرف الدستوري عن العرف في القانون الخاص، فالعرف الدستوري يتكون من خلال تصرف تقوم به سلطة أو جهة حاكمة، بينما العرف في القانون الخاص ينشأ عبر سلوك يقوم به الأشخاص أو الأفراد باعتياد واضطراد⁽¹⁾.

إلا أن هذا الركن من أركان العرف الدستوري يتطلب لاكتمال تشكله وتكوينه توافر مجموعة من الشروط:

(1) التكرار :- إنَّ العادة لا تنشأ من مجرد تصرف أو إجراء وحيد، بل لا بد من تكرار التصرف أو العادة التي درجن عليها الهيئة الحاكمة⁽²⁾، حتى يعتبر دليلاً على دخول هذه العادة في ضمير الجماعة و تصبح بالنسبة لهم قاعدة دستورية ملزمة واجبة الاحترام، ومثال ذلك في فرنسا من سنة 1830 إلى 1848 استقر عرف مفاده أن الوزراء الذين لم يحصلوا على أغلبية الأصوات في البرلمان، يجب عليهم الشروع في تقديم استقالتهم ولا يشاركون في الحكومة البرلمانية، وفي بريطانيا ساد عرف يقضي بعدم جواز اختيار رئيس الوزراء من بين اللوردات، فهذا العرف لا يرجع إلا مرة واحدة حدثت سنة 1923 حينما اختير المستر بولدين رئيساً للوزراء بدلاً من اللورد كورزون⁽³⁾.

(2) العمومية :- يشترط في المسلك التي تتبعه السلطة أو الهيئة الحاكمة أن يتسم بالعمومية⁽⁴⁾، أي يجب أن تلتزم به بقية الهيئات الحاكمة دون اعتراض من قبلها، بمعنى غير منازع فيه، و إذا كان جانب من الفقه يكتفي بعدم اعتراض بقية الهيئات الحاكمة على الإجراء أو التصرف، فإن قسماً آخر اشترط إضافةً لذلك عدم اعتراض أفراد الجماعة فالاعتراض الصادر عن أفراد الجماعة، شأنه شأن اعتراض إحدى الهيئات الحاكمة يشكل مانعاً من نشوء العرف الدستوري⁽⁵⁾، و هذا ما نسايره كون العرف الدستوري يقوم على أساس الضمير العام للجماعة و قبوله لهذا العرف كقاعدة دستورية ملزمة، و لا شك أنَّ تعبير الجماعة لا يقتصر على الهيئات الحاكمة و الحكام فحسب، بل يتضمن الأفراد أو المحكومين وكما أن تجاهل دور الجماعة وضرره بعرض الحائط من شأنه أن يخلق عرفاً دستورياً دكتاتورياً إذا ما اعتادت الهيئات الحاكمة على سلوك من شأنه أن يحقق انتهاكاً لحقوق أفراد المجتمع السياسي، لذلك لا بد أن يقترن اعتياد الهيئات الحاكمة على سلوك يقبله أفراد المجتمع السياسي، فمثلاً في مصر لا يصح تعيين الملك لوكيل الديوان الملكي سنة 1937 ولرئيس الديوان الملكي سنة 1937 بأمر ملكي موقع عليه منه وحده حيث أنه لا يصح اعتبار ذلك من قبيل السوابق التي يجوز الاستناد إليها للقول بان عرفاً قد نشأ يعطي الملك حق تعيين الحاشية الملكية بأمر ملكي موقع

(1) أحمد سعيد الأغا، النظرية العامة للقانون الدستوري والأنظمة السياسية، ط1، 2012م، ص98. محمد عبد الله أبو مطر، القانون الدستوري والنظم السياسية، مرجع سابق، ص101.

(2) حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري النظرية العامة، مرجع سابق، ص104.

(3) علي يوسف الشكري، مبادئ القانون الدستوري، ط1، دار صفاء للطباعة والنشر و التوزيع، عمان، مؤسسة دار الصادق الثقافية، العراق، 2011م، ص265.

(4) محمد عبدالله أبو مطر، القانون الدستوري والنظم السياسية، مرجع سابق، ص106.

(5) سام دله، القانون الدستوري والنظم السياسية، بدون دار نشر، بدون سنة نشر، ص60.

عليه منه وحده وذلك لأن الوزارة القائمة في ذلك الحين كانت قد اعترضت على كلا التصرفين⁽¹⁾. (3) الإطراد و الثبات: يعتبر هذا الشرط في الحقيقة ملازم لشرط التكرار، إذ ينبغي أن يتكرر التصرف أو الإجراء بشكل ثابت و مطرد، أي بدون انقطاع، أي يجب أن يكون المسلك أو العادة المتبعة ثابتة ومطردة في ذات المسألة أو الموضوع الدستوري الذي تشكلت به⁽²⁾، ومن الأمثلة التي تؤكد ذلك أن الصياغة الأولى للدستور الأمريكي لم تضع حداً معيناً لعدد المرات التي يمكن أن يعاد فيها انتخاب الرئيس لرئاسة الجمهورية، ولكن الرئيس الأول جورج واشنطن رفض أن يعاد انتخابه للمرة الثالثة، واعتبر هذا المسلك بمثابة عرف دستوري اتخذ مكانه في النظام الدستوري الأمريكي يستحيل حذفه أو الخروج عليه لدرجة أنه عندما بدأ واضحاً عام 1875 للكونجرس أن الرئيس جرانت يفكر جدياً في ترشيح نفسه للمرة الثالثة، قرر مجلس النواب بأغلبية 234 ضد 18 أن الخروج عن العرف الذي استقر على الاقتصر على مدتين فقط، مسلك غير حكيم وأنه يهدد كل بنيان النظام الديمقراطي، ومع ذلك خالف الرئيس الديمقراطي الواحد والثلاثون فرانكلين روزفلت هذه القاعدة العرفية⁽³⁾، حيث أعيد انتخابه مرة ثالثة ورابعة، مما أدى إلى انهيار العادة السابقة، وهو ما دفع إلى تدخل المشرع الأمريكي لإزالة تلك المخالفة وتحديد مدة الرئاسة بوليتين⁽⁴⁾.

(4) الوضوح: يجب أيضاً لتحقيق الركن المادي في العرف الدستوري أن تكون العادة أو المسلك على قدر كافي من الوضوح، ويخلو من أي غموض يؤدي إلى تعدد التفسيرات بشأنه وغياب مضمون محدد له بصورة تؤدي إلى سهولة التعرف على الدوافع والعوامل التي أدت إلى القيام به، فالسلوك أو العادة التي يتم إنتاجها في حالة طارئة مثلاً لا تؤدي إلى قيام عرف دستوري كونه مرتبط فقط بتلك الحالة⁽⁵⁾، أضف إلى ذلك أن الممارسات السياسية البسيطة لا يمكن أن ترقى إلى وصف العرف الدستوري، ويرى في هذا الشأن (جوليان لافيريار) أن مصطلح العرف لا يمكن أن يستعمل إلا في معناه الدقيق الذي هو محدد في مصادر القانون، أي بمعنى آخر في حالة تكرار السابقة التي تعطي الوجود إلى القاعدة قانونية والتي يعد تجاهلها خرقاً للقانون المطبق⁽⁶⁾.

الفرع الثاني: الركن المعنوي

لا يكفي الركن المادي وحده لتشكيل ونشوء العرف الدستوري، بل لابد أن يقترن بالركن المعنوي والذي يعبر عنه "الاعتقاد أو الشعور بضرورة وجود تلك القاعدة وإلزامها من قبل الهيئة أو السلطة المنشأة له بالإضافة إلى مختلف الأجهزة والهيئات الحاكمة في الدولة"⁽⁷⁾، وحسب رأي آخر يجب إضافة الرأي العام للشعور بالزامية هذا العرف أن يحس

(1) عادل الحيازي، القانون الدستوري والنظام الدستوري الأردني - دراسة مقارنة، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م، ص 107.

(2) محمد عبدالله أبو مطر، القانون الدستوري والنظم السياسية، مرجع سابق، ص 106.

(3) فتحي عبد النبي الوحيددي، القانون الدستوري مع شرح التطورات الدستورية في فلسطين 1917-2003، ط3، دار المقداد للطباعة، غزة، فلسطين، 2003م، ص 76.

(4) محمد عبدالله أبو مطر، القانون الدستوري والنظم السياسية، مرجع سابق، ص 107.

(5) محمد عبدالله أبو مطر، القانون الدستوري والنظم السياسية، مرجع سابق، ص 106.

(6) مقالة منشورة على الرابط الإلكتروني: <https://mo9j.wordpress.com/2014/02/10/>. تاريخ الزيارة 2022/2/10 الساعة 5:00 مساءً.

(7) جابر جاد نصار، الوسيط في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص 72.

يحس أو يشعر الجميع- السلطات العامة والأفراد- أن مسلكهم أصبح واجب الاحترام⁽¹⁾، أي ملزماً، وهذا ما ينشأ من خلال تواتر العمل عليه مدة طويلة من الزمن، وذلك انطلاقاً من أن اقتصر الركن المعنوي على السلطات الحاكمة و أجهزتها قد يؤدي إلى تشكل عرف تعتاد من خلاله هذه السلطات على انتهاك حقوق الأفراد و حرياتهم، والركن المعنوي يعني بأن يستقر في ضمير الجماعة الشعور بأن هذا القاعدة ملزمة و واحة الإتباع⁽²⁾، و يرى الدكتور محمد عبدالله أبو مطر " أن مثل هذا الرأي يتطلب وجود درجة من الوعي و الإدراك لدى الأفراد بممارسات السلطات الحاكمة، وتوظيف الرأي العام لصالح الحيلولة دون الاعتياذ على مسلكيات ينجم عنها الاعتداء على حقوق و حريات الأفراد"⁽³⁾، ونرى بأن الركن المعنوي هو محور التمييز بين العرف والعادة وذلك أن العادة لا يكون لها أي إلزام من الناحية القانونية، وأن القاعدة العرفية اذا اكتملت أركانها أصبحت قاعدة قانونية ملزمة⁽⁴⁾.

وحيث أنه يجب أن يُخلق الشعور في الإلزام في ضمير الجماعة، وقد انقسم الفقه في هذا الصدد بشأن تحديد المقصود بالجماعة التي يجب أن يقوم لديها الاعتقاد بالزامية السلوك، فالأول ذهب إلى أن المقصود بالجماعة السياسية هنا الهيئة الحاكمة، بالإضافة إلى مجموع الأفراد ويكفي أن يتخذ الأفراد موقفاً سلبياً يقف عند عدم الاعتراض على السلوك، بمعنى ألا يعارض الرأي العام القاعدة الدستورية، أما الاتجاه الثاني يذهب إلى أن المقصود بالجماعة التي يجب أن يقوم لديها الاعتقاد بالزامية العرف هي الهيئة الحاكمة تحديداً كالبرلمان والحكومة ورئيس الدولة والأحزاب السياسية⁽⁵⁾.

ويختلف العرف الدستوري عن مجرد تكرار استخدام مبادئ عملية لمواجهة مشكلة معينة في أن الأول يجب توافر الاعتقاد بالإلزام بينما الثانية لا يوجد بها إلزام⁽⁶⁾.

المطلب الثالث: تمييز العرف الدستوري عما يشابهه

يتشابه مصطلح العرف الدستوري مع بعض المصطلحات ومنها الدستور العرفي والعادة وفي إطار الحديث عن العرف الدستوري يتوجب علينا أن نوضح الفرق بينهم.

الفرع الأول: الفرق بين العرف الدستوري والدستور العرفي

من الثابت أن العرف الدستوري كمصدر منشئ للقاعدة القانونية يختلف دوره باختلاف النظام الدستوري في الدولة، فالدول ذات الدساتير المكتوبة يتضائل فيها دور العرف الدستوري إلى حد كبير، ويضل الاعتماد الأساسي على الوثيقة الدستورية المكتوبة، ويقوم العرف الدستوري في هذه الحالة بدور المفسر لغموض للقاعدة الدستورية المكتوبة،

(1) عبد الفتاح ساير دابر، القانون الدستوري: النظرية العامة للمشكلة الدستورية – ماهية القانون الدستوري الوضعي، مرجع سابق، ص 246.

(2) سام دله، القانون الدستوري والنظم السياسية، بدون دار نشر، بدون سنة نشر، ص 62.

(3) محمد عبدالله أبو مطر، القانون الدستوري والنظم السياسية، مرجع سابق، ص 109.

(4) جابر جاد نصار، الوسيط في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص 72.

(5) علي يوسف الشكري، مبادئ القانون الدستوري، مرجع سابق، ص 269.

(6) زهير شكر، الوسيط في القانون الدستوري - الجزء الأول: القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، ط3، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1994م، ص 156.

أو المكمل لها في حال كان بها نقص، أما في بلاد الدساتير العرفية فيكون العرف المصدر الرئيسي والأول للقاعدة الدستورية، فالدستور نفسه يكون مكون من مجموعة من القواعد القانونية التي انشأها العرف، ولا يقدح في ذلك أن تكون تلك القواعد مدونة في مجموعات شبه رسمية ذلك أن هذا التدوين يسهل عملية الرجوع لها⁽¹⁾، فالعرف الدستوري هو أن تتصرف إحدى الهيئات الحاكمة في مسألة دستورية على نحو معين⁽²⁾، أما الدستور العرفي فهو مجموعة المبادئ والقواعد القانونية التي تكونت عن طريق اعتياد تقاليد أو ممارسات معينة استقرت عليها المؤسسات الحاكمة في الدولة، سواء في تنظيم العلاقات فيما بينها أو فيما يتعلق بوظائفها⁽³⁾، ولعل المثال الوحيد على الدساتير العرفية هو الدستور البريطاني⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: الفرق بين العرف الدستوري والعادة

عرفنا مما سبق أن العرف هو اعتياد الناس على سلوك معين مع اعتقادهم أن هذا السلوك ملزم لهم⁽⁵⁾، أما العادة فيقصد بها عرف لم يكتمل أو عرف في مرحلة التكوين، لعدم شعور الأفراد بأنها ملزمة لهم، ويشترك العرف والعادة في الركن المادي، لكن العادة تتوقف عند هذا الحد أما العرف فيتميز عنها بوجود الركن المعنوي، إذاً فالعادة مجرد اعتياد الناس وإتباعهم سلوك معين دون الاعتقاد بإلزاميته⁽⁶⁾.

ويمكن القول بوجود نوعين من العادات : عادات خاصة بالمجاملات، أو ما نطلق عليه العادات الاجتماعية كتقديم التهاني في المناسبات السارة والتعزية في المناسبات الغير سارة مثلاً، وكذلك تبادل الهدايا في الأعياد والمناسبات المختلفة، ويتميز هذا النوع من العادات بأنه ليس له قوة ملزمة من الناحية القانونية، وهناك عادات خاصة بالمعاملات وهي التي تنشأ من إطراد سلوك الأفراد على نحو معين في مسألة تتعلق بمعاملاتهم وليس بالعلاقات الاجتماعية، مثل العادة الجارية في بعض أسواق الخضار والفواكه التي تباع بالعدد بأن تعد المائة مائة وعشرين أو مائة وثلاثين حبه مثلاً، وأصل في عادات المعاملات أنها غير ملزمة، إلا إذا اتفقت عليها الأطراف صراحة أو ضمناً أو أحال إليها المشرع صراحة⁽⁷⁾.

المبحث الثاني: أنواع العرف الدستوري وقيمه القانونية

يتميز العرف الدستوري بتعدد أنواعه، وهو تعدد مرتبط بعلاقة العرف الدستوري بالنص الدستوري ذاته، فإذا كان النص يتسم بالغموض فإن العرف الدستوري في هذه الحالة يعتبر عرف دستوري مفسراً، أما إذا اعترى النص الدستوري نوع من أنواع النقص فالعرف الدستوري هنا يكون عرف مكمل، كما قد يأتي العرف الدستوري معديلاً لما جاء

(1) جابر جاد نصار، الوسيط في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص73.

(2) عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، بدون طبعة، دار المعارف، الإسكندرية، ص177.

(3) محمد عبدالله أبو مطر، القانون الدستوري والنظم السياسية، مرجع سابق، ص104.

(4) جابر جاد نصار، الوسيط في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص73.

(5) حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري النظرية العامة، مرجع سابق، ص104.

(6) جابر جاد نصار، الوسيط في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص72.

(7) علي محمد الزعبي مقالة منشورة على الموقع الإلكتروني <http://www.bumoza.blogspot.com/2011/10/blog-post.html>، تاريخ الزيارة

2022/2/20، الساعة 11:40 صباحاً.

في النص الدستوري، علاوة على العرف الذي يأتي بحكم المخالفة للنص الدستوري، وهو ما يطلق عليه بالعرف المناقض، وقد أدى ذلك التعدد في العرف الدستوري الى اختلاف موقف الفقه الدستوري حول القيمة القانونية لأنواعه، وهو ما يتطلب منا الوقوف على كل نوع من أنواع العرف الدستوري وقيمه القانونية⁽¹⁾.

المطلب الأول: العرف الدستوري المفسر

يفترض العرف الدستوري المفسر وجود نص غامض من نصوص الدستور المكتوب، ثم يأتي العرف ويبين الطريقة السليمة لتطبيقه عن طريق إجلاء غموضه وتوضيح معناه أي أن العرف المفسر هو ذلك العرف الذي يأتي لتفسير نص دستوري غامض أو يتسم بعدم وضوحه في تنظيم مسألة دستورية معينة⁽²⁾، أي أنه هو الذي اقتصر أثره في تفسير نص غامض وإيضاح مهم حتى ولو كان هذا العرف المفسر يوضح طريقة تطبيق النصوص وشروط أعمالها⁽³⁾، أي أن العرف في هذه الحالة لا يخرج عن دائرة النصوص المكتوبة، إنما يعمل في دائرتها وتتحدد مهمته على تفسير الغامض منها، وبالتالي إذا ما كان النص الدستوري واضحاً فلا حاجة لوجود أو تشكل مثل هذا النوع من العرف الدستوري، ولا خلاف بين جمهور الفقه حول الاعتراف بالقيمة القانونية للعرف المفسر لأنه لا يخالف أحكام الدستور ولا يخلق قاعدة مخالفة للقواعد المقررة في الدستور ولا يعدل في نصوصه سواء بالإضافة أو الحذف، بل يقتصر على مجرد تفسير نصوص الدستور وبيان مدلولها وإيضاح الطريقة السليمة لتطبيقها⁽⁴⁾، وتتجلى أهمية هذا العرف بالنسبة للوثائق الدستورية المكتوبة أو البالغة الأيجاز⁽⁵⁾.

ومن أمثلة العرف الدستوري المفسر الاعتراف باختصاص رئيس الجمهورية في فرنسا بإصدار اللوائح التكميلية على الرغم من أن الدستور الفرنسي لعام 1958 لم ينص على ذلك، إلا أنه تم الاستناد إلى المادة الثالثة من الدستور ذاته والتي تعطي لرئيس الجمهورية سلطة تنفيذ القوانين وهو ما يتم من خلال إصدار اللوائح التنفيذية أو التكميلية لهذه القوانين⁽⁶⁾.

وعليه يتضح أن هذا النوع من العرف الدستوري، هو عرف تفسيري لنص دستوري قائم، فلا يعدل فيه ولا يكمل نقص اعترافه، أما في ما يتعلق بالقيمة القانونية للعرف المفسر، فإن غالبية الفقه الدستوري يتفق على أن العرف الدستوري المفسر يأخذ ذات المرتبة والقيمة القانونية للنصوص الدستورية، وبالتالي فله قوة وسمو الدستور ذاته⁽⁷⁾، ويثار التساؤل في هذا الصدد حول الجهة التي تمتلك صلاحية تفسير الدستور؟

(1) محمد عبدالله أبو مطر، القانون الدستوري و النظم السياسية، مرجع سابق، ص 109.

(2) محمد عبدالله أبو مطر، القانون الدستوري والنظم السياسية، مرجع سابق، ص 99 وما بعدها.

(3) فتحي عبد النبي الوحيد، القانون الدستوري مع شرح التطورات الدستورية في فلسطين 1917-2003، مرجع سابق، ص 97.

(4) عادل الحيازي، القانون الدستوري والنظام الدستوري الاردني - دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 136.

(5) عبد الغني بسيوني عبدالله، النظم السياسية والقانون الدستوري، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997م، ص 329.

(6) محمد عبدالله أبو مطر، القانون الدستوري والنظم السياسية، مرجع سابق، ص 109.

(7) محمد عبدالله أبو مطر، القانون الدستوري والنظم السياسية، مرجع سابق، ص 111.

في سبيل الإجابة عن هذا التساؤل يمكن القول بأن المشرع الدستوري قد يضمن الوثيقة الدستورية نصاً خاص يتعلق بتحديد الجهة التي تتوكل في أمر تفسير الدستور، أو قد يقوم بإصدار مذكرة تفسيرية ترفق بالدستور، وفي حال عدم تحديد المشرع للجهة التي يتوجب عليها تفسير الغموض الذي يعتري النص الدستوري فإنه يتم اللجوء إلى أحكام القضاء وأراء الفقهاء⁽¹⁾، وفي النظام الفلسطيني حدد القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام 2003 وتعديلاته وقانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006 وتعديلاته الجهة التي تملك صلاحية تفسير الغموض التي قد يعتري نصوصه وهي المحكمة الدستورية العليا⁽²⁾

المطلب الثاني: العرف الدستوري المكمل

يعرف العرف الدستوري المكمل بأنه العرف الذي ينصرف أثره إلى تنظيم موضوعات دستورية أغفل المشرع الدستوري تنظيمها لسهو منه أو لأن العمل لم يظهر الحاجة الخاصة لقاعدة تحكمها ويضعها المشرع في حينه، وبالتالي فالعرف المكمل يقوم بتكملة ما في النصوص المكتوبة من نقص دون أن تستند إلى نص في الوثيقة الدستورية، فالعرف المكمل ينشأ لكي يعالج مشكلة النقص التي يعتري النص الدستوري⁽³⁾، فهذا النوع من العرف يملأ الفراغ الذي يكون قد تركه المشرع الدستوري في مسألة من المسائل، وينظم الأمور الدستورية التي فاتت على المشرع تنظيمها، وهو بالتالي يختلف عن العرف الدستوري المفسر، حيث إن العرف الدستوري المكمل يأتي في سياق غياب نص أو قصوره في تنظيم مسألة تناولها الدستور، فيتولى العرف إيراد حكم جديد ينظم ما سكت عنه المشرع الدستوري، بينما العرف المفسر يستند إلى وجود نص، لكنه يتسم بالغموض وعدم الوضوح، فيتولى العرف إزالة هذا الغموض عبر تفسير النص⁽⁴⁾.

ويختلف أيضاً العرف المكمل عن اللوائح المكمل التي يصدرها رئيس الدولة، فمن ناحية أولى يحتل العرف المكمل مرتبة دستورية ويأتي لسد نقص تشريعي دستوري، وهو غير مكتوب أما اللوائح التكميلية (التشريع اللائي) تحتل مرتبة ثالثة في تدرج القوانين وتأتي لسهولة وتسيير تطبيق القواعد القانونية وهي لوائح مكتوبة.

ومن أمثلة العرف المكمل العرف الذي نشأ في ظل دستور الجمهورية الفرنسية الثالثة، حيث نص هذا الدستور على أن يكون انتخاب مجلس النواب انتخاباً عاماً غير مقيد بنصاب مالي أو كفاءة عالية خاصة دون أن يشير إلى كون الانتخاب مباشراً أم لا، ونظراً لأن قوانين الانتخاب الفرنسية أطردت منذ سنة 1848 على أن يكون الانتخاب مباشراً أي على درجة واحدة، فقد نشأ عرف دستوري يقضي بأن يكون انتخاب مجلس النواب في ظل هذا الدستور انتخاباً مباشراً،

(1) حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري النظرية العامة، مرجع سابق، ص 107.

(2) المادة (103) من القانون الأساسي 1- تشكل محكمة دستورية عليا تتولى النظر في:

دستورية القوانين و اللوائح أو النظم وغيرها.

تفسير نصوص القانون الأساسي والتشريعات

الفصل في تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية.....

2- يبين القانون طريقة تشكيل المحكمة الدستورية العليا، وعلى أساس ذلك صدر قانون المحكمة الدستورية رقم (3) لسنة 2006 وتشكلت المحكمة الدستورية على أرض الواقع عام 2016، وقد نصت المادة (24) من هذا القانون على اختصاص هذه المحكمة بتفسير التشريعات.

(3) جابر جاد نصار، الوسيط في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص 76.

(4) محمد عبدالله أبو مطر، القانون الدستوري والنظم السياسية، مرجع سابق، ص 111.

ومن ذلك أيضاً الدستور الفرنسي لسنة 1875⁽¹⁾، وكذلك الدستور المصري لسنة 1923 لم ينص على حق السلطة التنفيذية في إصدار لوائح الضبط (لوائح البوليس) حيث ثار خلاف وجدل فقهي حول هذه اللوائح، فمنهم من قال بأنها عرف دستوري مكمل، ومنهم من أسسها على أنها عرف دستوري معدل، ولكن المشرع المصري حسم هذا الخلاف عام 1956 بالنص على حق رئيس الجمهورية في إصدار لوائح الضبط⁽²⁾، ومن أمثلة العرف الدستوري المكمل في العراق، ما اعتادت عليه الحكومة بتقديم استقالتها عند انتقال العرش حيث لم ينص على هذه الاستقالة كل من الدستور العراقي لعام 1921 أو دستور عام 1933، إلا أن الحكومة دأبت على تقديم استقالتها عند وفاة الملك وانتقال السلطة إلى من خلفه أو بعد انتهاء فترة الوصاية على العرش كما حدث عندما تولى الملك فيصل الثاني الحكم بالعراق بعد بلوغه سن الرشد عام 1953⁽³⁾.

ومثاله بالهند العرف الذي يقضي بإلزام الوزارة بإحاطة رئيس الجمهورية علماً بالقرارات التي تتخذها، فقد اعتاد الوزراء منذ عهد جواهر آل نهرو ومن باب المجاملة على إحاطة رئيس الجمهورية علماً بغالبية القرارات التي تتخذها الوزارة ولاسيما الهامة منها، وفي لبنان نظم الدستور في المادة 79 منه إجراءات التصويت في مجلس النواب على اقتراح وتعديل الدستور إلا أنه لم يحدد كون التصويت علنياً أم سرياً من هنا جاء العرف في المجلس على التصويت بالمناداة بالأسماء⁽⁴⁾.

أما فيما يتعلق بالقيمة القانونية للعرف الدستوري المكمل فغالبية الفقهاء ومنهم (ديجي ودوفرجي وعبد الحميد متولي)⁽⁵⁾، يلحق العرف الدستوري المكمل بالعرف الدستوري المفسر ويخضعهما لنفس الضوابط من حيث الاعتراف لكل منها بقوة قانونية مساوية لقوة النصوص الدستورية المكتوبة، والحجة التي يعتمد عليها هذه الغالبية تتلخص في أن العرف المكمل لا يعدو أن يكون نوعاً من أنواع العرف الدستوري المفسر، لأنه يأتي ليكمل ما سكت عنه المشرع الدستوري في الموضوعات التي يقوم العرف للحديث عنها، وبما أن هذا العرف لا يحتوي على مخالفة صريحة لنصوص الدستور المكتوب ولا ينطوي على تعديل لها، فهو بالتالي يكون ملزماً بقدر إلزام النصوص الدستورية المكتوبة⁽⁶⁾.

أما الاتجاه الثاني فيذهب في أن للعرف الدستوري المكمل قيمة قانونية، ولكن هذه القيمة تعادل القيمة القانونية التي تكون للتشريعات العادية ولا ترقى إلى قوة النصوص الدستورية⁽⁷⁾.

لكن في مقابل هذا الرأي، فإن غالبية الفقه الدستوري وهذا ما نؤيده يقر بالمرتبة الدستورية للعرف الدستوري المكمل كما هو الحال للعرف المفسر⁽¹⁾، فتكون لهذا العرف ذات القيمة التي يتمتع بها الدستور ونصوصه، وذلك راجع إلى

(1) جابر جاد نصار، الوسيط في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص 76. أحمد نعمان الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق، ص 468.

(2) محمد كمال الدين امام، الدستور والسلطة، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، 2005م، ص 32.

(3) محمد عبدالله أبو مطر، القانون الدستوري والنظم السياسية، مرجع سابق، ص 111.

(4) علي يوسف الشكري، مبادئ القانون الدستوري، مرجع سابق، ص 271.

(5) منتدى الأوراس القانوني، منشورة على الموقع الإلكتروني، <http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net/t1838-topic>، تاريخ الزيارة 2022/3/2، الساعة 12:00 صباحاً.

(6) حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري النظرية العامة، مرجع سابق، ص 112.

(7) محمد عبدالله أبو مطر، القانون الدستوري والنظم السياسية، مرجع سابق، ص 111.

إلى كون العرف المكمل لا يشكل مخالفة للدستور، وإنما يأتي لتدارك النقص فيه، فيأخذ ذات المكانة التي تحتلها نصوص الدستور⁽²⁾.

المطلب الثالث: العرف الدستوري المعدل

هو العرف الذي ينصرف أثره إلى تعديل أحكام نصوص الوثيقة الدستورية بالإضافة أو الحذف في موضوع دستوري معين⁽³⁾، ويعد العرف المعدل من أخطر أنواع العرف وأكثرها أهمية كونه يعدل نصوص الوثيقة الدستورية والتي غالباً ما يشترط المشرع في تعديلها إجراءات معقدة حفاظاً على قدسيته وعلويتها وحمايتها من المساس والانتهاك، وهذا التعديل أما أن يؤدي إلى إضافة أحكام جديدة لنصوص الدستور أو يترتب عليه حذف أحكام أو نصوص معينة، وقد قسم معظم كتاب القانون العام العرف المعدل إلى قسمين:

الأول: العرف الدستوري المعدل بالإضافة.

وهو العرف الذي يؤدي إلى منح هيئة من الهيئات الحاكمة سلطة جديدة لم تقرها لها الوثيقة الدستورية⁽⁴⁾، ويتميز هذا العرف عن العرف المكمل في أن الأول يأتي بإضافة أحكام وقواعد جديدة لم ينص عليها الدستور ولم يتطرق لها أصلاً في موضوعاته، أما الثاني فيضيف أيضاً قواعد وأحكام جديدة لكن هذه الإضافة جزئية في موضوع أو مسألة دستورية تم تنظيمها في الدستور لكن مع وجود نقص أو قصور في هذا التنظيم⁽⁵⁾.

ومن أمثلة هذا العرف، ما جرى عليه العمل في مصر وفرنسا على تخويل السلطة التنفيذية حق إصدار لوائح الضبط (البوليس) بقصد حماية النظام العام (الامن . الصحة . السكينة) فالأصل أن كل ما يتعلق بالنظام العام يتم تنظيمه بقانون كونه يقيد بعض الحريات التي كفلها الدستور والأصل عدم تقييد الحريات إلا بقانون لكن العرف منح الحكومة صلاحية إصدار مثل هذه اللوائح⁽⁶⁾.

وما جرى عليه العمل في فرنسا من تفويض البرلمان للسلطة التنفيذية في مباشرة مظاهر الوظيفة التشريعية عن طريق إصدار مراسيم لها قوة القانون العادي الصادر من السلطة التشريعية⁽⁷⁾.

(1) محمد عبدالله أبو مطر، القانون الدستوري والنظم السياسية، مرجع سابق، ص 113. لمزيد من الايضاح انظر، حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري النظرية العامة، مرجع سابق، ص 111، أحمد نعمان الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق، ص 471.

(2) محمد عبدالله أبو مطر، القانون الدستوري والنظم السياسية، مرجع سابق، ص 112.

(3) أحمد نعمان الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق، ص 472.

(4) فتحي عبد النبي الوحيدى، القانون الدستوري مع شرح التطورات الدستورية في فلسطين 1917-2003، مرجع سابق، ص 82.

(5) محمد عبدالله أبو مطر، القانون الدستوري والنظم السياسية، مرجع سابق، ص 112. انظر أيضاً جابر جاد نصار، الوسيط في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص 78.

(6) علي يوسف الشكري، مبادئ القانون الدستوري، مرجع سابق، ص 274.

(7) أحمد نعمان الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق، ص 472. انظر أيضاً، حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري النظرية العامة، مرجع سابق، ص 112.

وأمثلة ذلك أيضاً العرف الذي نشأ في الولايات المتحدة والذي يقضي بمنح الرئيس صلاحية الاعتراف بالدول الأجنبية حيث لم يسند الدستور هذه الصلاحية الى سلطة معينة بالذات.

وفيما يتعلق بالقيمة القانونية للعرف المعدل بالإضافة ، فقد اختلف الفقه الدستوري بشأن شرعية هذا العرف بين من ينكر القيمة القانونية للعرف المعدل بالإضافة نظراً لتعارضه مع إرادة وتوجيه المشرع الدستوري خاصة في الدول ذات الدساتير الجامدة، سيما وأنه يعطي لسلطة أدنى وهي إحدى السلطات في الدولة التي تنشأ مثل هذا العرف صلاحيات السلطة الأعلى، وهي السلطة التأسيسية للدستور كما أنه يخالف قواعد تعديل الدستور، ونحن لم نسلم بما جاء به هذا الجانب من الفقه، كون أنه في العرف المكمل تم الاعتراف بقيمته القانونية على الرغم أن تكملة النص لسد القصور تتم من سلطة أدنى من السلطة التأسيسية، وأيضاً بعد نشوء الدستور قد يطرأ تحولات تستدعي إضافة نصوص جديدة للدستور، وفي مقابل ذلك يذهب جانب آخر من الفقه يعترف بالقيمة القانونية للعرف المعدل بالإضافة رغم الاختلاف حول القيمة القانونية له، ويذهب تيار من هذا الفقه إلى منحه ذات المرتبة والسمو الذي يحظى به الدستور، في حين نجد أن هناك تيار آخر يعتبره كالقوانين العادية من حيث مكانته وقوته القانونية⁽¹⁾، ونحن لا نسلم بما ذهب إليه أصحاب التيار الذي يعترف بالقيمة القانونية للعرف المعدل بالإضافة كالقوانين العادية وذلك لأن العرف هنا يتعلق بمسألة ذات طبيعة دستورية، ونرى أن الرأي الذي يمنح العرف المعدل بالإضافة نفس القيمة القانونية للدستور هو الأقرب للصواب وذلك لأنه قد يحدث تحولات في النظام السياسي للدولة تحتاج الى إضافة نصوص للدستور تنظم الحياة السياسية وتستوعب تطوراتها⁽²⁾.

وقد ألحق الدكتور ثروت بدوي -وبحق- العرف المعدل بالإضافة الى العرف المكمل وأعطاه حكمه، ولا يعترف بإدراجه تحت العرف المعدل بل يعده من قبيل العرف المكمل ويقول الدكتور عادل الحياوي في كتابه "لا نرى أن للعرف المعدل بالإضافة كياناً خاصاً ومستقلاً به، لأنه لا يتميز بمميزات تختلف عما يتميز به العرف المكمل، فالعرف المعدل بالإضافة لا يقوم إلا بسد فراغ تركه المشرع الدستوري، أو اكمال نقص أو ثغرة في النصوص الدستورية المكتوبة، وهذا هو عين ما يقوم به العرف المكمل، بالإضافة إلى ذلك فإن الأمثلة التي تضرب للتدليل على العرف المعدل بالإضافة لا تزيد على إعطاء إحدى الهيئات العامة سلطة جديدة لم ترد في نصوص الدستور، كما هو الحال في إعطاء السلطة التنفيذية في مصر وفرنسا حق اصدار لوائح البوليس على الرغم من عدم ورود النص على هذا الحق في النصوص الدستورية المكتوبة، وكان الأجدر أن يلحق العرف المعدل بالإضافة الى العرف المكمل ليأخذ حكمه لأن كليهما يسد الفراغ الذي يكون المشرع الدستوري قد تركه وينظمان المسائل التي فاتت على المشرع تنظيمها دون الاستناد الى نص دستوري ولكنهما لا يخالفان النصوص الدستورية على الرغم من أنهما يخلقان قواعد دستورية جديدة".

(1) انظر، حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري النظرية العامة، مرجع سابق، ص 114.

(2) محمد عبدالله أبو مطر، القانون الدستوري والنظم السياسية، مرجع سابق، ص 113. لمزيد من الايضاح انظر، أحمد نعمان الخطيب، الوسيط في

النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق، ص 473.

ثانياً: العرف الدستوري المعدل بالحذف.

ويعرف بأنه العرف الذي يؤدي الى إسقاط حق من الحقوق المخولة لهيئة من الهيئات في الدستور، وذلك بإطراد هذه الهيئة على عدم استعمال هذا الحق⁽¹⁾، وقد تعددت التسميات التي أطلقها الفقه على هذا العرف، منها العرف المناقض، الاعتياد على عدم تطبيق النص، العرف المسقط⁽²⁾، ومن هذه الأعراف: العرف الذي نشأ في الولايات المتحدة والذي يقضي بعدم استشارة رئيس الجمهورية لمجلس الشيوخ عند تعيينه الوزراء بالرغم من أن الدستور يلزمه بالرجوع الى المجلس المذكور قبل تعيين أي وزير، باعتبار أن الرئيس هو المسئول امام الشعب في اختيار وزرائه.

وفي المانيا ساد عرف يقضي بعدم إلزام الرئيس بأخذ رأي المستشار الاتحادي او اتباع مشورته بالرغم أن المادة (74\1) من الدستور، تلزم رئيس الجمهورية بالرجوع الى مجلس الوزراء وأخذ رأيه في القرارات التي يتخذها⁽³⁾.

ومن أمثلة ذلك العرف ما جرى في فرنسا من عدم استخدام رئيس الجمهورية لحقه في طلب إعادة القوانين الصادرة من السلطة التشريعية اذ كان دستور سنة 1875 يعطي هذا الاختصاص لرئيس الجمهورية، غير أنه لم يستعمله وبالتالي قيل أن عرفاً معدلاً بالحذف قد نشأ واسقط حق رئيس الجمهورية الفرنسية في حل مجلس النواب منذ سنة 1940 مع أن الحل أحد حقوقه التي نص عليها الدستور سنة 1875م⁽⁴⁾.

وأختلف الفقه حول القيمة القانونية للعرف الدستوري المعدل بالحذف فالاتجاه الأول يعترف بالقيمة القانونية له فيقول أنه مهما اتسعت مدارك واضعي نصوص الدستور المكتوب، فأنهم لن يستطيعوا تصور الحلول المناسبة لجميع الحوادث المستقبلية، وبالتالي فلا بد أن تأتي نصوص المكتوبة جامدة ولا تتلاءم مع الواقع السياسي في المستقبل، والعرف بما يتصف به من مرونة يمكن بقوته الدستورية أن يخفف من حدة النصوص الجامدة، ويقربها الى الحياة العملية لكي توائم النصوص.

أما الاتجاه الثاني وهو الغالب، يرى عدم مشروعية العرف المعدل بالحذف، ولا يقر له هذا الاتجاه بالوجود من الناحية العملية فعدم استعمال حق من الحقوق المقررة في الوثيقة الدستورية يعد مخالفة صريحة لنصوص الدستور ولا يمكن الاعتراف بها في ظل دستور جامد يتطلب تعديله إجراءات خاصة تختلف عن إجراءات القانون العادي⁽⁵⁾، ونحن نساير ما ذهب اليه الاتجاه الثاني كون أنه هناك إجراءات خاصة لا بد من اتباعها في حال تعديل الدستور بالحذف،

(1) فتحي عبد النبي الوحيدي، القانون الدستوري مع شرح التطورات الدستورية في فلسطين 1917-2003، مرجع سابق، ص 82.

(2) حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري النظرية العامة، مرجع سابق، ص 113.

(3) علي يوسف الشكري، مبادئ القانون الدستوري، مرجع سابق، ص 275.

(4) حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري النظرية العامة، مرجع سابق، ص 112. وفي ذلك أيضا انظر، أحمد نعمان الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق، ص 475. انظر أيضا محمد عبدالله أبو مطر، القانون الدستوري والنظم السياسية، مرجع سابق، ص 113.

انظر أيضا جابر جاد نصار، الوسيط في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص 78.

(5) أحمد نعمان الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق، ص 474.

وأيضاً الاعتراف بالقيمة القانونية لمثل هذا النوع من العرف قد يؤدي الى فتح الباب للاستبداد ويؤدي إلى إهدار القيمة القانونية لبعض النصوص الدستورية⁽¹⁾.

المطلب الرابع: العرف المحرف أو المناقض

يقصد به ذلك العرف الذي يؤدي إلى ابتداء قاعدة أو حكماً يتعارض مع نص دستوري صريح، فهذا النوع من العرف يخالف ما هو وارد في الدستور وينجم عنه إهدار النصوص الدستورية الصريحة، كما يأتي بحكم جديد في تنظيم مسألة معينة تم تنظيمها في الدستور⁽²⁾، حتى أن هناك من يطلق عليه العرف الغاصب للسلطة، كونه يتشكل بالأساس على مخالفة وتحريف للدستور⁽³⁾، كما لو نص الدستور على أن يكون الانتخاب مباشراً ثم يجري العرف على أن يكون غير مباشر، أو ينص الدستور على علانية التصويت ثم يجري العرف على سرية التصويت، وهذا العرف لم يكتب به الكثير من فقهاء القانون.

ويختلف العرف المحرف عن العرف المعدل بالحذف، في أن الأول يقوم على مخالفة نص صريح بالدستور بوضع نص آخر مخالف، أي أن السلطة الحاكمة تسلك سلوكاً إيجابياً في هذا العرف أما العرف المعدل بالحذف يأتي بإلغاء قاعدة دستورية موجودة في الدستور عن طريق عدم استعمالها، أي أن السلطة الحاكمة تسلك سلوكاً سلبياً في هذا العرف، ويجدر التنويه إلى أن هناك رأياً في الفقه يدرج العرف المحرف أو المناقض تحت اسم العرف المعدل، أي أن هناك عرف معدل بالإضافة وعرف معدل بالحذف وعرف معدل بمخالفة إيجابية لنص الدستور⁽⁴⁾.

وتعتبر التجربة الدستورية في فرنسا من التجارب التي شهدت العديد من السوابق والتطبيقات للعرف الدستوري المناقض، ومن أمثلة ذلك دستور الجمهورية الرابعة لعام 1946 في المادة رقم (66) منه حظر بصورة صريحة قيام البرلمان ممثلاً بالجمعية الوطنية بتفويض سلطة التشريع سواء كلياً أو جزئياً لكن السلطة التنفيذية وتفويض من البرلمان الفرنسي استمرت بإصدار تلك اللوائح في مخالفة صريحة لنص المادة (66)⁽⁵⁾ أما من حيث القيمة القانونية للعرف المحرف أو المناقض اجمع الفقه الدستوري على عدم مشروعية العرف المناقض لمخالفته الصريحة لأحكام وقواعد الدستور، وينكر أي قيمة قانونية لهذا النوع من العرف⁽⁶⁾ ونحن نرى أنه إضافة لذلك لا يجوز القيام بعمل مخالف للدستور، هذا ما يدعي أنه من البداية لن يتم خلق عرف مناقض، وذلك لأن القيام بهذا العمل من البداية يعتبر غير دستوري، لذلك سيتم التصدي له من المرة الأولى للقيام به هذا ما سيمنع الاطراد على القيام به، وبالتالي لن يكون هناك عرف مناقض.

(1) جابر جاد نصار، الوسيط في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص 79.

(2) جابر جاد نصار، الوسيط في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص 79.

(3) محمد عبدالله أبو مطر، القانون الدستوري والنظم السياسية، مرجع سابق، ص 116.

(4) إبراهيم عبد العزيز شيجا، النظام الدستوري اللبناني، بدون طبعة، الدار الجامعية، الإسكندرية، 1983م، ص 127.

(5) محمد عبدالله أبو مطر، القانون الدستوري والنظم السياسية، مرجع سابق، ص 117.

(6) جابر جاد نصار، الوسيط في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص 80.

المبحث الثالث: ملامح وتطبيقات العرف الدستوري في النظام الفلسطيني

جاء القانون الأساسي الفلسطيني لعام 2003 وتعديلاته مبيناً اختصاصات كل من السلطة التنفيذية والتشريعية والقضائية والعلاقة فيما بينهما كما أهتم أيضاً بالنص على الحقوق والحريات العامة وضماناتها ولكن هل وجود القانون الأساسي الفلسطيني جاء شاملاً كاملاً ينظم سلطات الحكم؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل هي بالنفي، فالقانون الوضعي في كل الأحوال يعد قاصراً نظراً لطبيعة البشر لأنهم لا يستطيعون التنبؤ بالمستقبل ومعرفة ما يستجد من أعمال فالحياة السياسية حياة مليئة بالمتغيرات ومتطلبات افراد المجتمع السياسي تتغير من حين إلى آخر⁽¹⁾، فجميع القوانين ومنها القانون الدستوري تعتبر قاصرة، وتحتاج الى العرف كمصدر أساسي ورئيسي لها، وخاصة القانون الأساسي كونه وضع بمثابة دستور مؤقت، وبالتالي هناك عدة حالات تعلقت بنظام الحكم والسلطات العامة في فلسطين ينبغي التطرق إليها لمعرفة هل هذه الحالات تشكل عرفاً دستورياً أم لا.

المطلب الأول: تشكيل الحكومة

يتضح من التجربة والممارسة الدستورية في فلسطين بأن العرف يشكل مصدراً للقواعد الدستورية، خاصة فيما يتعلق بتنظيم العلاقة بين رئيس السلطة ورئيس الوزراء بشأن تشكيل الحكومة وإقالتها واستقالة وزرائها⁽²⁾، فقد خلا النص في القانون الأساسي الفلسطيني وتعديلاته المعدل لسنة 2003م وتعديلاته على قيام رئيس الوزراء بعرض تشكيل الحكومة وإقالة وزرائها أو استبدالهم على رئيس السلطة.

حيث تنص المادة (65) من القانون الأساسي الفلسطيني بشأن تشكيل رئيس الوزراء للحكومة "فور تكليفه من قبل رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية يتولى رئيس الوزراء تشكيل حكومته خلال ثلاثة أسابيع من تاريخ اختياره وله الحق في مهلة أقصاها اسبوعان أخران فقط.

وإذا أخفق رئيس الوزراء في تشكيل حكومته خلال الاجل المذكور أو لم يحصل على ثقة المجلس التشريعي وجب على رئيس السلطة الوطنية استبداله باخر خلال أسبوعين من تاريخ اخفاقه أو من تاريخ جلسة الثقة حسب مقتضى الحال، وتنطبق على رئيس الوزراء الجديد الاحكام الواردة في الفقرة (1) أعلاه "

وبالتالي لم ينص القانون الأساسي صراحة على عرض رئيس الوزراء بشأن تشكيل الحكومة وإقالة وزرائها أو استبدال أي منهم على رئيس السلطة الوطنية، ولكن درج العرف على أن يقوم رئيس الوزراء بعرض رئيس الوزراء تشكيل حكومته على رئيس السلطة الوطنية⁽³⁾، ابتداءً من محمود عباس مروراً بحكومة السيد أبو علاء قريع وحكومة إسماعيل هنية وحكومة سلام فياض وحكومة الحمد لله، و حكومة محمد أشية⁽⁴⁾، ومن جانبنا نرى أن ما درج بعرض رئيس الوزراء

(1) عبد الفتاح ساير داير، القانون الدستوري: النظرية العامة للمشكلة الدستورية – ماهية القانون الدستوري الوضعي، مرجع سابق، ص 246.

(2) محمد عبدالله أبو مطر، القانون الدستوري والنظم السياسية، مرجع سابق، ص 118.

(3) رامي صالح زعرب، سحب الثقة من الحكومة، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، غزة، 2020م، ص 100.

(4) محمد عبدالله أبو مطر، القانون الدستوري والنظم السياسية، مرجع سابق، ص 119.

بتشكيل حكومته أمام رئيس السلطة هو عرف دستوري مكمل لنص المادة (65) من القانون الأساسي الفلسطيني وتعديلاته كون أن تلك المادة نظمت بصورة جزئية العلاقة بين رئيس السلطة الفلسطينية ورئيس الوزراء بشكل جزئي دون أن يشمل هذا التنظيم كيفية قيام رئيس الوزراء بعرض حكومته على رئيس السلطة وحيث أعتبر هذا الأمر عرفاً مكمل⁽¹⁾، وهذا ما أكدت عليه المذكرة الإيضاحية لتعديل القانون الأساسي لسنة 2003م وتعديلاته التي جاء فيها (وقد ارتأى المجلس " التشريعي " أثناء مناقشة القانون المعدل أن لا ضرورة لإضافة بعض العبارات المتعلقة بعرض كل ما يتعلق بالحكومة من تشكيل وإقالة واستقالة من قبل رئيس مجلس الوزراء على رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية وذلك باعتبار أن هذا الأمر عرفاً سياسياً أجمع المجلس عليه أثناء مناقشاته دون حاجة إلى أفراد مادة في متن القانون)⁽²⁾.

المطلب الثاني: التصديق على المعاهدات

نجد في النظام الدستوري لعام 1962 الذي طبق قطاع غزة لم يشر إلى المعاهدات وإلى صلاحية السلطة في عقد المعاهدات، أما في دستور عام 1952 الملكي الأردني نجده يعطي الملك سلطة إبرام المعاهدات حيث نصت المادة (33) منه على أن 1- الملك هو الذي يعلن الحرب ويعقد الصلح ويبرم المعاهدات والاتفاقات. 2- المعاهدات والاتفاقات التي يترتب عليها تحميل خزانة الدولة شيئاً من النفقات أو مساس في حقوق الأردنيين العامة أو الخاصة لا تكون نافذة إلا إذا وافق عليها مجلس الأمة ولا يجوز في أي حال أن تكون الشروط السرية في معاهدة أو اتفاق ما مناقضة للشروط العلنية.

أما بالقانون الأساسي الفلسطيني لعام 2003 وتعديلاته فلم يوجد نص صريح بشأن توقيع رئيس السلطة على المعاهدات مع أن رئيس السلطة الوطنية أصدر قرارات بالانضمام للعديد من المعاهدات فهل يعتبر اختصاص رئيس السلطة الوطنية بالتصديق على المعاهدات عرفاً دستورياً أم لا؟

بالرجوع إلى المادة (40) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام 2003 وتعديلاته نجده ينص على (يعين رئيس السلطة الوطنية ممثلي السلطة الوطنية لدى الدول والمنظمات الدولية والهيئات الأجنبية وينهي مهامهم كما يعتمد ممثلي هذه الجهات لدى السلطة الوطنية الفلسطينية) فوفقاً لهذه المادة نرى أن القانون الأساسي منح رئيس السلطة الوطنية سلطة تعيين ممثلي السلطة الوطنية، ويعتمد ممثلي الجهات لدى السلطة الوطنية فقط، أي تعيين السفراء والقناصل الفلسطينيين بالخارج واعتماد سفراء وقناصل الجهات الأخرى، وبالتالي ليس لها صلة بسلطة التصديق على المعاهدات، كون أن من شروط العرف الدستوري أن يكون ثابتاً ومطرداً، فيتوجب أن يتم إبرام المعاهدات والتصديق عليها بشكل مستمر من قبل رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية حتى يعتبر عرفاً دستورياً، ونرى أن مجلس الوزراء أصدر عدة قرارات بالمصادقة على معاهدات واتفاقيات دولية⁽³⁾، ثم منح لنفسه الحق بالمصادقة على المعاهدات والاتفاقيات الدولية بموجب قرار رقم (51) لسنة 2004م حيث نص في المادة (1) منه على أنه: "يمنع توقيع أي اتفاقية دولية ثنائية

(1) راجع عبد الرحمن أحمد أبو بنات، الحل الرئاسي للبرلمان "دراسة تحليلية مقارنة"، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، فلسطين، غزة، 2022، ص 116.

(2) المذكرة الإيضاحية للقانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003م، تم إيرادها ضمن القانون الأساسي بعد المقدمة.

(3) منها: قرار مجلس الوزراء رقم (118) لسنة 2005م بشأن المصادقة على الاتفاقيات مع المؤسسة العربية للاتصالات الفضائية (عربسات)، قرار مجلس

الوزراء رقم (21) لسنة 2005م بالمصادقة على الاتفاقيات التركية الفلسطينية بشأن تمويل المشاريع الاقتصادية التنموية والاجتماعية، وغيرها

من قبل أي جهة رسمية فلسطينية، إلا بعد المصادقة عليها من قبل مجلس الوزراء" وأيضاً قرار رقم (81) لسنة 2005م أعطى مجلس الوزراء لنفسه التصديق على كافة الاتفاقيات حيث تنص المادة الأولى من القرار على (يجب عرض مشاريع الاتفاقيات مع الدول والمؤسسات الدولية على مجلس الوزراء لمناقشتها وفق الأسس والقواعد القانونية تمهيداً للمصادقة عليها قبل توقيعها من الجهة المفوضة بذلك)، وعلى الرغم من صراحة القرار الصادر بسلطة مجلس الوزراء على التصديق نجد أن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية قام بالتصديق على العديد من الاتفاقيات بعد عام 2007م⁽¹⁾، وكذلك وخاصة بعد الاعتراف بدولة فلسطين عضواً بالأمم المتحدة فكانت المعاهدات تبرم من قبل الحكومة ويتم التصديق عليها من قبل الرئيس الفلسطيني عبر إصداره ذلك تارة بمرسوم رئاسي وتارة أخرى بقرار بقانون، ومن أمثلة ذلك المرسوم رقم (5) لسنة 2014 بشأن المصادقة على اتفاقية التعاون في مجال مكافحة الجريمة وحماية النظام وضمان حماية حقوق الفرد الموقعة بين دولة فلسطين وروسيا الاتحادية، ومرسوم رقم (4) لسنة 2014 بشأن المصادقة على اتفاقية حول إلغاء التأشيرات لجوازات السفر الدبلوماسية والخاصة الموقعة بين دولة فلسطين وجمهورية البيرو، قرار بقانون رقم (18) لسنة 2013، بشأن المصادقة على اتفاقية تجنب الازدواج الضريبي ومنع التهريب الضريبي مع جمهورية فيتنام الاشتراكية.²

ومن جانبنا نرى أن العرف الدارج في هذه المسألة هي من قبيل العرف المناقض خاصة مع وجود قرار صادر من مجلس الوزراء يعطي حق التصديق للحكومة.

المطلب الثالث: تشكيل حكومة الطوارئ

أعلنت حالة الطوارئ في فلسطين ثلاثة مرات وفي المرة الأولى والثانية تم تشكيل حكومة طوارئ، فالمرة الأولى تم تشكيل حكومة الطوارئ في عهد الرئيس الراحل ياسر عرفات عقب إعلان حالة الطوارئ في الأراضي الفلسطينية برئاسة أبو علاء قريع وهو أول رئيس لحكومة طوارئ في مناطق السلطة الفلسطينية منذ تأسيسها عام 1994⁽³⁾، أما الثانية فقد

(1) منها: قرار بقانون رقم (7) لسنة 2008 م بشأن المصادقة على اتفاقيتي القرض المبرمتين مع البنك الاسلامي للتنمية بشأن مشروع الربط الكهربائي بين جمهورية مصر العربية وقطاع غزة، مرسوم رقم (3) لسنة 2008 بشأن المصادقة على تعديل الفقرة الثالثة من المادة الاولى من الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب، مرسوم رقم (34) لسنة 2009م بشأن المصادقة على النظام الاساسي لمجلس السلم والامن العربي، مرسوم رقم (19) لسنة 2009م بشأن المصادقة على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة "سيداو"، مرسوم رقم (12) لسنة 2011م بشأن المصادقة على تعديل الاتفاقية العربية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية، مرسوم رقم (11) لسنة 2011م بشأن المصادقة على تعديل الاتفاقية العربية لنقل نزلاء المؤسسات العقابية والاصلاحية، مرسوم رقم (10) لسنة 2011م بشأن المصادقة على تعديل الاتفاقية العربية لمكافحة غسيل الأموال وتمويل الإرهاب، مرسوم رقم (9) لسنة 2011م بشأن المصادقة على تعديل الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات، مرسوم (7) لسنة 2014م بشأن المصادقة على اتفاقية التعاون والمساعدة المتبادلة في الشؤون الجمركية الموقعة بين حكومة دولة فلسطين وحكومة روسيا الاتحادية، مرسوم رقم (5) لسنة 2014م بشأن المصادقة على اتفاقية التعاون في مجال مكافحة الجريمة وحماية النظام وضمان حماية حقوق الفرد الموقعة بين دولة فلسطين وجمهورية روسيا الاتحادية، مرسوم رقم (4) لسنة 2014م بشأن المصادقة على اتفاقية حول إلغاء التأشيرات لجوازات السفر الدبلوماسية والخاصة الموقعة بين دولة فلسطين وجمهورية البيرو، مرسوم رقم (17) لسنة 2005م بشأن المصادقة على الاتفاق الشامل بين دولة فلسطين والكرسي الرسولي، وغيرها.

(2) ريم البطمة، المعاهدات الدولية والقانون الوطني، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء (مساواة) كانون الأول، 2014، ص 47 هامش 1.

(3) راجع نصوص المرسوم الرئاسي بإعلان حالة الطوارئ رقم (18) لسنة 2003م، منشور في العدد رقم (48)، الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 2004/1/29م، ص3.

أنشأت في عهد الرئيس محمود عباس (أبو مازن) عقب إعلان حالة الطوارئ نتيجة الانقسام السياسي واستيلاء عناصر حركة حماس على المواقع الأمنية في قطاع غزة⁽¹⁾، ولكن هل تعتبر تشكيل حكومة الطوارئ في فلسطين عرفاً دستورياً؟

تنص المادة (110) من الباب السابع من القانون الفلسطيني المعدل لعام 2003 وتعديلاته على "عند وجود تهديد للأمن القومي بسبب حرب أو غزو أو عصيان مسلح أو حدوث كارثة طبيعية يجوز إعلان حالة الطوارئ بمرسوم من رئيس السلطة الوطنية لمدة لا تزيد عن ثلاثين يوماً يجوز تمديد حالة الطوارئ لمدة ثلاثين يوماً أخرى بعد موافقة المجلس التشريعي الفلسطيني بأغلبية ثلثي أعضائه، يجب أن ينص مرسوم إعلان حالة الطوارئ بوضوح على الهدف والمنطقة التي يشملها والفترة الزمنية، يحق للمجلس التشريعي أن يراجع الإجراءات والتدابير كلها أو بعضها التي اتخذت أثناء حالة الطوارئ وذلك لدى أول اجتماع عند المجلس عقب إعلان حالة الطوارئ أو في جلسة التمديد أيهما سبق وإجراء الاستجواب اللازم بهذا الشأن.

هذه المادة قد نظمت حالة الطوارئ ولكنها لم تنص على تشكيل حكومة الطوارئ وفي نظرنا أن حكومة الطوارئ تعتبر عرفاً دستورياً معدل بالإضافة لنص المادة (110) ونؤكد أن الانقسام الفلسطيني هو من أعاق تشكيل حكومة طوارئ، رغم أنه كان هناك مطالب بتشكيلها⁽²⁾.

الخاتمة

يعتبر العرف مصدراً من مصادر القاعدة القانونية ومنها القاعدة الدستورية حيث أن المشرع عندما يضع القاعدة القانونية لا يستطيع التنبؤ بالمستقبل، وبالتالي يكون النص الدستوري عاجزاً عن مواكبة ما يحدث في الحياة السياسية والنظام الحكم في الدولة وبالتالي لابد من وجود عرف دستوري يواكب ما يستجد في العمل الحكومي، ولكن ليس كل ما ينشأ عن السلطات الحاكمة يعد عرفاً فلا بد من وجود ركن مادي يتمثل باعتياد السلطات الحاكمة على سلوك معين يتعلق بنظام الحكم وركن معنوي يتمثل في الشعور بالزامية ذلك العمل بالإضافة إلى ذلك فإن العرف الذي يتكون ليس على درجة واحدة وإنما هناك العرف المفسر والعرف المكمل والعرف المعدل والعرف المناقض الذي لا يشكل حسب اعتقادنا عرفاً أصلاً لأنه يخالف المشروعية الدستورية وعززنا بأمثلة على جميع أنواع العرف وميزنا بين العرف الدستوري ما يشتهر به من عرف اداري وعرف عادي وعادة ودستور عرفي .

أولاً: النتائج.

1. الدساتير المدونة يقوم بوضعها رجال نظريون تغلب عليهم النواحي القانونية والنظرية أكثر من النواحي العملية والواقعية، لذلك فالعرف يسد الثغرات الناتجة عن عدم مراعاة هذه النواحي الأخيرة.
2. القانون الدستوري يعالج العلاقة بين السلطات الحاكمة وفي هذا المجال نجد أن القانون أقل تطوراً ودقة الأمر الذي يستلزم معالجة المشاكل الناتجة عن هذه العلاقة بالعرف الذي يتلاءم مع الظروف والواقع.

(1) مرسوم رقم (9) لسنة 2007م، بشأن إعلان حالة الطوارئ، منشور في العدد رقم (71)، الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 2007/8/9م، ص.6.

(2) <http://www.alquds.com/articles/1581680836200100600> تاريخ الزيارة 2022/3/20، الساعة 2:30 صباحاً.

3. يشير مفهوم العرف إلى تصرف إحدى الهيئات الحاكمة في مسألة دستورية على نحو معين، فتنشأ من تكرار هذه التصرفات على مر الزمن قاعدة غير مكتوبة يكون لها إلزام قانوني.
4. يعتبر الركن المعنوي هو جوهر التميز بين العرف الدستوري والعادة.
5. للعرف عدة أنواع منها المفسر و المكمل والمعدل و المناقض و تختلف قيمتهم القانونية حسب كل نوع من أنواع العرف.
6. يختلف العرف المفسر عن العرف المكمل في أن العرف المفسر يعمل على تفسير نص غامض أما العرف المكمل يعمل على تكملة النقص الذي يعتري النص، وكما ان العرف المكمل يختلف عن العرف المعدل بالإضافة ان العرف المكمل يقوم بإضافة احكام وقواعد لم يتطرق اليها الدستور على عكس المعدل بالإضافة الذي حيث يضيف احكام وقواعد تم تنظيمها فعلاً في الدستور.
7. يعتبر قيام رئيس الوزراء بعرض حكومته على رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية هو عرف مكمل لنص المادة (65) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م.
8. لا يعتبر قيام رئيس السلطة الوطنية بالتصديق على المعاهدات عرف دستوري كون أنه اختلفت الجهات الذي تصادق على المعاهدات فتارة يصادق مجلس الوزراء وتارة يصادق رئيس السلطة لذلك نر أنه هناك نقص تشريعي ويتوجب على المشرع أن يقوم بإضافة نص للقانون الأساسي يبين فيه من الجهة التي تملك حق التصديق على المعاهدات.
9. نرى أن تشكيل حكومة الطوارئ في حال اعلان حالة الطوارئ عرف دستوري معدل بالإضافة لنص المادة (110) من القانون الأساسي الفلسطيني وتعديلاته لسنة 2003م.

ثانياً: التوصيات

1. نوصي باحترام العرف الدستوري كونه ينظم مسائل ذات طبيعة دستورية، ولكن الأخذ به يتطلب توافر ضوابط معينة خوفاً من استغلال إحدى سلطات الدولة نفوذها في خلق عرف دستوري لإشباع مصالحها وتحويل النظام الى نظام استبدادي، ويجب أن يعبر العرف الدستوري عن روح الجماعة وأن يتشارك في خلقه الافراد حتى يعتبر العرف هنا مصدراً يعبر عن الطابع الديمقراطي.
2. نوصي بتدوين القواعد العرفية وتحويلها الى نصوص ضمن القانون الأساسي وذلك حتى تكون أسهل في الرجوع اليها.
3. ويتوجب على المشرع أن يقوم بإضافة نص للقانون الأساسي ينظم فيه الجهة التي تملك حق التصديق على المعاهدات والاتفاقيات الدولية.

قائمة المراجع:

أولاً: الكتب والدراسات المعمقة:-

1. إبراهيم عبد العزيز شيخا، النظام الدستوري اللبناني، بدون طبعة، الدار الجامعية، الإسكندرية، 1983م.
 2. إبراهيم عبد العزيز شيخا، النظام الدستوري اللبناني، بدون طبعة، الدار الجامعية، الإسكندرية، 1983م.
 3. أحمد سعيد الأغا، النظرية العامة للقانون الدستوري، والأنظمة السياسية، ط1، 2012م.
 4. جابر جاد نصار، الوسيط في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة النشر.
 5. حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري النظرية العامة، ط1، 2009.
 6. حمد نعمان الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة، 2011.
 7. رامي صالح زعرب، سحب الثقة من الحكومة، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، غزة، 2020م.
 8. ريم البطمة، المعاهدات الدولية والقانون الوطني، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء (مساواة) كانون الأول، 2014.
 9. زهير شكر، الوسيط في القانون الدستوري - الجزء الأول : القانون الدستوري والمؤسسات السياسية ، ط3، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، 1994م.
 10. سام دلّه، القانون الدستوري والنظم السياسية، بدون دار نشر، بدون سنة نشر.
 11. عادل الحيارى، القانون الدستوري والنظام الدستوري الاردني - دراسة مقارنة، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م.
 12. عبد الحميد متولي، القانون الدستوري و الأنظمة السياسية، بدون طبعة، دار المعارف، الإسكندرية، 1964م.
 13. عبد الرحمن أحمد أبو بنات، الحل الرئاسي للبرلمان "دراسة تحليلية مقارنة"، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، فلسطين، غزة، 2022.
 14. عبد الغني بسيوني عبدالله، النظم السياسية والقانون الدستوري، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997م.
 15. عبد الفتاح ساير، القانون الدستوري، النظرية العامة للمشكلة الدستورية – ماهية القانون الدستوري الوضعي، ط2، مطابع دار الكتاب العربي، القاهرة، 2004م.
 16. عثمان خليل عثمان، القانون الدستوري، الكتاب الأول في " المبادئ الدستورية العامة"، بدون طبعة، مطبعة مصر، القاهرة، 1956م.
 17. علي يوسف الشكري، مبادئ القانون الدستوري، ط1، دار صفاء للطباعة والنشر والتوزيع، عمان، مؤسسة دار الصادق الثقافية، العراق، 2011م.
 18. فتحي عبد النبي الوحيدي، القانون الدستوري مع شرح التطورات الدستورية في فلسطين 1917-2003، ط3، دار المقداد للطباعة، غزة، فلسطين، 2003م.
 19. محمد عبدالله أبو مطر، القانون الدستوري و النظم السياسية، الجزء الأول، ط3، بدون دار نشر، 2017م.
 20. محمد كمال الدين امام، الدستور والسلطة، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، 2005م.
 21. محمد كمال الدين امام، الدستور والسلطة ، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر ، القاهرة، 2005م.
- ثانياً: الدساتير والقوانين:-

1. القانون الاساسي الفلسطيني لسنة 2003 وتعديلاته.

2. القانون المدني الفلسطيني لسنة 2012.

3. الدستور الفرنسي لعام 1875 ودستور عام 1946.

4. الدستور الأردني لعام 195 وتعديلاته.

ثالثاً: المراجع الإلكترونية :-

1. الموسوعة القانونية ، العرف كمصدر من مصادر القانون، مقالة منشورة على الرابط الإلكتروني

<https://elawpedia.com/view/202/%D8%A7%D9%84%D8%B9%D8%B1%D9%81->

[\(%D9%83%D9%85%D8%B5%D8%AF%D8%B1-%D9%85%D9%86](https://elawpedia.com/view/202/%D8%A7%D9%84%D8%B9%D8%B1%D9%81-%D9%83%D9%85%D8%B5%D8%AF%D8%B1-%D9%85%D9%86)

2. العرف الدستور، مقالة منشورة على الرابط الإلكتروني : <https://mo9j.wordpress.com/2014/02/10/>

3. منتدى الأوراس القانوني، العرف الدستوري. مقالة منشورة على الموقع الإلكتروني .

<http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net/t1838-topic>

4. علي محمد الزعابي، مقالة منشورة على الموقع الإلكتروني .

<http://www.bumoza.blogspot.com/2011/10/blog-post.html>

5. <http://www.alquds.com/articles/1581680836200100600>

الالتزام بأخلاقيات مهنة الطب وأزمة الثقة بالأداء الإستشفائي الوطني:

قراءة في متطلبات حوكمة قطاع الصحة الجزائري ومورده البشري الطبي

Commitment to medical ethics and the crisis of confidence in the national hospital performance: reading in requirements of the governance of the Algerian health sector and its medical human resource

القاضي نادية*

كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة البليدة 02

en.elkadi@univ-blida2.dz

تاريخ القبول: 25-05-2024

تاريخ الإيداع: 04-05-2022

ملخص:

تهدف هذه الدراسة لتبيان سبل اكتساب الثقة في الأداء الإستشفائي الوطني في ظل ما يلمسه الواقع الصحي الجزائري من تدني في مستويات الخدمة الصحية خاصة ما تعلق بالأداء الطبي، وضعف المؤشرات التي تترجم فعالية السياسات الصحية الوطنية على غرار هجرة المرضى للعلاج في الخارج كذا هجرة الكفاءات الطبية، الأمر الذي يستدعي تبني سياسات حوكمة فرعية كتلك المتعلقة بحوكمة المورد البشري الطبي في المستشفيات وضمان التزامه بأخلاقيات ممارسة مهنة الطب، ومنه ضمان القدرة على تحقيق حوكمة صحية فعالة في الجزائر. الكلمات المفتاحية: الالتزام بأخلاقيات المهنة؛ أخلاقيات مهنة الطب؛ الثقة في الأداء المهني؛ حوكمة الصحة؛ حوكمة المورد البشري.

Abstract:

. This study aims to show the ways to gain confidence in the national hospital performance in light of the low levels of health service perceived by the Algerian health reality, especially medical performance, and the weakness of indicators that translate the effectiveness of national health policies as the migration of Patients and the medical competencies 'which calls to adopt a sub-governance policies such as the governance of The medical human resource and ensuring both of its commitment to the ethics of practicing the medical profession in order to achieve an effective health governance in Algeria.

Keywords : adherence to professional ethics; medical ethics; confidence in professional performance; health governance; Human Resource Governance.

* القاضي نادية



مقدمة:

يعتبر موضوع الثقة بمدى الإلتزام بأخلاقيات المهنة من المواضيع الحساسة التي تشهد اهتمام الباحثين لكونها تعكس من خلال مخرجاتها مدى انضباط الأفراد من عمال وموظفين من جهة، ومدى فاعلية سياسات ضبط السلوك الوظيفي التي تتبناها قطاعات مختلفة في كنف نسق تنظيمي تسعى من خلاله الدولة لتوجيه الأداءات الوظيفية بشكل سليم.

في ظل المساعي نحو تنمية معدلات الحوكمة في إطار الإصلاح والتطوير التنظيمي الذي تشهده العديد من الدول النامية على غرار الجزائر، فإن الحديث عن حوكمة قطاع دون غيره لم يعد يكتف فقط بطرح السياسات والإستراتيجيات في شكل خطط عريضة لا يفصل في متطلباتها العميقة، إنما بات الأمر يستدعي إعادة النظر في أساليب تجسيد تلك السياسات والإستراتيجيات على أرض الواقع من خلال ضمان فاعلية تنفيذها الذي يُحتكم لأهم مبادئ الحوكمة ألا وهو الانضباط، هنا تكمن أهمية الأخذ بعين الاعتبار بموضوع الإلتزام بأخلاقيات المهنة كأساس للسلوك الوظيفي السوي الذي يعين على تحقيق أهداف الحوكمة.

وبما أن قطاع الصحة الجزائري يعتبر من القطاعات الحساسة التي تعرف مؤسساته تنوعا في الأدوار الوظيفية بين الطبية، التقنية، والإدارية كذا لكونه يتعامل مع شرائح شتى على اختلاف مستوياتها الاجتماعي فإن الحديث عن حوكمة الصحة في الجزائر جاء نتيجة لمشاكل شهدها قطاع الصحة أبرزها ما ارتبط بنوع الخدمات الصحية المقدمة من جانب، وتبلور مشكلات تسيير المورد البشري الطبي رغم محاولات القائمين على صناعة القرارات الصحية لطرح قوانين تنظم السير السليم لقطاع الصحة؛ فلما كانت جودة الخدمات الصحية من وجهة نظر المتعاملين مع المؤسسات الاستشفائية (خاصة فئة المرضى) مرتبطة بالدور الذي يقدمه الأطباء في شتى الأقسام والوحدات فإن تحقيق رضا وثقة المواطن بما تقدمه المستشفيات في الجزائر مرتبط بانضباط موردها البشري وبقدرة الأطباء على تقديم أداء استشفائي طبي يعكس نجاعة ممارسات القطاع الصحي ككل.

وبما أن تحقيق الحوكمة الصحية بناء على مبدأ الانضباط يتطلب أن يتحمل الأطباء مسؤوليتهم المهنية فإن ذلك مرهون بمدى تمسكهم بأخلاقيات المهنة من منطلق مفاده أن معادلة الحوكمة الصحية يمكن أن تتحقق بناء على ارتفاع مستوى الثقة بقدرة المؤسسات الصحية الوطنية على طرح أفضل الخدمات الصحية إذا التزم السلك الطبي بممارسة مهنة الطب على أكمل وجه من المسؤولية الطبية، من هذا المنطلق يمكن طرح الإشكالية التالية: كيف يمكن لحوكمة الكادر البشري للقطاع الصحي الجزائري أن تكون سياسة فاعلية لضمان التزامه بأخلاقية مهنة الطب؟ وما هي السبل لاستعادة الثقة في مخرجات الأداء الاستشفائي الوطني في ظل ذلك؟
تندرج ضمن هذه الإشكالية مجموعة من الأسئلة التالية:

- ما المقصود بالالتزام بأخلاقيات المهنة؟ وما هي طبيعة العلاقة بين الإلتزام بأخلاقيات المهنة وبين الثقة في الأداء الوظيفي (المهني)؟
- كيف يمكن للالتزام بأخلاقيات مهنة الطب أن يحقق ثقة في الأداء الطبي على مستوى المستشفيات الجزائرية؟ وما هي متطلبات تحقيق حوكمة صحية في ظل الإلتزام الموثوق بأخلاقيات مهنة الطب في الجزائر؟ وما هي التحديات التي تقف عائقا أمام ذلك؟

أهداف الدراسة:

تسعى هذه الدراسة من خلال ما تعالجه من محاور للتعريف بمجموعة من المفاهيم التنظيمية على غرار الإلتزام بأخلاقيات المهنة، الثقة في الأداء، والحوكمة الصحية، و ببعض الضوابط القانونية التي تحكم مهنة الطب في الجزائر من خلال تسليط الضوء على الحاجة لحوكمة القطاع الصحي استنادا على الانضباط الأخلاقي أثناء ممارسة مهنة الطب؛ كما تهدف لمعرفة الآليات التي يعتمد عليها قطاع الصحة الجزائري لضمان ذلك بالنسبة لفئة الأطباء بالإشارة لمتطلبات حوكمة الصحة في الجزائر في شقها المرتبط بدور المورد البشري الطبي ومحاولة إدراك سبل تخطي التحديات التي تحول دون بناء حوكمة صحية أساسها الثقة في الأداء الاستشفائي المبني على مدى التمسك بأخلاقيات مهنة الطب.

منهج الدراسة: تعتمد هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي في وصف متغيراتها ثم تحليل العلاقة بينها.
تقسيم الدراسة: تنقسم هذه الدراسة إلى محورين يتضمن أولها التعريف بالإلتزام بأخلاقيات المهنة وعلاقته بالثقة في الأداء المهني، أما المحور الثاني بفروعه فيخص متطلبات تحقيق حوكمة صحية أساسها الإلتزام الموثوق بأخلاقيات مهنة الطب في المستشفيات الجزائرية.

1. مفهوم الإلتزام بأخلاقيات المهنة وعلاقته بالثقة في الأداء المهني:

1.1 مفهوم الإلتزام بأخلاقيات المهنة:

يرجع الإهتمام بمصطلح الأخلاق في المجال المهني لجهود الفيلسوف الفرنسي **Jermy Bentham** سنة 1793م، وقد أدرجه سنة 1834م في مؤلفه المعنون "الأخلاق وقواعد السلوك"، وهو مزيج بين كلمتين **Décontos** أي اللياقة و **Logos** بمعنى الضمير، التي تعني في مجموعها لياقة الضمير، وقد تم حصر المفهوم بصفة تدريجية في المجالات المهنية بطرق تختلف من دولة لأخرى سواء من خلال تشريعات أو موثيق في ظل غياب نص دولي عام يتطرق لذلك⁽¹⁾ لم يتوقف الإهتمام بدمج مفهوم الأخلاق في المجالات المهنية عند تلك الفترة فيحلول القرن السادس عشر أصدر عالم الاجتماع الألماني **Max weber** كتابه المعنون "الأخلاقيات البروتستانية والروح الرأسمالية" تطرق من خلاله لخدمة الاقتصاد بناء على القيم الدينية موضحا أن الأخلاق في ظل ذلك تشمل كلا من الإجتهد، الإنتظام، وتأجيل الرغبات مقابل أولويات ميدان العمل؛ لكن بظهور الثورة الصناعية في القرن الثامن عشر برزت نزعة تعظيم الربح على حساب الأخلاق في الأفكار التي طرحها آدم سميث في مؤلفه "البحث عن أسباب وطبيعة ثروة الأمم" مؤكدا على أن أهداف المنظمات لا ينبغي أن تخرج عن تعظيم الربح بأية وسيلة وقد سبب التأثير بهذه الأفكار في ظهور انحرافات أخلاقية كاستغلال الأطفال في العمل وسوء معاملة النساء⁽²⁾.

لقد تأثر **Melthon Fredman** بأفكار سميث فأشار في كتابه "الرأسمالية والحرية" لعدم وجود أية علاقة بين المسؤولية الاجتماعية وما تتضمنه من أخلاق مهنية وبين الدوافع الاقتصادية للمشاريع، غير أن **Peter Drucker** - أحد أشهر رواد الإدارة- طرح فكريا مخالفا عبر عنه من خلال جملته الشهيرة "اليد الخفية تحول الرذائل إلى فضائل عامة" مؤكدا على أهمية الأخلاق في مجالات العمل وعلى ضرورة اختيار مدراء المنظمات لأهداف ذات مسؤولية اجتماعية نظرا لما تتضمنه هذه الأخيرة من مبادئ تهتم بأخلاقيات المهنية⁽³⁾.

¹ ياسين مزوري، أخلاقيات مهنة القضاة، الجزائر، دار الأملية للنشر والتوزيع، 2015، ص ص 07، 08.

² كريمة صراع، حورية بدرانة، "الإلتزام بأخلاقيات العمل داخل المنظمة كإداة للحد من الفساد الإداري مع انتشار حالات من الممارسات للأخلاقية"، مجلة التنمية والاقتصاد التطبيقي، جامعة المسيلة، الجزائر، المجلد: 02، العدد: 02، 2018، ص 203.

³ المرجع نفسه، ص 203.

1.1.1 تعريف أخلاقيات المهنة:

تعددت التعاريف التي تناولت مفهوم أخلاقيات المهنة وسط الباحثين فلم يستقر على تفسير واحد باعتبارها فئة فرعية من منظومة الأخلاق البشرية الجيدة يطلق عليها غالبا مفهوم الآداب المهنية، فقد عرفت بأنها مجموعة القواعد والمبادئ المجردة التي يخضع لها الموظف في تصرفاته أثناء إنجازه لأعماله، ويحكم إليها في تقييم سلوكه بوصفح حسن أو قبيح⁽¹⁾، كما عرفت بأنها وثيقة تحدد المعايير الأخلاقية والسلوكية الثابتة لأية مهمة وظيفية تتبناها جماعة مهنية أو مؤسسة لأجل تحمل المسؤوليات المهنية⁽²⁾.

وصنفها التوتنجي في دراسة له سنة 2015م إلى أخلاقيات عامة تشمل التحلي بالأخلاق الحسنة بغض النظر عن طبيعة مهامهم الوظيفية كأن يتحلوا بالأمانة والنزاهة، الصدق وحسن التعامل، وأن يلتزموا بالرقابة الذاتية واحترام مواعيد العمل؛ وأخلاقيات خاصة تشمل مجموعة الأخلاق التي يتوجب على العامل أو الموظف الإلتزام بها في ظل ما تمليه أنظمة العمل المحددة⁽³⁾.

يستمد الأفراد في المنظمات أخلاقهم المهنية من نظام القيم الاجتماعي الذي يجمع بين قيم العائلة، قيم الجماعة وقيم العمل باعتبار الإنسان إبن بيئته، ونظام القيم الشخصية الذي يجمع بين القيم الشخصية الفطرية والمعتقدات الدينية والمذهبية، إضافة للخبرات السابقة والمستوى التعليمي والحالة الصحية المرتبطة بالجانبين النفسي والجسماني⁽⁴⁾.

2.1.1 الإلتزام بأخلاقيات المهنة:

يشغل موضوع الإلتزام المهني (الوظيفي) حيزا واسعا في الدراسات التنظيمية المعاصرة لارتباطه بفعالية المنظمات ودرجة إنجاز الأعمال على مستواها وقد عرفه Porter بأنه استعداد الأفراد لبذل مزيد من الجهود لصالح منظمهم، وامتلاكهم لرغبة قوية للبقاء فيها وقبولهم بقيمتها وأهدافها الرئيسية⁽⁵⁾.

ذلك ويرتبط الإلتزام بأخلاقيات المهنة بموضوع الإلتزام التنظيمي الذي يفرض على الأفراد اتباع نهج ممارساتي يعكس حجم ولائهم الوظيفي - في إطار علاقة موظف ومهام- وسلوكهم التنظيمي الفعال، فضلا عن ذلك فإن النظام الأخلاقي لأية منظمة يعتمد على محور الإلتزام وما يترتب عنه من مسؤولية وجزاء، لذا فإنه لا بد من أن تتمتع قواعد العمل بما يضفي عليها طابع الإلزامية⁽⁶⁾.

في ذلك السياق فإن الإلتزام بأخلاقيات المهنة ينضوي على مجموعة من الأبعاد كالموضوعية التي يقصد بها حياد الموظفين عن أية تأثيرات جانبية، وأن لا تتعارض مصالحهم، وأن يتجنبوا ما يفقدهم استقلاليتهم أثناء أدائهم لمهامهم، بينما يقصد بالأمانة والنزاهة الحفاظ على حقوق الغير وأداء ما على الفرد والتحلي بقيم الصدق والإخلاص والعدل في العمل، في حين تعبر الشفافية عن ضرورة إفصاح الإدارة عن سياستها وتبنيها لإجراءات تقديم الخدمات وفق شروط وآليات معينة، إضافة لبعد المساءلة بغية ترجمة القدرة على تحمل مسؤولية الوظائف الرسمية وتقديم تقارير دورية

¹ كهيبة علوش، "الأخلاقيات المهنية في زمن الميديا الجديدة بين الاختراق والإلتزام"، مجلة الاتصال والصحافة، المدرسة الوطنية العليا للصحافة وعلوم الإعلام، الجزائر، المجلد:05، العدد:02، 2015، ص31.

² سالم بن عبدالله الطويرقي، توجيه الطلاب وارشادهم، الأردن، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، 2016، ص47.

³ نسرين الديسي، أخلاقيات مهنة التعليم بين النظرية والتطبيق، الأردن، داراليازوري العلمية للنشر والتوزيع، 2021، ص83.

⁴ العيدروس أغادير، أخلاقيات المهنة والسلوك الوظيفي (نظرة إسلامية)، مصر، مركز البحوث المهنية للإدارة، "يميك"، 2015، ص59.

⁵ عبد العالي بكرراوي، "مستوى الإلتزام التنظيمي في العمل (دراسة ميدانية بالمجمع الغازي شمال رقان-سالي -ولاية أدرار)"، مجلة الحقيقة للعلوم الاجتماعية والانسانية، جامعة أحمد دراية، ادرار، الجزائر، المجلد:20، العدد:02، 2021، ص335.

⁶ مسعودة حمامة، ابن عون الطيب، "الإلتزام بأخلاقيات العمل الإداري لدى مديري الإدارة الوسطى من وجهة نظر الموظفين دراسة ميدانية في المدرسة العليا للأساتذة بالأغواط"، مجلة الدراسات التسويقية وإدارة الأعمال، جامعة بشار، الجزائر، المجلد:03، العدد:01، 2019، ص22.

بشأن سير الأعمال، وتوضيح القرارات وتحمل النتائج المترتبة عنها، مع توضيح مدى النجاح والإخفاق في تنفيذ سياسات العمل⁽¹⁾.

2.1 علاقة الإلتزام بأخلاقيات المهنة بالثقة في الأداء المهني:

يرتبط مفهوم الثقة في الأداء بمفهوم الثقة التنظيمية حيث يثق كل مستوى في المنظمة بمخرجات أداء مستوى آخر، وقد عرفها كل من Robbins و Etal بأنها المتغير الأساسي للتنبأ بالمواقف التنظيمية للأفراد من الإلتزام في الأداء ورضا عن بعض السلوكات كالمواطنة التنظيمية⁽²⁾.

تختلف مستويات بناء الثقة في الأداء باختلاف درجة الإلتزام المهني لدى الأفراد بحيث يعبر الإلتزام الاستمراري عن رغبة الفرد القوية في الحفاظ على مكانته في منظمته إزاء ما توفره من مكافآت إضافة إلى قوة العلاقات الإنسانية في مناخها، في حين يعبر الإلتزام المعياري عن رغبة الفرد في بناء سمعة تنظيمية تخدمه أمام زملائه أو في حالة مغادرته المنظمة، أما الإلتزام العاطفي فيعبر عن الشعور بالإنتماء للمنظمة وتقبل قيمها⁽³⁾.

لذا فإن الثقة في الأداء تتأثر بمناخ المنظمة وبالدافع المهني لدى الأفراد وكذا بثقافتها التنظيمية التي ترسم في مجموعها مسار الإلتزام المهني لديهم، ذلك وتعد الثقة المعرفية أحد أنواع الثقة التي تشوب المنظمات لكونها تقوم على المعرفة المسبقة بالأفراد فتسهل توقع مستوى أدائهم حيث أن اختيار أكفأ الموارد البشرية يعتمد بالدرجة الأولى على الإجابة عن التساؤلات أهمها: من يمكن الوثوق به؟، كيف يمكن الوثوق به؟، وفي أي ظرف يمكن الوثوق به؟⁽⁴⁾

بغض النظر عن أهمية العامل البشري في مسألة اختيار الأفراد القادرين على طرح سلوكات تكسب الغير الثقة في أدوارهم المهنية فإن تحقيق التزم موثوق بأخلاقيات المهنة يجب أن يراعي أمران أساسيان آخران هما:

العوامل المتعلقة بيئة العمل الداخلية: المنظمة الناجحة هي المنظمة التي يقودها أكفاء ذوي مهارات عالية، فكلما اعتمدت سياسة عادلة في توزيع الأجور والتحفيز، إرتفعت درجة الإلتزام لدى أفرادها وكذا حسهم بالمسؤولية⁽⁵⁾.

العوامل المتعلقة بطبيعة الوظيفة: تؤثر طبيعة الوظيفة من حيث مجالها ودرجة التوتر فيها على مستوى الإلتزام المهني فتتعدد مجالاتها، الاستقلالية والتحدي والتغذية الراجعة كذلك الشعور بالمسؤولية كلها مرتبطة بالإلتزام، وعندما تتسم المهنة بدرجة عالية من التوتر ينجم عن ذلك صراع الأدوار فلا تتضح هذه الأخيرة لدى الأفراد ويسود عدم الإلتزام بالمهام في وسطهم المهني⁽⁶⁾.

بناء على ما سبق فإن توفير مناخ تنظيمي يعكس حجم الثقة في أداء المورد البشري استنادا على عامل الإلتزام بأخلاقيات المهنة يتطلب أن يؤسس ذلك الأخير وفق مداخل تعين على تنميته كإلشراك المهني للأفراد في اتخاذ القرارات،

¹ عبد الهادي عباد، نصر الدين بن سادات، "آليات تنمية الإلتزام بأخلاقيات الإدارة في الإدارة العمومية الجزائرية"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة (إ)، الجزائر، المجلد: 08، العدد: 01، 2021، ص ص 915، 916.

² شهاب أحمد جنان، "الثقة التنظيمية المدركة كآلية لدعم وتعزيز إدارة المرفؤوس للرئيس من منظور الأداء السياقي - دراسة تحليلية لآراء الملاك الوظيفي في كلية الإدارة والاقتصاد بجامعة القادسية"، المجلة العراقية للعلوم الإدارية، جامعة كربلاء، العراق، المجلد: 01، العدد: 53، 2017، ص 277.

³ عوض القيسي خليل، المناخ الأخلاقي وعلاقته بالاحتراف النفسي والإلتزام التنظيمي لدى رؤساء الاقسام في مديريات التربية والتعليم، الأردن، دار البازوري العلمية للنشر والتوزيع، د.ت.ن، ص ص 26، 27.

⁴ Voynnet Forboul Catherine, la confiance, (12-2007), sur : <https://docplayer.fr/4468283-Mis-a-jour-decembre-2007-catherine-voynnet-fourboul-la-confiance.html>, consulté le : 15-12-2021, à 18 :03.

⁵ يوسف دودين أحمد، إدارة التغيير التنظيمي، الأردن، دار البازوري العلمية للنشر والتوزيع، 2020، ص 187.

⁶ إبراهيم شهاب فادية، التطوير التنظيمي: القواعد النظرية والممارسات التطبيقية، المملكة المتحدة، دار الأكاديميين للنشر والتوزيع، 2014، ص 48.

وايجاد نوع من المصلحة بين المنظمات وأفرادها، ناهيك عن استقطاب الموظفين الجدد الذين لا تختلف قيمهم عن قيم المنظمة المستقطبة⁽¹⁾.

2. إشكالية الثقة بمخرجات الأداء الطبي في المستشفيات الجزائرية، ومؤشرات ضعف الإلتزام بأخلاقيات مهنة الطب:

تعتبر مهنة الطب من المهن التي تلقى تقديرا اجتماعيا كبيرا، فمن الناحية الإنسانية فإن سلامة الأبدان مرهونة بدقة العلاج وبممارسة فعالة للأداء الطبي، وهذا الأخير مرهون بدوره بالقدرات العلمية العالية لدى ممارسي النشاط الطبي، وبالرجوع لنقطة الثقة المعرفية المتطرق إليها في المحور السابق نجد أنها الأساس الذي يحدد تعاملات المواطن الجزائري مع فئة الأطباء في ظل تعدد الأخصائيين في القطاع العام والخاص.

يعود التفكير بموضوع أخلاقيات الطب في إطار العمل الصحي لحقب زمنية مضت مروراً بالعصور الوسطى وبداية العصر الحديث مع جهود الأطباء المسلمين كإسحاق بن علي الرحاوي من خلال مؤلفه "آداب الطب"، وقد عرفت أخلاقيات العمل الصحي بأنها مجموعة الأخلاقيات التي تبحث في مشاكل تعامل الأطباء مع المرضى ومع زملائهم، وهي كذلك تعبر عن مجموعة القوانين واللوائح المتعارف عليها طبيا والقيم التي تكتسب من قبل الهيئات الطبية التي تشتمل على حق المريض في اختيار أو رفض طرق العلاج (الاستقلال الذاتي)، والمعاملة الحسنة والعدالة في توزيع المصادر الصحية دون المساس بكرامة المريض⁽²⁾.

يُعتبر إئتمان المريض على وضعه الصحي الجسدي أو النفسي للطبيب المعالج على درجة من الثقة المسبقة في مخرجات أدائه الطبي، ومنه فتحقيق الثقة بالأداء الطبي في الجزائر يستدعي أن يحقق القائمون عليه التزاما مهنيا يعكس فعالية ممارستهم المهنية، في ظل ذلك حدد المشرع الجزائري مؤشرا أساسيا يعكسان مدى الإلتزام بممارسة مهنة الطب هما: الحفاظ على السر المهني: جرم المشرع الجزائري إفشاء السر المهني الطبي بعقوبة الحبس والغرامة المالية بحيث نصت المادة 301 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة مالية تتراوح بين 20.000 دج إلى 100.000 دج الأطباء، الجراحون، الصيادلة والقابلات وجميع المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة، أو المؤقتة على أسرار أدلي بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يوجب فيها القانون ذلك⁽³⁾.

وبدوره نص قانون الصحة 18-11 الصادر بتاريخ 02 يوليو 2018 المعدل والمتمم للقانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها في المادة 23 من الفصل الأول على أنه يجب إعلام كل شخص بحالته الصحية والعلاج الذي يتطلبه والإخطار التي يتعرض لها، كما أشارت المادة 24 منه على أن لكل شخص الحق في احترام حياته الخاصة وسر المعلومات الطبية المتعلقة به باستثناء الحالات المنصوص عليها صراحة في القانون⁽⁴⁾.

وبخصوص تقليل حجم الأخطاء الطبية نصت المادة 239 من القانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها على أنه يتابع طبقا لأحكام المادتين 288 و289 من قانون العقوبات كل طبيب، جراح أسنان، صيدلي أو مساعد طبي عن كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه خلال ممارسة مهامه يعرض الأشخاص للعجز المستديم أو الوفاة، كما نصت المادة 238 من

¹ عبد عطية بحر يوسف، "محمد أبو جياب محمد، علاقة مداخل تنمية الإلتزام التنظيمي بمستوى الإلتزام التنظيمي لدى ضباط الشرطة الفلسطينية في قطاع غزة"، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، المجلد: 25، العدد: 02، 2017، ص 30-27.

² يحيواي مريم، "دور أخلاقيات الأعمال في تحسين جودة الخدمة الصحية"، مجلة أبحاث اقتصادية وإدارية، جامعة محمد خيضر بنيسكرة، الجزائر، المجلد: 01، العدد: 02، 2017، ص 139.

³ زواوي شتة، "الإلتزام بكتتمان السر الطبي: المفهوم، الحدود، والجزاء"، مجلة الحقيقة للعلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة أحمد دراية، ادرار، الجزائر، المجلد: 18، العدد: 48، 2019، ص 417.

⁴ قانون رقم 18-11، المؤرخ في 02 يوليو 2018، يتعلق بالصحة، معدل ومتمم، جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية، عدد: 46، الصادرة بتاريخ 29 يوليو 2018.

نفس القانون على أنه يمنع كل طبيب من أن يشهد زورا أو عمدا بهدف تظليل شخص طبيعى أو معنوي في مسائل تتعلق بالأخطاء المهنية الطبية⁽¹⁾. وقد أشارت المادة 413 من القانون 18-11 المعدل و المتمم للقانون السابق ذكره أنه باستثناء الضرورة الطبية المبررة يعاقب طبقا للمواد 288، 289، 442 (الفقرة 02) من قانون العقوبات كل مهني الصحة من كل تقصير أو خطأ مهني تم إثباته تم ارتكابه خلال ممارسة مهامه أو بمناسبة القيام بها ويلحق ضرا بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته أو يحدث له عجزا مستديما أو يعرض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته،

للإشارة فإن الأخطاء الطبية تضم كلا من الأخطاء الطبية العلاجية التي تشمل إهمال شروط الأمان اتجاه المشاكل الصحية للعملاء كالتعقيم، ضعف الثقافة الصحية لدى لقائمين على معالجة المشاكل الصحية، إضافة لمحدودية الخبرة الطبية والإمكانيات الطبية المتاحة، كذلك السرعة في اتخاذ القرارات الطبية دون تدقيق في المعالجة⁽²⁾. والأخطاء طبية استشفائية كتلك المتعلقة بمخاطبة الأفراد بحالتهم المرضية أو بحسب الأرقام التي تقدم إليهم كالقول مريض رقم كذا في الجناح كذا، وإغفال عاملي الراحة والخصوصية المرضية لطالبي العلاج، وعدم الاكتراث بخلفياتهم الاجتماعية، زيادة على غياب الرقابة على الأداء الطبي ومستخدمي الصحة العامة⁽³⁾، غير أن المطالع على الواقع الصحي الجزائري سيجد بأن أداء الأطباء تحكمه ضوابط قانونية كتلك المتطرق إليها سلفا وعليه فإن عدم الإلتزام بأخاقيات ممارسة مهنة الطب يترتب عنه ما يلي:

المساءلة، الإندار والتوبيخ: تتضمن الأولى العقوبات التي تنتج عن متابعة الأطباء تأديبيا، أما الثانية والثالثة فينجر عنهما حرمان الطبيب من حقه في الإنتخاب على مستوى الفروع التنظيمية للأطباء لمدة 03 سنوات كذلك بالنسبة للتوبيخ. المنع من الممارسة وغلق المؤسسة الصحية: يقصد بالأول الإمتناع مدة معينة عن ممارسة مهنة الطب وحرمانه من الإنتخاب لمدة 05 سنوات، في حين تظطر السلطة المحولة في ظل الثاني لغلق العيادة أو المؤسسة الإستشفائية بصفة مؤقتة أو نهائية⁽⁴⁾.

وفي ظل غياب دراسات إحصائية تتناول الحجم السنوي للأخطاء الطبية الممارسة في المستشفيات الجزائرية، يمكن الإشارة إلى وجود مؤشرات ثانوية تعبر بشكل أو بآخر عن ضعف الإلتزام المهني لدى الأطباء الجزائريين أولها مرتبط بعدم تحمل المسؤولية الطبية إزاء المؤسسات الصحية محل تكوينهم وانشغالهم بمسألة الهجرة بدل ترقية القطاع الصحي الوطني، إذ سجلت كندا بين الفترة 1992 و 2006 هجرة 10860 طبيبا جزائريا، واستقر حوالي 7000 طبيب في فرنسا في الفترة نفسها، وقد سجل لدى المجلس الفرنسي للإحصاءات حوالي 13500 طبيب سنة 2014 رغم تحديد الدولة الفرنسية لمعايير قبول الأطباء الجزائريين سنة 2010 للتقليل من نزوحهم، وعليه فغن هجرة أغلب اللاأطباء المكونين صوب الخارج يقلل من مستوى الثقة في الأداء الاستشفائي الوطني⁽⁵⁾.

أما المؤشر الثاني فيتعلق بهجرة المرضى للعلاج في الخارج وقد أكد رئيس الرابطة الوطنية للدفاع عن حقوق الإنسان أن نصف مليون مريض جزائري يعالجون في الخارج سنويا، مشيرا إلى مستشفى "ميديستان" التركي الذي

¹ نوال مجدوب، محمد كريم طالب، "أشكال الجريمة الطبية وطرق إثباتها في ضوء القانون الجزائري"، مجلة تحولات، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، المجلد: 02، العدد: 01، 2019، ص 22.

² ابراهيم بولفلغل، راضية لزغد، "دور الرقابة في تقديم الخدمة الصحية في المؤسسات الصحية الجزائرية - الأخطاء الطبية نموذجا"، مجلة آفاق للعلوم، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، المجلد: 03، العدد: 01، ص 95.

³ المرجع نفسه، ص 95.

⁴ كريم عشوش، "المسؤولية التأديبية للطبيب العامل بالقطاع الخاص"، مجلة معارف، جامعة محمد أولحاجن البويرن الجزائر، المجلد: 11، العدد: 21، 2016، ص 118، 119.

⁵ فاطمة مانع، "أسباب هجرة الكفاءات الجزائرية وأثارها السلبية على التنمية"، مجلة الاقتصاد الجديد، جامعة خميس مليانة، الجزائر، المجلد: 02،

العدد: 15، 2016، ص 275، 276

استقطب حوالي 450 ألف مريض جزائري سنة 2018م، وحوالي 10 آلاف آخرين يعالجون في المستشفيات الفرنسية، و100 ألف في المستشفيات التونسية⁽¹⁾.

لم يتوقف الأمر عند الأخطاء الطبية فحسب بل تعداه لمحاربة صور الفساد والمحسوبية في الممارسات الطبية للحد من صور الفساد في القطاع الصحي، فقد نص القانون 11-18 المتعلق بالصحة من خلال فصله الثاني المتعلق بشروط ممارسة مهنة الصحة في قسمه الثاني المتعلق بالقواعد الخاصة بممارسة مهنيي الصحة من خلال نص المادة 184 على أنه يمنع تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في التشريع والتنظيم العلمول بهما على كل مهنيي الصحة أن يقبل مباشرة أو عن طريق شخص وسيط في إطار مهامه هدايا، أو تبرعات أو مكافآت أو امتيازات مهما كانت طبيعتها، ونصت المادتين 185، و188 من الفصل الثالث من نفس القانون والمتعلق بالممارسات غير الشرعية لممارسي الصحة على أنه يمارس بصفة غير شرعية مهام الصحة كل من لا ستوف الشروط المنصوص عليها في نفس القانون، وأنه يمنع على كل مهنيي الصحة الذي منع من الممارسة من تقديم فحوصات أو تحرير وصفات، أو تحضير وتقديم ادوية لتطبيق علاج أو استعمال أي أسلوب علاجي تابع للطب، أو طب الاسنان والصيدلة⁽²⁾.

1.2 متطلبات تحقيق حوكمة صحية أساسها الإلتزام الموثوق بأخلاقيات مهنة الطب في المستشفيات الجزائرية:

سعت الجزائر في اتجاهها نحو إصلاح وتحسين أداء أجهزتها الحكومية على إختلاف توجهاتها القطاعية لتبني إستراتيجية الحوكمة في من خلال ميثاق حوكمة المؤسسات لسنة 2009م، الذي حمل عنوان "ميثاق الحكم الراشد للمؤسسة في الجزائر" الصادر من قبل اللجنة الوطنية لحوكمة المؤسسات وجمعية CARE للحوكمة بالتعاون مع كل من المنتدى العالمي لحوكمة المؤسسات GCGF ومؤسسة التمويل الدولية IFC، وقد تضمن الميثاق مجموعة من المبادئ في كنف مقاربة تصب أهدافها في إصلاح وتطوير المؤسسات، إذ اعتبر مبدأ الإلتزام بأخلاقيات المهنة أهمها وعلى ضوء ذلك باتت المؤسسات منوطة بإصدار مدونات أخلاقيات المهنة تضم بدورها مبادئ فرعية لها علاقة بالسلوك الوظيفي المرغوب⁽³⁾.

ولما كانت طبيعة المؤسسات الصحية تركز على كون العامل الإنساني هو محرك أساسي، كان للحرص على الإلتزام بأعلى مستويات الأخلاق المهنية في بيئتها آلية لضمان عدم تعرض المريض للإقصاء والتمييز، ومنه تتجلى أهمية الحوكمة الصحية في تعزيز عدالة العلاج والرعاية الصحية على مستوى مؤسسات القطاع الصحي بالتركيز على الأدوار المنوطة بالموارد البشري الإستشفائي خاصة منه فئة الأطباء⁽⁴⁾.

وبما أن المستشفيات في الجزائر تعرف إقبالا كبيرا من طرف طالبي الخدمات الصحية فقد أثر ذلك على طبيعة الأداء لدى فئة الأطباء خاصة في الآونة الأخيرة وما عرفه قطاع الصحة من صراع في الأدوار عقب تفشي فيروس -Covide- 19 فقد بات تحقيق أداء طبي فعال يخدم سمعة المؤسسات الصحية ويعزز الثقة في كفاءة الأداء الإستشفائي الوطني يتطلب العمل بمقاربة تشاركية تتحد فيها جهود الأطباء على مستوى القطاع الصحي بشقيه العام والخاص بغية تحقق الإلتزام الإستشفائي أولا في علاقة طبيب -مريض وكذا الإلتزام القطاعي بطرح مخرجات صحية فعالة.

¹ الرابطة الجزائرية للدفاع عن حقوق الانسان، نصف مليون يعالجون خارج الجزائر سنويا، (12-2020)، نقلا عن موقع: <https://laddh->

algerie.org/?p=1412، أطلع عليه بتاريخ "2021_12-18، 01:14:01 سا.

² قانون رقم 11-18، مرجع سابق ذكره.

³ حسين زاوش، "حوكمة إدارة الموارد البشرية في الجزائر بين المقاربة النظرية والنصوص القانونية"، دفا تر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، المجلد: 13، العدد: 01، 2021، ص ص 426-428.

⁴ المركز الدولي لاستثمارات الحوكمة والالتزام، IGCC، (د.ت.ن)، نقلا عن موقع: [/https://www.igcc-eg.com](https://www.igcc-eg.com)

، أطلع عليه بتاريخ: 17-12-2021، 23:22 سا.

لذا فقد كان ترخيص المشرع الجزائري بممارسة النشاطات الصحية في القطاع الخاص بصدور القانون 88-15 المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المتضمن النشاطات المرخصة، وتحديده من خلال المرسوم رقم 88-204 لشروط إنجاز وكيفية فتح العيادات الخاصة وسيرها ضمن سياسة الإصلاح المنتهجة منذ سنة 2007م التي استهدفت الخدمات العمومية في مجال الصحة وتقريبها من المواطن عبر تشييد مؤسسات صبية جوارية بموجب المرسوم التنفيذي 07-140 يعبر بشكل أو بآخر عن السعي تخفيف الأعباء على ممارسي النشاط الطبي لتفادي تنامي ضغوط العمل التي تكون سببا في الخروج عن حيز التزامهم بأخلاقيات ممارسة مهنة الطب⁽¹⁾.

بيد أنه على الرغم إزدواجية القطاع الصحي الجزائري وما يشهده من ارتفاع في تعداد مورده البشري الطبي والشبه الطبي إلا أن أدائه لا يلق غالبا استحسانا، الأمر الذي أثر على ثقة المواطنين في فعالية الأداء الطبي، فالمطلع على آخر احصائيات سُجلت بشأن التركيبة البشرية للقطاع بين سنتي 2016م و2018م يلمس تضاربا في تنوع الكادر البشري الطبي المتخصص لا يتناسب طردا مع ارتفاعا مستوى عدم الرضا عن مخرجات الأداء الاستشفائي الجزائري، وفيما يلي جدول يعبر عن حجم المورد البشري الطبي والشبه الطبي بالمؤسسات الصحية الوطنية:

الجدول 01: تعداد المورد البشري للقطاع الصحي الجزائري بين السلك الطبي والشبه الطبي في في القطاعين العام والخاص خلال الفترة الممتدة بين 2016م و2018م:

عدد العمال في السلك الطبي	سنة 2016	سنة 2017	سنة 2017
الأطباء	14.937	78.838	81.751
جراحو الأسنان	13.747	14.263	10.008
الصيدالة	11.888	13.337	12.890
المجموع	100.572	105.438	109.589
عدد العمال في السلك الشبه الطبي:	سنة 2016	سنة 2017	سنة 2018
تقنيون سامون	87.575	86.695	91.152
تقنيون	4070	3267	3260
مساعدون في السلك الشبه الطبي	35.720	37.662	44.820
المجموع	127365	127624	139232

المصدر: الديوان الوطني للاحصائيات ONS، الجزائر بالأرقام نتائج 2016-2018، (د.ت.ن)، نقلا عن موقع:

<https://www.ons.dz/spip.php?rubrique327>، اطلع عليه بتاريخ: 17-12-2021، 00:45 سا، صفحة 22

من خلال الأرقام التي تضمنها الجدول أعلاه يتبين أن أجهزة القطاع الصحي الوطني تعرف تضخما بشريا كفيلا بأن يقلص حجم مشاكله خاصة تلك المتعلقة بنوعية الأداء الطبي، غير أنه عاجز عن بلوغ ذلك رغم مساعي إصلاح القطاع وفتح شراكات وتوفير موارد مادية تغطي حاجياته، ولعل ذلك لا يعزو لسبب آخر إنما يعزو لضعف الإلتزام بأخلاقيات مهنة الطب في ظل تعدد التخصصات وغياب التنسيق المهني بين الأطباء و الجهات المشرفة عليها، لذا كان تبني سياسة حوكمة الصحة أمرا حتميا.

غير أن العمل على خطة حوكمة مؤسسات القطاع الصحي في أية دولة يقتضي التركيز على دور المورد البشري بالاعتماد على سياسات أو استراتيجيات فرعية تضمن سهولة تحقيق الخطة الرئيسية وهنا تكمن أهمية حوكمة الموارد

¹ إيمان العباسي، "تقييم فاعلية السياسات الصحية في معالجة الاختلالات المتعلقة بتمويل الخدمات الصحية- دراسة حالة الجزائر"، المجلة الجزائرية للدراسات السياسية، المدرسة الوطنية العليا للعلوم السياسية بالجزائر، المجلد: 05، العدد: 01، 2018، ص ص14، 15.

البشرية بالمؤسسات الاستشفائية حتى يسهل ضمان التزامه بمهامه الوظيفية وبما تتطلبه من أخلاق -خاصة مهنة الطب- تحقق الثقة في الأداء الاستشفائي بالتالي الإقرار بوجود أسس فعالة تقام عليها الحوكمة الصحية.

وإذا كان المقصود بالحوكمة مجموعة القوانين والنظم والقرارات التي تهدف لتحقيق الجودة والتميز في الأداء عن طريق اختيار الأساليب المناسبة والفعالة لتحقيق خطط وأهداف المنظمات⁽¹⁾، فإن حوكمة الموارد البشرية حسب التعريف الذي صدر عن اتحاد البنوك المصرية عرفها على أنها مفهوم إداري تم تطويره في السنوات الأخيرة كإجراء للتأكد من أن العنصر البشري في أي مؤسسة خاضع للأخلاقيات والكفاءات المطلوبة في العمل بهدف وضع الإمكانيات اللازمة لإخضاع إجراءات العمل المرتبطة بإدارة الموارد البشرية لمنظومات الأخلاقيات⁽²⁾.

كغيرها من الدول واجهت الجزائر في توجيهها نحو حوكمة مؤسساتها الاستشفائية -في سبيل الرقي بأدائها- تحديات أخرت عجلة إصلاح قطاعها الصحي كتلك المتعلقة بالفساد الإداري، التدخل المفرط للجهات الوصية في تسيير المستشفيات، وتسجيل عجز في مجال الإنعاش الطبي وعمليات زرع الأعضاء والأنسجة، ناهيك عن قدم الأجهزة الطبية وانعدام التكفل الطبي بالعلاج المتخصص سيما في المناطق الجنوبية⁽³⁾، ذلك راجع إلى خصائص البيئة الاستشفائية الجزائرية التي تتميز بما يلي:

- تنوع المورد البشري وتوزيعه في القطاع الصحي: تحتل الكتلة العمالية في القطاع الصحي المرتبة الثالثة في التوظيف العمومي عقب كل من قطاع التربية والجماعات المحلية لانقسامها لثلاث فئات تشمل السلك الطبي، الشبه الطبي، والسلك الإداري التقني، وهي تتوزع في ربوع الوطن بشكل غير عادل خاصة بالنسبة للأطباء الاختصاصيين أين تعرف مناطق الهضاب العليا والمناطق الجنوبية عجزا في ذلك رغم الارتفاع السنوي لعدد الأطباء في الجزائر.
- إختلاف اللغات (المتطلبات المهنية حسب السلك): هناك إختلاف بين الطبيب، الممرض، والإداري في الأهداف ودرجة التفاعل مع المشاكل نظرا لاختلاف اللغات التقنية والإدارية مما يصعب عملية إتصال أين يسعى كل طرف للاستحواذ على اتخاذ القرار في ظل إختلاف المشروعات القانونية والفعالية⁽⁴⁾.
- تقلص الوزن الاجتماعي لمهنة الطب: لقد فقدت مهنة الطب مكانتها المرموقة اجتماعيا نتيجة لجملة من العوامل كتلك المرتبطة بالديموغرافية الطبيعية، التكوين المكثف للأطباء، والتحكم الحكومي بتكاليف الصحة وانتقال الأطباء إلى القطاع الخاص ما خفض حجم العمل الساعي بالمؤسسات العامة الأمر الذي عكست نتائجه عدم إلتزامهم بمهامهم المهنية في المؤسسات الوطنية العامة⁽⁵⁾.
- لم يتوقف الأمر على ذلك لأن إلتزام الأفراد لا يحكمه التغلب على الصعوبات التي تعرفها البيئة المهنية إنما تعداه لمتطلبات أخرى من شأنها ضبط سلوك الأطباء لارتباطها بعوامل ثانوية كالرغبة في الإنجاز والضمير المهني، وبما أن

¹ بن عروس جمال، هيمنة نادية، تفعيل الحوكمة من منظور المسؤولية الاجتماعية للكفاءات (الإدارة والمسيرين) دراسة حالة اتصالات الجزائر، مجلة اقتصاديات المال والأعمال، المجلد: 03، العدد: 02، جامعة حمزة لخضر الوادي، الجزائر، 2018، ص 121.

² إتحاد بنوك مصر، حوكمة الموارد البشرية، د.ت.ن، نقلا عن موقع: <https://www.febanks.com/ar/99/internship/70/--%D8%AD%D9%88%D9%83%D9%85%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%88%D8%A7%D8%B1%D8%AF-%D8%A7%D9%84%D8%A8%D8%B4%D8%B1%D9%8A%D8%A9>

³ حبيبة قشي، "الإصلاحات الجديدة للنظام الصحي في الجزائر (الواقع والآفاق)"، مجلة العلوم الاقتصادية والتسيير والعلوم التجارية، جامعة المسيلة، الجزائر، المجلد: 14، العدد: 01، 2021، ص 457، 458.

⁴ أشواق الحسني قاسمي، "المؤسسة العمومية الاستشفائية في مواجهة التغيرات التنظيمية (الإصلاحات الاستشفائية) دراسة ميدانية بالمؤسسة الاستشفائية العمومية بعين وسارة"، مجلة صوتيات جامعة البليدة 02، الجزائر، العدد: 18، د.ت.ن، ص 322، 323.

⁵ عمروش بوشلاغم وآخرون، "دور مراقبة التسيير في نشوء حوكمة جديدة بالمؤسسات الصحية العمومية في الجزائر"، مجلة دراسات اقتصادية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، المجلد: 01، العدد: 04، 2017، ص 325-327.

مسألة الرقابة الذاتية على الأداء في البيئات التنظيمية للدول النامية أمر مستبعد تحقيقه فبالإضافة لمدونة أخلاقيات مهنة الطب التي تحدد الإلتزامات الأخلاقية لسلوكات الطبيب والصيدلي الجزائري قد أنشأ المشرع جهازين لمتابعة مدى الإلتزام بتلك الأخلاقيات كخطوة تحقق أهداف حوكمة المورد البشري الاستشفائي، من ثم إمكانية الاعتماد على الوثوق في أدائه لرسم المسار الصحيح لحوكمة القطاع الصحي، هذان الجهازان هما:

المجلس الوطني لأخلاقيات الطب: أنشأ بموجب القانون 05-85 وهو مشكل حسب نص المادة 2/267 من فرع الأطباء، جراحو الأسنان، والصيدالة؛ يضطلع بالسلطة التأديبية ويبحث في المخالفات المرتبطة بقواعد الآداب الطبية يندرج تحته مجموعة من الأجهزة كالجمعية العامة المكونة من كافة أعضاء الفروع التنظيمية الثلاث، ومجلس وطني مكون من أعضاء مكاتب الفروع النظامية الوطنية، إضافة لمكتب رؤساء الفروع القطاعية وعضو منتخب من القطاع العام في حالة إذا كان الرئيس من القطاع الخاص أو العكس⁽¹⁾، يضطلع هذا المجلس بمعالجة المسائل ذات الإهتمام المشترك بين الأطباء، الصيدالة وجراحو الأسنان، تسيير الممتلكات وتولي التقاضي، وممارسة السلطة التأديبية من خلال الفروع التنظيمية التي تشكل⁽²⁾.

المجالس الجهوية لأخلاقيات مهنة الطب: يبلغ عددها 12 مجلسا جهويا موزعا عبر التراب الوطني، يضم كل جهاز جهوي ولاية أو أكثر تدخل في دائرة اختصاصه⁽³⁾.

بناء على ذلك فإن المسؤولية الرقابية لتلك الأجهزة على الأداء الطبي تعين على تحقيق حوكمة صحية تستند فيها فاعلية الأداء الصحي على استراتيجية حوكمة المورد البشري الطبي المرتكزة بدورها على الإلتزام بأخلاقيات مهنة الطب، الأمر الذي من شأنه أن يضمن كسب ثقة طالبي الخدمات الصحية في جهود المورد البشري الاستشفائي ثم الثقة في الأداء القطاعي ككل.

خاتمة:

نستنتج من خلال هذه الدراسة أن أخلاقيات المهنة هي مجموعة القيم التي تربط الموظف بمهامه في نطاق مسؤولية مهنية تراعى فيها مبادئ الموضوعية، الأمانة، الشفافية والمسائلة عند، وأن الثقة بالأداء المهني الطبي مرتبط بشكل وثيق بمدى التزام الأطباء بمتطلبات مهامهم التي لا يجب أن تنحاز عن ضوابطها المحددة في مدونة أخلاقيات مهنة الطب حسب ما نص عليه المشرع الجزائري، لأن الثقة بمدى التزامهم بها من شأنه خدمة أهداف الحوكمة الصحية الوطنية علما أن حوكمة المورد البشري الطبي هي استراتيجية فعالة لا يمكن تخطي أهميتها في إنجاح ذلك، علما أن التسيير الفعال للمورد البشري الطبي الجزائري لم يعد بحاجة لقواعد قانونية تملئ عليه واجباته فحسب بل هو بحاجة لسياسات تسيير استشفائية تفعل الدور الإيجابي لتلك القوانين على أرض الواقع بشكل لا يمس بمستوى ثقة المواطن الجزائري في جودة الخدمات الصحية الوطنية على مستوى القطاعين العام والخاص، انطلاقا من ذلك يمكن تأكيد صحة الفرضية القائلة بأن الثقة في الأداء الاستشفائي الوطني تقتضي تفعيل سياسة حوكمة الصحة ما تتضمنه من استراتيجية حوكمة موردها البشري الطبي وضمان التزامه بأخلاقياته المهنية؛ وعليه يمكن الخروج بمجموعة المقترحات كضرورة التفكير في رسم سياسات فعالة منوطة بالتسيير الحسن للمورد البشري الطبي الوطني، ووضع مخططات خاصة برقابة الأداء الطبي تستند إليها عملية تحديد الجزاءات والعقوبات وفق مؤشرات قياسية خاصة ما تعلق بالأخطاء الطبية.

¹ أمال حابت، "المساءلة التأديبية للطبيب وفق مدونة أخلاق الطب الجزائرية"، المجلة النقدية، المجلد: 03، العدد: 02، د.ت.ن، ص 187، 188.

² المرجع نفسه، ص 189.

³ إيمان أوسعد، "المسؤولية التأديبية للأطباء بالمرافق الاستشفائية العمومية وفقا لمدونة أخلاقيات مهنة الطب"، مجلة دراسات قانونية وسياسية،

جامعة امجد بوقرة، بومرداس، الجزائر، المجلد: 03، العدد: 02، د.ت.ن، ص 45.

6. قائمة المراجع:

المراجع باللغة العربية:

القوانين:

1. قانون رقم 18-11، المؤرخ في 02 يوليو 2018، يتعلق بالصحة، معدل ومتمم، جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 46، الصادرة بتاريخ 29 يوليو 2018.
الكتب:

2. ياسين مزوري، أخلاقيات مهنة القضاة، الجزائر، دار الأملية للنشر والتوزيع، 2015.
3. سالم بن عبد الله الطويرقي، توجيه الطلاب وإرشادهم، الأردن، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، 2016، ص 47.
4. نسرین الديسي، أخلاقيات مهنة التعليم بين النظرية والتطبيق، الأردن، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع.
5. عوض القيسي خليل، المناخ الأخلاقي وعلاقته بالاحترق النفسي والالتزام التنظيمي لدى رؤساء الأقسام في مديريات التربية والتعليم، الأردن، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، د.ت.ن.
6. يوسف دودين أحمد، إدارة التغيير التنظيمي، الأردن، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، 2020.
7. إبراهيم شهاب فادية، التطوير التنظيمي: القواعد النظرية والممارسات التطبيقية، المملكة المتحدة، دار الأكاديميين للنشر والتوزيع، 2014.
8. العبدروس أغادير، أخلاقيات المهنة والسلوك الوظيفي (نظرة إسلامية)، مصر، مركز البحوث المهنية للإدارة، "يميك"، 2015.

المجلات:

9. كريمة صراع، حورية بدرانة، "الالتزام بأخلاقيات العمل داخل المنظمة كأداة للحد من الفساد الإداري مع انتشار حالات من الممارسات اللاأخلاقية"، مجلة التنمية والاقتصاد التطبيقي، جامعة المسيلة، الجزائر، المجلد: 02، العدد: 02.
10. كهينة علواش، "الأخلاقيات المهنية في زمن الميديا الجديدة بين الاختراق والالتزام"، مجلة الاتصال والصحافة، المدرسة الوطنية العليا للصحافة وعلوم الإعلام، الجزائر، المجلد: 05، العدد: 02، 2015.
11. عبد العالي بكرابي، "مستوى الإلتزام التنظيمي في العمل (دراسة ميدانية بالمجمع الغازي شمال رقان-سالي -ولاية أدرار)"، مجلة الحقيقة للعلوم الاجتماعية والانسانية، جامعة أجند دراية، أدرار، الجزائر، المجلد: 20، العدد: 02، 2021.
12. مسعودة حمامة، ابن عون الطيب، "الالتزام بأخلاقيات العمل الإداري لدى مديري الإدارة الوسطى من وجهة نظر الموظفين دراسة ميدانية في المدرسة العليا للأساتذة بالأغواط"، مجلة الدراسات التسويقية وإدارة الأعمال، جامعة بشار، الجزائر، المجلد: 03، العدد: 01، 2019.
13. عبد الهادي عباد، نصر الدين بن سادات، "آليات تنمية الإلتزام بأخلاقيات الإدارة في الإدارة العمومية الجزائرية"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة (1)، الجزائر، المجلد: 08، العدد: 01، 2021.
14. شهاب أحمد جنان، "الثقة التنظيمية المدركة كآلية لدعم وتعزيز إدارة المرؤوس للرئيس من منظور الأداء السياقي - دراسة تحليلية لآراء الملاك الوظيفي في كلية الإدارة والاقتصاد بجامعة القادسية"، المجلة العراقية للعلوم الإدارية، جامعة كربلاء، العراق، المجلد: 01، العدد: 53، 2017.

15. عبد عطية، بحر يوسف، "محمد أبو جياب محمد، علاقة مداخل تنمية الإلتزام التنظيمي بمستوى الإلتزام التنظيمي لدى ضباط الشرطة الفلسطينية في قطاع غزة"، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، المجلد: 25، العدد: 02، 2017.
16. يحيوي مريم، "دور أخلاقيات الأعمال في تحسين جودة الخدمة الصحية"، مجلة أبحاث اقتصادية وإدارية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، المجلد: 01، العدد: 02، 2017.
17. زواوي شتة، "الإلتزام بكتمان السر الطبي: المفهوم، الحدود، والجزاء"، مجلة الحقيقة للعلوم الانسانية والاجتماعية، جامعة أحمد دراية، ادرار، الجزائر، المجلد: 18، العدد: 48، 2019.
18. نوال مجدوب، محمد كريم طالب، "أشكال الجريمة الطبية وطرق إثباتها في ضوء القانون الجزائري"، مجلة تحولات، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، المجلد: 02، العدد: 01، 2019.
19. ابراهيم بولفلغل، راضية لزغد، "دور الرقابة في تقديم الخدمة الصحية في المؤسسات الصحية الجزائرية - الأخطاء الطبية نموذجاً"، مجلة آفاق للعلوم، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، المجلد: 03، العدد: 01، 2016.
20. كريم عشوش، "المسؤولية التأديبية للطبيب العامل بالقطاع الخاص"، مجلة معارف، جامعة محند أولحاجن البويرن الجزائر، المجلد: 11، العدد: 21، 2016.
21. فاطمة مانع، "أسباب هجرة الكفاءات الجزائرية وأثارها السلبية على التنمية"، مجلة الاقتصاد الجديد، جامعة خميس مليانة، الجزائر، المجلد: 02، العدد: 15، 2016.
22. حسين زاوش، "حوكمة إدارة الموارد البشرية في الجزائر بين المقاربة النظرية والنصوص القانونية"، دفا تر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، المجلد: 13، العدد: 01، 2021.
23. إيمان العباسي، "تقييم فاعلية السياسات الصحية في معالجة الاختلالات المتعلقة بتمويل الخدمات الصحية- دراسة حالة الجزائر"، المجلة الجزائرية للدراسات السياسية، المدرسة الوطنية العليا للعلوم السياسية، الجزائر، المجلد: 05، العدد: 01، 2018.
24. عبد القادر بن سعدة، مديحة بخوش، حوكمة الموارد البشرية كمدخل لتعزيز مقومات الاندماج الوظيفي (دراسة حالة مؤسسات اتصالات الجزائر- فرع ولاية الأغواط)، مجلة دراسات العدد الاقتصادي، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر، المجلد: 11، العدد: 01، 2020.
25. حبيبة قشي، "الإصلاحات الجديدة للنظام الصحي في الجزائر (الواقع والآفاق)"، مجلة العلوم الاقتصادية والتسيير والعلوم التجارية، جامعة المسيلة، الجزائر، المجلد: 14، العدد: 01، 2021.
26. أشواق الحسني قاسمي، "المؤسسة العمومية الاستشفائية في مواجهة التغيرات التنظيمية (الإصلاحات الاستشفائية) دراسة ميدانية بالمؤسسة الاستشفائية العمومية بعين وسارة"، مجلة صوتيات جامعة البلدة 02، الجزائر، العدد: 18، د.ت.ن.
27. عمروش بوشلاغم وآخرون، "دور مراقبة التسيير في نشوء حوكمة جديدة بالمؤسسات الصحية العمومية في الجزائر"، مجلة دراسات اقتصادية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، المجلد: 01، العدد: 04، 2017، ص 325-327.
28. أمال حابت، "المساءلة التأديبية للطبيب وفق مدونة أخلاق الطب الجزائرية"، المجلة النقدية، المجلد: 03، العدد: 02، د.ت.ن.

29. ايمان أوسعد، "المسؤولية التأديبية للأطباء بالمرافق الاستشفائية العمومية وفقا لمدونة أخلاقيات مهنة الطب"،
مجلة دراسات قانونية وسياسية، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، المجلد: 03، العدد: 02، د.ت.ن.

المواقع الإلكترونية:

30. المركز الدولي لاستثمارات الحوكمة والالتزام، *IGCC*، (د.ت.ن)، نقلا عن موقع: [/https://www.igcc-eg.com](https://www.igcc-eg.com)

، أطلع عليه بتاريخ: 17-12-2021، 23:22 سا.

31. الرابطة الجزائرية للدفاع عن حقوق الإنسان، نصف مليون يعالجون خارج الجزائر سنويا، (12-2019)، نقلا عن

موقع: <https://laddh-algerie.org/?p=1412>، أطلع عليه بتاريخ "18-12-2021، 01:14 سا.

المراجع باللغة الأجنبية:

1. Voynnet Forboul Catherine, la confiance, (12-2007), sur : <https://docplayer.fr/4468283-Mis-a-jour-decembre-2007-catherine-voynnet-fourboul-la-confiance.html> , consulté le : 15-12-2021, à 18 :03.

إخطار المرصد الوطني للمجتمع المدني على ضوء المرسوم الرئاسي رقم 21-139

Notification to the National Observatory of Civil Society

in the light of the Presidential Decree N° 21-139

أعميور فرحات

جامعة الصديق بن يحي جيجل

مخبر الدراسات القانونية المعمقة

amiourferhat@univ-jijel.dz

تاريخ القبول: 31-05-2024

تاريخ الإيداع: 13-11-2023

ملخص:

من أجل تعزيز دور المجتمع المدني في الجزائري ليساهم بشكل فعال في تسيير الشأن العام لدى المؤسسات العمومية، استحدثت التعديل الدستوري لسنة 2020 مرصدا وطنيا للمجتمع المدني يشكل فضاءا للتشاور والتداول والاقتراح قصد إشراك مختلف الفاعلين الاجتماعيين في إعداد السياسات العمومية وتفعيلها وتنفيذها وتقييمها. إلا أن سير عمل المرصد الوطني للمجتمع المدني يتوقف على إخطاره من طرف رأسي السلطة التنفيذية المتمثلان في رئيس الجمهورية، والوزير الأول أو رئيس الحكومة حسب الحالة، كما يمكن للمرصد أن يمارس دوره الاستشاري من تلقاء نفسه في المجالات المحددة له قانونا، مما يعطيه دينامية أكثر في تطوير وترقية أداء المجتمع المدني. الكلمات المفتاحية: مجتمع مدني؛ مرصد وطني؛ إخطار؛ ديموقراطية تشاركية.

Abstract:

Towards strengthening the role of the civil society in the Algerian one, in order to contribute effectively to the management of the public affairs among the public enterprises; the constitutional amendment of 2020 introduced a national observatory of the civil society, which represents a forum for consultations, conversations, and proposals in order to involve various social actors in the development, the operationalization, the execution, and the assessment of the public policies.

However, the functioning of the civil society observatory depends on the notification of the both heads of the executive power, represented by the President of the Republic, and the First Minister or the Prime Minister -depending on the situation - and the observatory can also exercise its advisory role by itself, in the legally defined areas, which gives it more dynamism development and promotion performance of the civil society.

Keywords : Civil Society; National Observatory; Notification; Participatory Democracy.

مقدمة:

أضحى المجتمع المدني في الجزائر يحظى بأهمية متميزة من الدولة كونه أداة تركز الديمقراطية التشاركية وبناء دولة القانون والمؤسسات، من خلال السماح بإشراك كافة الفواعل الاجتماعية في اتخاذ القرارات الخاصة بتسيير الشأن العام وإيجاد الحلول للمشاكل التي يعاني منها المواطنون، عن طريق تقديم الاستشارة لمؤسسات الدولة في إطار ما تسمح به القوانين السارية المفعول.

لكن تبقى مكونات المجتمع المدني بحاجة إلى تأطير من أجل تحقيق أهدافها، لهذا الغرض تم إنشاء في التعديل الدستوري لسنة 2020 هيئة استشارية أطلق عليها اسم المرصد الوطني للمجتمع المدني، تشكل فضاءا للتداول والتشاور والاقتراح والتحليل في المسائل المتعلقة بالمجتمع المدني وترقية أدائه، خصوصا مع تزايد اهتمام الدولة ورهاتها على هذه المكونات للمشاركة في وضع السياسات الملائمة لتسيير الشؤون العمومية في المرحلة المقبلة.

ولا شك أن لموضوع الدراسة أهمية كبيرة من الناحية النظرية كونه موضوعا جديدا تكاد تنعدم فيها الأبحاث مما يجعل من هذه الدراسة إحدى لبنات البحوث اللاحقة، في حين تكمن أهمية الدراسة من الناحية العملية في كون المرصد الوطني للمجتمع المدني يلعب دورا مهما في تعزيز دور المجتمع المدني وربطه بمؤسسات الدولة، ومن جهة أخرى تظهر أهميتها في إبراز إجراء الإخطار كآلية لتحريك المرصد للقيام بالمهام المنوطة به.

كما تهدف الدراسة إلى تحديد المكانة التي يحتلها المرصد الوطني للمجتمع المدني في النظام القانوني الجزائري وكذا تقييم الأحكام المتعلقة بالإخطار فيما إذا كانت تسمح له بأن يتحرك بشكل طبيعي للقيام بدوره، الأمر الذي يدفعنا إلى طرح الإشكالية التالية: ماهي طبيعة تأثير قواعد إخطار المرصد الوطني للمجتمع المدني على سير عمله كإطار للتشاور والحوار والاقتراح في المسائل المتعلقة بالمجتمع المدني؟

تقتضي الإجابة على إشكالية الدراسة الاعتماد على المنهجين الوصفي والتحليلي، من خلال تحديد مفهوم كل من المجتمع المدني والمرصد الوطني للمجتمع المدني، وكذا تحليل ومناقشة الأحكام القانونية التي تضبط إجراء إخطار المرصد، كما تم تقسيم هذه الدراسة إلى محورين: تناول الأول مفهوم المجتمع المدني والمرصد الوطني للمجتمع المدني وخصص الآخر لإخطار المرصد الوطني للمجتمع المدني، وذلك وفقا لما يحقق الغرض من البحث.

1- مفهوم المرصد الوطني للمجتمع المدني.

قبل الوقوف على مفهوم المرصد الوطني للمجتمع المدني، يتعين التطرق لمفهوم المجتمع المدني الذي من أحد المفاهيم التي انتشرت في نهاية القرن الماضي وبداية الألفية الثالثة والواقع أن انتشاره مرتبط بتحولات عميقة شهدتها مختلف دول العالم في هذه الفترة، وقد أعطت الجزائر أهمية كبيرة للمجتمع المدني وخاصة في الآونة الأخيرة ليتوج هذا الاهتمام بإنشاء مرصد وطني من أجل النهوض بدوره والتكفل باحتياجاته على جميع الأصعدة، وترقية القيم الوطنية والديموقراطية التشاركية.

1-1 مفهوم المجتمع المدني

يعتبر مفهوم المجتمع المدني من المفاهيم الأكثر إثارة للنقاش، لأن دلالة هذا المفهوم ليست محددة بنفس الشكل بالنسبة لجميع الفقهاء، لما يكتنفه من غموض الذي يرجع إلى طابعه المعقد، ولما يحتويه من مضامين متعددة، ولقد عرف منذ ظهوره عدة تطورات واستخدامات إلى أن أصبح قطبا قائما بذاته لقيادة وسلطة اجتماعية داخل الدولة.

1-1-1- تعريف المجتمع المدني:

لم يشأ المؤسس الدستوري الجزائري أن يعطي تعريفا للمجتمع المدني، كما لم يرد أي تعريف من المشرع بشأنه رغم الاهتمام به على المستوى الدستوري، حيث نصت ديباجة الدستور في فقرتها 11 على تفعيل المجتمع المدني وتعزيز دوره في المشاركة في تسيير الشؤون العمومية من خلال المؤسسات المكونة له في إطار بناء مؤسسات الدولة وتنمية المجتمع، ويعاد التأكيد على أهمية مكانته في المادة العاشرة من التعديل الدستوري لسنة 2020 التي جاء فيها: "تسهر الدولة على تفعيل دور المجتمع المدني للمشاركة في تسيير الشؤون العمومية"⁽¹⁾.

لكن مع ازدياد الأهمية التي يحظى بها مفهوم المجتمع المدني اليوم دفعت العديد من الباحثين لاسيما في مجالي السيسولوجيا التاريخية وكذلك العلوم السياسية لوضع تعاريف معينة له، وفي هذا الصدد عرف لدى البعض على أنه حيز للحياة الاجتماعية منظمة تعتمد على مبادئ الإرادة والدعم الذاتي والاستقلالية عن الدولة، ويخضع هذا المجتمع لنظام قانوني يتفاعل في إطاره⁽²⁾.

كما يشير البعض الآخر إلى أن المجتمع المدني: "هو ذلك المجال الذي يخلو من الاستعمال الفردي للسلطة والهيمنة السلطوية والفوضوية، إنه ذلك الفضاء الذي في إطاره يتفاعل الرجال والنساء في سلسلة كلية متنامية من العلاقات والروابط والمؤسسات المدنية والدينية والاقتصادية والثقافية العامة"⁽³⁾.

ويعرف أيضا بأنه: "مجموعة التنظيمات التطوعية الحرة التي تملأ المجال العام بين الأسرة والدولة لتحقيق مصالح أفرادها ملتزمة في ذلك بقيم ومعايير الاحترام والتراضي والتسامح والإدارة السلمية للتنوع والخلاف"⁽⁴⁾.

ما يلاحظ على التعاريف السابقة أنها لم تتفق على تعريف موحد للمجتمع المدني، فمعظمها هي تعاريف نسبية غير مستقرة تختلف حسب معيار الزمان والمكان الذي صاحبته. إلا أن الفقه يكاد يتفق على العناصر المونة له باعتبارها جزء من المكون ذاته⁵.

لكن يمكن قبول التعريف الذي يختزل التعريفات العديدة التي جاء بها الفقه، والذي مفاده أن المجتمع المدني هو مجموعة التنظيمات التطوعية الحرة التي تتوسط بين الدولة من ناحية والمكونات الأساسية للمجتمع من ناحية أخرى لتحقيق مصالح المواطنين، وتلتزم في وجودها ونشاطها بقيم أخلاقية ومعايير قانونية.

بهذا الخصوص تعد الجزائر من الدول السباقة في تبني المجتمع المدني مقارنة بالدول العربية، ويتجلى ذلك من خلال التشجيع على إنشاء جمعيات واتحادات على مستوى الممارسة الواقعية، إذ شكل المجتمع المدني محورا لمختلف

¹ - مرسوم رئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 30 ديسمبر 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، الجريدة الرسمية، العدد 82، الصادر في 30 ديسمبر 2020.

² - Larry Diamond, " Rethinking civil society," journal of democracy, Vol5, n°3, July 1993, pp 4-14

³ - Yehudah Mirsky, "Democratic politics, democratic culture," Orbits, A journal of world affairs, Vol 37, n° 4, 1993, p571.

⁴ - سعد الدين إبراهيم المجتمع المدني والتحول الديمقراطي في مصر، دار قباء للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 2000، ص 13.

⁵ - أمين هجري، حليم لعروسي، "المرصد الوطني للمجتمع المدني كآلية مستحدثة وعلاقته بالمجتمع المدني من خلال التعديل الدستوري لسنة 2020"،

مجلة الدراسات القانونية، المجلد 09، العدد 01، جامعة يحي فارس، المدية، الجزائر، 2023، ص 566.



الإصلاحات الاجتماعية والسياسية التي قامت بها الدولة منذ فجر الاستقلال إلى يومنا هذا، وذلك في محاولة منها وجعلها كوسيلة للتغيير الاجتماعي والسياسي⁽¹⁾.

كما ازداد اهتمام الدولة الكبير بالمجتمع المدني أكثر من أي وقت مضى محاولة جعله شريكا أساسيا في تحقيق أهداف التنمية الوطنية لا سيما عقب الحراك الوطني المبارك الذي شهدته الجزائر في 22 فيفري 2019، بعد فقدان الأحزاب مصداقيتها أمام الشعب، لكن تفعيله يقتضي تغيير العديد من الأمور: تشريعية، دهنيات، سلوكيات، طريقة عمله ونظرة مؤسسات الدولة له، لأن المجتمع المدني في السابق كان يؤدي أدوار هامشية ووظف لأغراض سياسية.

1-2-1- خصائص المجتمع المدني:

انطلاقا من الاسهامات العلمية المتعددة للوصول للتعريف الدقيق للمجتمع المدني كفاعل أساسي في الساحة الوطنية، اتفق العديد من الباحثين أنه يتمتع بعدة خصائص رئيسية⁽²⁾ تميزه عن باقي المجتمعات الأخرى والتي يجب عليه الالتزام بها حتى تكون له القدرة على ممارسة المهام المنوطة به، ومن أهمها:

1-2-1-1- المجتمع المدني مجتمع إرادي تطوعي:

نعني بذلك أن المجتمع المدني كتنظيم بكل ما يحمله من قيم وأهداف جاء بناء فقط على رغبة من الأفراد بكامل حرياتهم وإرادتهم في القيام ببعض النشاطات والتوصل في نهاية المطاف إلى تحقيق نتائج إيجابية بعد تحيين العمل المشترك وعودته على المجتمع بالفائدة ككل، فالفرد ضمن هذا التنظيم يكون مسلوب الإرادة في اختيار عضويته.

1-2-1-2- المجتمع المدني تنظيم جماعي:

تشير هذه السمة إلى المجتمع المدني على أنه مجموعة من التنظيمات التي يشكلها الأفراد أو ينظمون إليها بمحض إرادتهم، وأن الطابع التنظيمي له هو الذي يميزه عن المجتمع التقليدي العام بمفهومه الكلاسيكي، ويأخذ من حيث بنيته الهيكلية عدة أشكال تنظيمية أو مؤسسية مكونة له، نذكر منها:

- النقابات المهنية والعمالية.

- النوادي الرياضية.

- جمعيات حقوق الانسان

- جمعيات رجال الأعمال.

1-2-1-3- المجتمع المدني مجتمع أخلاقي:

من سمات المجتمع المدني أيضا أنه تجسده مجموعة من القيم مثل: الحرية، المساواة، التطوع التسامح، فضلا عن قيم التعاون والتكامل والمشاركة وحل الخلاف بالطرق السلمية غير العنيفة، لأن في غياب هذه القيم يفقد مصداقيته لدى المواطنين وكنهه لدى مؤسسات الدولة، وبالنتيجة عدم قدرته على الاستمرار في أداء مهامه من استشارات وحتى توجيه بعض الانتقادات للسلطات العمومية ضد الممارسات التي لا تتناسب مع التنمية الوطنية.

¹ - جهيدة شاوش اخوان، واقع المجتمع المدني في الجزائر دراسة ميدانية لجمعيات مدينة بسكرة أنموذجا، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في علم الاجتماع، تخصص: علم اجتماع التنمية، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة محمد خيضر-بسكرة، 2014، 2015، ص 11.

² - محمد سيد حميد خليل، فاعلية مؤسسات المجتمع المدني، المركز الديمقراطي العربي، مصر، 2017، ص 16.

1-1-2 - 4- المجتمع المدني مجتمع مستقل عن السلطة الحاكمة:

تعتبر هذه الميزة من أبرز خصائص المجتمع المدني، وهي أن تتمتع تنظيماته باستقلال حقيقي⁽¹⁾، تجعله يلعب دورا مشاركا وقوة ضاغطة على السلطة الحاكمة من أجل تصحيح السياسات التنموية، وتوفير الديمقراطية التشاركية والشفافية والعمل على مكافحة كل مظاهر الفساد بشتى صوره، بالإضافة إلى تمكين كافة الشرائح الاجتماعية من كل مجالات الحياة.

لذلك يفترض في التنظيمات والفواعل الاجتماعية أن تتمتع باستقلالية إدارية ومالية وتمتلك هامشا من حرية الحركة لتحقيق أهدافها، لا أن تكون موالية للسلطة الحاكمة مقابل الحصول على مساعدات وامتيازات شخصية كما هو حال بعض أعضاء الجمعيات في الجزائر، كان دورها مناسباتي ومساندا لها، على حساب المصالح العامة، الأمر الذي أدى إلى إضعاف دورها في تجسيد الديمقراطية التشاركية الحقة⁽²⁾.

1-1-3 - مهام المجتمع المدني:

تتعدد مهام المجتمع المدني وأدواره، وهذا التعدد إن دل على شيء فإنما يدل على مدى أهميته عموما وبالأخص للمجتمعات النامية مثل الجزائر، ومن أهم هذه المهام:

1-1-3-1 - تحقيق النظام والانضباط داخل المجتمع:

حقيقة أن المجتمع المدني يعتبر أداة لضبط سلوك الأفراد والجماعات وتنظيم العلاقات فيما بينها، ويكفي في هذا الصدد التنويه إلى أن كل جمعية أو منظمة تقوم بوضع حزمة من القواعد بخصوص الحقوق والالتزامات التي يخضع لها كل شخص نتيجة انضمامه إلى عضويتها، وأن احترام الأعضاء لهذه الضوابط يعد شرطاً لقبول واستمرار عضويتهم في مؤسسات المجتمع المدني⁽³⁾.

1-1-3-2 - المساهمة في التنشئة الاجتماعية والسياسية:

تعكس هذه الوظيفة قدرة المجتمع المدني على غرس بعض القيم في نفوس أعضائه على رأسها قيم الانتماء والتعاون والاهتمام بالشؤون العامة للمجتمع بما يتجاوز المصالح الشخصية الضيقة، وتلك هي شروط نفسية مطلوبة لتقوية مناعة المجتمع، فالفرد من خلال منظمته يشارك في أوجه النشاط العام ويعتاد على الاستماع إلى آراء الآخرين وقبول نتائج الحوار التي تتفق عليها الأغلبية مع التعبير عن معارضته بشكل رسمي⁽⁴⁾.

1-1-3-3 - تكريس الديمقراطية التشاركية:

تستطيع تنظيمات المجتمع المدني المشاركة في تسيير الشؤون العامة باستعمال العديد من الآليات، تتيح لها امكانية التأثير في عملية اتخاذ القرار وضمان الشفافية في رسم السياسات العامة وممارسة دور هام في الرقابة والتقييم، إذ يبدأ دورها في عملية اختيار المسؤولين المنتخبين بمشاركتها في مراقبة الانتخابات، وتبليغ المؤسسة التشريعية

¹ - سعد الدين إبراهيم المجتمع المدني والتحول الديمقراطي في الوطن العربي، مركز الدراسات ابن خلدون للدراسات، الإنمائية، القاهرة، 1995، ص 14.

² - يوسف حميطوش، "إشكالية المجتمع المدني في الجزائر"، مجلة المفكر، العدد 12، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة،

2017، ص 420.

³ - حسام شحادة، المجتمع المدني، الطبعة الأولى، بيت المواطن للنشر والتوزيع، دمشق، 2015، ص 22.

⁴ - عبد الباقي الهرماسي، المجتمع المدني والدولة في ممارسة السياسة من القرن التاسع عشر إلى اليوم، دراسة مقارنة، مركز دراسات الوحدة العربية،

الطبعة الأولى، بيروت، 1998، ص ص 92، 93.

بإقتراحات يمكن تضمينها في مشاريع القوانين لتنوير النواب بأهم الاختلالات التي تسجلها أثناء تنفيذ الحكومة للبرامج السياسية.

1-1-3-4- التوسط بين الشعب والحكومة:

يشكل المجتمع المدني همزة وصل بين المجتمع ومؤسسات الدولة من خلال توفير قنوات الاتصال ونقل انشغالات المواطنين إلى السلطات العمومية بطريقة حضرية، إذ ترتبط وظيفة التعبير والتمثيل والتحدث باسم جماعات الأفراد بتلك الوظيفة التنظيمية، ولا نعي بذلك أنه سيحل محل الديمقراطية النيابية أو محل مؤسسات الدولة، وإنما يتوقف دوره على المساهمة في وضع خطط التنمية الوطنية ومراقبة تنفيذها.

هذه الوظيفة التنظيمية تعني أن كيانات المجتمع المدني لا تحقق الحماية للمواطنين في مواجهة الحكومة فقط وإنما هي وسيلة لحماية الحكومة ذاتها من خطر التعرض للاضطرابات والاحتجاجات العنيفة، والأكثر من ذلك فهي توفر الوقاية للمجتمع كله من التفكك والتشتت، وبالتالي يمكن تسمية تلك الكيانات بالدبلوماسية المجتمعية التي تعطي زحما عبر التمثيلات لخلق ديناميكية في جمعيات ومنظمات المجتمع المدني.

1-2-2- مفهوم المرصد الوطني للمجتمع المدني

يلعب المجتمع المدني بمكوناته المختلفة دورا كبيرا في الجزائر ومن أجل تفعيل هذا الدور استحدثت هيئة دستورية تدعى المرصد الوطني للمجتمع المدني استجابة لمتطلبات مرحلة ما بعد الحراك الوطني مبارك.

1-2-1- تعريف المرصد الوطني للمجتمع المدني:

لم يتعرض المشرع إلى تعريف المجتمع المدني، فعلى خلاف ذلك نجد المؤسس الدستوري عرف المرصد الوطني للمجتمع المدني على أنه هيئة استشارية لدى رئيس الجمهورية، يتولى تقديم آراء وتوصيات متعلقة بانشغالات المجتمع المدني ويساهم في ترقية القيم الوطنية والممارسة الديمقراطية والمواطنة ويشارك مع المؤسسات الأخرى في تحقيق أهداف التنمية الوطنية⁽¹⁾.

كما عرفه المرسوم رقم 21-139 المتعلق بالمجتمع المدني على أنه هيئة استشارية توضع لدى رئيس الجمهورية، يشكل إطارا للتشاور والحوار والاقتراح والتحليل والاستشراف في كل المسائل المتعلقة بالمجتمع المدني، ويمتدع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي⁽²⁾.

أعطى هذان التعريفان المرصد الوطني تعريفا واضحا لا لبس فيه، حيث جعله هيئة دستورية غير سلطوية تتمتع باختصاص ذات طابع استشاري في مسائل المجتمع المدني ومعترف لها بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي. لقد فعل المشرع عين الصواب فيما يخص منح المرصد الوطني الشخصية المعنوية لما يترتب عنها من آثار إيجابية تدعم استقلاليته من الناحية الوظيفية، ومن بينها تمتعه بأهلية التقاضي أمام جهات القضاء سواء كمدعي أو مدعى عليه، تحميله تبعات أخطائه بشأن ممارسة وظيفته الاستشارية في مجال المجتمع المدني.

¹ - أنظر المادة 213 من المرسوم الرئاسي 20-442 مؤرخ في 30 ديسمبر 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، مصدر سابق.

² - أنظر المادتين 2 و3 من المرسوم الرئاسي رقم 21-139 مؤرخ في 12 أبريل 2021، يتعلق بالمرصد الوطني للمجتمع المدني، الجريدة الرسمية، العدد 29، الصادر في 18 أبريل 2021، معدل ومتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 23-349 مؤرخ في 4 أكتوبر 2023، الجريدة الرسمية، العدد 65، الصادر في 11 أكتوبر 2023.

حيث يضطلع بأمر مهم بالنسبة لمؤسسات المجتمع المدني من حيث الممارسة وترقية الأداء وبناء القدرات لديها ويتجسد ذلك من خلال مساهمته في تحسين القيم الوظيفية والممارسة الديمقراطية والمواطنة، وكل هذا يؤدي إلى تحقيق الصالح العام¹.

علاوة على ما تقدم، تجدر الإشارة إلى أن ما يستفاد من عبارة "المرصد هيئة استشارية لدى رئيس الجمهورية" الواردة في التعريف هو دليل قاطع بما لا يدع مجالا للشك على خضوع هذا الجهاز للسلطة التنفيذية، وبمفهوم هذا الإلحاق فإنه لا يتمتع بالاستقلال الإداري، مما يعبر عن علاقة تبعية لرئيس الجمهورية بمراقبة وتوجيه أرائه واقتراحاته التي يبدئها بشأن قضايا المجتمع المدني.

أما فيما يخص تمتع المرصد الوطني للمجتمع المدني بذمة مالية مستقلة، فتعد ضمانات أساسية للقيام بالدور المنوط به بعيدا عن أي ضغوطات، حيث تشتمل ميزانيته على كل من نفقات التسيير والتجهيز⁽²⁾.

لكن على الرغم من المكانة الهامة التي يحتلها المرصد على المستوى الدستوري والأهمية التي يمكن أن يلعبها في توجيه السياسة العامة للدولة فيما يخص التنمية الوطنية المستدامة، إلا أن قراراته وتوصياته لا تأخذ الطابع الإلزامي في التنفيذ، وعليه فقد تبقى حبرا على ورق لأن للحكومة وسلطات الدولة مطلق الحرية في الأخذ بها.

1-2-2- نشأة المرصد الوطني للمجتمع المدني:

تؤكد العديد من الدراسات⁽³⁾ في الجزائر على أنه بالرغم من الكثرة العددية لمؤسسات المجتمع المدني من جمعيات ونقابات إلا أنه لم يستطع لحد الآن أن يتأسس كبديل حقيقي يتولى تقديم الحلول والرؤى لمؤسسات الدولة، بل بقي عاجزا عن إحداث فعل الإصلاح بسبب تخطيطه في مشاكل كثيرة، كونه لا يعبر عن القوى الاجتماعية الحقيقية التي لها حضور في المجتمع، وأن قيادته تعاني من أزمة ديموقراطية داخلية، فضلا عن تحديات على مستوى التمويل لدى الكثير منها.

الأمر الذي يقتضي التفكير في تفعيل وإصلاح واقع المجتمع المدني ليصبح شريكا حقيقيا في الإصلاح الذي أصبح مطلبا ملحا وعاجلا، ولبلوغ ذلك المسعى أعطى التعديل الدستوري لسنة 2020 صراحة اهتماما أكبر لكيان المجتمع المدني من خلال تأسيس لأول مرة هيئة استشارية توضع لدى رئيس الجمهورية، عرف بالمرصد الوطني للمجتمع المدني كما هو مشار إليه ضمن المادة 213 من هذا التعديل.

ما يؤكد ضرورة تأطير المجتمع المدني بمؤسسة كالمرصد الوطني للمجتمع المدني هو وجود مثل هذه التجربة في بعض الدول كان لها السبق في ذلك، ونأخذ منها على سبيل المثال تجربة المملكة المغربية في إطار دستورها لسنة 2011، الذي

¹ - أحمد زاوي، حبيبة لوهاني، "استحداث المرصد الوطني للمجتمع المدني في ظل التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2020"، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 09، العدد 03، جامعة أم البواقي، 2022، ص 620.

² - هذا ما تنص عليه المادة الثالثة من المرسوم رقم 21-139، المعدل والمتمم، مصدر سابق.

³ - أنظر في هذا الإطار:

- وردية زعرور يحدوش، "تعليق على المرسوم الرئاسي رقم 21-139 المؤرخ في 12 أبريل 2021 المتعلق بالمرصد الوطني للمجتمع المدني"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 16، العدد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2021، ص 425.

- يوسف حميطوش، المرجع السابق، ص 422.

بموجبه أنشأت اللجنة الوطنية للحوار الوطني حول المجتمع المدني وأدواره الدستورية التي انبثق عنها الميثاق الوطني للديموقراطية التشاركية¹⁾

1-2-3- أهمية المرصد الوطني للمجتمع المدني:

من خلال المادة 213 من التعديل الدستوري الأخير تبرز أهمية المرصد الوطني للمجتمع المدني في الدور الذي سيلعبه من تقديم آراء وتوصيات ودراسات متعلقة بانشغالات مؤسسات المجتمع المدني للجهات المختصة من أجل إزالة بعض العوائق التي تواجهها أثناء أداء مهامها، كما يساهم في ترقية القيم الوطنية والممارسة الديمقراطية والمواطنة ويشارك مع المؤسسات الأخرى في تحقيق أهداف التنمية الوطنية المستدامة.

فضلا عن ذلك سيكون المرصد بمثابة الهيئة التي سترافق مؤسسات المجتمع المدني، قصد تفعيل دورها في المشاركة في تسيير الشأن العام، بالإضافة إلى العمل على توعية المواطنين بالمسؤولية من خلال التعريف بالمواطنة مع دعمه للحصول على مؤسسات مكونة للمجتمع المدني تكون قادرة على التسيير والرقابة وحتى المساءلة.

لذلك فمن أجل تحقيق هذه المساعي، منح المشرع في المادة 1/17 المعدلة من المرسوم 139-21 المرصد الوطني للمجتمع المدني في إطار ممارسة مهامه كل الصلاحيات الخاصة بجمع المعلومات أو طلب أي توضيحات مفيدة من أي هيئة أو مؤسسة عمومية أو خاصة، وله أن يستعين بخبير أو بأي شخص مؤهل يمكن مساعدته، ويتعين الرد في أجل أقصاه ثلاثون يوما بدلا من 60 يوما قبل التعديل⁽²⁾، وهو مستجد يجب تمييزه، حيث قلص من الميعاد الذي يتعين على الهيئات المعنية الرد خلاله، وذلك حتى لا يكون سببا في عرقلة مهام المرصد وتأدية دوره بشكل فاعل.

زيادة على ذلك اعترف المشرع في التعديل الجديد لأعضاء المرصد الوطني للمجتمع المدني بمجموعة من التسهيلات الضمانات والامتيازات التي سوف تحميهم وتشجعهم على أداء مهامهم بأريحية واحترافية، من مجملها الترخيص بالغياب عن العمل لحضور أشغال المرصد، ومنحهم حق التعبير عن آرائهم بكل حرية، وتجنبيهم كافة أشكال الضغط أو التهديد أو الاهانة أو القذف التي قد يتعرضون لها⁽³⁾.

كما يستفيد الأعضاء من تعويضات مالية يتقاضوها نظير الأعمال المقدمة لصالح المجتمع المدني تكميلي⁽⁴⁾، ويضيف المرسوم الرئاسي 23-349 في المادة 20 مكرر منه امتيازات جديدة تتعلق بالاستفادة من تعويض جزافي يتشكل من جزء ثابت وجزء متغير يحسب على أساس الحضور والمساهمة الفعلية في أشغال المرصد، في حين يستفيد أعضاء المكتب ورؤساء اللجان الدائمة من تعويض تكميلي.

علاوة على ما سبق، ومن أجل تعزيز حركية المرصد الوطني للمجتمع المدني، نص المشرع على جملة من التدابير التي تمنع عرقلة المرصد في الإجابة على طلبات الاستشارة في المواعيد المحددة من دون تأخير، أو التي لها تأثير مباشر على السير الحسن لعمله سواء بإقصاء المتغيبيين من العضوية بدون سبب مشروع أكثر من ثلاثة (3) اجتماعات متتالية من

¹ -الأمين سويقات، "دور المجتمع المدني في تكريس الديمقراطية التشاركية، دراسة حالي الجزائر والمغرب"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 17، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، يناير 2017، ص 246.

² - المادة 17 الفقرة الأولى من المرسوم الرئاسي رقم 139-21، المعدلة بموجب 4 من المرسوم الرئاسي رقم 23-349، مصدر سابق.

³ - أنظر المادة 19 من المرسوم رقم 139-21 المعدلة بموجب المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 23-349، مصدر سابق

⁴ - أنظر المادة 20 من المرسوم الرئاسي رقم 139-21، المعدل والمتمم، المصدر نفسه.

دوراته وخمسة (5) اجتماعات متتالية من أشغال اللجان⁽¹⁾، والأهم من ذلك استحداث لجنة انضباط تتولى دراسة الحالات الانضباطية للأعضاء والفصل فيها²، وهذا من شأنه حمل المعنيين على حضور جلسات المرصد، وأداء المهام المنوطة بهم بجدية.

لكن يبقى المرصد الوطني للمجتمع المدني جهازا يعلق عليه آمال كبيرة في ترقية عمل المجتمع المدني، لكن من السابق لأوانه تقييم أدائه على اعتباره جهازا حديث العهد بالنشأة ولم يمر على تنصيبه سوى بضعة أشهر، لذا نستبشر خيرا بتأسيسه وننتظر منه الكثير في مجال المجتمع المدني ونترك الواقع هو وحده من سيحكم على دوره.

في الأخير وبناء على ما تقدم، تتداخل هيكل المجتمع المدني ممثلة في المرصد الوطني للمجتمع المدني، عن طريق المساهمة في عملية التنمية المستدامة، عبر تقوية قدرات الجمعيات المحلية والوطنية بتمكينها من تطوير مهارات الأفراد والجماعات من خلال توفير فرص التدريب في مختلف المجالات كالخطيط الاستراتيجي وصياغة البرامج التنموية وسبل توسيعها من خلال ادماج كل المتدخلين من مؤسسات الدولة والإدارات الجهوية وممثلي مجالس البلدية والولائية وممثلين عن المجتمع المدني³.

2- إخطار المرصد الوطني للمجتمع المدني

وضع المرسوم رقم 139-21 المؤرخ في 12 أبريل 2021 المعدل والمتمم جملة من الإجراءات تحدد سير عمل المرصد الوطني للمجتمع المدني، من أهمها إجراء الإخطار الذي يمكنه من القيام بمهامه المرتبطة بمسائل المجتمع المدني، كما نص صراحة على الجهات المخول لها ممارسة صلاحية الإخطار.

لقد كان المشرع حريصا على حسن أداء المرصد بإلزامه بالرد على طلبات الإخطار في آجال محددة التي من خلالها يتولى تقديم الاستشارة المطلوبة من الجهة المخطرة في مسألة من مسائل المجتمع المدني حتى ينعكس ذلك بشكل إيجابي على حركية هذا الأخير وتحقيق أهدافه.

1-2- تعريف إجراء إخطار المرصد الوطني للمجتمع المدني:

لم يبين المرسوم الرئاسي رقم 139-21 المتعلق بالمجتمع المدني المراد بإجراء إخطار المرصد⁽⁴⁾، وعلى خلاف ذلك فإن الإخطار لدى الفقه الدستوري في العادة يستعمل للتعبير عن الآلية التي تدفع مؤسسة ما كالمحكمة الدستورية مثلا لمباشرة عملها بخصوص الرقابة الدستورية، وبالقياص على ذلك نعني بإخطار المرصد هو طلب مقدم من إحدى سلطات الإخطار لإبداء رأيه أو اقتراحه حول نص تشريعي أو مسألة من مسائل تخص المجتمع المدني.

2-2- محدودية جهات إخطار المرصد الوطني للمجتمع المدني:

كما أسلفنا يعتبر الإخطار إحدى الآليات التي تسمح للمرصد الوطني للمجتمع المدني بمباشرة عمله في رصد واقع المجتمع المدني وتمكينه لعب أدواره من أجل تحسين أدائه، إذ يتحرك بشكل أكثر كلما اتسعت جهات الإخطار، إلا أن ما يميز هذا الإخطار أنه محدود من حيث منحه، حيث يقتصر على جهات دون أخرى.

¹ - أنظر المادة 9 من المرسوم الرئاسي رقم 139-21، المعدل والمتمم، المصدر نفسه.

² - أنظر المادة 9 مكرر من المرسوم الرئاسي رقم 139-21، المعدل والمتمم، المصدر نفسه.

³ - السعيد جقيدل، سليمان شلبك، "المرصد الوطني الجزائري للمجتمع المدني ودوره في تفعيل الديمقراطية التشاركية بالإدارة المحلية"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد الثاني، العدد الثاني، جامعة زيان عاشور، الجلفة الجزائر، 2023، ص 771.

⁴ - هذا لا يعني أن المشرع ملزم بتعريف إخطار المرصد الوطني للمجتمع المدني، لأن دوره يكمن في وضع أحكام الإخطار، والتعريف من وظيفة الفقه.

2-2-1- الجهات المخول لها إخطار المرصد الوطني:

يخطر المرصد الوطني للمجتمع المدني من قبل رئيس الجمهورية، والوزير الأول أو رئيس الحكومة حسب الحالة، كما يمكنه المبادرة تلقائيا باقتراحات أو توصيات أو دراسات تندرج ضمن مهامه، وبالنتيجة فإذا تلقى إخطارا خارج هذه الجهات سوف يرفض من حيث الشكل لتقديمه من جهة غير مختصة.

2-2-1-1- إخطار المرصد من طرف رئيس الجمهورية:

تنص المادة 12 في فقرتها الأولى من المرسوم الرئاسي رقم 139-21 على ما يلي: "يخطر المرصد من قبل رئيس الجمهورية"، حيث تقرر حق إخطار المرصد لرئيس الجمهورية بناء على التعديل الدستوري لسنة 2020: "المرصد الوطني للمجتمع المدني هيئة استشارية لدى رئيس الجمهورية"⁽¹⁾، وبالتالي فمن المعقول أن جهازا يوضع لدى الرئيس يمارس عليه نوعا من الرقابة إذ يرفع له تقريرا سنويا عن حصيلة نشاطه أن يمنحه حق إخطاره⁽²⁾.

إن ما يستشف من نص المادة 1/12 أن رئيس الجمهورية هو من يبشر هذا الإخطار، وأنه ذو طبيعة اجبارية يطلب من خلاله رئيس الجمهورية الاستشارة من المرصد، لكن ذات النص لم يحدد طبيعة المسائل التي يطلب الاستشارة بشأنها مقارنة ببعض الهيئات الاستشارية على رأسها المجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي والبيئي⁽³⁾.

لكن بالرجوع إلى مهام المرصد الواردة في المادة 4 من ذات المرسوم يمكن تحديد مسائل الإخطار محل الطلب في طلب رأي أو توصية أو اقتراح أو دراسة في أي مسألة تخص المجتمع المدني، مثل إبداء الرأي في مشاريع النصوص التشريعية والتنظيمية، القيام بدراسات تهدف إلى ترقية دور مختلف فعاليات المجتمع المدني وتقييم أدائها.

2-2-2- إخطار المرصد من طرف الوزير الأول أو رئيس الحكومة:

بداية تجدر الإشارة إلى أن الانتقال بين منصب رئيس الحكومة والوزير الأول أصبح مرهونا بما تفرزه الانتخابات التشريعية، فإن أسفرت عن أغلبية برلمانية يقود الحكومة رئيس حكومة، أما إذا أسفرت عن أغلبية رئاسية فيقودها وزير أول⁽⁴⁾، وأما فيما يتعلق الأمر بإخطار المرصد الوطني للمجتمع المدني فهو يملك هذا الحق سواء كان وزيرا أولا أو رئيس حكومة، إلا أن ما يميز ممارسة هذا الإخطار هو أنه ذو طابع اختياري على عكس ما هو مقرر لرئيس الجمهورية، وهذا ما يفهم من مصطلح "يمكن" الوارد في نص المادة 12 الفقرة الأولى من المرسوم 139-21، السالف الذكر.

إن منح الإخطار للوزير الأول على غرار رئيس الجمهورية يعد خطوة موفقة من المشرع على اعتباره المكلف بتنفيذ القوانين، فقد يجد نفسه بصدد تطبيق نص تشريعي ما غير مقتنع به لكونه لا يتماشى مع مقتضيات المجتمع المدني، وبالتالي فمن الحكمة البالغة أن يخول له حق إخطار المرصد قبل إصداره، والأكثر من ذلك لا يعقل أن يقرر الدستور لرئيس الحكومة صلاحية السهر على حسن سير المرصد الوطني كجهاز إداري ثم يحرم من حق إخطاره⁽⁵⁾.

¹ - أنظر المادة 213 من التعديل الدستوري لسنة 2020، مصدر سابق.

² - أنظر المادة 21 من المرسوم الرئاسي رقم 139-21، مصدر سابق.

³ - "يخطر رئيس الجمهورية المجلس حول كل رأي أو دراسة أو مشروع قانون أو نص تنظيمي ذو طابع اقتصادي واجتماعي وبيئي"، المادة 1/4 من المرسوم الرئاسي رقم 37-21، مؤرخ في 6 يناير 2021، يتضمن تشكيلة المجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي والبيئي وسيره، الجريدة الرسمية، العدد 3، صادر في 10 يناير 2021.

⁴ - هذا ما نصت عليه المادة 103 من التعديل الدستوري 2020، مصدر سابق.

⁵ - أنظر المادة 112، 141 من التعديل الدستوري نفسه.

في ضوء هذه التبريرات في منح الاخطار وقصره فقط على رأسي السلطة التنفيذية، فإنه فيه تضيق لدائرة الإخطار ومن ثمة سيؤثر لامحالة على تحرك المرصد الوطني للمجتمع المدني للقيام بمهامه، على عكس ما هو الحال عليه في إخطار المحكمة الدستورية حاليا المجلس الدستوري سابقا، حيث تم توسيع الإخطار ليشمل جهات عدة⁽¹⁾.

2-2-1-3 - الاخطار الذاتي للمرصد:

يبرز المرسوم 139-21 صواب ما ذهب إليه المشرع في منح حق الاخطار الذاتي للمرصد الوطني للمجتمع المدني⁽²⁾، وهو إخطار ذو طبيعة اختيارية يمكنه أن يبادر تلقائيا باقتراحات أو دراسات تندرج ضمن مهامه، ما يمنحه مجالا أكبر لأداء دوره دون تقييده بانتظار إخطاره من قبل الجهات الخارجية المخول لها صلاحية الإخطار.

لكن ماذا لو يحصل تقاعس عن رئيس الجمهورية أو الوزير الأول في ممارسة آلية الإخطار بشأن مسائل تخص المجتمع المدني لو كان تحرك المرصد الوطني يتوقف فقط على هاتين الجهتين، في مثل هذه الحالة لن يقدم أية استشارة وسيبقى جامدا مشلول الحركة لا يستطيع القيام بمهامه في مجال تأطير المجتمع المدني.

إذا فمن الواضح أن اقتصار حق إخطار المرصد الوطني للمجتمع المدني على هاته الهيئات فقط دون سواها حتى في ظل تمتعه بحق الإخطار التلقائي الذي قد لا يمارس لسبب أو لآخر، من شأنه أن يضعف من حركته في دراسة ومعالجة قضايا المجتمع المدني بشكل جاد، ويكون له بالغ الأثر على حسن مرافقة وترقية أداء هذا الأخير.

إنه من الصعوبة بمكان تقييم دور الجهات المخطرة، في غياب نشرة رسمية تطلعنا على كل التفاصيل المتعلقة بهذا الموضوع، فلا يمكن الاضطلاع على عدد طلبات الإخطار المقدمة والدور الذي يلعبه المرصد ومضمون المسائل المخاطر فيها، والأهم من ذلك بيان الآراء التي أخذت بها السلطات العامة بعين الاعتبار والتي أعرضت عنها.

2-2-2 - بعض الجهات المستبعدة من حق اخطار المرصد الوطني:

لا شك أن قصر إخطار المرصد الوطني للمجتمع المدني على الشخصين المذكورين سلفا من شأنه أن يضعف من ديناميته، ويكون له بالغ الأثر على فعلية دوره في تأطير المجتمع المدني، سيما في حالة تقاعسهما عن ممارسة الإخطار، مما يعطي الأحقية في توسيع دائرة الإخطار لتطال جهات أخرى كمؤسسة البرلمان والجماعات المحلية، بالإضافة إلى مؤسسات المجتمع المدني.

2-2-1-1 - أحقية مؤسسة البرلمان في الإخطار:

يخطر المرصد من طرف رئيس الجمهورية أو من الوزير الأول أو من تلقاء نفسه، بمعنى أن المشرع حصر صلاحية الإخطار في هذه الجهات ولم يوسعها لتشمل جهات ومؤسسات نراها فاعلة في مجال المجتمع المدني على غرار البرلمان، ما يؤدي إلى تضيق في الوظيفة الاستشارية للمرصد و إبقائه في معزل عن الاتصال والتعاون معها.

حتى أن المرسوم الرئاسي رقم 139-21 المتعلق بالمجتمع المدني نفسه يوجي بوجود علاقة بين المؤسسة التشريعية والمرصد الوطني للمجتمع المدني في مادته الرابعة الفقرة الثامنة التي تنص أن المرصد يتولى: "إبداء الرأي في مشاريع النصوص التشريعية والتنظيمية ذات الصلة بمهامه والتي يطلب رأيه فيها"، نظرا لأهمية دوره في تنوير المؤسسة التشريعية لتصحيح الاختلالات وسد الثغرات الموجودة في التشريعات التي لها علاقة بالمجتمع المدني.

¹ - أنظر المادة 193 من التعديل الدستوري نفسه.

² - أنظر المادة 12 الفقرة الثانية من المرسوم الرئاسي رقم 139-21، المتعلق بالمرصد الوطني للمجتمع المدني، مصدر سابق.

من الطبيعي التساؤل عن سبب إبعاد الهيئة التشريعية من دائرة الجهات التي لها حق الإخطار بالرغم من أهميتها، في حين يفهم من الفقرة الثامنة من المادة 4 السالفة الذكر أن الدور الاستشاري للمرصد الوطني للمجتمع المدني يقتصر على التشريعات والتنظيمات ذات الصلة بالمجتمع المدني التي تقدمها الحكومة دون اقتراح القوانين التي قد يبادر بها النواب في البرلمان في ذات المجال.

لذا فإن انفتاح المؤسسة التشريعية على قضايا المجتمع المدني يعد مؤشرا حقيقيا على رشادة الحكم، فحركات المجتمع المدني تعد القلب النابض للمطالب الشعبية، وعليه فكلما كانت منفتحة كانت أثارها أكثر إيجابية على العملية التشريعية من حيث جودة المنتج التشريعي، الذي ينعكس بشكل إيجابي على دور المجتمع المدني⁽²⁾، كما تمثل المؤسسة التشريعية أيضا المجتمع المدني وتمتع بشرعية خاصة لأنها تقوم على أساس الاقتراع العام، ومن ثمة تكون العلاقة بينهما تكاملية فحسب لا تنافسية⁽³⁾.

بإمكان الجماعات المحلية أن تعرقل أداء المجتمع المدني، جراء تمتعها بالسلطة التنظيمية التي تؤكدتها النصوص القانونية وبالأخص قانوني البلدية والولاية، وبالنسبة لذلك فمن غير الممكن عدم الاعتراف لها بصلاحيات إخطار المرصد الوطني للمجتمع المدني بطلب الاستشارة من أجل الوقاية من بعض التنظيمات أو التدابير التي من شأنها المساس بمصالح جمعيات أو اتحادات المجتمع المدني.

فقد أعطى رئيس المجلس البلدي الاختصاص التنظيمي في عدة مواطن، إذ تنص المادة 99 من قانون البلدية على أنه: " تصبح قرارات البلدية المتعلقة بالتنظيمات العامة قابلة للتنفيذ بعد شهر (1)⁽⁴⁾، وتوضح السلطة التنظيمية

¹- أنظر المادة 18/139، والمادة 1/53 من التعديل الدستور، مصدر سابق.

²- قوي بوحنية، بن ناصر بوطيب، البرلمان والمجتمع المدني في الجزائر وسؤال الحكامة البرلمانية، في المجتمع المدني المغربي ورهانات الإصلاح، دار الراية للنشر والتوزيع، عمان 2015، صص 239، 240.

³--Bennabou Fatiha, « Les textes régissant la société civil le parlement et leur interaction », Vol 49, n° 3, Université de ben Youssef ben khedda d'Alger. 2012, p120

⁴ - قانون رقم 10-11 مؤرخ في 22 يونيو 2011، يتعلق بالبلدية، الجريدة الرسمية، العدد 37، مؤرخة في 3 يوليو 2011، المعدل والمتمم بالأمر رقم 13-21

مؤرخ في 21 غشت 2021، الجريدة الرسمية، العدد 67، مؤرخة في 31 غشت 2021.

الممنوحة له بشكل أكثر في المادة 14 من المرسوم رقم 81-267 التي بوجها يسمح لرئيس البلدية من اتخاذ كافة الإجراءات التي من شأنها ضمان النظام والأمن العمومي والحفاظ على الطمأنينة والآداب العامة⁽¹⁾.

أما فيما يخص قانون الولاية فإن الاختصاص التنظيمي للجماعات المحلية يظهر أكثر بالنسبة للوالي، الذي يسمح له بأن يتخذ بالنسبة لبلديات الولاية كل الإجراءات المتعلقة بالحفاظ على الأمن والنظافة والسكينة العمومية وديمومة المرفق العام، عندما لا تقوم سلطات هذه البلديات بذلك، كما يلتزم الوالي بتنفيذ قرارات مجلس الولاية⁽²⁾.

إذ إن تمتع الجماعات المحلية بالسلطة التنظيمية وما قد ينطوي على ممارستها من آثار سلبية على فواعل المجتمع المدني، مع إمكانية استعانتها بها للحصول على استشارات مفيدة لأشغال المجالس المحلية المنتخبة⁽³⁾، بالإضافة إلى إمكانية عقد المرصد الوطني للمجتمع المدني إذا اقتضت الحاجة اجتماعات على مستوى أي ولاية أو بلدية، كما تفرض الاجتماعات التي تنعقد على مستواه حضور ممثلوها بصفة استشارية وبدون صوت تداولي⁽⁴⁾، فكلها تعتبر مبررات لتمكين الجماعات المحلية من صلاحية إخطار المرصد الوطني للمجتمع المدني.

2-2-3- أحقية مؤسسات المجتمع المدني في الإخطار:

على غرار الجماعات المحلية ومؤسسة البرلمان لم يمنح المرسوم رقم 139-21 لفواعل المجتمع المدني صلاحية الإخطار على الرغم من اعتبار هذه الفواعل هي المستفيدة بالدرجة الأولى من الاستشارات التي يبديها المرصد الوطني للمجتمع المدني وليس جهات الإخطار المتمثلة في رئيس الجمهورية أو الوزير الأول أو تحرك المرصد من تلقاء نفسه.

لذا فإنه من غير المقبول أن يحرم المجتمع المدني من آلية الإخطار، بحكم أنه المستهدف من طلبات الإخطار أضف إلى ذلك أن تأسيس المرصد الوطني للمجتمع المدني كان حتمية لتفعيل وترقية أدائه، كما يمكن لمن يمتلك حق الإخطار عدم ممارسته، مما يؤدي بنا إلى نتيجة مفادها أنه كلما وسعنا من دائرة الإخطار أعطينا ديناميكية أكبر لجهاز المرصد التي ستصب دون أدنى شك في مصلحة تنظيمات المجتمع المدني.

2-3- آجال الفصل في طلبات الإخطار:

من المؤكد عليه أن آثار طلبات إخطار المرصد ستكون محدودة الفعالية إذا لم نقل عديمة الجدوى في حالة عدم التزامه بإبداء رأيه ضمن الآجال المحددة له ولاسيما في حالات الاستعجال، فالأعضاء مطالبون باحترام هذه الآجال وإلا أصبح لا فائدة من وجود هذا الجهاز كإطار مؤسساتي جاء من أجل ترقية وتعزيز دور المجتمع المدني.

2-3-1- آجال الرد على طلبات الإخطار في الحالة العادية:

ترك المشرع في الحالة العادية أمر تحديد المهلة التي يسلم فيها المرصد الوطني للمجتمع المدني رأيه أو توصياته إلى سلطة الإخطار شريطة ألا تقل عن ثلاثين (30) يوما طبقا للمادة 12/3 من المرسوم الرئاسي رقم 139-21 المتعلق بالمجتمع المدني، إذ تبدو للوهلة الأولى أنها كافية لدراسة طلب الإخطار واستصدار بشأنه رأيا أو اقتراحا.

¹ المادة 14 من المرسوم رقم 81-267 مؤرخ في 10 أكتوبر 1981، يتعلق بصلاحيات رئيس المجلس الشعبي البلدي فيما يخص الطرق والنقاوة والطمأنينة العمومية، الجريدة الرسمية، العدد 41، مؤرخة في 12 أكتوبر 1981.

² أنظر المواد 124، 125 من القانون رقم 12-07 مؤرخ في 21 فبراير 2012، يتعلق بالولاية، الجريدة الرسمية، العدد 12، مؤرخة في 29 فيفري 2012.

³ المادة 13 من قانون رقم 11-10، يتعلق بالبلدية، مصدر سابق.

⁴ -- المادتان 13، 15 من المرسوم الرئاسي رقم 139-21، يتعلق بالمجتمع المدني، مصدر سابق.

بالنتيجة لذلك لا يمكن لجهة الإخطار أن تنزل عن الحد الأدنى المحدد بثلاثين يوما، في مقابل ذلك يجيز لها النص المشار إليه منح المرصد الوطني آجال تزيد عن الحد الأدنى، وبهذا فهي تتمتع بسلطة تقديرية في تجاوز هذا الحد الذي سيتقرر بحسب درجة أهمية وحجم المسائل المتعلقة بالمجتمع المدني محل الإخطار.

لكن ما تجدر الإشارة إليه أن المشرع قد ميز بين مقدار الآجال الممنوحة لهيئات الإخطار والممنوحة للهيئات أو المؤسسات العمومية العامة أو الخاصة التي يمكن أن يطلب منها المرصد الوطني موافاته بمعلومات أو توضيحات والتي يتعين عليها الرد على مراسلاته في أجل ستين يوما على أقصى تقدير⁽¹⁾.

فمن وجهة نظرنا أن الأجل المذكور لتقديم معلومات أو توضيحات يطلبها المرصد الوطني للمجتمع المدني بشأن مسألة من مسائل المجتمع المدني يبدوا طويلا نسبيا ولا يتوافق مع أجل الرد على طلبات الإخطار، فلو افترضنا أن السلطة المخطرة حددت مدة الرد خلال أربعين يوما وأن تلقي المرصد للمعلومات التي طلبها كان بعد انقضاء ستين يوما، فإنه يتعذر في هذه الحالة تقديم الرأي أو الاقتراح المطلوب في الميعاد المحدد.

كذلك ما يعاب على المادة 12 أنها لم تمنح المرصد الوطني للمجتمع المدني إمكانية تمديد آجال تسليم الرأي أو الاقتراح إذا اقتضت الضرورة منه ذلك، فقد يتعذر عليه تقديم الاستشارة المطلوبة منه في الآجال المحددة بسبب ظرف خارج عن إرادته مثل حالة تقاعس جهة عمومية أو خاصة عن تقديم معلومات أو توضيحات مفيدة يتوقف عليها تسليم الاستشارة محل طلب الإخطار.

2-3-2- آجال الرد على طلبات الإخطار في حالات الاستعجال:

قد يقدم طلب الإخطار في ظروف طارئة مما يتعين على المرصد الوطني أن يتدخل ويرد على الطلب في أقل الآجال الممكنة، لما تقتضيه حالات الاستعجال، كما هو مشار إليه في الفقرة الثالثة من المادة 12 التي تنص: "تحدد سلطة الإخطار المدة التي يسلم فيها المرصد رأيه أو توصياته على ألا تقل عن ثلاثين (30) يوما مع مراعاة حالات الاستعجال المنوه عنها في طلب الإخطار".

إذا كانت آجال الرد على طلبات الإخطار في الحالة العادية لا تثر أي إشكال، فإن الأمر يختلف في حالات الاستعجال، كما يلاحظ أن المشرع أشار ضمنا إلى الجهة المختصة بتقديرها وهي الجهة نفسها مقدمة طلب الإخطار على عكس ذلك لم يحدد حالات الاستعجال، وبالنتيجة يمكن التصريح بهذه الحالة بالاستعجال رغم طبيعته العادية، الأمر الذي من شأنه أن يدفع بالمرصد إلى الخطأ بسبب التسرع في تقديم الاستشارات المطلوبة منه.

من جهة أخرى لم يقيد نص المادة 3/12 المرصد بآجال محددة للرد على طلبات الإخطار في حالات الاستعجال وهو ما توجي إليه عبارة "مع مراعاة حالات الاستعجال المنوه عنها في طلب الإخطار"، وبالتالي فإن أمر تقدير مهلة إبداء الرأي أو التوصية في حالة الاستعجال متروك للمرصد وليس لجهات الإخطار كما هو الشأن في الحالة العادية.

هكذا فإن السلطة صاحبة الإخطار الممثلة في رأسي السلطة التنفيذية هي التي تحدد حالات الاستعجال ضمن طلب الإخطار وكذا آجال الرد التي تخفف وجوبا عن الحد الأدنى المقدر بثلاثين يوما في الحالات العادية، لأنه من غير المعقول أن يكون مقدار آجال الرد على الطلب في الظروف الطارئة هي نفس الآجال في الظروف العادية.

¹ - أنظر المادة 17 من المرسوم الرئاسي رقم 21-139، من المصدر نفسه.

الخاتمة:

في ختام الدراسة يمكن القول أن الجزائر أصبحت تراهن بشكل كبير على مشاركة المجتمع المدني في التأثير على صناعة التنمية الوطنية في شتى المجالات، ويتجلى هذا الاهتمام بوضوح في إنشاء مرصد وطني للمجتمع المدني بموجب نص المادة 213 من التعديل الدستوري لسنة 2020 الذي جاء لتعزيز وتفعيل دور المجتمع المدني.

في هذا الصدد يقدم المرصد الوطني للمجتمع المدني آرائه وتوصياته واقتراحاته بشأن وضعية المجتمع المدني وانشغالاته وآليات ترقية دوره في الحياة العامة بناء على إخطار من قبل رئيس الجمهورية أو الوزير الأول أو بمبادرة من المرصد نفسه، وبناء على ما سبق توصلنا إلى النتائج التالية:

- إن ما يميز المجتمع المدني في الجزائر اليوم هو أنه غير قادر على أداء دوره بشكل فعال بسبب عوائق عدة متمثلة في النخبة السياسية الحاكمة والثقافة السياسية السائدة والمنظومة القانونية، فمن الصعب أن نجد مجتمعا مدنيا غير مستقلا عن السلطة الحاكمة باستطاعته التأثير وفرض إرادته على مؤسسات الدولة.

- يتضح بأن دور المرصد الوطني للمجتمع المدني سيكون محدودا لأن الاستشارة المقدمة محل طلب المشورة لا تعدو أن تكون مجرد اقتراحات ليس لها أي أثر قانوني؛ إذ أنه يمارس دور الهيئة الاستشارية ولا تكون الحكومة طالبة الاستشارة ملزمة باحترام الآراء المقترحة عليها.

- التضييق من جهات إخطار المرصد الوطني، حيث جعلها المرسوم الرئاسي رقم 21-139 مقصورة فقط على رأسي السلطة التنفيذية، وهذا من شأنه إلى عرقلة فعالية المرصد للقيام بمهمته الاستشارية في تقديم آرائه وتوصياته.

- عدم انسجام الميعاد المقدر بستين يوما كحد أقصى لتقديم البيانات من الجهات العمومية والخاصة التي قد يطلبها المرصد الوطني للمجتمع المدني مع الميعاد المخصص له لاستصدار رأيا أو توصية والذي لا يقل عن ثلاثين يوما.

- سكوت المشرع عن تحديد الحالات التي تكتسي فيها طلبات إخطار المرصد الوطني للمجتمع المدني طابع الاستعجال، وكذلك إغفاله تحديد الآجال التي من خلالها يتم الرد على هذه الطلبات في حالات الاستعجال.

إلا أن من أجل تفعيل دور المرصد الوطني للمجتمع المدني في مجال المجتمع المدني، نقدم الاقتراحات الآتية:

- ضرورة توسيع حيز الجهات المكلفة بإخطار المرصد الوطني للمجتمع المدني لتشمل هيئات أخرى على غرار جمعيات ومنظمات المجتمع المدني، الهيئة التشريعية بالإضافة إلى الجماعات المحلية، وعدم تركها محتكرة في يد رئيس الجمهورية والوزير الأول، وهذا ضمانا لتحقيق ديناميكية للمرصد وفعالية ونتائج أكبر.

- توضيح حالات الاستعجال المنوه عنها في طلبات الإخطار حتى نقفل باب إمكانية تعسف الجهة المخطرة بالتصريح في هذه الحالة بالاستعجال رغم طبيعته العادية.

- يتعين على المشرع إحداث تجانس بين آجال موافاة المرصد الوطني للمجتمع المدني بالمعلومات التي يطلبها من الجهات الحكومية أو الخاصة والآجال المتعلقة برده على طلبات الإخطار بغية تفادي عرقلة سير عمله في تقديم آرائه وتوصياته إلى الجهات المعنية في إطار المهل المحددة له.

- مهم جدا أن نمكن المرصد الوطني للمجتمع المدني من تمديد الآجال المحددة له من قبل الجهة المخطرة لتسليم رأيه أو توصيته إذا اقتضت الضرورة منه ذلك، فقد يتعذر عليه تقديم الاستشارة المطلوبة منه في الميعاد المحدد له لأسباب قد تخرج عن إرادته.

- والأهم من ذلك، نهيب بالسلطات العامة أن تأخذ بجدية وبعين الاعتبار كل الآراء والتوصيات الصادرة عن المرصد الوطني للمجتمع المدني في المسائل المتعلقة بالمجتمع المدني بغية ترقية وتعزيز دوره في المساهمة في تحقيق التنمية الوطنية المستدامة إلى جانب مؤسسات الدولة.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

- 1- مرسوم رئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 30 ديسمبر 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، الجريدة الرسمية، العدد 82، الصادر في 30 ديسمبر 2020.
- 2- قانون رقم 11-10 مؤرخ في 22 يونيو 2011، يتعلق بالبلدية، الجريدة الرسمية، العدد 37، مؤرخة في 3 يوليو 2011، المعدل والمتمم بالأمر رقم 21-13 مؤرخ في 21 غشت 2021، الجريدة الرسمية، العدد 67، مؤرخة في 31 غشت 2021.
- 3- قانون رقم 12-07 مؤرخ في 21 فبراير 2012، يتعلق بالولاية، الجريدة الرسمية، العدد 12، مؤرخة في 29 فيفري 2012.
- 4- مرسوم رقم 81-267 مؤرخ في 10 أكتوبر 1981، يتعلق بصلاحيات رئيس المجلس الشعبي البلدي فيما يخص الطرق والنفاوة والطمأنينة العمومية، الجريدة الرسمية، العدد 41، مؤرخة في 12 أكتوبر 1981.
- 5- مرسوم الرئاسي رقم 21-37، مؤرخ في 6 يناير 2021، يتضمن تشكيلة المجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي والبيئي وسيره، الجريدة الرسمية، العدد 3، مؤرخة في 10 يناير 2021.

ثانياً: المراجع:

باللغة العربية

الكتب:

- 1- عبد الباقي الهرماسي، المجتمع المدني والدولة في ممارسة السياسة من القرن التاسع عشر إلى اليوم، دراسة مقارنة، مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة الأولى، بيروت، 1998.
 - 2- قوي بوحنية، بن ناصر بوطيب، البرلمان والمجتمع المدني في الجزائر وسؤال الحكامة البرلمانية، في المجتمع المدني المغربي ورهانات الإصلاح، دار الراية للنشر والتوزيع، عمان 2015.
 - 3- حسام شحادة، المجتمع المدني، الطبعة الأولى، بيت المواطن للنشر والتوزيع، دمشق، 2015.
 - 4- سعد الدين إبراهيم المجتمع المدني والتحول الديمقراطي في الوطن العربي، مركز الدراسات ابن خلدون للدراسات، الإنمائية، القاهرة، 1995.
 - 5- سعد الدين إبراهيم المجتمع المدني والتحول الديمقراطي في مصر، دار قباء للنشر والتوزيع، القاهرة، 2000.
 - 5- محمد سيد حميد خليل، فاعلية مؤسسات المجتمع المدني، المركز الديمقراطي العربي، مصر، 2017.
- .الرسائل الجامعية:

- 1- جهيدة شاوش اخوان، واقع المجتمع المدني في الجزائر دراسة ميدانية لجمعيات مدينة بسكرة أنموذجاً، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في علم الاجتماع، تخصص: علم اجتماع التنمية، كلية العلوم الانسانية والاجتماعية، جامعة محمد خيضر-بسكرة، 2014، 2015.

-المقالات:

- 1- الأمين سويقات، "دور المجتمع المدني في تكريس الديمقراطية التشاركية، دراسة حالي الجزائر والمغرب"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 17، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، يناير 2017.
- 2- أحمد زاوي، حبيبة لوهاني، "استحداث المرصد الوطني للمجتمع المدني في ظل التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2020"، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 09، العدد 03، جامعة أم البواقي، 2022.
- 3- السعيد جقيدل، سليمان شلباك، "المرصد الوطني الجزائري للمجتمع المدني ودوره في تفعيل الديمقراطية التشاركية بالإدارة المحلية"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد الثاني، العدد الثاني، جامعة زيان عاشور، الجلفة الجزائر، 2023.
- 4- أمين هجري، حليم لعروسي، "المرصد الوطني للمجتمع المدني كآلية مستحدثة وعلاقته بالمجتمع المدني من خلال التعديل الدستوري لسنة 2020"، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 09، العدد 01، جامعة يحي فارس، المدية، الجزائر، 2023.
- 5- وردية زعروري حدوش، "تعليق على المرسوم الرئاسي رقم 139-21 المؤرخ في 12 أبريل 2021 المتعلق بالمرصد الوطني للمجتمع المدني"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 16، العدد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2021.
- 6- يوسف حميطوش، "إشكالية المجتمع المدني في الجزائر"، مجلة المفكر، العدد 12، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2017.

المراجع باللغة الأجنبية:

- 1-Bennabou Fatiha, « Les textes régissant la société civil le parlement et leur interaction », Revue Algérienne des sciences juridiques et politiques, Vol 49, n° 3, Université de Ben Youssef ben khedda d'Alger, 2012.
- 2-Larry Diamond, « Rethinking civil society», journal of democracy, Johns Hopkins University press, Vol5, n°3, July 1994.
- 3-Yehudah Mirsky, «Democratic politics, democratic culture», "Orbits, A journal of world affairs, Vol 37, Issue 4, Autumn 1993.

السياسة الصحية في الجزائر بين تهديدات فيروسين (نقص المناعة البشري: الإيدز) و (كورونا: كوفيد-19)
Health policy in Algeria between the threats of two viruses (human immunodeficiency virus: AIDS) and (Corona: Covid-19).

جميلة طيب

سليمة صبان*

جامعة الجيلالي بونعامة- خميس مليانة-

جامعة الجيلالي بونعامة - خميس مليانة-

d.tayeb@univ-dbkkm.dz

s.sebbane@univ-dbkkm.dz

تاريخ القبول: 25-05-2024

تاريخ الإيداع: 25-07-2023

ملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى البحث في إمكانيات معالجة السياسة العامة الصحية للأمراض الخطيرة والمتفاقمة، والتي ازداد انتشارها في الآونة الأخيرة بين البشر، وأبرزها: فيروس نقص المناعة البشري وفيروس كورونا، وهما نموذجان أصبحا يهددان حياة الكثير من الفئات على اختلاف أديانها وأجناسها، إذ أثار هذان الفيروسان موجة عارمة من الخوف والهلع في مختلف المجتمعات الغربية والعربية. والجزائر لم تسلم من تداعيات هذين الفيروسين القاتلين، ولم تعرف أشد فتكا وأكثر انتشارا من متلازمة العوز المناعي المكتسب (مرض الإيدز)، كما أنها لم تعرف خلال سنة 2020 أكثر مدمر صحي من فيروس كورونا (كوفيد-19)، مما أثرا على الوضع الصحي في الجزائر. الأمر الذي دفع بالحكومة الجزائرية إلى تبني سياسة صحية وطنية، وبرامج للتقليل من حدة انتشار الفيروسين.

وأمام الواقع الصحي الذي نعيشه، سنحاول توضيح الاستراتيجيات التي تبنتها الحكومة الجزائرية للكشف عن سبل مواجهة الفيروسين، والمتمثلة في إعادة صياغة سياسة صحية تكون أكثر فاعلية، ومن ثم اقتراح بعض الحلول لمنع انتشارهما بين الأفراد.

الكلمات المفتاحية: السياسة الصحية؛ فيروس نقص المناعة البشري؛ الإيدز؛ فيروس كورونا؛ كوفيد-19.

Abstract:

This study aims to investigate the possibilities of addressing public health policy for serious and aggravating diseases, which have recently increased in prevalence among people, most notably : HIV and Corona virus, two models that have become threatening the lives of many groups of different religions and races, as these two viruses sparked a huge wave of fear and panic in various Western and Arab societies.

Algeria was not spared from the repercussions of these two deadly viruses, and it has not known a more deadly and widespread disease than Acquired immunodeficiency Syndrome (AIDS), just as it has not known during the year 2020 a more health destructive disease than the Corona virus (Covid-19), This affected the health situation in Algeria, which prompted the Algerian government to adopt a national health policy and programs to reduce the severity of the spread of the two viruses.

In reformulating a health policy that would be more effective, and then proposing some solutions to prevent their spread among individuals.

Keywords : health policy ; human immunodeficiency virus ; aids ; Corona Virus ; Covid-19



مقدمة:

تشغل مسألة الصحة حيزا كبيرا لدى الدول، كونها مسألة عالمية ومورد أساسي في تحقيق التنمية، من خلال ما نصت عليه منظمة الصحة العالمية والمنظمة العالمية لحقوق الإنسان، ومكتب الأمم المتحدة في الكثير من المؤتمرات والندوات، حيث عالجت هذه الهيئات عدة قضايا وأزمات سواء كانت طبيعية، سياسية، أو صحية في الكثير من دول العالم، كمواجهة أكبر أزمة صحية في هذه السنوات الأخيرة وهو فيروس كورونا، إضافة إلى انتشار وتفاقم فيروس آخر بين البشر وهو فيروس نقص المناعة البشري (الإيدز).

شهدت السياسة الصحية في الجزائر منذ الاستقلال إلى يومنا هذا عدة تطورات تبعا للمحددات التي تحكمها، يبقى نجاح مثل هذه الإستراتيجية مرهون بتوفير البيئة المناسبة من إدارة وتمويل كافي. حيث عملت الدولة الجزائرية على وضع قواعد أساسية في هذا القطاع الحساس، من خلال ما نصت عليها المواثيق والدساتير، كتوفير إمكانات متنوعة للنهوض بقطاع الصحة، وتعزيز حدوث تغييرات وصولا إلى إصلاحات، وذلك لتحقيق نظام صحي فعال وناجح.

رغم الإصلاحات التي حققتها الحكومة الجزائرية في هياكلها ومؤسساتها الصحية، إلا أن النظام الصحي يواجه مؤخرا تحديات كبيرة بفعل انتشار الأمراض المعدية و المتنقلة كالسل، والملاريا، وزيادة حدة انتشار فيروس نقص المناعة البشري بين البشر، كما ظهر في سنة 2019 فيروس جديد متهور، هو "فيروس كورونا"، ونظرا لكون الوضع الصحي كان لا يبشر بالخير نتيجة تأثيرات الفيروسات، اعتمدت الحكومة الجزائرية على التجديد في السياسة الصحية من خلال وضع سياسات صحية تتلاءم مع الأزمة الصحية الوطنية، وذلك برفع كفاءة وفاعلية الخدمات الصحية للحد من زيادة الوفيات، كما عملت على توفير الحق في الرعاية الصحية للمواطن، وبالتالي ضمان سياسة صحية ناجحة.

الإشكالية:

تتمثل المشكلة بتأصيل دور الدولة الجزائرية في الحفاظ على سلامة صحة الإنسان من خطر انتشار فيروس الإيدز وفيروس كورونا، واقتراح الحلول المناسبة للحد من انتشارهما. وعلى هذا الأساس جاءت هذه الدراسة للإجابة على الإشكالية الرئيسية التي تتمثل في الصيغة التالية: كيف تفعل الحكومة الجزائرية سياستها الصحية في مواجهة تهديدات فيروس نقص المناعة البشري وفيروس كورونا؟

الفرضيات:

- من خلال الإلمام بمعطيات حول البحث تمت صياغة الفرضيات التالية:
- أثر فيروس نقص المناعة البشري وفيروس كورونا على الوضع الصحي الوطني فقط.
 - تتبع الحكومة الجزائرية قاعدة أولية في صنع سياستها الصحية وهي العمل على خفض نسبة الوفيات لا غير.
 - لولا تداعيات الفيروسين الخطيرين على الحياة الصحية، لما أعادت الحكومة الجزائرية النظر في سياستها الصحية مجددا.

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الورقة البحثية إلى:

- تسليط الضوء على مخاطر انتشار الفيروسات.
- التعرف على مسببات انتشار الفيروسات في المجتمع الجزائري لاتخاذ الإجراءات الوقائية.



- توضيح السياسة الصحية التي اتخذتها الجزائر لمواجهة الفيروسات.

- توضيح تداعيات الفيروسين على الوضع الصحي بالدرجة الأولى، ثم الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية.

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية الدراسة في معرفة مستجدات الفيروسات اللذان أصبحا ظاهرتين عالميتين يهددان الأمن الصحي العالمي، والجزائر هي الأخرى دفعت وما زالت تدفع أرواح كثيرة جراء تفشي الفيروسات، كما جاءت هذه الدراسة لمعرفة أسباب الانتشار، وكيفية التعامل مع الوضع الصحي المتأزم، ومعرفة تداعياتهما على الأمن الصحي الجزائري، لاتخاذ الإجراءات اللازمة للحد من الانتشار.

منهج الدراسة: إن دراستنا وتحليلنا لهذا البحث جعلنا نعتمد على:

المنهج الوصفي التحليلي: الذي يصف لنا الظاهرة محل الدراسة، حتى نشخص الأسباب، ونحلل حيثياتها، ونستخلص نتائج معممة، ونعالج سلبياتها بوضع حلول مناسبة، ونقترح توصيات للتقليل من خطورتها. حيث أسقطنا هذا المنهج على دراسة وضعية السياسة الصحية الجزائرية في ظل انتشار فيروسين قاتلين هما: فيروس نقص المناعة البشري (الإيدز) وفيروس كورونا (كوفيد-19)، سريعي الانتشار، وتحليلها لمعرفة انعكاسات الفيروسات على الوضع الصحي، وبالتالي التأثير على السياسة الصحية الجزائرية.

خطة البحث: وللإجابة على الإشكالية الرئيسية اعتمدت الدراسة على المحاور التالية:

1- واقع السياسة العامة الصحية في الجزائر

2- إشكالية فيروس نقص المناعة البشري وفيروس كورونا في الجزائر

3- انعكاسات فيروس نقص المناعة البشري وفيروس كورونا على المنظومة الصحية في الجزائر

1- واقع السياسة العامة الصحية في الجزائر

تحظى السياسات العامة الصحية باهتمام الباحثين والسياسيين نظرا لما تمثله من أهمية بالنسبة للنظام الصحي، إضافة إلى كونها من إسهامات الحكومة التي تعد المختص الأول في صنعها، وذلك من أجل تحسين الخدمات الصحية المقدمة للمواطن.

سنتطرق في مدخل هذا المحور إلى مفهوم السياسة العامة الصحية، و أهم مجالات اهتمام السياسات الصحية الوقائية في الجزائر .

1.1- مفهوم السياسة العامة الصحية:

تعتبر السياسة العامة الصحية من المفاهيم الحديثة في العلوم السياسية والتي تخدم النظام الصحي، و بقدر ما توحدت التعريفات لهذا المفهوم من قبل المفكرين والباحثين والسياسيين بقدر ما اختلفت، وتباينت انتقاداتهم لبعضهم البعض، وهذا لكونها حقل من حقول العلوم السياسية، والاجتماعية والإدارية.

1.1.1-تعريف السياسة العامة الصحية:

إن السياسة العامة الصحية مصطلح اختلفت التعريفات حوله من مفكر وباحث سياسي لآخر كل حسب رأيه، ومن هذه التعريفات ما يلي:

تعرف السياسة الصحية على أنها: "موقف الحكومة الرسمي في ميدان الصحة والذي تعبر عنه من خلال الخطابات الرسمية أو من خلال الوثائق الدستورية والإدارية".⁽¹⁾

وتعرف أيضا بأنها: "تلك العمليات والقرارات والبرامج التي تتخذها الدولة في المجال الصحي، والمجالات والنشاطات المرتبطة به، كالبينة والوقاية والاستهلاك والشؤون الاجتماعية، كما تضمن معالجة المشاكل الصحية عن طريق الوقاية والعلاج والتربية الصحية السليمة للأفراد والمجتمعات، وتقديم الخدمات الصحية بصفة شاملة وعادلة".⁽²⁾

كما تعرف السياسة العامة الصحية أيضا على أنها: "جملة الأعمال والإجراءات المتخذة من طرف الدولة ومؤسساتها لتحسين صحة مواطنيها وتحقيق الرفاهية لهم".⁽³⁾

2.1.1-مميزات السياسة العامة الصحية

نظرا لكون السياسة العامة الصحية مرتبطة بحياة الإنسان، فهي ذات مجال حيوي لأنها تبحث دائما عن استقرار الفرد وأمن الدولة، وبهذا فإن للسياسة الصحية مميزات يمكن إبرازها كالآتي:

1.2.1.1-سياسة عامة صحية متعددة الأبعاد: حيث لا تكتفي العلاجات الدوائية لتحقيق التقدم في مجال الرعاية الصحية، بل وجوب تمتع المواطنين وأفراد الدولة بثقافة صحية، وكذا نظام غذائي صحي ومتوازن، وهذا لا يكون إلا من اختصاص مؤسسات مرفقية عمومية، وكذا اشتراك الدوائر الوزارية.

2.2.1.1-سياسة عامة صحية تشاركية: وتأتي هذه الخاصية كنتيجة حتمية لكون هذه السياسة متعددة الأبعاد لا تتحقق إلا من خلال تنسيق جهود مختلف القطاعات الحكومية بدءا من أعلى مستوى وصولا إلى المستويات التنفيذية والقاعدية، حيث يطلب من صناع السياسة العامة الصحية وضع استراتيجية تشترك فيها جهود باقي القطاعات لتنفيذ السياسة العامة الصحية.

3.2.1.1-سياسة عامة ديناميكية: يتطلب هذا النوع من السياسة قدر كبير من المرونة، حتى تستطيع التكيف مع المستجدات المحلية أو الدولية، وهذا يتم من خلال الاستشراف للمستقبل، بمساعدة الخبرات والتجارب السابقة المحلية والدولية.

4.2.1.1-سياسة عامة صحية تفاعلية: تهتم برصد حاجيات المواطنين وجميع الشركاء بضبط مطالبهم كمرحلة أولى ثم تحويلها إلى مخرجات على شكل استجابة وتلبية حق الصحة لجميع أفراد الدولة، وبالتالي تحقيق أهداف السياسة العامة الصحية.⁽⁴⁾

⁽¹⁾ -إيمان العباسي، تقييم فاعلية السياسة الصحية في معالجة الإختلالات المتعلقة بتمويل الخدمات الصحية، المجلة الجزائرية للدراسات السياسية،

المجلد: 05، العدد: 01، ص.4.

⁽²⁾ - أحمد مسعودي، نور الصباح عكنوش، السياسة العامة الصحية في الجزائر، المجلة الجزائرية للأمن والتنمية، المجلد: 10، العدد: 03، جويلية 2021، ص.ص 64-78، ص 66.

⁽³⁾ - لقمان مغراوي، صناعة السياسات الصحية في عالم متغير- دراسة حالة الجزائر-، المدرسة الوطنية العليا للعلوم السياسية، ص.29.

⁽⁴⁾ -نفس المرجع، ص.32.

3.1.1- مقومات السياسة العامة الصحية:

3.1.1.1- الإلتزام السياسي: يتطلب ضرورة الإلتزام الفعلي والأخذ بما يجب القيام به من أجل تجسيد أهداف السياسة الصحية على أرض الواقع.

3.1.1.2- الاعتبارات الاجتماعية: تعد مراعاة المساواة والعدالة الاجتماعية في توزيع الخدمات الصحية من صميم السياسة العامة الصحية.

3.1.1.3- سن التشريعات: بعد اتخاذ قرار دخول السياسة الصحية حيز التنفيذ، يتم تحيين الترسنة القانونية تماشيا مع مشروع السياسة المقررة لضمان عدم الحياد عن الأهداف المسطرة أثناء عملية التنفيذ.

3.1.1.4- تخصيص الموارد المالية: ترتبط أي سياسة عامة بضرورة تخصيص الموارد وزيادة الميزانية المخصصة للقطاع، فتشييد المؤسسات الصحية بمختلف أنواعها وتجهيزاتها يترتب عليه إنفاق أموال معتبرة.⁽¹⁾

2.1- مجالات اهتمامات السياسات الصحية الوقائية في الجزائر .

1.2.1- السياسات الصحية الوقائية المتعلقة بمكافحة الأمراض المتنقلة

رغم تغير وتعاقب أعضاء الحكومة، إلا أن السياسات الصحية الوقائية المتعلقة بمكافحة الأمراض المتنقلة احتلت مكانة بارزة في توجهات السياسة العامة الصحية، حيث عملت الحكومة في هذا المجال على:

- تطوير برامج جديدة ومخططات وقائية بغية حماية الصحة بمختلف الفئات العمرية.

- تطوير جهاز الرصد الصحي.

- تعزيز البرامج الوطنية للوقاية وتطوير برامج جديدة تعمل على تطوير وتعزيز القدرات الوقائية.

- تدعيم وتعزيز البرامج الوطنية التي تهدف إلى القضاء على الأمراض المتنقلة السائدة.

- محاربة الأمراض التي يمكن مراقبتها من خلال التلقيح.⁽²⁾

2.2.1- السياسات الصحية الوقائية المتعلقة بمكافحة الأمراض غير المتنقلة

لقد حظيت السياسات الصحية الوقائية المتعلقة بمكافحة الأمراض غير المتنقلة بنفس الاهتمام التي أدته السياسات الصحية الوقائية المتعلقة بمكافحة الأمراض المتنقلة، ويرجع سبب الاهتمام إلى الإرتفاع الكبير في الأمراض غير المتنقلة مثل: مرض السرطان، السكري، القصور الكلوي، والضغط الدموي، وهذا كان سببا في زيادة إنشاء العديد من المؤسسات الصحية المتخصصة كمراكز تصفي الدم ومراكز مكافحة السرطان.

ولقد ارتكزت السياسات الحكومية على:

- تطوير نظام معلوماتي يسمح بالحصول على معلومات موثوقة.

- تعزيز إمكانيات الكشف عن الأمراض غير المتنقلة مثل: سرطان الأعضاء التناسلية والثدي.

- تعزيز المراقبة الصحية على مستوى الحدود.

(1) -إيمان العباسي، مرجع سابق، ص 5.

(2) - عمر بن سليمان، السياسات العامة الصحية في الجزائر بين البعدين الوقائي والعلاجي، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد: 10، العدد: 02، سبتمبر 2019، ص.ص 204-225، ص214-215.

-مباشرة تطبيق المخطط الوطني للحد من عوامل الخطر المشتركة للأمراض السائدة غير المتنقلة (التدخين، التغذية السيئة).

- إنشاء إطار للتنسيق الوطني متعدد القطاعات، من أجل وضع مخطط للإستراتيجية الوطنية ومتابعتها وتقييمها.⁽¹⁾

2- إشكالية فيروس نقص المناعة البشري (الإيدز) وفيروس كورونا في الجزائر

يشكل الفيروسان تهديدا وخطرا كبيرين على الصحة والسكان، كما أنهما لا يفرقان بين الأجناس والطبقات، وبين دولة مسلمة وغيرها، ولقد وردت توصيات ونواهي في الكثير من آيات القرآن الكريم بالابتعاد عن الزنا، التي هي السبب الأول في استفحال المرض، هذا ما هو إلا دليل على حرص الإسلام على سلامة وصحة الإنسان. كما أن فيروس كورونا هو الآخر حثنا ديننا الحنيف بتجنب عواقبه من خلال تطبيق سياسة الحجر الصحي، والتي معانها موجدة في سورة الحجر. وسوف نتطرق في هذا المحور إلى التفصيل في دراسة كل فيروس على حدا، من تقديم تعريفات للفيروسين، أسباب الإنبشار، طرق الانتشار، وأعراض الإصابة، وطرق الوقاية.

1.2- فيروس نقص المناعة البشري (الإيدز):

1.1.2- تعريف فيروس نقص المناعة البشري (الإيدز): بالرغم من الانتشار السريع لمرض الإيدز، إلا أن إعطاء تعريف له أمر تعجيزي ما إن لم يتم التوصل إلى علاج، وبهذا يمكننا إعطاء بعض التعريفات لمرض الإيدز لباحثين اجتهدوا في تقديم رؤية للمرض، وهي كالآتي:

يعرف الإيدز على أنه: "فقدان المريض لا رادته والرغبة في العيش، وما 'ن يفقد الإرادة حتى تضعف مقاومته للمرض، وفي هذه الحالة يلبي الجسم رغبة العقل ويستجيب لإرادته الراضة للحياة".⁽²⁾

كما يمكن تعريف الإيدز على أنه: "فيروس يهاجم خلايا الجهاز المناعي المسؤولة عن الدفاع عن الجسم ضد أنواع العدوى من الأمراض المختلفة كالسرطان وغيره وبالتالي يُفقد الإنسان القدرة على مقاومة الجراثيم المعدية السرطانات".⁽³⁾

كذلك الإيدز هو: "مرض فقدان المناعة المكتسب" ويصف مجموعة الأعراض و الأمراض المرتبطة بنقص الجهاز المناعي الناجم عن الإصابة بفيروس نقص المناعة البشرية. ويستخدم معدل الخلايا من فئة CD4 في الجسم وظهور أمراض أو سرطانات معينة كمؤشر على تطور الإصابة بفيروس نقص المناعة البشرية لتصبح مرض الإيدز".⁽⁴⁾

2.1.2- طرق العدوى

إن عدوى الإيدز هي المرحلة التي يهاجم فيها الفيروس جسم الإنسان، وينتقل الفيروس بأحد الوسائل التالية:
- العلاقات الجنسية: يعد الاتصال الجنسي أو العلاقة الجنسية بين شخصين أو أكثر سببا مباشرا لانتشار المرض من الشخص المصاب الحامل للفيروس لشخص آخر سليم.⁽⁵⁾

(1) - نفس المرجع، ص 217.

(2) - سليمان الدليبي، الإنسان جسدا ونفسا تشخيص مبسط ووصفات في تناول الجميع، رؤية طبية معاصرة للصحة الجسدية والنفسية، بيروت-

لبنان: شركة المطبوعات للتوزيع والنشر، 2008، ص 85.

(3) - أحمد محمد لطفي أحمد، الإيدز وآثاره الشرعية والقانونية، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، 2011، ص 34.

(4) - منظمة الصحة العالمية، فيروس نقص المناعة البشرية والإيدز في أماكن الاحتجاز، السجون، مجموعة أدوات لصانعي القرارات ومديري البرامج ومسؤولي السجون، الأمم المتحدة- نيويورك: مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة، 2008، ص 18.

(5) - طلعت الشهاوي، المسؤولية الجنائية الناشئة عن قتل مرض الإيدز، القاهرة: دار النهضة العربية، 2013، ص 27.

- من الأم إلى الجنين عن طريق المشيمة أو إلى طفلها حديث الولادة أثناء مروره في قناة الولادة أو أثناء الرضاعة.
- الوشم بأدوات ملوثة بفيروس الإيدز.⁽¹⁾
- نقل الدم أو نقل أحد مركبات الدم أو زراعة الأعضاء من المتبرع المصاب: حيث تقدر نسبة انتقال الفيروس من المتبرع المصاب إلى 100%.
- تعاطي المخدرات عن طريق الحقن بالإبر: حيث توصل فريق مرجعي للأمم المتحدة بشأن فيروس الإيدز أن ثلاثة ملايين شخص يتعاطون المخدرات عن طريق الحقن، وهذا ما يؤدي إلى الإصابة بعدوى فيروس العوز المناعي البشري جراء التشارك في استعمال أدوات الحقن.⁽²⁾

الشكل رقم (5): يبين طرق انتقال العدوى بفيروس الإيدز

طريقة العدوى	علاقات جنسية غير شرعية		عن طريق الزواج	أثناء الولادة	المجموع
عدد الحالات	ذكر 156	أنثى 78	64	11	309
التوزيع النسبي %	50,50%	25,24%	17,52%	3,56%	100%

المصدر: من إعداد الباحثة استنادا على مرجع محمد الصالح مسعى احمد، علي حمزة شريف، المحددات الديموغرافية لانتشار مرض الإيدز في الجزائر- ولاية ورقلة نموذجا-مجلة الباحث في العلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد: 2، 2019، ص 88.

من خلال الجدول أعلاه نلاحظ أن انتقال العدوى بالفيروس عند الذكور أكثر منه عند الإناث بفارق 25% من خلال العلاقات الجنسية غير الشرعية، ناهيك عن نسبة انتقاله عن طريق الزواج وأثناء الولادة بنسب أقل مما سبق نتيجة أخطاء طبية أو عدوى.

3.1.2- أعراض الإصابة بالمرض

- في فترة إصابة الشخص بفيروس الإيدز أو مرض الإيدز يشعر وتظهر عليه الموصفات الآتية:
- فقدان الوزن الذي لا يستجيب للعلاج: حيث يعاني المصاب بالإيدز من نقص شديد في الوزن، وتظهر عليه بعض الاضطرابات النفسية والسلوكية، وعدم قدرته في التحكم في الجهاز العصبي.
 - ارتفاع مستمر في درجة الحرارة وتصبب العرق بغزارة خاصة بالليل.
 - شعور شديد بالإرهاق والتعب الذي يستمر لأسابيع طويلة، ورفضه بذل أي مجهود و تعرضه لضيق في التنفس.⁽³⁾
 - تضخم الكبد والطحال والعقد اللمفاوية وفي جانبي الرقبة وتحت الإبطين وفي الأربتين.
 - ضيق في النفس وسعال مستمر- عادة ما يكون سعالا جافا غير مصحوب بإفراز البصاق- ويستمر لعدة أسابيع.
 - إسهال شديد ومزمن نتيجة إصابة القناة الهضمية بفيروسات وطفيليات تسبب تضخم الخلايا.

(1) جمال محمد عثمان، وآخرون، أساسيات علم المناعة والأمصال، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1997، ص 142.

(2) مكتب العمل الدولي، فيروس نقص المناعة البشري/ الإيدز وعالم العمل، مؤتمر العمل الدولي، جنيف: مكتب العمل الدولي، 2008، ص 15.

(3) طلعت الشهاوي، مرجع سابق، ص 8.

- التهاب اللسان وتجويف الفم والبلعوم والمرى بفطر المبيضات البيض مما يسبب صعوبة في البلع وحرقه الفم واللسان.⁽¹⁾

- ظهور بقع حمراء أو قرمزية اللون، مسطحة أو مرتفعة عن سطح الجلد تشبه الكدمات.

- ظهور بقع بيضاء في الفم، سميكة نوعا ما، تظهر على كل أجزاء الفم.⁽²⁾

4.1.2- الطرق العلاجية من مرض الإيدز

ليس لمرض الإيدز علاج نهائي، لكن لقمعه يستدعي الأمر الالتزام بالمعالجات الآتية:

-علاج المضاعفات الناتجة عن الميكروبات الانتهازية: من خلال استخدام أكثر من نوع من الأدوية، لأن فرص النجاح

في السيطرة على الفيروس تزداد باستخدام أنواع مختلفة تسيطر على الفيروس.

-علاج نقص المناعة: حيث لا يوجد علاج فعال بدرجة عالية حتى الآن، ولكن كشف العلماء عن مجموعة من المواد

الكيميائية التي قد تحقق تقدم في علاج المريض، وهي خلطة من الأدوية تطيل عم المصاب.⁽³⁾

5.1.2- الطرق الوقائية من مرض الإيدز

يمكن الحد من مخاطر العدوى بفيروس الإيدز بتطبيق ما يلي:

- التركيز على الوقاية الشاملة التي تحد من انتشار الإيدز، مع الوضع في الاعتبار للحالات المصابة، ومعالجتها دون انتقاص من حقوقها.

- مشاركة أفراد المجتمع من مختلف المستويات والتخصصات في زيادة الوعي بالإيدز.

- إعداد الكوادر المختلفة في مجالات الوقاية والمعالجة النفسية والاجتماعية والطبية.

- زيادة الوعي بخطورة فيروس الإيدز، وذلك بإيصال المعلومة عن كيفية الإصابة، طرق الانتقال.

- الوقاية من انتقال المرض عبر الدم: فحص الدم المتبرع به، توفير معدات الفحص العاجل من الممارسة الجنسية

غير الشرعية خارج الحدود الزوجية، وتشجيع الشباب على الزواج الديني.⁽⁴⁾

- منع المرأة المصابة من الحمل.

- عدم استعمال الدم ونقله للمرضى أو شرائه إلا بعد فحصه والتأكد من سلامته وخلوه من فيروس الإيدز.

- استعمال الإبر التي تستعمل مرة واحدة فقط.

- إجراء الفحوصات الطبية قبل الزواج.

- عدم إقامة العلاقات الجنسية غير المحمية بكافة أنواعها سواء قبل الزواج أو بعده .

- التثقيف الصحي ومراجعة مراكز الفحص للحصول على المعلومات حول فيروس نقص المناعة البشري، وكذا تقديم

الفحص المجاني للأشخاص المراجعين.

- توعية الجمهور بطبيعة المرض وطرق عدواه.⁽¹⁾

(1) - جمال محمد عثمان، وآخرون، مرجع سابق، ص 142-143.

(2) - فاروق مصطفى خميس، قاموس الإيدز الطبي " مرض العصر"، بيروت: دار ومكتبة الهلال، 1987، ص 34.

(3) - بشارت رضا زنكة، الحماية الدولية من فيروس نقص المناعة البشري (الإيدز) - دراسة قانونية- مصر: دار شتات للنشر والبرمجيات، 2011، ص 48.

(4) - غرايبة فيصل محمود، الخدمة الاجتماعية الطبية: العمل الاجتماعي من أجل صحة الإنسان، عمان: دار وائل للنشر والتوزيع، 2008، ص 188-189.

2.2 - فيروس كورونا

2.2.2- تعريف فيروس كورونا: " هو أحد الفيروسات الشائعة التي تسبب عدوى الجهاز التنفسي العلوي، والجيوب الأنفية، والتهابات الحلق، وفي معظم الحالات لا تكون الإصابة به خطيرة باستثناء الإصابة بنوعيه المعروفين بمتلازمة الشرق الأوسط التنفسية (MERS) الذي ظهر في 2012 والمتلازمة التنفسية الحادة الوخيمة (SARS) الذي ظهر في 2003 بالإضافة إلى النوع المستجد الذي ظهر في الصين في نهاية 2019".⁽²⁾

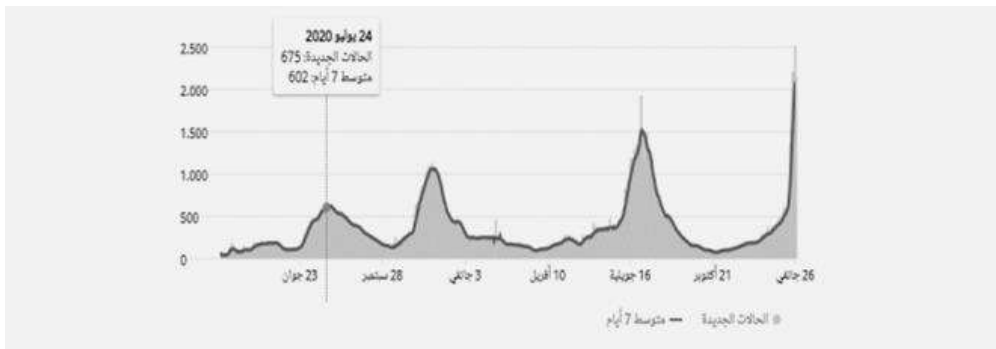
كما يعرف فيروس كورونا أيضا على أنه: " هو فصيلة كبيرة من الفيروسات التي يمكن أن تسبب في طائفة من الأمراض تتراوح بين نزلة البرد الشائعة والمتلازمة التنفسية الحادة الوخيمة (سارس)، نتجت هذه المتلازمة عن انتقال العدوى بين البشر".⁽³⁾

2.2.2- ظهور فيروس كورونا في الجزائر

كانت أول حالة لظهور فيروس كورونا في الجزائر في 25 فيفري 2020، حيث أكدت الدولة الجزائرية أن أول إصابة كانت لدى رجل إيطالي الجنسية وصل إلى الجزائر في 17 فبراير 2020، وقامت الجزائر بترحيله في 28 فبراير عبر الخطوط الجوية الجزائرية من مطار حاسي مسعود الدولي بعد تطبيق الحجر الصحي عليه.⁽⁴⁾

والشكل الموالي يبين عدد الإصابات خلال الموجة الأولى.

الشكل رقم (1): يمثل ذروة عدد الإصابات بمرض كوفيد 19 خلال الموجة الأولى



المصدر: من إعداد الباحثة استنادا على مرجع وريدة براهمي، فيروس كورونا 2 (SARS- COV-2) بالجزائر وانعكاساته الاجتماعية، مجلة المقدمة للدراسات الإنسانية والاجتماعية، المجلد: 07، العدد: 01، (جوان 2022)، ص.ص 1005-1028، ص1012.

بتاريخ 21 مارس 2020 تم الإبلاغ عن 49 حالة جديدة مصابة بمرض كوفيد-19. في 20 أبريل 2020 ارتفعت حصيلة الإصابات الجديدة المصرح عنها لتصل إلى 187 حالة. في 22 ماي 2020 تم تسجيل 190 حالة جديدة، ارتفعت الإصابات في 7 جويلية 2020 إلى 475 حالة جديدة، واستمرت الإصابات لتصل ذروتها إلى 675 إصابة جديدة خلال الموجة الأولى.⁽⁵⁾

(1) - جمال محمد عثمان، وآخرون، مرجع سابق، ص144-145.

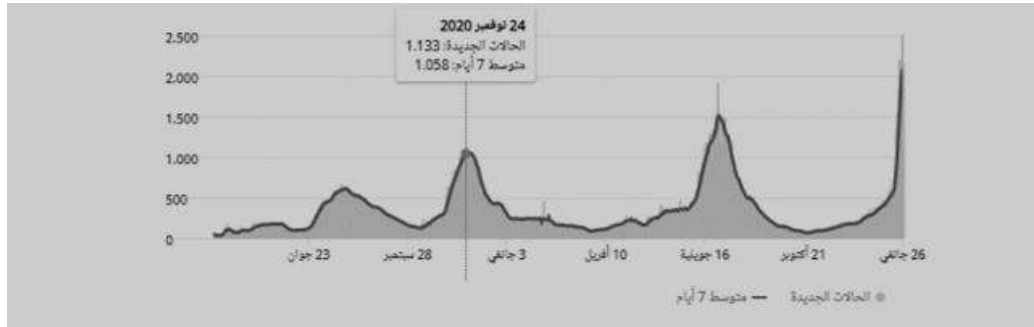
(2) - نعيم بوعموشة، فيروس كورونا (كوفيد 19) في الجزائر -دراسة تحليلية-، مجلة التمكين الاجتماعي، المجلد: 02، العدد: 02 (جوان 2020)، ص.ص 113-151، ص125.

(3) - مروة كرامة، وآخرون، تأثير الأزمات الصحية العالمية على الاقتصاد العالمي: تأثير فيروس كورونا كوفيد-19 على الاقتصاد الجزائري نموذجا، مجلة التمكين الاجتماعي، المجلد: 02، العدد: 02 (جوان 2020)، ص.ص 310-332، ص314.

(4) - نعيم بوعموشة، مرجع سابق، ص129

(5) - وريدة براهمي، فيروس كورونا 2 (SARS- COV-2) بالجزائر وانعكاساته الاجتماعية، مجلة المقدمة للدراسات الإنسانية والاجتماعية، جامعة الحاج لخضر - باتنة 1 (الجزائر)، المجلد: 07، العدد: 01، (جوان 2022)، ص 1005-1028، ص1011.

الشكل رقم (2): يمثل ذروة عدد الإصابات بمرض كوفيد 19 خلال الموجة الثانية



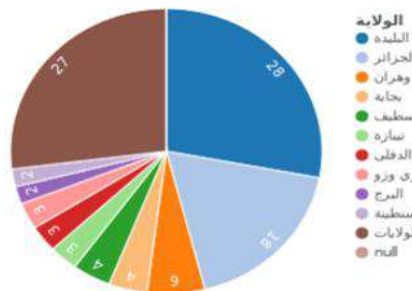
المصدر: من إعداد الباحثة استنادا على مرجع وريدة براهمي، فيروس كورونا 2 (SARS- COV-2) بالجزائر وانعكاساته الاجتماعية، مجلة المقدمة للدراسات الإنسانية والاجتماعية، المجلد: 07، العدد: 01، (جوان 2022)، ص.ص 1005-1028، ص1012.

يبين المنحنى في الشكل رقم (2) أن عدد الإصابات الجديدة بدأت في الانخفاض خلال الموجة الثانية، حيث بلغت 74 حالة إصابة بتاريخ 13 أكتوبر 2020، وبعدها بدأت في الارتفاع، تم تسجيل 291 حالة بتاريخ 31 أكتوبر، واستمرت الإصابات في الارتفاع حتى وصل إلى 1133 إصابة جديدة.⁽¹⁾

3.2.2-مخلفات انتشار فيروس كورونا في الجزائر

2.2.1- حالات الوفاة حسب الولايات

الشكل رقم (1): يمثل حالات الوفيات بكوفيد 19 في الجزائر حسب الولايات



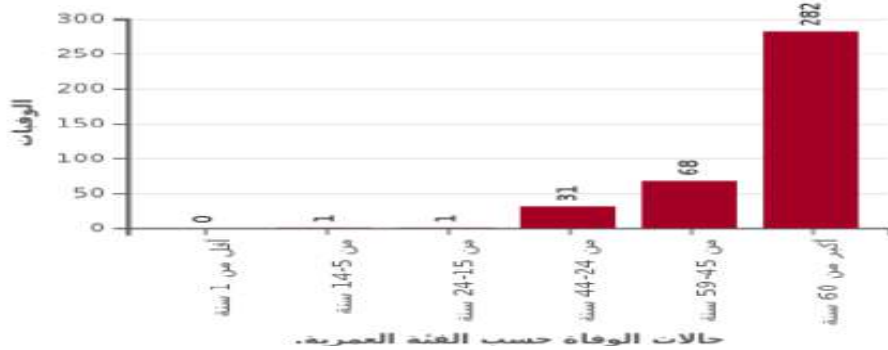
المصدر: من إعداد الباحثة اعتمادا على مرجع نعيم بوعموشة، فيروس كورونا (كوفيد 19) في الجزائر- دراسة تحليلية- مجلة التمكين الاجتماعي، المجلد: 02، العدد: 02 (جوان 2020)، ص.ص 113-151، ص 147.

حسب المعطيات الموجودة في الشكل رقم (1) تظهر أن حالات الوفاة بسبب كوفيد 2 تختلف من ولاية لأخرى، فهي مرتفعة بكل من ولايتي البلدة، الجزائر، أما الولايات المعلن عنها (وهران، بجاية، سطيف، تياره، عين الدفلى، تيزي وزو، برج بوعريش، وقسنطينة) فهي متقاربة وبنسب قليلة، أما باقي الولايات الأخرى فمجموع نسبها في عدد الوفيات تقارب عدد الوفيات في ولاية البلدة وحدها. وتقل في بعض الولايات الأخرى المينة في الشكل، أما بقي الولايات الغير مينة فعدد حالات الإصابة بها ضعيف.

(1) – نفس المرجع، ص1012.

2.2.2- حالات الوفاة حسب الفئة العمرية

الشكل رقم (3): يمثل حالات الوفاة بكوفيد 19 حسب الفئة العمرية في الجزائر



المصدر: من إعداد الباحثة اعتمادا على مرجع نعيم بوعموشة، مرجع سابق الذكر، ص146.

تبين البيانات الموجودة في الشكل أعلاه أن حالة الوفيات في الجزائر متباينة حسب الفئات العمرية، فنجدها معدومة عند فئة المواليد الجدد، أما حالات الوفاة لدى الفئة ذات العمر المتراوح ما بين 14-5 سنة و 24-15 سنة جد قليلة، لتبدأ في الإرتفاع التدريجي من 24 سنة لتصل إلى حد أقصى لدى الفئة العمرية من 60 سنة فأكثر.

2.2.3- حالات الإصابة و الوفاة والشفاء بفيروس كورونا في الجزائر

الجدول رقم (4): عدد حالات المصابين والموتى وحالات الشفاء بفيروس كورونا في الجزائر

الدولة	إجمالي العدد	الوفيات	إجمالي المتعافين
الجزائر	9267	646	5549

المصدر: من إعداد الباحثة بالاعتماد على مرجع مروة كرامة وآخرون، تأثير الأزمات الصحية العالمية على الاقتصاد العالمي: تأثير فيروس كورونا كوفيد 19 على الاقتصاد الجزائري نموذجا، مجلة التمكين الاجتماعي، المجلد: 02، العدد: 02، جوان 2020، ص 310-332، ص324.

من خلال الجدول أعلاه تبين أن عدد المصابين بفيروس كورونا خلال نهاية شهر ماي 2020 في الجزائر قد بلغ 9267 حالة إصابة، وهو عدد مرتفع بالنسبة للدولة الجزائرية، أما عدد الموتى فبلغ 646 حالة وفاة، أما حالات الشفاء فبلغت 5549 حالة، وهو رقم يبعث الطمأنينة في البلاد.

3- تداعيات فيروس الإيدز و كورونا على السياسة الصحية في الجزائر وتدابير الوقاية منها

لقد شكل كلا من فيروس نقص المناعة البشري وفيروس كورونا معضلة كبيرة على السياسة الصحية في الجزائر، حيث عالجتنا في هذا المحور تداعيات فيروس نقص المناعة البشري على السياسة الصحية في الجزائر، وكذا فيروس كورونا.

1.3- انعكاسات فيروس نقص المناعة البشري (الإيدز) على السياسة الصحية

يعتبر فيروس نقص المناعة البشري (الإيدز) كغيره من الأوبئة والفيروسات المهددة للأمن الصحي، من حيث شدة تأثيره على السياسة الصحية للدولة، وعلى عدد السكان، حيث تطور مرض السيدا في الجزائر خلال الفترة الممتدة من 1995 إلى غاية 2004، ووصل في السنوات الأخيرة إلى أرقام مرعبة.

الشكل رقم (5): يبين التطور الوبائي لمرض الإيدز حسب جهات الوطن الجزائري

الجنوب	الشرق	الغرب الجزائري	الجزائر	جهات الوطن
1990	395	1885	2098	عدد الحالات

المصدر: من إعداد الباحثة استنادا على مرجع محمد الصالح مسعى احمد، علي حمزة شريف، المحددات الديموغرافية لانتشار مرض الإيدز في الجزائر- ولاية ورقلة نموذجا-مجلة الباحث في العلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد: 2، 2019، ص 87.

من خلال الجدول أعلاه يتبين أن حالات الإصابة بمرض الإيدز جد مرتفعة بالجزائر الوسطى، ومنخفضة عنها بقليل في كل الغرب الجزائري والجنوب، أما في الشرق فهي نوعا ما قليلة مقارنة بالجهات المذكورة.

وحسب تصريحات "عادل زدام" ممثل برنامج منظمة الأمم المتحدة المشترك لمكافحة الإيدز في الجزائر بأن عدد الإصابات في تزايد مستمر وذلك بمعدل يتراوح ما بين 700-800 حالة سنويا⁽¹⁾

حيث قدر عدد الأشخاص المصابين بمرض السيدا إلى غاية 2011/11/30 إلى 1234 شخصا مقارنة بسنة 2010 حيث سجلت 242 حالة.⁽²⁾

كما أن عدم القدرة على إيجاد علاج نهائي للفيروس حتم على الحكومة الجزائرية باتخاذ سياسات وقائية مجانية لتدارك الوضع الخطير، كتطبيق سياسة مجانية العلاج، فتح مراكز صحية مختصة ومخابر تحاليل خاصة بهذا الفيروس، هذا ما يكلف الدولة الجزائرية ميزانية كبيرة في الإنفاق الصحي.

2.3-انعكاسات فيروس كورونا على السياسة الصحية

1.2.3-الانعكاسات الإيجابية:

1.1.2.3-توقف الحراك الشعبي:

في سنة 2019 شهدت الجزائر اكبر حركة احتجاجية سلمية، سميت بالحراك الشعبي، كانت نتيجة ظروف سياسية، اجتماعية واقتصادية، وعرفت كل ولايات الجزائر استجابة موحدة بعد كل صلاة جمعة، كانت أول وقفة يوم 22 فيفري 2019، واستمر الحراك أكثر من سنة، وبعد ظهور أول حالة إصابة بفيروس كورونا في الجزائر، وانتقال العدوى بين الناس، إقنع الناس بأن الأمر ليس من تدبير الحكومة لتهويل المحتجين لأجل إيقاف الحراك، وإنما الأمر في أشد الخطورة وهو متعلق بحياة وصحة كل فرد. إن الارتفاع في عدد الإصابات والوفيات أدى إلى اقتناع الأقلية التي خرجت للحراك يوم 13 مارس 2020 بعدم الجدوى من الخروج تجنباً لتفشي الوباء، وكانت جمعة 20 مارس 2020 أول جمعة بدون حراك ودون مسيرات شعبية في الشوارع الجزائرية. وهذا كان فيروس كورونا سببا في توقف الحراك الشعبي.⁽³⁾

⁽¹⁾ مرجع محمد الصالح مسعى احمد، علي حمزة شريف، المحددات الديموغرافية لانتشار مرض الإيدز في الجزائر- ولاية ورقلة نموذجا-مجلة الباحث في

العلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد: 2، 2019، ص 87.

⁽²⁾ -سعيدة رحمانية، وضعية الصحة والخدمات الصحية في الجزائر، مجلة الباحث الاجتماعي، العدد: 11، مارس 2015، ص 228.

⁽³⁾ - وريدة براهيم، مرجع سابق، ص 1024 .

2.1.2.3-اكتساب خبرة:

كان فيروس كورونا سببا في إقامة شراكة وعلاقات في مجال الصحة، وتبادل خبرات والمشاركة في الندوات والمؤتمرات الدولية، وذلك لاكتساب خبرة في مواجهة الفيروس.

3.1.2.3-تطوير السياسة الصحية:

إن آثار وانعكاسات جائحة فيروس كورونا على المنظومة الصحية في الجزائر، كان سببا في إعادة النظر في السياسة الصحية، وإدخال قوانين وإجراءات جديدة.⁽¹⁾

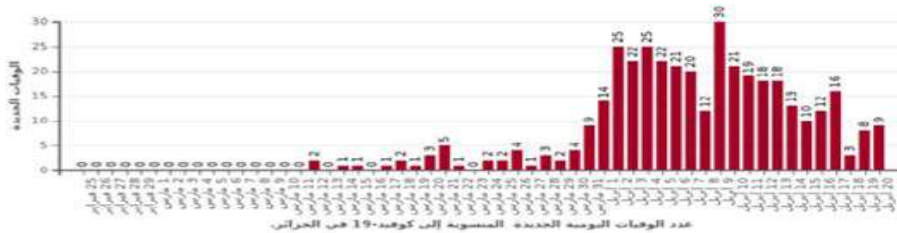
2.2.3-الانعكاسات السلبية لفيروس كورونا على النظام الصحي في الجزائر:

-عانى القطاع الصحي من نقص في الإمكانيات الممنوحة له لمواجهة هذا الوباء.
-قلة المخابر القادرة على تشخيص الوباء راجع إلى عجز الحكومة الجزائرية على توفيرها في ظرف قصير، نتيجة لفجأة الفيروس وعدم توقعه، مما أعطى صورة سلبية لعدم فاعلية السياسة الصحية.
-قلة العتاد المخصص والموجه لتعقيم الشوارع والأماكن العمومية.
-ارتفاع تكلفة وسائل ومستلزمات الوقاية من فيروس كورونا.
-الارتفاع الكبير للحالات المؤكدة التي تتطلب الإنعاش جراء تفشي الوباء، وضع المنظومة الصحية في الجزائر في مأزق لعدم القدرة على السيطرة عليه، رغم ما يتوفر من 82,716 سريرا، منها 2500 تم تخصيصها للتكفل بالمصابين على مستوى 64 مصلحة للأمراض المعدية، و 247 مصلحة للطب الداخلي و79 مصلحة أمراض الرئة و100 مصلحة في اختصاصات أخرى.

- أظهر الوباء هشاشة المنظومة الصحية في الجزائر.

-حالة الفوضى التي شهدتها أغلب المستشفيات.⁽²⁾

الشكل قم (1): يمثل عدد الوفيات اليومية الجديدة المنسوبة إلى كوفيد 19 في الجزائر



المصدر: من إعداد الباحثة استنادا على مرجع نعيم بوعموشة، مرجع سابق الذكر، ص144.

تبين البيانات أعلاه أن نسبة الوفيات بفيروس كورونا كانت في البداية الظهور أي خلال شهر مارس بنسبة قليلة، لتبدأ حالات الوفاة في الإرتفاع التدريجي يوميا خلال شهر أبريل 2020 وهذا يدل على الانتقال السريع في العدوى بالفيروس بين الأشخاص، وذلك لأسباب عدة.

(1) -جلول لخضاري، محمد غربي، تداعيات وباء كورونا على الأمن الصحي في الجزائر، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد: 07، العدد: 01، (2022)، ص 939-955، ص15.

(2) - نفس المرجع، ص9.

3.3-تدابير السياسة الصحية الجزائرية للوقاية من انتشار فيروس كورونا

اتخذت الجزائر كغيرها من الدول إجراءات وتدابير للوقاية من انتشار فيروس كورونا، كما عملت على حماية صحة الفرد السليم من العدوى، وتوفير الرعاية الصحية للمصابين بالفيروس وذلك بتحقيق المتطلبات الآتية:

1.3.3-تطبيق الحجر الصحي:

يعد الحجر الصحي من الاستراتيجيات المساعدة في منع انتشار عدوى فيروس كورونا، ولقد طبقت الجزائر الحجر الصحي من أجل إبعاد المواطنين الذين كانوا على اتصال مباشر بالمصابين.⁽¹⁾

2.3.3-العتاد الطبي:

حسب تصريحات وزير الصحة لإذاعة الجزائر الثالثة في 16 مارس 2020، إن الجزائر بها أكثر من 400 سرير إنعاش، وبعد ثلاثة أيام صرح ذات المصدر أن الجزائر لديها 2500 جهاز تنفس صناعي، 2500 جهاز تخدير وتنفس صناعي آخر، 220 عيادة خاصة لكل منها 3 إلى 4 أسرة إنعاش.

3.3.3-مراكز الكشف:

قبل بداية الوباء كان للجزائر مختبر تشخيص واحد هو معهد باستور الجزائر، يعمل على إجراء ما يصل إلى 130 اختبارا في اليوم، وفي 23 مارس 2020 تم افتتاح مختبر فحص جديد لكوفيد-19 تحت إشراف معهد باستور في وهران لتقاسم الضغط مع الجزائر، كان لدى هذا المعهد القدرة على إعطاء نتائج التحليل في غضون 3-4 ساعات بعد إجراء التحليل، وفي 25 مارس 2020 تم فتح معهد ثالث بقسنطينة.⁽²⁾

4.3.3-الإمدادات الطبية:

بادرت مدينة شنغهاي الصينية بإرسال طلبية لوسائل الحماية من فيروس كورونا في 5 أبريل 2020 إلى مطار هواري بومدين، تتمثل في 8,5 مليون كمادة من نوع ثلاث طبقات و 100.000 كمادة مرشحة من نوع " أف أف بي 2"(FFP2). كما أرسلت بكين يوم الجمعة 10 أبريل 2020 شحنة ثانية نحو مطار هواري بومدين تقدر ب30 طن و أجهزة تشخيص فيروس كورونا (40 ألف مشخص)، وأجهزة تنفس اصطناعي (100 جهاز)، وفي 17 أبريل 2020 وصلت الى الجزائر طلبية ثالثة من الوسائل الطبية ومستلزمات الحماية، تم شراؤها من الصين لتصل إلى الجزائر في ظرف 38 ساعة على متن طائرتين تابعتين للقوات الجوية للجيش الشعبي الوطني.⁽³⁾

5.3.3-تنصيب لجنة متابعة ورصد وباء كورونا: في 17 مارس 2020، في إطار اجتماع تكميلي لجلسة العمل بخصوص تفشي فيروس كورونا في البلاد، أصدر المجتمعون بالرئاسة في إطار الحد من انتشار الوباء تطبيق العزل عن الحالات المصابة بالفيروس، وتدعيم لجنة اليقظة والمتابعة وبلجنة علمية لمتابعة فيروس كورونا، تتشكل من الأطباء الأخصائيين، مهمتها متابعة تطور انتشار الفيروس، وإبلاغ الرأي العام بعدد الإصابات يوميا، ووقف على هذه المتابعة

(1) - نفس المرجع، ص12.

(2) - نعيم بوعموشة، مرجع سابق الذكر، ص 147- 148.

(3) - نفس المرجع ص 149.

الوزير الأول عبد العزيز جراد بتعيينه لجنة خاصة تتولى متابعة ورصد وباء كورونا برئاسة عبد الرحمان بن بوزيد وزير الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات.⁽¹⁾

الخاتمة:

خلصت الدراسة إلى أن الجزائر عرفت كغيرها من دول العالم أزمات صحية متوالية، تمثلت في أخطر الأوبئة والفيروسات التي عجز الطب عن إيجاد دواء وعلاج نهائي لها وهي: فيروس نقص المناعة البشري (الإيدز) وفيروس كورونا. إن مرض الإيدز أصبح يمثل تحديا للبشرية، كونه يختلف عن بقية الأمراض التي تصيب الإنسان، لذلك تعتبر أسباب انتشاره جزء من الصراع القائم داخل الجسم البشري، حيث فشل الأطباء في اختراع علاج لتخفيف معاناة المرضى بالإيدز. كما أن مشكلة عدوى الإيدز وانتشاره يترتب عنه آثار جانبية، مما استدعى الأمر إلى تدخل القانون الدولي والفقه الإسلامي، ومن حكمة الله تعالى ذكر ونهي عن ارتكاب الزنا، ومن حكمة الخالق عجز الأطباء والباحثين عن إيجاد علاج لهذا المرض اللعين.

كما سجلت جائحة كورونا معضلة كبيرة في حياة البشرية عامة والجزائر خاصة، حيث تسببت في حصد الكثير من الأرواح في ظرف زمني وجيز مسببة توقف شبه تام لمختلف القطاعات، مما أدى إلى تكاثف الجهود قصد إيجاد الحلول المناسبة لمعالجتها، أو الوقاية من مخاطرها.

يحتاج نجاح النظام الصحي لأي دولة كانت وبالخصوص النظام الصحي الجزائري إلى تظافر جهود محلية المتمثلة في مؤسسات الدولة الرسمية و مؤسسات غير رسمية (القطاع الخاص، رجال الأعمال) في صنع السياسة الصحية، تساهم في إدارة وتسير وإعداد برامج وخطط تضمن السير الحسن للعملية العلاجية والوقائية في المؤسسة الصحية. إن فجاءة الوضع الصحي الذي آلت إليه الجزائر بسبب تفشي فيروس كورونا مؤخرا، وزيادة حدة انتشار فيروس الإيدز في المجتمع الجزائري، أدى إلى هشاشة المنظومة الصحية في الجزائر، لكن الوضع لم يبق على حاله، فعملت الحكومة الجزائرية على رسم سياسة صحية متمثلة في تطبيق بروتوكولات، ووضع خطط وبرامج للتقليل والحد من انتشار الفيروسات بين البشر.

نتائج الدراسة:

توصلنا من خلال هذه الورقة البحثية إلى النتائج التالية:

- كلا من الفيروسين شكلا أزمة صحية عالمية بالدرجة الأولى ووطنيا بالدرجة الثانية.
- أثر الفيروسات على النظام الصحي الجزائري سلبا، بالرغم من الإجراءات والسياسات الصحية المتخذة لمواجهة الأزمة الصحية.

- أن كل من فيروس نقص المناعة البشري (الإيدز) وفيروس كورونا أثرا سلبا على السياسة الصحية في الجزائر.

التوصيات:

- لا بد من صياغة استراتيجية محكمة لتطبيق قواعد السياسة الصحية في القضاء على مستجدات الفيروسات.
- وجوب مواكبة السياسة الصحية عصر التكنولوجيا في المجال الطبي.

(1) - سليمان معضادي، السياسة الصحية الجزائرية في ظل جائحة كورونا كوفيد-19 " دراسة تحليلية"، مجلة طبنة للدراسات العلمية الأكاديمية، المجلد: 05، العدد: 01، ص.ص 1592-1610، ص.ص 1602-1603.

- وجوب فتح أيام تحسيسية حول خطورة الفيروسات.
- لابد من وضع خطط وبرامج وقائية لمكافحة الفيروسات.
- ضرورة تقديم الدعم النفسي للمصابين بالمرض الإيدز وفيروس كورونا لتجنب أعراض أخرى.
- وجوب إخضاع كل من هو راغب في الزواج بإجراء فحوصات وتحاليل طبية تثبت سلامته من الفيروس أو المرض.
- إلزامية معاملة مريض الإيدز الموجود داخل المستشفى للتداوي على أي مرض آخر باحترام كرامته.
- على الأئمة الحث في خطبهم بالابتعاد عن ما نهى الله عنه كالزنا.
- ضرورة إنشاء مراكز خاصة لإدارة الأزمات الصحية الخطيرة والمعدية.

دراسة نقدية وتحليلية لأحكام المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية
وتفويضات المرفق العام

A critical and analytical study of the provisions 247-15, which includes the regulation of
public procurement and public utility, mandates

قير نوار

ضياف ياسمينه*

-جامعة محمد بوضياف -المسيلة-

-جامعة محمد بوضياف -المسيلة-

مخبر الدراسات والبحوث في القانون والأسرة والتنمية الإدارية

nouara.grir@univ-msila.dz

yassamina.diaf@univ-msila.dz

تاريخ القبول: 07-06-2024

تاريخ الإيداع: 15-11-2022

ملخص:

أثار تطبيق تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام 15-247 العديد من الإشكالات نتيجة اختلال البناء المنطقي للنص سواء من الناحية الشكلية التي جانبت المنهجية العلمية للنصوص القانونية من حيث التوازن والترابط والوضوح والترتيب أو من ناحية المضمون الذي تخلله اشكالات مرتبطة بتضييق مبدأ المنافسة ومرونة وعدم استقلالية الرقابة عضويا ووظيفيا واشكالية تنفيذ وتبليغ الصفقة العمومية إلى جانب وجود ثغرات ونقائص لم يتناولها النص.

الكلمات المفتاحية: التوازن؛ المنافسة؛ الرقابة؛ التنفيذ؛ تبليغ الصفقة.

Abstract:

The application of the regulation of regulation of public procurements and the mandates of the public utility 247-15 raised many problems as a result of the disruption of the logical structure of the text, whether from the formal aspect that neglected the scientific methodology of the legal texts in terms of balance, coherence, clarity and arrangement, or in terms of the content that had problems related to the narrowing of the principle of competition, flexibility and lack of independence Censorship is organically and functionally, and the problem of implementing and reporting the public deal, as well as the existence o

f gaps and deficiencies that were not covered by the text.

Keywords : balance; competition; control; Execution; notification of the transaction

* ضياف ياسمينه.



مقدمة:

المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام هو ليس أول نص قانوني ينظم عقود الصفقات العمومية بل هو سادس نص قانوني منذ الاستقلال، فهو أكثر القوانين التي تميزت بعدم الاستقرار وكثرة التعديلات نظرا لأهمية عقود الصفقات العمومية باعتبارها، أهم قنوات صرف المال العام الذي يتطلب تنظيما قانونيا جيدا لحمايته بالإضافة إلى أنه قانون اجرائي يتأثر بحركية الاقتصاد والتوجه العام للسياسة الدولة في الانفاق العام.

هذه التعديلات مست على وجه الخصوص:

- إجراءات الأبرام من حيث اخضاعها لمبدأ المنافسة خاصة بعد تغير سياسة الدولة ودخلوها مرحلة الانفتاح الاقتصادي وهذا ما ترجمه المرسوم التنفيذي 91-343 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية الملغى؛
- توسيع وتضييق مجال اخضاع تنظيم الصفقات العمومية على المؤسسة العمومية الاقتصادية والذي أفرز أشكال الاختصاص القضائي العادي أو الإداري في النزاعات الناتجة عن عقود الصفقات العمومية؛
- والنقطة الثالثة هي الرقابة على عقود الصفقات العمومية والتي تميزت بالمرونة قبل صدور المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية الملغى أيضا هذا الأخير الذي جاء بإعادة هيكلة لجان الصفقات العمومية على غرار المرسوم الرئاسي الأخير 15-247.

أما فيما يتعلق بعقود التفويض فالمرسوم الرئاسي 15-247 هو أول نص قانوني ينظم عقود تفويض المرفق والتي جاءت قبله نصوص قانونية متفرقة وبمصطلحات مختلفة فجاء ليضع القانون الإطار لهذه النصوص وتوحيد المصطلحات

غير أنه ورغم الإصلاحات والتعديلات التي باشرتها الدولة الجزائرية والهادفة إلى ترشيد النفقات وإيجاد بدائل لتمويل الخزينة العمومية من خلال التخفيف من حدة الإجراءات البيروقراطية و وضع تنظيم لعقود تفويض المرفق العام ليزال تنظيم الصفقات العمومية يعاني من بعض اللبس والنقص سواء من الناحية الشكلية أو الموضوعية من هنا جاءت دراستنا تحاول الإجابة على الإشكالية : إلى أي مدى وفق المشرع في تنظيم عقود الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام من حيث الشكل والمضمون؟ وهذا ما سنحاول تسليط الضوء عليه من خلال هذه الدراسة وفقا للمنهج التحليلي في محورين:

المحور الأول: دراسة تحليلية لأحكام مرسوم 15-247 من الناحية الشكلية

المحور الثاني: دراسة تحليلية لأحكام المرسوم 15-247 من الناحية الموضوعية

1- دراسة تحليلية لأحكام المرسوم 15-247 من الناحية الشكلية

سنتناول في هذا المحور أهم الإشكالات القانونية التي يمكن إثارتها من خلال استقراء المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وفقا لقواعد منهجية النص القانوني، وذلك من حيث عنوان النص القانوني (أولا)، التوازن في النص (ثانيا)، أما النقطة الثالثة فمن حيث البناء المنهجي لنص القانون (ثالثا).

1.1- العنوان:

الملاحظات التي يمكن تقديمها حول عنوان النص القانوني هي ملاحظات من حيث الصياغة ومن حيث الترابط.



1.1.1- من ناحية الصياغة:

استخدم المشرع الجزائري عبارة "تفويضات" المرفق العام ، أي أن عقود التفويض جاءت على سبيل الحصر لا على سبيل المثال ، وهذا مأخوذ عليه لأن عقود تفويض المرفق العام غير محددة و غير محصورة في النظام القانوني الجزائري هذا من جهة بالإضافة إلى ان عبارة " تفويضات " من الناحية الاصطلاحية لا يتماشى مع المصطلح القانوني لهذا النوع من العقد الذي يسمى " التفويض " ، وهذا ما أخذت به النظم القانونية المقارنة مثل المشرع المغربي⁽¹⁾ الذي أطلق عليه مصطلح " التدبير المفوض " أما المشرع التونسي جاء بتسمية تفويض المرفق العام ، و المشرع الفرنسي بتسمية " La délégation de service public".

2.1.1- من ناحية الترابط:

ربط المشرع الجزائري في النص القانوني بين عقدين مختلفين، الأول الغرض منه تلبية حاجات عامة وهي عقود الصفقات العمومية، أما العقد الثاني الغرض منه إشباع حاجات عامة. وباستقراء النص القانوني⁽²⁾ نجد أن المشرع أدرج عقدين لا يجمعهما سوى نص المادة 5 منه التي تنص على مبادئ الصفقات وعقود تفويض المرفق العام، إضافة إلى المادة 213 المتضمنة إنشاء سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام⁽³⁾.

2.1- توازن النص:

إن المرسوم الرئاسي 15-247 جاء لتنظيم أحكام عقدين أساسين وهما عقود الصفقات العمومية و عقود تفويض المرفق العام ، و لكن نجد أن هذا الأخير يفتقر للتوازن الكمي من حيث عدد المواد التي نظمت عقود الصفقات العمومية في الباب الأول الذي يتكون من 206 مادة والتي تناول المنظم في المادة 5 المبادئ التي تحكم العقدين بالإضافة الى تنظيم الصفقات العمومية من حيث المفهوم و مجال التطبيق و إجراءات الابرام ، والرقابة ، ويقابله باب ثاني تحت عنوان الأحكام المطبقة على تفويضات المرفق العام ، مكون من أربع مواد فقط⁽⁴⁾ تناول من خلالها المنظم مفاهيم عامة وأنواع عقود تفويض المرفق العام ، أما الأبواب الأخرى فتناول التكوين و سلطة ضبط الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام إضافة إلى الأحكام الانتقالية بشكل مقتضب جدا.

و لعل ما يفسر عدم التوازن المنهجي لتقسيم النص، بالرجوع إلى الظروف المتعلقة بإعداد هذا النص حيث انه في البداية لم يحتو على الباب المخصص لتفويضات المرفق العام ، لان الحكومة اقترحت تخصيص نص خاص منفصل خاص بهذا النوع من العقود يتضمن جميع الأحكام المتعلقة بتنظيمها مثل ما هو الأمر في الصفقات العمومية، و لكن الاستعجال بضرورة معالجة موضوع تفويضات المرفق العام، و إصرار وزارة المالية على ذلك ، مما أدى إلى إقحامه في هذا

¹ القانون 54/05 المتعلق بالتدبير المفوض الصادر بتاريخ 14 فيفري 2006

² أكرور مريام المفهوم الجديد للصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15/247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مداخلة في الملتقى الدولي الخاص بالصفقات العمومية وتفويض المرافق العامة في ظل المرسوم الرئاسي 15/247 والتشريعات المقارنة، المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة المسيلة، ليومي 18-19 أكتوبر 2016.

³ المرسوم الرئاسي 15/247 المؤرخ في 16/09/2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، ج. ر عدد 50 الصادر بتاريخ 2015/09/20

⁴ خرشي النوى، الصفقات العمومية، دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، دار الهدى 2018 ص 6.

النص ، وأحال المشرع تنظيم الاحكام المتعلقة بعقود التفويض الى تنظيم من درجة اقل من التنظيم المستقل (المرسوم الرئاسي 15-247) الذي صدر من خلال المرسوم التنفيذي 18-199 و الذي تناول الاحكام المتعلقة بعقود التفويض بدل ان يتناولها في المرسوم الرئاسي 15-247 كما هو الشأن في عقود الصفقات العمومية⁽¹⁾.

3.1-الإشكالات الواردة على البناء المنهجي للنصوص القانونية:

سنتناول البناء المنهجي لأحكام النصوص القانونية التي يلاحظ تبعثرها ضمن النص القانوني بدون منهجية ويجلى ذلك من خلال العشوائية في الترتيب والتكرار في نقطة أولى، إضافة إلى الغموض الذي يمكن ملاحظته من استقراء نصوص المواد القانونية، مع وجود تناقض في بعض الأحكام.

1.3.1-من حيث الترتيب والتكرار:

وفقا لقواعد المنهجية العلمية للنصوص القانونية أن تأتي مواد النص القانوني في إطار تسلسل منطقي، ولكن ما يمكننا ملاحظته في المرسوم الرئاسي 15-247 ان مواده جاءت مبعثرة نوعا ما، وهذا من خلال الاخلال بالترتيب والتكرار في بعض الأحيان.

أ-من حيث الترتيب:

بشكل عام نلاحظ تبعثر المواد ضمن النص دون منهجية وترابط منطقي، كما نجد ما تعلق بموضوع واحد تتوزع أجزائه ومقتضياته على مستوى مجموعة مواد⁽²⁾ وليس هذا فقط قد نجد هذه المواد يقع في فصول أو أبواب مختلفة، مما يؤدي إلى بذل مجهود كبير من أجل فهم النص القانوني، هذا ما جعل النص مفكك ويفتقر إلى ترتيب وترابط ممنهج حيث نجد في الأحكام التمهيدية تضمنت المادة 3 التي تناولت القاعدة العامة ثم الاستثناء حول كيفية القيام بصفقة التسوية أو كيفية إجراء الاستشارة⁽³⁾، في حين أن هذه الأخيرة لا تدخل منهجيا في الاحكام التمهيدية لأنها جزء من موضوع النص. كما نجد أن المادة 8 منه التي تنص على انه " لا تكون الصفقة نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة"⁽⁴⁾، لنجد بقية الشروط جاءت مبعثرة في مواد أخرى.

أما المادة 26 من المرسوم الرئاسي التي تضمنت إعداد دفتر الشروط، لنجد المادة 27 منه تنص على تحديد الحاجات في حين ان التسلسل المنطقي هو تحديد الحاجات قبل إعداد دفتر الشروط، وأكثر من ذلك أن المشرع تناول مرة أخرى التخصيص في المادة 31 منه وهو من الاجراءات السابقة على التعاقد والتي تناولها في القسم المتعلق بشكل وموضوع الصفقة بدل ان يتناولها في المادة 28 منه.

ب-من حيث التكرار:

أما من أوجه التكرار نجد المشرع:

¹ المادة 141 من دستور 2020 " يندرج تطبيق القوانين في مجال التنظيمي الذي يعود للوزير الاول أو لرئيس الجمهورية حسب الحالة)

² حسان سامية، لميز أمينة، قراءة نقدية في تفويض المرفق العام على ضوء المرسوم الرئاسي 15/247 والمرسوم التنفيذي 18/199، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 04 العدد، 2019، ص 52.

³ خرشي النوي، مرجع سابق ص 6.

⁴ المادة 8 من المرسوم الرئاسي 15/247.

تناول التحصيل في نصوص متناثرة فنجد في المواد 11 و23 و27 التي تناول جزء منها التحصيل في فقرتها 12 إلى 14 في حين أن هذه المادة مخصصة أصلاً لتحديد الحاجات وايضا المادة 31 جاء فيها مسألة تحديد الحاجات فكان على المنظم إدراج مادة تتعلق بالتحصيل تسهلا للقارئ أو على الأقل في مواد متتالية تفاديا لسوء الترتيب والتكرار. ونلاحظ ان هناك توسعا لحالات التراضي حيث تناول تنظيم الصفقات المبرمة بالتراضي ضمن القسم الثاني المعنون بالإجراءات الخاصة، والمادة 49 المتعلقة بالتراضي كاستثناء عن القاعدة العامة وهي طلب العروض. كما جاء القسم الثاني من الباب الثالث تحت عنوان "تأهيل العارضين" مشابه لما جاء في القسم الخامس المعنون ب " اختيار المتعامل المتعاقد"⁽¹⁾، ما نلاحظه في هذه العناوين أنها لها نفس المعنى اللغوي وحتى القانوني.

2.3.1- من حيث الغموض:

اتسمت بعض المواد والمصطلحات بالغموض في المرسوم الرئاسي 15/247 السالف الذكر وعلى سبيل المثال نذكر:

أ-المواد:

- المادة 3 التي تنص على انه " تبرم الصفقات العمومية قبل أي شروع في تنفيذ الخدمات" هذه المادة جاءت بالأصل ولكنها لم تتطرق للاستثناء في حين أن النص يحتوي على أكثر من استثناء والمتمثل في حالات الاستعجال
- المادة 36 المتعلقة بتنسيق الطلبات بين المصالح المتعاقدة فبالإضافة إلى الغموض حول كيفية تطبيق هذه المادة فان تطبيقها غير ممكن من الناحية الواقعية.

ب-المصطلحات:

في المادة السادسة استعمل المنظم مصطلح الدولة وهو مفهوم شامل وواسع ويعتبر مصطلح فضفاض وغامض يتوجب تفكيكه إضافة إلى مصطلح المؤسسات العمومية التي تقوم بنشاط تجاري، فلماذا قام المشرع بإدخال هذه المؤسسات لأنه بإمكانها الاعتماد على مصادرها الذاتية في التمويل، وهذا ما يوضح أن هذا النص جاء وليد أزمة اقتصادية عليها بصمات التقشف⁽²⁾. وما يمكن الحديث عنه في الباب المخصص لتفويضات المرفق العام أنه يشوب أحكامه بعض الغموض ولعل أهمها الوكالة المحفزة هي مصطلح مدني كان من الأفضل تسميتها عقد مشاطرة الأشغال او الادارة بالشراكة. الخلط بين الوكالة المحفزة والتسيير في المادة 210، فالوكالة المحفزة لها جزء ثابت وجزء متغير أما التسيير فيقتصر على نسبة محددة.

2- دراسة تحليلية لأحكام المرسوم الرئاسي 15-247 من الناحية الموضوعية:

سنتناول في هذا المحور بعض الإشكالات القانونية التي تثار عند تطبيق النص القانوني المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام (أولا) وبعدها نحاول طرح بعض النقائص والفراغات القانونية التي لم يتناولها المنظم ضمن هذا المرسوم الرئاسي (ثانيا).

¹ خرشي النوي مرجع سابق ص 07.

² خرشي النوي مرجع سابق ص 119.

1.2- إشكالات تطبيق المرسوم الرئاسي 15-247:

أهم الإشكالات التي أفرزها تطبيق المرسوم الرئاسي 15-247 تظهر خاصة في مدى تطبيق مبدأ المنافسة في إبرام الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، استقلالية هيئات الرقابة، وإشكالية دخول الصفقة حيز التنفيذ والتي سنتناولها بالتفصيل على النحو التالي:

1.1.2- توضيح مبدأ المنافسة في إبرام الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام:

لم يعتمد المنظم مبدأ المنافسة في إبرام الصفقات العمومية صراحة لأن الأمر 03-03 المؤرخ في 2003/07/19 المعدل والمتمم بموجب القانون 10-03 المؤرخ في 2005/08/15⁽¹⁾، أقر بتطبيق هذا المبدأ على الصفقات وتفويضات المرفق العام، كما أن المبادئ التي جاءت بها المادة الخامسة من المرسوم الرئاسي تشكل في عمومها مبدأ المنافسة. ولكن من خلال دراستنا للمرسوم الرئاسي 15-247 نجد أن المنظم اتجه الى التوسع الموضوعي لحالات التراضي خاصة التراضي البسيط في إبرام الصفقات وتفويضات المرفق العام، فبالرغم من أن المشرع نص صراحة في المادة 49 على حالات التراضي البسيط إلا أننا باستقراء نصوص المرسوم الرئاسي نجد أن هناك العديد من المواد نصت على ذلك، ويمكن تقسيمها إلى نوعين، الصفقات التي تخضع إلى الإجراءات الخاصة، والصفقات التي تخضع للإجراءات الشكلية.

أ- توضيح مبدأ المنافسة في الصفقات التي تخضع للإجراءات الخاصة:

تتمثل هذه الصفقات في الحالات الآتية:

- حالة الاستعجال الملح التي جاءت بها المادة 12 من المرسوم الرئاسي: هذا النوع تعفى فيه المصلحة المتعاقدة من تطبيق الشروط والإجراءات التي يقرها القانون في الحالات العادية، فالمنظم سمح لها بالشروع في تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة وهذا بمقرر يصدره مسؤول المصلحة المتعاقدة ويبلغ للجهات المعنية، ثم تلجأ بعدها إلى إبرام صفقة تسوية⁽²⁾، ومن هذا الأساس نجد أن مبدأ المنافسة منعدما تماما في هذه الحالة لأن اختيار المتعامل المتعاقد يكون بصفة مباشرة.

- كذلك نلاحظ انعدام مبدأ المنافسة، في الصفقات التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار، لا تتطلب القيام بالإجراءات الشكلية ولكن تهرم بعد مفاوضات تتولى لجنة وزارية مشتركة القيام بها، وفقا لما جاء في المادة 23 من المرسوم 15-247 وبالمقابل ألزم المنظم المصلحة المتعاقدة حصر هذه الصفقات وتنظيمها ضمن قرار وزاري مشترك بين الوزير المعني والوزير المكلف بالميزانية.

- في الإجراءات المكيفة التي نظمها المواد من 13 إلى 22 من المرسوم الرئاسي 15-247، إذ أن المعيار المالي هو المحدد لهذا النوع من الصفقات، فالعمليات التي تقل عن 12 مليون في عقود الأشغال و 6 ملايين في عقود الدراسات و الخدمات لا يقتضي وجوبا فيها إجراءات إبرام الصفقة، بل تلجأ فيها المصلحة المتعاقدة إلى الاستشارة التي نكون وفقا لإجراءات تحددها المصلحة المتعاقدة سلفا تسمى الإجراءات المكيفة، و ما يعاب على هذه الطريقة أنها لا تخضع لمبدأ لإشهار الصحفي الواسع و بالتالي ينعدم مبدأ حرية الوصول للطلبات و تقل فاعلية مبدأ المنافسة .

¹ هواري عنتر، التسيير المفوض للمرافق العامة، مداخلة في الملتقى الدولي الخاص بالصفقات العمومية و تفويض المرافق العامة في ظل المرسوم الرئاسي 15/247 و التشريعات المقارنة، المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة المسيلة، ليومي 18-19 أكتوبر 2016.

² أنظر الجريدة الرسمية عدد 43 لسنة 2003

- في التعاقد عن طريق السند لطلب بموجب المواد 20 إلى 22، الذي تتعاقد فيه المصلحة المتعاقدة بصفة مباشرة مع المتعامل المتعاقد، وهذا ما يمكن إدراجه ضمن حالات التراضي البسيط.

- في الإجراءات المتعلقة بتقديم الخدمات الخاصة، ذكرت الخدمات الخاصة في المادة 24 من المرسوم الرئاسي السابق الذكر وافر المنظم أبرامها عن طريق الإجراءات المكيفة مهما بلغ مبلغها، ولكن إذا تعدت القيمة المحددة في المادة 13 تعرض على لجنة الصفقات المختصة.

- أما الصفقات المتعلقة بتكاليف خدمات الكهرباء، الماء، الغاز، الهاتف والإنترنت، نظمت بموجب المادة 25، التي أحالتنا إلى المادة 34 المتعلقة بالخدمات ذات النمط العادي والمتكرر، فمبدأ المنافسة في هذه الحالة منعدم لأن المتعامل المتعاقد يحتل وضعية احتكارية.

ب- تضيق مبدأ المنافسة في الصفقات التي تخضع للإجراءات الشكلية:

حددت المادة 39 من المرسوم الرئاسي 15/247 الإجراءات التي تمثلت في طلب العروض كقاعدة عامة و التراضي كاستثناء، وحصرت المادة 49 الحالات التي تلجأ فيها المصلحة المتعاقدة لإجراء التراضي البسيط، التي حددها بست حالات، فالظاهر من هذه المادة ان هذه الحالات جاءت على سبيل الحصر، و لكن الدارس للموضوع يجد أن المنظم توسع في حالات التراضي البسيط و دمج بينها و بين الصفقات التي تخضع للإجراءات الخاصة، وعلى سبيل المثال الخدمات التي يقدمها متعامل متعاقد بصفة احتكارية، كذلك حالة الاستعجال الملح، وبالتالي فإن مبدأ المنافسة في هذا الإجراء منعدم تماما كونه لا ينطوي على أي مظهر من مظاهر الإشهار، فتكون للمصلحة المتعاقدة الحرية المطلقة في اختيار المتعامل المتعاقد.

أما بالنسبة لتفويضات المرفق العام فقد حددت المادة 20 من المرسوم التنفيذي 18-199 متى يتم اللجوء للتراضي البسيط وتمثلت في الخدمات التي لا يمكن أن تكون محل تفويض إلا لمرشح واحد يحتل وضعية احتكارية، والحالات الاستعجالية، هذه الأخيرة التي حددها المادة 21 من نفس المرسوم التنفيذي.

والملاحظ أن هذا المرسوم كما أشرنا سابقا جاء لتنظيم تفويضات المرفق العام على مستوى المرافق التابعة للجماعات الإقليمية، أما المرافق الوطنية فإن مبدأ المنافسة فيها تحدده النصوص الخاصة بها.

مما سبق نستخلص أن المنظم بالرغم من اعتماده لمبدأ المنافسة كقاعدة عامة في ابرام الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام إلا أن التوسع الموضوعي لحالات التراضي ضيق من تطبيق هذا المبدأ، وإن لم نقل إن حالات الاستثناء تفوق القاعدة العامة (طلب العروض)، فكان من باب أولى أن يحصر المنظم الحالات التي تخضع للتراضي البسيط حصرا دقيقا حتى لا يترك الحرية المطلقة للمصلحة المتعاقدة في اختيار المتعامل المتعاقد.

2.1.2- انتفاء استقلالية هيئات الرقابة وسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام:

انتفاء استقلالية هيئات الرقابة سواء من الناحية الإدارية أو المالية وهذا ما انعكس على استقلالية قراراتها، وفي هذه النقطة سوف نتناول مدى استقلالية لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض كهيئة رقابة داخلية، إضافة إلى لجان الرقابة الخارجية، وأخيرا سوف نتناول مدى استقلالية سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام كهيئة ضبط هامة جاء بها المنظم في المرسوم الرئاسي 15-247.

أ- انتفاء استقلالية لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض:

نصت المادة 160 من المرسوم الرئاسي 15/247 على " تحدث المصلحة المتعاقدة في إطار الرقابة الداخلية لجنة دائمة واحدة أو أكثر مكلفة بفتح الأظرفة وتحليل العروض والبدائل والأسعار الاختيارية...»، الملاحظ أن المشرع عكس النصوص السابقة جاء بأكثر من لجنة واحدة، أما عمليا فغالبا ما نجد لجنة واحدة، تعمل في إطار الرقابة الداخلية للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، تقوم لجنة الأظرفة وتقييم العروض حسب ما جاء في نص المادة 161 بعمل إداري وتقني محض فهي تقترح على المصلحة المتعاقدة منح الصفقة أو الإعلان عن عدم الجدوى، أو اقتراح إلغاء الإجراء أو المنح المؤقت فلا يجوز الطعن في عملها بل في عمل السلطة المتعاقدة التي تعد صاحبة القرار وما يعاب على هذه اللجنة هو أن أعضاؤها لا يتمتعون بالاستقلالية عن المصلحة المتعاقدة بناء على المعطيات التالية:

- تعيين الأعضاء: يتم تعيين أعضاء هذه اللجنة أو اللجان من طرف مسؤول المصلحة المتعاقدة، من بين الموظفين المؤهلين التابعين لها، وبالرغم من اشتراط المشرع الكفاءة والتكوين في مجال الصفقات العمومية، إلا ان التعيين في غالب الأحيان يكون على أساس الولاء خاصة وأن هذه اللجنة تبقى دائما تابعة إداريا للمصلحة المتعاقدة، لأن أعضاء اللجنة معينين من بين موظفي المصلحة المتعاقدة والحديث عن التعيين من أساسه يطرح التساؤل حول مخالفة العضو المعين للسلطة التي عينته؟ وبالتالي فلا حديث هنا عن استقلال اداري وحتى مالي لهذه اللجنة.

- نصاب اجتماع اللجنة : يصبح اجتماع لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض مهما كان عدد أعضائها الحاضرين و هذا في حصة فتح الأظرفة، هذا ما أدى عمليا الى أنه يمكن ان تجتمع اللجنة بعضو واحد وهو ما يؤدي إلى وجود أخطاء كثيرة تؤدي أحيانا إلى إعادة الاجراء أو حتى الطعن القضائي، وقد ذهب المنظم إلى أكثر من ذلك إذ أن اجتماعات اللجنة تصح حتى في حالة غياب كلي للعارضين، وهذا ما يعاب عليه انتفاء مبدأ الشفافية أما بالنسبة لجلسة تقييم العروض فقد ترك المنظم تحديد النصاب فيها للتنظيم الذي يعد من طرف المصلحة المتعاقدة و هذا ما نصت عليه المادة 162 من المرسوم الرئاسي 15-247.

- إغفال المنظم لتحديد المعلومات الواجب ذكرها في محاضر اللجنة: نصت المادة 162 الفقرة 2 على أنه يتم تسجيل أشغال اللجنة في سجلين خاصين يرقمهما الأمر بالصرف ويؤشر عليهما، وقد ترك الأمر في تحديد ما تحتويه هذه المحاضر إلى اللجنة عمليا فإن المصلحة المتعاقدة هي التي تجتهد في تحديد محتوى المحاضر الخاصة باللجنة، ويستحسن أن تكمل المادة بفقرة أخرى لتبين أهم ما يجب أن تحتويه هذه المحاضر.

- ومن خلال ما سبق ذكره نلاحظ أن هذه اللجنة بالرغم من اعتبارها كهيئة رقابة داخلية ألا أنها لا تتمتع

بالاستقلالية التامة في تحقيق مبدأ المنافسة والشفافية.

ب- استقلالية نسبية للجان الرقابة الخارجية:

تمارس هذه الرقابة لجان تحدث لدى كل مصلحة متعاقدة يدخل ضمن اختصاصات كل منها الرقابة على صفقات محددة بموجب أسقف مالية⁽¹⁾ وفقا للمعيار مالي وإقليمي معا، تمارس هذه اللجان صلاحياتها فيما يخص مراقبة الصفقات و الدفاتر الشروط ، و البت في الطعون الواردة إليها، و يتوج عمل هذه اللجان إما بمنح التأشيرة في شكل مقرر أو رفض التأشيرة في مدة معينة حددها المرسوم الرئاسي 15-247، و بالرغم من استقلالية هذه اللجان إلا أننا نجد أنه في حالة رفض منح التأشيرة من قبل اللجنة المختصة فإنه يمكن للوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي كل

حسب اختصاصه ان يتجاوز ذلك بمقرر معلل بناء على تقرير من المصلحة المتعاقدة ، و يتم إعلام وزير المالية ومجلس المحاسبة و لجنة الصفقات المختصة و اللجنة الوطنية للصفقات، فسلطة إصدار مقرر التجاوز تحد من فعالية الرقابة التي تمارسها هذه اللجان⁽¹⁾.

ج- انتفاء استقلالية سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

تعتبر سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام من السلطات الإدارية المستقلة حسب نص المادة 213 من المرسوم الرئاسي 247/15 وهذا ما يجعلها ظاهريا لا تخضع لأي رقابة إدارية أو وصائية، ولا تخضع لمبدأ التدرج الهرمي، لكن السؤال المطروح ما مدى استقلالية هذه السلطة؟

في حقيقة الأمر أن القول بمبدأ استقلالية هو قول مردود للنقاط التالية:

- انتفاء الاستقلالية الإدارية:

جاء في نص المادة 213 انه " تنشأ لدى الوزير المكلف بالمالية سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام " هذا النص يوضح أن هذه اللجنة تنشأ لدى وزير المالية أي أن هذا الجهاز بيد وزارة المالية مما يؤدي حتما إلى انتفاء الاستقلالية الإدارية⁽²⁾ ومن أوجه التبعية الادارية أن المرسوم أحال تنظيم هذه الهيئة إلى مرسوم تنفيذي يصدره الوزير الأول.

وبخصوص تعيين رئيس الهيئة يكون بموجب مرسوم رئاسي، لأن كل السلطات الإدارية المستقلة الضابطة في المجال الاقتصادي يتم تعيينهم بموجب مرسوم رئاسي مما يعني خضوع هذه الهيئة أيضا لرئيس الجمهورية.

- انتفاء الاستقلالية المالية:

لم يشر المرسوم الرئاسي إلى التنظيم المالي للهيئة، وهذا نظرا لأنه نظمها بموجب مادة واحدة، ولكن المبدأ المعمول به في الجزائر هو تمويل المؤسسات الإدارية المستقلة من الميزانية العامة للدولة، وذلك بعد تحديد نفقاتها بموجب قوانين المالية المعتمدة من طرف مجلس الوزراء المصادق عليه من طرف البرلمان.

مما سبق فإن المنظم نظم سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ولم يقر باستقلاليتها ونجاعتها وهذا ما ينقص من قيمتها وفعاليتها⁽³⁾، فكان من الأفضل تكريس أكبر قدر من الاستقلالية.

3.1.2- إشكالات دخول الصفقة حيز التنفيذ:

جاء في نص المادة الثالثة من المرسوم الرئاسي 15-247 " تبرم الصفقات قبل أي شروع في تنفيذ الخدمات " فإذا سلمنا بمصطلح الإبرام فإن الصفقة تصبح نهائية وقابلة للتنفيذ، وحدد المنظم مفهوم والإجراءات المتعلقة بالإبرام ضمن الفصل الثالث تحت عنوان " ابرام الصفقات " بمفهوم هذه المادة فإن الصفقة تكون نافذة بمجرد إتمام إجراءات الإبرام، حتى ولو لم تخضع لإجراءات الرقابة والمصادقة والالتزام المالي.

¹ خرشي النوي مرجع سابق ص 401.

² ميساوي حنان رقابة اللجان على الصفقات العمومية في ضوء المرسوم الرئاسي رقم 247/15 مجلة القانون و العلوم السياسية ص 125

³ بن جيلالي عبد الرحمن ، انتفاء إستقلالية و نجاعة سلطة ضبط الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام في الجزائر (قراءة في نص المادة 213 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام) مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية المجلد

4 العدد 2 سنة 2019 ص 1105.

بالمقابل جاء في نص المادة الرابعة " لا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة"

هذه المادة ربطت صحة الصفقة بموافقة السلطة المختصة التي حددها على مستوى المادة 4 والمادة 156

والسؤال المطروح هنا متى تصبح الصفقة نهائية وقابلة للتنفيذ؟

لقد تبعثرت النصوص ضمن المرسوم الرئاسي وتكررت وأحيانا اختلفت في الشروط والإجراءات الواجب توافرها لدخول الصفقة حيز التنفيذ، وهذا ما يعاب عليه من الناحية الشكلية والموضوعية فكان على المنظم ألا يترك كلمات وألفاظ النص القانوني مهمة تحتل عده تفسيرات وتأويلات.

فبمفهوم المادة الثالثة أن الصفقة تكون نافذة بمجرد إتمام إجراءات الإبرام، حتى ولو لم تخضع لإجراءات الرقابة والمصادقة والالتزام المالي المسبق، وهذا يوقعنا في تناقض مع المادة الرابعة التي تنص على الصفقة لا تكون نهائية إلا بعد موافقة السلطة المختصة والمادة 156 التي جاء فيها " تخضع الصفقات العمومية للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ وقبل تنفيذها وبعده " والملاحظ أن هذه المادة لم تأخذ بعين الاعتبار بقية شروط النفاذ.

أما المادة الرابعة فورد فيها شرط صحة العقد وكذا شروط النفاذ⁽¹⁾، والمتمثل في موافقة السلطات المختصة عليها هذه المادة أكدت المادة 156 من المرسوم الرئاسي التي تربط دخول الصفقة حيز التنفيذ بخضوعها لعمليات الرقابة الداخلية والخارجية ورقابة الوصاية، من جهة أخرى فإن المادة 195 الفقرة الخامسة من نفس النص أقرت بالإلزامية الهيئات المالية أن تلتزم بالنفقات (الصفقة) قبل موافقة السلطة المختصة عليها والبدء في تنفيذها، وهذا ما يخالف نص المادة الثالثة والرابعة السالفة الذكر.

ولقد اتجه بعض الفقهاء إلى أن شرط الموافقة الوارد في المادة الرابعة المقصود به هو التوقيع على الصفقة وليس المصادقة عليها، وهو يختلف عن الذي ورد في المادة 195 المذكورة سابقا الذي يعني المصادقة وهذا لأن الموافقة في هذه المرحلة تترتب عليها آثار قانونية وتغيير في المراكز القانونية.

فضلا عما سبق يلاحظ أنه لا توجد مادة في النص تبين كيفية تبليغ الصفقة رغم أن التبليغ هو النقطة الزمنية الفاصلة في تنفيذ الصفقة بداية حساب آجالها والعقوبات المترتبة على التأخر في التنفيذ⁽²⁾، كما أن التبليغ هو آخر عمل يعطي للصفقة شروط صحتها، هذا ما يجعل التبليغ شرطا لنفاذ الصفقة إذ أنه يعبر عن خلاصة من الإجراءات سابقة له وهذا الأمر يمكن تطبيق عليه المادة 206 من القانون المدني التي تنص على " إذا كان الالتزام معلقا على شرط واقف فلا يكون نافذا إلا إذا تحقق الشرط" فقي دراستنا هذه نفاذ الصفقة معلق على شرط تبليغ الصفقة.

خلاصة ما تم ذكره سابقا، أن نفاذ الصفقة يكون بالجمع بين جميع الشروط والإجراءات المذكورة سابقا بترتيب وترابط زمني منطقي وقانوني على النحو التالي:

- إبرام الصفقة بما اشتمل عليه من إجراءات جاءت في الفصل الثالث من المرسوم الرئاسي.

- إخضاع الصفقة للرقابة بكل أنواعها (داخلية، خارجية، وصاية).

- الالتزام المالي للصفقة بموجب المادة 195 من المرسوم الرئاسي.

- مصادقة السلطات المختصة على الصفقة العمومية.

1 بن جيلالي عبد الرحمن، مرجع سابق ص 1116 .

2 خرشي النوي مرجع سابق ص 18-20.

-تبليغ الصفقة العمومية الذي يعتبر إثبات اجتماع إرادتي العقد (الإيجاب والقبول).

2.2- النقائص والفراغات القانونية الواردة في المرسوم الرئاسي 247/15

1.2.2- إعطاء الأهمية للبعد البيئي في الصفقات العمومية في إطار التنمية المستدامة:

على الرغم من التوجه الجديد للمنظم الجزائري في المرسوم الرئاسي 15-247 نحو إرساء التوازن بين التنمية المستدامة وحماية البيئة عن طريق إدراج الشروط المتعلقة بحماية البيئة في مجال الصفقات العمومية، و ضرورة إخضاع الصفقات العمومية للمعايير البيئية في جميع مراحل إبرام الصفقة ومنحها وتنفيذها، و ذلك من خلال نص المادة 95 من المرسوم الرئاسي التي تنص على تحديد البيانات الإلزامية للصفقة، إلا ان هذه المادة فرقّت بين البيانات الإلزامية و البيانات التكميلية، و جاء بند حماية البيئة من أجل التنمية المستدامة ضمن البيانات التكميلية. إلا أن أهمية حماية البيئة من أجل التنمية المستدامة، يجب أن يعط قدرًا من الأهمية في جميع المجالات عامة و الصفقات العمومية عامة، فالواضح أن إدراج البعد البيئي في مجال الصفقات العمومية ما هو إلا تنمة للمنظومة القانونية الجزائرية، فكان من الأفضل بالمنظم أن يواكب القوانين المقارنة و الدولية، و يعطي أهمية كبيرة للبعد البيئي في مجال الصفقات العمومية، و ينظم جميع الأحكام المتعلقة به، و ذلك بإدراجها في النص نفسه في باب خاص أو مواد متعددة، أو عن طريق نص خاص ينظم البعد البيئي في مجال الصفقات العمومية، سواء تعلق الأمر بتنظيم بالنوع الجديد من الصفقات العمومية و المتمثلة في الصفقات الخضراء أو البيئية مع تحديد شروطها و البنود الخاصة بها⁽¹⁾، أو تنظيم كيفية تدخل البعد البيئي في الصفقات الأخرى و لا يترك المجال لدفاتر الشروط لفرض هذا المبدأ، نظرا للأهمية الكبيرة له.

ومن بين النقائص التي يجب على المنظم تداركها في المرسوم الرئاسي في مجال حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة ضرورة تكوين الموظفين المؤهلين لإعداد دفاتر الشروط في هذا المجال والإلمام بجميع جوانبه. أما بخصوص الحماية القانونية لمبدأ حماية البيئة و يجب توسيع الأليات القانونية في منظومة الصفقات العمومية المتخصصة في حماية البيئة، والزامية توقيع جزاءات مالية وجنائية للمخالفين حتى ولو تطلب الأمر الوصول إلى درجة تجريم من سبب ضرر بالبيئة، مع تفعيل مبدأ الملوث الدافع في مجال الصفقات العمومية. إدراج ممثل دائم عن وزارة البيئة على مستوى لجان الصفقات العمومية مثل ممثل وزارة التجارة، إضافة إلى تدعيم المؤسسات والمقاولات الناشطة في مجال البيئة.

2.2.2- إيجاد تنظيم خاص بالعقود المتعلقة بالإشراف المنتدب على المشاريع:

أخضع المنظم العقود المتعلقة بالإشراف المنتدب على المشاريع وذلك بموجب المادة السابعة من المرسوم الرئاسي 247-15، ومفاد هذه العقود ان يسمح للشخص العام، وهو صاحب المشروع من طلب الصفقة سواء من أشخاص

1 بوزيدي خالد إدماج البعد البيئي في مجال الصفقات العمومية بين متطلبات تحقيق التنمية المستدامة وحماية البيئة، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية المجلد 04 العدد 02 سنة 2019 صفحة 429

القانون العام أو أشخاص القانون الخاص من أجل مساعدته والوقوف إلى جانبه وتمثيله بموجب عدة أصناف في عقد تسيير أشغال عامة لتحقيق مصلحة عامة⁽¹⁾، ومن الشروط الواجب توفرها في هذا النوع من العقود ثلاث وهي:

- أن يتحمل الشخص العام مسؤولية البناء والأشغال وذلك إلى جانب إدارة الإدارة التقنية.

- أن يتم إنشاء المشروع حسب احتياجات الشخص العام.

- أن يصبح المشروع ملكية الشخص العام بعد انتهاء الأشغال.

3.2.2- إدراج أحكام تنظم الصفقة الإلكترونية:

الانتقال إلى التعاقد الإلكتروني في مجال الصفقات العمومية من شأنه تعزيز المنافسة وتقليص آجال إبرام الصفقة العمومية والذي تناوله المنظم الجزائري لأول مرة في المرسوم 10-236 الملغى من خلال النشر الإلكتروني وأكد عليه من خلال المرسوم الرئاسي 15-247 في المادة 203 بإنشاء بوابة الكترونية للصفقات العمومية كما نص على تبادل المعلومات الإلكترونية في المواد 204، 205، 206 فبالرغم من محاولة مسيرة التطور في مجال المعاملات الإلكترونية غير لا توجد مراسيم تنفيذية أو قرارات حول استخدام الوسائط الإلكترونية على غرار الأنظمة المقارنة حيث أصدر المشرع الفرنسي المرسوم 15-2004 المؤرخ في 07 جانفي 2004 الذي سن نظام المزايدة الإلكترونية لاختيار المتعامل المتعاقد⁽²⁾ وإبرام الصفقات العمومية بالوسائل الإلكترونية.

وما يمكن ملاحظته حول تبادل المعلومات التي نصت عليها المادة 206 أنها جاءت على العموم ولم تحدد بدقة مختلف الوثائق المطلوبة في عملية التعاقد وكيفية التوقيع الإلكتروني لها فكان من الأفضل للمنظم التفصيل في هذه الجزئية بشكل دقيق، إلى جانب غياب البنية التحتية الإلكترونية وتوعية المتعاملين المتعاقدين

الخاتمة:

من خلال هذه الدراسة التحليلية للمرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وقفنا على أهم الإشكالات القانونية من حيث الشكل: العنوان، التوازن، البناء المنطقي ومن حيث المضمون حول تضيق مبدأ المنافسة وعدم استقلالية الرقابة وإشكالية تنفيذ الصفقة وعلى أهم النقائص بإعطاء أهمية للبعد البيئي في إطار التنمية المستدامة، تنظيم العقود المتعلقة بالإشراف المنتدب للمشاريع والصفقة الإلكترونية من أجل ذلك نتقدم بالتوصيات التالية:

- ضرورة الفصل بين الصفقات العمومية وعقود التفويض على غرار باقي التنظيمات الأخرى

- التآني في إعداد أي مشروع قانون أو منظومة قانونية وإشراك الخبراء كل حسب مجاله وتفعيل دور الهيئات الفاعلة في المجتمع وذلك لتفادي أكبر قدر من الأخطاء والنقائص.

- الإسراع في إصدار النصوص التنظيمية للقانون خاصة ما تعلق منها بمضمون النص أو تفعيل آلية من أليات الصفقات العمومية وهذا حتى لا يترك الأمر للاجتهادات الشخصية والتفسيرات الخاصة إذ أنه لحد اليوم لازالت معظم

1 بلغول عباس المجال الجديد لتطبيق إجراءات الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي 15/247، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، العدد التاسع، مارس 2018، المجلد الثاني صفحة 1071.

2 وهيبه سردوك، المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الإداري، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية 2009، ص106

المصالح المتعاقدة، تطلب آراء قانونية (avis juridiques) عندما تجد صعوبة في تطبيق النصوص كما نعلم أن هذه الآراء تكون من الإدارة المركزية، التي لا يمكن أن تحل محل المشرع، خاصة وأن هذا النوع من العقود له علاقة مباشرة بالمال العام.

- إعادة تنظيم المسائل المهمة التي تتدخل بصفة مباشرة في الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام مثل حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة ومكافحة الفساد اللذان أصبحا مطلبين دوليين قبل أن يكون وطنيين.
- إعطاء أهمية كبيرة للتعاقد الإلكتروني والصفقة الإلكترونية، خاصة في ظل التطور التكنولوجي والتوجه نحو التجارة الإلكترونية والتعاقد الإلكتروني خاصة من خلال دعوة المتعاملين الاقتصاديين للانخراط في هذا النوع من التعاقد

- قائمة المراجع

1- الكتب:

- خرشى النوى، الصفقات العمومية، دراسة تحليلية و نقدية و تكميلية لمنظومة الصفقات العمومية ، دار الهدى 2018.

- وهيبة سردوك، المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الإداري، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009.

2-المجلات:

- بلغول عباس المجال الجديد لتطبيق إجراءات الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي 247/15، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد التاسع، مارس 2018، المجلد الثاني.

- بن جيلالي عبد الرحمن، انتفاء استقلالية ونجاعة سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في الجزائر (قراءة في نص المادة 213 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام) مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية المجلد 4 العدد2 سنة2019.

- بوزيدي خالد إدماج البعد البيئي في مجال الصفقات العمومية بين متطلبات تحقيق التنمية المستدامة وحماية البيئة، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية المجلد 04 العدد02 سنة 2019.

- حساين سامية، لميز أمينة، قراءة نقدية في تفويض المرفق العام على ضوء المرسوم الرئاسي 247/15 والمرسوم التنفيذي 199/18، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد04 العدد، 2019.

- ميساوي حنان رقابة اللجان على الصفقات العمومية في ضوء المرسوم الرئاسي رقم 247/15 مجلة القانون والعلوم السياسية.

3-الملتقيات:

- أكرور مريام المفهوم الجديد للصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مداخلة في الملتقى الدولي الخاص بالصفقات العمومية وتفويض المرافق العامة في ظل المرسوم الرئاسي 247/15 والتشريعات المقارنة، المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة المسيلة، ليومي 18-19 أكتوبر 2016.

- هواري عنتر، التسيير المفوض للمرافق العامة، مداخلة في الملتقى الدولي الخاص بالصفقات العمومية وتفويض
المرافق العامة في ظل المرسوم الرئاسي 15/247 والتشريعات المقارنة، المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة
المسيلة، ليومي 18-19 أكتوبر 2016.

4-المواد والقوانين:

- القانون 54/05 المتعلق بالتدبير المفوض الصادر بتاريخ 14 فيفري 2006
- المرسوم الرئاسي 15/247 المؤرخ في 16/09/2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام،
ج. ر عدد 50 الصادر بتاريخ 20/09/2015
- المادة 141 من دستور 2020 " يندرج تطبيق القوانين في مجال التنظيمي الذي يعود للوزير الاول أو لرئيس
الجمهورية حسب الحالة)

حالات الخلو المؤقت لمنصب رئيس الدولة في التشريع الفلسطيني

The temporary vacancies for the position of the head of state in Palestinian legislation

أ. محمود ياسين النمروطي

د. رائد صالح قنديل*

أستاذ القانون الدستوري المساعد في الجامعات الفلسطينية ماجستير القانون الدستوري - جامعة الأزهر - فلسطين

mahmoud.namrotuy@gmail.com

Raedsaleh55@hotmail.com

تاريخ القبول: 25-05-2024

تاريخ الإيداع: 03-11-2022

ملخص:

تناولت هذه الدراسة موضوع حالات الخلو المؤقت لمنصب رئيس الدولة في التشريع الفلسطيني، وقد تم معالجته على صعيد الأنظمة الدستورية وذلك باستخدام المنهج التحليلي، بالإضافة إلى المنهج المقارن. وطرحت الدراسة اشكالياتها الرئيسية، والتي تمحورت حول مدى كفاية التنظيم القانوني لحالات الخلو المؤقت لمنصب رئيس الدولة في التشريع الفلسطيني والتشريعات المقارنة محل الدراسة؟ وتمت الإجابة عن هذا التساؤل من خلال تقسيم الدراسة إلى مبحث واحد يضم مطلبين، ولقد توصل الباحث من خلال ذلك إلى مجموعة من النتائج واقترح العديد من التوصيات، ومن أهم هذه النتائج هي أن المشرع الفلسطيني لم يتناول البتة حالات الخلو المؤقت لمنصب رئيس الدولة، واقترح العديد من التوصيات كأن أهمها كان لزاماً على المشرع الفلسطيني وضع تأطير دستوري ورسم تقنية دستورية من خلال اقتراح نصوص تشريعية تنظم عملية الخلو المؤقت لمنصب رئاسة الدولة.

الكلمات المفتاحية: الشغور؛ الخلو المؤقت؛ المرض؛ الاتهام؛ الغياب.

Abstract:

This study discusses the issue of temporary vacancies for the position of the head of state in Palestinian legislation, and it was addressed at the level of constitutional systems, using the analytical approach, in addition to the comparative approach. The study presented its main problem, which focused around the statement of the extent of the constitutional precaution regarding the legal regulation of cases of temporary vacancy for the position of the head of state in the Palestinian legislation and the comparative legislation under study?

This question was answered by dividing the study into one section that includes two requirements, and the researcher reached a set of results and suggested many recommendations.

The most important of these is setting a constitutional framework and drawing up a constitutional technique by proposing legislative texts regulating the process of temporary vacancy for the position of the Presidency of the State.

Keywords : vacancy ; temporary vacancy ; the disease ; accusation ; absence.

* المؤلف المراسل.

مقدمة:

حرصت الأنظمة الدستورية على وضع تنظيم دستوري للمرحلة اللاحقة لخلو منصب رئاسة الدولة، وذلك انطلاقاً من الدور المحوري والمكانة المرموقة لهذا المنصب، إضافة إلى ضمان السير العادي والمنظم للمؤسسات الدستورية بشكل عام ومؤسسة الرئاسة بشكل خاص بعد حدوث هذا الخلو. وحيث أن هذا الخلو الذي قد يعصف بمنصب الرئاسة قد يكون خلواً مؤقتاً يستتبع عودة رئيس الدولة بعد انتهائه أو قد يكون خلواً دائماً يستلزم وجود رئيس جديد لملء الشاغر الرئاسي وفقاً لأحكام دستورية محددة. ولقد تباينت الأنظمة الدستورية فيما بينها عند تنظيمها لحالات خلو منصب رئاسة الدولة فهي لم تكن على درجة واحدة من التماثل، سواءً من الناحية الموضوعية والتي تتمثل بحالات خلو المنصب (الدائم أو المؤقت) فبعض الأنظمة الدستورية قد أوردتها على سبيل الحصر والبعض الآخر قد تناول هذه الحالات على سبيل المثال، أو سواءً من الناحية الشكلية والتي تستلزم اتباع الخطوات الإجرائية المرسومة في التشريع الدستوري المنظم لحالة الخلو بعد حدوثه. وفي هذه الدراسة سيقصر التركيز على التنظيم الدستور والقانوني لحالات الخلو المؤقت لمنصب رئيس الدولة في التشريع الفلسطيني والتشريعات المقارنة التي نظمت هذه المسألة وذلك لكي تخرج الدراسة من إطار التقليد إلى إطار العمومية والشمول.

أهمية الدراسة:

تكمن الأهمية العلمية لهذه الدراسة كونها تعتبر من المواضيع الهامة في مجال القانون الدستوري نظراً لخطورة منصب رئيس الدولة، حيث يعتبر محور المؤسسات الدستورية في النظام السياسي ولذلك لا بد على المشرع من رسم تقنية دستورية متينة من شأنها أن تعالج أي إشكال يترتب على خلو منصب رئاسة الدولة بشكل عام والخلو المؤقت بشكل خاص؛ وذلك لتحقيق سير المؤسسات الدستورية باضطراب وانتظام، وتزداد أهمية البحث العلمية بسبب قلة بل ونُدرة الدراسات التي تعالج موضوع حالات الخلو المؤقت لمنصب رئاسة الدولة. أما الأهمية العملية فتكمن فيما يقترحه الباحث من حلول، وما يقدمه من توصيات قد تساهم في تطوير التنظيم الدستوري لحالات الخلو المؤقت لمنصب رئاسة الدولة، خاصةً في التشريع الفلسطيني.

إشكالية الدراسة:

تتمحور إشكالية الدراسة الرئيسية حول:

مدى كفاية التنظيم القانوني لحالات الخلو المؤقت لمنصب رئيس الدولة في التشريع الفلسطيني والتشريعات

المقارنة محل الدراسة؟

ويتفرع عن هذا التساؤل الرئيس الإشكالية عدة أسئلة فرعية وهي:

1- ما هو تعريف خلو منصب رئيس الدولة؟

2- هل أفرد المشرع الفلسطيني مواد مستقلة لمعالجة الأثر المترتب عن الخلو المؤقت لمنصب رئاسة الدولة؟

3- ما هو مفهوم الخلو المؤقت لمنصب رئيس الدولة؟

4- ما هي أبرز حالات الخلو المؤقت لمنصب رئيس الدولة؟

منهجية الدراسة:

يقتضي تناول موضوع حالات الخلو المؤقت لمنصب رئيس الدولة استخدام المنهج التحليلي لدراسة وتحليل النصوص الدستورية والقانونية النازمة للخلو المؤقت لمنصب رئاسة الدولة، والمنهج المقارن على صعيد الأنظمة الدستورية المقارنة والتي نظمت هذا النوع من الخلو؛ وذلك من أجل رسم تقنية دستورية يستفيد منها المشرع الفلسطيني على وجه الخصوص، ولكي تخرج الدراسة من إطار التقليد إلى إطار الشمولية.

المبحث الأول: ماهية خلو منصب رئيس الدولة

إن العهدة الرئاسية هي تلك الفترة التي يتولى خلالها الرئيس مباشرة اختصاصاته ويقع على عاتقه تحقيق الصالح العام للشعب وإثبات نيته في تولي أمور الحكم في الدولة باعتباره ممثلاً عنهم¹، إلا أن اكتساب رئيس الدولة لهذه الشرعية المدعومة من قبل الشعب أمر غير كافٍ، بل يجب أن تضمن هذه الشرعية آليات تمكنه من الحفاظ عليها ومزاولة مهامه طوال مدته النيابية²، وحيث أن العهدة قد تتعرض إلى الانقطاع لأحد الأسباب التي نصت عليها الأنظمة الدستورية أو القانونية مؤدياً بذلك إلى خلو المنصب مؤقتاً على سير المؤسسات الدستورية واستمرارها³ وفي هذا المبحث سوف يتناول الباحث تعريف خلو منصب رئيس الدولة ومن ثم بيان أهم حالات الخلو المؤقت لمنصب رئيس الدولة دون التطرق إلى الخلو الدائم وحالاته.

المطلب الأول: المفهوم اللغوي والتشريعي لخلو منصب رئيس الدولة:

سوف يتناول الباحث في هذا المطلب تعريف خلو منصب رئيس الدولة وذلك من خلال محاولة تسليط الضوء على معانيه وتعريفاته سواء في معاجم اللغة العربية، أو في ثنايا النصوص التشريعية، أو الآراء الفقهية، أو حتى الأحكام القضائية، وذلك من أجل استجلاء المراد من هذا المصطلح وعليه سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين، الفرع الأول يتناول فيه الباحث تعريف خلو منصب رئيس الدولة لغة وفي الفرع الثاني التطرق إلى تعريف خلو منصب رئيس الدولة اصطلاحاً.

الفرع الأول: المفهوم اللغوي لخلو منصب رئيس الدولة:

من المعلوم أن المعاجم اللغوية تزخر بالكلمات والمفردات التي قد لا يمكن معرفة معانيها إلا باللجوء إلى هذه المعاجم، لذلك فكان ولا بد من الرجوع إليها لتفكيك هذا المصطلح وتناول تعريف كل كلمة وردت به على انفراد وصولاً للمعنى المقصود منه وذلك على النحو التالي:

أولاً: الخلو لغة

يقال في اللغة العربية خلا له الشيء و(أخلى) بمعنى و(أخليت) المكان صادفته خالياً، و(أخلى) الرجل أي خلا وأخلا غيره يتعدى ويلزم وأخلى عن الطعام خلا عنه، و(أخليت) الرجل تاركته و(تخلى) تفرغ⁴.

¹ كردي نبيلة، العهدة الرئاسية، مجلة النبراس للدراسات القانونية، المجلد الثالث، العدد الأول، مارس، 2018، ص. 57.

² عبد الرحيم عمار الفاروق يوسف، تنظيم العهدة الرئاسية في الجزائر على ضوء التعديل الدستوري لسنة 2016، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص دولة ومؤسسات، جامعة زيان عاشور الجلفة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2019-2020، ص. 31.

³ علي حسين التميمي، الرئاسة المؤقتة للدولة "دراسة تحليلية مقارنة في الأنظمة الدستورية العراقية والمصرية والنظام الدستوري الأمريكي"، منشأة المعارف، مصر، ط1، 2019، ص. 11.

⁴ معجم الصحاح، بدون دار ومكان نشر، بدون طبعة وتاريخ نشر، ص. 79.

وفترة خلو العرش هي تلك الفترة الممتدة بين نهاية حكم وتسلم الحاكم الجديد سلطانه، وخلا الإناء مما فيه خلواً أي فرغ، وخلا المنزل من اهله خلواً أي صار خالياً، وخلا الشيء من العيب خلواً أي بُرئ منه، ويشير مفهوم الخلو والشغور إلى معنى واحد فيقال: شَغَرَ يَشْغُر، شُغُورًا شَغْرًا، وشِغَارًا، فهو شاعر شَغَرَ الْمَكَانَ: خَلَا، فَرَّغَ، شَغَرَ الْبَلَدَ: خَلَا مِنْ حَافِظٍ يَحْمِيهِ وَيَضْبِطُ شُؤْنَهُ¹.

ثانياً: المنصب لغة

المنصب هو المقام فيقال: فلان يرجع إلى منصب كريم ولفلان منصب أي علو ورفعة والمنصب ما يتولاه المرء من عمل. ويقال: تولّى منصب الوزارة أو القضاء ونحوهما. والجمع مناصِبٌ².

ثالثاً: الرئيس لغة

رأس: رَأْسٌ كُلُّ شَيْءٍ: أعلاه، وَالْجَمْعُ فِي الْقَلَّةِ أَرْؤُسٌ وَأَرَأْسٌ عَلَى الْقَلْبِ، وَرُؤُوسٌ فِي الْكَثِيرِ، وَلَمْ يَقْلَبُوا هَذِهِ، وَرُؤُوسُ: الْآخِرَةُ عَلَى الْحَذَفِ؛ قَالَ امْرُؤُ الْقَيْسِ: فَيَوْمًا إِلَى أَهْلِي، وَيَوْمًا إِلَيْكُمْ، ... وَيَوْمًا أَحْطُ الْخَيْلِ مِنْ رُؤُوسِ أَجْبَالٍ"، وَيُقَالُ: الرَّئِيسُ هَاهُنَا الَّذِي شُدَّ رَأْسُهُ. وَرَجُلٌ مَرُؤُوسٌ: أَصَابَهُ الْبُرْسَامُ. التَّهْذِيبُ: وَرَجُلٌ رَئِيسٌ وَمَرُؤُوسٌ، وَهُوَ الَّذِي رَأَسَهُ السَّرْسَامُ فَأَصَابَ رَأْسَهُ. وَقَوْلُهُ فِي الْحَدِيثِ: إِنَّهُ، صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، كَانَ يُصِيبُ مِنَ الرَّأْسِ وَهُوَ صَائِمٌ. "وَالرَّئِيسُ: سَيِّدُ الْقَوْمِ³، وَالْجَمْعُ رُؤُوسَاءٌ"⁴، والرئاسة بالكسر السلطة والسيادة⁵، ويقال "رَأْسُهُ تَرْئِيسًا: إِذَا جَعَلْتَهُ رَئِيسًا"⁶.

رابعاً: الدولة لغة

الدَّوْلَةُ: انْقِلَابُ الزَّمانِ مِنْ حَالِ الْبُؤْسِ وَالضَّرِّ إِلَى حَالِ الْغَيْبَةِ وَالسُّرُورِ. الدَّوْلَةُ: الْعُقْبَةُ فِي الْمَالِ وَتَقَدَّمَ تَفْسِيرُ الْعُقْبَةِ بِالنَّوْبَةِ وَالْبَدَلِ. وَيُضَمُّ كَمَا فِي الْمَحْكَمِ أَوْ الضَّمُّ فِيهِ، وَالْفَتْحُ فِي الْحَرْبِ قَالَهُ أَبُو عَمْرٍو ابْنُ الْعَلَاءِ⁷، وَيُقَالُ "دَوْلَةُ فُلَانٍ قَدْ أَقْبَلَتْ. وَقِيلَ: بِالضَّمِّ: انْتِقَالَ النِّعْمَةِ مِنْ قَوْمٍ إِلَى قَوْمٍ، وَبِالْفَتْحِ: الْاِسْتِيلَاءُ وَالْغَلْبَةُ، وَقِيلَ غَيْرُ ذَلِكَ"، وَ"دَوْلَةُ فُلَانٍ قَدْ أَقْبَلَتْ. وَقِيلَ: بِالضَّمِّ: انْتِقَالَ النِّعْمَةِ مِنْ قَوْمٍ إِلَى قَوْمٍ، وَبِالْفَتْحِ: الْاِسْتِيلَاءُ وَالْغَلْبَةُ، وَقِيلَ غَيْرُ ذَلِكَ"⁸.

¹ نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، دار القلم، دمشق، ط1، 2008، ص200.

² راجع معجم المعاني الجامع على الرابط الإلكتروني: <https://2u.pw/QxCEK> تاريخ الزيارة 2022/10/30، يوم الأحد الساعة 9:54 صباحاً.

³ إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط "الجزء الأول والثاني"، مجمع اللغة العربية، مصر، ط2، 1960، ص362.

⁴ ابن منظور الأنصاري، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط3، 1414 هـ، ج2، ص96. وراجع أيضاً: إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط "الجزء الأول"، دار الدعوة، تركيا، ط2، بدون تاريخ نشر، ص319.

⁵ جرجس همام الشويري، معجم الطالب، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، ط2، 1995، ص221.

⁶ الأسيل القاموس العربي الوسيط، دار الراتب الجامعية، بيروت، ط1، 1997، ص324.

⁷ أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، معجم المصباح المنير، السيد عمر الخشاب، مصر، ط1، 1315 هـ، ص93.

والدولة في معجم القانون (القانون الدستوري) اصطلاح يطلق عل مجموعة من الأفراد التي تجمع بينهم روابط مشتركة مثل: اللغة، أو الجنس، أو العقيدة، أو المصالح المشتركة، ويقطنون على إقليم خاص بهم، ويخضعون لسلطة عليا تتصف بالسيادة خارجياً وداخلياً. راجع في ذلك: معجم القانون، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، مصر، بدون طبعة، 1999، ص16.

⁸ الفيروزآبادي، تاج العروس، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط8، بدون تاريخ نشر، ج28، ص506. وفي هذا الشأن أيضاً راجع: محمد الرازي، مختار الصحاح، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، بدون طبعة، بدون تاريخ نشر، ص215 و216. وراجع معجم المنجد في اللغة والإعلام، دار المشرق، بيروت، ط36، 1997، ص230.

الفرع الثاني: المفهوم التشريعي لخلو منصب رئيس الدولة:

لم نجد في حدود اطلاعنا أن المشرع الفلسطيني سواء في القانون الأساسي الفلسطيني¹ المعدل لسنة 2003 وتعديلاته، أو القوانين العادية ذات الصلة بذلك أنهم تناولوا تعريفاً معيناً بحد ذاته لخلو منصب رئيس الدولة وهذا من البديهي حيث أن التشريعات بالغالب تنأى بنفسها عن هذه المهمة تاركه ذلك للفقهاء، وبالرجوع إلى نص المادة (37) من القانون الأساسي نجدها نصت على أنه: "1 - يعتبر مركز رئيس السلطة الوطنية شاغراً (خالياً) في أي من الحالات الآتية: أ- الوفاة. ب- الاستقالة المقدمة إلى المجلس التشريعي الفلسطيني إذا قبلت بأغلبية ثلثي أعضائه. ج- فقد الأهلية القانونية وذلك بناءً على قرار من المحكمة الدستورية العليا وموافقة المجلس التشريعي بأغلبية ثلثي أعضائه. 2- إذا شغل (خلا) مركز رئيس السلطة الوطنية في أي من الحالات السابقة يتولى رئيس المجلس التشريعي الفلسطيني مهام رئاسة السلطة الوطنية مؤقتاً لمدة لا تزيد عن ستين يوماً تجري خلالها انتخابات حرة ومباشرة لانتخاب رئيس جديد وفقاً لقانون الانتخابات الفلسطيني .

وللغاية ذاتها جاء القرار بقانون رقم (1) لسنة 2007 وتعديلاته في نص المادة (105) على أنه: "1- يعتبر منصب الرئيس شاغراً في أي من الحالات الآتية: أ) الوفاة. ب) الاستقالة المقبولة من المجلس التشريعي وفقاً لأحكام القانون الأساسي. ج) فقدان الأهلية القانونية وذلك بناءً على قرار من المحكمة الدستورية العليا وموافقة المجلس التشريعي بأغلبية ثلثي أعضائه. 2- إذا شغل منصب الرئيس في أي من الحالات المذكورة في الفقرة (1) أعلاه يتولى رئيس المجلس مهام رئاسة السلطة الوطنية مؤقتاً لمدة أقصاها ستون يوماً تجري خلالها انتخابات حرة ومباشرة لانتخاب رئيس جديد وفقاً لأحكام هذا القانون، وتنتهي ولاية الرئيس المؤقت بعد إعلان النتائج النهائية لانتخاب الرئيس الجديد، وأداء الرئيس المنتخب اليمين القانونية وفقاً لأحكام القانون الأساسي المعدل 3- إذا رغب رئيس المجلس ترشيح نفسه لانتخابات منصب

¹ القانون الأساسي الفلسطيني هو: عبارة عن بديل مؤقت للدستور يحكم العلاقة بين السلطات في الفترة الانتقالية، وهو ساري المفعول في دولة فلسطين، وهو بمثابة تشريع دستوري، تم تحضير النسخ الأولى من القانون الأساسي وتقديمها للجنة التنفيذية في كانون الأول/ ديسمبر 1993 وشباط/ فبراير 1994 وكانون الأول ديسمبر 1994، حيث تغير القانون عدة مرات، ثم أقر المجلس التشريعي القانون الأساسي في قراءته الثالثة (قانون رقم 96/1) في 1997/10/2، لكن لم يقع عليه رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية ياسر عرفات - طيب الله ثراه -؛ نظراً لأنه كان يرى أن هذا التشريع من شأنه أن يكبل يديه في كثير من الأحيان، لكن بالنهاية قام بالتوقيع عليه في 26 أيار مايو 2002 كخطوة نحو الإصلاحات في إطار خطة المئة يوم في السلطة الفلسطينية، وأصبح ساري المفعول منذ نشره في الجريدة الرسمية في 7 تموز يوليو 2002، وقد جرى على هذا القانون الأساسي عدة تعديلات كان الأول منه عام 2003 لاستحداث منصب رئيس وزراء في السلطة الوطنية الفلسطينية آنذاك، استناداً إلى المادة (111) من القانون الأساسي لعام 2002 الذي يسمح بالتعديل بموافقة أغلبية ثلثي أعضاء المجلس التشريعي، وبموجب ذلك أصبح الباب المتعلق بصلاحيات رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية هو الباب الثالث في القانون المعدل مقابل تأخير المتعلق بالسلطة التشريعية إلى باب لاحق هو الباب الرابع، وأما الباب الخامس بموجب التعديل والمتعلق بمجلس الوزراء فقد تضمن كيفية تشكيل الحكومة من قبل رئيس الوزراء وكيفية نيل ثقتهما من المجلس والصلاحيات لكل من المجلس ورئيس الوزراء، وشكل العلاقة بين رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية ورئيس الوزراء، وأما التعديل الثاني فكان عام 2005 وذلك بسبب تحديد مدة رئاسة السلطة الوطنية الفلسطينية بأربع سنوات مع أحقيته بترشيح نفسه لفترة رئاسية ثانية على ألا يشغل منصب الرئاسة أكثر من دورتين متتاليتين، وكذلك تحديد مدة ولاية المجلس التشريعي بأربع سنوات، مع العلم أن مصطلح القانون الأساسي في هذه الدراسة يشير إلى القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام 2003 وتعديلاته ما لم يتم الإشارة إلى خلاف ذلك، راجع: فتحي الوحيددي، التطورات الدستورية في فلسطين مع شرح المبادئ الدستورية العامة "الجزء الأول"، بدون دار نشر، بدون مكان نشر، بدون طبعة، 2004، ص 528. وراجع: محمد شبير، المبادئ الدستورية العامة وتطبيقاتها في فلسطين وفقاً لأحكام القانون الأساسي المعدل لسنة 2003، دار النهضة العربية، مصر، ط1، 2016، ص 131. وراجع: نائل ماهر شلوط، محاضرات في مساق النظام السياسي والدستوري في فلسطين، ط1، بدون دار نشر، غزة، 2015، ص 53 إلى 58، وراجع أيضاً: عاصم خليل، دراسات إشكاليات السلطة الدستورية في ضوء الواقع الفلسطيني، مجلة الدراسات الفلسطينية، المجلد 16، العدد 63، ص 3، وراجع أيضاً: دكتورنا محمد أبو مطر، إصلاح النظام السياسي الفلسطيني بين المطالب الداخلية والضغط الخارجية، أطروحة دكتوراه، جامعة محمد الخامس، الرباط، المغرب، 2010، ص 225 وما بعدها.

الرئيس توجب عليه عقد جلسة فور شغور منصب الرئيس وتقديم استقالته من رئاسة المجلس لانتخاب رئيس جديد للمجلس ليقوم بمهام الرئاسة مؤقتاً.

ونجد أن بعض التشريعات المقارنة كال دستور المصري لعام 2014 وتعديلاته قد نص في المادة (160) منه على أن "إذا قام مانع مؤقت يحول دون مباشرة رئيس الجمهورية لسلطاته، حل محله رئيس مجلس الوزراء، وعند خلو منصب رئيس الجمهورية للاستقالة، أو الوفاة، أو العجز الدائم عن العمل، يعلن مجلس النواب خلو المنصب. ويكون إعلان خلو المنصب بأغلبية ثلثي الأعضاء على الأقل، إذا كان ذلك لأي سبب آخر. ويخطر مجلس النواب الهيئة الوطنية للانتخابات، ويباشر رئيس مجلس النواب مؤقتاً سلطات رئيس الجمهورية..."

ونص الدستور التونسي لعام 2022 في المادة (109) على أنه "عند شغور منصب رئيس الجمهورية لوفاة أو استقالة أو عجز تام أو لأي سبب من الأسباب..."

ولقد نص الدستور البرازيلي لعام 1988 المعدل لعام 2015 في المادة (79) على أنه "يحل نائب الرئيس محل الرئيس في حالة ظهور عائق، ويخلفه إذا أصبح منصب الرئاسة شاغراً.

ونصت المادة (80) من نفس الدستور على "في حالة ظهور عائق لتسلم الرئيس أو نائب الرئيس أو وجود شاغر في المنصبين المعنيين، فإن رئيس مجلس النواب ورئيس مجلس الشيوخ الاتحادي ورئيس المحكمة العليا يُدعون على التوالي لإستلام منصب الرئيس.

المطلب الثاني: المفهوم الفقهي والقضائي لخلو منصب رئيس الدولة

تطرق بعضاً من الفقه إلى تعريف خلو منصب رئيس الدولة وذلك نظراً للخصوصية التي يتمتع بها هذا المفهوم نتيجة الآثار التي من شأنها أن تعمل على إعاقة السير المنتظم للحياة الدستورية وقد استلزم ذلك أيضاً أن يكون للقضاء أو أي جهة رقابة دستورية البصمة الواضحة لاستبيان هذا المفهوم، وفي هذا المطلب سنتطرق إلى مفهوم خلو منصب رئيس الدولة فقهاً وقضياً.

الفرع الأول: المفهوم الفقهي لخلو منصب رئيس الدولة:

يعرف خلو منصب رئيس الدولة بأنها المدة الزمنية التي يبقى فيها المنصب خالياً لأسباب مختلفة مثل: الوفاة أو الاستقالة أو العجز البدني أو الذهني أو العزل¹، إلا أن هذا التعريف يؤخذ عليه أنه قصر مفهوم الخلو على حالات الخلو الدائم دون المؤقت.

وعرفه آخر بأنه: خلو منصب رئيس الدولة نتيجة لفقدان الرئيس لأهليته القانونية بصورة مؤقتة أو دائمة وفقاً لأسباب يحددها القانون²، ما يؤخذ على هذا التعريف أنه حصر خلو منصب رئيس الدولة على إحدى حالاتها وهي فقدان الأهلية القانونية (المدنية – السياسية) متجاهلاً في ذلك باقي أسباب الخلو المؤقتة والدائمة.

وعرف العميد سليمان الطماوي الخلو بأنه عدم استطاعة الرئيس القائم أداء واجبات المنصب لأي سبب من الأسباب، ومن جانبنا نرى أن هذا التعريف تعريفاً شاملاً لكافة أنواع خلو منصب رئيس الدولة مجتنباً أسهم الانتقاد التي

¹ عامر سعيد محمود مسلم، شغور مركز رئيس الدولة بفقدان الأهلية القانونية في التشريع الفلسطيني، رسالة لنيل درجة الماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، كلية الشريعة والقانون – قانون عام، 2016، ص 10.

² عبد الرحمن سالم منصور ماضي، محاكمة رئيس الدولة عن جرائم الفساد في التشريع الفلسطيني، رسالة لنيل درجة الماجستير، جامعة الأزهر، غزة، 2019، ص 61.

تم توجيهها للتعريف السابقة¹، وعرفها البعض - وبحق - بأنه الفراغ الذي يتحقق في منصب رئيس الدولة لأي سبب مادي أو قانوني من شأنه أن يحول دون ممارسة الرئيس لمهامه بصفة مؤقتة أو دائمة².

الفرع الثاني: المفهوم القضائي لخلو منصب رئيس الدولة:

يعتبر القضاء الدستوري في فلسطين حديث العهد بهذا النوع من التجارب الدستورية، فضلاً عن أن منصب رئيس الدولة الفلسطيني لم يتعرض إلا إلى سابقة خلو واحدة بوفاة الرئيس الفلسطيني ياسر عرفات - طيب الله ثراه - بتاريخ 11 من شهر نوفمبر 2004، مما يوحي بأنه لا يوجد في حدود الاطلاع أي حكم، أو قرار قضائي يشير إلى خلو منصب رئيس الدولة³، لذلك وجب الرجوع إلى التجارب الدستورية لبعض الدول المقارنة من أجل استيضاح ذلك، فعلى سبيل المثال تعرض المجلس الدستوري الجزائري عند خلو منصب رئيس الجمهورية عبد العزيز بوتفليقة بسبب الاستقالة وصرح بتاريخ 27 رجب عام 1440 الموافق 3 أبريل 2019 بخلو منصب رئيس الجمهورية وتولي رئيس الدولة المؤقت (رئيس مجلس الأمة)، حيث شرع بالقول أولاً: إن المجلس الدستوري، وبعد الاطلاع على رسالة الاستقالة المقدمة من رئيس الجمهورية عبد العزيز بوتفليقة المؤرخة في 26 رجب 1440 الموافق 2 أبريل 2019 والمسجلة بالأمانة العامة للمجلس الدستوري في التاريخ نفسه، الذي قرر بموجبها إنهاء عهده بصفته رئيساً للجمهورية اعتباراً من تاريخ 26 رجب 1440 الموافق 2 أبريل 2019، وبناءً على الدستور لا سيما المادة (102) من دستور 2016 الفقرتان (4 و5) منه، وبمقتضى النظام المجدد لقواعد عمل المجلس الدستوري لا سيما المادة 72 منه، اجتمع بتاريخ 27 رجب عام 1440 الموافق 3 أبريل سنة 2019، وبناءً على ذلك يثبت الشغور (الخلو) النهائي لرئاسة الجمهورية. ثانياً: تبليغ اليوم 27 رجب عام 1440 الموافق 3 أبريل سنة 2019 شهادة التصريح بالشغور النهائي لرئاسة الجمهورية إلى البرلمان طبقاً للمادة 102 (الفقرة 5) من الدستور، ينشر هذا التصريح بالشغور (الخلو) النهائي لرئاسة الجمهورية... إلخ⁴.

¹ سليمان الطماوي، السلطات الثلاثة في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي "دراسة مقارنة"، دار الفكر العربي، بدون مكان نشر، ط4، 1979، ص 247.

وعرفت بيوش خلو منصب الرئاسة بأنه هو بقاء رئاسة الدولة مقيدة بالأحكام الدستورية النافذة خلال مدة الخلو خشية من أن يعثرها عدم التنظيم مؤثراً بذلك على حسن سيرها، راجع: صبيحة بيوش، التنظيم الدستوري لنهاية مدة رئيس الجمهورية في التعديل الدستوري 2016، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الثاني عشر، 2018، ص 305.

² جمال بلبل، شغور منصب رئيس الدولة في التشريع الفلسطيني، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، كلية الحقوق، قسم القانون العام، 2021، ص 17.

³ جمال أنور بلبل، المرجع نفسه، ص 17.

⁴ راجع الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، تصريح مؤرخ ب 27 رجب 1440 هـ 3 أبريل 2019م، العدد 21، السنة 56، ص 5.

ونذكر في هذا المنوال أن الجزائر تعرضت إلى حالي خلو قبل خلو منصب رئيس الجمهورية عبد العزيز بوتفليقة، وهما: خلو منصب الرئيس هواري بومدين بسبب الوفاة، حيث أنه بهذه المناسبة عقد المجلس الشعبي الوطني اجتماعه بتاريخ 27 ديسمبر 1978 وتم تنظيم رئاسة الدولة المؤقتة وقرأ رئيس اللجنة القانونية والإدارية في المجلس الشعبي السيد أحمد مطاطة نص المادة 117 من دستور 1976 والذي يتضمن إثبات خلو رئاسة الجمهورية، ويكلف في نفس الوقت رئيس المجلس الشعبي الوطني السيد رابح بطاط بتولي رئاسة الدولة مؤقتاً لمدة 45 يوم "نص المادة 117 على أنه يتولى رئيس المجلس الشعبي الوطني مهام رئيس الدولة لمدة 45 يوم، تنظم خلالها انتخابات رئاسية"، علماً بأن هذا النص وهذه السابقة قد أثارت جدلاً في أوساط القانون الدستوري ولكن لا يسع الحديث عنها هنا، للمزيد من الإيضاح راجع بلحاج سميرة، المانع الشرعي لرئيس الجمهورية في النظام السياسي الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون - تخصص القانون العام الداخلي، جامعة مولود معمري - تيزي وزو - كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم القانون، بدون تاريخ مناقشة، ص 129، وكذلك أيضاً تعرض المشرع الجزائري إلى حالة شغور أخرى متمثلة باستقالة الشاذلي بن جديد، وذلك بتاريخ 11 جانفي 1992 والتي كانت مقترنة بحل المجلس الشعبي الوطني ولم يتم إعمال النصوص الدستورية لدستور 1989 على هذه الواقعة: نظراً لغياب التأطير الدستوري على حالة الخلو أعلاه، حيث أنها اقترنت بحل المجلس الشعبي الوطني، مما أدى إلى حصول فراغ دستوري، ما أدى اللجوء إلى حلول خارج الدستور، رغم أن هذا الدستور قد نظم حالات أخرى مشابهة مثل: اقتران وفاة رئيس الجمهورية وحل المجلس الشعبي الوطني، لذلك تم تأسيس المجلس

وفي نفس هذا السياق أعلن المجلس الدستوري التونسي خلو منصب رئيس الدولة بصفة نهائية انطلاقاً من الفصل (57) من الدستور التونسي لعام 1959 وتعديلاته، وذلك بعد أن أعلن الوزير الأول محمد الغنوشي توليه رئاسة الجمهورية نظراً لعدم إمكانية الرئيس ممارسة مهامه لوجود خارج البلاد استناداً للفصل (56) من الدستور نفسه¹.

المبحث الثاني: حالات الخلو المؤقت لمنصب رئيس الدولة:

إن الرئيس المؤقت يتولى رئاسة الدولة في جميع الأنظمة الدستورية في حالات معينة ومنها حالات الخلو المؤقتة، وتختلف الدساتير في التعبير عن تلك الحالات²، وحيث أن كل ذلك يؤدي إلى خلو مؤقت لمنصب رئيس الدولة ومن ثم يحل الرئيس المؤقت مكانه طيلة فترة غيابه حتى لا يكون هناك فراغ في سدة الرئاسة³، فالخلو المؤقت هو ذلك الخلو الذي تعقبه عودة الرئيس لمنصبه بعد زوال سبب الخلو فعندما يزول سبب الخلو يزول اختصاص الرئيس المؤقت⁴، ونحن نعرفه بأنه ذلك السبب الذي يحدث فراغ في سدة الرئاسة مؤقتاً لحين عودة الرئيس لمزاولة مهامه⁵، ونجد أن الدساتير قد اختلفت عند إيرادها لحالات الخلو المؤقت فمنهم من أوردتها على سبيل الحصر⁶ ومنهم من أوردتها على سبيل المثال⁷ ومنهم اكتفى بالإشارة إلى أن منصب رئيس الدولة يتعرض للخلو عندما يصاب بمانع أو عجز مؤقت بالمفهوم الواسع⁸ ومنهم من لم يوردها البتة كما هو الحال في القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام 2003 وتعديلاته، لذا يثار التساؤل في ظل

الأعلى للدولة لمعالجة هذا الفراغ المؤسساتي الرهيب، وحيث تعتبر هذه الهيئة غير دستورية لا من حيث التشكيلة ولا من حيث الصلاحيات؛ لأن دستور 1989 لم ينص عليها مما يجعل توليها للرئاسة المؤقتة في الحالة المذكور أعلاه غريبة عن النظام السياسي الجزائري راجع في ذلك إسماعيل سيلية و حلموش حنان، شغور منصب رئيس الجمهورية في الدستور الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون – فرع القانون العام، جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية - كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم القانون العام، 2019 - 2020، ص 37، وراجع أيضاً لدرع نبيلة، مجال التشريع ومجال التنظيم في النظام السياسي الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، فرع القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014، ص 46-47.

¹ جاء إعلان المجلس الدستوري لخلو منصب الرئيس نتيجة للتجسير الخاطئ الذي قام به الغنوشي لنص المادة (56) للمزيد عن إعلان الغنوشي ونطاق عدم الدستورية الذي جاء به وللمزيد حول إعلان المجلس الدستوري التونسي للخلو راجع، تركي وليد، الإشكالية الدستورية في تجربة الانتقال الديمقراطي في تونس، مجلة الإيزا للبحوث والدراسات المركز الجامعي إيليزي، الجزائر، العدد الأول، 2016، ص 16 وما بعدها.

² هناك الكثير من الفقه قد اختلف في إعطاء المسميات لهذه الحالات، فجانبا من الفقه أطلق على الخلو المؤقت الحالات العادية لخلو منصب رئيس الدولة والحالات غير العادية أطلقها على الخلو الدائم، والفقه الآخر قد أطلق على حالات خلو منصب رئيس الدولة بالمانع وأطلق على الخلو الدائم الشغور، والبعض أطلق على الخلو المؤقت بالعجز المؤقت والخلو الدائم بالعجز الدائم، والبعض أطلق على الخلو المؤقت العائق والخلو الدائم الشغور، وفضلنا استخدام مصطلح الخلو بنوعيه، مع العلم أن الباحث يرى أن جميع المصطلحات تؤدي نفس المفهوم والأثر.

³ علي مجيد العكيلي، النظام القانوني لرئيس الدولة المؤقت، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ط 1، 2021، ص 62.

⁴ زين بدر الدين فراج، خلو منصب رئيس الدولة في الأنظمة السياسية المعاصرة، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، 1991، ص 8.

⁵ إن الباحث كان لها مغزى عند تعريف الخلو المؤقت بهذه الشاكلة، حيث أراد الباحث هنا أن يؤكد على أن الرئاسة تعتبر شاغرة حتى في ظل تولي الرئيس المؤقت مؤقتاً مهام رئيس الجمهورية، فالرئاسة وهو ما تتجه معه أحكام روح الدساتير المقارنة التي تنظم حالات الخلو بنوعها تظل شاغرة حتى يعود رئيس الدولة إلى مزاولة مهامه.

⁶ كما هو الحال في التشريع الدستوري الجزائري بنص المادة (94) لعام 2020، حيث نصت "إذا استحال... بسبب المرض الخطير و المزمّن...".

⁷ ونصت عليه قلة من الدساتير كما هو الحال في الدستور البوليفي لسنة 1967 من المادة (93) حيث نصت على "في حالة المانع المؤقت أو غياب رئيس الجمهورية..." وقد وجه البعض نقد إلى هذه المادة حيث يقول: بأن حرف العطف (أو) هو حرف يدل على أن هناك تباين فيما قبل وفيما بعد وبما أن المانع المؤقت يشمل الغياب ويشمل كل الحالات فإن الغياب يعد أحد هذه الحالات لذلك يرى بأن الغياب في هذه المادة يجب أن يفسر في نطاق الخلو الدائم. راجع في ذلك زين بدر الدين فراج، ص 33، وكذلك نجد أن الدستور التركي لعام 1982 المعدل لعام 2017 قد اتجه نفس الاتجاه عندما نص في المادة (106/3) على "في حالة الغياب المؤقت لرئيس الجمهورية بسبب المرض أو السفر إلى الخارج، أو أي ظروف مشابهة، ...".

⁸ كما هو الحال في الدستور المصري في المادة (160) حيث نصت على "إذا قام مانع مؤقت يحول دون مباشرة رئيس الجمهورية لسلطاته..." وفي نفس هذا الاتجاه اتجه كل الدستور الإماراتي لعام 1971 وتعديلاته في المادة (51)، والدستور الإيطالي لعام 1947 المعدل لعام 2012 في المادة (86)، والدستور البرازيلي لعام 1988 المعدل لعام 2015 في المادة (79)، والدستور التونسي لعام 2022 في المادة (107)، والدستور الكوستاريكي 1949 المعدل لعام 2011 في المادة (135)، والدستور المنغولي لعام 1992 المعدل لعام 2001 في المادة (37)، والدستور الهندوراسي لعام 1982 المعدل لعام 2013 في المادة (242).



عدم إيراد القانون الأساسي الفلسطيني حالات الخلو المؤقت لمنصب الرئاسة، فما هو الحكمة من ذلك هل هو مقصود أم مجرد إغفال تشريعي، وكيف يمكن التصرف معه في حال ما إذا طرأ هكذا نوع من الحالات في ظل غياب التأطير الدستوري لها، وفي ظل هذا السكوت غير المحمود من قبل المشرع الفلسطيني ارتأينا أن نقوم بدراسة أهم حالات الخلو المؤقت (العجز المؤقت "المرض" - الاتهام - الغياب) لمنصب الرئاسة وفقاً للدساتير المقارنة أملين بذلك الاستفادة من هذه التجارب من أجل رسم تقنية دستورية لوضع تأطير دستوري مناسب يخدم المشرع الفلسطيني إذا ما استجد مثل هذه الحالات مستقبلاً وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: العجز المؤقت "المرض"

يشترط في من يتولى رئاسة الدولة أن يتمتع بالمقدرة الصحية التي تؤهله لتحمل ما يُعهد إليه من مهام، فإصابة الرئيس بالمرض سينعكس بصورة سلبية على متطلبات المنصب¹، ومن الطبيعي أن رئيس الدولة بشر كباقي البشر يمرض كما يمرضون، ومن أجل ذلك نرى أن التشريعات قد أولت اهتماماً بهذا المانع، حتى إن بعض التشريعات عند الحديث عن شروط الترشح لمنصب رئيس الجمهورية، نجدها نصت على شرط السلامة الصحية²، واعتبرتها أحد الشروط المستمرة وألزمت المرشحين في بعض الأحيان بتقديم شهادة طبية عند الترشح³، وفي الوقت الذي يجب فيه التقرير والاعتراف بأن الحالة الصحية لرئيس الدولة تلك الحالة التي تجعله قادراً على مباشرة مهام منصبه، وقد تجعله في بعض الأحيان غير قادر على ممارستها وتأسيساً لذلك لم تعد الحالة الصحية من الأمور الخاصة برئيس الدولة باعتبارها لصيقة به بل أصبحت تهم المجتمع والرأي العام⁴.

ويعرف المرض لغة بأنه كل ما خرج بالكائن الحي عن حدِّ الصِّحَّة والاعتدال من علة أو نفاقٍ أو تقصير في أمر⁵. وهنا نقصد بالمرض ذلك المرض الذي يصيب الرئيس بدنياً وبصفة عارضة وليس بشكل دائم بحيث لو استطال ذلك لتحول إلى عجز دائم الذي يعتبر أحد حالات خلو منصب رئيس الدولة بصفة دائمة⁶، ويتولى الرئيس المؤقت شؤون الدولة حينئذٍ لحين عودة الرئيس، حتى يمارس مهامه⁷.

ونجد أن بعض التشريعات كقانون العجز الصحي للموظفين في العراق قد نص على أن المرض هو ذلك "الاعتلال الصحي الذي يمنع الموظف من مزاولة عمله..."، وعرف العجز بأنه "نقصان القدرة على العمل بشكل كامل أو بشكل جزئي بسبب المرض"⁸.

¹ رفعت عيد سيد، النظرية العامة للقانون الدستوري "الكتاب الثاني"، نظام الحكم في دستور 1971، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010، ص 223.

² ومن ضمنها قرار رئيس جمهورية مصر العربية بالقانون رقم 22 لسنة 2014 بتنظيم الانتخابات الرئاسية المصري الذي أصدره الرئيس المؤقت عدلي منصور حيث نصت المادة (8/1) على "ألا يكون مصاب بمرض بدني أو ذهني يؤثر على أدائه لمهام رئيس الجمهورية".

³ أمينة دماحي، حالة شغور منصب رئيس الجمهورية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 2010-2011، ص 9 و ص 14.

⁴ علي الباز، الرئيس المؤقت وحالات خلو منصب الرئاسة في الأنظمة الدستورية العربية والأجنبية دراسة مقارنة، بدون مكان ودار نشر، ط 1، 1988، ص 16.

⁵ راجع معجم المعاني الجامع، على الرابط الإلكتروني <https://www.almaany.com>، تاريخ الزيارة 2022/4/7، يوم الجمعة الساعة 2:12 مساءً.

⁶ زين بدر الدين فراج، مرجع سابق، ص 55.

⁷ علي مجيد العكيلي، النظام القانوني لرئيس الدولة المؤقت، مرجع سابق، ص 63.

⁸ راجع المادة (11) من قانون العجز الصحي للموظفين في العراق رقم (11) لسنة 1999.

والعجز المؤقت هنا هو عدم صلاحية رئيس الدولة مؤقتاً لممارسة مهامه بسبب مرض بدني أو قد يكون عقلي، فقد يمرض الرئيس - والمرض شيء عادي - يعجزه عن الاستمرار في ممارسة مهام منصبه كإجراءه عملية جراحية ليس من شأنها التأثير على قدراته البدنية أو العقلية أو إصابته بوعكة صحية عابرة¹، ونرى هنا أن للمرض طبيعة معينة فقد يكون مرضاً عضوياً إذا تعلق بأحد أعضاء جسم الإنسان، وقد يكون عقلياً ووظيفياً إذا فقد الشخص جزء من قدراته الذهنية والعقلية، كما يمكن للمرض أن يكون نفسياً وجسمانياً في نفس الوقت²، وأن النتيجة المترتبة على المرض هو العجز المؤقت.

ويلاحظ أن الدستور الجزائري لعام 2020 قد نص على خلو منصب رئيس الدولة بسبب المرض فنصت المادة (94) على " إذا استحال على رئيس الجمهورية أن يمارس مهام منصبه بسبب مرض خطير أو مزمن تجتمع المحكمة الدستورية بقوة القانون وبدون أجل، وبعد التثبت من حقيقة هذا المانع بكل الوسائل الملائمة، تقترح بأغلبية ثلاثة أرباع أعضائها 4/3 على البرلمان التصريح بثبوت هذا المانع... وفي حال استمرار المانع بعد انقضاء (45) يوم يعلن الشغور بالاستقالة..."³. ويقصد بالمرض الخطير والمزمن ذلك الاعتلال الخطير والدائم، الذي يصيب الأعضاء الحيوية للكائن الحي ويجعله عاجزاً وغير قادر تماماً على أداء وممارسة مهام وظائفه⁴.

إلا أن ما يؤخذ على هذا النص تعارض الصياغة الدستورية مع الحقيقة الطبية، فالمرض الخطير والمزمن يتعارض في مضمونه مع المفهوم الطبي لهذا المرض⁵؛ لأن المرض الخطير والمزمن من الناحية الطبية لا يمكن الشفاء منه فهو مانع نهائي لأداء مهام رئاسة الجمهورية، وكما أن الباحث يرى استناداً على ذلك أن مدة (45) يوم لا تتناسب

¹ علي يوسف الشكري، العجز الصحي لرئيس الدولة، مجلة الكلية الإسلامية الجامعة، العدد 13، 2010، ص 40.
² مزياي حميد، إشكالية شغور منصب رئيس الجمهورية في الجزائر بين النص والتطبيق، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 11، العدد 3 (عدد خاص)، 2020، ص 430.

³ نرى أن الدساتير الجزائرية لعام 2016 و 1996 المعدل لعام 2008 قد نصوا على حالة المرض كأحد أسباب خلو منصب رئيس الجمهورية، إلا أنهم اختلفوا عند صياغة نص 2020 من حيث النسبة، فنجد أن في هذه الدساتير مجتمعة في نصوص المواد (102) من دستور 2016 والمادة (88) من دستور 1996 المعدل لعام 2008 ألزما المحكمة الدستورية أن تقترح بالإجماع على البرلمان من أجل التصريح بثبوت المانع، وإعلان البرلمان بثبوت المانع يكون بأغلبية الثلثين.

⁴ إكرام بوطالب وخولة هوام، أحكام الشغور الرئاسي في الدساتير الجزائرية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، جامعة العربي التبسي- تبسة- الجزائر - كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2020 - 2021، ص 9، وانظر نفس الشأن، مزياي حميد، مرجع سابق، ص 429.

⁵ نوار تريعة، حالة شغور منصب رئيس الجمهورية في الدستورين الجزائري والتونسي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 53، العدد 4، ص 80.

⁶ اختلفت الدساتير المقارنة في السقف الزمني الموضوع للمرض كأحد حالات الخلو المؤقت لمنصب رئيس الدولة حيث اذا ما انتهى يتحول ذاك الخلو المؤقت إلى خلو دائم وعلى غرار التشريع الجزائري الذي حدد السقف الزمني للمرض ب(45) يوم، نجد أن الدستور الإيراني لعام 1979 المعدل لعام 1989 في المادة (131) قد حدد السقف الزمني للمرض بشهرين حيث نص على " في حالة وفاة رئيس الجمهورية، أو عزله، أو استقالته، أو غيابه أو مرضه لأكثر من شهرين...، ونجد أن دستور دولة الأكوادور لعام 2008 المعدل لعام 2015 في المادة (146) قد حدد السقف الزمني للمرض ب(13) شهر حيث نص على " في حالة الغياب المؤقت لرئيس الجمهورية، ينوب عنه نائبه. وينتج الغياب المؤقت عن مرض، أو ظروف قاهرة أخرى تمتنع من أداء الواجبات مدة أقصاها ثلاثة أشهر، أو الإجازة الممنوحة من الجمعية الوطنية، ونجد أن كل من الدستور البوليفي لعام 2009 في المادة (169) والدستور الفنزويلي 1999 المعدل لعام 2009 في المادة (234) قد حددا السقف الزمني للمرض ب(90) يوم، فنص الدستور البوليفي على أنه " في حال الغياب المؤقت (الغياب المؤقت هنا يشمل في طياته جميع حالات الخلو المؤقت بما فيها المرض) يتسلم رئاسة الدولة نائب الرئيس لمدة لا تتجاوز التسعين يوماً"، ونص الدستور الفنزويلي على " ينوب عن رئيس الجمهورية الذي يصبح غير قادر على أداء وظيفته بصفة مؤقتة نائبه التنفيذي لمدة 90 يوماً قابلة للتديد بقرار من المجلس الوطني لفترة 90 يوماً إضافية، إذا استمر الغياب المؤقت لأكثر من 90 يوماً متتالية، يقرر المجلس الوطني بغالبية أعضائه هل ينبغي اعتبار هذا الغياب دائماً أم لا.

تتناسب وطبيعة المرض الخطير والمزمن فأى إنسان يعلم أن المرض الخطير والمزمن لا يمكن منه الاستشفاء بسهولة ويستمر في الإنسان فترات قد تطول حتى أنه من الممكن أن لا يستشفى منه، والنقد الثاني هو أن النص الجزائي قد حصر حالات المانع المؤقت بالمرض الخطير والمزمن ولم يلتفت إلى باقي الحالات التي من شأنها أن تؤدي إلى خلو منصب الرئيس كالغياب والسفر... إلخ، لذلك كان الأوجب على المشرع الدستوري أن لا يحصر حالات الخلو المؤقت بالمرض حتى لا يحدث فراغ دستوري من شأنه أن يؤثر على سير العمل المؤسساتي، خاصة وأن الجزائر قد مرت بسابقة أثبتت عجز المجلس الدستوري " المحكمة الدستورية اليوم" عند استقالة الرئيس الشاذلي بن جديد حيث بقي المجلس الدستوري مكتوف الأيدي وفضل التطبيق الحرفي للنص الدستوري وقال: إن حالة الشغور - استقالة الشاذلي مع حل المجلس الشعبي الوطني - غير منصوص عليها دستورياً، فلم يرق المجلس الدستوري في حينه بالاجتهاد والاستنباط والقياس من أجل الخروج من تلك الأزمة، ونتيجة لذلك توجه توصية إلى المشرع الدستوري الجزائي بعدم حصر الخلو المؤقت بالمرض فقط بحيث تكون صياغة المادة تستوعب جميع حالات الخلو المؤقت، خاصة وأن المادة ذاتها نصت عند الحديث عن تزامن الشغور على أنه "إذا ما اقترنت استقالة رئيس الجمهورية أو وفاته بشغور رئاسة مجلس الأمة لأي سبب كان..."¹.

وكما أشار أيضاً دستور تركيا لعام 1982 المعدل لعام 2017 إلى حالة المرض فقد نص عليها في المادة (3/106) على " في حالة الغياب المؤقت لرئيس الجمهورية بسبب المرض أو السفر إلى الخارج، أو أي ظروف مشابهة، يخدم نائب رئيس الجمهورية كقائم بأعمال رئيس الجمهورية ويمارس سلطاته"²، ونجد أن التنظيم الدستوري التركي لحالة المرض مع غيره من حالات الخلو المؤقت افضل من التنظيم الجزائي إلا أن ما يؤخذ على هذا النص هو عدم تحديد حالات الخلو المؤقت بسقف زمني كما فعل المشرع الجزائي عندما حددها ب(45) يوم وبعد ذلك يتحول إلى خلونها.

ونرى أن الدستور الهندي لعام 1949 المعدل لعام 2016 في المادة (2/65) نصت على أنه عندما يكون الرئيس غير قادر على أداء مهامه بسبب الغياب أو المرض أو لأي سبب آخر، يتولى نائب الرئيس ممارسة مهام الرئيس بالوكالة حتى ذلك التاريخ الذي يستأنف فيه الرئيس مهامه³، ونجد أن الدساتير الملكية كال دستور الأردن نص على هذه الحالة فنصت

حتى ان بعض التشريعات وصل بها الأمر إلى أن تحدد السقف الزمني للمرض كأحد حالات الخلو المؤقت ب(120) يوم وهو ما اتجه إليه الدستور الليبي لعام 2016 فنص في المادة(116) على انه (...وفي حال خلو المنصب لغياب الرئيس مؤقتاً لمرض...يحل محله رئيس الوزراء لمدة لا تتجاوز مائة وعشرين يوماً...". راجع: محمود النمروطي، رئيس الدولة المؤقت في التشريع الفلسطيني، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، فلسطين، غزة، 2022، ص 219.

عبد الفتاح مراد، موسوعة شرح الدساتير المصرية والمستويات الدستورية الدولية، بدون دار نشر، مصر، ط 1، 2012، ص 649.

¹ يرى البعض أن حصر المشرع الدستوري الجزائي للخلو المؤقت بالمرض فقط، نظراً إلى سابقة مرض الرئيس هوري بو مدين، حيث أن دستور 1976 الجزائري لم يعالج حالة العجز المؤقت " المرض" فاستدرك المشرع الدستوري الأمر وقام بمعالجته في التعديل الدستوري لعام 1979، إلا أنه عالجها بشكل محصور كما قلنا، حيث أن المبرر في ذلك هو أن الدستور الجزائري عند تنظيمه لهذه المسألة كان يتسم بالطابع الاستعجالي لهذه المعالجة، فهي لا تتعدى مجرد حل مؤقت يستند على معطيات أزمة سابقة دون أن يكلف نفسه عناء التخمين لوضع نص يحتوي احتمالات عدة تؤدي مستقبلاً لانقطاع الوظيفة الرئاسية، مما يترتب عليها زعزعة المؤسسات الدستورية في الدولة، راجع في ذلك: بلحاج سميرة، المانع الشرعي لرئيس الجمهورية في النظام السياسي الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، الجزائر، بدون تاريخ مناقشة، ص 3.

² راجع: دستور تركيا 1982 المعدل لعام 2017.

³ راجع: المادة (2/65) من الدستور الهندي لعام 1949 المعدل لعام 2016.

المادة (28/ح) على "إذا أصبح الملك غير قادر على تولي سلطته بسبب مرض فيمارس صلاحياته نائب أو هيئة نيابة ويُعين النائب أو هيئة النيابة بإرادة ملكية وعندما يكون الملك غير قادر على إجراء هذا التعيين يقوم به مجلس الوزراء"¹. وقد نصت المادة (88) من دستور دولة الأرجنتين 1853 والذي أعيد تفعيله عام 1983، المعدل 1994 على المرض كأحد حالات خلو منصب الرئيس بشكل مؤقت فنصت على أنه "في حالة مرض الرئيس أو غيابه عن العاصمة أو وفاته أو استقالته أو عزله عن منصبه، تؤول السلطة التنفيذية إلى نائب رئيس الدولة. وفي حال عزل الرئيس ونائبه أو وفاته أو استقالتهما أو عجزهما، يحدد الكونغرس الموظف العام الذي سيتولى الرئاسة إلى حين انتهاء أسباب العجز أو انتخاب رئيس جديد."²

يتضح من النصوص الدستورية سالفة الذكر، أنها تشير إلى الخلو المؤقت بسبب المرض لكن التساؤل الذي يُطرح هنا من الذي سيقدر أن الرئيس في حالة عجز مؤقت وأن مرضه يمنعه من ممارسة صلاحياته؟

يرى بعض الفقه أن رئيس الدولة هو الذي يقرر ذلك، لأنه الشخص الوحيد الذي يشعر أن مرضه سيمنعه من ممارسة صلاحياته الدستورية، فضلاً عن النص الدستوري الذي أجاز له حالة مرضه أن يحل محله الرئيس المؤقت لحين عودة الرئيس لمنصبه؛ لأن غالبية الدساتير لا تشير على كيفية إثبات ذلك المانع المؤقت أي المرض لرئيس الدولة، إلا أن الباحث لا يتفق مع ما اتجه إليه هذا الرأي خاصة عندما يكون ذلك لرئيس الدولة وحدة دون أن يشمل ذلك جهات أخرى، حيث أنه من الصعب أن يقوم الرئيس بإخطار جهة معينة بالعجز، لذلك من الممكن أن نتجه مع ما اتجه إليه هذا الرأي إذا كان إخطار المرض يكون من حق رئيس الدولة وجهات أخرى، وذلك خشية من أن يُقصر رئيس الدولة وأن لا يبلغ عن مرضه، وهذا ما نلمسه في دستور الولايات المتحدة الأمريكية³ عند معالجته لهذا النوع من الخلو حيث أن الإعلان عن المرض "العجز المؤقت" يكون عن طريق الرئيس نفسه أو عن طريق نائبه، أي أنه أوكل مهمة الإعلان عن العجز إلى الرئيس نفسه "الجهة الأصلية" عن طريق إعلان مكتوب يقدمه إلى الرئيس الاحتياطي لمجلس الشيوخ ورئيس مجلس النواب ولا تنتهي حالة العجز إلا بالطريقة نفسها وعلى الجهة نفسها - أي أن الإعلان الأول يتضمن عدم قدرته والإعلان الثاني يتضمن انتهاء حالة العجز - وأضاف جهة أخرى تسمى "الجهة الاستثنائية" والتي تتمثل في نائب الرئيس،

¹ راجع: المادة (28) من الدستور الأردني لعام 1952 المعدل لعام 2016.

² اتجه الدستور الدنماركي لعام 1953 نفس هذا الاتجاه فنص في الجزء الثاني الفقرة التاسعة من الدستور على أنه "... وبالنسبة للأحكام المتعلقة بممارسة السلطة السيادية في حال قصور السن القانونية، أو المرض، أو غياب الملك، فإنه ينبغي وضعها بموجب قانون (أي بموجب قانون مكمل)"، واتجه أيضاً الدستور النرويجي لعام 1814 المعدل لعام 2016 في المادة (41) ونص على "إذا كان الملك غائبا عن المملكة وما لم يكن قائداً في الميدان، أو إذا كان مريضاً لدرجة أنه لم يعد قادراً على تصريف شؤون الحكومة..."، وكما أن المادة (29) من دستور دولة تشيلي لعام 1980 المعدل لعام 2014 نصت على أنه "إذا تعذر على رئيس الجمهورية، بسبب عائق مؤقت، إما بداعي المرض أو السفر أو أي ظروف أخرى قاهرة، أن يضطلع بواجباته الرئاسية، ينوب عنه..."

للمزيد عن القوانين المكملة راجع بحثنا: رقابة المحكمة الدستورية على القوانين الأساسية، مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات القانونية، المجلد 2، العدد 3، 2021، ص 36.

³ وهناك بعض الدساتير التي نحت على ما نرى به دستور الولايات المتحدة الأمريكية بشأن هذه المسألة كدستور بولندا لعام 1997 المعدل لعام 2009 في المادة (131) والتي نصت على أنه "إذا أصبح رئيس الجمهورية غير قادر مؤقتاً على أداء واجبات منصبه، فعليه إبلاغ مارشال مجلس النواب بهذه الحقيقة، الذي بدوره يتولى مؤقتاً مهام رئيس الجمهورية بالإنيابة. وإذا كان رئيس الجمهورية في وضع لا يمكنه من إبلاغ مارشال رئاسة مجلس النواب عن عجزه عن أداء واجبات منصبه، فإنه على المحكمة الدستورية، بناءً على طلب مارشال مجلس النواب، تحديد ما إذا كان أو لم يكن هناك أي عائق يحول دون تمكن الرئيس من ممارسة مهام منصب رئيس الجمهورية. وإذا تبين للمحكمة الدستورية أن الأمر كذلك، فإن عليها أن تطلب من المارشال مجلس النواب القيام مؤقتاً بواجبات رئيس الجمهورية بالإنيابة."

إلا أنه قيد سلطة النائب بأن يشترك معه في هذا الإعلان إحدى هيئتين هي إما أغلبية الوزراء أو أغلبية هيئة رسمية يعينها القانون الاتحادي مثل عدد من الأطباء وعلماء النفس وغيرهم وذلك بإعلان الرئيس الاحتياطي لمجلس الشيوخ ورئيس مجلس النواب، وفي هذه الحالة يمارس نائب الرئيس مهام الرئيس حتى تزول حالة العجز بطلب يقدمه الرئيس نفسه كما وضحنا سلفاً¹.

إن الناظر إلى تنظيم الدساتير المقارنة لحالة العجز المؤقت يرى بضرورة أن تُشمل هذه الحالة بمجموعة من الإجراءات لخطورتها حيث أن التنظيم الضمني لحال العجز المؤقت يثير العديد من الاشكالات²، ومن وجهة نظر الباحث فإنه لرسم تقنية دستورية محكمة قدر الإمكان تخص العجز المؤقت يجب التركيز على كل من (الجهة المختصة بالإخطار عن مرض الرئيس، وجهة أخرى تثبت من حقيقة هذا المانع بكل الوسائل الملائمة ومن ثم تقترح على جهة أخرى للتصريح بثبوت هذا المانع، ومن ثم تقوم هذه الجهة التي أقترح عليها بإثبات هذا المانع والإعلان عنه، إضافة إلى تحديد سقف زمني ليس فقط لحالة المرض بل لجميع حالات خلو منصب الرئاسة بشكل مؤقت).

وتأسيساً لما سبق نقترح على المشرع الفلسطيني عند تنظيمه لحالة العجز المؤقت "المرض" كأحد حالات الخلو المؤقت أن يراعي ما يلي: "... وعند العجز المؤقت "المرض" فعلى رئيس الدولة أن يرسل بياناً مكتوباً إلى المحكمة الدستورية يتضمن فيه عدم قدرته على مباشرة مهام منصبه، وإذا لم يكن قادراً على ذلك فللمحكومة أن تخطر المحكمة الدستورية بذلك، وللمحكمة الدستورية أن تثبت من حقيقة هذا العجز "المرض" بكل الوسائل الملائمة، ومن ثم تقترح المحكمة الدستورية بأغلبية ثلثي أعضائها على المجلس التشريعي التصريح بثبوت هذا العجز، يعلن المجلس التشريعي بأغلبية ثلثي الأعضاء على الأقل بثبوت العجز لرئيس الدولة، ولا تنتهي حالة العجز إلا بإرسال كتاب إلى المحكمة الدستورية يؤكد فيه على قدرته الصحية لتولي مهام منصبه وتبت المحكمة الدستورية فيه بنفس الأغلبية التي قررت فيها العجز وذلك بكافة الوسائل الملائمة وفي حال استمرار العجز أكثر من 45 يوم يعلن الخلو بالاستقالة وجوباً...".

المطلب الثاني: اتهام رئيس الدولة وغيابه

يعتبر اتهام رئيس الدولة وغيابه (بالمفهوم الضيق) من أبرز حالات خلو منصب رئاسة الدولة مؤقتاً، وقد تباينت الأنظمة الدستورية بشأن هذا التنظيم، وفي هذا المطلب سنتطرق إليهما وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: اتهام رئيس الدولة

يحتاج أي مجتمع إلى وجود سلطة وأساس تنظم أمره، وتدير شؤونه وتسيطر على مختلف أوجه النشاطات التي يمارسها أفرادها، فما لا أساس له فهو مهدوم، والسلطة ليست امتيازاً شخصياً لفرد في الجماعة وإنما الدولة هي مستودع

¹ علي حسين علي التميمي، خلو منصب رئيس الدولة دراسة تحليلية مقارنة في الأنظمة الدستورية العراقية والمصرية والنظام الدستوري الأمريكي، منشأة دار المعارف، الإسكندرية، ط1، 2019، ص238 و239، وقد تم تطبيق التعديل الخامس والعشرون للدستور الأمريكي وخاصة الفقرة الثالثة "القسم الثالث" من التعديل الخامس والعشرين" في حالة قام الرئيس رونالد ريغان بإجراء عملية جراحية في 1985 وكذلك عندما خضع الرئيس جورج بوش الابن إلى عملية جراحية في عام 2002 حيث قام كل منهما بالإعلان عن عجزه وفقاً للإجراءات التي حددها التعديل المذكور.

حسن مصطفى البحري، الرقابة المتبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية كضمان لتنفيذ القواعد الدستورية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2009، ص400.

² علي يوسف الشكري، العجز الصحي لرئيس الدولة، مرجع سابق، ص48.

السلطة ومستقرها¹، وإن القاعدة الدستورية التي تقرر أن السيادة للشعب وهو مصدر السلطات تقتضي وجوب التفرقة بين السيادة التي ينفرد بها الشعب وبين ممارسة السيادة من قبل الحكام حيث يتعين أن تكون ممارستها دائماً في إطار الحدود المقررة دستورياً وقانونياً، وإلا فالمساءلة هي الجزاء على من لا يلتزم بتلك الحدود²، والحدود الأساسية تتجسد في التزامات أساسية حرص الدستور على تدوينها في صيغة اليمين الدستورية ويتضمن الدستور عادة أحكاماً توضح المسائل الإجرائية لاثام رئيس الدولة³، إلا أننا سوف نتعرض لهذه الإجراءات عند الحديث عن مسؤولية الرئيس المؤقت وسنكتفي هنا بدور الاتهام في إحداث خلو مؤقت لمنصب رئاسة الجمهورية.

يعرف الاتهام بأنه: قرار يصدر عن سلطة الاتهام "وهي مختلفة باختلاف التنظيم الدستوري لها ضد شخص معين متضمنة نسبة جريمة إليه، وبيان ادلتها، والمطالبة بتطبيق نصوص القانون عليه⁴.

وتجدر الإشارة إلى أن المسؤولية معدومة في الأنظمة الملكية فلا يجوز اتهام الرئيس في الأنظمة الملكية جراء أي مخالفة قام بها استناداً إلى قاعدة أن الملك مصون من الخطأ (The king can do no wrong)، وإن عدم المسؤولية هذه لا تقتصر على المسؤولية الجنائية وإنما تمتد إلى المسؤولية السياسية أيضاً استناداً إلى أن ذات الملك مصونة لا تمس⁵، أما في الأنظمة الجمهورية فيعتبر الرئيس مسؤولاً جنائياً في حال ارتكابه إحدى جرائم القانون العام التي ينص عليها القانون الجنائي كالرشوة والسرقة والنصب وخيانة الأمانة وكما تنص بعض الدساتير على مسؤولية الرئيس حال ارتكابه الخيانة العظمى وحيث أنه نظراً لخطورة منصب الرئيس ودقة الأفعال المنسوبة إليه فإن غالبية الدساتير تستلزم توجيه الاتهام إليه عن طريق البرلمان أو أحد مجلسيه محاط بالعديد من الضمانات منعاً للإسراف في استخدامه⁶.

وقد نصت على نظام الاتهام الدستور المصري لعام 2014 وتعديلاته المادة (159) منه على أن "يكون اتهام رئيس الجمهورية بانتهاك أحكام الدستور، أو بالخيانة العظمى، أو أية جريمة أخرى، بناء على طلب موقع من أغلبية أعضاء مجلس النواب على الأقل، ولا يصدر قرار الاتهام إلا بأغلبية ثلثي أعضاء المجلس، وبعد تحقيق يجريه معه النائب العام. وإذا كان به مانع يحل محله أحد مساعديه، وبمجرد صدور هذا القرار، يوقف رئيس الجمهورية عن عمله⁷ ويعتبر ذلك مانعاً مؤقتاً يحول دون مباشرته لاختصاصاته حتى صدور حكم في الدعوى¹.

¹ مروان محمد محروس المدرس، مسؤولية رئيس الدولة في النظام الرئاسي والفقه الإسلامي، دار الاعلام، الأردن، ط1، 2002، ص9.

² ميثم حنظل شريف و انتصار حسن عبدالله، اتهام ومحكمة رئيس وأعضاء السلطة التنفيذية، مجلة العلوم القانونية، العدد الخاص الثاني، 2017، ص246.

³ رافع خضر شير، إجراءات اتهام ومحكمة رئيس الدولة في الدساتير ذات نظام المجلس التشريعي الواحد، مجلة التشريع والقضاء، السنة الرابعة، العدد الثالث، 2012، ص16.

⁴ محمد عماد شحادة صيام، المسؤولية الجنائية لرئيس الدولة في التشريع الفلسطيني، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، 2017، ص90.

⁵ سعيد بوالشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية الجزء الثاني، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط4، بدون تاريخ نشر، ص42.

⁶ عمر حلي فهي، القانون الدستوري المقارن، دار نصر للطباعة الحديثة، مصر، بدون طبعة، 2021، ص182.

⁷ وهذا ما اجه إليه قلة من الدساتير المقارنة كدستور النمسا لعام 1920 والذي اعيد تفعيله 1945 والمعدل لعام 2013 حيث نصت المادة (60) الفقرة السادسة منه على أنه "يمكن توجيه الاتهام إلى الرئيس الاتحادي، قبل انتهاء فترة ولايته، إلا عن طريق الاستفتاء الشعبي. ويمكن إجراء الاستفتاء الشعبي إذا طلبت الجمعية الاتحادية ذلك. ويتولى المستشار الاتحادي دعوة الجمعية الاتحادية للانعقاد لهذا الغرض إذا أقر المجلس الوطني هذا الاقتراح. ويتطلب تصويت المجلس الوطني حضور ما لا يقل عن نصف أعضائه وموافقة بأغلبية ثلثي الأصوات المدلى بها. وبموجب مثل هذا التصويت من جانب المجلس الوطني، يتم منع الرئيس الاتحادي من ممارسة المزيد من أعمال منصبه..."، وبربطها بالمادة (64) من نفس الدستور والتي تنص على أنه "...إذا تم منع الرئيس الاتحادي بموجب المادة 60 الفقرة 6 من مزاولة مهام منصبه، فإن الرئيس والرئيس الثاني والرئيس الثالث في المجلس الوطني يتولون كلجنة مسؤوليات الرئيس الاتحادي..."

وبالتالي نجد أن الدستور المصري قد جعل الاتهام أحد الحالات المؤقتة لخلو منصب رئيس الدولة وهذا اتجاه محمود للدستور المصري، على عكس باقي الدساتير التي أقرت الاتهام لكن لم تجعله أحد حالات الخلو المؤقت عند توجيهه، فنجد أن المادة الثانية من دستور الولايات المتحدة 1789 في الفقرة الرابعة والأخيرة منها "يعزل الرئيس ونائب الرئيس... إذا وجه إليهم اتهام نيابي..."²، والمادة (61/6) من الدستور العراقي لعام 2005 التي تنص على أن "مسألة رئيس الجمهورية بناء على طلب مسبب بالأغلبية المطلقة لعدد أعضاء مجلس النواب..."³.

وهذا يعني أن منصب رئيس الدولة لا يخلو ويستمر بممارسة صلاحياته الدستورية أثناء مرحلة الاتهام والمحاكمة، ويرى البعض من الفقه أن المشرع الدستوري باتباعه هذا النهج يتفق مع قرينة البراءة - المتهم بريء حتى تثبت ادانته في محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه - مستنداً في ذلك على مبدأ المساواة، فالفلسطينيون جميعهم ومنهم الرئيس سواء أمام القانون والقضاء ولا تمييز بينهم بسبب أي شأن، إلا أن الباحث لا يتفق مع ما اتجه إليه الشكري ويتفق مع ما اتجه إليه التميمي وذلك لأنه من الممكن أن يتأثر رئيس الدولة عند توجيه الاتهام له مما يؤثر على سير المؤسسات الدستورية إضافة إلى أنه قد يؤثر على استقلالية السلطة القضائية التي ستقوم بمحاكمته خاصة في الدول التي تكون جهة المحاكمة جهة قضائية وهو أمر متوقع خاصة في الدولة التي لا تحترم الديمقراطية، وكان الأوفق أن يخرج المشرع الدستوري عن مبدأ المساواة ورداء البراءة كما خرج عندما وضع أنظمة خاصة للاتهام والمحاكمة لرئيس الدولة في التشريعات المقارنة.⁴

وينثار التساؤل عن موقف التشريعات الفلسطينية من هذا المانع؛ أي هل اخذت بالاتهام كأحد الحالات المؤقتة لخلو منصب رئيس الدولة؟

إن الناظر إلى المشرع الفلسطيني خاصة القانون الأساسي الفلسطيني يجده لم ينص صراحة على الجرائم التي يمكن أن تحرك المسؤولية الجنائية لرئيس الدولة⁵، إلا أن الباحث وبالرجوع إلى نص المادة (37) من القانون الأساسي الفلسطيني خاصة الفقرة الثالثة منه نجدها تنص على شغور منصب رئيس الدولة بفقدان الأهلية القانونية والتي تضم كل من الأهلية المدنية والأهلية السياسية على الأخص وهو ما سنتحدث عنه بشكل مفصل لاحقاً، وحيث أن

ولقد حذا دستور كولومبيا لعام 1991 المعدل لعام 2015 في المادة (194) هذا المنحى فنص على أنه "يحدث خلو المنصب بشكل مؤقت بعد منحه إجازة وفي حالة المرض، طبقاً للمادة السابقة، وتعلق ممارسة الرئيس لمسؤولياته بأمر من مجلس الشيوخ أو باعتراف علي مسبق من قبل الرئيس بتهمة في الحالات التي تنص عليها المادة 175، الفقرة 1".

¹ وقد ذهب في هذا الاتجاه أيضاً دستور مصر لعام 1971 الملغي في نص المادة (85) حيث نص على: "يكون اتهام رئيس الجمهورية... ويقف رئيس الجمهورية عن عمله بمجرد صدور قرار الاتهام ويتولى..."

وقد أطلق البعض على النتيجة المترتبة على هذا الإيقاف مصطلح سحب اليد وهو بدوره يختلف عن مصطلحات أخرى كالإقالة أو العزل. للمزيد راجع: طلال المختار، سحب اليد وأثاره على المركز القانوني للموظف، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مديرية تربية محافظة ديالى، المجلد 4، العدد 1، 2015، ص 4.

² راجع المادة (4/2) من دستور الولايات المتحدة لعام 1787، ويذكر أنه لم يصدر قرار باتهام الرئيس جنائياً في الولايات المتحدة الأمريكية إلا في حالات محدودة جداً كانت ضد الرئيس (اندرو جونسون) سنة 1868 والرئيس (جون تايلر) سنة 1842 و 1843 والرئيس نيكسون سنة 1974 والرئيس (هوفر) سنة 1932، راجع في ذلك زين بدر الدين فراج، مرجع سابق، ص 113، هامش 3

³ راجع المادة (61) من الدستور العراقي لعام 2005.

⁴ علي حسين التميمي، خلو منصب رئيس الدولة دراسة تحليلية مقارنة في الأنظمة العراقية والمصرية والنظام الدستوري الأمريكي، مرجع سابق، ص 102 و 103.

⁵ محمد عماد شحادة صيام، مرجع سابق، ص 97.

الأهلية السياسية تعني وجوب عدم فقدان أي شرط من شروط الترشح لرئاسة الجمهورية المنصوص عليها في القرار بقانون لعام 2007 وتعديلاته بشأن تنظيم الانتخابات في المواد (36) و(37) والذي يتحدث عن أهلية الترشح لمنصب الرئاسة خاصة (3/37) والتي تنص على أنه يحرم من حق الترشح لمنصب الرئيس كل من... ومن كان محكوماً حكماً نهائياً صادراً عن محكمة مختصة في جنائية أو جنحة مخلة بالشرف والأمانة. ومن المعلوم أن الأهلية السياسية هي من ضمن الشروط المستمرة، وبالتالي إذا ما قام الرئيس بجنائية أو جنحة مخلة بالشرف والأمانة فإنها تستوجب قيام المسؤولية الجنائية وبالتالي فقدان الأهلية القانونية التي نص عليها القانون الأساسي الفلسطيني في المادة (37)، وفي سياق متصل نجد أن القانون الأساسي الفلسطيني قد اخذ بالمسؤولية الجنائية لرئيس الدولة وذلك بشكل ضمني (ظاهري) عند ربط هذا النص مع النص الذي يتحدث عن شروط الترشح لمنصب الرئاسة في القرار بقانون، لكن وجدنا أن هذه المسألة خالية من أي إجراء يتعلق بالاتهام فقد نظمها المشرع الدستوري هنا عن طريق دعوى يفصل بها بقرار من قبل المحكمة الدستورية وتصديق المجلس التشريعي.

إلا أننا وجدنا المسودة الثالثة لدستور فلسطين قد نصت في المادة (90) على " اتهام رئيس الدولة بالخيانة العظمى أو بخرق الدستور أو بارتكاب جريمة يكون بناءً على اقتراح مقدم من ثلث أعضاء المجلس النيابي، ولا يصدر قرار الاتهام إلا إذا وافقت عليه أغلبية ثلثي مجموع أعضاء المجلس النيابي، فور صدور الاتهام يتوقف الرئيس عن ممارسة مهامه، وتتم محاكمته أمام المحكمة الدستورية"، وعلى الرغم من التوجه المحمود لهذا التنظيم، وعلى الرغم من اعتبار الاتهام يوقف رئيس الجمهورية عن أداء عمله إلا أنه لم ينص بشكل صريح سواء في المادة نفسها أو المادة المتعلقة بالشغور (119)¹ على اعتبار مثل هذه الحالة من قبيل المانع المؤقت²، فالملاحظ على المادة (119) اعتبرت أنه إذا ما قرر المجلس النيابي اتهام رئيس الدولة ومن ثم وقفه عن العمل وفقاً لنص المادة (90) من هذه المسودة فيعتبر ذلك من قبيل الخلو الدائم، وما يؤكد ذلك أن المادة استتبعته الخلو بإجراء عملية انتخابية خلال 60 يوم على الرغم من أن المادة (90) من المسودة والتي تنظم اتهام الرئيس قد تحتل نتائج بعد توقف رئيس الدولة عن ممارسة مهامه وهما: إما العزل وإما البراءة، وبالتالي يستمر رئيس الدولة في أداء مهامه بعد صدور الحكم، فكان الأولى على مسودة الدستور أن تعتبر وقف رئيس الدولة عن أداء مهامه عند اتهامه من قبيل الموانع المؤقتة لا الدائمة لأنه قد ينجم عنها براءته ومن ثم استمرارية عمله في منصبه، أو كان على اللجنة التأسيسية التي وضعت المسودة أن تستبدل عبارة إذا ما قرر المجلس النيابي اتهامه بعبارة (...أو إذا ما صدر حكم بإعفائه وفقاً لأحكام المادة (90)، وذلك من أجل أن تسقيم الصياغة).

¹ تنص المادة (119) على أنه: "إذا شُغِرَ مركز الرئيس، أو قرر المجلس النيابي اتهامه وفقاً للمادة (90) من الدستور، يتولى رئيس المجلس النيابي رئاسة الدولة مؤقتاً لمدة لا تزيد عن ستين يوماً، تجري خلالها الانتخابات للرئاسة وفقاً لقانون الانتخاب. وإذا رغب رئيس المجلس النيابي في ترشيح نفسه، أو حال دون توليه الرئاسة مانع قانوني، يتولى رئيس المحكمة الدستورية رئاسة الدولة مؤقتاً لحين إتمام إجراءات انتخاب الرئيس. وليس لرئيس المحكمة، في هذه الحالة، أن يرشح نفسه للرئاسة"، راجع ناثن براون، مرجع سابق، ص 39.

² وهذا ما تم الاتجاه إليه في التشريع الدستوري الاندونيسي لعام 1945 والذي أعيد تفعيله 1959 والمعدل لعام 2002 - ولا نؤيده في ذلك - حيث اعتبرت المادة (8) منه الاتهام كأحد حالات الخلو الدائم وليس المؤقت وهو ما يتناقض مع نتيجة البراءة التي قد يتم التوصل إليها فنصت على أنه "حالة وفاة رئيس الجمهورية، أو استقالته، أو توجيه الاتهام إليه، أو تعذر قيامه بواجباته خلال فترة ولايته/ولايتها، يحل محله نائب رئيس الجمهورية لحين انتهاء فترة الولاية".

إلا أن البعض قد يرى أن مسودة الدستور قد تعمدت وضع الاتهام كأحد حالات الخلو الدائم خاصة إذا لم يحدد المشرع مدة معينة لهذه المحاكمة حتى أنه من الممكن أن تستغرق مدة المحاكمة المدة الرئاسية المقررة دستورياً وبالتالي تتناقض هذه المدة التي قد تطول مع طبيعة الخلو التأقيتي، لذلك كان لزاماً وضع هذا النوع مع أحد حالات الخلو الدائم، إلا أنه من وجهة نظرنا وعلى الرغم من ملامسة هذا الرأي للصواب إلا أن المشرع لو كان مقصده كذلك لوضع مدة محددة للمحاكمة في المادة (90) التي تنظم عملية الاتهام والمحاكمة وليس أعمال الاتهام كأحد حالات الخلو الدائم فما الحال لو أن اتهم الرئيس ومحاكمته تمت خلال مدة قصيرة وتم إثبات براءته؟ إذن من الذي سيتولى مهام الرئاسة خلال الوقف في حال عدم التنظيم لحالات الخلو المؤقت إضافة إلى أن المادة (119) التي ذكرت الاتهام كأحد حالات الخلو الدائم لا تستقيم ونتيجة البراءة التي قد تتوصل المحكمة إليها، لذلك من وجهة نظرنا يجب إرجاع الأصل إلى أصله، وإذا ما وجد نقص يجب إكماله في موضعه وليس في موضع آخر.

ونجد من قانون مكافحة الفساد رقم (1) لسنة 2005 وتعديلاته في المادة (2/12) منه قد أوجبت وقف الرئيس عن مهام منصبه بمجرد توجيه الاتهام له أو لحين انتهاء محاكمته، ومن ثم أولت رئيس المجلس التشريعي مهام منصبه....، والملاحظ على هذا النص أنه قد اعتبر أن الاتهام يوقف الرئيس عن أداء عمله ويتولى الرئيس المؤقت مهام منصبه إلى حين الفصل في الدعوى على الرغم من أن القانون الأساسي لم يتحدث إلا عن حالات الخلو الدائم، وبالتالي إن قانون مكافحة الفساد قد أضاف حكم من شأنه أن نشكك بعدم دستوريته حيث أن قمة التشريعات لم تأخذ بالاتهام كأحد حالات الخلو المؤقت وحصرتها بالخلو الدائم.

وبالتالي نتفق مع ما اتجهت إليه المسودة الثالثة لدستور فلسطين بوقف رئيس الدولة عن أداء مهامه لكن نقترح باعتبار ذلك مانعاً مؤقتاً مستقلاً يتولى الرئيس المؤقت زمام الرئاسة عند حدوثه وذلك كما اتجه إليه الدستور المصري الحالي لعام 2014 وتعديلاته كما بينا.

الفرع الثاني: غياب رئيس الدولة

إن الغياب يتم متى أراد الرئيس أن يتوجه إلى بلد اجنبي أو إذا اعتزم الملك مغادرة البلاد، أو إذا ما سافر إلى الخارج، أو إذا ما غادر الرئيس أرض الوطن أو تركها¹، لذلك فإن حالة غياب الرئيس أو سفره إلى الخارج تعد مانعاً مؤقتاً²، وقد عالجت بعض الدساتير حالة التغيب عن خارج البلاد لرئيس الدولة، وخاصة بعض الأنظمة الملكية، حيث أشارت إلى حالة التغيب صراحة، ومن هذه الدساتير هي الدستور الأردني لعام 1952 وتعديلاته في المادة (28/ط) حيث نصت على "إذا اعتزم الملك مغادرة البلاد فيعين قبل مغادرته بإرادة ملكية نائباً أو هيئة نيابة لممارسة صلاحياته مدة غيابه وعلى النائب أو هيئة النيابة أن تراعي أية شروط قد تشتمل عليها تلك الإرادة وإذا امتد غياب الملك أكثر من أربعة أشهر ولم يكن مجلس الأمة مجتمعاً يدعى حالاً إلى الاجتماع لينظر في الأمر"³.

¹ زين بدر الدين فراخ، مرجع سابق، ص 52.

² مازن ليلو راضي وعلي مجيد العكيلي، حالات تولية رئيس الدولة المؤقت، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 4، العدد 2، 2019، ص 2009.

³ راجع المادة (28) من الدستور الأردني لعام 1952 المعدل لعام 2016، ولقد نعى دستور غانا لعام 1992 المعدل لعام 1996 في المادة (60) الفقرة الثامنة منه منحه الدستور الأردني باعتبار الغياب (بالمفهوم الضيق) أحد حالات الخلو المؤقت فنصت على أنه "...في حال تغيب الرئيس عن غانا أو لم يتمكن من أداء مهام منصبه لأي سبب آخر، يتولى نائب الرئيس القيام بمهام رئيس الجمهورية حتى عودة هذا الأخير، أو حتى يصبح بإمكانه معاودة مهامه".

يلاحظ أن الدستور الأردني في المادة (28/ط) قد حدد مدة الغياب بسقف زمني وهذا ما يسمى من وجهة نظر الباحث بالتحديد التشريعي للسقف الزمني للغياب¹، وبالتالي إن رئيس الدولة ملزم بالتغيب لفترة محدودة وإلا يتطلب ذلك دعوة مجلس الأمة للاجتماع حالاً لمناقشة الموضوع، ويُفهم أيضاً أن الغياب لا يتحقق إلا إذا كان الملك متوجهاً خارج البلاد²، حيث أن الغياب عن مقر الحكم لا يؤدي إلى تطبيق أحكام الخلو المؤقت عليها ذلك أن القيام بالمهام الدستورية المكلف بها تستدعي أن يكون في اغلب الأوقات خارج مقر الحكم³، للقيام بالأعمال الميدانية الداخلة ضمن اختصاصاته الدستورية أو القيام بمهام الرقابة والإشراف على أعمال الوزارات وخصوصاً التي تتطلب متابعة ميدانية، حيث إن غياب الرئيس عن مقر الحكم وظيفة أساسية وملحة لضمان إنجاز الأعمال⁴، وكما أن تطور المواصلات جعل الرئيس يذهب ويعود إلى أقصى البلاد بنفس الوقت.

مع العلم أنه قد يكون نوع آخر لتحديد السقف الزمني للغياب والذي يسمى من جانبنا بالتحديد الاتفاق للسقف الزمني والذي أخذ به دستور دولة البيرو لعام 1993 والمعدل لعام 2009 في المادة (115) على أنه "عند مغادرة رئيس الجمهورية التراب الوطني، يتولى مهام منصبه النائب الأول للرئيس، وفي حال غيابه النائب الثاني للرئيس"، وبربط هذه المادة بالمادة (113) الفقرة الرابعة من نفس الدستور والتي تنص على "يشغر منصب رئيس الجمهورية للأسباب التالية: مغادرته البلاد دون إذن من الكونغرس⁵ أو عدم عودته ضمن المدة المتفق عليها"، من ذلك يتضح للباحث أن الغياب أو مغادرة البلاد تكوّد بإذن من قبل الكونغرس وتكون بسقف زمني محدد وإلا تحول ذلك إلى خلو دائم.

وأشار الدستور السعودي لعام 1992 على ذلك حيث قال: "يصدر الملك في حالة سفره إلى خارج المملكة أمراً ملكياً بإنبابة ولي العهد في إدارة شؤون الدولة ورعاية مصالح الشعب، وذلك على الوجه المبين بالأمر الملكي"⁶، إلا أن ما يؤخذ على هذه المادة أنها حصرت الخلو المؤقت بسفر الملك إلى خارج المملكة.

والتساؤل الذي يُطرح: هل تعد إجازة رئيس الدولة – غير الاجازات المرضية – من العمل مانعاً مؤقتاً لمنصب الرئيس وبالتالي يمكن لرئيس الدولة المؤقت أن يمارس مهامه؟

¹ وهو ما اتجه إليه أيضاً دستور اليونان لعام 1975 وتعديلاته حيث وضع سقف زمني لغياب رئيس الدولة تقدر بعشر أيام، حيث نصت المادة (1/34) على أن:

Should the President of the Republic be absent abroad for more than ten days, or be deceased or resign or be removed from office or be incapable on any ground for the discharge of his duties, he shall be temporarily replaced by the Speaker of the Parliament; or if there is no Parliament, by the Speaker of the preceding Parliament and, should the latter refuse or not exist, by the Cabinet collectively.

² علي مجيد العكيلي، النظام القانوني لرئيس الدولة المؤقت، مرجع سابق، ص 68.

³ تجدر الإشارة إلى أن هناك بعضاً من الأنظمة الدستورية كالنظام الدستوري السويدي والنظام الدستوري النرويجي قد أشارا إلى حالة الغياب المؤقت عن مقر الحكم، راجع: زين بدر الدين فراج، مرجع سابق، ص 50 و 52.

⁴ علي حسين علي التميمي، خلو منصب رئيس الدولة دراسة تحليلية مقارنة في الأنظمة الدستورية العراقية والمصرية والنظام الدستوري الأمريكي، مرجع سابق، ص 166 و 167.

⁵ هناك بعض الدساتير التي نحت منعي هذا الدستور باشتراط اتخاذ موافقة البرلمان لمغادرة البلاد كالنظام الدستوري البرتغالي لعام 1976 المعدل لعام 2005 في المادة (129) والتي نصت على أنه "لا يجوز لرئيس الجمهورية أن يغادر الأراضي البرتغالية إلا بعد موافقة الجمعية الوطنية للجمهورية، أو في حال عدم انعقادها، بعد موافقة اللجنة الدائمة... تغنى عن الموافقة في الحالات التي يكون فيها تغيب الرئيس عن البلاد في إطار المرور العابر، أو زيارة غير رسمية لا تستغرق أكثر من خمسة أيام. إلا أنه يجب أن يُخطر الجمعية الوطنية للجمهورية بمثل هذه الحالات مقدماً"، وهذا ما تم النص عليه تماماً في المادة (233) من دستور دولة البارغواي لعام 1992 المعدل لعام 2011.

⁶ راجع: نص المادة (66) من دستور المملكة العربية السعودية لعام 1992.

ذهب البعض الفقه أن رئيس الدولة قد يجد نفسه في حاجة ملحة لإجازة اجبارية، يتخفف فيها من أعباء الحكم¹، وبالتالي نكون أمام خلو مؤقت لمنصب رئيس الدولة بسبب الغياب المؤقت "الإجازة" الذي يحول بين الرئيس وبين مباشرة مهامه الدستورية على الرغم من وجود الرئيس داخل الدولة، ما يؤكد ذلك هو إعلان الرئيس المصري الراحل أنور السادات في ظل دستور 1971 لعدت مرات أثناء توليه الرئاسة أنه في إجازة تامة عن مهام منصبه وأن نائبه هو من يقوم مقامه بأداء مهام منصب رئاسة الدولة²، كذلك الإجازات المتكررة للرئيس جلال طالباني التي يقضيها في داخل العراق وفي إقليم كردستان بالتحديد، وقيام نائبه بممارسة مهامه الرئاسية خلال مدة الإجازة إعمالاً للمادة (75/ ثانياً) التي جاء فيها: "يحل نائب رئيس الجمهورية محل الرئيس عند غيابه"³، ومصادقاً لذلك نجد أن بعض التشريعات الدستورية قد نصت على الإجازات كأحد حالات الخلو المؤقت لمنصب الرئيس كدستور دولة بنين لعام 1990 في المادة (50) الفقرة الرابعة فنصت على أنه "في حال تغيب رئيس الجمهورية عن الأراضي الإقليمية، أو في حال مرضه أو ذهابه في عطلة، يحل محله مؤقتاً عضو من أعضاء الحكومة يقوم هو بتحديد، وفي نطاق السلطات التي يفوضها له"، ودستور كولومبيا لعام 1991 المعدل لعام 2015 في المادة (194) نص على أنه "...يحدث خلو المنصب بشكل مؤقت بعد منحه إجازة وفي حالة المرض...".

ويرى الباحث أنه حتى في ظل عدم النص على الإجازة غير الاعتيادية بشكل صريح بشرط ألا يكون المشرع قد حصر تلك الحالات، فإن المطلق يجري على إطلاقه ما لم يوجد تقييد يقيده وبالتالي يجوز أن نعتبر كل حالة تؤدي إلى خلو منصب رئيس الدولة مؤقتاً إحدى حالات الخلو المؤقت حال عدم الحصر التشريعي.

وخلاصة ذلك وعلى الرغم من أننا قمنا بسرد أهم حالات الخلو المؤقت إلا أن الباحث يتجه مع التشريعات التي لم تحصر الخلو المؤقت وجعلت الصياغة فضفاضة نوعاً ما حتى تستوعب حالات من شأنها ألا تكون بحسبان المشرع، فالحياة السياسية حياة مليئة بالمتغيرات ويجب على المشرع الدستوري أن يكون يقظاً لأي حالة من شأنها أن تؤثر على سير العمل المؤسسي، لذلك نوصي المشرع الفلسطيني بأن يدخل حالات الخلو المؤقت كأحد حالات شغور منصب رئيس الجمهورية وأن يكون هذا التعداد غير حصري مع الأخذ بعين الاعتبار وضع سقف زمني لهذا الخلو بشكل عام⁴.

¹ مصطفى فهمي أبو زيد، النظام الدستوري المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، بدون طبعة، 1984، ص 298.

² علي الباز، مرجع سابق، ص 36، ويرى الباز هنا أنه ليس المقصود بالإجازات تلك الإجازات القصيرة التي يخلد فيها الرؤساء للنوم أو الاستجمام، ص 35.

³ علي حسين التميمي، خلو منصب رئيس الدولة دراسة تحليلية مقارنة في الأنظمة الدستورية العراقية والمصرية والنظام الدستوري الأمريكي، مرجع سابق، ص 170.

⁴ لأن من شأن عدم تحديد سقف زمني لحالات الخلو المؤقت من شأنه أن ينجم عنه العديد من الإشكاليات وقد حدث ذلك فعلاً عندما خلا منصب رئيس رئيس الجمهورية العراقية جلال طالباني بسبب عجزه عن القيام بمهامه الدستورية بسبب سوء حالته الصحية ومن ثم تولى الرئيس المؤقت خضير الخزاعي مهامه استناداً للمادة (75) الفقرة الثانية من دستور العراق لعام 2005 والتي تنظم حالة الخلو المؤقت والتي تنص على أنه "يحل نائب رئيس الجمهورية محل الرئيس عند غيابه" دون أية تحديد سقف لهذا الخلو مما نجم عنه تولى الرئيس المؤقت خضير الخزاعي مهام الرئاسة لمدة طويلة قدرت بربع مدة الولاية الرئاسية المقررة لجلال طالباني.

راجع في ذلك كل من: علي مجيد العكيلي، النظام القانوني لرئيس الدولة المؤقت، مرجع سابق، ص 65، علي حسين التميمي، خلو منصب رئيس الدولة "دراسة تحليلية مقارنة في الأنظمة الدستورية العراقية والمصرية والنظام الدستوري الأمريكي، مرجع سابق، ص 224، محمود النمروطي، رئيس الدولة المؤقت في التشريع الفلسطيني، مرجع سابق، ص 221.

الخاتمة:

بعد ان تناول الباحث في دراسته عن حالات الخلو المؤقت لمنصب رئيس الدولة في التشريع الفلسطيني بالإشارة إلى التشريعات المقارنة فإنه قد توصل إلى مجموعة من النتائج والتوصيات وذلك على النحو التالي:

النتائج:

1. هناك قصور واضح في التنظيم الدستوري الفلسطيني للأحكام الخاصة بحالات خلو منصب الرئاسة حال الخلو المؤقت ومنهم على سبيل المثال لا الحصر المرض أو الاتهام أو غياب رئيس الدولة بالمفهوم الضيق.
2. بعض الدساتير على الرغم من تنظيمها للموانع المؤقتة إلا أن هذا التنظيم كان قاصراً سواء من حيث حصر هذه الموانع أو من حيث عدم انسجام هذه الموانع مع طبيعة هذا الخلو أو من حيث عدم ربط هذا المانع بسقف زمني من شأنه أن يحوله إلى خلو دائم.
3. إن قرينة البراءة والمساواة المنصوص عليها دستورياً والتي ينادي بعض الفقه سريانها على رئيس الدولة أو رئيس الدولة المؤقت عند وقفه عن عمله نتيجة توجيه الاتهام إليه أمر لا يستقيم ومركز الرئيس والذي من شأنه أن يؤثر على استقلالية الجهة المسؤولة عن محاكمته لو استمر في منصبه ولم يتم إيقافه خاصة لو كانت سلطة قضائية للرئيس باعاً في تعيين قضاتها.

التوصيات:

نوصي المشرع الفلسطيني بتعديل القانون الأساسي الفلسطيني بإضافة نص المادة (1/37) مكرر، وتعديل نص المادة (105) من القرار بقانون رقم (1) لسنة 2007 وتعديلاته، وذلك على النحو التالي:

يكون منصب رئيس الدولة شاغراً في الحالات التالية:

- 1- إذا ما قام مانع مؤقت يحول دون مباشرة رئيس الدولة لمهامه، وإذا كان هذا المانع يتمثل بالعجز المؤقت (المرض) فعلى رئيس الدولة أن يرسل بياناً مكتوباً إلى المحكمة الدستورية يتضمن فيه عدم قدرته على مباشرة مهام منصبه، وإذا لم يكن قادراً على ذلك فللحكومة أن تخطر المحكمة الدستورية بذلك وللمحكمة الدستورية أن تثبت من حقيقة هذا المرض بكل الوسائل الملائمة، ومن ثم تقترح المحكمة الدستورية بأغلبية ثلثي أعضائها على المجلس التشريعي التصريح بثبوت هذا المانع.

يعلن المجلس التشريعي بأغلبية ثلثي الأعضاء على الأقل بثبوت العجز لرئيس الدولة ولا تنتهي حالة العجز إلا بإرسال كتاب إلى المحكمة الدستورية يؤكد فيه على قدرته الصحية لتولي مهام منصبه وتبت المحكمة الدستورية فيه بنفس الأغلبية التي قررت فيها العجز وذلك بكافة الوسائل الملائمة.

في حال استمرار العجز أكثر من 45 يوم يعلن الشغور بالاستقالة وجوباً حسب الإجراء المنصوص عليه في الفقرات السابقة.

- إذا كان المجلس التشريعي غير قائم مارست الجمعية العامة للمحكمة الدستورية مهام المجلس التشريعي¹.
- 2- نصي المشرع الدستوري العراقي لعام 2005 بتعديل نص المادة (2/75) والمشرع الدستوري المصري لعام 2014 بتعديل الفقرة الأولى من نص المادة (160) والتي بشأن المانع المؤقت لرئيس الجمهورية وذلك بوضع سقف زمني محدد لهذا المانع وليكن 45 يوم يتحول هذا المانع المؤقت بانتهاء هذه المدة إلى مانع دائم.
- 3- نصي المشرع الدستوري الجزائري لعام 2020 بتعديل نص المادة (1/94) وذلك بحذف عبارة (المزمن والخطير) واقتصاره على لفظة المرض لعدم تناسبها وطبيعة هذا المانع إضافة إلى جعل حالات المانع المؤقت والدائم تُذكر على سبيل المثال لا الحصر.
- 4- نصي المشرع الاندونيسي لعام 1945 وتعديلاته بتعديل نص المادة وذلك بعدم اعتبار الإتهام كأحد حالات الخلو الدائم وذلك لتناقضه مع نتيجة البراءة التي قد يتم التوصل إليها مما يستلزم عودة الرئيس إلى ممارسة مهام منصبه، على أن يشترط أن يكون للإتهام الأثر المانع في ممارسة رئيس الدولة لمهام منصبه عند توجيهه.

قائمة المراجع:

المعاجم والقواميس:

1. إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط "الجزء الأول والثاني"، مجمع اللغة العربية، مصر، ط2، 1960.
2. ابن منظور الأنصاري، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط3، 1414 هـ، ج2.
3. إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط "الجزء الأول"، دار الدعوة، تركيا، ط2، بدون تاريخ نشر.
4. الأسيل القاموس العربي الوسيط، دار الراتب الجامعية، بيروت، ط1، 1997.
5. أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، معجم المصباح المنير، السيد عمر الخشاب، مصر، ط1، 1315 هـ.
6. الفيروزآبادي، تاج العروس، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط8، بدون تاريخ نشر، ج28.
7. المنجد في اللغة والإعلام، دار المشرق، بيروت، ط36، 1997.
8. نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، دار القلم، دمشق، ط1، 2008.
9. جرجس همام الشوبري، معجم الطالب، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، ط2، 1995.
10. معجم القانون، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، مصر، بدون طبعة، 1999.
11. معجم الصحاح، بدون دار ومكان نشر، بدون طبعة وتاريخ نشر.
12. معجم المنجد في اللغة والإعلام، دار المشرق، بيروت، ط36، 1997.
13. محمد الرازي، مختار الصحاح، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، بدون طبعة، بدون تاريخ نشر.

الكتب العامة والمتخصصة:

1. رفعت عيد سيد، النظرية العامة للقانون الدستوري "الكتاب الثاني"، نظام الحكم في دستور 1971، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010.

¹ لم يجد الباحث مخرجاً في هذا الشأن إلا بإسناد مهام المجلس التشريعي عند عدم قيامه إلى الجمعية العامة للمحكمة الدستورية حتى لو توصل الأمر أن المحكمة الدستورية تمارس عدة مهام في هذا الجانب، فقد بحثنا على جهات أخرى لتتولى مهام المجلس التشريعي إذا ما كان غير قائم فلم نجد انسب من الجمعية العامة حتى وإن رتب عليها بعض المثالب، فتتظيمها دستورياً أولى من اهمالها.

2. زين بدر الدين فراج، خلو منصب رئيس الدولة في الأنظمة السياسية المعاصرة، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، 1991.
3. فتحي الوحيددي، التطورات الدستورية في فلسطين مع شرح المبادئ الدستورية العامة "الجزء الأول"، بدون دار نشر، بدون مكان نشر، بدون طبعة، 2004.
4. نائل ماهر شلوط، محاضرات في مساق النظام السياسي والدستوري في فلسطين، ط1، بدون دار نشر، غزة، 2015.
5. سليمان الطماوي، السلطات الثلاثة في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي "دراسة مقارنة"، دار الفكر العربي، بدون مكان نشر، ط4، 1979.
6. سعيد بوالشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية الجزء الثاني، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط4، بدون تاريخ نشر.
7. علي الباز، الرئيس المؤقت وحالات خلو منصب الرئاسة في الأنظمة الدستورية العربية والأجنبية دراسة مقارنة، بدون مكان ودار نشر، ط1، 1988.
8. علي مجيد العكيلي، النظام القانوني لرئيس الدولة المؤقت، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ط1، 2021.
9. عبد الفتاح مراد، موسوعة شرح الدساتير المصرية والمستويات الدستورية الدولية، بدون دار نشر، مصر، ط1، 2012.
10. عمر حلبي فهي، القانون الدستوري المقارن، دار نصر للطباعة الحديثة، مصر، بدون طبعة، 2021.
11. علي حسين علي التميمي، خلو منصب رئيس الدولة دراسة تحليلية مقارنة في الأنظمة الدستورية العراقية والمصرية والنظام الدستوري الأمريكي، منشأة دار المعارف، الإسكندرية، ط1، 2019.
12. علي حسين التميمي، الرئاسة المؤقتة للدولة "دراسة تحليلية مقارنة في الأنظمة الدستورية العراقية والمصرية والنظام الدستوري الأمريكي"، منشأة المعارف، مصر، ط1، 2019.
13. محمد شبير، المبادئ الدستورية العامة وتطبيقاتها في فلسطين وفقاً لأحكام القانون الأساسي المعدل لسنة 2003، دار النهضة العربية، مصر، ط1، 2016.
14. مروان محمد محروس المدرس، مسؤولية رئيس الدولة في النظام الرئاسي والفقهاء الإسلامي، دار الاعلام، الأردن، ط1، 2002.
15. مصطفى فهي أبو زيد، النظام الدستوري المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، بدون طبعة، 1984.

الأطاريح والرسائل:

1. أمينة دلماجي، حالة شغور منصب رئيس الجمهورية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 2010-2011.
2. إكرام بوطالب وخولة هوام، أحكام الشغور الرئاسي في الدساتير الجزائرية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، جامعة العربي التبسي-تبسة-الجزائر - كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2020-2021.
3. إسعادي سيلية و حلموش حنان، شغور منصب رئيس الجمهورية في الدستور الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون - فرع القانون العام، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية - كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم القانون العام، 2019-2020.

4. بلحاج سميرة، المانع الشرعي لرئيس الجمهورية في النظام السياسي الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، الجزائر، بدون تاريخ مناقشة.
5. جمال بلبل، شغور منصب رئيس الدولة في التشريع الفلسطيني، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، كلية الحقوق، قسم القانون العام، 2021.
6. حسن مصطفى البحري، الرقابة المتبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية كضمان لتنفيذ القواعد الدستورية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2009.
7. عبد الرحيم عمار الفاروق يوسف، تنظيم العهدة الرئاسية في الجزائر على ضوء التعديل الدستوري لسنة 2016، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص دولة ومؤسسات، جامعة زيان عاشور الجلفة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2019-2020.
8. عامر سعيد محمود مسلم، شغور مركز رئيس الدولة بفقدان الأهلية القانونية في التشريع الفلسطيني، رسالة لنيل درجة الماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، كلية الشريعة والقانون – قانون عام، 2016.
9. عبد الرحمن سالم منصور ماضي، محاكمة رئيس الدولة عن جرائم الفساد في التشريع الفلسطيني، رسالة لنيل درجة الماجستير، جامعة الأزهر، غزة، 2019.
10. لدرع نبيلة، مجال التشريع ومجال التنظيم في النظام السياسي الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، فرع القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014.
11. محمد أبو مطر، إصلاح النظام السياسي الفلسطيني بين المطالب الداخلية والضعف الخارجية، أطروحة دكتوراه، جامعة محمد الخامس، الرباط، المغرب، 2010.
12. محمود النمروطي، رئيس الدولة المؤقت في التشريع الفلسطيني، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، فلسطين، غزة، 2022.
13. محمد عماد شحادة صيام، المسؤولية الجنائية لرئيس الدولة في التشريع الفلسطيني، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، 2017.

البحوث والدراسات:

1. تركي وليد، الإشكالية الدستورية في تجربة الانتقال الديمقراطي في تونس، مجلة اليزا للبحوث والدراسات المركز الجامعي ايليزي، الجزائر، العدد الأول، 2016.
2. رافع خضر شبر، إجراءات اتهام ومحاكمة رئيس الدولة في الدساتير ذات نظام المجلس التشريعي الواحد، مجلة التشريع والقضاء، السنة الرابعة، العدد الثالث، 2012.
3. صبيحة بيوش، التنظيم الدستوري لنهاية مدة رئيس الجمهورية في التعديل الدستوري 2016، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الثاني عشر، 2018.
4. طلال المختار، سحب اليد وآثاره على المركز القانوني للموظف، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مديرية تربية محافظة ديالى، المجلد 4، العدد 1، 2015.
5. عاصم خليل، دراسات إشكاليات السلطة الدستورية في ضوء الواقع الفلسطيني، مجلة الدراسات الفلسطينية، المجلد 16، العدد 63، 2005.

6. علي يوسف الشكري، العجز الصحي لرئيس الدولة، مجلة الكلية الإسلامية الجامعة، العدد 13، 2010.
7. كردي نبيلة، العهدة الرئاسية، مجلة النبراس للدراسات القانونية، المجلد الثالث، العدد الأول، مارس، 2018.
8. مازن ليلو راضي وعلي مجيد العكيلي، حالات تولية رئيس الدولة المؤقت، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 4، العدد 2، 2019.
9. مزياني حميد، إشكالية شغور منصب رئيس الجمهورية في الجزائر بين النص والتطبيق، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 11، العدد 3 (عدد خاص)، 2020.
10. محمود النمروطي، رقابة المحكمة الدستورية على القوانين الأساسية، مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات القانونية، المجلد 2، العدد 3، 2021.
11. ميثم حنظل شريف و انتصار حسن عبدالله، اتهام ومحاكمة رئيس وأعضاء السلطة التنفيذية، مجلة العلوم القانونية، العدد الخاص الثاني، 2017.
12. نواره تريعة، حالة شغور منصب رأس الجمهورية في الدستورين الجزائري والتونسي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 53، العدد 4.

الدساتير:

1. القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام 2003 وتعديلاته.
2. الدستور التونسي لعام 2014.
3. الدستور التونسي لعام 2022.
4. الدستور الجزائري لعام 2020.
5. الدستور الجزائري لعام 2016.
6. الدستور الجزائري لعام 1996 المعدل عام 2008.
7. الدستور التركي لعام 1982 المعدل لعام 2017.
8. الدستور المصري لعام 2014 وتعديلاته.
9. الدستور المصري لعام 1971.
10. الدستور الإماراتي لعام 1971 وتعديلاته.
11. والدستور الإيطالي لعام 1947 المعدل لعام 2012.
12. والدستور البرازيلي لعام 1988 المعدل لعام 2015.
13. والدستور الكوستاريكي 1949 المعدل لعام 2011.
14. والدستور المنغولي لعام 1992 المعدل لعام 2001.
15. والدستور الهندوراسي لعام 1982 المعدل لعام 2013.
16. الدستور الإيراني لعام 1979 المعدل لعام 1989.
17. دستور دولة الأكوادور لعام 2008 المعدل لعام 2015.
18. الدستور البوليفي لعام 2009.

19. والدستور الفنزويلي 1999 المعدل لعام 2009.
20. الدستور الليبي لعام 2016.
21. الدستور الهندي لعام 1949 المعدل لعام 2016.
22. الدستور الأردني لعام 1952 المعدل لعام 2016.
23. الدستور الدنماركي لعام 1953.
24. الدستور النرويجي لعام 1814 المعدل لعام 2016.
25. دستور دولة تشيلي لعام 1980 المعدل لعام 2014.
26. كدستور بولندا لعام 1997 المعدل لعام 2009.
27. كدستور النمسا لعام 1920 والذي اعيد تفعيله 1945 والمعدل لعام 2013.
28. دستور كولومبيا لعام 1991 المعدل لعام 2015.
29. دستور الولايات المتحدة لعام 1787.
30. الدستور العراقي لعام 2005.
31. الدستورى الاندونيسى لعام 1945 والذي اعيد تفعيله 1959 والمعدل لعام 2002.
32. دستور غانا لعام 1992 المعدل لعام 1996.
33. دستور اليونان لعام 1975 وتعديلاته.
34. الدستور البرتغالي لعام 1976 المعدل لعام 2005.
35. دستور دولة البارغواي لعام 1992 المعدل لعام 2011.
36. دستور المملكة العربية السعودية لعام 1992.

المواقع الالكترونية:

راجع معجم المعاني الجامع على الرابط الالكتروني: <https://2u.pw/QxCEK> تاريخ الزيارة 2022/10/30، يوم الأحد

الساعة 9:54 صباحاً.

الرقابة الإدارية الخارجية كآلية لإصلاح المؤسسة العمومية الاقتصادية في الجزائر

External administrative control as a mechanism

for reforming the public economic institution in Algeria

بن دعاس سهام

جامعة محمد لمين دباغين سطيف 2

s.bendaas@univ-setif2.dz

تاريخ القبول: 25-05-2024

بن عثمان صلاح الدين*

جامعة محمد لمين دباغين سطيف 2

مخبر تطبيقات التكنولوجيات الحديثة على القانون

sa.benothmane@univ-setif2.dz

تاريخ الإيداع: 25-07-2023

ملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى بيان دور الرقابة الإدارية الخارجية المفروضة على المؤسسة العمومية الاقتصادية في الجزائر، ومدى مساهمة هذه الآلية في إصلاحها، وقد تم التوصل إلى أن لها دور بارز في تطويرها والقيام بمهامها، للإقلاع بالنشاط الاقتصادي الوطني ومواكبة التطورات المعاصرة للاقتصاد العالمي، وبالتالي تحقيق التنمية المستدامة بكافة مستوياتها الاجتماعية، الاقتصادية والبيئية. وذلك باعتبار أن المؤسسة العمومية الاقتصادية منح لها المشرع استقلالية في معاملاتها التجارية، وموازية لذلك فرض عليها رقابة إدارية خارجية تقوم بها السلطة الوصية، مدعما بذلك الرقابة الداخلية من أجل الحفاظ على المال العام.

الكلمات المفتاحية: الرقابة: الرقابة الإدارية الخارجية: الإصلاح: المؤسسة العمومية الاقتصادية: التنمية.

Abstract:

This study aims to demonstrate the role of external administrative control imposed on the economic public institution in Algeria, and the extent of the contribution of this mechanism in reforming it. It has been concluded that it has a prominent role in its development and carrying out its tasks. To take off with the national economic activity and keep abreast of contemporary developments, therefore achieve sustainable development at all social, economic and environmental levels. Considering that the economic public institution has been granted by the legislator independence in its commercial transactions, and in parallel to that imposed on it external administrative control carried out by the guardian authority, supported by that internal control in order to preserve public money.

Keywords : control; external administrative control; reform; public economic institution; development.

* المؤلف المراسل.



مقدمة:

عرف مفهوم المؤسسة العمومية الاقتصادية تذبذبا كبيرا في الجزائر وذلك نتيجة اختلاف القوانين المنظمة لهذه الأخيرة، والتي تحكمت فيها ظروف سياسية واقتصادية مرت بها البلاد، إلى حين صدور الأمر رقم 04-01 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وسيرها ومراقبتها وخصوصتها، والذي عرفها بموجب المادة الثانية منه بأنها شركات تجارية تحوز فيها الدولة أو أي شخص معنوي آخر خاضع للقانون العام أغلبية رأسمال الاجتماعي مباشرة أو غير مباشرة، وهي تخضع للقانون العام.

حيث خضعت المؤسسة العمومية الاقتصادية ومنذ الاستقلال إلى جملة من الإصلاحات وهذا ما يعكس أهميتها في الاقتصاد الوطني، وانتعاش ميزانية الدولة بما يضمن تنمية فعالة في جوانب مختلفة اقتصادية، اجتماعية، بيئية وحتى تكنولوجية، لذلك كان لا بد من إصلاحها بما يتماشى مع التطور الحاصل سواء على الصعيد المحلي أو الإقليمي أو الدولي. ومن أهم آليات الإصلاح المعتمدة الرقابة الإدارية الخارجية على المؤسسة العمومية الاقتصادية، التي تلعب دورا لا يستهان به في الرقابة عليها، حماية للأموال العمومية التي تملكها الدولة في رأسمال المؤسسة العمومية الاقتصادية، وحفاظا عليها من التبيد والاختلاس، وتحقيقا لمردودية أفضل وكسب أعلى نسبة أرباح، خاصة وأن التعديل الدستوري لسنة 2020 أولى اهتماما بالغاً للرقابة على الأموال العمومية.⁽¹⁾

فبالرغم من الاستقلالية التي تمتاز بها المؤسسة العمومية الاقتصادية، التي فرضها تغيير النظام الاقتصادي في الجزائر وانتهاجها لنظام اقتصاد السوق، والذي ظهر جليا من خلال صدور الأمر 04-01، حيث أخضعت الدولة معظم المؤسسات العمومية الاقتصادية للقانون الخاص واعتبرتها شركة تجارية لها كافة الحرية في معاملاتها التجارية وتصرفاتها المالية، إلا أن المشرع الجزائري قيدها بمجموعة من الضوابط منها الرقابة الإدارية الخارجية تجسيدا و حماية لصفة العمومية و ما ينجر عنها كون الدولة تحوز كل أو أغلبية رأسمالها، وبالتالي حماية أموال المؤسسة التي تعتبر أموال عمومية.⁽²⁾

وعلى ذلك، يتطلب الأمر تفعيل الرقابة الإدارية الخارجية على المؤسسة العمومية الاقتصادية تحقيقا لإصلاحها، وبالتالي الرفع من نجاعتها في الاقتصاد الوطني وهو الدور المنوط من إنشائها. ومن ثم تبرز أهمية هذا الموضوع الذي يعالج دور هذه الرقابة في تطوير أداء هذه المؤسسات وإصلاح شؤونها، وتقدير مدى فعاليتها وكفايتها في ذلك. حيث تهدف هذه الدراسة إلى إبراز دور الرقابة الإدارية الخارجية على المؤسسة العمومية الاقتصادية كإحدى الآليات المهمة والضرورية المساهمة في إصلاحها، وكذا البحث في مدى فعاليتها بين النصوص القانونية الموجودة وتطبيقها على واقع المؤسسة العمومية الاقتصادية وذلك من خلال كشف فعاليتها عن طريق تقييمها. ومن ثم وجب طرح الإشكالية التالية:

⁽¹⁾ المادة 184 من المرسوم الرئاسي 442-20 مؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق 30 ديسمبر سنة 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، ج ر العدد 82. التعديل الدستوري سنة 2020. تنص على ما يلي: "تكلف المؤسسات الدستورية و أجهزة الرقابة بالتحقيق في مطابقة العمل التشريعي والتنظيمي للدستور، وفي كفاءات استخدام الوسائل المادية والأموال العمومية و تسييرها."
⁽²⁾ مكايي زويبر، "الحماية القانونية الرقابية على المؤسسة العمومية الاقتصادية في التشريع الجزائري"، مجلة دراسات اقتصادية، المجلد 16، العدد 03، سنة 2022، ص 579.

ما مدى مساهمة الرقابة الإدارية الخارجية في إصلاح المؤسسة العمومية الاقتصادية في الجزائر؟
وهي الإشكالية محل المعالجة والدراسة في هذا المقال بالاعتماد على المنهج الوصفي الذي يسمح بتحديد مفهوم الرقابة الإدارية الخارجية وأجهزتها، وتوضيح دورها في عملية إصلاح المؤسسة العمومية الاقتصادية من أجل الارتقاء بمستوى خدماتها، وكذا المنهج التحليلي، الذي يمكن من شرح وفحص النصوص القانونية والتدابير، وتحليل الإجراءات المتخذة لعملية الرقابة الإدارية الخارجية، ومن ثم تقييم وتقدير دورها في عملية إصلاح وتطوير هذه المؤسسات وتجويد خدماتها، على أن تتم معالجة هذه الإشكالية وفقا للخطة التالية:

المحور الأول: مضمون الرقابة الإدارية الخارجية كآلية لإصلاح المؤسسة العمومية الاقتصادية.

المحور الثاني: تقدير الرقابة الإدارية الخارجية كآلية لإصلاح المؤسسة العمومية الاقتصادية.

1- مضمون الرقابة الإدارية الخارجية كآلية لإصلاح المؤسسة العمومية الاقتصادية

تتطلب دراسة الرقابة الإدارية الخارجية للمؤسسة العمومية الاقتصادية ومدى مساهمتها في إصلاحها، التعرض إلى مضمون الرقابة الإدارية الخارجية إجمالاً، ثم بيان مفهوم الرقابة الإدارية الخارجية كآلية لإصلاح المؤسسة العمومية الاقتصادية على وجه الخصوص، وكذا تحديد أجهزتها.

1.1- مفهوم الرقابة الإدارية الخارجية كآلية لإصلاح المؤسسة العمومية الاقتصادية:

لبيان مفهوم الرقابة الإدارية الخارجية على المؤسسة العمومية الاقتصادية كآلية لإصلاحها، وجب التعرض للعناصر

التالية:

أولاً- تعريف الرقابة الإدارية الخارجية:

تتولى عملية الرقابة الإدارية الخارجية هيئات مختلفة ومستقلة عن الأجهزة الموجودة داخل المؤسسة العمومية الاقتصادية، ويحدد وجود أجهزة الرقابة الإدارية الخارجية على عدة اعتبارات، منها طبيعة نظام الحكم السائد وكذلك طبيعة النشاط الحكومي، والجدير بالذكر أن الرقابة الإدارية الخارجية تعتبر عملاً متمماً للرقابة الداخلية، فإذا كانت هذه الأخيرة تتسم بدرجة عالية من الإتقان في المؤسسة فلا داعي من فرض الرقابة الإدارية الخارجية.⁽¹⁾ و نفصلها كالتالي:

- الرقابة الإدارية الخارجية من منظور القانون الإداري: وتعني الرقابة التي تصدر من الجهات الإدارية التي تكون الجهاز التنفيذي للدولة على الهيئات الإدارية المركزية والهيئات الإدارية اللامركزية، وأهم الأهداف التي تسعى إليها هي الحفاظ على مبدأ المشروعية وحمايته وحماية المصلحة العامة. وتنقسم الرقابة الإدارية الخارجية من منظور القانون الإداري إلى نوعين من الرقابة: رقابة رئاسية تنصب على الهيئات الإدارية المركزية و غير الممركزة ، و رقابة وصائية تنصب على الهيئات الإدارية اللامركزية (الجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية).⁽²⁾

- تعريف الرقابة الإدارية الخارجية على المؤسسة العمومية الاقتصادية: وتعني تلك الرقابة التي تقوم بها السلطة التنفيذية بصفة مباشرة أو بواسطة أجهزة خارجية تنشئها الدولة، وتخولها صلاحية الرقابة على المؤسسة العمومية الاقتصادية تدعيماً للرقابة الداخلية التي تقوم بها المؤسسة داخلياً ذاتياً هذا من جهة، ومن جهة أخرى للمحافظة على

⁽¹⁾ بريس ريمة، الرقابة الإدارية على المرافق العامة، مذكرة ماجستير في القانون العام، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، 2012-2013، ص 71.

⁽²⁾ طيبون حكيم، رقابة الدولة على المؤسسات العمومية في الجزائر، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة الجزائر 2019-2020، ص 3.

الأموال العامة من سوء التصرف فيها، وحمايتها من كافة أشكال الفساد واكتشاف أية تجاوزات مالية التي يمكن أن تقدم عليها الجهات المسؤولة داخل المؤسسة العمومية الاقتصادية، وبالأخص الحفاظ على أموال المؤسسات الوطنية الإستراتيجية ذات النشاطات الحيوية التي تعتبر عصب الاقتصاد الوطني.

ثانيا- خصائص الرقابة الإدارية الخارجية على المؤسسة العمومية الاقتصادية:

تتميز الرقابة الإدارية الخارجية على المؤسسة العمومية الاقتصادية بمجموعة من الخصائص أهمها:
-الرقابة الإدارية الخارجية رقابة وقائية، بحيث أنها لا تسعى فقط للكشف عن أوجه القصور والتجاوزات فحسب التي قد يتسبب فيها مسيري المؤسسات العمومية الاقتصادية، إنما تعمل كذلك على منع حدوثها مستقبلا.
-تعد الرقابة الإدارية الخارجية أوسع من أنواع الرقابة الأخرى فهي تشمل كل التصرفات التي تدخل في نشاط المؤسسة تخطيطا وتنفيذا ومتابعة.

-كفاية وفعالية الرقابة الإدارية الخارجية، فإذا ما تم تطبيقها بالشكل السليم وعلى أكمل وجه فانه لا حاجة للرقابات الأخرى كالرقابة القضائية والرقابة التشريعية.

-الرقابة الإدارية الخارجية على المؤسسة العمومية الاقتصادية تمتاز بالاستمرارية و سرعة اكتشاف الأخطاء و التعرف على أسبابها، والقيام بإبلاغ الجهات المسؤولة عنها في الوقت المناسب من أجل تعديلها وتصويبها.⁽¹⁾
-الرقابة الإدارية الخارجية تقوم بها السلطة المنشأة للمؤسسة العمومية الاقتصادية أو من تكلفه بمهام الرقابة.
-الرقابة الإدارية الخارجية محورها حماية الأموال العمومية التي تمتلكها الدولة في المؤسسة العمومية الاقتصادية.
-وضوح الرقابة الإدارية الخارجية من خلال هدفها و أساليبها الرقابية و المؤشرات المعتمدة لمقارنة النتائج الفعلية بها.⁽²⁾

ثالثا- أسباب ودوافع اعتماد الرقابة الإدارية الخارجية على المؤسسة العمومية الاقتصادية:

الأصل العام أن الرقابة على المؤسسة العمومية الاقتصادية تقوم بها أجهزتها الداخلية الممارسة وفقا لأحكام القانون التجاري، إلا أن هناك مجموعة من الدوافع التي من خلالها تم اعتماد الرقابة الإدارية الخارجية تتمثل فيما يلي:
-الطابع العمومي الذي يمتاز به رأسمال المؤسسة : من بين أهم الأسباب و الدوافع الداعية لممارسة الرقابة الإدارية الخارجية على المؤسسة العمومية الاقتصادية ، أن الأموال التي تمتلكها الدولة أو أشخاص القانون العام في المؤسسات العمومية الاقتصادية تعد أموال عمومية قد تتخذ شكل حصص ، أو أسهم أو تكون عبارة عن شهادات استثمار أو سندات مساهمة أو غيرها من القيم المنقولة في المؤسسات العمومية الاقتصادية⁽³⁾ ، ومن هنا لابد أن تخضع هذه الأموال للرقابة الإدارية الخارجية مهما كان النظام القانوني للشخص المعنوي الذي يسير هذه الأموال، وما يعاب على الأمر 04-01 هو عدم إدراج أحكام خاصة للرقابة رغم أن تسمية الأمر تضمن الكلمة و مراقبتها التي تعود على المؤسسة

⁽¹⁾ بريش ريمة، المرجع السابق، ص 49.

⁽²⁾ المرجع نفسه، ص 52.

⁽³⁾ المادة 03 فقرة 01 من الأمر 04-01 المؤرخ 20 غشت 2001 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية و تسييرها و خصوصيتها، ج ر، العدد 47 الصادرة في 22 غشت 2001 المتتم بالأمر 01-08 المؤرخ في 28 فبراير 2008، ج ر مؤرخة في 02 مارس 2008 ، العدد 11.

العمومية الاقتصادية، ليتدارك هذا النقص المشرع فيما بعد في الأمر 01-08 الذي تضمن أحكام خاصة بالرقابة الإدارية الخارجية، نذكر على سبيل المثال نصه على رقابة المفتشية العامة للمالية.⁽¹⁾

-عدم فعالية الرقابة الداخلية وقصورها في المؤسسة العمومية الاقتصادية: الرقابة الداخلية التي تمارس من طرف أجهزة المؤسسة وفقا لأحكام القانون التجاري، أثبتت عدم فعاليتها وكفايتها على المؤسسة العمومية الاقتصادية، حيث وجدت العديد من التلاعبات و الفضائح المالية كتزوير الفواتير واختلاس و سرقة و تبديد أموالها العمومية...كل هذا مهد لإرجاع و اعتماد الرقابة الإدارية الخارجية كمدمعة و مكملة و مقومة للرقابة الداخلية، وهذا كشفا للأخطاء مع بدايتها وتصويبها و تصحيحها كي لا تتطور و تصبح جرائم اختلاس و تبديد للأموال العمومية، وذلك حرصا على سلامة تسيير الأموال العمومية التي تحوزها الدولة في رأسمال المؤسسة العمومية الاقتصادية.⁽²⁾

- التطهير المالي المقرر من طرف الدولة لصالح المؤسسة العمومية الاقتصادية : يعد التطهير المالي للمؤسسة العمومية الاقتصادية الذي أقرته الدولة لفائدة المؤسسات العمومية الاقتصادية المهددة البنية نتيجة العجز المالي الذي تعاني منه⁽³⁾، و عمليات التطهير المالي كالمساعدات المالية و منح قروض و تسديد ديونها تكون على عاتق الخزينة العمومية، لذلك كان من الضروري أن تكون هذه الأموال الممنوحة للمؤسسة العمومية الاقتصادية محل مراقبة إدارية.

2.1- أجهزة الرقابة الإدارية الخارجية على المؤسسة العمومية الاقتصادية

رغم الاستقلالية التي منحت للمؤسسة العمومية الاقتصادية تماشيا ونظام السوق، تقوم الدولة بفرض نظام الرقابة الإدارية الخارجية على المؤسسة العمومية الاقتصادية، وبالأخص على الجانب المالي وذلك بصفة مباشرة أي تقوم هي بعملية الرقابة أو بواسطة إنشاءها لمجموعة من الأجهزة والهيئات التي تكلفها، حفاظا على الأموال العمومية باعتبار الدولة تملك كل أو أغلبية رأسمال المؤسسة العمومية الاقتصادية. وسيتم توضيح ذلك في العناصر التالية:

أولا- الرقابة الإدارية الخارجية التي تمارسها الجهات الوصية:

وهي الرقابة التي يمارسها كل من رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة والوزارة الوصية على المؤسسة العمومية الاقتصادية

وهذا كما يلي:

- الرقابة الإدارية التي يمارسها رئيس الجمهورية على المؤسسة العمومية الاقتصادية : لضمان نجاح الإصلاحات الاقتصادية منحت صلاحيات واسعة لرئيس الجمهورية وذلك من خلال تحكمه في التعيينات الخاصة بالوظائف السامية في الدولة، كما أنه يطلع و يراقب مدى تنفيذ الحكومة للبرنامج المسطر من خلال ترأسه مجلس الوزراء وتوليه للسلطة التنظيمية⁽⁴⁾، و تتجلى رقابة رئيس الجمهورية على المؤسسة العمومية الاقتصادية فيما يلي:

⁽¹⁾ المادة 02 من الأمر 01-08 المؤرخ في 28 فبراير 2008 ج. ر. مؤرخة في 02 مارس 2008، العدد 11 الملتئم للأمر 04-01 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية و تسييرها و خصوصيتها.

⁽²⁾ سالي وردة، تطور الرقابة على إدارة المؤسسة العمومية الاقتصادية، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة قسنطينة، 2008-2009، ص 96.

⁽³⁾ المادة 63 من القانون رقم 21-08 مؤرخ في 02 محرم عام 1430 الموافق ل 30 ديسمبر سنة 2008 المتضمن قانون المالية لسنة 2009، ج. ر. رقم 74 المؤرخة في 03 محرم 1430 الموافق ل 31 ديسمبر 2008.

⁽⁴⁾ المادة 91 من المرسوم الرئاسي 442-20، المتعلق بالتعديل الدستوري لسنة 2020.

- يتولى تعيين رؤساء مجالس إدارة المؤسسات العمومية الاقتصادية بواسطة مراسيم رئاسية باقتراح من الحكومة.

- توجيه الاقتصاد الوطني وذلك بترشيد نشاطات المؤسسات العمومية الاقتصادية الإستراتيجية.

- منح الضمانات اللازمة لجلب المستثمرين خاصة المالية منها بعد تصفية الديون مع صندوق النقد الدولي.

كما تظهر كذلك رقابة رئيس الجمهورية على المؤسسات الاقتصادية العمومية في إصدار الأمر 04/01 الخاص بتنظيمها و تسييرها و خصوصتها، والذي يعكس نية رئيس الجمهورية بمراقبتها في ايلاء العناية التامة لها، باعتبارها أداة فعالة لتقوية الاقتصاد الوطني و إنعاش الميزانية العامة للدولة، وكذلك يعكس نية الدولة في الإسراع بالإصلاح الاقتصادي من أجل الدخول بها إلى الأسواق العالمية في ظل تبني نظام الاقتصاد الحر⁽¹⁾.

- الرقابة الإدارية التي تمارسها الحكومة على المؤسسة العمومية الاقتصادية: باعتبار الحكومة الهيئة التنفيذية الساهرة على حسن سير المؤسسات و المرافق العمومية⁽²⁾، بواسطة المراسيم التنفيذية المختلفة التي يصدرها رئيس الحكومة (الوزير الأول)، وتتجلى رقابة الحكومة بوضوح على المؤسسات الاقتصادية من خلال إصدار القرار الإداري المتضمن إنشاءها، و لها الحق كذلك في حلها، ومن أمثلة ذلك حل صناديق المساهمة و تعويضها بالشركات القابضة بقرار من رئيس الحكومة ، وبعدها كذلك حل الشركات القابضة و استبدالها بشركات تسيير المساهمات ، ثم حل هذه الأخيرة و إنشاء المجمعات الصناعية⁽³⁾.

ومن خلال تشكيلة مجلس مساهمات الدولة نجد أنه يرأسه الوزير الأول، والمؤسسات العمومية الاقتصادية ملزمة برفع تقرير عن طريق الجمعية العامة إلى مجلس مساهمات الدولة وهنا تكون المراقبة لها من طرف الوزير الأول، إضافة إلى أن خوصصة المؤسسات العمومية الاقتصادية تشرف عليها لجنة خاصة يرأسها الوزير الأول الذي بدوره يراقب مدى صحة إجراءات الخوصصة.

و تظهر أيضا رقابة الحكومة على المؤسسة العمومية الاقتصادية خاصة التي تحوز فيها الدولة أو أحد أشخاص القانون العام رأسمالها، من خلال موافقة الوزير الأول على ترشح أعضاء مجلس المديرين قبل تعيينهم ، كما أن اللوائح التي تقررها الجمعية العامة للمؤسسة العمومية الاقتصادية يجب أن ترسل إلى الوزير الأول باعتباره رئيس مجلس مساهمات الدولة⁽⁴⁾.

- الرقابة الإدارية التي يمارسها الوزير الوصي على المؤسسة العمومية الاقتصادية: من صلاحيات الوزير الوصي في هذا الصدد، إيفاد لجان تفتيش ومراقبة للمؤسسات العمومية الاقتصادية ،حيث يقوم في إطار الصلاحيات المحددة لكل وزير في النصوص التنظيمية، ومن أجل ضمان حسن سير المؤسسة، بإيفاد لجان تفتيش سواء كان ذلك بناء على برنامج سنوي محدد للتفتيش أو بناء على تفتيش فجائي ، ويقوم الوزير الوصي بتكليف هذه اللجان التي تمارس هذه

⁽¹⁾ بخدة عبد القادر، "الرقابة الخارجية على المؤسسات العمومية الاقتصادية آلية لتفعيل الإصلاح الاقتصادي في التشريع الجزائري"، مجلة القانون الدولي

و التنمية، المجلد 4، العدد 2، سنة 2016، ص3.

⁽²⁾ المادة 112 فقرة 7 من التعديل الدستوري الجزائري 2020.

⁽³⁾ بن دقيش عفاف، تنظيم القطاع العام الاقتصادي في الجزائر منذ 1988، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة الجزائر، 2015-2016، ص109.

⁽⁴⁾ المادة 7، 6 من المرسوم التنفيذي رقم 283-01 المؤرخ في 24 سبتمبر 2001 المتضمن الشكل الخاص بأجهزة إدارة المؤسسات العمومية الاقتصادية و

تسييرها، ج ر، عدد 55 الصادرة في 26 سبتمبر 2001.

المهمة من بين إطارات الإدارة المركزية المتخصصين لدى وزارته ، وعادة ما يكون هذا التفتيش عن طريق المفتشية العامة للوزارة.

ومضمون هذا التفتيش هو ضبط سير المؤسسات العمومية الاقتصادية التي تملك الدولة فيها كل رأسمالها ، من مختلف الجوانب سواء من حيث التسيير الإداري أو التسيير المالي، وإبراز كل النقائص المتعلقة به، أو ما يتعلق بمدى تنفيذ برنامج أعمال الوزارة تجسيدا للسياسة الوطنية التي تسعى لتنفيذها ، ومدى تحقيق الأهداف المرجوة.⁽¹⁾ و ما يلاحظ على رقابة الوزارة الوصية على المؤسسة العمومية الاقتصادية و رغم الاستقلالية التي تتمتع بها هذه الأخيرة في معاملاتها المختلفة، إلا أنها لا تكاد تخرج من كونها وسيلة و أداة فعالة لتنفيذ برنامج الوزارة ، والذي غالبا هو تنفيذ لبرنامج الوزير الأول الذي بدوره تنفيذ لبرنامج رئيس الجمهورية، والذي هو تنفيذ للسياسة العامة للدولة.

ثانيا- الرقابة الإدارية الخارجية التي تمارسها الجهات المتخصصة:

وتتمثل أجهزة هذه الرقابة في الهيئات التالية:

- رقابة المفتشية العامة للمالية على المؤسسة العمومية الاقتصادية : تسهر المفتشية العامة للمالية على

مراقبة تسيير الأموال العمومية للدولة و الاستغلال الأمثل لها ، فحسب المرسوم التنفيذي 08-272 المؤرخ في 06 سبتمبر 2008 الذي يحدد صلاحيات المفتشية العامة للمالية، يظهر اختصاص هذه الأخيرة في الرقابة على المؤسسة العمومية الاقتصادية تحديدا في المادة الثانية 02 لاسيما الفقرة الثالثة منها، حيث تمارس المفتشية العامة للمالية رقابة على التسيير المالي و المحاسبي لكل مؤسسة عمومية مهما كان نظامها القانوني حيث جاءت الفقرة على سبيل الإطلاق.⁽²⁾

و ما يميز رقابة المفتشية العامة للمالية على المؤسسة العمومية الاقتصادية وجود نوعين من الرقابة ، الأول جوازي و الثاني وجوبي ، الجوازي في حالة إذا ما كانت المؤسسات العمومية الاقتصادية تخضع للأحكام العامة للقانون التجاري و التي تملك الدولة أو أحد أشخاص القانون العام جزءا فقط من رأس مالها، ولا يتم هذا إلا بناء على طلب من السلطات أو الهيئات التي تمثل الدولة المساهمة⁽³⁾.

أما الو جوبي فهي تتدخل بصفة استثنائية في حالة إذا ما كلفت المؤسسة بمشاريع ممولة بمساهمة من ميزانية الدولة⁽⁴⁾، فإذا استفادت المؤسسة العمومية الاقتصادية من مساعدات مالية من الدولة أو الجماعات المحلية فهذه المساعدات المقدمة تكون بصفة تساهمية، فلا تحتاج المفتشية في هذه الحالة إلى طلب من أجل التدخل و القيام بالرقابة .

⁽¹⁾ طيبون حكيم ، المرجع السابق ، ص 49.

⁽²⁾ المادة 2/ف3 من المرسوم التنفيذي رقم 08-272 المؤرخ في 06 سبتمبر 2008، يحدد صلاحيات المفتشية العامة للمالية ، ج، ر، عدد 50 صادر في 07 سبتمبر 2008.

⁽³⁾ المادة 07 مكرر ف 1 ، من الأمر 01-08 ، المؤرخ في 28 فبراير 2008 ، يتمم الأمر رقم 04_01 ، المؤرخ في 20 غشت 2001 ، المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها و خصوصيتها الجريدة الرسمية المؤرخة 02 مارس 2008، العدد 11.

⁽⁴⁾ المادة 07 مكرر ف 2 ، من الأمر 01-08.

غير أن هذا التدخل ليس مستحدث بموجب الأمر 01-08 في الفقرة 07 مكرر/ف 2 منه، إنما هو موجود من قبل ضمن المرسوم التنفيذي 92-78 المؤرخ في 1992/02/22 المحدد اختصاصات المفتشية العامة للمالية، وتجدر الإشارة إلى أن التدخل الوجوبي للمفتشية يكون من أجل ممارسة الرقابة الخارجية وليس تدعيما للرقابة الداخلية ويعتبر هذا أمرا مقبولا لا يسبب أي تناقض أو تعارض مع الإصلاحات الاقتصادية، ويكون بالأخص في سياق القيام بالتطهير المالي.⁽¹⁾

و يظهر دور المفتشية العامة للمالية في رقابة المؤسسة العمومية الاقتصادية في تدخلاتها على الوثائق و في عين المكان، إما بصفة فجائية أو بتبليغ مسبق حسب الحالة⁽²⁾. وبهذه الصفة تمارس المفتشية العامة للمالية حق مراجعة جميع العمليات التي يجريها محاسبو المؤسسات العمومية الاقتصادية، غير أنه لا يمكن أن تكون موضوع مراجعة الحسابات التي تمت تصفيتها نهائيا وفقا للأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها.⁽³⁾

-الرقابة الممارسة من طرف مجلس مساهمات الدولة: بغية ضمان رقابة دائمة و مستمرة و فعالة على المؤسسات العمومية الاقتصادية أنشئت هيئة تتولى الرقابة الإدارية الخارجية عليها تتمثل في مجلس مساهمات الدولة، صاحب السلطة الوصائية عليها، والذي أنشأ على أنقاض المجلس الوطني لمساهمات الدولة الذي كان يتولى هذه المهمة في ظل الأمر رقم 95-25، و يوضع المجلس لدى رئيس الحكومة الذي يتولى رئاسته. و تشكيلة مجلس مساهمات الدولة تضم العديد من الوزارات حددها المرسوم الرئاسي رقم 06-184 المعدل للمرسوم التنفيذي رقم 01-253⁽⁴⁾

و يجتمع المجلس مرة واحدة على الأقل كل 3 أشهر برئاسة رئيس الحكومة ويمكن استدعائه للاجتماع في كل وقت بطلب من أحد أعضائه. و يتولى الوزير المكلف بالمساهمات أمانة المجلس حسب نص المادة 10 من الأمر 01-04⁽⁵⁾ والمادة 03 من المرسوم الرئاسي 06-184، و يقوم المجلس بضبط تنظيم القطاع العام الاقتصادي حسب نص المادة 11 من نفس الأمر. ويتولى أثناء القيام بمهامه حسب المادة 09 من الأمر 01-04 بتحديد الاستراتيجية الشاملة في مجال مساهمات الدولة والخصوصية حيث يقوم بدراسة ملفات الخصوصية ويوافق عليها، كما يحدد السياسات والبرامج فيما يخص مساهمات الدولة مع تنفيذها.

- رقابة مجلس المحاسبة على المؤسسة العمومية الاقتصادية: بالرجوع إلى نص المادة 199 من التعديل الدستوري لسنة 2020 يتبين لنا أن مجلس المحاسبة مؤسسة عليا مستقلة للرقابة على الممتلكات و الأموال العمومية، حيث إن مهمته ممارسة الرقابة البعدية على أموال الدولة و الجماعات المحلية و المرافق العمومية، و كذلك رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ حيي محمد، "آلية الرقابة الخارجية على القطاع العام الاقتصادي بين محورية مكافحة الفساد و مركزية الحوكمة"، المجلة المتوسطية للقانون و الاقتصاد، المجلد 04، العدد 01، سنة 2019، ص 159.

⁽²⁾ المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 09-96 المؤرخ في 26 صفر 1930 الموافق لـ 22 فبراير سنة 2009، يحدد شروط و كفاءات رقابة و تدقيق المفتشية العامة للمالية لتسيير المؤسسات العمومية الاقتصادية ج.ر، عدد 14، مؤرخة في 04 مارس 2009، ص 18.

⁽³⁾ المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 09-96.

⁽⁴⁾ المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 06-184 المؤرخ في 31/05/2006 المعدل للمرسوم التنفيذي رقم 01-253، المتعلق بتشكيلة مجلس مساهمات الدولة و سيره، الجريدة الرسمية عدد 36 مؤرخة في 31 ماي 2006، ص 8.

⁽⁵⁾ المادة 10، الأمر 01-04، المعدل و المتمم.

⁽⁶⁾ المادة 199 من التعديل الدستوري لسنة 2020.

ومن خلال العبارة الأخيرة يظهر لنا رقابته على المؤسسة العمومية الاقتصادية باعتبار أن في ذمتها رؤوس أموال تجارية تابعة للدولة أي مالكة لها، حيث يعد مجلس المحاسبة أعلى هيئة رقابية في البلاد، يتولى عملية الرقابة الإدارية الخارجية على المؤسسة العمومية الاقتصادية، ويساهم في حوكمتها وإصلاحها وذلك بإضفاء الشفافية في تسيير أموالها العمومية، ويعد تقريراً سنوياً يرفعه إلى رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني والوزير الأول.

والملاحظ في الأمر 20/95 المتعلق بمجلس المحاسبة أنه أعاد للمجلس حق المراقبة على الأموال التي تتداولها المؤسسات العمومية الاقتصادية، الذي غيب في القانون السابق 32/90 المتعلق بمجلس المحاسبة الذي استثنى القطاع الاقتصادي من مراقبة المجلس له.⁽¹⁾

حيث أنه واستناداً للأمر 20/95، تخضع لرقابة المجلس المرافق العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والهيئات العمومية التي تمارس نشاطاً صناعياً أو تجارياً أو مالياً والتي تكون أموالها أو مواردها أو رؤوس أموالها كلها ذات طبيعة عمومية⁽²⁾، إضافة لإمكانية مراقبة تسيير الأسهم العمومية في المؤسسات أو الشركات أو الهيئات مهما يكن وضعها القانوني التي تملك فيها الدولة أو الجماعات الإقليمية أو الهيئات العمومية الأخرى جزءاً من رأسمالها⁽³⁾. و يمارس كذلك الرقابة على تسيير الشركات والمؤسسات والهيئات، أي كان وضعها القانوني، والتي تملك فيها الدولة أو الجماعات الإقليمية أو المؤسسات أو الشركات أو الهيئات العمومية الأخرى، بصفة مشتركة أو فردية مساهمة بأغلبية في رأس المال أو سلطة قرار مهيمنة.⁽⁴⁾

2- تقدير الرقابة الإدارية الخارجية كآلية لإصلاح المؤسسة العمومية الاقتصادية:

رغم اعتماد الرقابة الإدارية الخارجية على المؤسسة العمومية الاقتصادية وتعدد أجهزتها وتنوع القرارات الناتجة عن هذه الرقابة، إلا أننا نجد أن المؤسسات العمومية الاقتصادية تعاني العديد من المشاكل وتكتنفها جملة من النقائص تعتري نشاطها، الأمر الذي يلزمنا بالبحث عن مدى فعالية الرقابة الإدارية الخارجية في إصلاح المؤسسة العمومية الاقتصادية وذلك بتقديرها، وسيتم معالجة هذا المحور من خلال توضيح كل من مميزات وإيجابيات الرقابة الإدارية الخارجية، ثم إبراز سلبيات هذه الرقابة وهذا على النحو التالي:

1.2- إيجابيات الرقابة الإدارية الخارجية في إصلاح المؤسسة العمومية الاقتصادية:

للقابة الإدارية الخارجية على المؤسسة العمومية الاقتصادية إيجابيات عدة، يمكن إجمالها فيما يلي:

أولاً- تعدد وترابط أجهزة الرقابة الإدارية الخارجية على المؤسسة الاقتصادية: سبقت الإشارة إلى أن المؤسسة العمومية الاقتصادية تخضع لعدة أجهزة رقابية إدارية خارجية، منها ما هو مركزي كرقابة الجهات الوصية

⁽¹⁾ بلقورشي حياة، مجلس المحاسبة في الجزائر بين الطموحات والتراجع، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة الجزائر 01-2011-2012، ص 81.

⁽²⁾ المادة 8 من الأمر 20-95 المؤرخ في 17/07/1995، المتعلق بمجلس المحاسبة، جريدة رسمية رقم 39، الصادرة في 03/09/1995، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02-10 المؤرخ في 26 أوت 2010، ج. ر. عدد 50، الصادرة بتاريخ 01 سبتمبر 2010.

⁽³⁾ المادة 9 من الأمر 20-95 المرجع السابق.

⁽⁴⁾ المادة 8 مكرر من الأمر رقم 02-10 المؤرخ في 26 أوت 2010، ج. ر. عدد 50، الصادرة بتاريخ 01 سبتمبر 2010 المعدل والمتمم للأمر 20-95 المتعلق بمجلس

بمجلس المحاسبة.

ومنها ما هو متخصص كرقابة الهيئات المتخصصة ، و تكمن أهمية هذا التعدد في أن المؤسسة العمومية الاقتصادية تخضع لنظام رقابي شامل ومتكامل بين الهيئات الوصائية والمتخصصة، كما تعتبر الرقابة الإدارية الخارجية دعامة مكمل للرقابة الإدارية الداخلية التي تقوم بها الأجهزة الداخلية للمؤسسة العمومية الاقتصادية و التي من شأنها أن تغطي النقص الذي قد يقع فيه القائمون على تسييرها ، خاصة وأن الرقابة الإدارية الخارجية تقوم بها هيئات و أجهزة متخصصة مكونة تكويننا عال في مجال فحص و تدقيق الأعمال و الأنشطة التي تقوم بها المؤسسة العمومية الاقتصادية . فالرقابة الإدارية الخارجية هي محور و أساس تحقيق الغايات المخطط لها من طرف الجهاز التنفيذي في الدولة على غرار رئيس الجمهورية الممثل الأول للجانب الإداري في البلاد، يليه الوزير الأول ثم الوزير الوصي على المؤسسة العمومية الاقتصادية يلعب بعد ذلك الأجهزة و الهيئات المتخصصة، كما أن الرقابة الإدارية الخارجية تعد تطبيقا لفكرة الوصاية التي تخضع لها المؤسسة العمومية الاقتصادية كغيرها من المؤسسات العمومية الأخرى من طرف الجهة المنشأة لها، خاصة المؤسسات العمومية الاقتصادية التي تملك فيها الدولة كل أو أغلبية رأسمالها.

ثانيا- الآثار الايجابية للرقابة الإدارية الخارجية على المؤسسة العمومية الاقتصادية: نظرا لتنوع أجهزة الرقابة الإدارية الخارجية على المؤسسة العمومية الاقتصادية، و تنوع آلياتها الرقابية على نشاطها، فإنها تحقق لا محالة مجموعة من الآثار الايجابية على أداء هذه المؤسسات و تضمن استمرار خدماتها بما يحقق المصلحة العامة، وهي من الايجابيات التي تحسب لهذه الرقابة و التي يمكن توضيحها كالتالي :

-تعد الرقابة الإدارية الخارجية الوسيلة المثلى للحفاظ على الأموال العمومية التي تمتلكها الدولة في المؤسسة العمومية الاقتصادية، وكذلك تعمل على ترشيد التكاليف مقارنة بالخدمة التي تقدمها.

-الرقابة الإدارية الخارجية من شأنها أن تصل إلى نتائج وتحقيق غايات على المستوى المتوسط أو البعيد متمثلة في دورها البارز في حوكمة المؤسسة العمومية الاقتصادية، وإضفاء الشفافية في طريقة تسييرها وبيان تصرفاتها.

-تفعيل الرقابة الإدارية الخارجية على المؤسسة العمومية الاقتصادية كشف العديد من التجاوزات التي وقع فيها مسيري المؤسسات الاقتصادية، و التي كلفت الخزينة العمومية أموال باهظة كانت تذهب وتصرف في غير الأنشطة المخصصة لها، و بالتالي الكشف عن مواطن الفساد و الحد من تغوله.

-تفعيل الرقابة الإدارية الخارجية على المؤسسة العمومية الاقتصادية يساهم في تقويم أدائها و العمل على وجود السبل المثلى لتطويرها ، وكذلك تقييم مدى فعالية نظام الرقابة الإدارية الداخلية بها.

-من خلال الرقابة الإدارية الخارجية يمكن للإدارة تقييم العملية الإنتاجية للمؤسسة العمومية الاقتصادية من حيث الكم و النوع و الوقوف على معرفة مدى تقديم خدمة عامة ذات جودة عالية للمواطنين من عدمها.

- من بين الآثار الايجابية للرقابة الإدارية الخارجية و بالأخص رقابة المفتشية على المؤسسة العمومية الاقتصادية المكرس في الأمر 01-08 المعدل و المتمم للأمر 04-01 ، و المرسوم التنفيذي 96-09 الذي تلاه، هو التحكم في نشاط المؤسسة وضبطه نتيجة الفضائح المالية في المؤسسات الكبرى والحساسية على غرار الرشوة و الفساد الذي طال شركة

سوناطراك النفطية العمومية و المعلن عنها مؤخرا⁽¹⁾، ويتعلق الأمر بصفقات نفطية مشبوهة يعتقد أن الشركة أبرمتها خلال السنوات القليلة الماضية، وبالتالي أصدرت الحكومة تعليمات بتشديد الرقابة على المؤسسة باعتبارها العمود الفقري للاقتصاد الجزائري، باعتبار أن قطاع النفط و الغاز يمثل أغلب صادرات البلاد هذا من جهة، ومن جهة أخرى تهدف الدولة من رقابة المفتشية لتصبح المؤسسة العمومية الاقتصادية في مصف المؤسسات العالمية² -الرقابة الإدارية الخارجية على المؤسسة العمومية الاقتصادية خاصة عندما تمارسها الجهات الوصية تهدف و تؤدي إلى تنفيذ البرنامج الحكومي بفعالية و كفاءة .

-الرقابة الإدارية الخارجية على المؤسسة العمومية الاقتصادية تكبح الاستقلالية التي منحها إياها النصوص التنظيمية والتي يمكن أن تستعمل هذه الاستقلالية كذريعة لاتخاذ قرارات اقتصادية متضاربة لهدف تحقيق الربح و لا تخدم الاقتصاد الوطني ،و تؤدي كذلك الاستقلالية إلى عدم الاستخدام الأمثل للموارد الإنتاجية أو إلى سوء استخدامها و لو على حساب المصلحة العامة.⁽³⁾

-من بين الآثار الايجابية للرقابة الإدارية الخارجية أنها تقضي على التضارب وتكرار الأنشطة الواحدة فيما بين المؤسسات العمومية الاقتصادية المؤدي إلى تدهور أدائها و فعاليتها و تبديد الأموال العمومية التي في ذمتها. فهذه الرقابة تساعد في تحقيق السياسة الوطنية الاقتصادية باعتبارها نواة الاقتصاد الوطني .

- الرقابة الإدارية الخارجية على المؤسسة العمومية الاقتصادية لاسيما التي تقوم بها الأجهزة التنفيذية المركزية تؤدي إلى تأمين المصلحة العامة عن طريق الأموال التي تملكها الدولة في هذه المؤسسة ، فإلى جانب سعي هذه الأخيرة لتحقيق الربح لا بد أن تراعي كذلك الربحية الوطنية أو ما يعبر عنها بالربحية الاجتماعية، التي أضحت مؤشرا هاما من خلاله تقيم به أداء المؤسسات ، حيث تعتبر من بين العناصر التي لا يمكن الاستغناء عنها في نشاط القطاع العمومي الاقتصادي ، فمن خلال الرقابة الإدارية تتدخل الدولة في بعض الأحيان من أجل الحفاظ على المصلحة العامة على حساب الربحية التجارية للمؤسسة.⁽⁴⁾

2.2- سلبيات الرقابة الإدارية الخارجية في إصلاح المؤسسة العمومية الاقتصادية :

رغم ايجابيات الرقابة الإدارية الخارجية على المؤسسة العمومية الاقتصادية و الدور الهام المساهم في إصلاحها، إلا أن الواقع العملي لهاته الرقابة أفرز مجموعة من السلبيات التي تؤثر على قيام المؤسسة العمومية الاقتصادية بنشاطاتها بأريحية و استقلالية تتمثل فيما يلي :

أولا- عدم التناسق بين مختلف أجهزة الرقابة الإدارية الخارجية على المؤسسة العمومية الاقتصادية: وندرجها

كالتالي:

⁽¹⁾ صالح يسمينة صفاء، مجدوبي شهرزاد، "المفتشية العامة للمالية كأداة لقياس أداء عمل المؤسسة العمومية الاقتصادية"، المجلة الجزائرية للاقتصاد و الإدارة ، المجلد 07 ، العدد 01، سنة 2016، ص 69.

⁽²⁾ صالح يسمينة صفاء، مجدوبي شهرزاد، المرجع السابق، ص 69.

⁽³⁾ ابن خليفة سميرة،، "المؤسسة العمومية الاقتصادية بين الوصاية الإدارية و تنمية الاقتصاد الوطني في القانون الجزائري"، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 5، العدد 01، سنة 2018، ص 345.

⁽⁴⁾ محمد حولي ، عبدالرحمان بن وارث، خالد دريس، "جهود تقويم أداء المؤسسة الاقتصادية العمومية الجزائرية بين الواقع و المأمول"، المجلة الجزائرية للتنمية الاقتصادية، المجلد 09، العدد 01، سنة 2022، ص 190.

-تعمل مختلف أجهزة الرقابة في مجالات واتجاهات مختلفة مما يؤدي إلى تحقيق نتائج وغايات مختلفة مما يؤثر على فعالية الرقابة الإدارية الخارجية على المؤسسة العمومية الاقتصادية.

-قيام مجلس مساهمات الدولة بالرقابة الخارجية على المؤسسة العمومية الاقتصادية التي تحوز فيها الدولة أو أحد أشخاص القانون العام رأسمالها ، من خلال تولي مهام الجمعية العامة من طرف ممثلين مؤهلين قانونا منه ، من شأنه أن يعتبر تدخلا في الصلاحيات الداخلية الممنوحة للجمعية العامة للمؤسسة العمومية الاقتصادية.⁽¹⁾

-تكريس الرقابة الإدارية الخارجية على المؤسسة العمومية الاقتصادية يعتبر نوع من التذبذب وعدم استقرار المشروع فمن جهة منح الاستقلالية للمؤسسة العمومية الاقتصادية على اعتبار تبني النظام الرأسمالي المبني على الاقتصاد الحر، ومن جهة أخرى قيد هذه الاستقلالية بفرضه رقابة عليها من شأنها أن تؤثر على خصوصية تسيير هذه المؤسسة، عاندا بذلك إلى النظام الاشتراكي المبني على الاقتصاد الموجه، على اعتبار الرقابة الإدارية الخارجية نوع من أنواع الوصاية تقوم بها الدولة لتوجيه مؤسساتها.

-الرقابة الإدارية الخارجية بالتحديد المركزية المنصوص عليها في الأمر 04-01 السابق الذكر ، أثبتت أنها عائق كبير أمام نشاط المؤسسة العمومية الاقتصادية لما تمتاز به الرقابة المركزية بشدتها⁽²⁾

-أثناء قيام المفتشية العامة للمالية بمهمة الرقابة على المؤسسات العمومية الاقتصادية و في حالة وجود تجاوزات لا يمكن لها التنسيق بينها و بين القضاء لأن المرسوم التنفيذي المحدد لصلاحياتها خول لها صلاحية تدوين الملاحظات في شكل تقارير و محاضر و إرسالها لوزير المالية فقط ، و بالتالي تبقى عاجزة عن القيام بدورها الرقابي لغياب قنوات الاتصال بينها و بين الأجهزة و الهيئات الرقابية الأخرى كمجلس المحاسبة و القضاء.⁽³⁾

-أجهزة الرقابة الإدارية الخارجية تؤدي الى اتساع طول الوصاية على المؤسسة العمومية الاقتصادية مما ينتج عنه تقليص في سلطة اتخاذ القرارات الإستراتيجية لمسيرها ، وفي حالة اتخاذ قرارات من طرفهم دون الرجوع إلى هذه الأجهزة خاصة المركزية منها التي تضع السياسات الاقتصادية العامة للدولة تقع عليهم المحاسبة و المسؤولية، وتطبق عليهم العقوبات في حالة ما كانت آثار هذه القرارات المتخذة سلبية ، وفي هذا الصدد يقول أحد مسيري المؤسسات العمومية الاقتصادية : " المسير الجزائري ذو كفاءة عالية و ما يلزمه هو وضع الثقة فيه وإعطائه أكثر حرية في ممارسة مهامه كمسير ، إنني أرى أن يدي مكبلتين ، المسير عليه أن يسير الخطر فقط، لكن بما أن هناك قانون يعاقب هذا المسير في حالة لم ينجح في تسيير الخطر ،فما عليه إلا أن يسكت و يرضى بما هو عليه حال المؤسسة و يصبح ربي كبقية الجزائريين".⁽⁴⁾

-الرقابة الإدارية الخارجية تعد من بين العراقيل التي تحد من حرية جلب الاستثمارات سواء الوطنية أو الأجنبية أو القيام بعقود الشراكة، كون خضوع المؤسسة العمومية الاقتصادية لرقابة الأجهزة التنفيذية و تبعيتها والرجوع إليها باستمرار و

(1) حميد محديد، النظام القانوني للمؤسسة العمومية الاقتصادية في الجزائر دراسة حالة المؤسسة الجزائرية لتكييف الهواء، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2015-2016، ص 254.

(2) خالد عطوي ، "إشكالات القانون الواجب التطبيق على المؤسسات العمومية الاقتصادية في مرحلة تسييرها غير المباشر في الجزائر"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 13، العدد 01، سنة 2022، ص 57.

(3) حبيبي محمد ، "المرجع السابق، ص 152.

(4) حشماوي مختارة، تكوين الأطارات المسيرة الجزائرية، مذكرة ماجستير علم الاجتماع، جامعة وهران، 2011-2012، ص 103.

تدخل هذه الأجهزة بمسائل الاستثمار و عقود الشراكة من شأنه أن يطيل و يعقد الإجراءات الخاصة بهما ، و يساهم إلى حد بعيد في النفور من المؤسسة العمومية الاقتصادية و التعامل معها ، خاصة و نحن في عالم مليء بالمؤسسات التي تسعى دوما لجلب المستثمرين و الاستفادة من خبراتهم بشتى طرق الإغراءات و التسهيلات من تقديم منح و امتيازات واعتماد أبسط الإجراءات و المرونة و سرعة الفصل في الملفات .

ثانيا- انعدام صفة الإلزام والإلزام في نتائج الرقابة الممارسة من مختلف أجهزة الرقابة الخارجية على المؤسسة العمومية الاقتصادية: فخضوع كل جهاز من أجهزة الرقابة لسلطة معينة دون أي تنسيق بينها يؤدي إلى تشتيت هذه الآلية وضعفها لغياب الإلزام بين مختلف الأجهزة الرقابية، مما يجعل عمل هذه الأجهزة مجرد ملاحظات وتوصيات وتقارير ترفع لجهات وصية أعلى لا ترتقي لعنصر الإلزام.

-التعسف في استعمال الرقابة الإدارية الخارجية من خلال الإفراط والمبالغة بالتدخل في الشؤون الداخلية لأجهزة المؤسسة العمومية الاقتصادية، الشيء الذي يؤدي إلى احتكار اتخاذ القرارات من طرف الأجهزة الوصية المكلفة بالرقابة.
-الرقابة الإدارية الخارجية قد تشكل عائقا أمام مسيري المؤسسات العمومية الاقتصادية كونها تهدد عنصر المخاطرة في اتخاذ القرارات، الشيء الذي يحول بينها وبين الاندماج في الاقتصاد العالمي المشجع للفكر المفاوضي المبني على المخاطرة.

-الرقابة الإدارية الخارجية خاصة أمام عدم القيام بها على أكمل وجه وبالطرق القانونية المنظمة لها، من شأنها أن تعود بنا إلى مرحلة التسيير الاشتراكي المتشدد للمؤسسة العمومية الاقتصادية التي لم تحقق فيها هذه الأخيرة الهدف المنشود من إنشائها وهو تحقيق تنمية اقتصادية فعالة.

-الرتابة والروتين الذي ينتج عن ممارسة الرقابة الإدارية الخارجية على المؤسسة العمومية الاقتصادية، حيث تبقى هذه الأخيرة تعمل في حدود إرضاء أجهزة هذه الرقابة مما يحد من فعالية أدائها وتقويض نشاطها ومن ثم عجزها عن التطور باتخاذ المبادرات للتطوير من خدماتها بجودة ونوعية خشية رفضها من هذه الرقابة.

-تعد الرقابة الإدارية الخارجية كفكرة تتناقض مع الأحكام والمبادئ التي تقوم عليها المؤسسات العمومية الاقتصادية في المجال التجاري الذي يبنى على الاستقلالية وحرية المعاملات واتخاذ القرارات والقيام بالتصرفات.

-اعتماد الرقابة الإدارية الخارجية تتعارض وتتنافى وجملة الإصلاحات الاقتصادية التي خضعت لها المؤسسات الاقتصادية في الآونة الأخيرة، والقائمة على مبدأ فصل المؤسسة العمومية الاقتصادية عن الدولة، وبالتالي وجود خلل وتردد من طرف الدولة في منحها الحرية اللازمة، وعدم التكريس الأمثل للنصوص القانونية هذا إذا ما تم مقارنة محتوى ما جاءت به وبين الواقع الميداني لهذه المؤسسات نلمس تبعيتها للدولة.

-فرض الرقابة الإدارية الخارجية على المؤسسة العمومية الاقتصادية خاصة المشددة ، يؤدي ذلك إلى تحويلها من هيئة و وحدة ديناميكية تسعى لتحقيق فعالية اقتصادية و خلق فائض إنتاج إلى مجرد عون تنفيذي للإدارة المركزية لا تحيد عن أهدافها و سياساتها المسطرة مسبقا، فهي بذلك مجرد امتداد للمصالح المركزية الإدارية في الدولة.⁽¹⁾

⁽¹⁾ بن دقيش عفاف، المرجع السابق، ص 22.

-بالرجوع للمرسوم التنفيذي 08-272 المحدد لصلاحيات المفتشية العامة للمالية المذكور سابقا تحديدا المادة الثانية الفقرة الثالثة منه ، نجد أنها تمارس رقابة على التسيير المالي و المحاسبي لكل مؤسسة عمومية مهما كان نظامها القانوني إلا أن الواقع الملموس يثبت عكس ذلك، حيث أن هناك العديد من المؤسسات لا تخضع لرقابتها مثلما الحال بمؤسسة سونطراك على الرغم من أن هذه الأخيرة تعد من أكبر المؤسسات تسييرا و توظيفاً للمال العام كل ذلك يؤدي إلى تثبيط دور المفتشية العامة للمالية في الحفاظ على المال العام و حمايته من كافة أشكال الفساد .

كذلك حصر صلاحية المفتشية العامة للمالية أثناء القيام بالرقابة في مجرد تسجيل ملاحظات في تقارير وإرسالها إلى وزير المالية و افتقارها لحق البت و الإصدار للأحكام و القرارات في حالة وجود مخالفات و تجاوزات من قبل مسيري المؤسسة العمومية الاقتصادية من شأنه أن يؤثر سلبا على القيام بدور الرقابة ، لأنه من المفروض أن أي مخالفة تسجلها المفتشية العامة للمالية يجب أن تتخذ إجراءات ردعية و قمعية صارمة في حق المتورط فيها.⁽¹⁾

الخاتمة:

يتضح من هذه الدراسة أن الرقابة الإدارية الخارجية على المؤسسة العمومية الاقتصادية تساهم وبشكل كبير في تطويرها والقيام بنشاطاتها على أكمل وجه، فهي تعد من بين الآليات التي اعتمدها المشرع الجزائري لإصلاحها، وذلك تدعيما للرقابة الإدارية الداخلية الممارسة من قبل الأجهزة الداخلية لها، خاصة وأن هذه الأخيرة أثبتت عدم كفايتها وقصورها لما تم تسجيله من تجاوزات تتعلق بتبديد الأموال العمومية التي تمتلكها المؤسسة العمومية الاقتصادية.

فقد كان لزاما تبني رقابة إدارية خارجية مقومة و موجهة و مكملة للرقابة الإدارية الداخلية، والتي لا تعد خرقا لمبدأ الاستقلالية التي يجب أن تتمتع بها المؤسسة العمومية الاقتصادية، بقدر ما هي أداة و وسيلة فعالة في يد الدولة لكي لا تضيع الأموال العمومية التي تحوزها و حفاظا على المؤسسات العمومية الإستراتيجية، باعتبارها مرافق عمومية هامة، كان لزاما على الدولة التدخل و حماية المصلحة العامة لمواطنيها باعتماد الرقابة الإدارية الخارجية، التي تستمد أساسها من اعتبار هذه الأخيرة مؤسسة مرفقية مهمتها تنفيذ سياسة الدولة التنموية أكثر من اعتبارها وحدة إنتاجية.

لذلك وجب تقديم التوصيات التالية لتفعيل هذه الرقابة في عملية إصلاح هذه المؤسسات:

-تغيير فكرة الرقابة الإدارية الخارجية على المؤسسة العمومية الاقتصادية بمعناها التقليدي السلبي المتمثل في مجرد اصطلياد الجهاز التنفيذي أو الأجهزة المكلفة بالرقابة للأخطاء التي يقع فيها مسؤوليها، وتحميلهم المسؤولية وتوقيع الجزاءات عليهم، إلى رقابة بمفهوم عصري إيجابي تهدف إلى تقويم وترشيد الأداء مما يؤدي إلى الرقي بمستوى العاملين والمسؤولين داخل المؤسسة، الشيء الذي ينعكس إيجابا على الرفع من أداء المؤسسة الاقتصادية وجودة المنتج الذي تقدمه.

-تأهيل الكادر البشري المكلف بالرقابة الإدارية الخارجية على المؤسسة العمومية الاقتصادية وتجنبيه كافة الضغوطات التي يتعرض لها، مما يؤثر سلبا على مصداقية وفعالية الرقابة.

⁽¹⁾ حبي محمد ، "المرجع السابق ، ص 151.

-الإسراع بالفصل بين طرق الرقابة الممارسة على المؤسسة العمومية الاقتصادية التي تملك فيها الدولة أغلبية رأسمالها وتلك التي تملك فيها الدولة جزءا فقط من رأسمالها، ذلك بتشديد الرقابة على المؤسسات ذات الطابع الاستراتيجي والحيوي التي ترتكز عليها الدولة من أجل النهوض بالاقتصاد الوطني.

-وضع جهاز موحد في شكل هيئة أو سلطة مستقلة مكلفة بمراقبة تداول أموال المؤسسة العمومية الاقتصادية والتكوين الأمثل لأعضائها، بمعنى إنشاء جهاز متخصص مهمته الوحيدة مراقبة المؤسسات العمومية الاقتصادية.

-الاستفادة من خبرات الدول المتقدمة في مجال مراقبة مؤسساتها، خاصة تلك التي معدلات الفساد فيها منخفض.

-اعتماد الرقمنة في الرقابة الإدارية الخارجية و إلزام كل المؤسسات العمومية الاقتصادية بوضع منصة رقمية تعنى بمتابعة سير وتداول الأموال العمومية الموجودة في ذمتها، لما يضيفه ذلك من شفافية في التسيير وحوكمة للمؤسسة.

-ضرورة إيجاد قنوات فعالة مهمتها التنسيق بين مختلف الأجهزة والهيئات المكلفة بالرقابة الإدارية الخارجية على المؤسسة العمومية الاقتصادية لتوحيد جهود الرقابة من جهة، وتفاديا لتداخل الاختصاصات من جهة أخرى.

قائمة المصادر والمراجع :

النصوص القانونية والتنظيمية

- التعديل الدستوري لسنة 2020 الصادر بموجب -المرسوم الرئاسي 442-20 مؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق 30 ديسمبر 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، ج ر العدد 82.
- القانون رقم 08-21 مؤرخ في 02 محرم عام 1430 الموافق ل 30 ديسمبر سنة 2008 المتضمن قانون المالية لسنة 2009، ج ر رقم 74 المؤرخة في 03 محرم 1430 الموافق ل 31 ديسمبر 2008.
- الامر 95-20 المؤرخ في 17/07/1995، المتعلق بمجلس المحاسبة، ج ر ، رقم 39، مؤرخة في 03/09/1995، المعدل و المتمم بالأمر رقم 10-02 المؤرخ في 26 أوت 2010.
- الأمر 01-04 المؤرخ 20 غشت 2001 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية و تسييرها و خصوصيتها، ج ر، العدد 47 الصادرة في 22 غشت 2001 المتمم بالأمر 08-01 المؤرخ في 28 فبراير 2008، ج ر ، العدد 11.
- الأمر 01_08 المؤرخ في 28 فبراير 2008 ، يتمم الأمر رقم 01_04، المؤرخ في 20 غشت 2001 ، المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصوصيتها، ج ر ، المؤرخة في 02 مارس 2008، العدد 11.
- المرسوم الرئاسي رقم 06/184 المؤرخ في 31/05/2006 المعدل للمرسوم التنفيذي رقم 01-253، المتعلق بتشكيلة مجلس مساهمات الدولة و سيره ، ج ر، عدد 36.
- المرسوم التنفيذي رقم 01-283 المؤرخ في 24 سبتمبر 2001 المتضمن الشكل الخاص بأجهزة إدارة المؤسسات العمومية الاقتصادية و تسييرها، ج ر ، عدد 55 الصادرة في 26 سبتمبر 2001.
- المرسوم التنفيذي رقم 08-272 المؤرخ في 06 سبتمبر 2008، يحدد صلاحيات المفتشية العامة للمالية ، ج ر، عدد 50 صادر في 07 سبتمبر 2008.
- المرسوم التنفيذي رقم 09-96 المؤرخ في 26 صفر 1430 الموافق ل 22 فبراير سنة 2009، يحدد شروط و كفاءات رقابة و تدقيق المفتشية العامة للمالية لتسيير المؤسسات العمومية الاقتصادية ج ر ، عدد 14 ، مؤرخة في 04 مارس 2009.

الأطروحات والمذكرات :

1. طيبون حكيم، رقابة الدولة على المؤسسات العمومية في الجزائر، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة الجزائر 2020، 01.
2. محديد حميد، النظام القانوني للمؤسسة العمومية الاقتصادية في الجزائر دراسة حالة المؤسسة الجزائرية لتكييف الهواء، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2016.
3. بريش ريمة، الرقابة الإدارية على المرافق العامة، مذكرة ماجستير في القانون العام، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، 2013.
4. بلقورشي حياة، مجلس المحاسبة في الجزائر بين الطموحات و التراجع، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة الجزائر، 2012.
5. بن دقيش عفاف، تنظيم القطاع العام الاقتصادي في الجزائر منذ 1988، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة الجزائر، 2016.
6. حشماوي مختارية، تكوين الأطارات المسيرة الجزائرية، مذكرة ماجستير علم الاجتماع، جامعة وهران، 2012.
7. سالمي وردة، تطور الرقابة على إدارة المؤسسة العمومية الاقتصادية، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة قسنطينة، 2009.

المقالات :

1. ابن خليفة سميرة، "المؤسسة العمومية الاقتصادية بين الوصاية الإدارية و تنمية الاقتصاد الوطني في القانون الجزائري"، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 5، العدد 01، سنة 2018.
2. بخدة عبد القادر، "الرقابة الخارجية على المؤسسات العمومية الاقتصادية آلية لتفعيل الإصلاح الاقتصادي في التشريع الجزائري"، مجلة القانون الدولي و التنمية، المجلد 4، العدد 2، سنة 2016.
3. حيمي محمد، "آلية الرقابة الخارجية على القطاع العام الاقتصادي بين محورية مكافحة الفساد و مركزية الحوكمة"، المجلة المتوسطة للقانون و الاقتصاد، المجلد 04، العدد 01، سنة 2019.
4. خالد عطوي، "إشكالات القانون الواجب التطبيق على المؤسسات العمومية الاقتصادية في مرحلة تسييرها غير المباشر في الجزائر"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 13، العدد 01، سنة 2022.
5. صالح يسمينة صفاء، مجدوبي شهرزاد، "المفتشية العامة للمالية كأداة لقياس أداء عمل المؤسسة العمومية الاقتصادية"، المجلة الجزائرية للاقتصاد و الادارة، المجلد 07، العدد 01، سنة 2016.
6. محمد حولي، عبد الرحمان بن وارث، خالد دريس، "جهود تقويم أداء المؤسسة الاقتصادية العمومية الجزائرية بين الواقع و المأمول"، المجلة الجزائرية للتنمية الاقتصادية، المجلد 09، العدد 01، سنة 2022.
7. مكاوي زوبر، "الحماية القانونية الرقابية على المؤسسة العمومية الاقتصادية في التشريع الجزائري"، مجلة دراسات اقتصادية، المجلد 16، العدد 03، سنة 2022.

مبدأ حسن النية في القانون الجنائي-دراسة تحليلية-

The principle of good faith in criminal law -analytical Study

الدكتور مجيدي العربي*

مخبر الدراسات والبحوث الإسلامية والقانونية والاقتصاد الإسلامي

- جامعة محمد بوضياف-المسيلة

larbi.madjidi@univ-msila.dz

تاريخ القبول: 04-06-2024

تاريخ الإيداع: 22-07-2023

ملخص:

مبدأ حسن النية من المبادئ الأساسية في القانون المدني، و ذلك لارتباطه باستعمال الحق، حيث تنضبط به استعمال الحقوق بما ينفي عنها صورة الاستعمال التعسفي لها و قصد الإضرار بالغير بما يجعل المقصود منه هو استعمال الحق و التصرف بشكل نزيه اي عدم انتواء الشر و الالتزام بالغاية التي شرع الحق من أجلها، لكن إذا انتقلنا بالمبدأ إلى المجال الجنائي فهل يبقى معناه مقتصر على عدم انتواء الشر باستعمال الحق؟ ما يجعل حسن النية مرتبطا فقط بالركن المعنوي، يستدل بوجوده على انتفاء القصد الجنائي في مجال التجريم، خصوصا وأن استعمال الحق يعد سببا من أسباب الإباحة، لكنه مشروط باستعماله بحسن نية حتى تتحقق الإباحة الجزائية وتنتفي المسؤولية الجزائية، ما يجعل من مدلول حسن النية في مجال الإباحة مغايرا عن مدلوله في مجال التجريم، كل هذا سيتم توضيحه في هذا المقال بمنهج وصفي تحليلي، ينتهي بجملة من النتائج التي خلصنا إليها.

الكلمات المفتاحية: حسن النية ; أسباب الإباحة; تجريم ; الركن المعنوي ; القصد الجنائي; استعمال الحق; الغاية

الاجتماعية.

Abstract:

The principle of good faith is one of the basic principles in civil law, and that's because it's associated with the use of the right. Where it controls the use of rights, and denies the image of arbitrary use and intention of causing harm to others, which makes meant as using the right and act with integrity, in the sense to don't aiming evil, and commitment to the objective for which the right was legislated. But if we move the principle of good faith to criminal matters, does its meaning remain confined always to aiming evil with act?. what makes it only related to the moral element whose presence indicates the absence of criminal intent in the criminalisation area . Especially that the use of the right is one of the causes of permissibility, but on the condition using it with good faith until the criminal permissibility is achieved, and extinguish meaning of criminal responsibility, which makes meaning good faith in criminal permissibility completely different from its meaning in the criminalisation area. All this will be clarified in this article with a descriptive analytical method ends with a set of our findings

Keywords : good faith ; causes of permissibility; criminalisation; mental element; use of the right; Social purpose.

* الدكتور مجيدي العربي.



مقدمة:

في تقديرنا لم تلق فكرة حسن النية في القانون الجنائي ذات الاهتمام الذي حظيت به في القانون المدني، حيث ينحصر تناولها والإشارة إليها عند بحث الركن المعنوي في الجريمة.

ومرجع هذا ارتباط حسن النية في مدلوله العام بمفهوم عدم انتواء الشر مطلقا، سواء في بعده الأخلاقي الذي يفيد سلامة الصدر ونقاء الضمير، رغبة في فعل الخير والعزوف عن الشر عند ممارسة الفعل، أم للجهل بالشر أو الغلط فيه بحيث يكون الوقوع فيه دون قصد.

لهذا فحسن النية في القانون الجنائي بشكل عام لا يعدوا أن يكون مبحثا من مباحث الركن المعنوي للجريمة، يدل وجوده على انتفاء القصد الجنائي، في حين يدل انتفاؤه على تحقق القصد الجنائي وإرادة مخالفة القانون، وهذا لارتباط النية بالقصد والإرادة.

غير أن مدلول حسن النية بهذا المعنى مرتبط بمجال الجريمة، أي في حال ارتكابها بحسن أو بسوء نية، ما قد يكييفها بناء على هذا إلى جريمة عمدية أو إلى جريمة غير عمدية. في حين أن حسن النية لا يرتبط بالقانون الجنائي في حال التجريم فقط، بل يرتبط به أيضا في مجال الإباحة، من خلال استعمال الحق كأحد أسبابها، حيث يعد حسن النية شرطا من شروط استعمال الحق حتى تتحقق الإباحة الجزائية وتنعدم المسؤولية الجزائية، ما يجعل من مدلول حسن النية في هذا المجال غير مدلوله في مجال التجريم، حيث لا يفيد حسن النية هنا انتفاء القصد، لأن مضمون الفعل هنا إتيان مباح، وليس ارتكاب جريمة تقوم على أركان من بينها الركن المعنوي المرتبط بالقصد والنية.

فما هو مدلول حسن النية في القانون الجنائي؟ وأين تظهر مجالات إعماله فيه؟ وما هي المعايير التي يتم بها الكشف عن توافر حسن النية في التصرف أو انعدامه بما يُبقي التصرف على أصل إباحته أو يُضفي عليه صفة؟ كل هذه التساؤلات سنحاول الإجابة عليها في صلب هذه الدراسة بمنهج وصفي تحليلي، مدعم بنماذج من خلال نصوص قانون العقوبات والاحكام القضائية، والآراء الفقهية.

وكل هذه التساؤلات تبرز مدى أهمية تناول هذا المبدأ من الناحية الجنائية، لتعلق انتفائه بوصف التجريم وهدم أصل الإباحة من جهة، وبكونه ضابطا ينضبط به استعمال الحق كسبب من أسباب الإباحة من جهة أخرى. أهمية لا تقل عن تناول هذا المبدأ في مجال الشائع تناوله فيه وهو القانون المدني، حيث يعد مبحث حسن النية من أوسع المباحث فيه وأقدمها، لارتباطها بصورة قصد الإضرار بالغير التي تعد أقدم صور ومعايير التعسف في استعمال الحق.

كل هذا سيتم توضيحه من خلال محاور ثلاثة بدءا ببيان مدلول حسن النية في الفقه الإسلامي والقانون المدني، ثم بيان مدلول حسن النية في القانون الجنائي في مجال التجريم ومنه الانتهاء إلى بيان مدلول حسن النية في القانون الجنائي في مجال الإباحة.

1-مدلول حسن النية في الفقه الإسلامي والقانون المدني:

قبل أن نتناول بالتحليل مدلول حسن النية في القانون الجنائي من خلال مجال التجريم ومجال الإباحة، نمهد بتناول مدلول حسن النية في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني، حيث من المهم تحديد مدلول حسن النية قبل توضيح الأثر المترتب عليها حال انتفاءها، خصوصاً وأن للنية مدلول وأثر خاص في الحكم على التصرفات في الفقه الإسلامي يتميز عما هو عليه القانون سواء القانون المدني الذي يرتبط فيه مدلول النية بالجهالة وعدم الغش كما سنرى.

1.1-مدلول حسن النية في الفقه الإسلامي:

بداية يراد بالنية في اللغة القصد، حيث تستعمل النية والقصد في كلام العرب بمعنى واحد، فيراد بالقصد الاعتزام والتوجه والنهوض نحو الشيء، على اعتدال كان ذلك أو جور⁽¹⁾.

أما بخصوص مصطلح حسن النية فلم يرد للفقهاء تعريف خاص بحسن النية، وهذا لعدم ورود هذا اللفظ في مصطلحاتهم لدخول معناه ومدلوله تحت معنى النية والقصد، لذا يرتبط معناه بمقاصد الأفعال ومآلاتها، لأن الأحكام الشرعية في أمور الناس تتكيف حسب قصدهم من إجرائها⁽²⁾، فالنية أو القصد تجعل الشيء حلالاً أو حراماً، وصحيحاً أو فاسداً، وطاعة أو معصية⁽³⁾.

وفي هذا يقول الإمام "الشاطبي": "كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة، وكل ما ناقضها فعمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل". وهذا ما يجعل من مفهوم حسن النية استهداف المكلف بفعله الغاية التي وضعها الشارع للفعل.

وعلى هذا يكون الطبيب شرعاً حسن النية إذا قام بمعالجة مريضه تحقيقاً لشفائه، أما إذا انحرف عن تحري الغاية التي قرر من أجلها النظام القانوني هذا الحق فإنه يكون سيئ النية كإجرائه عملية جراحية لمريضه للتمرين دون أن تستدعيها حالة المريض ذلك.

وهذا ما يجعل من مبدأ حسن النية في الفقه الإسلامي في جوهره مبدأ أخلاقياً باعتبار دلالته عند توافره على الأمانة والصدق، وعند تخلفه عن الغش والخيانة ومضارة الناس وهي جميعها قيم أخلاقية. ولئن كان هذا الأمر محل اختلاف بين فقهاء القانون باعتبار القانون بفصل بين قواعد الأخلاق والقاعدة القانونية، فإنه يمكن اعتبار حسن النية في الفقه الإسلامي غاية قانونية وأخلاقية في نفس الوقت، حيث لا تفصل قواعد التشريع الإسلامي بين قواعد الدين وقواعد الأخلاق، فالأخلاق تعتبر جزءاً من التشريع الإسلامي وهذا ما أكدّه النبي ﷺ بقوله: ((إِنَّمَا بُعِثْتُ لِأَتَمِّمَ صَالِحَ الْأَخْلَاقِ))⁽⁴⁾.

(1) ابن منظور، لسان العرب، بيروت، دار صادر، 1414هـ، ط3 ج3، ص 355.

(2) عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، الإسكندرية، دار عمر بن الخطاب، ص 91.

(3) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، بيروت، دار الكتب العلمية، 1991، ط1، ج3، ص 79.

(4) أخرجه البخاري، الأدب المفرد، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت، دار البشائر الإسلامية، 1409هـ-1989، ط3، ص 273، حديث رقم: [273].

-مدلول حسن النية في القانون المدني:

على الرغم من قدم فكرة حسن النية حيث تمتد جذورها حتى القانون الروماني الذي اخذ بفكرة التعسف في استعمال الحق في صورتها البدائية من خلال منع تعمد الإضرار بالغير، وهي صورة مرتبطة بسوء النية، من ذلك تقييدهم حق مالك الأرض الذي يجد حيوانات للغير في طرد تلك الحيوانات بأن لا يترتب على طردها ضرر بها⁽¹⁾. وبالرغم من تناول الفكر الأوروبي بصفة عامة هذه الفكرة وحاول بيان أساسها وطبيعتها، انعكس على القوانين والتشريعات كالقانون الفرنسي، وهذا بعد التطور الذي حصل في الفكر القانوني الفرنسي بفضل فكرة العدالة وقواعد الأخلاق، والتقدم الاقتصادي والاجتماعي والسياسي، الذي نتج عنه بروز دور الإرادة في التصرفات القانونية، الأمر الذي أدى بدوره إلى تقدم دور الباعث والنيات في التصرفات القانونية. فذهب جانب من الفكر القانوني إلى أن حسن النية يقوم في اعتقاد الإنسان بأنه لا يؤدي أحداً ولا يقترب عملاً غير مشروع. وذهب فريق غيره إلى أن مبنى حسن النية ما يكون في فعل الإنسان من إخلاص وأمانة ومراعاة لما يقتضيه الضمير⁽²⁾.

بالرغم من كل هذا فإن أغلب التشريعات لم تتعرض بشكل مباشر لتعريف حسن النية وإن كانت تعتبره بمثابة قاعدة ضرورية في العلاقات القانونية كلها ومفترضة بداهة حتى يثبت العكس⁽³⁾.

ولعل مرجع هذا صعوبة بناء تصور واحد لمبدأ حسن النية وذلك لاختلاط فكرة حسن النية بالأخلاق في القانون، فهي فكرة غير محددة يشوبها الغموض وعدم التحديد، ذلك إن وحدة القياس في القانون تختلف عنها في الأخلاق. كما أن مفهوم حسن النية يختلف من حالة إلى أخرى، ففي نطاق الالتزامات يعني الاستقامة والأمانة، وفي كسب الحقوق يعني عدم العلم بالعيب الذي يشوب التصرف. ومن ناحية أخرى فإن فكرة حسن النية تختلط بمعاني أخرى تنبع من منبع واحد، إذ يتحدث الفقهاء بمناسبة الحديث عن حسن النية عن فكرة الجهل والغلط والخطأ، وجميع هذه الأفكار تنبع من داخل الإنسان أي أنها ذاتية، قياسها وتحديدها ليس هيئاً لازتباطها بعواطف وأفكار ومشاعر الإنسان، والتي تتفاعل وتتحرك من أجل تحقيق غاية معينة.

غير أنه باستقراء النصوص التشريعية فإنه يمكن استنباط المعنى المراد من حسن النية من خلال دلالات الألفاظ التي صيغت بها تلك النصوص. فقد ورد حسن النية من خلالها بالمعاني الآتية:

1-حسن النية بمعنى التصرف عن خطأ وجهالة بالحقيقة: والذي يمكن استنباطه من نصوص القانون المدني الجزائري⁽⁴⁾، من ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 824: (يفرض حسن النية لمن يحوز حقاً وهو يجهل أنه يتعدى على حق الغير إلا إذا كان هذا الجهل ناشئاً عن خطأ جسيم) فيستفاد من لفظ المادة أن الحائز يكون حسن النية إذا

(1) أنور سلطان، "نظرية التعسف في استعمال الملكية"، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، العدد الأول، 1947، ص 79.

(2) حسن عامر، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، مصر، مطبعة مصر، 1960، ص 79.

(3) خلود سامي عزارة آل معجون، النظرية العامة للإباحة، (رسالة دكتوراه)، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1984، ص 210.

(4) راجع على سبيل المثال المواد: 395، 785، 788، 825، 828، 885، 995 وغيرها من القانون المدني.

اعتقد دون شك أنه يتلقى الحق من مالك العقار أو صاحب الحق العيني على العقار⁽¹⁾. وعليه يمكن تعريف حسن النية بكونه الاعتقاد المغلوط وغير الخاطئ بوجود أو عدم وجود واقعة، حق، أو قاعدة قانونية⁽²⁾.

ووفق هذا المعنى قضت المحكمة العليا في قرار لها أن الحائز له أن يكتسب ما يقبضه من الثمار ما دام حسن النية⁽³⁾.

ويظهر من هذا مدى تأثير الاعتبار الشخصي أو الذاتي في تحديد مفهوم حسن النية، هذا المعيار الذي يعتمد أساسا على أمور شخصية أو ذاتية، يظهر من خلال فصل القاضي كل شخص على حده، من خلال مراعاته الحالات النفسية عند تطبيق ذلك.

2- حسن النية بمعنى التصرف دون غش وقصد الإضرار بالآخرين: والذي يمكن استنباطه من نص المادة 124 مكرر الفقرة الأولى على الاستعمال التعسفي للحق، حيث اعتبرت استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير صورة ومعيارا من صور ومعايير التعسف في استعمال الحق، أي استعمال الحق بنية سيئة من خلال قصد الإضرار بالغير عند التصرف.

وهذا المعنى يأخذ حسن النية مفهوم النزاهة في السلوك الخاص بالالتزامات⁽⁴⁾، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري من خلال نص المادة 1/107 من القانون المدني حين أوجب الالتزام بحسن النية عند تنفيذ العقد حيث تنص على أنه: (يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية). أي يجب الالتزام بتنفيذ العقد حسب ما ورد فيه وما تستلزمه قواعد القانون والعرف والعدالة كما نصت عليه الفقرة الثانية من ذات المادة، وبدون أي قصد سيئ قد يلحق ضررا بالطرف الآخر، أي أن المشرع بمفهوم المخالفة لنص المادة 107 ينهى عن التنفيذ الذي ينطوي على غش أو إساءة بالطرف المتعاقد معه، ووفق هذا المعنى فإن حسن النية يأخذ مفهوم النزاهة في تكوين وتنفيذ التصرفات القانونية⁽⁵⁾.

ونخلص من كل هذا أن حسن النية من خلال نصوص التشريع يتجلى في تصرفات الفرد من خلال حالات أربع:

- 1- أن يتصرف وهو يجهل حقيقة معينة.
- 2- إذا تصرف وهو واقع في غلط.
- 3- إذا تصرف بغير بغش.
- 4- إذا تصرف بغير قصد الإضرار بالغير.

⁽¹⁾ زواوي فريدة، الحياة والتقدم المكسب، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2000، ص 112.

⁽²⁾ Raymond Gaillier et Jean Vincent, lexique des termes juridiques, 15^e édition Dalloz, 2005, P83: « ...mais la Bonne foi peut être également la croyance erronée et non fautive en l'existence ou l'inexistence d'un fait, d'un droit ou d'une règle juridique. »

⁽³⁾ قرار بتاريخ: 1987/05/20، المجلة القضائية، المحكمة العليا، الجزائر، عدد 03، 1991، ملف رقم 38.340.

⁽⁴⁾ Béatrice Jaluzot, La bonne foi dans les contrats étude comparative, des droits français, allemand et Japonais, Éditions Dalloz, 2001, N° : 21, P07.

⁽⁵⁾ Raymond Gaillier et Jean Vincent, opcit, p83. « le terme (bonne foi) est usité dans deux acceptions, la bonne foi est en premier lieu la loyauté dans la conclusion et l'exécution des actes juridiques ».

وعليه يمكن القول بأن المقصود بحسن النية في القانون المدني هو التزام اليقظة والإخلاص والنقاء من كل غش أو إيداء للغير⁽¹⁾.

2-مدلول حسن النية في القانون الجزائي في مجال التجريم.

من الناحية الجنائية يأخذ حسن النية معنى عدم انتواء الشر، الذي يتحقق عند عدم وجود الرغبة النفسية في مخالفة القانون، وهذا هو معنى قول الشراح: وجود حسن النية يفيد انتفاء القصد الجنائي⁽²⁾.

لذا يُرجع غالب الفقه الجنائي مدلول حسن النية إلى فكرة القصد الجنائي، ذلك أن القصد هو إرادة متجهة إلى مخالفة القانون، أي متجهة إلى الاعتداء على الحقوق التي يحميها، فمن انتفت هذه الإرادة لديه فلم يكن مستهدفا مخالفة القانون أو الاعتداء على حق، فقد انتفت لديه النية السيئة وتوافر لديه حسن النية⁽³⁾.

ولم تخرج التشريعات الجزائية فيما نصت عليه قوانينها عن هذا المعنى لحسن النية المرتبط بالقصد كالتشريع الجزائري المصري والتشريع الجزائري الجزائري. وحتى القضاء في أحكامه فقد كرس هذا المعنى من حيث أن توافر حسن النية يدل على انتفاء القصد الجنائي. وهذا ما سوف نوضحه من الآتي:

1.2-مدلول حسن النية في مجال التجريم في الفقه الجنائي.

1.2.1- في الفقه الجنائي الفرنسي: لم يتعرض الفقه الجنائي الفرنسي ولا التشريع لفكرة حسن النية بوجه خاص، ولم تلق ذات الاهتمام الذي لاقت له لدى فقهاء القانون الخاص، حيث لم تُتناول كفكرة قانونية قائمة بذاتها، حيث يتم تناولها كفكرة مرتبطة بالقصد الجنائي، وذلك عند بحث الركن المعنوي للجريمة فقط. فقد تناولها مثلا الفقيه الفرنسي "جارسون Garçon" وهو بصدد تحديده لفكرة القصد الجنائي، حيث ذهب إلى أن حسن النية أو سوءها عبارة عن حالة من حالات الضمير، ومن ثم فهي وثيقة الصلة بالقصد الجنائي وتدور معه وجودا وعدما، إذ أن من حسنت نيته انعدم لديه القصد الجنائي، ومن أتى عملا بسوء نية وانتوى الإضرار بالغير متممدا لإحداث النتيجة المؤتممة، توافر لديه ولا شك القصد الجنائي، وحسن النية وسوءها أمر يتعلق بالوقائع ومن ثم فالغلط في أمر منها يعتد به ويتوافر لدى من وقع في ذلك الغلط حسن النية. أما الغلط في القانون كمن يرتكب فعلا يخضع لقاعدة تجريم وهو يجهل ذلك فإنه لا شأن لحسن النية به ومن ثم لا يبيح مثل ذلك الغلط الفعل. ولذا فقد خلص الفقيه "جارسون Garçon" إلى القاعدة العامة في القانون الجزائي وهي عدم جواز الاعتذار بجهل القانون أو الغلط فيه⁽⁴⁾.

وإلى ذات النتيجة خلص الفقيه "بوزا BOUZAT" حيث يرى أن حسن النية عنصر في الغلط في الوقائع وهكذا ينفي الجريمة العمدية، لأن الجريمة العمدية تفترض سوء النية والغلط في الوقائع يتضمن حسن النية فإذا قتل الجاني شخصا يظنه حيوانا فلا يعاقب بجريمة القتل العمد، حيث لا يوجد لديه القصد لهذه الجريمة، على أن الغلط في الوقائع لا ينفي الجريمة غير العمدية فهذه الجريمة غالبا ما تكون جريمة إهمال، فمثلا الصياد الذي يقتل إنسانا يحسبه

(1) عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسبب للإباحة، (رسالة دكتوراه)، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1968، ص 394.

(2) محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة في التشريعات العربية، القاهرة، المطبعة العالمية، 1962، ص 90.

(3) محمد محمد مصباح القاضي، المرجع السابق، ص 32.

(4) خلود سامي عزارة آل معجون، المرجع السابق، ص 211.

حيوانا يعاقب على القتل بإهمال، أما الشخص الذي يصطاد بغير ترخيص في أرض الغير ظانا أنه يفعل ذلك في أرضه هو فإنه يعاقب بعقوبة الصيد بأرض الغير⁽¹⁾.

ويتضح من خلال تصوير الفقه الجنائي الفرنسي لحسن النية اعتبارها عاملا نفسيا من شأنه أن ينفي القصد الجنائي لدى الفاعل من حيث هو سبب في قيام الغلط، ولكن أثره قاصر على الغلط في الوقائع، ولا يعتد بها بالنسبة للغلط في القانون لاصطدام ذلك بقاعدة أخرى لا مناص من نفاذها وهي عدم العذر للجهل أو الغلط في القانون⁽²⁾.

2.1.2- في الفقه الجنائي المصري: لم يخرج الفقه الجنائي المصري عن تصور الفقه الجنائي الفرنسي لفكرة حسن النية، حيث لم يعرض فقهاء القانون الجنائي في مصر لها كفكرة قانونية قائمة بذاتها أيضا، وإنما كان يتعرض لها دائما بمناسبة تحديد المراد بالقصد الجنائي أو تحديد شروط استعمال الحق⁽³⁾.

وعلى هذا سار الفقه الجنائي التصور الفقهي الفرنسي لحسن النية من حيث دلالتها عن انتفاء القصد الجنائي، حيث يؤكد هذا المدلول الدكتور "محمود نجيب حسني" بقوله: «لحسن النية مدلول مستقر في القانون الجنائي هو انتفاء القصد الجنائي، ذلك أن القصد هو إرادة متجهة إلى مخالفة القانون أي متجهة إلى الاعتداء على الحقوق التي يحميها القانون، فمن انتفت هذه الإرادة لديه فلم يكن مستهدفا مخالفة القانون أو الاعتداء على حقه فقد انتفت لديه النية السيئة وتوافر لديه حسن النية»⁽⁴⁾.

2.2-مدلول حسن النية في مجال التجريم في التشريع الجنائي.

2.2.1- مدلول حسن النية في مجال التجريم في التشريع الجنائي المصري: على غرار موقف الفقه الجنائي لم يتعرض التشريع المصري لمدلول حسن النية كمبدأ قانوني، مع أن هناك مواد عديدة في قانون العقوبات تضمنت عبارة "حسن النية" كنص المادة 60 من قانون العقوبات: (لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة)، حيث تناول المشرع المصري فكرة حسن النية من خلال نص هذه المادة باعتبارها أحد شروط الإباحة دون أن يحدد تعريفا خاصا لها.

كما تضمنتها نص المادة 204 من خلال عبارة "بنية سليمة" التي استعمل فيها حسن النية كشرط للتخفيف حيث تقضي بأن: (كل من قبل بحسن نية عملة مقلدة أو مزيفة أو مزورة ثم تعامل بها بعد علمه بعيبه يعاقب بالحبس)، وكذلك المادة 251 عقوبات والتي تنص على أنه لا يعفى من العقاب بالكلية من تعدى بنية سليمة حدود حق الدفاع أثناء استعماله إياه دون أن يكون قاصدا إحداث ضرر أشد مما يستلزم هذا الدفاع ومع ذلك للقاضي إذا كان الفعل جنائية أن يعده معذورا⁽⁵⁾، حيث أخذ المشرع المصري هنا فكرة حسن النية كعذر من الأعذار الشرعية.

2.2.2- مدلول حسن النية في مجال التجريم في التشريع الجنائي الجزائري: كباقي التشريعات والقوانين الجزائية لم يُعرّف المشرع الجنائي الجزائري "حسن النية"، وإن كانت بعض مواد قانون العقوبات قد ورد بها صراحة مصطلح

(1) ذكره: عثمان سعيد عثمان المرجع السابق، ص 401.

(2) عثمان سعيد عثمان المرجع السابق، ص 401.

(3) خلود سامي عزارة آل معجون، المرجع السابق، ص 212.

(4) محمود نجيب حسني، المرجع سابق، ص 90.

(5) محمد محمد مصباح القاضي، المرجع السابق، ص 57-58.

(حسن النية) و(سوء النية)، وبعضها تضمنته من خلال عبارات متعددة دالة عليه مثل بقصد (كما في المواد: 61،62،86،225 عقوبات) أو عبارة بغرض أو قصد الإضرار (كما في المواد: 61،62،69،70،74 عقوبات).

أو بعبارة بغرض (كما في المواد: 77،78،84،211 عقوبات) أو بعبارة بطريق الغش (كما في المواد: 210،215،363 عقوبات)، أو تضمينها مفهوم المادة بسياق لفظي يدل على ذلك.

فمثلا ما جاء في المادة 263 والمتعلقة بجريمة القتل العمد حيث تنص على أنه: (يعاقب على القتل بالإعدام إذا سبق أو صاحب أو تلي جناية أخرى كما يعاقب على القتل بالإعدام إذا كان الغرض منه إما إعداد أو تسهيل أو تنفيذ جنحة أو تسهيل فرار مرتكبي هذه الجنحة أو الشركاء فيها أو ضمان تخلصهم من عقوبتها. ويعاقب القاتل في غير ذلك من الحالات بالسجن المؤبد.

وفي جميع الحالات المنصوص عليها في هذه الفقرة يجب القضاء بمصادرة الأسلحة والأشياء والآلات التي استعملت في ارتكاب الجناية مع حفظ حقوق الغير حسن النية).

فالقتل هو إزهاق روح إنسان عمدا وبالتالي فالقاتل المتعمد القتل هو آثم سيئ النية دائما يعاقب بنص المادة، غير أنه قد يرتبط بهذه الجريمة الغير بحسن النية كما وضحته المادة بالنسبة للأسلحة وغيرها من الآلات المرتكب بها الجريمة فقد يكون صاحبها جاهلا بأنها ستستعمل للقتل من قبل من استعارها مثلا فهو بهذا حسن النية ينتفي لديه القصد الجنائي، فلا جريمة ولا عقاب إذا كانت حيازته لها حيازة قانونية.

وكذا ما جاء في نص المادة 201 من قانون العقوبات والتي تقضي بأن: (لا عقوبة على من تسلم نقودا معدنية أو أوراقا نقدية مقلدة أو مزورة أو مزيفة أو ملونة وهو يعتقد أنها صحيحة وطرحها للتداول وهو يجهل ما يعيها. كل من طرح النقود المذكورة للتداول بعد أن يكشف ما يعيها يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة تساوي أربعة أضعاف المبلغ الذي طرحه للتداول بهذه الكيفية).

حيث تعتبر من تسلم نقودا مزورة أو طرحها للتداول جاهلا ما يعيها حسن النية ينعدم لديه القصد الجنائي، فلا عقوبة عليه. بخلاف ذلك يعد آثما سيئ النية في حال تعمدته التداول بها بعد اكتشاف ما يعيها، حيث تكون الجريمة هنا قائمة والعقوبة واجبة. فيلاحظ هنا اعتبار حسن النية والجهل في الوقائع سببان مانعان للعقوبة بمنطوق المادة.

وكذا ما نصت عليه المادة 303 من ذات القانون: (كل من يفض أو يتلف رسائل أو مراسلات موجهة إلى الغير وذلك بسوء نية وفي غير الحالات المنصوص عليها في المادة 137 يعاقب بالحبس من شهر (1) إلى سنة (1) وبغرامة من 25.000 دج إلى 100.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط).

حيث رتبت العقوبة على كل من فض وأتلف مراسلات بسوء نية، أي بقصد جنائي وإرادة أثمة متجهة لارتكاب السلوك المجرم وتحقيق النتيجة الإجرامية، وبمفهوم المخالفة لا يعاقب من قام بمثل هذا الفعل إذا كان بحسن نية، وهذا مع مراعاة نص المادة 137 عقوبات⁽¹⁾ الخاصة بموظفي مصلحة البريد.

3.2-مدلول حسن النية في مجال التجريم في القضاء الجنائي.

3.2-1-مدلول حسن النية في مجال التجريم في القضاء الجنائي المصري: من منطلق أن حسن النية مسألة وقائع، فإن محكمة الموضوع تتمتع فيها بحرية تقدير واسعة للظروف والملابسات التي تحيط بكل حالة على حدة، ولهذا حكم بأن لقاضي الموضوع أن يفصل نهائيا فيما إذا كان سوء القصد متوفرا عند المتهم من عدمه وليس مقيدا بقواعد إثبات خاصة، كضرورة وجود عدااء بين المجني عليه والمتهم، بل إن سوء القصد يمكن استنتاجه من ظروف الدعوى والقرائن⁽²⁾.

فقد أدان القضاء المصري شرطي مرور بالقتل خطأ لإطلاق عيارين ناريتين على سيارة لم يمثل قائدها لأمر الوقوف للتفتيش وادعى الشرطي المتهم أن هناك تعليمات تسمح له بضرب إطار عجلة السيارة في حالة الاشتباه، لكن لم يثبت وجود هذه التعليمات وقالت المحكمة أنه لا يغني الاعتقاد للموظف بصدور الأمر عن حقيقة صدوره فعلا، والتثبت من صدور الأمر لا غنى عنه لتوافر حسن النية⁽³⁾.

كما حكم على متهم بكونه قد تجاوز بحسن نية حدود الدفاع الشرعي إذ كان قد سرق غيطة في الليالي السابقة على الحادث، ثم رأى في الليلة الحادث المجني عليه مع آخر بجوار غيطة، فاعتقد أنهما المعتادان سرقته، فبادر بطعن المجني عليه بسكين أدت إلى وفاته⁽⁴⁾.

ومن هذه الأحكام يتضح اتجاه القضاء إلى إبراز تصور حسن النية المستند إلى المبادئ القانونية بكونه انتفاء القصد الجنائي عند وجود حسن النية.

3.2-1-مدلول حسن النية في مجال التجريم في القضاء الجزائري الجزائي: سار القضاء الجزائري مسار الفقه الجنائي من اعتبار أن توافر حسن النية يفيد انتفاء القصد الجنائي، وذلك حين استعمل لفظ سوء النية للدلالة على توافر القصد الجنائي، من ذلك ما جاء في قرار للمحكمة العليا في إحدى حيثياته: (...أن الركن المعنوي للجريمة المنصوص والمعاقب عليها في المادة 374 من قانون العقوبات هو مفترض، إذ يمكن استخلاص سوء النية والعلم بمجرد إصدار شيك لا يقابله رصيد قائم وقابل للصرف، ولا عبرة بعد ذلك بضالة أو تهاة النقص الملحوظ في الرصيد، أو

⁽¹⁾ تنص المادة 137 من قانون العقوبات على أن: (كل موظف أو عون من أهوان الدولة أو مستخدم أو مندوب عن مصلحة البريد يقوم بفض أو اختلاس أو إتلاف رسائل مسلمة إلى البريد، يسهل فضها أو اختلاسها يعاقب بالعقوبات المقررة من ثلاث (3) أشهر إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 30.000 دج إلى 500.000 دج. ويعاقب بالعقوبة نفسها كل مستخدم أو مندوب في مصلحة البريد يختلس أو يتلف برقية أو يذيع محتواها.

ويعاقب الجنائي فضلا عن ذلك بالحرمان من كافة الوظائف أو الخدمات العمومية من خمس إلى عشر سنوات)

⁽²⁾ عثمان سعيد عثمان، المرجع السابق، ص 404.

⁽³⁾ نقض 28 يناير سنة 1957، مجموعة أحكام النقض سنة 5 رقم 20، ص 76. ذكره: عثمان سعيد عثمان المرجع السابق، ص 405.

⁽⁴⁾ عثمان سعيد عثمان، المرجع السابق، ص 405.

بسبب آخر يعد من قبيل البواعث التي لا تأثير لها في قيام المسؤولية الجزائية ، ويعتد به فقط عند توقيع العقوبة⁽¹⁾.

فسوء النية يراد به القصد الجنائي الذي يتحقق بموجب فحوى هذا القرار بمجرد إصدار شيك لا يقابله رصيد، بما يشكل الركن المعنوي لجريمة إصدار الشيك بدون رصيد.

وبهذا وعلى غرار القانون الفرنسي والقانون المصري فإن مدلول حسن النية في القانون الجزائري الجزائي هو انتفاء القصد الجنائي، يتوقف على توافره قيام الركن المعنوي للجريمة.

واعتبار توافر حسن النية ينفي وجود القصد الجنائي، هو أنهما من الناحية النفسية ضدان لا يجتمعان، لا يجتمعان في وقت واحد في نفس واحدة.

غير أن اعتبار حسن النية يعني انتفاء القصد الجنائي لا يعدو أن يكون بيانا لدور حسن النية وأثره، و لا يمثل تفسيراً ومعنى لها، حيث أن تحديد معنى دقيق لحسن النية يستحسن أن يبدأ من اعتبارها فكرة قانونية بمثابة مبدأ أو قاعدة عامة لا يقتصر تطبيقها على فرع بعينه من فروع القانون، بل تطبق في جميع هذه الفروع نظراً لأنها قاعدة سلوكية تنطوي على مثل أعلى أخلاقي⁽²⁾، فهو بمثابة المبدأ الذي تنفذ من خلاله الأخلاق إلى مضمون القانون، وهو مبدأ إنساني متقدم يؤخذ به تطبيقاً لمضمون العدالة الإنسانية التي تركز أن الأصل في الإنسان براءة الذمة ، وقاعدة قانونية عامة تنطبق على كل فروع القانون، ولا يتغير مدلولها من قانون لآخر إلا بناء على إعطائها معنى محدداً بموجب نص صريح⁽³⁾.

وإجمالاً يمكن أن نخلص إلى أن لحسن النية صلة وثيقة بالقصد الجنائي تدور معه وجوداً وعدماً، فمن حسنت نيته انعدم القصد الجنائي لديه، ومن أتى عملاً بسوء نية ونوى الإضرار بالغير متعمداً إحداث النتيجة المؤتممة توافر لديه ولا شك القصد الجنائي وأمكن عندها مساءلته جزائياً عن جريمة عمدية⁽⁴⁾.

3-مدلول حسن النية في القانون الجزائري في مجال الإباحة.

حسن النية أو سوءها في جوهرها -كما وضعنا سابقاً-تعبير عن حالة ضمير الإنسان أو حالة إرادته، فإذا اتجهت هذه الإرادة اتجاهاً مستقيماً مع مقتضى القانون، اتجاهاً يكشف عن الإخلاص والأمانة وعدم الإضرار سمي ذلك حسن نية، ينتفي بتواجده القصد الجنائي في الجرائم العادية.

وهي في مجال استعمال الحق تعد شرطاً من أجل وصف الفعل بوصف الإباحة، لذا فإن مدلول حسن النية في مجال الإباحة عند استعمال الحق لا يعني انتفاء القصد الجنائي، وإنما يرتبط مدلولها بالغاية القانونية للحق ووظيفته الاجتماعية التي شرع من أجلها، ما يجعل دور حسن النية في مجال الإباحة عند استعمال الحق يتميز عن دورها في مجال الجريمة، وإن كانا يجتمعان في نفي القصد الجنائي، من خلال أن حسن النية في استعمال الحق يتجه معناه إلى عدم

⁽¹⁾ قرار بتاريخ 1999/07/26، المجلة القضائية، المحكمة العليا، الجزائر، عدد 02، 1999، عدد خاص، ملف رقم 219390، ص 41.

⁽²⁾ محمد محمد مصباح القاضي، المرجع السابق، ص 60.

⁽³⁾ تحسين درويش، استعمال الحق كسبب للتبرير في القانون الجزائري المقارن، (رسالة دكتوراه)، تخصص القانون الجنائي، معهد العلوم القانونية والإدارية بن عكنون، جامعة الجزائر، 1984، ص 121.

⁽⁴⁾ مصطفى كامل وصفي، "الشرعية بين الشريعة الإسلامية والقانون الجنائي"، المجلة الجنائية القومية، القاهرة، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، العدد 1-2، 1976، المجلد 19، ص 166.

مخالفة القانون والالتزام بقواعده وغاياته. هذا الالتزام بغاية القانون فيما شرعه من حقوق أو الخروج، أي الكشف عن حسن النية أو سوءها يحتاج إلى معايير يسترشد بها في هذا. وهو ما سيتم تناوله توضيحاً لمدلول حسن النية في مجال الإباحة من خلال الآتي:

1.3- حسن النية بمعنى استهداف الغاية من تشريع الحق عند استعماله.

مما هو متفق عليه أن القانون إذا أباح حقاً ما، فإن هذه الإباحة تستلزم بالضرورة السماح باستعمال بعض الوسائل، لاقتضاء هذا الحق حتى ولو كانت -هذه الوسائل- مشكلة لجريمة ينهى عن إتيانها التشريع الجزائي كقاعدة. غير أن هذا السماح مقيد بشرط التزام مستعمل الحق بالحدود المقررة لاستعماله قانوناً وعرفاً. حيث تشرط الغالبية العظمى من التشريعات العربية في مجال استعمال الحق "حسن النية" في استعماله كشرط ذا طبيعة شخصية يعتبر كضمانة لعدم التعسف والمغالاة في استعمال الحق.

فهذه الشروط سواء الموضوعية أو الشخصية، تشكل الإطار الذي حدده القانون للحق، ويجعل من الفعل المرتكب في حدوده فعلاً مباحاً، فإذا خرج الفعل عن حدود الحق كان غير مشروع وبالتالي لا يتمتع الفعل بصفة الإباحة.

ومن المعلوم أن النظام القانوني عندما يقرر حقوقاً معينة ويسبغ عليها حمايته ويبيح بموجبها أفعالاً الأصل فيها التجريم، فذلك لا يكون إلا لعل ومصلحة وغاية تدفع المشرع إلى تقريرها وحمايتها، لا بد لصاحب الحق عند مباشرته الأفعال التي تستند لهذه الحقوق أن يتحرى الغاية التي من أجلها تقررت له هذه الحقوق بحيث يظل في دائرة الإباحة، وبهذا إذا قصد مستعمل الحق وتوجه بتصرفه إلى تحقيق الغاية التي أبيض الفعل بموجبها كان فعله مشروعاً ودل ذلك على حسن النية لديه.

وعليه يأخذ حسن النية في استعمال الحق مدلولاً آخر يختلف عن مدلولها في الجريمة الذي ينصرف كما تم توضيحه إلى انتفاء القصد الجنائي، والذي يعني اتجاه الإرادة نحو الاعتداء على الحقوق التي يحميها القانون، وهذه هي النية السيئة وانتفاؤها يدل على حسن النية. غير أن هذا المدلول لحسن النية لا يتصور توافره بهذا المعنى في مجال استعمال الحق في مجال الإباحة، ذلك أنه لما كانت مشروعية الحق مرتبطة بغاية ومصلحة اجتماعية فإن صاحب الحق عند استعماله لحقه يستهدف تحقيق هذه الغاية التي شرع الحق من أجلها⁽¹⁾، أي أن حسن النية يتوافر في كل حالة يكون فيها ممارسة الحق من قبل صاحبه قد تم بهدف تحقيق نفس الغاية التي دفعت النظام القانوني إلى الاعتراف بهذا الحق وجعل الفعل مشروعاً، فلكل حق في القانون غاية يرى أن تحقيقها يوفر للمجتمع مصلحة تعلو على اعتبار الفعل المحقق لها جريمة⁽²⁾، وكل انحراف عن الغاية التي شرع الحق لأجلها يرفع عن الفعل صفة الإباحة ويعيد له صفته غير المشروعة، فيكون بهذا سبب النية ولا يجوز له الاحتجاج لإباحة فعله بذلك الحق كون الفعل لم يكن مؤدياً لوظيفته الاجتماعية التي تحددها غاية الحق⁽³⁾.

⁽¹⁾ محمد هشام أبو الفتوح، شرح القسم العام من قانون العقوبات، القاهرة، دار النهضة العربية، 1990، ص 867.

⁽²⁾ محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات - القسم العام، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1993، ص 302.

⁽³⁾ محمد هشام أبو الفتوح، المرجع نفسه، ص 867.

وعلى هذا فإن حسن النية في استعمال الحق هو " استهداف صاحب الحق بفعله نفس الغرض الذي من أجله قرر الحق له"⁽¹⁾، أي أن صاحب الحق يكون سيئ النية إذا استهدف بفعله غرضاً و غاية غير الغرض و الغاية الذي من أجلها تقرر الحق، ما يشكل انحرافاً وإساءة في استعمال الحق، وهذا هو عين ومعنى التعسف في استعمال الحق، ما يجعل من التعسف في استعمال الحق تجسيدا لانتفاء حسن النية⁽²⁾، فالطبيب الذي يجري عملية جراحية لمريض ليس بقصد إنقاذ حياته وتخفيف آلامه وإنما بقصد الوصول إلى اكتشاف علمي أو تحقيق أغراض طبية مفيدة في عالم الطب، يكون سيئ النية ومتعسفا في ممارسته للحق المخول له قانوناً، إليه بصرف النظر عن نبل الهدف الذي يخدم الإنسانية بالكشف العلمي الذي يسعى إليه.

وأساس هذا أن القانون لا يعرف حقوقاً مجردة عن الغاية، بل جميع الحقوق التي يشرعها هي حقوق غائية قررهما من أجل استهداف أغراض وغايات معينة، يفترض في صاحب الحق أن يتوجه بممارسته لحقه نحو هذه الغاية دون أن يسألوا عن الهدف الذي يريدونه بها، لذا تعد مسألة حسن النية من المسائل المتعلقة بالوقائع تتمتع محكمة الموضوع فيها بحرية تقدير واسعة تبعاً للظروف والملايسات التي تحيط بكل قضية على حدة⁽³⁾.

2.3- دور حسن النية في استعمال الحق في مجال الإباحة.

بناء على مفهوم حسن النية في استعمال الحق بكونها استهداف الغاية التي شرع الحق من أجلها، فإن دور حسن النية فيه هو جعل القصد من الفعل الذي يُبَاشَر استعمالاً للحق متفقاً وتحقيق الغاية التي من أجلها شرعت الحقوق. فإذا كان حسن النية يمحو الإرادة الآثمة والتي هي جوهر القصد العمدي في الجرائم بصفة عامة، فإن دور حسن النية في استعمال الحق هو جعل الإرادة تتجه إلى تحقيق الغايات الاجتماعية المرسومة للحقوق⁽⁴⁾.

غير أنه ومع هذا المعنى لحسن النية في استعمال الحق الذي يجعل منها شرطاً فيه، فإن حسن النية أيضاً يأخذ مدلول انتفاء القصد الجنائي، فاستعمال الحق بقصد لا يتوافق مع الغاية التي قصدها المجتمع وبموجبها تم إباحة الفعل يدل على عدم توافر حسن النية، فعندما يجري الطبيب عملية جراحية فإن استعمال هذا الحق إذا لم يتوفر له حسن النية وسيطر عليه بدلاً منه سوء النية أي انتفاء قصد العلاج اعتبر الفعل جريمة عمدية، أي توفر فيه القصد الجنائي إلى جانب الفعل المادي، وإذا كان الأمر كذلك فإنه يستخلص بطريق مفهوم المخالفة أن حسن النية ينفي القصد الجنائي في استعمال الحق أيضاً، كما ينفيه في غيره من الأفعال التي تقوم بها الجرائم العادية، فحسن النية في هذه الحالة جعل القصد من ارتكاب الفعل وهو جراحة المريض متفقاً مع غاية القانون منه وهو تحقيق مصلحة معينة أولى في نظر القانون بالاعتبار⁽⁵⁾.

ولعل مثار هذا الاختلاف في تحديد دور حسن النية في استعمال الحق هو أن استعمال الحق عندما يكون سبباً للإباحة فإن من شأنه أن يعطل نص التجريم، فيصبح تناول الفعل داخل دائرة المشروعية، أي اعتبار أن الجريمة كأن

(1) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات-القسم العام-، القاهرة، دار النهضة العربية، 2012، ط7، ص 189.

(2) وهذا ما قال به أيضاً: تحسين درويش، المرجع السابق، ص 98.

(3) محمد محمد مصباح القاضي، المرجع السابق، ص 59 و 299.

(4) عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص 910.

(5) محمد محمد مصباح القاضي، المرجع السابق، ص 100.

لم تكن وإن وجدت ظاهرياً بأن تحقق ركنها المادي، لمصلحة وغاية رجحها القانون يتوقف إباحة الفعل ومشروعيته على توجه إرادة الفاعل واتفاق غايته مع غاية القانون في إباحة الفعل، وتحقق هذا التوافق بين غاية الفاعل وغاية القانون من إباحة الفعل يعكس حسن النية لدى الفاعل، فمثلاً كما ذكرنا العملية الجراحية بالنسبة للإنسان اعتداء على سلامة البدن ولكن إذا أجراها طبيب بحسن نية زال عنها وصف الاعتداء قانوناً لأن قصد الفاعل اتحد مع قصد الشارع ليحقق العلاج والشفاء. بينما في الجرائم العادية فإن تناول حسن النية يتعلق بالركن المعنوي للفعل المجرم أصلاً، حيث توافره يدل على الإرادة غير الآثمة عند الفاعل، فهو وإن أتى الفعل المشكل للركن المادي للجريمة فإن حسن النية يمحو الركن المعنوي فقط فلا تقوم الجريمة العمدية أصلاً.

مما يدل على أن دور حسن النية في الجرائم العادية وفي استعمال الحق واحد وهو نفي الإرادة الآثمة، بمعنى عدم إرادة وقصد النتيجة الإجرامية بالفعل في الأولى، وفي استعمال الحق نفي الإرادة الآثمة التي تعني اتفاق قصد الفاعل مع غاية القانون من إباحة الفعل بحيث لو انحرف عن هذه الغاية - التي تشكل الحدود الشخصية في استعمال الحق - إلى غايات أخرى وضحت المادة 124 مكرر فقرة 1 من القانون المدني، عد متعسفاً في استعماله للحق وبالتالي يخرج الفعل من دائرة الإباحة إلى دائرة التجريم فتقوم المسؤولية الجزائية عن جريمة عمدية، لأن انتفاء حسن النية هنا يدل على سوء النية بمخالفته الغاية التي أبيض الفعل من أجلها، وبالتالي يقوم الركن المعنوي للجريمة من خلال هذه الإرادة الآثمة، وتستكمل الجريمة أركانها.

3.3- معايير استعمال الحق بحسن نية في مجال الإباحة.

يتجاذب في الفقه الجنائي معياران يقاس على أساسهما حسن النية وسوءها في استعمال الحق في مجال الإباحة للإباحة في الفقه الجنائي، وهما: معيار المصلحة المشروعة ومعيار الغاية الاجتماعية.

3.3.1- معيار المصلحة المشروعة: لما كانت فكرة حسن النية هو الصورة الجنائية التي يظهر من خلالها التعسف في استعمال الحق في مجال الإباحة عندما تنتفي عن التصرف كما وضعنا سابقاً، فإن تحديد معيار حسن النية في استعمال الحقوق يستدعي الرجوع إلى القانون المدني باعتباره أصل منشأ وتنظيم فكرة التعسف في استعمال الحق.

وبالرجوع إلى نص المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه: (يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنظر إلى الضرر الناشئ للغير.

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة).

نجد أن الفقرتان 1 و 2 واللتان تجعلان من استعمال الحق استعمالاً تعسفياً في حال قصد صاحب الحق بتصرفه الإضرار بالغير، أو بقصد تحقيق مصالح غير مشروعة، وهما حالتان تعبران عن نية صاحب مستعمل الحق وقصده باعتبارهما حالتان تخصان الحالة النفسية له وتشكلان الحدود الشخصية لتصرفه، فيكون متعسفاً أي سيئ النية إذا قصد بتصرفه الإضرار بالغير، وهو قصد يتنافى مع الغاية التي توخاها المشرع من الحق، كما يكون كذلك في تحايله

باستعمال الحق وسيلة لبلوغ مصلحة غير مشروعة، أي استهداف غاية لا يقرها القانون، فينتفي بهذا القصد حسن النية في الحالتين وإن كان الفعل قد التزم فيه بالحدود الموضوعية.

وبمفهوم المخالفة يكون الشخص حسن النية في استعمال الحق في حالتين:

- في حالة استعمال الحق ولم يكن يقصد به إلحاق أي ضرر بالغير.

- وفي حالة عدم قصده بتصرفه تحقيق مصالح غير مشروعة.

وهما حالتان صائبتان فيما تعلق باستعمال الحق كسبب تباح به أفعال تعتبر جرائم في القانون الجزائي، فالمشروع الجزائي لا يبيح فعلا لا يقصد منه سوى الإضرار بالغير، كما لا يبيح فعلا يهدف إلى تحقيق مصالح غير مشروعة.

ويظهر هذا من خلال تطبيقات واضحة في القانون الجزائي في مجال استعمال الحق في مجال الإباحة، فمن أمثلة انتفاء الإباحة لأن الفعل لم يقصد به سوى الإضرار بالغير الطعن في أعمال موظف لا يقصد بهذا الطعن سوى الانتقام أو التشهير بدافع الأحقاد الشخصية، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية من أنه "يجب أن يقصد بحق الطعن في أعمال الموظف العام أداء خدمة عامة لا مجرد الانتقام أو التشهير أو التجريح أو غير ذلك من صور الإضرار"⁽¹⁾. ومن أمثلة انتفاء الإباحة لاستهداف صاحب الحق بتصرفه تحقيق مصالح غير مشروعة الطبيب الذي يسيء استعمال حقه في وصف المخدر ولا يرمي من وراء ذلك إلى علاج طبي صحيح بل كان قصده تسهيل تعاظم المخدرات للمدمنين، فقد قررت محكمة النقض في هذا الشأن بأنه "إذا كان للطبيب أن يصف المخدرات للمريض إذا كان لازما لعلاج. وهذه الإجازة مرجعها سبب الإباحة المبني على حق الطبيب في مزاولة المهنة، بوصف الدواء مهما كان نوعه ومباشرة إعطائه للمرضى. لكن هذا الحق يزول وينعدم قانونا بزوال علته وانعدام أساسه، فالطبيب الذي يسيء استعمال حقه في وصف المخدرات فلا يرمي من وراء ذلك إلى علاج طبي صحيح، بل يكون قصده تسهيل تعاظم المخدرات لمدمنها يجري عليه حكم القانون أسوة بسائر الناس"⁽²⁾.

- النقد الموجه لمعيار المصلحة المشروعة: غير أن هذا المعيار يشوبه القصور في القانون الجنائي⁽³⁾، حيث لا ينطبق على جميع الحالات، فثمة حالات لا يستهدف فيها الفاعل مجرد الإضرار بالغير ولا يستهدف كذلك من تصرفه مصالح غير مشروعة ومع ذلك تخرج عن نطاق الإباحة المقررة عند استعمال الحق، فالطبيب الذي يجري عملية جراحية بقصد تحقيق سبق علمي وطبي لا يقصد الإضرار بل قد لا يضر عمله بالمريض إطلاقا، ولا رغبة في تحقيق مصلحة غير مشروعة، فإن فعله يخرج من دائرة الإباحة لانتفاء قصد العلاج وهو علة الإباحة، فلا يقبل القول هنا أن الطبيب حسن النية لأنه لم يهدف إلى الإضرار بالغير أو أنه أراد تحقيق مصلحة غير مشروعة، بل العكس من ذلك فإن حسن النية ينتفي عن الطبيب هنا لمنافاة قصده الغرض الأساس من عمله وهو العلاج، ومادام انحرف بقصده عن هذه الغاية انتفت لديه حسن النية وبالتالي زال وصف الإباحة عن تصرفه لتخلف شرط حين النية.

⁽¹⁾ نقض 8 فبراير 1966، مجموعة أحكام النقض السنة 17 رقم 19، ص 106، ذكره: هالي عبد الإلاه أحمد، تجريم فكرة التعسف كوسيلة لحماية المجني عليه في مجال استعمال الحق، القاهرة، دار النهضة العربية، 1990، ط 1، ص 144.

⁽²⁾ نقض 16 ديسمبر 1935، مجموعة القواعد القانونية، ج 3، رقم 414، ص 524، نقله: مارك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة جسم الإنسان في القانون الجزائري والمقارن والشرعية الإسلامية-دراسة مقارنة-، الجزائر، الديون الوطني للأشغال التربوية، ط 1، ص 275.

⁽³⁾ محمد محمد مصباح القاضي، المرجع السابق، ص 39 و102.

3.3-2- معيار الغاية الاجتماعية: أمام النقد الموجه لمعيار المصلحة المشروعة قيل بمعيار الغاية الاجتماعية، وأساس هذا المعيار أن جميع الحقوق غائية أي أن القانون يقرها لاستهداف غايات معينة، واتخاذ هذه الغاية هدفا عند ممارسة الفعل هو دليل حسن النية، بل هو معياره. فإذا ثبت استهداف غايات أخرى غير الغاية المقررة للحق ولو كانت غير سيئة يتوافر عندها سوء النية كون الفعل لم يكن مؤديا وظيفته الاجتماعية التي شرع من أجلها.

فإذا كان الإجماع منعقدا على أن المشرع أباح أفعالا معينة بعد أن كانت محظورة رعاية لمصالح ذات قيمة اجتماعية جديرة بذلك، فإنه يجب أن يظل الإجماع منعقدا كذلك على أن الشخص الذي لا يهدف بفعله إلى رعاية تلك المصالح يعد سيء النية، ومن ثم خارجا عن شروط الإباحة. وهذا المعيار يقدر البعض صلاحيته لكل أسباب الإباحة، فحسن النية في مجال استعمال الحق مائل في استهداف صاحب الحق بفعله نفس الغرض الذي من أجله تقرر الحق له، وهو التأديب أو العلاج أو نحو ذلك، وهو في أداء الواجب أو استعمال السلطة استهداف المصلحة العامة التي هي أساس الإباحة، وهو في الدفاع الشرعي استهداف الدفاع وليس الاعتداء⁽¹⁾.

ومعيار الغاية الاجتماعية بهذا المعنى من شأنه أن يحدد القيمة العملية لدور الباعث الشريف في بناء حسن النية، ويضفي عليه دلالة عملية تظهر أهميتها في توجيه الإرادة نحو تحقيق الغاية المشروعة بالطريق المألوف، كما تبدوا أهمية هذا المعيار أيضا في أنه يحسم مشكلة ازدواج الغاية حيث يجعل من استهداف الغاية التي شرع وأبىح الفعل من أجلها هي الرغبة والقصد الأساسي، حيث تقوم حسن النية لدى الفاعل مادام يستهدف بفعله الغاية المشروعة، وبالتالي تعد كل رغبة أخرى قامت في نفسه عند إتيان الفعل كالانتقام والشهوة رغبة ثانوية، ويظل حسن النية قائما لديه لأن العبرة بالرغبة الأساسية⁽²⁾.

كما تبدو أهمية هذا المعيار في جعل القصد من ارتكاب الفعل حميدا من وجهة النظر القانونية، أي متفقا مع غاية القانون التي تنحصر في تحقيق مصلحة معتبرة أجدر بالرعاية. فيكون وجود تلك النية الحسنة دليلا على انتفاء القصد الجزائي نظرا لأن الإرادة التي تولدت عن هذه النية كانت إرادة مستقيمة، أي غير متجهة إلى مخالفة القانون، ومن ثم فلا يصح وصف القصد العام عليها بأنه قصد جنائي، بينما قد لا يفيد حسن النية بمدلوله العام نفي هذه الصفة، فالذي يجري تجربة طبية لا يمكن القول بأنه سيء النية من الوجهة الأخلاقية، ومع ذلك ففعله ماس بسلامة الجسم. ولعل هذه الأهمية العملية لمعيار حسن النية في الإباحة هو الذي جعل الغالبية العظمى من الفقهاء يسلمون به فيها⁽³⁾.

-النقد الموجه لمعيار الغاية الاجتماعية: بالرغم من الخصائص والأهمية لمعيار الغاية الاجتماعية، فقد انتقد بكونه معيار صعب التطبيق لصعوبة تحديد الهدف الاجتماعي لكل حق من الحقوق، حيث ليس من اليسير أن يرسم لكل حق هدف اجتماعي أو اقتصادي يكون منضبطا إلى الحد الذي يؤمن معه التحكم ويتقن به تشعب الآراء، مما يفتح

(1) علي حسن عبد الله الشرفي، الباعث وأثره على المسؤولية الجنائية دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، القاهرة، الزهراء للإعلام العربي، 1406هـ-1986، ط1، ص 191-192.

(2) عمر فخري الحديثي، تجريم التعسف في استعمال الحق بوصفه سببا من أسباب الإباحة دراسة مقارنة، عمان - الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011، ط1، ص 97.

(3) محمد محمد مصباح القاضي، المرجع السابق، ص 42.

الباب واسعا لدخول الاعتبارات السياسية والنزعات الاجتماعية والمذاهب المختلفة، مما يجعل استعمال الحقوق خاضعا لوجهات من النظر متشعبة متباينة وهذا فيه خطر كبير⁽¹⁾.

ومع هذا لا يعد هذا الانتقاد ذا أهمية عند القائلين بهذا المعيار، باعتبار أن الأصل في الحقوق أنها غائية، إذ القواعد التي تحكمها هي جزء من التنظيم القانوني العام للمجتمع الذي يتجه في مجموعه إلى غاية اجتماعية معينة هي كفالة تنظيم معين للمجتمع، ويقضي المنطق بأن يكون ثمة اتساق بين غاية كل حق والغاية العامة للتنظيم القانوني وليس من العسير تحديد هذه الغاية⁽²⁾.

هذا ويجد معيار الغاية الاجتماعية في القانون الجزائري سنداً أقوى مما له في القانون المدني، ذلك أن القانون الجزائري فرع من فروع القانون العام تهدف نصوصه إلى حماية المجتمع بتجريم الأفعال التي تهدد حقوقه ومصالحه، فإن اعترف بحقوق الأفراد وجعل من استعمالها سبباً للإبادة، فهو لا يسلم لها بذلك باعتبارها مصالح خاصة لبعض الأفراد ولكن باعتبارها في الوقت نفسه مصالح للمجتمع، بحيث تعد صيانتها عن طريق إبادة بعض الأفعال محققة وضع نصوص التجريم في الحدود التي يقتضيها التنظيم للمجتمع⁽³⁾.

إضافة إلى كون معيار الغاية الاجتماعية يستوعب كلا المعيارين السابقين الذين نصت عليهما المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري، بحيث يعد الغرض العام الذي شرع وأبجح استعمال الحق لأجله كمبدأ عام يقاس على أساسه توافر حسن النية والذي ينطوي في مضمونه بالضرورة على عدم الإضرار بالآخرين أو قصد تحقيق مصلحة غير مشروعة، حيث لا يتصور هذا في مقاصد التشريع في القانون، كون القاعدة لقانونية تهدف إلى حفظ النظام وتحقيق مصالح ذات قيمة اجتماعية، وبالتالي تتحقق هذه الغاية الدالة على حسن النية عندما ينتفي قصد الإضرار بالغير أو قصد مصلحة غير مشروعة، أي تنتفي سوء النية التي تظهر من خلال هاتين الصورتين. في حين أن الاعتماد على معياري قصد الإضرار والمصلحة غير المشروعة في قياس مدى توافر حسن النية في التصرف يخرج صوراً لا يتوفر فيها هذا القصد لكنها تخرج عن حدود المشروعية والإبادة لعل منافاتها القصد الذي شرع التصرف لأجله كما وضحنا سابقاً من خلال مثال انحراف الطبيب بقصده عن العلاج إلى قصد تحقيق سبق علمي وطبي.

وعليه نخلص إلى أن المعايير التي يقاس بها مدى حسن نية صاحب الحق في استعمال حقه هي المعايير التي يقاس بها مدى تعسف صاحب الحق في استعمال حقه عند تخلفها والتي ترتبط بالحالة النفسية وتشكل الحدود الشخصية لتصرفه، ما يعني أن معايير الاستعمال التعسفي للحق هي ما يقاس به سوء نية صاحب الحق في استعمال حقه، فيكون متعسفاً أي سئ النية إذا قصد بتصرفه الإضرار بالغير أو تحقيق مصلحة غير مشروعة، وكلا القصدين يتنافيان مع الغاية التي شرع الحق من أجلها وأبجح بموجبها أفعال مجرمة.

4.3- الغاية الاجتماعية ضابط حسن النية في استعمال الحق في مجال الإبادة.

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ص 874.

(2) محمود نجيب حسني، أسباب الإبادة في التشريعات العربية، مرجع سابق، ص 95.

(3) محمد محمد مصباح القاضي، المرجع السابق، ص 103-104.

بناء على ما وضحناه حول المعايير التي يتحدد على وفقه حسن النية، يتبين أن الضابط الذي يقاس على أساسه حسن النية وسوءها يجب أن يستمد من فكرة استهداف الغاية التي توخاها المشرع عند تقرير الإباحة، والغاية هنا يحددها النص عند تحديد حالة الإباحة، وهي غاية مشروعة دائماً، لأن نصوص القانون تهدف إلى حماية المجتمع بتجريم الأفعال التي تهدد حقوقه ومصالحه، فإن اعترف القانون بحقوق للأفراد وجعل من استعمالها سبباً للإباحة، فهو لا يسلم لها بذلك باعتبارها مصالح خاصة لبعض الأفراد، ولكن باعتبارها في الوقت نفسه مصالح للمجتمع، بحيث تعد صيانتها عن طريق إباحة بعض الأفعال محققة وضع نصوص التجريم في الحدود التي يقتضيها التنظيم الصحيح للمجتمع⁽¹⁾.

ولا شك أن اتخاذ هذه الغاية المشروعة هدفاً عند إتيان الفعل يعد دليلاً قاطعاً على حسن النية، وبالتالي يكون ضابطاً لها، إذا كان الشارع قد أباح أفعالاً معينة بعد أن كانت محظورة لحماية لمصالح اجتماعية أولى بالاعتبار للأفراد والمجتمع، وتعلو تلك التي اقتضت بداءة اعتبار السلوك ذاته محلاً للحظر والتجريم⁽²⁾. وعلى هذا فإن الشخص الذي لا يهدف بفعله إلى رعاية تلك المصالح يعتبر سيء النية، وبالتالي يعد خارجاً على شروط الإباحة، وغير جدير بالتمتع بها، وهذا في حد ذاته يدل على أن هذا المعيار يمكن اعتماده وصلاحيته يصلح لكل أسباب الإباحة دون استثناء.

فمدلول حسن النية الذي يكرسه القانون في استعمال الحق هو "استهداف صاحب الحق بفعله نفس الغرض الذي من أجله قرر الحق له"⁽³⁾، ومدلوله في أداء الواجب أو ممارسة السلطة هو "استهداف الموظف العام لتحقيق المصلحة العامة التي من أجلها منحه القانون هذه السلطة"⁽⁴⁾، ومدلوله في الدفاع الشرعي هو "استهداف الدفاع"⁽⁵⁾ وهكذا. وفي هذا دلالة واضحة على صحة هذا الضابط، لكونه يستند إلى الأساس القانوني للإباحة ذاتها، مما يجعله صالحاً لاستيعاب كافة حالاتها بلا استثناء، بحكم أنها إنما شرعت لتحقيق غاية ذات قيمة اجتماعية صالحة لتبرير الأفعال المؤدية إليها.

الخاتمة:

بعد الذي تناولناه بالتحليل في صلب هذا الدراسة نخلص إلى:

1- على الرغم من أن القانون المدني هو المجال الأمثل لإعمال مبدأ حسن النية باعتباره ضابطاً من ضوابط الحكم بالتعسف على التصرفات واستعمال الحقوق، إلا أن أغلب التشريعات لم تضع له تعريفاً مباشراً وإنما ضمننت معناه في

(1) محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة في التشريعات العربية، مرجع سابق، ص 96.

(2) محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات - القسم العام، القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة، 1983، ط 10، ص 145. أحمد فتحي سرور،

الوسيط في شرح قانون العقوبات-القسم العام، القاهرة، دار النهضة العربية، 1996، ص 171.

(3) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات-القسم العام، مرجع سابق، ص 189.

(4) محمد محمد مصباح القاضي، المرجع السابق، ص 140.

(5) محمد محمد مصباح القاضي، المرجع السابق، ص 175.

نصوصها، لأنه في جوهره مبدأ أخلاقي ينصرف إلى عدم انتواء الشر للغير، والتصرف بإخلاص وأمانة ومراعاة لما يقتضيه الضمير.

2- لا يكاد يخرج مدلول حسن النية في التشريعات المدنية عند استقراء نصوصها و النظر في دلالات ألفاظها عن معنى التصرف عن خطأ وجهالة بالحقيقة والتصرف دون غش وقصد الإضرار بالآخرين

3- إن استعمال الحق في مجال الإباحة مقيد بتوجه غاية وقصد من أُبِيح له استعماله نحو تحقيق المصلحة التي من أجل رعايتها وتحقيقها استُثْنيت بعض التصرفات من أصل التجريم إلى الإباحة، كونها هذه التصرفات تعد أسبابا ووسائل لتحقيق هاته المصلحة الجديرة بالرعاية، وهذا من خلال شرط حسن النية الذي يجسد هذا التوجه.

4- إن مدلول حسن النية في القانون الجزائي لا يقتصر فقط على مجال التجريم، أي ارتكاب الجريمة بحسن نية، ما يجعل منه جزئية مرتبطة بالركن المعنوي للجريمة يدل توافره أو انتفاؤه على انتفاء القصد الجزائي من عدمه، بل يمتد مدلوله وأثره إلى مجال الإباحة أيضا، لارتباطه باستعمال الحق الذي يعتبر سببا من أسباب الإباحة.

5- إن مدلول حسن النية في استعمال الحق في مجال الإباحة، لا يُراد به المدلول المباشر له في الجرائم العادية سواء في الفقه الإسلامي أو في القانون الجزائي الذي ينصرف إلى عدم إرادة الشر والاعتداء على الحقوق المحمية قانونا مما ينتج عنه انتفاء القصد الجزائي، وإن كان يتضمنه. وإنما يُراد بها استهداف صاحب الحق بفعله الغايات التي من أجلها تقرر الحق، بحيث لو انحرف عنها واستهدف غاية غيرها كان سيئ النية متعسفا حتى ولو كان هدفه نبيلًا، ما يجعل حسن النية في استعمال الحق في مجال الإباحة تنفي الإرادة الآثمة وتحل محلها الإرادة المستقيمة، والتي تعبر في ذات الوقت أيضا على انتفاء القصد الجزائي.

6- يُشكّل مدلول حسن النية في مجال الإباحة ضابطا مقاصديا وغائيا عند استعمال الحق، وذلك من خلال مراعاة واعتبار مآلات التصرفات، حيث يكشف عن مدى تطابق قصد صاحب الحق وقصد المشرع من إباحة الحق. وأخيرا فإن ما أثرته من خلال هذه الدراسة من شأنه أن يفتح مجال البحث واسعا أمام الباحثين في تناول الجانب المقاصدي لأحكام القانون الجزائي، على ضوء نصوص التشريع الجزائي المتضمنة إرادة ومقاصد المشرع الجزائي من التشريع، في ظل خصوصية القانون الجزائي وجموده على مبدأ الشرعية، وتضييق تفسير النصوص فيه،

قائمة المراجع

أولا-الكتب:

(1) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، بيروت، دار الكتب العلمية، 1991، ط1.

(2) ابن منظور، لسان العرب، بيروت، دار صادر، 1414هـ، ط3.

- (3) أحمد فتحي سرور، الوسيط في شرح قانون العقوبات-القسم العام-، القاهرة، دار النهضة العربية، 1996.
- (4) البخاري، الأدب المفرد، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت، دار البشائر الإسلامية، 1409هـ-1989، ط3.
- (5) حسن عامر، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، مصر، مطبعة مصر، 1960.
- (6) زواوي فريدة، الحيازة والتقدم المكسب، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2000.
- (7) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني، بيروت، دار إحياء التراث العربي.
- (8) عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، الإسكندرية، دار عمر بن الخطاب.
- (9) علي حسن عبد الله الشرفي، الباعث وأثره على المسؤولية الجزائية دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، القاهرة، الزهراء للإعلام العربي، 1406هـ-1986، ط1.
- (10) عمر فخري الحديثي، تجريم التعسف في استعمال الحق بوصفه سببا من أسباب الإباحة دراسة مقارنة، عمان - الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011، ط1.
- (11) القرافي، الذخيرة، تحقيق: محمد حجي، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1994، ط1.
- (12) محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات -القسم العام، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1993.
- (13) محمد محمد مصباح القاضي، مبدأ حسن النية في قانون العقوبات -دراسة تحليلية لفكرة حسن النية في القانون المصري والقانون المقارن-، القاهرة، دار النهضة العربية.
- (14) محمد هشام أبو الفتوح، شرح القسم العام من قانون العقوبات، القاهرة، دار النهضة العربية، 1990.
- (15) محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات - القسم العام-، القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة، 1983، ط10، ص145.
- (16) محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة في التشريعات العربية، القاهرة، المطبعة العالمية، 1962.
- (17) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات-القسم العام-، القاهرة، دار النهضة العربية، 2012، ط7.
- (18) مروك نصر الدين، الحماية الجزائية للحق في سلامة جسم الإنسان في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية-دراسة مقارنة-، الجزائر، الديون الوطني للأشغال التربوية، ط1.
- (19) النوي، المجموع شرح المهذب، بيروت، دار الفكر.
- (20) هلال عبد الإله أحمد، تجريم فكرة التعسف كوسيلة لحماية المجني عليه في مجال استعمال الحق، القاهرة، دار النهضة العربية، 1990، ط1.

ثانيا-المجلات العلمية:

- (1) أنور سلطان، "نظرية التعسف في استعمال الملكية"، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، العدد الأول، 1947.
- (2) المجلة القضائية، المحكمة العليا، الجزائر، عدد 02، 1999.
- (3) المجلة القضائية، المحكمة العليا، الجزائر، عدد 03، 1991.
- (4) مصطفى كامل وصفي، "الشرعية بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري"، المجلة الجزائرية القومية، القاهرة، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجزائية، العدد 1-2، 1976، المجلد 19.

ثالثا-الرسائل العلمية:

- (1) تحسين درويش، استعمال الحق كسبب للتبرير في القانون الجزائري المقارن، (رسالة دكتوراه)، تخصص القانون الجزائري، معهد العلوم القانونية والإدارية بن عكنون، جامعة الجزائر، 1984.
- (2) خلود سامي عزارة آل معجون، النظرية العامة للإباحة، (رسالة دكتوراه)، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1984.
- (3) عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسبب للإباحة، (رسالة دكتوراه)، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1968.

رابعاً- المراجع باللغة الأجنبية:

- 1) Béatrice Jaluzot , La bonne foi dans les contrats étude comparative, des droits français, allemand et Japonais, Éditions Dalloz, 2001, N° : 21 .
- 2) Raymond Gaillier et jean Vincent, lexique des terms juridique, Dalloz, 2005, 15^e edition.

نظام الملكية المشتركة في عقد البيع على التصاميم
Co- ownership system in the sales contract for plans

هالة سراي *

جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1

مخبر العقود و قانون الأعمال

cerrai.hala250@ gmail.com

تاريخ القبول: 01-06-2024

تاريخ الإيداع: 25-07-2023

ملخص:

من أجل حسن تسيير الملكية المشتركة و الحفاظ على النمط الجماعي للسكن و الذي يقتضي تحسين صورة الملكية المشتركة التي عرفت تدهورا كبيرا من قبل شاغليها ، فقد استحدثت المشرع الجزائري من خلال قانون 04/11 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية إلزامية وضع نظام للملكية المشتركة في مجال الترقية العقارية و خاصة في عقد البيع على التصاميم ، إذ جعله وثيقة واجبة التحرير قبل إبرام عقد البيع على التصاميم ، حيث ألزم المرقى العقاري بإعداده مطابقا للنموذج المحدد في المرسوم 99/14 ، بالإضافة إلى إلزامية تسليمه لكل مقتني .

الكلمات المفتاحية: نظام الملكية المشتركة؛ إلزام ؛ المرقى العقاري ؛ البيع على التصاميم

Abstract:

In order to properly manage joint ownership and preserve the collective style of housing, which requires improving the image of joint ownership, which has witnessed a significant deterioration by its occupants, the Algerian legislator has introduced through Law 11/04 that defines the rules that regulate the activity of real estate promotion. It is obligatory to establish a system of joint ownership in the field of real estate promotion, especially in the sales contract on plans, as it made it a document that must be edited before concluding the sales contract on plans, whereby the real estate developer was obligated to prepare it in accordance with the model specified in Decree 14/99, in addition to the obligation to hand it over. for each collector.

Keywords : joint ownership system; obligation; the property developer ; sale on plans.

* المؤلف المراسل.

مقدمة:

عرف التوسع العمراني في مختلف بلدان العالم تطورا ملحوظا خاصة في ظل أزمة السكن و عدم توفر الأراضي العمرانية بشكل كافي مما أدى إلى ظهور نمط عمراني جديد يعرف بالعمران العمودي ، الذي يعتمد على تقليص المساحة المخصصة للبناء مع توفير أكثر للشقق المخصصة للسكن ، فهو عبارة عن بنايات مشكلة في عدة طبقات من البناء مقسمة بدورها إلى شقق سكنية يصطلح عليها الملكية المشتركة و التي تتميز بازدواجية بين الملكية الفردية المتمثلة في الأجزاء الخاصة ، و الملكية الجماعية المتمثلة في الأجزاء المشتركة. و مع انتشاره بشكل واسع تعددت تقنيات الحصول على سكن في ظل الملكية المشتركة حيث استحدث المشرع عدة تقنيات خاصة في مجال الترقية العقارية من أهمها تقنية البيع على التصاميم في عقار مقرر بناؤه أو في طور الإنجاز ، التي تعتبر الوسيلة الفعالة لتخفيف العبء على المواطن بسبب ارتفاع تكاليف و أسعار العقارات التي باتت حاجز أمام المواطنين لعجزهم على اقتناء سكن يأويهم، فما كان على الدولة إلا أن تساهم في تسهيل عملية شراء سكن في هذا الإطار، من خلال أن تتم عملية الشراء عبر مراحل متتالية لتخفيف العبء على المشتري بدفع الثمن على أقساط حسب تقدم أشغال البناء، و كذلك البائع المتمثل في المرقى العقاري لتمكينه من تمويل مشروعه من خلال الثمن المدفوع بالتقسيط. ، و قد نظم المشرع هذه العملية من خلال سنه عدة نصوص قانونية كان الهدف منها ترقية النشاط العقاري و الحفاظ على النمط العمراني ، و لتجنب سوء استعمال الملك المشترك و للحد من الفوضى التي عرفتها الملكية المشتركة سابقا أصدر المشرع الجزائري من خلال قانون 04/11 المؤرخ في 2011/02/17 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية بإجبارية وضع نظام خاص بالملكية المشتركة، و ذلك من خلال إلزام كل مرقى عقاري أثناء بيعه للعقارات في طور الانجاز عن طريق البيع على تصاميم إعداد نظام الملكية المشتركة وإرفاقه مع عقد البيع ، والذي لم يكن معمول به قبل صدور قانون 04/11 السابق الذكر، فبالرغم من نص القانون سابقا على تطبيق نظام الملكية المشتركة على كل بناية أو عمارة ذات ملكية جماعية إلا أن تطبيقه في الواقع كان منعزلا، لأن هذا النظام لم يكن يضيف عليه طابع الإلزامية فكان إعداد اختياري، مما أدى إلى فوضى سكنية بسبب اهتمام السكان بالأجزاء الخاصة دون مراعاة للأجزاء المشتركة ، و بما أن عملية بيع السكنات عن طريق البيع على التصاميم تنصب على إنجاز عمارات غير موجودة وقت التعاقد، فعقد البيع يسبق وجود الملكية في حد ذاتها، و المشرع الجزائري بنصه على إعداد نظام الملكية المشتركة قبل إبرام عقد البيع على التصاميم كوثيقة قانونية ترفق بعقد البيع، فهو حتما يتم إعداده مسبقا قبل وجود الملكية المشتركة ، لذلك نتساءل فما هي خصوصية إعداد نظام الملكية المشتركة في عقد البيع على تصاميم ؟ و فما هي أهم المستجدات التي استحدثها المشرع الجزائري في إعداد نظام الملكية المشتركة في عقد البيع على التصاميم قبل إتمام انجاز البنايات في ظل قانون 04 /11 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية؟

و للإجابة على الإشكالية المطروحة سنعتمد في دراستنا على المنهج الوصفي من خلال إبراز مفهوم نظام الملكية المشتركة و أهميته في عقد البيع على التصاميم بالإضافة إلى المنهج التحليلي من خلال التطرق لأهم المستجدات التي استحدثها المشرع الجزائري من خلال قانون 04/11 فيما يخص إعداد نظام الملكية المشتركة في عقد البيع على التصاميم، لذلك سنعتمد على تقسيم الموضوع إلى محورين أساسيين : يتمثل المحور الأول في نظام الملكية المشتركة

كوثيقة مرجعية في عقد البيع على التصاميم ، و المحور الثاني يتمثل في شروط إعداد نظام الملكية المشتركة في عقد البيع على التصاميم

1- نظام الملكية المشتركة كوثيقة مرجعية في عقد البيع على التصاميم:

من أجل التسيير الحسن و التنظيم الفعلي للملكية المشتركة و الحد من الفوضى التي عرفتها هذه الأخيرة كان لا بد من فرض نظام قانوني خاص يتضمن مختلف التدابير و الوسائل القانونية التي تسعى إلى حسن استعمال و استغلال الملكية المشتركة ، لذلك يعتبر نظام الملكية المشتركة الآلية القانونية التي وضعها المشرع من أجل تحقيق التوازن بين المصالح الفردية و الجماعية لجميع الملاك المشتركين في الملكية المشتركة من أجل حسن الانتفاع بالعقار ، مما يتضمنه من مجموعة من القواعد القانونية التي تسعى إلى تحقيق الغاية و الهدف المسطر لذلك ، و لأهميته في هذا النوع من السكنات في مجال الترقية العقارية فقد استحدث المشرع من خلال القانون 04/11¹ السابق الذكر على إدراجه من ضمن الوثائق المرجعية التي يستوجب توفرها قبل إبرام عقد البيع على التصاميم .

1-1 مفهوم نظام الملكية المشتركة

يعد نظام الملكية المشتركة أساس التنظيم الجماعي للملكية المشتركة ، لذلك سنقوم بتحديد مفهومه من خلال تعريفه و إبراز طبيعته القانونية .

1-1-1 تعريف نظام الملكية المشتركة

تعددت التعاريف الفقهية في تحديد مفهوم نظام الملكية المشتركة بالإضافة إلى تعدد التسميات التي أطلقت عليه فهناك من يسميه الميثاق الجماعي «le charte commune» و هناك من يقارنه بالقوانين الأساسية في الشركات أو بالدستور الذي يتعين أن تحترم قواعده من قبل الجمعية العامة أو المتصرف² . فيقصد بنظام الملكية المشتركة ذلك الاتفاق الذي يؤدي إلى إرساء قواعد التعايش المشترك داخل العقار المبني في الملكية المشتركة³ ، ويتم تأسيسه من قبل المالك بمفرده الذي يحمل المبادرة لوضع العقار تحت نظام الملكية المشتركة . وذلك رغبة منه في تقسيم هذه الأخيرة إلى حصص، وإما من قبل المؤسسين للشركة التي تبني العقار بهدف تخصيصه لبناء ملكية مشتركة فيها، وإما من قبل الجمعية العامة بأغلبية الأعضاء⁴ ،

كما عرف أيضا أنه الضابط الأساسي العملي ، الذي ينظم التعامل بين الملاك المشتركين في العقار مع بعضهم البعض ، وذلك من خلال ما يتضمنه من قواعد و أسس تجعل الملكية المشتركة قابلة لاتخاذها كأسلوب تعايش بالنظر لما يحكمها من

¹ - القانون رقم 04/11 المؤرخ في 17 فبراير 2011 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، جريدة رسمية ، عدد 14 ، المؤرخة في 06 مارس 2011.

² - محمد الوكاري ، الملكية المشتركة للعقارات المبنية دراسة مقارنة بين القانونين المغربي و الفرنسي ، دار القلم للطباعة و النشر والتوزيع ، الرباط ، 2008 ، ص 134 ، 135.

³ - رشيد محمودي ، نظام الشهر العيني في القانون الجزائري ، رسالة ماجستير في القانون العقاري الزراعي ، البلدة ، جامعة سعد دحلب ، 2001 ، ص 68.

⁴ - حافظ بوعصيدة . تسجيل العمارة. دراسات قانونية . مجلة صادرة عن كلية الحقوق . بصفاقس العدد 5. 1997. ص 224.

حقوق و واجبات¹، و جاء في تعريف آخر أنه وثيقة مكتوبة يجب أن تحدد إلزاميا الأجزاء المشتركة و الأجزاء المفردة و كذا أنصبة المساهمة في التكاليف و شروط الانتفاع من الأجزاء المشتركة و الضوابط المتعلقة بإدارتها².

أما بالنسبة للتعريف القانوني نجد المشرع الجزائري لم يقم بوضع تعريف محدد لنظام الملكية المشتركة إلا أنه نص من خلال المادة 748 من القانون المدني على مضمون نظام الملكية المشتركة فقط دون وضع تعريف له كما يلي : " يحدد نظام الملكية المشتركة مصير الأجزاء المشتركة والأجزاء الخاصة و كذا القواعد المتعلقة بإدارة الأجزاء وتسييرها "، نلاحظ من خلال نص المادة أن المشرع حدد مضمون النظام بتحديد مختلف الأجزاء المشتركة و المفردة و كيفية الانتفاع بها مع ضرورة أن يحتوي مختلف القواعد القانونية التي توضح كيفية إدارتها و تسيير البنايات الجماعية من أجل المحافظة عليها كونها تشمل عدة ملاك. و بالرجوع إلى القانون رقم 04/11 المتعلق بالترقية العقارية كذلك لم يقم المشرع بوضع تعريف محدد لنظام الملكية المشتركة ، و اكتفى بالنص على إلزام كل مرقي عقاري بإعداد نظام الملكية المشتركة دون وضع تعريف خاص به و ذلك من خلال نص المادة 61 والتي تنص على: " يتعين على المرقي العقاري إعداد نظام الملكية المشتركة و توضيح كل البيانات القانونية و التقنية و المالية الخاصة به. و يجب عليه خصوصا توضيح الأعباء و الواجبات التي يلتزم بها المقتنون عند الاكتتاب في عقد بيع عقار ما، ... "، و هذا ما أكدته أيضا المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 99/14 المتعلق بتحديد نموذج نظام الملكية المشتركة حيث أكد المشرع بضرورة إعداد المرقي العقاري لنظام الملكية المشتركة وفق النموذج المحدد في نفس المرسوم بعد موافقة الممثل المنتخب أو المقتنين بموجب عقد موثق يستوجب تسجيله و شهره .

و من خلال مختلف التعاريف الفقهية السابقة و مختلف النصوص القانونية التي نصت على نظام الملكية المشتركة خاصة ما استحدثه المشرع في مجال الترقية العقارية فيمكن تعريفه كما يلي : " هو وثيقة قانونية محررة في شكل رسمي بطلب من المرقي العقاري و بموافقة أحد المقتنين أو الممثل المنتخب من قبل الملاك المشتركين في الملكية، يخضع إلى إجراء التسجيل و الشهر العقاري ، و يتضمن مجموعة من القواعد القانونية التي تحدد مجمل الحقوق و الواجبات الملزمة لجميع الشركاء في الملكية و لكل شاغلي العمارة دون استثناء ".

2-1-1 الطبيعة القانونية لنظام الملكية المشتركة:

أجمعت مختلف التشريعات القانونية التي نظمت الملكية المشتركة سواء العربية أو الأجنبية على أن هذه الوثيقة هي عقد يجب تحريره بصفة رسمية، و من بين هذه التشريعات نجد المشرع الفرنسي من خلال نص المادة 08 من قانون رقم 557-65 الصادر بتاريخ 10 جويلية 1965 المؤرخ في 10 جويلية 1965 و التي أوضح من خلالها المشرع الفرنسي أن نظام الملكية المشتركة هو عبارة عن عقد أو اتفاق و ذلك من خلال عبارة " نظاما تعاقديا للملكية المشتركة " و هذا ما أكداه المرسوم رقم 223-67 الصادر في 17 مارس 1967 من خلال المادة 03 منه بأن هذا النظام يمكن أن يكون " موضوع تصرف تعاقدية"³

¹ - سفيان شعلي ، الملكية العقارية المشتركة ، رسالة ماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، 2008 ، ص 115 .

² - lexique des termes juridiques ، 25 e édition ، Dalloz ، 2017/2018 ، p 554 .

³ - محمد الوكاري ، المرجع السابق ، ص 134 .

أما المشرع المغربي فقد أكد على أن نظام الملكية المشتركة أنه اتفاق بين الطرفين أي المالك الأصلي و الملاك المشتركين و هذا من خلال نص المادة 08 ف 2 من قانون 00/18 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية¹ و التي تنص على: " يلزم المالك الأصلي أو الملاك المشتركين باتفاق فيما بينهم بوضع نظام الملكية المشتركة ، مع وجوب التقيد بأحكام هذا القانون ، لا سيما المادتان 9 و 51 منه ، ويجب أن تسلم نسخة منه لكل مالك مشترك."

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أوضح بكل صراحة من خلال نص المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 99/14 السالف الذكر و اعتبره عقد يتم باتفاق الطرفين، المرقي العقاري بصفته البائع و المنتخب أو المقتني المعين من طرف المقتنين للملكية المشتركة ، حيث جاء في نص المادة ما يلي: " يعد المرقي العقاري نظام الملكية المشتركة طبقا لمواصفات النموذج المحدد في هذا المرسوم ويخضع لشكليات التسجيل و الشهر العقاري بموجب عقد موثق بطلب من المرقي العقاري وبموافقة الممثل المنتخب أو المعين من طرف المقتنين"

ولكن رغم وضوح النصوص القانونية في تكييف نظام الملكية المشتركة بأنه ذو طبيعة عقدية، هذا لم يمنع من وجود جدل بين الفقهاء حول تكييف الطبيعة القانونية لنظام الملكية المشتركة حيث اختلفت الآراء في شأنه، فهناك من أيد القانون و اعتبره عقد و هناك من خالف هذا الرأي و يعتبره نظام مؤسساتي.

الموقف الأول : نظام الملكية المشتركة ذو طبيعة عقدية

يقضي أصحاب هذا الرأي أن الطبيعة التي يكتسبها نظام الملكية المشتركة هي طبيعة تعاقدية ، و معظم الفقهاء يتجهون نحو هذا الرأي بالرغم من أن هناك اختلاف حول نوعية هذا العقد هل هو عقد متبادل متعدد الأطراف أو أنه عقد إذعان ، فتحديد طبيعة العقد هنا يستلزم النظر إلى من يعد هذا النظام، فإذا كان وضع النظام من طرف الشركاء أنفسهم فهنا نجد العقد متبادل متعدد الأطراف² ، أما إذا كان إعداد العقد يتعلق بنظام الملكية المشتركة من طرف البائع فيكون العقد هنا معد مسبقا بالنسبة للمقتنين ، فيصبح العقد هنا عبارة عن عقد إذعان، و هذا على أساس أن الملاك لا ينشئون البنود التي جاء فيها النظام وما عليهم فقط إلا الانضمام إلى هذا النظام وقبوله بدون أن يكون هناك مجال للرفض أو عدم القبول ، لأن المشتري أو المقتني الذي يشتري شقة في الملكية المشتركة فهو مجبر على احترام بنود العقد المتضمن نظام الملكية المشتركة إذ يسري على جميع الشركاء في الملكية وليس لكل مالك نظام يختلف عن الآخر ، و حتى في حالة انتقال الملكية إلى شخص آخر فيصبح تلقائيا عضو في الجمعية العامة و ملتزم بانضمامه إلى نظام الملكية المشتركة لأن هذه الأخيرة طبيعة الملكية أو التملك في حالة الملكية المشتركة و لخاصيتها المميزة في تطبيق نظام الملكية المشتركة على جميع الشاغلين في العمارة دون إمكانية وجود إرادة عدم القبول أو الرفض للانضمام و الالتزام بالبنود التي جاءت في العقد فهو يطبق بقوة القانون.

¹ - قانون رقم 00/18 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية ، الجريدة الرسمية ، عدد 5054 بتاريخ 07 نوفمبر 2002 المعدل و المتمم بالقانون رقم 106/12 المتعلق المؤرخ في 27 أبريل 2016 ، الجريدة الرسمية عدد 6465 المؤرخة في 16 ماي 2016 بالمغرب .

² - عفيف شمس الدين ، ملكية الشقق والطوابق والشاليهات في الأبنية المفردة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 81

و نجد هذه الحالة خاصة في بيع المرقى للسكنات قبل إتمام إنجاز البناءات أو قبل الشروع في بناءها فالعقد هنا يكون معد بإرادة منفردة وهي إرادة المرقى العقاري فقط ، رغم التزامه بتحريره لدى الموثق وفق النموذج المحدد في القانون فلا دخل لإرادة المقتني في إعداده .

كما يرى البعض أن من يمتلك شقة في إطار الملكية المشتركة يكون منظمًا إلى نظام الملكية المشتركة و موافقا عليه و ملتزما بما ورد فيه فهو بمثابة عقد سواء عقد إذعان أو عقد عادي رضائي¹.

وهذا ما ذهب إليه القضاء الفرنسي بتأكيد على الطابع التعاقدي لنظام الملكية المشتركة و تأييده للتكييف القانوني للمشروع ، ويعتبره عقد إذعان ويطبق عليه مبادئ تفسير العقود في القانون المدني ، و بالنظر لهذه الطبيعة التعاقدية ، فإن تفسير و تأويل بنود نظام الملكية المشتركة يعود للقضاء بنفس الشروط المطبقة على العقود ، حيث يدخل في إطار السلطة التقديرية لقاضي الموضوع ، شريطة عدم تحريفه للبنود الواضحة و المحددة²، و هذا ما يضيف على النظام الطبيعة العقدية .

إلا أن هذا الرأي انتقد على أساس أن هذا النظام هو قابل للتعديل في أي وقت من قبل أغلبية الشركاء ، بمعنى يمكن الاتفاق على بعض الأمور المتعلقة بالملكية المشتركة لم ينص عليها العقد المتضمن نظام الملكية المشتركة ، و ذلك باتفاق بين أغلبية الشركاء فيما بينهم، ولو اعتبرنا أن نظام الملكية المشتركة هو عقد فالعقد بصفة عامة لا يمكن تعديلها إلا بعد موافقة جميع الأطراف المتعاقدة و لا مجال للتعديل بالأغلبية فقط .

الموقف الثاني :- نظام الملكية المشتركة ذو طبيعة نظامية أو مؤسسية :

يقضي أصحاب هذا الرأي بأن نظام الملكية المشتركة عبارة عن نظام مؤسسي يشبه القرار الإداري ذو طبيعة تنظيمية وتأسيسية بعيدة عن الطابع التعاقدي ، بحيث يفرض ذاته بدون أن يكون للمالك الجديد الحق في الاختيار في تنفيذ ما وعد به³ ، لأن القرار الإداري ينشأ بإرادة منفردة لا حاجة لموافقة الطرف الآخر ، فالعقد عامة ما يشترط انعقاده هو توافق و تطابق الإرادتين أما القرار الإداري يصدره صاحبه ويطبق على عدة أشخاص بصفة إلزامية وليس اختيارية ، مثل نظام الملكية المشتركة الذي يتم إعداده من قبل أغلبية الشركاء في الملك ويفرض و يطبق على الأقلية الذين لم يتفقوا على وضعه ويصبح إلزامي لجميع الملاك⁴.

و لكن هذا الرأي انتقد أيضا على أساس أن هذا النظام يسري على كافة من أقروه في حين أن القرار الإداري يكون على الغير المتلقي له و ليس على من أصدره⁵.

¹ - سامي محمد صباح ، حقوق و التزامات مالكي الطوابق و الشقق في القانون الأردني (دراسة مقارنة)، ماجستير ، كلية الدراسات العليا في الجامعة الأردنية ، 1999، ص 127

² - محمد الوكاري ، المرجع السابق ، ص 140

⁴ - نعيم مغيب ، الملكية المشتركة في الشقق و الشاليهات و المحلات التجارية (دراسة في القانون المقارن)، 2008 ، ص 139.

⁴ - نص المشرع الفرنسي على هذه الحالة من خلال نص المادة 26 من القانون المؤرخ في 1965/07/10 .

⁵ - مريم تومي ، النظام القانوني للملكية المشتركة، دار الكتاب للحديث، القاهرة، 2014، ص 99.

الموقف الثالث: الطبيعة المزدوجة لنظام الملكية المشتركة:

ظهر فريق آخر يقضي بالطابع المزدوج لنظام الملكية بين التعاقدي والتنظيمي ، فيظهر عنصر التعاقد فيه لدى لحظة تأسيسه ، بحيث تكون إرادة المؤسسين له هي العامل الوحيد في إبرامه و الموافقة عليه ، بينما يظهر عنصر التنظيم فيه لدى ملاحظة آثاره ، بحيث يعد رضا كل من وقع عليه إلزاما اتجاه الموقع الآخر ، و رضا جميع الموقعين عليه حقا لهم على الغير¹ ، و تجدر الإشارة أن هذه الازدواجية بين الطابع التعاقدي والتنظيمي فهو يبقى خاضع للقانون الخاص ، إذ يرى البعض من الفقه بالرغم من أن نظام الملكية يكتسي طابع تنظيمي إلا أنه يظل يتميز بالطابع التعاقدي بصفة أساسية و كل خرق لمقتضياته يفسر على أنه خرق لالتزام تعاقدية ، و على كل حال فالمالك الذي يزعم لشراء محله في إطار الملكية المشتركة يكون قد قبل الخضوع لمجموعة من البنود الإلزامية و الشروط الحمائية و ذلك في إطار المصلحة الجماعية².

و من خلال ما جاء به المشرع الجزائري بالنسبة للإلزامية وضع نظام الملكية في مجال الترقية العقارية فقد أوضح المشرع الجزائري صراحة في تحديد طبيعة النظام و اعتبره عقد موثق باتفاق الطرفين البائع و الممثل المنتخب من المقتنين ، وحتى لو كان للشركاء الحق في تعديل بعض البنود إلا أن هذا الحق غير مطلق فهناك بنود لا يمكن إجراء تعديل عليها .

2-1- إلزامية نظام الملكية المشتركة في عقد البيع على التصاميم

يعتبر عقد البيع على التصاميم من العقود المسماة و كان المشرع الفرنسي أول من أقر بتقنية بيع العقار على التصاميم ، و ذلك من خلال القانون رقم 03/67 المؤرخ في 03/01/1967 المعدل بالقانون 547/76 المؤرخ في 07/07/1967 و بالقانون 12/78 المؤرخ في 04/01/1978³ ، و المشرع الجزائري استمد من القانون الفرنسي و كان تطبيقه لأول مرة من خلال القانون 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري⁴ الذي استحدث تقنية بيع العقارات على التصاميم فيما يخص العقارات المقرر بناؤها أو في طور البناء، و حدد النموذج المتعلق بعقد البيع على التصاميم من خلال المرسوم التنفيذي رقم 58/94، لكن ألغي القانون 03/93 بموجب القانون 04/11 المتعلق بتحديد القواعد التي تنظم النشاط العقاري و ألغي المرسوم التنفيذي 58/94 بالمرسوم التنفيذي رقم 431/13 الذي يحدد نموذجي عقد حفظ الحق و عقد البيع على التصاميم للأماكن العقارية و كذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم و مبلغ عقوبة التأخير و آجالها و كفاءات دفعها.

¹ - بلقاسم بلقاضي، النظام القانوني للملكية المشتركة ، ماجستير ، جامعة سعد دحلب البليدة ، كلية الحقوق ، فرع القانون العقاري و الزراعي ، 2001 ، ص 69.

² - محمد الوكاري ، المرجع السابق ، ص 141.

³ - عواطف زارة ، " التزامات المرقى العقاري في البيع على التصاميم " ، مجلة الحقوق و الحريات ، ص 88.

⁴ - قانون رقم 03/93 المؤرخ في 01/03/1993 المتعلق بالنشاط العقاري ، جريدة رسمية عدد 14 المؤرخة في 03/03/1993.

1- 2- عقد البيع على التصاميم :

لم يعرف المشرع الجزائري عقد البيع على التصاميم في القانون السابق 93/03 المتعلق بالنشاط العقاري، لكن من خلال قانون 04/11 وبالتحديد المادة 28 منه عرفت هذا العقد كما يلي: "عقد البيع على التصاميم أو جزء من البناية أو في طور الانجاز عقد الذي يتضمن تحويل حقوق الأرض والبنائيات من طرف المرقى العقاري لفائدة المكتب موازاة مع تقديم الأشغال وفي المقابل يلتزم المكتب بتسديد السعر كلما تقدم الانجاز".¹ أوضح المشرع من خلال هذه المادة أن عقد البيع على التصاميم ينصب على العقارات في طور الإنجاز أو المقرر بناؤها فهو عقد على المخططات أو التصاميم فقط ، دون اكتمال الإنجاز للبناية أو حتى قبل البدء فيها، مما يترتب عليه مجموعة من الالتزامات التي تقع على كلا طرفي العقد ، بحيث يلتزم البائع المتمثل في المرقى العقاري بإنجاز الأشغال في الآجال المحددة مع التزام المشتري في دفع المبلغ المستحق في آجاله ، بالإضافة إلى التزام البائع بالتسليم فور إتمام الانجاز.² فهذا النوع من العقد يصنف من العقود الموجودة مستقبلا فلا يمكن أن يكون بيع على التصاميم في بناية منجزة فلا بد من وجودها مستقبلا ولكن في آجال محددة باتفاق الطرفين حول دفع التسبيقات المالية و تقدم أشغال البناء . لذلك فعقد البيع على التصاميم يتميز بعدة خصائص نجيزها فيما يلي :

- عقد البيع على التصاميم من العقود المسماة ،

- عقد ملزم لجانبين و زمني² ، فالبائع يلتزم ببناء العقار محل العقد خلال مدة معينة و المشتري يلتزم بدفع الثمن على أقساط حسب المدة المتفق عليها و المحددة في العقد.³

- عقد البيع على التصاميم من الصور الحديثة لعقود الإذعان ، فكلما كان مضمون العقد معدا قبل التعاقد بواسطة أحد طرفيه على نحو عام و مجرد بحيث لا يملك الطرف الآخر مناقشة لها يعتبر العقد من عقود الإذعان، سواء كان مضمونه معد مسبقا في صورة شروط عامة أو اتخذ صورة عقد نموذجي⁴ ، فلا يشترط توافر الاحتكار القانوني أو مركز اقتصادي قوي، كما لا يشترط أن يكون محل العقد سلعة أو خدمة ضرورية بل يكفي مجرد استقلال شخص محترف أو منتج بإعداد العقد مسبقا و يفرض شروطه على زبائنه و هذه الشروط غالبا ما تتفق مع شروط منافسيه في السوق فما على المستهلك سوى قبول هذه الشروط التي قد تتسم بالتعسف.⁵

¹ - تقابلها نص المادة 261 ف1 من قانون البناء و السكن الفرنسي: « la vente l'immeuble à construire est celle par

laquelle le vendeur s'oblige a édifier un immeuble dans un délai déterminé par le contrat »

² نصت المادة 71 من القانون المدني الجزائري: "الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل ، لا يكون له أثر إلا إذا عينت المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه و المدة التي يجب إبرامه فيها"

2 - سمير عبد السميع الأودن ، تملك و حدات البناء تحت الإنشاء و الضمانات الخاصة لمشتري الوحدات السكنية، مكتبة و مطبعة الاشعاع الفنية ، الإسكندرية ، مصر ، 2001، ص 23 .

³ - نفس المرجع، ص 30.

⁵ - عياشي شعبان ، "خصائص عقد بيع العقار على التصاميم"، مجلة العلوم الإنسانية ، كلية الحقوق ، جامعة قسنطينة 1 ، عدد 48 ، 2017، ص 08.

- عقد البيع على التصاميم ينصب على عقار قيد الإنجاز أو غير منجز تماما أي قابل للوجود مستقبلا ، فمحل البيع لا يوجد وقت انعقاد العقد إلا على التصاميم الهندسية¹.

- عقد البيع على التصاميم عقد شكلي ، فرغم تطابق الإرادتين لانعقاده فلا يعتبر العقد صحيح إلا بإفراغه في الشكل الرسمي ، و بما أنه ينصب على عقار فلا بد من تحريره في شكل رسمي أمام الموثق و تسجيله وشهره بالمحافظة العقارية تحت طائلة البطلان ، و لا تتوقف الشكلية في عقد البيع على تصاميم في تحريره في شكل رسمي بل أضاف المشرع الجزائري في نص المادة 34 من قانون 04/11 إتمامه بمحضر تسليم يعد حضوريا في نفس مكتب التوثيق الذي أبرم في عقد البيع على التصاميم قصد إثبات الحياة الفعلية من طرف المكتتب و إثبات التسليم للبناية المنجزة من طرف لمركبي العقاري.

2-1-أهمية نظام الملكية المشتركة في عقد البيع على التصاميم :

من المستجدات التي جاء بها المشرع الجزائري في ظل قانون 04/11 السابق الذكر ضرورة إعداد نظام الملكية المشتركة في مجال الترقية العقارية و بالأخص في بيع السكنات قبل تمام الإنجاز وفق عقد البيع على التصاميم ، إذ جعله وثيقة واجبة التحرير لا يمكن الاستغناء عنها ما دام البيع موجه للسكنات ذات الملكية المشتركة ، وهذه الوثيقة تعتبر ضرورية و ملزمة لأنها وسيلة تمكن الموثق إدراج البيانات الإلزامية الخاصة في عقد البيع على التصاميم².

و بالرجوع لنصوص قانون 93/03 السابق ، نجد أن إلزامية نظام الملكية المشتركة لم تكن مشروطة في عقد البيع على التصاميم إذ اكتفى المشرع الجزائري بإعداد الجدول الوصفي للتقسيم وإرفاقه بالوثائق المرجعية الأخرى المتعلقة بعقد البيع دون ذكره نظام الملكية المشتركة سواء قبل إبرام عقد البيع أو بعده ، فبالرغم أن الملكية المشتركة بطبيعتها تستوجب وضع نظام خاص يشمل جميع القواعد والأدوات التي تحمي حقوق الشاغلين بها ، إلا أن إعداده كان ذو طابع اختياري³ و التي كانت السبب المباشر في الوضعية السيئة في التجمعات العقارية ذات الملكية المشتركة .

فمن خلال المرسوم التنفيذي رقم 431/13 المتضمن نموذج عقد البيع على التصاميم⁴ ، أوجب المشرع إرفاق عقد البيع على التصاميم بالوثائق المرجعية التي يسبق إيداعها في شكل نسخ أصلية لدى الموثق و المتمثلة فيما يلي:

- عقد ملكية الوعاء العقاري المعد باسم المرقى العقاري التي تثبت ملكيته للأرض والمشهد لدى المحافظة العقارية.
- رخصة البناء و التصاميم الملحق بها و المسلمة من طرف الجهات الإدارية المعنية.

¹ - نعيبي عبد الرحمان ، البيع على تصاميم في التشريع الجزائري - دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية -، أطروحة دكتوراه ، كلية العلوم الإنسانية و الإجتماعية و العلوم الإسلامية ، تخصص شريعة و قانون ، جامعة أحمد دراية -أدرار ، 2020 ، ص 102.

² - أنظر المادة 30 من قانون 04/11 السابق الذكر.

³ - كان نظام الملكية المشتركة يطبق بقوة القانون في كل السكنات المشتركة و هذا جاء في نص المادة 99 من المرسوم رقم 146/76 المتضمن النظام النموذجي للملكية المشتركة للعقارات المبنية و مجموع العقارات المقسمة إلى أجزاء ، و بعد صدور المرسوم 666/83 الذي يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة و تسيير العمارات الجماعية ألغى ما جاء به المرسوم السابق و انتفت صفة الإلزامية في إعداد نظام الملكية المشتركة إذ جعله المشرع اختياريا ، و هذا ما أوضحته المذكرة الإيضاحية رقم 04839 المؤرخة في 28/11/1998 ، الصادرة عن وزارة المالية ، المديرية العامة للأموال الوطنية ، أنظر: مريم تومي ، المرجع السابق ، ص 106.

⁴ - أنظر الملحق الأول المتضمن نموذج عقد البيع على التصاميم من المرسوم التنفيذي رقم 431/13 المؤرخ في 18 ديسمبر 2013 يحدد نموذجي عقد حفظ الحق و عقد البيع على التصاميم للأموال العقارية و كذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم و مبلغ عقوبة التأخير و آجالها و كفيات دفعها . جريدة رسمية عدد 66 مؤرخة في 25.12.2013

- عند الاقتضاء رخصة التجزئة و التصاميم الملحقة بها .
 - الوصف الدقيق للبنية أو جزء من البنية التي تم بيعها.
 - نظام الملكية المشتركة و الكشف الوصفي للتقسيم و المخططات المرفقة ، معدة طبقا للتنظيم المعمول به.
 - ضمان من صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة لنشاط الترقية العقارية. جعل المشرع الجزائري نظام الملكية المشتركة وثيقة ضرورية يجب إعدادها خلال البيع و بما أن الموثق هو المكلف بإبرام عقد البيع على التصاميم فمن واجباته المهنية التي تقع تحت مسؤوليته مراجعة الوثائق الضرورية التي ألزمها المشرع قبل إبرام عقد البيع ، لذلك فنظام الملكية المشتركة كوثيقة قانونية لا تقل أهمية عن الوثائق المرجعية الأخرى لعقد البيع على التصاميم مثل رخصة البناء أو عقد الملكية الذي يثبت ملكية العقار للمرقي العقاري، بحيث يتم إيداعها مسبقا لدى الموثق في شكل نسخ أصلية .
- و بما أنه أصبح وثيقة ملزمة في عقد البيع ، فلا يمكن للموثق تحرير عقد البيع على التصاميم دون وجود نظام الملكية المشتركة، فمن أجل إعطاء نظام الملكية المشتركة قوة قانونية أكثر اعتبره المشرع من الحقوق الخاصة التابعة لملكية العقار في طور الإنجاز¹ ، خاصة أنها تتعلق بكيفية تحديد مختلف الأجزاء الخاصة و المشتركة لكي يتمكن كل مالك من معرفة حدود حقوقه الخاصة في الملك مع حريته في استعماله، بالإضافة إلى معرفة مختلف الالتزامات التي تتعلق بالأجزاء المشتركة و كيفية استغلالها مع مراعاة حقوق الملاك الآخرين التي يجتمع كل الملاك فيها ، و لو فرضنا أن الموثق قام بإبرام عقد البيع على التصاميم دون وجود نظام الملكية المشتركة هل يؤدي هذا إلى بطلان العقد أم لا ؟ فهذه الفرضية تقودنا إلى نتيجة عدم إبلاغ أو علم المقتني بوجود نظام قانوني خاص بالملكية المشتركة ، و هذا من شأنه تجهيل حقوقه، فالقضاء الفرنسي و للطابع الإلزامي لنظام الملكية المشتركة قررت محكمة الاستئناف في هذا الشأن من خلال قرارها الصادر بتاريخ 2000/01/04 بأن وجود نظام الملكية المشتركة يعد صفة جوهرية في العقد ففي حالة عدم وجوده يمكن لمقتني العقار طلب إبطال العقد على أساس الغلط في صفة جوهرية في الشئ المبيع ، فبالرغم من إمكانية الالتجاء إلى القضاء في حالة عدم وجوده ، فإنه يتعين في هذه الحالة انتظار حكم قضائي عدة أشهر ، سيكون خلالها المشتري في جهل لنطاق حقوقه و واجباته² ، و بما أن المشرع الجزائري جعله ملزم في عقد البيع على التصاميم فبالرغم من إلزامية إعدادها من طرف المرقي العقاري إلا أن عدم وجوده في العقد يعتبر الموثق هو المسؤول عن صحة العقد، فيتحمل وحده مسؤولية ذلك الخطأ كونه هو الذي يقوم بمراجعة جميع الوثائق المرفقة للعقد قبل تحريره التي ألزمها المشرع في عقد البيع على التصاميم، و عليه ضمان رد الثمن المقدم من طرف المقتني للبائع ، في حالة تعذر هذا الأخير من رد هذه المبالغ³ .

¹ - محمد أمين دبار ، الحماية القانونية للمشتري في بيع على التصاميم، أطروحة دكتوراه ، جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، 2021/2020، ص 254.

² - محمد الوكاري ، المرجع السابق ، ص 137.

³ - لعور ريم رفيعة ، عقد البيع على التصاميم في القانون الجزائري و القانون الفرنسي ، دكتوراه في العلوم ، قانون خاص ، جامعة وهران 2، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، تخصص قانون الأعمال المقارن ، 2019، ص 125

2- شروط إعداد نظام الملكية المشتركة في عقد البيع على التصاميم :

نظام الملكية المشتركة في مجال الترقية العقارية استحدثه المشرع من خلال القانون 04/11 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ومن مستجداته أن يتم إعداده من طرف المرقى العقاري إذ أصبح إعداده من الالتزامات المترتبة على المرقى العقاري إذ يعده هذا الأخير و يرفق في عقد البيع ، و لكن فيما يخص البيع على التصاميم يشترط إعداده قبل إبرام عقد البيع على التصاميم، و لا يتوقف الالتزام هنا بل لا بد من وجوب تسليمه إلى كل مقتني معني بشراء سكن في الملكية المشتركة ، بالإضافة إلى الشروط الشكلية التي حددها المشرع الجزائري في إعداده و جعل للموثق دور أساسي في تحريره حسب الشروط المحددة قانونا.

2- 1- إلزام المرقى العقاري بإعداد نظام الملكية المشتركة :

ألزم المشرع الجزائري المرقى العقاري بإلزامية إعداد نظام الملكية قبل إبرام عقد البيع على تصاميم و بالتالي قبل وجود الملكية المشتركة أي أن البيع واقع على عقار في طور الإنجاز أو لم يتم إنجازه بعد، و بما أن هذا الالتزام الذي وضعه المشرع يطرح بعض التساؤلات حول إمكانية إعداد نظام الملكية دون لوجود الملكية المشتركة التي لا يمكن أن يطبق فيها هذا النظام إلا بوجود عقار مبني ، و بالرغم من أنها تتكون من أجزاء مفردة و أجزاء مشتركة وهذه الأخيرة يمكن أن تشمل على مساحات غير مبنية ، لكن هذا لا يعني أن الملكية المشتركة تكون في العقارات الغير مبنية ، فهذه الحالة المتمثلة في إعداد نظام الملكية المشتركة قبل وجود البناء متعلقة بوجود الملكية المشتركة مستقبلا ، فإعداد نظام الملكية الذي يحدد جميع حقوق الملاك المشتركين و كيفية الانتفاع بها و طرق إدارتها و تسييرها بالرغم أنه مشروع مسبق لوجود الملكية المشتركة إلا أنه طرح عدة نقاشات خاصة في كيفية تطبيق محتوى النظام ، وبالرجوع للتشريعات المقارنة خاصة المشرع الفرنسي من أجل توضيح فكرة إعداده مسبقا قبل وجود الملكية المشتركة، نص على نفس هذا الالتزام من خلال نص المادة 11-261 من قانون البناء و السكن الفرنسي¹ حول إمكانية إعداد نظام الملكية المشتركة قبل وجود البناءات و إتمامها متزامنا مع إبرام عقد البيع على التصاميم ، إلا أنه من خلال قانون 10 جويلية 1965 لم ينص صراحة على إعداد نظام الملكية المشتركة مسبقا إلا أنه أوضح الحالات التي تمكن من وضع نظام الملكية المشتركة في حالة عدم إعداده مسبقا، لذلك فطريقة إعداد نظام الملكية في التشريع الفرنسي تشمل ثلاث حالات تتمثل فيما يلي :

الحالة الأولى: نظام الملكية المعد مسبقا le reglement préalable: يعد نظام الملكية المشتركة في هذه الحالة قبل وجود البناء أي قبل تواجد الملكية المشتركة فإعداده يكون بالإرادة المنفردة ، وهو الأكثر استخداما في فرنسا، و للمرقى العقاري حرية أكثر في وضع مضمون النظام مع شرط مراعاة عدم مخالفة النظام العام و الآداب العامة²، فمن مصلحة المشتري بأن يطلع على مقتضيات هذا النظام و الوثائق المرفقة به، إذ يباشر بإعداد نظام الملكية قبل إجراء عملية بيع

¹ - Art.L.261-11 .C.constr. et habit : le reglement de copropriété est remis a chaque acquereur lors de la signature du contrat ; il doit lui etre communiqué préalablement. ».

1-pierre capoulade , "Reglements de copropriété et liberté contractuelle" l'urbanisme " , institut des études juridiques de de la construction , 2012, p119.

الجزء الأول من البناية المقرر بناؤها أو التي تكون في طور الانجاز مع ضرورة إرفاقه بعقد الشراء، بحيث يقوم المشتري عند توقيع عقد الشراء للملكية المقررة للبيع في إطار الملكية المشتركة، فيتم توافق الارادتين على مقتضيات هذا النظام في إطار تعاقد يذعن فيه المالك المشترك لبنوده، ليشكل بذلك طابع عقد إذعان¹.

الحالة الثانية : وضع نظام الملكية المشتركة لاحقا من قبل الجمعية العامة: نص المشرع الفرنسي من خلال المادة 26 من قانون 1965 على إمكانية إعداد نظام الملكية المشتركة من قبل الجمعية العامة للملاك الشركاء في الملك و ذلك بأغلبية أصوات أعضاء الجمعية وهذا في حالة عدم إعداد نظام الملكية المشتركة مسبقا، إلا أنه يمكن تصور أن يتم إعداد نظام الملكية المشتركة فيما يتعلق بالأجزاء المشتركة بكيفية تسييرها و إدارتها فقط دون الأجزاء الخاصة²، فلو تعلق الأمر ببيع سكنات تحت الانجاز ولم يقيم البائع بوضع النظام المتعلق بالملك المشترك فللأغلبية الشركاء في الملك الصلاحية لوضع نظام المتعلق بملكهم المشترك، فالمشرع الفرنسي وسع من مجال وضع النظام فلم يحميه بإعداد مسبقا فقط بل نص حتى في حالة عدم وجوده أثناء البيع.

الحالة الثالثة : وضع نظام الملكية المشتركة من قبل القضاء: تطبق هذه الحالة في حالة عدم اتفاق الشركاء في وضعه أو إعداده فقد منح المشرع الفرنسي للقاضي إمكانية وضع نظام الملكية المشتركة في حالة عدم وضعه من قبل الشركاء في الملكية المشتركة، إذ جاء في مضمون نص المادة 03 من المرسوم الصادر في 17 مارس 1967 على أن نظام الملكية المشتركة يمكن أن يكون موضوع تصرف قضائي³ فالمشرع بذلك يؤكد على الطابع الإلزامي لوضع نظام الملكية المشتركة حتى لو لم يتفق الشركاء في وضعه، فلا يمكن تصور وجود الملكية المشتركة بدون النظام الذي يعتبر الأساس القانوني الذي يمكن للشركاء الرجوع إليه لمعرفة جميع حقوقهم و التزاماتهم في الملكية المشتركة⁴، وقد حسم القضاء الفرنسي في هذا الأمر حين قضت الغرفة المدنية الثالثة بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 15 نوفمبر 1989، بأنه في حالة غياب الأطراف، فإن نظام الملكية المشتركة يمكن أن ينتج عن تصرف قضائي، حيث يمكن للقاضي أن يعين خبيرا قضائيا لإعداد مشروع لذلك النظام و يعطيه بعد ذلك قوة تطبيقه⁵، ولكن فكرة إعداده مسبقا قبل وجود الملكية وعدم إتمامها كانت محل جدل في القضاء الفرنسي، فبالرغم من عدم إلزامية إعداده مسبقا من طرف المرقى العقاري إلا أن

¹ - محمد الوكاري، المرجع السابق، ص 143، 145.

² - pierre capoulade, op.cit, p 120.

³ - idem , meme page.

⁴ - وكذلك المشرع المغربي مثل نظيره الفرنسي نص من خلال المادة 08 من قانون 00/18 السالف الذكر على إمكانية إعداد نظام الملكية المشتركة مسبقا

قبل وجود الملكية المشتركة من طرف المالك الأصلي أو من قبل الملاك المشتركين أو في حالة عدم وجوده يتم تطبيق نظام نموذجي للملكية

المشتركة، فطريقة إعداد النظام في التشريع المغربي لا يختلف على التشريع الفرنسي إلا في الحالة التي لا يتم وضعه من قبل الشركاء الملاك بحيث نص

المشرع المغربي في حالة عدم إعداده مسبقا يمكن للجمعية العامة بإعدادها من قبل الأغلبية على الأقلية⁴، إلا أن الاختلاف يكون في حالة عدم إعداده من

قبل الملاك المشاركين، فالمشرع المغربي في هذه الحالة ألزم تطبيق النظام النموذجي⁴ المتعلق بنظام الملكية المشتركة الذي حدده القانون، على خلاف

المشرع الفرنسي الذي منح للقضاء إمكانية وضعه في حالة عدم وضعه من قبل الملاك الشركاء أو عدم اتفاقهم في وضعه.

⁵ - محمد الوكاري، المرجع السابق، ص 148.

- تجدر الإشارة أن في هذه الحالة لا يمكن اعتبار نظام الملكية ذو طبيعة عقدية لذلك فهو يختلف عن النظام المعد مسبقا أو باتفاق الملاك الشركاء في الملكية المشتركة.

وضعه مسبقا هو الشائع في فرنسا ،فاختلفت القرارات في شأنه بين مؤيدة و معارضة لوجود وإعداد نظام الملكية المشتركة قبل إتمام البناء ، فصدر قرار ينص على أنه لا وجود ملكية مشتركة في فترة البناء ، بل يجب انتظار إتمام البناءات حتى تطبق النصوص الخاصة بالملكية المشتركة¹ خاصة أن الملكية المشتركة لا وجود لها في العقارات الغير مبنية، و هذا ما ذهب إليه المشرع اللبناني حيث لم ينص صراحة على إمكانية إعداد نظام الملكية المشتركة في العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء ، فلا يمكن تطبيق نظام الملكية المشتركة إلا على الأبنية المشيدة فقط مستبعدا البناء قيد الإنشاء² ، ولتطبيق نظام الملكية المشتركة بصورة إلزامية ، يستوجب أن يكون البناء مشيد أو مجموعة الأبنية فتستبعد الأبنية غير المشيدة³. في حين نص قرار آخر على أن البناءات محل عقد البيع على التصاميم تعتبر مبنية فيما يخص تطبيق النصوص المتعلقة بالأجزاء المشتركة حتى ولو أنها في طور الانجاز بمجرد بيع بناية واحدة من هذه البناءات في طور الانجاز، يعبر عن وجود ملكية مشتركة⁴ ، فما دام هناك إمكانية لبيع السكن قبل تمام إنجازه عن طريق البيع على التصاميم فهذا لا يمنع من إعداد نظام الملكية المشتركة ما دامت الملكية موجودة مستقبلا .

فالمشرع الفرنسي بالرغم من إلزامية وضع نظام الملكية المشتركة في حالة البناءات الجماعية إلا أن مسألة وضعه مسبقا قبل وجود الملكية المشتركة غير إلزامية بالنسبة للبائع أو المرقى العقاري فلم يجعله حكرا على جهة واحدة بل فسح المجال في كيفية وضعه، و لكن يبقى إعداد و تطبيقه ملزما في أي سكن جماعي، على عكس المشرع الجزائري الذي جعل إعداد في حالة بيع السكن في صورة البيع على التصاميم إجباري و ملزم للمرقى العقاري، و ذلك بجعله وثيقة ضرورية واجبة التحرير ترفق إجباريا بعقد البيع على التصاميم حتى و لو لم يرقى بتسليمه للمشتري إلا أن إعداد ملزم من طرفه فقط.

أما المشرع الجزائري في ظل القانون المتعلق بالترقية العقارية 04/11 السالف الذكر جعل أهمية إعداد النظام في الملكية المشتركة من طرف المالك الذي يسعى إلى بيع السكنات ، و ذلك لتفادي أي تماطل و تهاون من الشركاء في إعداد لاحقا، فهذه الإلزامية الملقاة على المرقى العقاري تمكن كل شريك عند اقتناء سكن معرفة كل ما هو متعلق بنظام الملكية المشتركة ، فلا يجهل أي مقتني بعدم علمه لوجود نظام ينظم سير الملكية و استعماله ، و يبين مختلف الحقوق التي تقابلها مختلف الواجبات خاصة مختلف الأعباء و التكاليف التي يلتزم المالك بتسديدها، و الحكمة من وضعه مسبقا تعتبر كحماية للمشتري باعتباره الطرف الضعيف في عقد البيع على التصاميم لكي لا يجهل المشتري بوجود نظام يتضمن مختلف القواعد القانونية التي تمكنه من معرفة مجمل حقوقه و التزاماته في الملكية المشتركة

إلا أن فكرة إعداد مسبقا بصفة إجبارية تعد غير عملية، فلو تم إعداد هذا النظام قبل تشييد البناء وهناك مخاطر تنشأ من عدم استكمال الأعمال الأخرى لأي سبب من الأسباب تصبح أحكام نظام الملكية المشتركة ليست لها

¹ - لعور ريم رفيعة ، المرجع السابق، ص 165.

² - مغيبغ نعيم، الملكية المشتركة في الشقق و الشاليهات و المحلات التجارية- دراسة في القانون المقارن- 2008 ، ص 61.

³ - نفس المرجع، ص 66 .

⁴ - لعور ريم رفيعة ، المرجع السابق ، ص 165.

فائدة، فمن الأحسن إعداده حتى إنجاز ولو عمارة واحدة دون باقي العمارات في المجمع العقاري¹، إلا إذا كانت هناك بعض الأشغال الطفيفة قيد الإنجاز مع صلاحية البناء للسكن فلا يمنع من تطبيق أحكام نظام الملكية المشتركة عليه.² و يكون إعداد النظام بعد إعداد محضر تسليم البناية لتفادي أي تناقض مع النصوص القانونية .

2-1-1 إعداد نظام الملكية بالإرادة المنفردة للمرقي العقاري :

نظام الملكية المشتركة اعتبره المشرع الجزائري عقد كما بينا سابقا من خلال المادة 06 من المرسوم التنفيذي 99/14 السالف الذكر والتي تنص : " يعد المرقي نظام الملكية المشتركة، طبقا لمواصفات النموذج المحدد في هذا المرسوم ويخضع لشكليات التسجيل والشهر العقاري بموجب عقد موثق بطلب من المرقي العقاري و بموافقة المنتخب أو المعين من طرف المقتنين".

فيتبن من نص المادة أن المرقي العقاري يعد هذا النظام بعقد موثق بطلب منه، و بموافقة الممثل المنتخب أو المعين من طرف المقتنين فهو يكون باتفاق الطرفين أي البائع (المرقي العقاري) والمشتري (المقتني أو المكتتب)، فتطابق الإرادتين واضحة لوجود إرادة الطرفين في العقد المتضمن نظام الملكية المشتركة، ولكن فيما يخص إعداد نظام الملكية في البيع على التصاميم نجد أن تطابق الإرادة مستحيلة بين الأطراف عند تحرير العقد المتضمن نظام الملكية المشتركة، فعند إبرام عقد البيع يكون النظام معد مسبقا فلا وجود لإرادة الطرف الآخر في العقد الخاص بالنظام، فيعده المرقي بإرادته المنفردة فلا يمكن تعيين شخص من طرف المقتنين أو ممثل منتخب من طرفهم كما جاء في نص المادة، لأن المرقي يقوم بوضعه قبل بيع الجزء الأول من البناية، فهو يسبق وجود الملاك و قبل وجود الملكية في حد ذاتها، و يضاف هذا النظام لعقود الشراء بحيث يدعن³ المشتري لبنوده ابتداء من تاريخ اقتنائه للعقار أو للملكية⁴. لذلك فلا يمكن تصور أن يتم إعداد نظام الملكية المشتركة بموافقة الطرفين فعند إبرام عقد البيع يكون النظام معد مسبقا بصفة ملزمة، لهذا نجد أن إعداد نظام الملكية المشتركة في عقد البيع على التصاميم بإرادة المرقي العقاري وحده رغم أن المادة واضحة فيما اعتبرته عقد يتم بموافقة المرقي العقاري و المقتني أو ممثل منتخب من طرف المقتنين فهذه الحالة نجدها في عقد البيع التام إذ تكون الملكية وقت إبرام العقد منجزة وموجودة، فيختلف الأمر في الملكية التي لم يتم إنجازها بعد أو في طور الإنجاز.

فالتزام المرقي العقاري هنا جاء ليدعم الطابع الإجباري في إعداد النظام في الملكية المشتركة⁵ وهذه الإلزامية نجدها من خلال مصطلح "إجباريا"، و كذلك من خلال المادة 03 من المرسوم التنفيذي 99/14 السالف الذكر : " يلتزم

¹ - مغيبغ نعيم، المرجع السابق، ص 61.

² - نفس المرجع، ص 66.

³ - فعقد الإذعان حسب سالي صاحب أول فكرة لعقد الإذعان فهو محض تغليب لإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة و تملّي قانونها، ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محددة، و تفرضها مسبقا و من جانب واحد و لا ينقصها سوى إذعان من يقبل قانون العقد. راجع في ذلك : علي مصباح صالح الحيصبة، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط كلية الحقوق 2011، ص 22.

⁴ - محمد الوكاري، المرجع السابق، ص 143.

⁵ - رياض الجمل، محاضرات في القانون العقاري، الجزء 2، مجمع الأطرش للنشر و التوزيع، الكتاب المختص، تونس، الطبعة 1، 2017، ص 289.

المرقون العقاريون المعتمدون قانونا، على أساس نموذج نظام الملكية المشتركة، موضوع هذا المرسوم، بإعداد نظام الملكية المشتركة....."، إلا أن تحديد محتوى النظام باعتباره محررا بصفة فردية لا يعني هذا الحرية المطلقة في تحديد مضمونه بل وضع له المشرع نموذج خاص به من خلال المرسوم 99/14 السالف الذكر على المرقى الالتزام بإعداده حسب النموذج الذي وضعه المشرع الجزائري .

تنص المادة 29 من الملحق المحدد في المرسوم التنفيذي رقم 85/12 المتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقى العقاري¹ على ما يلي: "يتعين على المرقى العقاري بأن يعد و يسلم كل مقتن نظام الملكية المشتركة الذي يوضح مجموع البيانات القانونية والتقنية والمالية المتعلقة بالمشروع".

2-1-2 إلزام المرقى العقاري بتسليم نظام الملكية المشتركة للمقتني :

لا يتوقف التزام المرقى العقاري بإعداد النظام المتعلق بالملكية المشتركة بل لا بد من تسليمه للمقتني بعد إبرام عقد البيع على التصاميم مباشرة، إذ تنص المادة 38 ف 4 من قانون 04/11 على ما يلي: "يسلم نظام الملكية المشتركة إجباريا لكل مقتني خلال توقيع العقد"، فالإلزام بتسليم نظام الملكية المشتركة خلال توقيع عقد البيع على التصاميم يتضح من خلال مصطلح "إجباريا"، ولأهمية نظام الملكية المشتركة في هذا النوع من السكنات، فقد أقر المشرع الجزائري عقوبة جزائية لكل مرقى عقاري لم يقوم بتسليم نظام الملكية المشتركة لكل مقتني سكن في إطار الملكية المشتركة، إذ تنص المادة 72 من ق 04/11 على: "يتعرض كل مرقى عقاري لا يبلغ للمقتني نظام الملكية المشتركة المنصوص عليه في أحكام المادة 61 من هذا القانون قبل تسليم البناية في الأجل المنصوص عليها في عقد البيع على التصاميم لغرامة من مائتي ألف دينار (200.000 دج) إلى مليوني دينار (2.000.000 دج)"

فيتضح من نص المادة أن المشرع ألزم المرقى العقاري بتسليم نظام الملكية المشتركة تحت طائلة توقيع العقوبة المقررة ب غرامة مالية من 200.000 دج إلى 2.000.000 دج، وذلك قبل تسليم البناية وفق الأجل المحددة في عقد البيع على التصاميم، فلا بد أن يكون المقتني أو المشتري استلم نظام الملكية المشتركة قبل استلامه و حيازته للبناية أو السكن وذلك لمعرفة كل ما يخص استعمال واستغلال الملكية التي يشترك معه عدة الملاك خاصة في الأجزاء المشتركة، وذلك لتوضيح كل الحقوق والواجبات وكذلك تبيان حدود ملكيته الخاصة و المشتركة، فلو قام المرقى العقاري بتسليم البناية وفق الأجل المحددة في العقد ولم يقوم بتسليم نظام الملكية المشتركة فهو بذلك يعتبر قد أحل بإحدى التزاماته القانونية، التي تعرضه للعقوبة.

كما نلاحظ من خلال نص المادتين السابقتين أن المشرع لم يقوم بتوقيع العقوبة في حالة أن المرقى العقاري لم يقوم بتسليم نظام الملكية المشتركة خلال إبرام عقد البيع على التصاميم بالرغم من أن نص المادة 38 ف 4 السابقة الذكر واضح بإلزاميته في تسليمه أثناء إبرام عقد البيع، فقد أعطى المشرع للمرقى العقاري الحرية في تسليم نظام الملكية

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 85/12 المؤرخ في 20 فبراير 2012 المتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقى العقاري - ج ر رقم 11 مؤرخة في 2012/02/26.

المشتركة ابتداء من يوم توقيع عقد البيع على التصاميم حتى وقت أجل تسليم البناية تحت طائلة توقيع العقوبة المقررة قانوناً، بل يمكن للمرقي تأجيل تسليمه لوقت آخر بشرط قبل أجل تسليم البناية محل العقد.

و المشرع من خلال المادة 38 السالفة الذكر ما دام أنه لم ينص على العقوبة في حالة عدم التزام المرقي بتسليم نظام الملكية المشتركة أثناء اكتتاب عقد البيع على التصاميم ، قصد بذلك ضرورة إعلام المشتري بوجود نظام الملكية المشتركة دون إلزامه بتسليمه ، فكان من الأفضل إعادة صياغة الفقرة 04 من نص المادة 38 من ق 04/11 على نحو يتوافق مع باقي النصوص القانونية لتجنب التناقض فيما بينها ، فبدل أن ينص المشرع على إجبارية التسليم ، ينص على ضرورة إعلام المشتري بنظام الملكية المشتركة خلال اكتتاب عقد البيع على تصاميم، لأنه في الواقع العملي لا يقوم المرقي العقاري بتسليم نظام الملكية المشتركة خلال توقيع عقد البيع على تصاميم.

3- 2 الشروط الشكلية اللازمة لإعداد نظام الملكية المشتركة :

يتم إعداد النظام طبقاً لمواصفات النموذج المحدد في المرسوم 99/14 فعقد المتضمن نظام الملكية المشتركة اشترط المشرع أن يكون في شكل رسمي فلا يمكن إعداده في شكل عقد عرفي ، لذلك يجب إضفاء الصبغة الرسمية على عقد النظام مع استكمال إجراءات كل من التسجيل و الشهر.

2-2-1 الرسمية :

القاعدة العامة لانعقاد العقد مبدأ الرضائية بتطابق الإرادتين في كل من الإيجاب و القبول ، و لكن إذا تعلق الأمر بعقار اشترط المشرع تحريرها في شكل رسمي تحت طائلة البطلان، و بما أن نظام الملكية المشتركة هو عقد موثق بحسب نص المادة 06 من المرسوم 99/14 فيجب تحريره في شكل رسمي من طرف الموثق ، الذي يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها المشرع الصبغة الرسمية¹ فهو مخول قانوناً بتحريره حسب النموذج الذي حدده المشرع الجزائري من خلال المرسوم السالف الذكر. و حسب نص المادة 324 من القانون المدني الجزائري فالعقد الرسمي يجب أن يصدر من طرف موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة بشرط أن يكون مختصاً بتحرير العقد، مع مراعاة الأوضاع التي قررها القانون في تحريره ، فاختلال أي شرط من هذه الشروط أو كلها يصبح العقد باطلاً باعتباره عقداً رسمياً².

و تنص المادة 61 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري³ على ما يلي : "كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي"

¹ - جاء في نص المادة 03 من قانون 02/06 المتضمن مهنة التوثيق ما يلي : " الموثق هو ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العامة، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية"

² - بلقاسم بواشري، إجراءات الشهر العقاري في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، في القانون الخاص فرع العقود والمسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر1، 2014، ص83.

³ - المرسوم 63/76 المؤرخ في 25/03/1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري ، جريدة رسمية عدد 30 المؤرخة في 13/04/1976.

فكل عقد يستوجب القانون شهره في المحافظة العقارية يجب تحريره في شكل رسمي فلا مجال لشهر العقد العرفي في المحافظة العقارية، لأن العقود التي تكون محل إشهار بالمحافظة العقارية يجب أن تأخذ شكل العقد الرسمي فقط، إذ يقوم الموثق بتحرير نظام الملكية المشتركة بطلب من المرقى العقاري وفقا للنموذج المحدد في المرسوم 99/14 . بالإضافة إلى الرسمية التي اشترطها المشرع في نظام الملكية المشتركة يجب على الموثق تسجيل النظام بمصلحة التسجيل و الطابع، و ذلك في أجل لا يتجاوز شهر من يوم تحريره¹ ، ففي حالة التأخير يتعرض الموثق للعقوبات الجبائية² .

2-2-2- شهر نظام الملكية المشتركة :

من خلال المرسوم 99/14 المحدد لنموذج نظام الملكية المشتركة فلا يكفي تحرير نظام الملكية في شكل رسمي، بل لا بد من شهره بالمحافظة العقارية إذ لا ينتج أثره إلا من تاريخ شهره ، فالإلزامية شهر نظام الملكية المشتركة نص عليها المشرع مسبقا في ظل المرسوم 146/76³ من خلال المادة 99 منه و التي جاء في مضمونها بوجوب شهر النظام و كافة التعديلات التي تطرأ عليه ، و بعد صدور المرسوم 666/83⁴ و الذي ألغى ما جاء به المرسوم 146/76 ما عدا المواد 14، 15، 16 فلم يتطرق المشرع من خلاله لا صراحة و لا ضمنا للقيام بعملية إشهار النظام المتعلق بالملكية المشتركة ، إذ أصبح إعداد و شهره اختياريا خاصة بعد صدور المذكرة الإيضاحية رقم 04839 المؤرخة في 28/11/1998 الصادرة عن وزارة المالية، بالمديرية العامة للأموال الوطنية⁵، ولكن بعد صدور القانون المتعلق بالقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية 04/11، ونظرا لتدهور البنايات الجماعية في ظل نظام الملكية المشتركة أصبح إعداد نظام الملكية المشتركة و شهره إجباري، حيث نص المشرع الجزائري على إلزامية شهره من خلال نص المادة 06 من المرسوم 99/14 و التي تنص : " يعد المرقى العقاري نظام الملكية المشتركة ، طبقا لمواصفات النموذج المحدد في هذا المرسوم و يخضع لشكليات التسجيل و الشهر العقاري بموجب عقد موثق بطلب من المرقى العقاري و بموافقة الممثل المنتخب أو المعين من طرف المقتنين" ، و بما أن نظام الملكية المشتركة بمثابة عقد رسمي محرر من قبل الموثق فقد أوجب المشرع شهره بالمحافظة العقارية ، إلا أن شهر العقود عادة تكون من طرف محررها، فلا تتوقف مهمة الموثق في تحرير العقد بل يقوم بكافة الإجراءات الشكلية من تسجيل و شهر حتى تنتج آثارها ، ولكن فيما يخص شهر نظام الملكية المشتركة نلاحظ أن المشرع قد أعفى الموثق من شهر العقد المتضمن نظام الملكية المشتركة ، إذ أضاف التزاما آخر للمرقى العقاري و كلفه بشهر نظام الملكية المشتركة بالمحافظة العقارية بعد تقديم الطلب إلى المحافظ العقاري ، بالإضافة إلى كافة التعديلات

¹ - المادة 58 من قانون التسجيل الصادر بتاريخ 1976/12/09 بموجب الأمر 105/76 المعدل و المتمم ، جريدة رسمية عدد 81 ، المؤرخة في

1976/12/18

² - المادة 93 من قانون التسجيل السابق الذكر.

³ - المرسوم رقم 146/76 المؤرخ في 23/10/1976 المتضمن النظام النموذجي للملكية المشتركة للعقارات المبنية و مجموع العقارات المقسمة إلى أجزاء ،

جريدة رسمية عدد 12.

⁴ - المرسوم 666/83 المؤرخ في 12/11/1983 الذي يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة و تسيير البنايات الجماعية، جريدة رسمية عدد 47

المؤرخة في 15/11/1983

⁵ - مريم تومي ، المرجع السابق، ص 104 .

التي تطرأ عليه¹ ، و يتم شهر النظام الملكية المشتركة بإيداعه بقسم الإيداع و عمليات المحاسبة بصفته من الوثائق الخاضعة للشهر العقاري، وذلك على مستوى المحافظة العقارية التي يقع بدائرتها اختصاصها العقار المتصرف فيه.²

والأثر الذي تنتجه عملية الشهر العقاري بالنسبة للمعاملات العقارية عامة هو نقل الملكية ، فبالرغم من توفر العقد الرسمي الوارد على عقار على الصبغة الرسمية فهذا لا يعني انتقال الملكية للمشتري فلا بد من إجراء الشهر الذي لا يمكن انتقال الملكية إلا به ، أما فيما يخص العقد المتضمن نظام الملكية المشتركة و باعتباره وثيقة مرفقة لعقد البيع ، فالأثر الذي يخلفه الشهر هو إلزامية بنوده للشركاء في الملكية المشتركة ، ويسري هذا الالتزام حتى على الخلف العام و الخاص ، و ذلك ابتداء من تاريخ شهره بالمحافظة العقارية ، وأي مخالفة لمضمون نظام الملكية المشتركة من قبل المعنيين به فهو يعد إخلالا بالالتزام تعاقدية تترتب عليه المسؤولية العقدية. و بما أن شهر النظام هنا قبل وجود الملكية المشتركة و قبل إبرام عقد البيع على التصاميم فتطبيق بنود النظام تتخلف حتى تمام إنجاز البناية و حيازتها من طرف المقتني.

الخاتمة:

في ضوء ما سبق دراسته عن إلزامية إعداد نظام الملكية المشتركة في عقد البيع على التصاميم التي جاء بها المشرع في قانون 04/11 فبالرغم من إعداده قبل وجود الملكية المشتركة و قبل إبرام عقد البيع على التصاميم في حد ذاته فهذا يدل على الأهمية البالغة لهذه الوثيقة القانونية التي تتضمن مختلف القواعد القانونية التي تنظم الحياة الجماعية لجميع الملاك الشركاء ، و بالرغم من نص المشرع على أن يتم إعداد هذا النظام بين المرقى العقاري و المقتني أو الممثل المنتخب من قبل الشركاء ، إلا أن خصوصية إعداده في عقد البيع على التصاميم تكون بإرادة المرقى العقاري فقط فلا الملكية المشتركة موجودة ولا الملاك الشركاء موجودين ، و هذه الإلزامية التي فرضها المشرع على المرقى العقاري ما هي إلا حماية للمقتني الذي يعتبر الطرف الضعيف في عقد البيع على التصاميم بالإضافة إلى حماية الملكية المشتركة من خلال الالتزام بمختلف القواعد القانونية التي يتضمنها نموذج نظام الملكية المشتركة التي يسعى المشرع إلى تغيير الوضع و الحالة التي آلت إليها الملكية المشتركة بسبب الإهمال و غياب ثقافة التعايش الجماعي ، كما أن وجوب شهر نظام الملكية المشتركة على مستوى المحافظة العقارية فهذا لا يعني تطبيق أحكام و بنود نظام الملكية المشتركة بل لا بد من وجود الملكية المشتركة كحالة مادية . و من خلال ما تم ذكر تم التوصل إلى النتائج التالية :

- نظام الملكية المشتركة يؤدي دورا أساسيا في إتمام النقص أو الصمت الوارد على مستوى النصوص القانونية لما يتضمنه من مختلف القواعد القانونية التي تخص الملكية المشتركة.
- تعتبر طبيعة القانونية لنظام الملكية المشتركة طبيعة مزدوجة بين الطبيعة التعاقدية و الطبيعة التنظيمية ، فلو نظرنا لطريقة إعداده في البيع على تصاميم فهو بذلك يعتبر كعقد إذعان لأن المرقى يعده حسب النموذج المقرر قانونا و بدون وجود الطرف الثاني في العقد..

⁶ - راجع في ذلك البند الثاني من الباب الثالث من الملحق المدرج في المرسوم 99/14 الذي يحدد نموذج نظام الملكية المشتركة المطبق في مجال الترقية العقارية

² - المادة 61 من المرسوم 63/76 : "كل عقد يكون موضوع إشهار بالمحافظة العقارية يجب أن يقدم على شكل رسمي"

- رغم نص المشرع على ضرورة تسليم نظام الملكية المشتركة أثناء إبرام عقد البيع على التصاميم بصفة ملزمة إلا أن المرقى العقاري لا يقوم بتسليمه للمقتني في الواقع العملي، وهذا يعود إلى عدم فرض عقوبة جزائية لمخالفته لالتزامه - بالرغم من مختلف النصوص القانونية التي استحدثها المشرع الجزائري بإعداد نظام الملكية المشتركة في عقد البيع على التصاميم وإلزام المرقى بإعلام المشتري عن مختلف التزاماته عند حيازته للملكية و تسليمه نسخة عن النظام إلا أن في الواقع بقي هذا النظام في طابعه الشكلي فقط ، دون تطبيقه على أرض الواقع . و من خلال هذه النتائج نقترح ما يلي :
- تعديل نص المادة 38 ف4 من قانون 04/11 التي تنص على إجبارية تسليم نظام الملكية المشتركة ، لأن المشرع نص على توقيع العقوبة على المرقى العقاري في حالة عدم تسليم نظام الملكية المشتركة أثناء حيازته للملكية و ليس أثناء إبرامه لعقد البيع على التصاميم فبدل نصه على إجبارية تسليمه ينص على وجوب إعلام المشتري بوجود نظام الملكية المشتركة
- يجب على المشرع أن ينص على توضيح أكثر في كيفية إعداد نظام الملكية المشتركة في عقد البيع بناء على التصاميم .
- الحث على ضرورة تطبيق بنود نظام الملكية المشتركة بعد إتمام إنجاز البناءات و حيازتها من طرف المقتنين خلال فرض قواعد صارمة على كل مالك لا يلتزم بتطبيق ما جاء في نظام الملكية المشتركة .

قائمة المصادر والمراجع:

1- النصوص القانونية :

- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني ، جريدة رسمية العدد 78 المؤرخة في 30/09/1975 المعدل و المتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 19/05/2007.
- قانون التسجيل الصادر بتاريخ 09/12/1976 بموجب الأمر 105/76 المعدل و المتمم ، جريدة رسمية عدد 81 ، المؤرخة في 18/12/1976.
- قانون رقم 03/93 المؤرخ في 01/03/1993 المتعلق بالنشاط العقاري ، جريدة رسمية عدد 14 المؤرخة في 03/03/1993
- القانون رقم 04/11 المؤرخ في 17 فبراير 2011 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، جريدة رسمية ، عدد 14، المؤرخة في 06 مارس 2011.
- المرسوم رقم 146/76 المؤرخ في 23/10/1976 المتضمن النظام النموذجي للملكية المشتركة للعقارات المبنية و مجموع العقارات المقسمة إلى أجزاء ، جريدة رسمية ، عدد 12.
- المرسوم 63/76 المؤرخ في 25/03/1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري ، جريدة رسمية عدد 30 المؤرخة في 13/04/1976.
- المرسوم 666/83 المؤرخ في 12/11/1983 الذي يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة و تسيير البناءات الجماعية ، جريدة رسمية عدد 47 المؤرخة في 15/11/1983.
- المرسوم التنفيذي رقم 99/14 المؤرخ في 04 مارس 2014 الذي يحدد نموذج الملكية المشتركة المطبق في مجال الترقية العقارية، جريدة رسمية، عدد 14، المؤرخة في 16 مارس 2014.

- المرسوم التنفيذي رقم 85/12 المؤرخ في 20 فبراير 2012 المتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات و المسؤوليات المهنية للمرقي العقاري - ج ر رقم 11 مؤرخة في 2012/02/26.
- الملحق الأول المتضمن نموذج عقد البيع على التصاميم من المرسوم التنفيذي رقم 431/13 المؤرخ في 18 ديسمبر 2013 يحدد نموذجي عقد حفظ الحق و عقد البيع على التصاميم للأحكام العقارية و كذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم و مبلغ عقوبة التأخير و آجالها و كفاءات دفعها . جريدة رسمية عدد 66 مؤرخة في 25.12.2013.
- قانون رقم 00/18 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية ، الجريدة الرسمية ، عدد 5054 بتاريخ 07 نوفمبر 2002 المعدل و المتمم بالقانون رقم 106/12 المتعلق المؤرخ في 27 أبريل 2016 ، الجريدة الرسمية عدد 6465 المؤرخة في 16 ماي 2016 بالمغرب.

2- الكتب :

- محمد الوكاري ، الملكية المشتركة للعقارات المبنية دراسة مقارنة بين القانونين المغربي و الفرنسي ، دار القلم للطباعة و النشر والتوزيع ، الرباط ، 2008 .
- عفيف شمس الدين ، ملكية الشقق والطوابق والشاليهات في الأبنية المفزعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.
- سمير عبد السميع الأودن ، تملك و حدات البناء تحت الإنشاء و الضمانات الخاصة لمشتري الوحدات السكنية، مكتبة و مطبعة الإشعاع الفنية ، الإسكندرية ، مصر ، 2001.
- نعيم مغيب ، الملكية المشتركة في الشقق و الشاليهات و المحلات التجارية (دراسة في القانون المقارن)، 2008 .
- مريم تومي ، النظام القانوني للملكية المشتركة، دار الكتاب للحديث، القاهرة، 2014 .
- رياض الجمل ، محاضرات في القانون العقاري ، الجزء 2، مجمع الأطرش للنشر و التوزيع ، الكتاب المختص ، تونس ، الطبعة 1، 2017 ،

3- الرسائل والأطروحات:

- رشيد محمودي، نظام الشهر العيني في القانون الجزائري ، رسالة ماجستير في القانون العقاري الزراعي، البلدة ، جامعة سعد دحلب، 2001 .
- سفيان شعلي ، الملكية العقارية المشتركة ، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، 2008.
- سامي محمد صباح ، حقوق و التزامات مالكي الطوابق و الشقق في القانون الأردني (دراسة مقارنة)، ماجستير ، كلية الدراسات العليا في الجامعة الأردنية ، 1999.
- بلقاسم بلقاضي ، النظام القانوني للملكية المشتركة ، ماجستير ، جامعة سعد دحلب البلدة ، كلية الحقوق ، فرع القانون العقاري و الزراعي ، 2001.
- نعيبي عبد الرحمان ، البيع على تصاميم في التشريع الجزائري - دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية -، أطروحة دكتوراه ، كلية العلوم الإنسانية و الإجتماعية و العلوم الإسلامية ، تخصص شريعة و قانون ، جامعة أحمد دراية -أردار ، 2020 ،

- محمد أمين دبار ، الحماية القانونية للمشتري في بيع على التصاميم، أطروحة دكتوراه ، جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، 2021./2020
- لعور ريم رفيعة ، عقد البيع على التصاميم في القانون الجزائري و القانون الفرنسي ، دكتوراه في العلوم ، قانون خاص ، جامعة وهران 2، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، تخصص قانون الأعمال المقارن ، 2019
- علي مصباح صالح الحيصبة ، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان ، ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط كلية الحقوق 2011.
- بلقاسم بواشري، إجراءات الشهر العقاري في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، في القانون الخاص فرع العقود و المسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر1، 2014.

4-المراجع باللغة الفرنسية :

- Loi N° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles batis, journal officiel de la république française du 11 juillet 1965, N°159.
- lexicque des termes juridiques , 25 e édition , Dalloz , 2017/2018-
- pierre capoulade , "Reglements de copropriété et liberté contractuelle" l'urbanisme " , institut des études juridiques de de la construction , 2012

معضلة المفاهيم والمدرجات الأمنية وأثرها على مستقبل الدراسات الأمنية

Dilemma of security concepts and perceptions and their impact on the future of security studies

نوري عزيز*

- جامعة عباس لغرور - خنشلة -

البريد الإلكتروني: nuri.aziz@univ-khenchela.dz

تاريخ القبول: 25-05-2024

تاريخ الإيداع: 25-11-2022

ملخص:

يعالج المقال إشكالية نقل المفاهيم الأمنية دون نقدها والاشتراك في بنائها وقبولها والموافقة على مضامينها ومحتوياتها، وبالتالي تصبح وظيفتا المتلقين لهذه المفاهيم التعرف على المضامين المطروحة لهذه المفاهيم ومحاولة الاستفادة منها قدر الإمكان، لهذا فإن الانخراط وراء المفاهيم الأمنية المستحدثة والمتجددة من دون وعي ودراسة شاملة يخلق نوعا من الالتباس حول قدرة الدول الضعيفة نسبيا على تقديم مقاربة أصيلة لأمنها، وبالتالي الوقوع في ما يمكن تسميته الوعي الأمني المزيف وهذا يجعل من هذه الدول في وضعية موظفين بالوكالة لدى هذه القوى بحيث تصبح تدافع عن أمنهم من حيث تعتقد أنها تدافع عن أمنها، وقد خلص المقال إلى نتيجة رئيسية تربط مشكلة المفاهيم وعدم الاجتماع حولها وكيفية بنائها بتعقد مستقبل الأمن العالمي أكثر مما هو عليه اليوم إذا لم يتم تدارك هذه الأزمة المفاهيمية في مجال الدراسات الأمنية والاستراتيجية والتي تلقي بارتدادات خطيرة على كل المكونات والكيانات المشكلة للنظام الدولي.

الكلمات المفتاحية: الأمن؛ الدراسات الأمنية؛ الدراسات الاستراتيجية؛ مركزية المفاهيم؛ المدرجات الأمنية.

Abstract:

The article aims to clarify the problem of transferring security concepts without criticism, participating in their construction, accepting and approving their contents and, and thus the recipient's functions for these concepts becomes to identify the contents proposed for these concepts and try to benefit from them as much as possible. It is ambiguous about the ability of relatively weak states to provide an authentic approach to their security, and thus fall into what can be called a false security awareness. This is a major result that links the problem of concepts and the lack of meeting around them and how to build them with the complexity of the future of global security than it is today if this conceptual crisis in the field

of security and strategic studies is not remedied, which throws serious repercussions on all components and entities forming the international system.

Keywords: Security; security studies; strategic studies; centrality of concepts; Security Perceptions.

مقدمة:

يمثل مفهوم الأمن عنصراً ناظماً لفهم تطور كل الحقول المرتبطة به من حيث المعنى والوظيفة والمدلولات التي يقدمها الفواعل أو المختصون في هذا المجال، على غرار حقلي الدراسات الأمنية والدراسات الاستراتيجية اللذان يعالجان جزءاً معتبراً من إشكاليات علم العلاقات الدولية بشكل عام، غير أن مفهوم الأمن هو المحدد للأساسي لفهم هذه المجالات كونه العنصر الأساسي في تشكيلها وبنائها، كما كان هذا المفهوم هو أساس عملية فك الارتباط بين المجالين نهاية القرن الماضي حيث تكثفت الدراسات حول تعميق وتوسيع مفهوم الأمن الذي تجاوز البعد الذي كانت تقدمه الدراسات الاستراتيجية بكونه مرادف لأمن الدولة الصلب بكل تجلياته، وهنا تبرز قوة المفهوم والوظيفة التي يؤديها في بناء المجالات والأطر الفكرية المرتبطة به إضافة إلى التطبيقات التي تسحب على المدلول المعطى لهذا المفهوم، ومن المفاهيم الأمنية المختلفة والمعبرة على مدلول واحد وهو تحقيق الأمن بمختلف أبعاده ومستوياته تبقى المشكلة الأساسية هي كيفية النظر إلى المفهوم الذي يتحول إلى معطى أممي أو مدرك أممي تبني من خلاله السياسات العامة للدول بشكل عام، الأمر الذي يجعل من المدرجات الأمنية المبنية على المفاهيم المشتركة محدداً أو متغيراً مستقلاً لتحقيق نجاعة في حقلي الدراسات الأمنية والدراسات الاستراتيجية التي تعتبر حجر الزاوية في بناء أي سياسة أمنية عامة لأية دولة، على هذا الأساس تحاول هذه الورقة الإجابة على الإشكالية التالية:

كيف تؤثر مشكلة المفاهيم والمدرجات الأمنية على تطور مضامين الدراسات الأمنية والدراسات الاستراتيجية؟

كما يمهّد الموضوع لاختبار الفرضية الموالية: يمكن تحقيق مستويات متقدمة من الأمن على مستوى النظام الدولي والنظم التابعة له إذا تم التركيز على قضية توحيد المفاهيم والمدرجات الأمنية بين الفواعل المشكلة للنظام الدولي.

وقد تم الارتكاز أساساً على المنهج الوصفي التحليلي في تحديد معالم العلاقة المعقدة بين المفاهيم الأمنية ومدرجات تفسيرها بين الفواعل المختلفة، وكذا تقديم العناصر التحليلية المرتبطة في شكل متغيرات مستقلة وتابعة للظاهرة الأم وهي ظاهرة الأمن.

ولمعالجة الموضوع يمكن الاعتماد على الخطة التالية:

المقدمة

1- العلاقة بين الدراسات الأمنية والدراسات الاستراتيجية ومفهوم الأمن

2- إشكالية تحويلية مفهوم الأمن

3- إشكالية مركزية المفاهيم الأمنية

4- إشكالية منشأ التهديدات الأمنية

5- مستقبل الدراسات الأمنية والدراسات الاستراتيجية في ظل إشكالية المفهوم والتطبيق

الخاتمة

1- العلاقة بين الدراسات الأمنية والدراسات الاستراتيجية ومفهوم الأمن

من بين مجالات الدراسة المشكّلة لعلم العلاقات الدولية والتي تتميز بالتطور والتعقيد، نجد مفهوم ومجال الدراسات الأمنية، الذي عرف توسعا كبيرا على غرار توسع مفهوم الأمن، خصوصا منذ ما يعرف بنهاية الحرب الباردة من حيث توسعت أبعاده لتتجاوز الجانب العسكري والتركيز على الجانب الاجتماعي واعتماد وحدات مرجعية غير الدولة لموضوعه، ولكن الأهم في هذه النقطة هو فك الارتباط بين نوع آخر من الدراسات ذات الأهمية الكبرى في العلاقات الدولية، وهي "الدراسات الإستراتيجية" التي تخلق علاقة جدل من أوجه التداخل والاختلاف بينها وبين الدراسات الأمنية، وكذا مسألة من يحوي الآخر.

بشكل عام تمثل الدراسات الإستراتيجية دراسة رهانات الأمن و التهديدات التي قد تؤدي إلى استخدام القوة لتحقيق أهداف سياسة وليست أهداف عسكرية، وهي كذلك تدرس عملية مزج الموارد وحشدها والتي تشترك في تحقيق موقف معين أو أهداف أو غاية إستراتيجية، وبعد لذلك إستراتيجية لكل من طرفي الصراع يقابل بها الطرف الآخر، وبهذا يصبح الصراع بين الإستراتيجيات نيابة عن منتجها، مما يعطيها الدور الفاعل بالانتقال من مرحلة الإدارة إلى مرحلة الفاعلية.⁽¹⁾

كما تعنى الدراسات الإستراتيجية بدراسة التكتيكات التي تعتبر وسائل وقائية، غير أن استخدام القوة هي التي تمنح الإستراتيجية خصوصيتها، تعتبر القوة محصلة لكل المقومات المادية والمعنوية وما يفره التطور التقني للدولة، والتي تتم توظيفها في إطار الإستراتيجية الشاملة لتحقيق أهدافها المختلفة، كما أن القوة تتداخل مع بعض المفاهيم كالنفوذ والسلطة والإقناع والإجبار والإكراه أو التسلط والإلزام.

وتعتبر الرهانات التي تدرسها الدراسات الإستراتيجية ذات أبعاد محددة لتحقيق أهداف الأمن:⁽²⁾

*عوامل تخص الأمن.

*التعامل مع العوامل المتغيرة والاستفادة منها.

فالدراسات الإستراتيجية تمثل حقلا مميزا في دراسة العلاقات الدولية، والتشديد هنا يكون على مناهج الأمن وكيفية الحصول على وتسيير الأمن عبر استراتيجيات الأمن والسلم والتهديدات العسكرية وغير العسكرية التي قد تقود إلى اللجوء إلى القوة العسكرية، وفي هذا التعريف تحتفظ الدراسات الإستراتيجية بما هو تاريخيا خاصة لها، كالردع والسباق نحو التسلح والعقائد العسكرية ونزع السلاح، كما تتقاسم مع حقل العلاقات الدولية مفاهيم أخرى مثل: الأمن والدبلوماسية والتحالفات وتوازن القوى والصراعات...، كما تهدف الدراسات الإستراتيجية إلى توضيح العوامل التي تسهل تؤخر أو تمنع اللجوء إلى القوة، كما يعطي لحقل التحليل كل معناه ويميزه عن بقية مجالات العلاقات الدولية.⁽³⁾

¹ محمد نعمان جلال، الإستراتيجية والدبلوماسية والبروتوكول، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2004م، ص 148.

² العزاوي مهند، الإستراتيجية بين المستوى والتطبيق، مركز الشرق العربي للدراسات الحضارية والاستراتيجية، على الرابط، <https://bit.ly/2Jl6XZK> (آخر اطلاع: 2020/03/22).

³ محمود حيدر، السيادة الدولية في تحولات العولمة: السيادة المغلولة، مجلة شؤون الأوسط، العدد 100، نوفمبر 2004، ص 50.

حيث ترتبط الإستراتيجية بالأمن كمفهومين مترابطين يجب التفريق بينهما كما يقول ريتشارد باتس Richard Betts وقوام هذا التمييز أن الأمن يشمل أيضا عوامل وجوانب غير عسكرية ولكن كل سياسة أمنية تقتضي اهتماما خاصا بالحرب والإستراتيجية، وذلك من خلال:

- من حيث المستوى هناك استراتيجية عليا أو شاملة وإستراتيجية عسكرية أو عملياتية، ضمن الإستراتيجية العسكرية توجد استراتيجية برية وبحرية وجوية، أما من حيث المجال هناك استراتيجية سياسية واقتصادية واجتماعية وعسكرية وغيرها، ومن حيث المدى فقد تميزت الإستراتيجية بأنها شاملة ومحدودة أو مرحلية ومن حيث طريقة الوصول إلى الهدف فهناك استراتيجية مباشرة وغير مباشرة.

- تختلف الاستراتيجية العليا للدولة من حيث السلطة القائمة عليها، ومن حيث مستواها ومداهها ووسائلها، فالقيادة السياسية والعسكرية في الدولة هي التي تتولى الاستراتيجية العليا في حين تعتبر الاستراتيجية العسكرية ضمن نطاق النشاط العملي للقيادة العسكرية العليا، والاستراتيجية العليا هي التي تقدر وتحشد وتنمي كافة الإمكانيات والطاقت الاقتصادية والبشرية والعسكرية قصد تحقيق أهداف السياسة الأمنية أو البعض منها

في نفس السياق قد يختلط مفهوم الإستراتيجية بمستواها الأعلى أي الإستراتيجية العليا الشاملة بمفهوم السياسة أو قد يختلط مفهوم الإستراتيجية بمستواها الأدنى، أي الإستراتيجية العسكرية أو العملياتية بمفهوم التخطيط أو الشؤون الإدارية، فالسياسة الأمنية هي التي ترسم وتحدد الهدف الذي تسعى الأمة أو الدولة لتحقيقه سواء بالسبل العسكرية أو سواها، في حين تعتبر الإستراتيجية الأمنية العليا الأداة التنفيذية للسياسة الأمنية أي أنها السياسة في مرحلة التنفيذ أو السياسة في مرحلة الحركة العنيفة أو القابلة للعنف.

على هذا الأساس فإن مفهوم الأمن هو العنصر الناضج للعلاقة بين الدراسات الأمنية والدراسات الاستراتيجية، فتوسيع مفهوم الأمن انسحب على توسيع مجال ونطاق الدراسات الأمنية بعدة مستويات وعدة قطاعات، كذلك بالنسبة للدراسات الاستراتيجية التي انفصلت مفاهيمها الأساسية عن الجوانب العسكرية والخطط الحربية فقط وارتبطت بمجالات أوسع كارتباطها بالاقتصاد والإدارة والتحليل الاستراتيجي وغيرها من القطاعات الموصوفة بالاستراتيجية.

2- إشكالية تحولية مفهوم الأمن.

من المتعارف عليه أن الثابت في الظواهر الاجتماعية عامة والظواهر الدولية خاصة هو التغير والتحول، فطبيعة ظاهرة "الأمن" لا تخرج عن هذا الإطار، أي أنها تتميز بالتغير والتطور سواء من حيث المفهوم ومستوياته أو من حيث مصادر التهديد والمخاطر التي تؤثر بصفة مباشرة أو غير مباشرة في الظاهرة الأمنية، ومنه فإن ارتباط الدراسات الأمنية بمفهوم "الأمن" في علاقة طردية يجعل هذه الدراسات تتطور بتطور مفهوم "الأمن" وتحوله أو توسعه.

فعادة ما يربط مفهوم "الأمن" بنظرية الدولة الحديثة والتي من مهامها الأولى توفير "الأمن" والحماية لمواطنيها وذلك بما تمتلك من وسائل وحق الاستعمال الشرعي لوسائل العنف والإكراه لوضع حد للفوضى، غير أن مفهوم "الأمن" وفي محاولة تحديده يتطلب المرور بثلاثة مقاييس أساسية لأي محاولة لتعريفه وهي:⁽¹⁾

*المحافظة على القيم المركزية.

*غياب التهديد ضد هذه القيم.

¹ Edward A. Kolodziej, Security and international relations, New York, Cambridge University Press, first edition, 2005..p105.

*صياغتها لأهداف سياسية.

1.2 المحافظة على القيم المركزية.

يؤكد أرنولد وافرز Arnold Wolfers على أن القيم المركزية المكتسبة للمجموعة توضح العلاقة بين الجوانب الذاتية والموضوعية للأمن، ففضية القيم المركزية تحدد هذه الجوانب.

-الجانب الذاتي: غياب التهديد ضد القيم المركزية.

-الجانب الموضوعي: غياب الخوف من أن تكون هذه القيم محل هجوم، "الإستقلال والسيادة والرفاه و..".

غير أن الإشكال في هذه القضية هو "من يحدد هذه القيم"، التي تختلف بين الفواعل في إدراكها لها، فإدراك الدول المتقدمة لمسألة القيم المركزية يختلف عن إدراك الدول المتخلفة، مثل: الرفاه والمستوى المعيشي المتطور هو من القيم المركزية ذات الأولوية والتي يجب المحافظة عليها لدى مجتمعات دول الشمال، على عكس الدول المتخلفة التي ترى في الرفاه عبارة عن هدف بعيد المنال والقيمة المركزية الأهم هي الحفاظ على الإستقلال والبقاء، وكذلك تختلف الوسائل التي تستعمل للحفاظ على هذه القيم بين الفواعل والتي تعود بالأساس إلى إمكانيات كل دولة في إدراك وكيفية الحفاظ على هذه القيم.⁽¹⁾

وكما يوضح Michel Dilon على الترابط بين جانبيين أساسيين، الأمن واللاأمن، ف"الأمن" مفهوم مزدوج لا يعني وسيلة للتحرر من الخطر وإنما وسيلة لجعله محدودا، بما أن الأمن أوجد الخوف فإنه يقضي بضرورة القيام بإجراءات مضادة للحكم واحتواء وإقصاء وتحييد الخوف بوضع كل الوسائل والإمكانيات للحفاظ على القيم المركزية.

2.2 غياب التهديد ضد القيم المركزية المكتسبة.

يؤكد باري بوزان Barry Buzan أن العمل على التحرر من التهديد هو قدرة الدول والمجتمعات على الحفاظ على كيانها الوظيفي ضد قوى التغيير التي تعتبر معادية لها، وذلك بمحاولة الدول إيجاد الوسائل الكفيلة بمحاصرة التهديدات والقضاء عليها، وإذا كان الأمن يعني غياب التهديدات والانعقاد هو تحرر الأفراد والجماعات من المخاطر، فالحرب أو التهديد بها يمثلان واحدة من هذه المخاطر إلى جانب، الفقر والفسل التريوي والقهر السياسي و... الانعقاد والأمن هما وجهان لعملة واحدة، إنه الإنعقاد وليس القوة والنظام.⁽²⁾

فالانعقاد هو التحرر من الخوف بوجود تهديدات تهدد القيم المركزية للمجموعات على اختلاف مدرجاتها لهذه القيم والوسائل المستعملة للحفاظ عليها، ومنه كما يقول بوزان فإن التحرر من التهديدات هو غيابها ضد القيم المركزية المكتسبة والتي تمثل في أدنى حد لها خط القاع Bottom line، والذي لا يجب النزول تحته كشرط للبقاء وللحفاظ على هذه القيم.⁽³⁾

3.2 صياغة الأهداف السياسية.

إن أشكال العنف التي تمثل أعلى تهديد لأي سياسية أمنية مرتبطة بالقيم المركزية، اتسعت وتحولت من الحروب بين الدول لتشمل أنواعا مختلفة من الصراعات الداخلية والمناهضين العابرين للحدود، ولكن أيضا عدم احترام القوانين الداخلية وانتشار الجريمة وغيرها، فالهدف الأمني لأي حكومة وطنية بالدرجة الأولى هو حماية مواطنيها وحقوقهم ضد

¹ خديجة عرفة، الأمن الإنساني: المفهوم والتطبيق في الواقع العربي والدولي، مركز الدراسات والبحوث، الرياض، الطبعة الأولى، 2009، ص25.

² Barry Buzan, People, States and Fear, London, Harvester Wheat sheaf, 1983, pp.218

³ Ibid.p219.

كل أشكال الاضطرابات من وجود حد فاصل بين الأمن الداخلي والأمن الخارجي،⁽¹⁾ كون هذه السياسات يجب أن تأخذ بعين الاعتبار القيم المركزية التي تعمل على صيانتها. لذا فإن أي محاولة لدراسة الأمن يجب أن تأخذ الأهداف السياسية التي تحددها هذه المكونات أي القيم المركزية وغياب التهديد حولها، يجب أن تصاغ ضمن استراتيجيات ذات أهداف سياسية تخص الدول⁽²⁾، ما أكدت ذلك وثيقة الأمن القومي الأمريكي الصادرة عام 2000 والتي افتتحت بعبارة "لنحيي ونطور رفاه الأميركيين في أمة واحدة وحرّة"، ومن خلال هذه العبارة يتأكد إلى أن الأهداف السياسية المصاغة من القيم المركزية يجب أن تحدد في إطار استراتيجيات أمنية، وذلك لكون الظاهرة الأمنية تابعة لجملة من التحولات والمظاهر التي تؤثر بشكل عام على مضمون "الأمن".

من خلال هذا، يتأكد وجود إشكالية جد معقدة حول تحديد القيم المركزية الواجب حمايتها أو تعريف الأمن من خلالها، فهل تحدها الدولة "النظام السياسي"، أو المجتمع أو الأفراد أو جماعات المصالح، فكل هذه الفواعل قد لا تستطيع الاشتراك أو التشارك حول معنى أو مدرك القيمة المركزية التي يدور حولها مفهوم الأمن بشكل عام، ففي بعض الأزمات نجد تراجع الدولة كفاعل أساسي في إيجاد حلول ومخارج مقنعة للتحولات التي قد تحدث في مجتمع ما وتترك المجال واسعاً أمام الفواعل الأخرى كالمُنظمات المحلية أو الدولية، مثل الأزمات الصحية والأمراض المتنقلة شديدة العدوى، وفي سياق آخر تعود الدولة كفاعل منفرد في قيادة تحديد مفهوم الأمن إذا تجاوزت الأزمات قدرة الفواعل الأخرى على تخطيها أو المساهمة في حلها، مثل ما حدث في الأزمة الاقتصادية 2008 التي أدت إلى انهيار العديد من الشركات الاقتصادية العالمية، الأمر الذي جعل من الدولة أساس إعادة الاقتصاد العالمي إلى الاستقرار عبر الإجراءات التي اتخذتها أغلب حكومات الدول الكبرى بضخ مئآت المليارات من الدولارات لإعادة تحريك الاقتصاد العالمي، فهذا التحرك لضمان جزء من الأمن أو بعد من أبعاد الأمن وهو الشق الاقتصادي لم تستطع باقي الفواعل الأخرى الاضطلاع به.

إن إشكالية تحولية مفهوم الأمن ومنه مجال الدراسات الأمنية تؤثر بشكل كبير على فهم الواقع الأمني الدولي والواقع الأمني لكل وحدة من الوحدات المشكلة للنظام الدولي، ويمكن تحديد مرتكزات هذه الإشكالية عبر النقاط التالية:

- التغير والتطور والاختلاف في تحديد القيم المركزية
 - التحولات الدولية المستمرة في شتى المجالات الجيوسياسية والاقتصادية والسياسية
 - التغيرات في بنية النظام الدولي خصوصاً في أدوار الفواعل المشكلة له والأبعاد التي تمكنها من النشاط فيها
 - ارتباط مفهوم الأمن بالمنظومات القيمية يؤدي إلى الاختلاف في تحديد القيم الواجب المحافظة عليها والتي في الغالب تكون متصادمة أو متصارعة خارج المنظومة القيمية الواحدة.
- لهذا، تبقى إشكالية تحولية مفهوم الأمن من بين الإشكاليات المعقدة جداً في مجال الدراسات الأمنية والدراسات الاستراتيجية كونها تبقى المتحكم في درجة فهم واستيعاب التحولات الأمنية والجيوسياسية في النظام الدولي، فالإشكال عادة لا يطرح حول مفهوم الأمن بحد ذاته، وإنما حول المضامين التي تعطى له والتي ترتبط عادة بأولويات كل دولة، و برؤيتها وتحديد المخاطر والتهديدات التي تهدد أمنها الوطني.

¹ الحربي سليمان عبد الله، مفهوم الأمن مسوياته وصيغته وأبعاده، دراسة نظرية في المفاهيم والأطر، المجلة العربية للعلوم السياسية، العدد 19، 2008، ص 15.

² محمود شاكر سعيد و الحرفش خالد بن عبد العزيز، مفاهيم أمنية، مركز الدراسات والبحوث، الرياض، الطبعة الأولى، 2010، ص 16.

على هذا الأساس، فإن استجابات الدول لمدلولات مصطلح الأمن تختلف من دولة لأخرى، و بالتالي طريقة التصرف تجاهها، فإن سلوكياتنا ما هي إلا انعكاس لأفكار نؤمن بها و لمدلولات ألفاظنا، حازت نوعاً من الإجماع، ثم استقرت في الذاكرة الجماعية، و عليه فإنه ربما نفس الشئ ينطبق على سلوكيات الدول، فمفهوم التحول الأمني قد يعني لبعض الدول، مجرد تغير في الأولويات، و بالتالي التحول مرتبط بمستوى الأمن وليس جوهر الأمن، لأن هذا الأخير قد وفرت مستلزماته و مقتضياته منذ زمن بعيد.⁽¹⁾

3. إشكالية مركزية المفاهيم الأمنية.

إن المركزية العلمية الغربية* المتمثلة تحديداً بالولايات المتحدة الأمريكية وأوروبا، من منطلق رفض المنطق الممارس أن كل منظومة علمية أو ثقافية أو فنية يجب أن تكون خاضعة لمعايير الغرب بحجة التفوق العسكري والعلمي المفرغ حقيقية من المعاني والقيم الإنسانية، والتي يُلجأ غالباً للتبشير بها كأداة تغطية للممارسات السياسية الساعية إلى تلبية الاستراتيجيات التي تحولت في شكلها إلى وجوه اقتصادية أكثر نعومة مما ساهم في نشوء تيار حقيقي تلمس مدى فراغ وخواء الغرب من هذه القيم، فبدأت محاولات لإصلاح الخلل في المنظومة الفكرية والقانونية والتعليمية والثقافية لاسترجاع هذا الدور الإنساني بعد أن علا صوت المنطق الاستهلاكي والتجاري، وهيمنة ثقافة التشيؤ في المجتمعات الغربية كما تنص عليه دراسات لوكاتش وجولدمان وتيري إيجلتون ونعوم تشومسكي.

كما تأتي هذه الرؤية بناءً على معطيات ملموسة ولاسيما بعد أن بدأت مظاهر التأزم تظهر في العالم الغربي، ابتداء من الخواء الفكري والروحي الذي تعاني منه المجتمعات الغربية مروراً بالمشاكل البيئية كتغير المناخ الذي يهدد العالم، وانتهاء بالأزمات الاقتصادية، وكذا الحروب السيبرانية والبيولوجية التي تنطلق وتظهر في كل فترة زمنية، هذه المحاور الثلاثة تبرز الجانب الحقيقي لأي حضارة جاء العطب فيها نتيجة لخلل ما في البنية الفكرية والفلسفية، والتي تبناها الغرب لقرون عدة حين عملت تبني سياسية البنى الرأسمالية كنماذج منجزة وكخيار وحيد، وبناءً على ذلك انتهت بنتيجة حتمية لمعنى الأفلو الحضاري لأمة تعمل على تنحية الآخر، ومحاولة فرض قيمها الحضارية على أمم وشعوب وأخرى بحجة نشر الحضارة. والحضارة هنا مفهوم فضفاض ومشكل، فمن يحدد المفاهيم وخصوصاً الأمنية منها ومعانيها وأشكالها؟ وهل يمكن أن تكون مجموعة من الحروب الكونية، واستخدام السلاح الذري وتدمير البيئة واحتلال الشعوب ومحاولة القضاء على الثقافات المحلية جزءاً من إشكالية مركزية المفاهيم الغربية؟⁽²⁾

¹ جهاد عودة، الصراع الدولي: مفاهيم وقضايا، دار الهدى للنشر والتوزيع، المنيا، جمهورية مصر العربية، 2005، ص53.

² رامي أبوشهاب، نحو تجاوز مركزية الثقافة الغربية، مجلة الكلمة، العدد 25 يناير، 2009، على الرابط: <https://bit.ly/2UjRD5F> (آخر اطلاع: 2020/03/20)

* فرنان بروديل يقول: «منذ أبدأ الأبدان أوما يقارب ذلك، كان هناك شرق متوسطي أهل بالسكان وغني بحضارته القديمة جداً، وتنشطه صناعات كثيرة، وعالم غربي. تماشياً مع المبدأ نفسه للغزو الروماني. أوغرب بعيد إذا أردنا Far West «وهوغرب متوحش وربما غير مثقف». إذاً هكذا كانت البداية في تصوير الذات بالمقارنة مع الآخر وهي ليست بالضرورة مقارنة إيجابية بل في كثير من الأحيان منحاظة كما سوف يظهر لنا في بحثنا هذا الذي تكمن غايته في الكشف عن أطراف المركزية الأوروبية والغربية (Eurocentrism)، ونجد أن هذا يتحقق في التحليل والكشف عن الدلالة التي يحتويها مفهوم المركزية وهذا يتطلب تحديد الدلالة اللغوية والاصطلاحية، ثم إحصاء السمات التي يمكن إجمالها في تلك الظاهرة الثقافية، المجتمع الغربي، فهذه المرحلة مهمة في اكتشاف أبعاد تلك الظاهرة وتبيان الوقائع التي من الممكن رصدها وهي تعبر عن تلك الظاهرة أوتعد محكومة بالسلوك النفسي والثقافي ذاته، الذي يمكن البحث عنه في الأصول أو الممارسات الثقافية، وتبيان الأصول التي تعتقد أنها أصولها، ثم كشف الممارسات التي تحكم جملة من النظريات الثقافية ذات أبعاد عرقية في نظرتها إلى ذاتها وتميزها من غيره

كما نجد أن التوظيف الأيديولوجي للعولمة التي تمارس سلطة أخلاقية وسياسية على الواقع الذي نعيشه كثير من الدراسات التي تحاول نقد ما بعد الحداثة من خلال ربطها بالتمركز الغربي المعاصر، لكنّ هناك دراسات تحاول التمييز بينها وبين الحداثة أو مشروع الكونيالية، وترجع عوامل الرفض للحداثة؛ بفعل ما كانت قد أحدثته إرادة القوة الغربية التي حاولت وتحاول الهيمنة؛ لهذا كانت هناك ردود فعل اتجاه الحداثة وما بعدها خلقت مزيداً من العوائق أما الاتصال وتبادل الأفكار بين الغرب والشرق وهذه دعت الشعوب في النهاية إلى اتّخاذ مواقف وهي تؤكد الهوية وبذرائع المحافظة على الأصالة والهوية ظهرت ردود أفعال مناهضة للتغيرات الاجتماعية والقيمية، ففي ظل توترات تجتاح العالم، وقوى إمبراطورية تريد إعادة تشكيله طبقاً لرؤاها ومصالحها، لجأت كثير من المجتمعات إلى الاعتصام بنفسها، وبقيمها، وبثقافتها، وذلك في رغبة ملتبسة من الحماية الذاتية، ومن الطبيعي أن الرغبة في صيانة الذات ستؤدي إلى درجة من الانقطاع عن جملة التحولات الجارية في العالم، فيحل الرفض محل القبول، ويسود الخوف بدلاً من الأمان، والريبة مكان الطمأنينة، وتندلع نزاعات ثقافية بموازاة الصراعات العسكرية والاقتصادية والسياسية، وتصبح الحروب نوعاً من صراع الأفكار والثقافات، هذا السلوك خلق ثنائية بين الغرب والشرق فالغرب يتمثل في السيطرة والإقصاء والاحتقار والحد أو الرفض من الآخر يمثل أحد اتجاهات الثقافة الغربية، بالمقابل في الشرق هناك شعور جماعي عميق، بأننا، دائماً ضحية هذا الآخر، كل هذا كان لابد وأن يدفع إلى مراجعة نقدية لهذه الصور التي نشكلها عن الآخر سواء كانت غربية أو شرقية، ولعل هناك تيارات كثيرة حاولت من أن تقيم تجربة العلاقة بالغرب وتمثاله عن الشرق وهو ما يدخل «الاهتمام بالمكان، والإزاحة عن المكان ملمحاً رئيساً من ملامح آداب ما بعد الكونيالية، وهوما يعني هنا ظهور أزمة خاصة ما بعد الكونيالية تتعلق بالهوية والاهتمام بتطور أو استعادة علاقة فعالة بين الذات والمكان لتحديد الهوية، تلك المراجعة سواء كانت غربية أو عربية، وهنا يرتفع الصوت بضرورة إنتاج معرفتنا الخاصة كما لا يقتصر هذا التصور على أصحاب المواقف المناهضة بل يخص أيضاً أصحاب المواقف العصرية الذين يدعون إلى تبني النموذج الغربي بوصفه أنموذجاً للعصر كله، والتصوير المنهجي الثاني يتخطى استعمال المعرفة كهوية للبنى المجتمعية التاريخية التي أنتجتها.⁽¹⁾

في السياق ذاته، إننا نعيش اليوم توسيعاً لمفهوم الأمن بفعل العولمة بمختلف أبعادها، و يعد هذا من بين تحولات المشهد الأمني العالمي، أما التحول الأمني الآخر هو تحولات القوة، إن القوة لم تعد ترتبط بالعامل العسكري بل تتعداه إلى التكنولوجيا التعليم، النمو الاقتصادي، الاتصالات، الاعتماد المتبادل المعلومات خلق المفاهيم ونشرها، التحكم في الإعلام بكل أشكاله وهذا كله في ظل نظام يفتقر إلى سلطة عليا لفض النزاعات، يبقى العامل العسكري وسيلة فعالة لحماية الدول نفسها، لكنه لم يعد كافياً بسبب طبيعة التهديدات، فالقوة العالمية اليوم تؤسس وتبني على مصادر هي من قبيل القوة اللينة، "الاجذب الثقافي التحكم في المؤسسات الدولية، نشر معايير معينة كما تقوم على مصادر ملموسة القوة الصلبة أو العتادية، وكما نلاحظ في عالم اليوم أن الولايات المتحدة هي الوحيدة تمتلك كل مصادر القوة بشقيها الملموس وغير ملموس.⁽²⁾

¹ عامر عبد زيد الوائلي، صورة الآخر الحضاري نقد الاستعلاء في المركزية الغربية، مجلة الاستغراب، العدد 10، السنة الرابعة، شتاء 2018، على الرابط: <https://bit.ly/3amNgMW> (آخر اطلاع: 2020/03/19)

² المرجع نفسه.

ومن هذه المفاهيم كذلك الأمن اللين، ويعني التهديدات غير المباشرة أو التهديدات غير العسكرية مثل "عدم الاستقرار" و "التطرف" و "الإرهاب" و "المخدرات" و "الهجرة غير الشرعية" و "الجريمة المنظمة"، بينما يقصد بالأمن الصلب التهديدات المباشرة أي العسكرية.

إن خطر نقل المفاهيم والتعريفات الأمنية دون نقدها وتمحيصها والاشتراك في وضعها يعني قبولها والموافقة على مضامينها ومحتوياتها، وبالتالي تصبح وظيفتا المتلقين لهذه المفاهيم والتعريفات التعرف على المضامين المطروحة لهذه المفاهيم ومحاولة الاستفادة منها قدر الإمكان، إما عن طريق تجميع عناصرها أو عن طريق الوصول إلى تعريف يجمع مختلف توجهاتها ومضامينها، وعليه فإن الانخراط والانجرار وراء المفاهيم المستحدثة والمتجددة من دون وعي ودراسة شاملة يخلق نوعاً من الالتباس حول قدرة الدول على تقديم مقاربة أصيلة لأمنها، وكذلك مدى إدراكها لما يطرح علمياً وأكاديمياً ومحاولة الاستفادة منه وبين ما يستبطن من أولويات ومصالح القوى الكبرى، وبالتالي الوقوع في ما يمكن تسميته "الوعي الأمني المزيف"، وهذا يجعل من الدول الأقل مشاركة في تطوير حقل الدراسات الأمنية في وضعية موظفين بالوكالة لدى هذه القوى بحيث تصبح تدافع عن أمنهم من حيث تعتقد أنها تدافع عن أمنها بشكل أو بآخر.

4. مفهوم الأمانة وإشكالية التطبيق.

تؤكد مدرسة كوبنهاغن أن التهديدات الأمنية مبنية اجتماعياً "Socially constructed" في إطار تعريفي لعملية تسمى "الأمانة"، ومع ذلك تؤكد المدرسة في إطار نظرتها المشككة في فرص نجاح الأمانة بعيداً عن إطار "الدولة"، كما تبرز أن الأمن يظهر من خلال "الفعل" أي أنه "فعل خطابي" متفاعل اجتماعياً من المفترض أن يشكل دلالات اجتماعية.

وعلى هذا الأساس، فإن الأمانة هي عبارة عن عملية تظهر فيها القضايا غير الأمنية "Non-security issues" مثل: الهجرة وقضايا اللاجئين والمعاملات الاقتصادية والقضايا الاجتماعية، "وتتحول إلى مخاوف أمنية مستعجلة، وبالتالي يفهم تصوير القضايا الأمنية بأنها تهديدات وجودية للكيان المرجعي عن طريق الفواعل المؤمنة المختصة، مما يولد إقرار تدابير الطوارئ والإجراءات الاستثنائية والمستعجلة.

كما يعبر الكيان المرجعي عادة عن "الدولة" لكن قد تكون كذلك الوحدات السياسية الأخرى، والتي ينظر إليها على أنها لا بد أن تبقى محمية لضمان بقائها واستمرارها، وفي هذه الحالة يتطلب التهديد: "استخدام التدابير الاستثنائية للتعامل معه".

حيث تتعامل نظرية الأمانة مع كيفية ظهور وتوزيع وتلاشي القضايا العامة في المجتمع، وأكثر تدقيقاً هو حول كيفية إظهار وتقديم هذه القضايا كتهديد، فهذه النظرية تقول بأن "اللغة" ذات فعل تكويني تأسيسي حول القضايا المرتبطة بالحقيقة الاجتماعية⁽¹⁾، كما يجب أن تقدم هذه النظرية للتطبيق في العلاقات الدولية، لهذا لا بد من تحديد العلاقة بين مفهوم الأمن والأمانة ضمن هذه النظرية، فطبقاً لنشولز فإن الأمن مرتبط بالأمن مثل: في غياب الأخطار يمكن تحقيق الأمن أو الحصول عليه، وعلاوة على هذا يؤكد بوزان أن الأمن لا يتحقق فقط عن طريق القوة العسكرية ويتجاوز فكرة الحرب والقوة.

¹ Therriy Balzac, Constructivism and securitization studies, in caverty, M.D.& Mauer, V (eds), The Routledge Handbook of security studies, Oxon, Routledge, 2010, pp.58.

إن الأمن في هذا السياق يعتبر "فعلا خطابيا"، أي عندما يقال الفعل فقد تم تقديمه فعلا للتطبيق، فكلمة "أمن" هي نفسها "الفعل"،⁽¹⁾ كما يؤكد كل من بوزان وشولز أن الأمن يمكن أن يكون وسيلة لتحقيق الاستقرار في العلاقات المتوترة والمهتزة، لكن هذا الأمر في الغالب "تحقيق العلاقات الآمنة" لا يزال يميز فقط الصراعات الكبرى في العالم. ومن هذا المنطلق، لا ينظر للأمن نفسه على أنه مرغوب فيه، لكن بالأحرى رفع طابع الأمانة لا بد أن يكون هدف كل تحرك، أي انتقال القضايا من النمط الطارئ إلى النمط الطبيعي في المجال السياسي.⁽²⁾

فالأمن هنا يبني عن طريق "اللغة و" السياقات" الخاصة وهي التي يفسرها مسار الأمانة بكل مراحلها ومكوناته. في هذا الإطار، تعتبر الأمانة أكثر حدة من التسييس، ومن المهم أن نفهم أن "عدم التسييس" يحدث إذا كانت الدولة لا تعمل على قضية "لا تخضع للنقاش العام"، علاوة على ذلك قد لا ينظر إلى هذه المسألة على أنها مهمة للدولة، ولكن المنظمات والوحدات السياسية والاجتماعية الأخرى يمكن أن تحاول إثارة هذه القضية على جدول أعمال السياسة العامة، وعلى النقيض من ذلك يعني التسييس إدماج موضوع أو قضية معينة في السياسات العامة واتخاذ قرارات حكومية مثل استثمار الموارد هنا يصبح مطلوبا، ومن ثم في إطار مرحلة التسييس فواعل الدولة تغطي قضية معينة وتعمل عليها بكل جزئياتها.

إن الأمانة مع ذلك تذهب إلى أبعد من هذا حيث يتم تصوير القضية باعتبارها "تهديدا كبيرا" "Major threat" يبرر "استخدام الإجراءات الاستثنائية" "Exceptional measures" تتجاوز الإجراءات السياسية العادية، وقد يحدث هذا كذلك إذا لم ينظر إلى أن التدابير السياسية العادية كافية لمواجهة هذه القضية، وهنا تمثل الإجراءات الأمنية إشكالية في حد ذاتها إذا تمت أمانة الأفعال الخطابية بغرض إعطاء الأولوية للمسائل الأمنية من أجل تطبيق الإجراءات المدروسة.⁽³⁾ فعند تطبيق عملية الأمانة في القطاع المجتمعي فإن الكيان المرجعي سيكون الهويات الجماعية أو الدول أو الأديان أو اللغات، وبما أن الهويات غير مستقرة ولكنها موضوع قابل للتحرك والتغير، فقد يكون من الصعب تحديد ما هو بالضبط التهديد، ومن الأهمية بمكان أن ينظر إلى هذه التغيرات أنها منتشرة ومتداخلة، حتى يمكن اعتبار أسباب التغير عبارة عن تهديدات، ونتيجة لذلك إذا كان سبب التغير هو مثل: "المهاجرين أو الهويات الأخرى....، تبقى مرتبطة هنا بمدى انفتاحهم الجماعية حول الهوية المستقبلية.⁽⁴⁾

وعليه، فإن كل هذه النقاط المعقدة في إطار نظرية الأمانة والتي تعتبر من أعظم المساهمات في تطوير الدراسات الأمنية على الرغم من أهميتها تبقى مرتبطة بكيفية تطبيقها وتحديد منطلقاتها عن تقسيم العالم إلى أنظمة ديمقراطية تعتد الحرية كأساس لبناء مجتمعاتها وبين الأنظمة أقل حرية في هذا المجال، وهنا تكمن الصعوبة في تفسير وتطبيق هذه الأفكار في الدول ذات الأنظمة الأقل ديمقراطية كونها قد تتجاوز مفهوم الإجراءات الاستثنائية في ضايا محددة إلى استخدامها في كل القضايا المطروحة للنقاش وهو ما يفقد الأمانة محتواها من الجانب النظري وكذلك من الجانب التطبيقي الذي يشترك فيه صناع القرار أو الفواعل المؤمنة والجمهور المهتم بشكل متناسق حتى تنجح هذه العملية.

¹ Ibid, p59

² Thorsten Gomez and Thorsten Bonacker, the concept of securitization as tool for analyzing the role of human rights related civil society in Ethno political conflicts, center for conflicts studies, university of Marburg, March2007, p23

³ Ibid.

⁴ Ibid.

على هذا الأساس، تبقى نظرية الأمننة من الأمثلة الجيدة في فهم محتوى الدراسات الأمنية بشكل عام في العقود المقبلة على اختلاف القضايا المطروحة، لكن يبقى الإشكال الأساسي هو كيف يمكن الإجماع على نجاعة مفهوم أو نظرية صممت لتطبق على شكل أو نمط معين من الأنظمة أو من المجتمعات دون أخرى؟، الأمر الذي يزيد من تعقيد الدراسات الأمنية مستقبلا إذا لم تتجاوز هذه النقطة المعقدة جدا.

5. إشكالية منشأ التهديدات.

إن مفهوم الأمن يتميز بالغموض وعدم الإجماع بين الدارسين وإن كان الإجماع حول الهدف الأزلي وهو بقاء الدولة، غير أن هذا المفهوم الضيق والذي يمكن توسيعه عبر تعريفات والفرز و بوزان كون التهديد مرتبط بالقيم المركزية والتحرر من الخوف لكن السؤال هو حول ماهية هذه القيم والمعايير التي تهدد خصوصا في دول العالم الثالث، والمقصود بمدرجات التهديد هو كما يعرف بوزان الأمن، حيث يقول: أنه لما تكون للمرء فكرة عن طبيعة التهديدات والانكشاف الخاصة بالموضوع الذي تستهدفه، عندها يمكن أن يعطي معنى للأمن القومي كمشكلة سياسية، فاللأمن يعكس التهديدات والانكشافات سويا، ومنه يمكن القول بأن سياسة الأمن القومي إما أن تتجه نحو الداخل لتخفيض من انكشافات الدولة نفسها، وإما نحو الخارج لتخفيض من التهديد الخارجي بالتصدي لمصادره وإذا كانت الأكتشافات محددة وملموسة فإن التهديد قد يكون صعب التحديد وذلك لسببين:⁽¹⁾

- مسألة الذاتية والموضوعية في التهديد ، أي استحالة قياس هذا الأخير كما أن التهديدات التي تسيطر على الإدراك قد لا يكون لها واقع جوهري، وخوف القيادات قد لا يتقاسمه الشعب
- صعوبة التمييز بين التهديدات الخطيرة بما فيه الكفاية لتشكّل تهديدا للأمن القومي، وتلك تظهر كنتيجة للحياة اليومية في بيئة دولية تنافسية.⁽²⁾

في هذا الإطار يمكن الربط بين مسألة مدرجات التهديد و "هوية المهدد"، أي القيم المهددة والتي تعتبر إشكالا في حد ذاتها وتطرح أسئلة عند التطرق لمفهوم الأمن بشكل عام، أي هذه القيم التي يتعين حفظها وحمايتها: البقاء الدولي أو الاستقلال الوطني أو الوحدة الترابية أو الرفاه الاقتصادي أو الهوية الثقافية والحريات الأساسية.... أمن النظام السياسي³ ، وذلك عبر مستويين أساسيين:

1.5 المستوى الداخلي "المحلي".

إن الحديث عن مدرجات التهديد حول القيم المركزية يعتبر في حد ذاته تهديدا لأمن الدولة وبقائها أي محاولة خلق وتطوير وحفظ القيم والمعايير الخاصة بالحريات الأساسية والديمقراطية ودولة القانون تعتبر مصدرا لتهديد أمن النظام وبقائه في بعض الدول ذات الأنظمة المغلقة، في ظل اختلاف مدرجات التهديد والقيم المهددة بين النظام وبقائه، في ظل اختلاف مدرجات التهديد والقيم المهددة بين النظام أو صناع القرار والأفراد المهتمين، الأمر الذي يزيد من صعوبة تحديد مفهوم

¹ عبد النور بن عنتر، البعد المتوسطي للأمن القومي الجزائري، الجزائر أوروبا والحلف الأطلسي، المكتبة العصرية للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 17

² المرجع نفسه، ص 18

³ عميور صالح دعاس، التحولات الأمنية الجديدة وتأثيرها على الأمن القومي الجزائري: التحدي والاستجابة، أعمال الملتقى الدولي: الجزائر والأمن في المتوسط، واقع وآفاق، قسنطينة 2008، ص 74

الأمن لدى بعض الفواعل كون غالبيتها ترى القيم الخاصة بحفظ بقائها الفيزيائي أو الضيق وهنا يبقى النظام السياسي والأفراد مهددين لبعضهما البعض في ظل اختلاف مدرجات التهديد.

2.5 المستوى الإقليمي أو الدولي

إن إشكالية منشأ التهديدات الأمنية على هذا المستوى تأخذ طابعاً أكثر تعقيداً كون شبكة التهديدات تزداد توسعاً وتداخلًا، كذلك مشكلة مدرجات التهديد بين الفواعل المشكلة للنظام الدولي، فالدول المتقدمة تجعل من الدول الأقل تقدماً مرجعية لمنشأ التهديدات الأمنية كون مشاكلها الداخلية بكل أبعادها تمثل أرضية مناسبة لظهور وانتشار العديد من التهديدات الأمنية في شقها المحلي والتي في الغالب تصبح مدولة في كل العالم أو على الأقل في محيطها الإقليمي مثل ظاهرة الإرهاب وتجارة المخدرات والهجرة غير الشرعية وغيرها من أشكال الجريمة المنظمة بشكل عام، وفي نفس السياق تهم الدول المتخلفة التي تعتبر منشأ لأغلب التهديدات الأمنية في نظر الدول المتقدمة تهم هذه الأخيرة بأنها سبب تراجع دور الدولة وفعاليتها تجاه مجتمعاتها وبالتالي عدم تحكمها في الواقع الأمني داخلها، وذلك من خلال سياسات الاستعمار السابقة والسياسات التدخلية من جهة أخرى.

إن مشكلة عدم الاتفاق أو الاشتراك حول مدرجات التهديد الأمنية بين الفواعل المشكلة لبناء أمني معين يمثل في حد ذاته عنصر تقويض للأمن العالمي، فالدراسات الأمنية المعاصرة تركز على مركزية المفاهيم الأمنية الغربية وتسقطها على كل مستويات الأمن، وهذا في حد ذاته يمثل نقطة ضعف في فهم مدلولات الأمن بشكل عام، فتعدد مستويات الأمن أصبحت سمة الحاضر والمستقبل المنظور والمجتمع الإنساني يواجه تحديات متعددة الاتجاهات لم يسبق له عبر تاريخه أن واجهها فالسياسة العالمية اليوم تواجه بأنماط من التهديدات لم تعد مقتصرة على الصراعات التقليدية الداخلية ولكن مهددة باستراتيجيات مبتكرة وخطرة لفواعل من غير الدول كما أنها في مجملها ذات طبيعة غير عسكرية، كما أنها تفتقد لقاعدة أرضية خاصة (لإمكانية التهديد/ نهاية الجغرافيا) وبالتالي لا يمكن التعاطي معها ولا الضغط عليها فالخطر المحقق بالأمن هو اللاتيقن فالعدو هو ذلك المجهول والخوف والتهديد يأتي من ذلك التغير السريع الوتيرة ومن "عدو" لا تستطيع أن تراه أو تلمسه أو تحسه.⁽¹⁾

فلم يعد يحتاج خوض حرب في عصر المعلومات إلى تحريك المجتمع فيزيائياً، بل يحتاج إلى سياسة علاقات عامة فعالة تستخدم فيها وسائل الإعلام بمهارة لإعلام الرأي العام. تحتاج معظم الحروب الآن إلى الهدوء السياسي لأنها الآن رأسمال شديد وإمكانات محددة أكثر.

* العالم يمارس ثورة جديدة في التكنولوجيا العسكرية، فتقنيات المعلومات، تحول القدرات العسكرية الموجودة، وإدارة الحروب، والقدرة على إظهار القوة العسكرية من مسافات بعيدة بدقة عظيمة.

* تجعل أنظمة الاتصالات الآنية إدارة الحروب أسهل، لأن القادة يستطيعون الإشراف والتدخل بالعمليات العسكرية الميدانية إلى درجة لم تكن ممكنة من قبل.

¹ أحمد فريجة و لدمية فريجة ، الأمن والتهديدات الأمنية في عالم ما بعد الحرب الباردة، على الرابط: <https://bit.ly/2UCF2tn> (آخر اطلاع:

(2020/03/20)

* العولمة المتزايدة في قطاعات الصناعات المدنية التي تعمل في الإنتاج الدفاعي الإلكترونيات أو البصريات، تتساهل في السيادة التقليدية للقدرات الدفاعية القومية، لأنها تجعل الحصول على الأسلحة واستخدامها خاضعا لقرارات أعمال سلطات أخرى أو شركات وراء مجال التشريع القومي.

* تصبح تهديدات أمن الدول، أكثر انتشارا ولم تعد عسكرية بطبيعتها

* تفرض العولمة تغييرات جذرية في الدول وتسلط الضوء على عجز الحكومات القومية عن ضبط أمن مواطنيها وسعادتهم.

* يتوصل غراهام أليسون Graham T. Allison في إطار محاولة تبينه لأثر المتغيرات الجديدة في الأمن القومي والعالمي إلى أنه لا يمكن حل المشكلات عبر الأممية بما فيها المشكلات الاقتصادية والبيئية والإرهابية والثقافية والإجرامية والتهديدات الأخرى للأمن القومي بوسائل قومية فقط، لأنها تحتاج إلى حلول تعتمد آليات إقليمية وعالمية من التعاون والتنسيق حيث أن هذه التهديدات تخلق طلبا على الحكم فوق القومي ما دام يتعذر على القادة السياسيين- كمسؤولين عن مشاكل أضييق (المشاكل المرتبطة بالمجال الداخلي للدولة) معالجة ذلك.⁽¹⁾

6. مستقبل الدراسات الأمنية والدراسات الاستراتيجية في ظل إشكالية المفهوم والتطبيق

إن التطور الحاصل في مجال الدراسات الأمنية والدراسات الاستراتيجية يرتكز أساسا على مساهمات المفكرين الغربيين بالنظر إلى الأسباب الموضحة سلفا أهمها المركزية الغربية في صياغة المفاهيم والمدرجات الأمنية، وعليه فالنظريات المعالجة للقضايا الأمنية تبقى حبيسة للبيئة التي نشأت فيها فهل فعلا يمكنها هذا الانطواء من تحليل كل الأبعاد الأمنية في بيئات مختلفة، كما أن مدى قدرة وملاءمة النظريات الأمنية القائمة في حقل الدراسات الأمنية في تفسير الواقع الأمني الدولي الراهن تتراوح بين الإمكانية والحدود، فلقد طرح أنصار مدرسة العالم الثالث للدراسات الأمنية مثل هذه التساؤلات حول مدى ملائمة النظريات الأمنية القائمة في الحقل على غيرهم من أصحاب الاتجاهات الفكرية المغايرة، فقد واجه المفهوم التقليدي للأمن تحديات على أكثر من صعيد، فمن جهة لم تعد الدولة الفاعل الوحيد المؤثر في التفاعلات الدولية، بل امتد هذا التأثير ليشمل فواعل أخرى غير الدول (المنظمات الحكومية الدولية والإقليمية، الشركات الأمنية الخاصة...)، ومن ناحية أخرى كشفت تحولات البيئة الأمنية عن تنوع مصادر التهديد للدولة ما عدا التهديد الخارجي العسكري الذي حظي بأولوية لدى الطرح التقليدي، هذه الأخيرة التي أصبحت تواجه مجموعة من التهديدات اللاتماثلية كالجريمة المنظمة، الإرهاب الدولي، التغيرات المناخية، انتشار الأمراض، وغيرها أين تكون القوة العسكرية غير قابلة لمواجهة لها لأن آثارها تتعدى التهديد العسكري ذاته.⁽²⁾

إن التحدي الكبير الذي تواجهه المقاربات الأمنية هو محاولة تطوير بناء معرفي يستوعب التنوع الفكري الموجود في المدارس الأمنية، وهذا يخاطر بإمكانية تطوير المقاربة من خليط غير متناسق من المعارف التي تنتجها كل مقاربة أمنية، وهذا الأمر قد يعرقل تطوير الأطر النظرية الخاصة بكل مقاربة أمنية بشكل منفرد.

¹ المرجع نفسه.

² حكيم غريب، واقع الدراسات الأمنية وانعكاساتها على الترتيبات الأمنية الدولية الراهنة، على الرابط: <https://bit.ly/2jiAgeZ> (آخر اطلاع: 2020/21).

كما يكمن التحدي الحقيقي الآخر في محاولة ابتكار منطق توليفي أو خيط ناظم يوجه من خلاله أنصار المقاربات هذا الهائل والمتشعب من الأفكار، والتصورات، والمفاهيم والمنهجيات، والقناعات السياسية، لذلك بدلاً من تأسيس المقاربات الأمنية على لقاءات الأشخاص يجب أن تؤسس على التقاء الأفكار والمعارف والتصورات المشتركة.

يمثل الارتباط الذي يجمع بين العديد من المتناقضات من وجهة نظر الممارسين في مجال معين أمراً معقداً جداً للدراسة والتفكيك والتفسير والتنبؤ، وهذا الأمر نجده حاصلًا في الدراسات الأمنية، غير أن الجمع بين المتناقضات في تفسير واحد يحمل عدّة أبعاد مرتبطة بالظاهرة أو المجال محل الدراسة:

• الظاهرة في حد ذاتها

وهي نقطة الارتكاز الأساسية للانطلاق في أية دراسة سواء كانت إيجابية أو سلبية، وصفية أو تحليلية، فالظاهرة تعطي المجال الأنسب والأمثل في تحديد مسار كل الدراسات وإن اختلفت طرقها وأساليبها وتقنياتها.

• الفاعل/المتخصص:

قد تدرس نفس الظاهرة التي لها نفس المكونات والمركبات والتفاعلات عبر عدة مداخل ورؤى، قد يختلف المتخصصون في تحديد معالمها وكيفية التعاطي مع مدخلاتها، والمقصود بالفاعل هنا كون الظاهرة قد لا تكون معنية بالدراسة بقدر ما هي معنية بالممارسة أو المواجهة، فهنا لا بد من الجمع بين المتخصصين لدراستها، وكذلك لفواعل أخرى بغرض تكييف مصادر وإمكانيات مجابهتها والتعامل مع مظاهرها، سواء كانت هذه الظاهرة سلبية أم إيجابية.

• مستوى التحليل

قد تأخذ الظاهرة عدة أبعاد تلزم الدارسين أخذها بعين الاعتبار وإلا لن تكون نتائج انخراطهم في دراسة هذه الظاهرة لها نتائج متيقن من علميتها، فمثلاً: نجد أن ظاهرة الإرهاب التي تعتمد على أفراد محددين لتنفيذ الهجمات، غير أن هذا المستوى لا يكفي لتحليل مجال الظاهرة، والتي تتجاوزها لكي يتعدى المستوى الفردي لكل مهاجم إلى مستوى تحليلي أوسع وهو المجموعة، ثم إلى تحديد آثار الهجوم الذي قد يكون مجاله إقليمي أو عالمي، وقد تتداخل الفواعل بين الأفراد والجماعات والدول، وهنا لا بد من تكامل تحليلي يجمع كل مستويات التحليل للظاهرة المدروسة قصد الوصول إلى نتائج أكثر يقينية لفهمها بشكل أوضح.

• المجال الزمني

لكل ظاهرة بداية ولكل بداية أسباب أدت إلى انطلاقتها في تلك الفترة دون غيرها، لهذا وجب عند دراسة أي ظاهرة الرجوع إلى منطلقاتها المرتبطة ببيئة النشأة والتفاعل، مثل النظريات المتخصصة وفي شتى المجالات نجدها حبيسة للبيئة التي نشأت فيها، و الفترة الزمنية الذي أدت إلى ظهورها حتى وإن درست ظواهر خارج بيئة النشأة، مثل النظريات المتخصصة في دراسة أسباب التخلف الاقتصادي والسياسي في بعض دول العالم نجدها في الغالب تأتي من عوالم متقدمة أو متقدمة نسبياً، فمجال دراستها مرتبط بالبيئة التي نشأت فيها الدراسة ليس بيئة الظاهرة المدروسة فعلاً.

على هذا الأساس، فإن التعامل مع القضايا التي تتجاوز الطابع المحلي أو المستوى المحلي كظواهر عابرة للحدود سواء على مستوى الآثار أو على مستوى التعاطي معها، يوجد الأخذ بعين الاعتبار كل النقاط السابقة قصد الوصول إلى الحقيقة النسبية حول الظاهرة المدروسة، خصوصاً إذا كانت هذه الأخيرة محلّ جدل أكاديمي فكري من جهة، وجدل سياسي أمني

من جهة أخرى، وهنا تكمن الصعوبة بل الخطورة في انتقاء الأساليب والمضامين التي يجب التعاطي معها لتفادي الأحكام المسبقة أو الاعتماد على تجارب محدودة لتفكيك شيفرة القضايا المعقدة خصوصا في الجانب السياسي والأمني. إن الاعتماد على مرجعية فكرية واحدة في مجال الدراسات الأمنية يجعله قاصرا في الإلمام بكل جوانبه، فالنطاق الذي تغطيه الدراسات الأمنية يخضع للتوازنات التي تفرضها القوة الأولى في العالم التي تصنع القيم والمعايير والمفاهيم وتعملها ثم تنقلها لباقي حلفائها وبدورهم ينقلونها للأطراف الأقل قوة أو أقل تطورا، وهنا يكمن الضعف في مجال الدراسات الأمنية كونها لا تغطي كل النطاق الذي من المفروض أنها صممت لأجله، فحتى القضايا والمشكلات الأمنية في دول العالم الثالث لا تعطى نفس الأهمية في الدراسة حتى وإن صممت لها بعض الأطر النظرية فهي تبقى حبيسة للبيئة وللطرف الذي أنتجها وهي في الغالب راجعة إلى هيمنة القوة الكبرى وحلفائها.

وعليه، تبقى الأسئلة الموجهة نحو المستقبل منسوجة من خلال الدراسة والممارسة المبنية على مفاهيم الأمن الدولي والهدف هنا هو جعلها أكثر وضوحًا، كما كان الحال في بعض المفكرين والأبحاث الأكثر تأثيرًا والتي تم إنتاجها في هذا الاختصاص، بشكل خاص في أعقاب انتهاء ما يعرف بنهاية الحرب الباردة مباشرة، فقد قدم الباحثون عددًا من الأعمال الموجهة نحو المستقبل، والتي استثمرت في التحقق حتى وقت قريب، مثل:

Barry Buzan's *People States and Fear*, Mearsheimer's "Back to the Future", Jervis's "The Future of World Politics: Will it Resemble the Past,"

بناء على مثل هذه الأعمال التي كانت موجهة للمستقبل الذي نعيشه اليوم، لا بد من مطالبة جميع المساهمين والباحثين بالتفكير في المستقبل، الذي يمثل إسقاطا للدراسات التي تقدم اليوم، والتي يجب على المفكرين فيها الإلمام بالجوانب التي لم توفق فيها الأطر النظرية والمفاهيمية السابقة في مجال الدراسات الأمنية، حيث وفقت هذه الدراسات في تحقيق طفرة كبيرة في توسيع وتعميق المفاهيم الأمنية بشكل مهد لتطوير هذا الحقل بشكل كبير وخلقت إطارا جديدا لفهم التطورات والقضايا الأمنية الجديدة والمستحدة وكيفية مواجهتها، غير أن إشكالية التعقد الموجودة بين المفهوم وتطبيقه هي جعلت من هذه الدراسات محدودة التطبيق في كل أشكال الأنظمة والوحدات المشكلة للنظام الدولي، حيث أن هناك قضايا ومشاكل أمنية لم تستطع بناء أطر نظرية خاصة بها مثل دول العالم الثالث وفجوة مستويات التنمية غير المعقولة بينها وبين العالم المتقدم، إضافة إلى ارتباط الدراسات الأمنية بمفاهيمها ونظرياتها بالمفهوم الغربي لتطبيقات الأمن، وهو الأمر البعيد كل البعد عن التطبيق في الدول الأقل تطورا، ومما يخلق فجوة فكرية مضاعفة بين العالمين، بغض النظر عن الفواعل المساهمة في توسيع هذه الفجوة أو الفواعل المستفيدة منها بشكل عام.

الخاتمة:

مما سبق يتضح أن مشكلة المفاهيم والمدرجات الأمنية تبقى من أهم المشكلات المطروحة ضمن القضايا الواجب الاهتمام بها قصد تحقيق الهدف الأساسي من الدراسات الأمنية والاستراتيجية وهو تحقيق الأمن بكل أبعاده ومستوياته، والتي تمثل نقطة اختلاف كبيرة بين الوحدات المشكلة للنظام الدولي من جهة وبين هذه الوحدات الفواعل الأمنية الأخرى ما دون الدولة، لهذا ولتجاوز هذا المأزق في الدراسات الأمنية يجب وضع العديد من الأفكار والإجراءات حيز الدراسة والتنفيذ قصد تجاوز هذه الأزمة، ومنها:

- ارتباط الوحدات المشكلة للنظام الدولي في ارتدادات وتدايعات التهديدات الأمنية بشكل عام لا بد أن يكون

عنصرًا محفزًا للاشتراك في إنشاء وبناء المفاهيم الأمنية وتطويرها وتطبيقها.

- مشكلة الاختلاف في المدرجات الأمنية المبنية على مفاهيم مشوهة للأمن من شأنها تقويض البنى الأمنية داخل الدولة وكذا ما بين الدول.
- المركزية المفاهيمية الغربية في مجال الدراسات الأمنية تبقى عنصرًا مثبطًا لتطور هذا المجال بشكل عام كونها تجعل من الدول التابعة بعيدة عن صياغة منظوراتها الأمنية الخاصة والتي تميزها عن المنظومة القيمية الغربية بشكل عام.
- رفع قضية إلى درجة أمنيتها يمثل عملية مستمرة وشاملة ومتبادلة بين الفواعل المؤمنة والجمهور المهتم، غير أن تطبيق هذه النظرية في الدول غير الديمقراطية يمثل خطرًا على المجتمع بشكل عام كونه لا يتشارك نفس مدلول التهديد مع النظام السياسي الذي قد يمثل هو في حد ذاته تهديدًا لمجتمعه، فمثال مفهوم الأمانة أكبر دليل على وجود خلل في عملية التركيب بين المفهوم والتطبيق أو الممارسة.
- عدم المشاركة والاشتراك في بناء وصياغة المفاهيم الأمنية بين المنظومة القيمية القائمة داخل كل وحدة من وحدات النظام الدولي وكذا بين المنظومات القيمية بين هذه الوحدات جعل من مستقبل الدراسات الأمنية مرهون بما تقدمه المركزية القيمية الغربية في هذا المجال وهو ما يجعل تطور هذا المجال مشوها كون لا يعنى بمضامين الأمن في الوحدات الدولية التي لم تشارك أصلاً في بنائها أو صياغتها، والتي تؤثر على أنماط بناء السياسات العامة الأمنية للدول الهشة أو الأقل تقدماً.

قائمة المراجع:

أولاً. باللغة العربية:

الكتب:

1. بن عنتر عبد النور، البعد المتوسطي للأمن القومي الجزائري، الجزائر أوروبا والحلف الأطلسي، المكتبة العصرية للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005 .
2. محمود شاكر سعيد و الحرفش خالد بن عبد العزيز، مفاهيم أمنية، مركز الدراسات والبحوث، الرياض، الطبعة الأولى، 2010
3. نعمان جلال محمد، الإستراتيجية والدبلوماسية والبروتوكول ، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2004م،
4. عرفة خديجة، الأمن الإنساني: المفهوم والتطبيق في الواقع العربي والدولي، مركز الدراسات والبحوث، الرياض، الطبعة الأولى، 2009.
5. عودة جهاد، الصراع الدولي: مفاهيم وقضايا، دار الهدى للنشر والتوزيع، المنيا، جمهورية مصر العربية، 2005

المجلات:

- 1- حيدر محمود ، السيادة الدولية في تحولات العولمة: السيادة المغلولة، مجلة شؤون الأوسط، العدد 100، نوفمبر 2004.
- 2- عبد الله الحربي سليمان ، مفهوم الأمن مسوياته وصيغه وأبعاده، دراسة نظرية في المفاهيم والأطر، المجلة العربية للعلوم السياسية، العدد 19، 2008،

مواقع الانترنت:

- 1- أبوشهاب رامي، مجلة الكلمة، العدد 25 يناير، 2009، على الرابط: <https://bit.ly/2UjRD5F> (آخر اطلاع: 2020/03/20)
- 2- العزاوي مهند، "الإستراتيجية بين المستوى والتطبيق"، مركز الشرق العربي للدراسات الحضارية والاستراتيجية، على الرابط، <https://bit.ly/2Jl6XZK>
- 3- عبد زيد الوائلي عامر، "صورة الآخر الحضاري 'نقد الاستعلاء في المركزية الغربية'"، مجلة الاستغراب، العدد 10، السنة الرابعة، شتاء 2018، على الرابط: <https://bit.ly/3amNgMW> (آخر اطلاع: 2020/03/19)
- 4- فريجة أحمد و فريجة لدمية، الأمن والتهديدات الأمنية في عالم ما بعد الحرب الباردة، على الرابط: <https://bit.ly/2UCF2tn> (آخر اطلاع: 2020/03/20)
- 5- غريب حكيم، واقع الدراسات الأمنية وانعكاساتها على الترتيبات الأمنية الدولية الراهنة، على الرابط: <https://bit.ly/2JjAgeZ> (آخر اطلاع: 2020/21).

ثانياً: باللغة الأجنبية:

1. Barry Buzan, People, States and Fear, London, Harvester Wheat sheaf, 1983،
2. Edward A.Kolodziej, Security and international relations ,Newyork, Cambridge University Press, first edition,2005.
3. Therriy Balzac, Constructuvisme and securitization studies, in cavelty, M.D,& Mauer, V (eds), The Routledge Handbook of security studies, Oxon, Routledge, 2010,.
4. Thorsten Gomez and Thorsten Bonacker, the concept of securitization as tool for analyzing the role of human rights related civil society in Ethno political conflicts, center for conflicts studies, university of Marburg, March2007

محاسبة العمليات المالية في ظل القانون المتعلق بقواعد المحاسبة العمومية والتسيير المالي رقم :

07-23 المؤرخ في : 21 جوان 2023

Accounting of financial operations in light of the law related to the rules of public accounting and financial management No. 07-23 June 21, 2023.

شخاب حمزة

- جامعة عباس لغرور خنشلة

chekhab.hamza@gmail.com

علوان رمزي *

- جامعة العربي بن مهيدي - أم البواقي -

ramzialouane@yahoo.fr

تاريخ القبول: 25-05-2024

تاريخ الإيداع: 08-09-2023

ملخص:

تهدف هذه الورقة البحثية إلى التعرف على محاسبة العمليات المالية في إطار التنظيم القانوني والتقني للمحاسبة العمومية في الجزائر، وهذا بناء على الأعوان المكلفين بها وهم الأمرين بالصرف والمحاسبين العموميين، ولقد خلصت الدراسة إلى أن تقنيات المحاسبة العمومية تتكون من توليفة محاسبات تسعى جميعها إلى إتاحة نظام معلومات عمومي متكامل، مع ذلك هناك العديد من النقائص والاختلالات التي تقتضي إعادة النظر في القانون رقم 90 - 21 المؤرخ في 15 أوت 1990 المتعلق بالمحاسبة العمومية وقد تم ذلك فعلا من خلال القانون رقم 07-23 المؤرخ في 21 يونيو 2023. الكلمات المفتاحية: محاسبة العمومية ؛ قانون العضوي ؛ إيرادات عامة؛ نفقات عامة.

Abstract:

This research paper aims to identify the accounting of financial operations under of the legal and technical regulation of public accounting in Algeria, Relying on each of ordering disbursement and public accountant attributed to them, The study concluded that public accounting techniques consist of several types of accounting, All aim to provide an integrated public information system, However there are many shortcomings and imbalances that necessitate a review of Law No 90 - 21 of August 15, 1990 related to public accounting, in line with local (Organic law No 18 - 15 of September 2, 2018 related to the finance laws) and international developments (The trend towards adopting international accounting standards in the public sector).

Keywords : : Public accounting, Organic law, Public revenue, Public expenses

1- مقدمة:

تعتبر المحاسبة العمومية الأساس الذي تقوم عليه عملية تسجيل وإثبات كافة العمليات المالية المتعلقة بالدولة وهيئاتها ومؤسساتها العمومية، أخذا بعين الاعتبار خصوصية وطبيعة الأنشطة في القطاع العام، وذلك بتضمينها إطارا تقنيا ينظم كفاءات إعداد الحسابات والقوائم المالية الشهرية والسنوية المعبرة عن نتائج تنفيذ الموازنة العامة وكذا محاولة الكشف عن الصورة الحقيقية للوضع المالي خلال السنة المدنية الواحدة، حيث يسهر على تسيير وتقييم هذه العمليات أعوان مكلفون بذلك وفي ظل تنظيم محاسبي عمومي ألزم كل عون من أعوان تنفيذ العمليات المالية بمسك أشكال مختلفة من المحاسبة.

1-1 الإشكالية:

بناءً على الطرح السابق تبرز لنا معالم الإشكالية في التساؤل التالي:

ما هي أشكال المحاسبة التي فرضها التنظيم المحاسبي العمومي في الجزائر على أعوان تنفيذ العمليات المالية؟

2-1 المنهج:

تقتضي طبيعة الموضوع المنجز بين المنهجين الوصفي والتحليلي في عملية البحث، حتى يتمكن من تشخيص وتحليل محتوى المحاسبة العمومية في الجزائر وبلوغ الأهداف المرجوة من الدراسة، وعلى اعتبار المحاسبة العمومية من المفاهيم ذات الطابع القانوني أي يوجد قانون يحكمها وتخضع إلى العديد من النصوص التنظيمية ذات الصلة المباشرة وغير المباشرة، تم الاستناد إلى القانون العضوي رقم 18-15 المؤرخ في 02 سبتمبر 2018 المتعلق بالقوانين المالية والقانون رقم 23-07 المتعلق بقواعد المحاسبة العمومية والتسيير المالي، وكذا النصوص القانونية والتنظيمية ذات العلاقة الوطيدة بموضوع الدراسة.

3-1 الأهمية

يكتسي موضوع الورقة البحثية أهمية بالنظر إلى موقع ودور المحاسبة العمومية في تنظيم وتسيير المالية العامة في البلاد، فضلا عن ذلك تتطرق الدراسة إلى التنظيم التقني للمحاسبة العمومية في الجزائر في ظل القانون الجديد المنظم للمحاسبة العمومية والتسيير المالي رقم 23-07 المؤرخ في 21 يونيو 2023، على اعتباره مجموعة الأسس والمبادئ التي تحكم محاسبة الدولة والهيئات والمؤسسات العمومية من جهة والإطار المتضمن آليات عرض الحسابات المالية والمحاسبية من الجهة الأخرى.

4-1 الأهداف:

تسعى دراستنا إلى بلوغ الأهداف التالية:

- التعرف على التنظيم القانوني والتقني للمحاسبة العمومية في الجزائر؛
- الوقوف على مضمون العمليات المالية، ويتعلق الأمر بكل من عمليات الميزانية وعمليات الخزينة؛
- بيان محتوى محاسبة العمليات المالية تبعا للأعوان المكلفين بها وهم الآمرين بالصرف والمحاسبين العموميين.

5-1 الدراسات السابقة:

من الدراسات السابقة ذات العلاقة الوثيقة بموضوع الدراسة ما يلي:

أ- باللغة العربية:

■ أبوبكر الصديق بن يحي (2018/2019): المحاسبة العمومية للأجهزة الإدارية وطرق رقابتها

تتمحور إشكالية الباحث حول مدى توفيق المشرع الجزائري في إرساء قواعد نظام محاسبة عمومي متكامل للتسيير والمراقبة، وما مدى فعاليته في حماية المال العام، وهذا سعيا نحو تقييم واقع المحاسبة العمومية في الجزائر عن طريق

تحليل نقاط القوة والضعف لنظام محاسبة الخزينة العمومية، وتقديم الاقتراحات لمعالجة نقائص النظام الحالي، بالإضافة إلى عرض وتحليل مشروع إصلاح النظام المحاسبي المقترح من طرف وزارة المالية، وتحليل مزايا وعيوب مشروع المخطط المحاسبي الجديد للدولة بهدف تقييمه وتقديم التوصيات الضرورية لتفعيل تطبيق هذا الإصلاح.

■ سلوى بوسنة (2016/2015): المحاسبة العمومية وسبل تطويرها: حالة الجزائر 2015/2005

تهدف هذه الدراسة بشكل عام إلى الوقوف على واقع المحاسبة العمومية في الجزائر ومدى مواكبتها للتحويلات والتطورات على الصعيد العالمي، وإبراز مساعي السلطات الوصية الجزائرية لتطوير نظامها المحاسبي العمومي، في ظل التوجه التدريجي نحو تطبيق معايير المحاسبة الدولية في القطاع العام (IPSAS).

■ محمد الصالح بلول وميلود عبود (2019): الإطار المفاهيمي لنظام المحاسبة العمومية في الجزائر

يرمي هذا المقال إلى التعريف بنظام المحاسبة العمومية الحالي في الجزائر عن طريق توضيح مفهومها وخصائصها ومجال تطبيقها والتمييز والتفريق بين مفاهيم المحاسبة العمومية وأشكال المحاسبة الأخرى، من أجل التحكم الجيد في أسس المحاسبة العمومية بالجزائر في إطار المبادئ المتعلقة بها، كذلك التعرف على الأعوان المكلفون بالتنفيذ وتحديد الأدوار والمهام الخاصة بهم وكذا صلاحياتهم ومسؤولياتهم في ظل التشريع الجزائري المعمول به، سعياً نحو ضمان تسيير أمثل وحماية أفضل للأموال العمومية.

ب- باللغة الأجنبية:

■ Hocine BOUMEDIENE (2021) : Réforme de la comptabilité publique en Algérie

تهدف هذه الورقة البحثية إلى دراسة مسألة إصلاح المحاسبة العمومية في الجزائر، استناداً إلى التجربة الفرنسية لإصلاح كل من المالية العامة والنظام المحاسبي العمومي من خلال تبني معايير المحاسبة الدولية في القطاع العام (IPSAS)، والتوجه نحو استعمال أشكال جديدة من المحاسبة لاسيما: المحاسبة العامة القائمة على أساس الاستحقاق، محاسبة تحليل التكاليف وغيرها.

■ Nabil CHEURFA (2022) : La réforme de la comptabilité publique Algérienne: épiphénomène

Technique ou métamorphose paradigmatique ?

يسعى هذا البحث إلى التأكيد على ضرورة إصلاح المحاسبة العمومية في الجزائر، وهذا انطلاقاً من الإصلاحات الميزانية والمحاسبية التي انتهجتها وزارة المالية الجزائرية خلال السنوات الماضية، والتي أسفرت عن القانون العضوي رقم 18 – 15 المؤرخ في 02 سبتمبر 2018 المتعلق بالقوانين المالية المزمع تطبيقه ابتداء من الفاتح جانفي 2023.

2- التنظيم القانوني والتقني للمحاسبة العمومية في الجزائر

يعتبر النظام المحاسبي العمومي من بين الأنظمة المحاسبية المرتبطة بالنشاط المالي للدولة ومختلف هيئاتها ومؤسساتها العمومية (ذات الاستقلال المالي والشخصية المعنوية)، الذي يهدف إلى تحديد وضبط العلاقات بين كافة الفاعلين في مجال العمليات المالية والمحاسبية ذات الطابع العام والموجه بالأساس إلى حماية الأموال العمومية، من خلال عرض وبيان حسابات الدولة وفرض رقابة مستمرة عليها. (سلامة، 2011، صفحة 14)

وفي هذا السياق، تعرف المحاسبة العمومية على أنها مجمل القواعد القانونية والإجراءات التقنية والإدارية المتعلقة بتنفيذ وبيان كافة العمليات المالية المرتبطة بميزانية الدولة ومؤسساتها وهيئاتها العمومية، من خلال عرض حساباتها ومراقبتها، بالإضافة إلى ذلك تحديد التزامات ومسؤوليات كل عون من الأعوان المكلفين بها (وعليه، يمكن النظر إلى المحاسبة العمومية من ثلاث زوايا مختلفة كالتالي:

■ الأولى قانونية: والتي تشير إلى أنها تخضع إلى نص قانوني صريح متعلق بها وكذا إلى قواعد وأحكام تنظيمية أخرى ذات الصلة المباشرة وغير المباشرة؛

■ **الثانية تقنية:** كونها تتضمن مجموعة الأسس، المبادئ وطرق بيان الحسابات المالية والمحاسبية وكيفية تقييدها وعرضها ومراقبتها (التنظيم المحاسبي التقني)؛

■ **الثالثة إدارية:** على اعتبارها التنظيم المتضمن آليات تسيير وتحديد التزامات ومسؤوليات كل عون من الأعوان المكلفين بتنفيذ العمليات المالية.

1- قانون المحاسبة العمومية والنصوص القانونية ذات الصلة

يعد القانون رقم 07-23 المؤرخ في 21 يونيو 2023 النص القانوني الجديد والصريح المتعلق بالمحاسبة العمومية في الجزائر، إلى جانب القانون العضوي رقم 18-15 المؤرخ في 02 سبتمبر 2018 المتعلق بالقوانين المالية، فضلا عن ذلك هناك العديد من النصوص القانونية والتنظيمية ذات الصلة بالمحاسبة العمومية.

أ- القانون رقم 84 – 17 المؤرخ في 07 جويلية 1984

يعرف كذلك بالقانون العضوي المتعلق بالقوانين المالية، حيث يعتبر الدعامة الأساسية والمرجع الوحيد لإعداد قوانين المالية السنوية في الجزائر، تضمن واحد وثمانون (81) مادة موزعة سبعة (07) أبواب، جاءت مضامينها على النحو الموالي:

تناول في بابه الأول الأحكام العامة التي تعرف قوانين المالية، أنواعها وهيكلتها، ثم الباب الثاني تطرق إلى الميزانية العامة للدولة، أنواعها ومكوناتها (مواردها ونفقاتها)، يليه الباب الثالث الذي أشار إلى الأنواع الأخرى من الميزانية ويتعلق الأمر بالميزانيات الملحق والمجموعات والمؤسسات العمومية وعلاقتها بالميزانية العامة للدولة، في حين الباب الرابع تناول الحسابات الخاصة بالخرينة وعمليات الخزينة ومحتواها، أما الباب الخامس فلقد تم تخصيصه إلى قوانين المالية انطلاقا من عملية التحضير، التصويت إلى غاية التنفيذ، مروراً بالباب السادس الذي تناول قانون ضبط الميزانية، أما الباب الأخير فلقد تطرق إلى مختلف الأحكام المتعلقة بمجال ونطاق القانون (المادة 89 من القانون المتعلق بقوانين المالية ، 1984)¹.

وتجدر الإشارة إلى أنه تم تعديل القانون رقم 84 – 17 مرتين فقط خلال سنتي 1988 و 1989 بموجب القانون رقم 88 - 05 المؤرخ في 12 جانفي 1988 والقانون رقم 89 – 24 المؤرخ في 31 ديسمبر 1989 على الترتيب، وينتظر إلغاء تدريجيا ابتداءً من سنة 2023 بموجب القانون العضوي رقم 18 – 15 المؤرخ في 02 سبتمبر 2018 المتعلق بالقوانين المالية².

ب- القانون رقم 90 – 21 المؤرخ في 15 أوت 1990

تضمن قانون المحاسبة العمومية رقم 90 – 21 المؤرخ في 15 أوت 1990 على اثنان وسبعون مادة موزعة على أربعة أبواب، حيث تطرق إلى الميزانية، العمليات المالية وآليات تنفيذها (الباب الأول) وكذا الإجراءات والأحكام التي تنظم صلاحيات الأعوان المكلفين بالتنفيذ بتحديد مختلف الأحكام القانونية التي تخص التزامات ومسؤوليات الأعوان المكلفين بتنفيذ العمليات المالية العمومية ويتعلق الأمر بكل من الأمرين بالصرف والمحاسبين العموميين (الباب الثاني)، كما أشار إلى آليات المراقبة وتحديد وظيفة مراقبة النفقات المستعملة، رقابة التنفيذ ومراقبة التسيير (الباب الثالث)، وأخيرا الأحكام المرتبطة بالعقوبات المالية والديون الأخرى (الباب الرابع).

¹ - القانون العضوي المتعلق بقوانين المالية ، الجريدة الرسمية رقم: 53 / 2018 ، المادة: 28 . ص: 12-13 .

² القانون العضوي المتعلق بقوانين المالية ، (نفس المرجع) . ص: 89.

ولقد أشار في مادته الأولى إلى أن أحكام هذا القانون تسري على كل من: "الميزانيات والعمليات المالية للدولة والمجلس الدستوري والمجلس الشعبي الوطني ومجلس المحاسبة والميزانيات الملحقه والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري"¹

ج- نصوص قانونية وتنظيمية أخرى

من النصوص القانونية التنظيمية ذات الصلة المباشرة بالمحاسبة العمومية الآتي:

ج-1- المرسوم التنفيذي رقم 91 – 311 المؤرخ في 07 سبتمبر 1991:²

يتعلق هذا المرسوم بتعيين المحاسبين العموميين (بجميع أصنافهم: الثانويين، الرئيسيين والمركزيين) من طرف الوزير المكلف بالمالية واعتمادهم.

ج-2- المرسوم التنفيذي رقم 91 – 312 المؤرخ في 07 سبتمبر 1991:³

يرتبط هذا المرسوم بالمحاسبين العموميين على وجه الخصوص، بتحديد شروط الأخذ والإعفاء الكلي والجزئي من المسؤولية وإجراءات مراجعة باقي الحساب، ناهيك عن كفايات اكتتاب التأمين الذي يغطي مسؤولية المحاسبين العموميين بمختلف أصنافهم.

ج-3- المرسوم التنفيذي رقم 91 - 313 المؤرخ في 07 سبتمبر 1991:⁴

يعد من النصوص القانونية المهمة كونه يتعلق بالتنظيم المحاسبي للدولة وهيئاتها ومؤسساتها العمومية (الإطار التقني)، حيث يتمحور حول أشكال المحاسبة التي يتوجب على كل من الأمرون بالصرف والمحاسبون العموميون مسكها عند تسجيل العمليات المالية.

ج-4- المرسوم التنفيذي رقم 91 - 314 المؤرخ في 07 سبتمبر 1991:⁵

يتضمن هذا المرسوم أحد أهم الإجراءات القانونية التي تتعلق بالأمرون بالصرف ألا وهو التسخير، والذي يشير إمكانية قيام الأمر بالصرف وعلى مسؤوليته بإجراء تسخير كتابي موجه إلى المحاسب العمومي بصرف النفقة العمومية بعد رفض هذا الأخير دفعها.

د- القانون رقم : 07-23 المؤرخ في : 21 يونيو 2023 المتعلق بقواعد المحاسبة العمومية والتسيير المالي :⁶

تضمن هذا القانون، والذي جاء ليلغي أحكام القانون رقم : 90-21 المؤرخ في : 15/08/1990 ، مئة وسبعة عشرة مادة موزعة على خمسة أبواب، حيث تطرق الأعوان المكلفون بتنفيذ الميزانية والعمليات المالية (الباب الأول) العمليات

¹ القانون رقم 90 - 21 المؤرخ في 24 محرم 1411 الموافق لـ 15 أوت 1990، المتعلق بالمحاسبة العمومية، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 35، الصادرة بتاريخ 24 محرم 1411 الموافق لـ 15 أوت 1990، (المادة الأولى)، ص 1132.

² المرسوم التنفيذي رقم 91 – 311 المؤرخ في 28 صفر 1412 الموافق لـ 07 سبتمبر 1991، المتعلق بتعيين المحاسبين العموميين واعتمادهم، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 43، الصادرة بتاريخ 09 ربيع الأول الموافق لـ 18 سبتمبر 1991، ص ص 1645 – 1646.

³ المرسوم التنفيذي رقم 91 – 312 المؤرخ في 28 صفر 1412 الموافق لـ 07 سبتمبر 1991، المحدد لشروط الأخذ بمسؤولية المحاسبين العموميين وإجراءات مراجعة باقي الحساب وكفايات اكتتاب تأمين يغطي مسؤولية المحاسبين العموميين، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 43، الصادرة بتاريخ 09 ربيع الأول الموافق لـ 18 سبتمبر 1991، ص ص 1646 – 1647.

⁴ المرسوم التنفيذي رقم 91 - 313 المؤرخ في 28 صفر 1412 الموافق لـ 07 سبتمبر 1991، المحدد لإجراءات المحاسبة التي يمسكها الأمرون بالصرف والمحاسبون العموميون وكفاياتها ومحتواها، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 43، الصادرة بتاريخ 22 ذي الحجة 1439 الموافق لـ 18 سبتمبر 1991، ص ص 1648 – 1654.

⁵ المرسوم التنفيذي رقم 91 - 314 المؤرخ في 28 صفر 1412 الموافق لـ 07 سبتمبر 1991، المتعلق بإجراء تسخير الأمرون بالصرف للمحاسبين العموميين، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 43، الصادرة بتاريخ 22 ذي الحجة 1439 الموافق لـ 18 سبتمبر 1991، ص ص 1648 – 1654.

⁶ القانون رقم 07-23 المؤرخ في 03 ذي الحجة 1444 الموافق لـ 21 يونيو 2023، المتعلق بقواعد المحاسبة العمومية والتسيير المالي، الجريدة الرسمية

المتعلقة بالإيرادات العامة والعمليات الخاصة بالنفقات العامة (الباب الثاني)، كما أشار إلى آليات مسك الحاسبة وحسابات الدولة (الباب الثالث)، وأشار إلى إجراءات الرقابة والمسؤوليات لكل من الأمر بالصرف والمحاسب العمومي (الباب الرابع)، وأخيرا أشار إلى أحكام إنتقالية ونهائية خاصة بهذا القانون (الباب الخامس).

3- العمليات المالية العمومية

تصنف العمليات المالية للدولة والهيئات والمؤسسات العمومية في ظل النظام المحاسبي العمومي إلى عمليات الميزانية تتعلق بتحصيل الإيرادات وصرف النفقات، وعمليات الخزينة مرتبطة أساسا بتسيير الحسابات على مستوى مراكز ومصالح الخزينة (البلدية، الولائية، الرئيسية، المركزية)، ويمكن تلخيص مضمونها على النحو الموالي:¹

أ- عمليات الميزانية

تتضمن تحصيل الإيرادات العمومية المرخص بها صراحة في قوانين المالية السنوية وكذا صرف النفقات العمومية في ظل الاعتمادات المالية السنوي وتشمل ما يلي:

أ-1- تحصيل الإيرادات: تشمل إيرادات الدولة أصناف حددتها المادة : 15 من القانون العضوي المتعلق بقوانين المالية ، تخص كل من:

- الإيرادات المتحصل عليها من الإخضاعات مهما كانت طبيعتها وكذا من حاصل الغرامات ؛

- مداخيل الأملاك التابعة للدولة ؛

- مداخيل المساهمات المالية للدولة وكذا أصولها الأخرى؛

- المبالغ المدفوعة مقابل الخدمات المقدمة من قبل الدولة وكذا الأتاوى؛

- مختلف حواصل الميزانية العامة التي ينص عليها القانون بتحصيلها؛

- الأموال المخصصة للمساهمات والهبات والوصايا . وكذا الفوائد والحواصل المتحصل عليها من القروض والتسبيقات وتوظيف أموال الدولة .

أ-2- صرف النفقات: نصت المادة : 28 من القانون العضوي رقم : 18-15 على أنه تجمع أعباء ميزانية الدولة حسب التصنيفات التالية :

- حسب النشاط : يتكون هذا التصنيف من البرنامج وتقسيماته ،

- حسب الطبيعة الاقتصادية للنفقات : ويتكون هذا التصنيف من أبواب النفقات أقسامها

- حسب الوظائف الكبرى للدولة : ويتكون هذا التصنيف من خلال تعيين القطاعات المكلفة بتحقيق الأهداف حسب الوظيفة .

- حسب الهيئات الإدارية المكلفة بإعداد الميزانية وتنفيذها : ويعتمد هذا التصنيف على توزيع الإعتمادات المالية على الوزارات والمؤسسات العمومية².

ب- عمليات الخزينة : تتعلق بتسيير حسابات الدولة على مستوى مصالح الخزينة العمومية عبر كامل القطر الوطني ويقصد بها جميع حركات الأموال، الحسابات، القيم والمواد وما شابه ذلك، وتشمل هذه الحسابات: الحسابات التجارية، حسابات التخصيص الخاص، حسابات التسبيقات، حسابات القروض، وحسابات التسوية مع الحكومات الأجنبية .

¹ القانون رقم 18-15 المؤرخ في 02 سبتمبر 2018 ، المادة : 05 ص ص 1041 – 1045.

² - القانون العضوي رقم : 18-15 ، (مرجع سبق ذكره)

وبالتالي يقصد بالميزانية من وجهة نظر المشرع الجزائري الوثيقة التي تقدر وترخص بها مجموع الإيرادات والنفقات العمومية (التسيير والتجهيز العمومي والاستثمار) وبطبيعة الحال للسنة المدنية المحددة، بتكليف كل من الأمرين بالصرف والمحاسبين العموميين بتنفيذ العمليات المرتبطة بها، حيث يكلف كل واحد في مجال اختصاصه ووفقاً لمرحلتين منفصلتين، الأولى إدارية والأخرى محاسبية كما يلي:

الجدول رقم (01): مراحل تنفيذ عمليات الميزانية

وفقاً للقانون رقم 07-23 المؤرخ في 21 يونيو 2023 المتعلق بقواعد المحاسبة العمومية والتسيير المالي

المرحلة المجال	الإدارية (الأمر بالصرف)		المحاسبية (العمومي)	
	الإجراءات	طبيعة الإجراءات	الإجراءات	طبيعة الإجراءات
الإيرادات	الإثبات	تكريس حق الدائن العمومي.	التحصيل	تحصيل الإيرادات ودياً أو جبرياً.
	التصفية	تحديد المبلغ الواقع على المدين لفائدة الدائن العمومي.		
	الأمر بالتحصيل	إصدار سند الإيراد وتوجيهه إلى المحاسب العمومي.		
النفقات	الالتزام	إثبات نشوء الدين على عاتق المؤسسة العمومية.	الدفع	إبراء الدين العمومي.
	التصفية	تحديد المبلغ الصحيح للنفقة العمومية.		
	الأمر بالدفع	إصدار حوالة الدفع وتوجيهها إلى المحاسب العمومي.		

المصدر: من إعداد الباحثين بالاعتماد على:

- القانون رقم 07-23 المؤرخ في 03 ذي الحجة 1444 الموافق لـ 21 يونيو 2023، المتعلق بقواعد المحاسبة العمومية والتسيير المالي، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 42، الصادرة بتاريخ 07 ذي الحجة 1444 الموافق لـ 25 يونيو 2023، ص 04.

من الجدول أعلاه نلاحظ أن النظام المحاسبي العمومي حدد لكل عون من أعوان تنفيذ العمليات المالية دوراً ومجالاً ينشطه فيه وبطبيعة الحال في ظل أحكام القانون رقم 07-23 المتعلق بقواعد المحاسبة العمومية والتسيير المالي، كما أنه لا يمكن في أي حال من الأحوال تدخل الأعوان في الوظائف الموكلة لهم في إطار ما يسمى بمبدأ الفصل بين وظيفتي الأمرين بالصرف والمحاسبين العموميين، نحاول التعرف عليه في العنصر الموالي من الورقة البحثية.

4- مبادئ المحاسبة العمومية

تقوم المحاسبة العمومية على أربعة مبادئ أساسية هي:

أ- مبدأ التنافي بين وظيفتي الأمرين بالصرف والمحاسبين العموميين

ينظر إلى هذا المبدأ من الجانب العملي أكثر من الإداري، كونه يسعى إلى إتاحة مناخ تنظيمي ملائم، متوازن وفعال لمختلف المهام والوظائف ذات الطابع المالي دون الإخلال بوحدة، تكامل وانسجام الوظائف الإدارية.¹

¹ Ali BISSAAD, Comptabilité publique : Budgets, Agents et Comptes, 1ère édition, Ecole Nationale des Impôts, Kolea, Tipaza, Algeria, Février 2001, p 09.

ولقد أقرت المادة الثالثة والثلاثون من القانون رقم 07-23 على أنه "تتألف وظيفة الأمر بالصرف مع وظيفة المحاسب العمومي"¹، وهذا معناه أن تنفيذ العمليات المالية للدولة والهيئات والمؤسسات العمومية يتم وفق مرحلتين (الإدارية والمحاسبية) متميزتين ومن طرف فئتين مختلفتين ومنفصلتين من الأعوان. إن هذا التنافي القانوني بين الوظائف هو الذي منح أهمية خاصة لمبدأ الفصل بين وظيفتي الأمر بالصرف والمحاسب العمومي في نظام المحاسبة العمومية بالجزائر، فهو لا يمثل إجراء أمني أو نظام توزيع وتقسيم للمهام والصلاحيات فحسب، وإنما يرمي إلى فرض نوع من الرقابة الصارمة والفعالة على تنفيذ عمليات الميزانية²، وهو ما يبين سلطة الميزانية إلى جانب سلطة الخزينة، فالأولى يجسدها الأمر بالصرف والثانية المحاسبون العموميون.

ب- التمييز بين مجالي المشروعية والملاءمة

مفاده أن كل إجراء شرعي أو ذو طابع قانوني وفي ظل مفهوم الميزانية العامة فإنه يندرج ضمن دائرة اختصاص المحاسب العمومي، أما كل ما هو صادر عن قرارات شخصية للأمر بالصرف فإنه يدخل في مجال الملاءمة³ بصيغة أخرى، الشرعية أو القانونية تتعلق بكل ما هو قانوني أي العمل في ظل القوانين السارية المفعول ولا يجوز الخروج عن إطارها القانوني المسطر للقيام بمختلف المهام والصلاحيات المالية للمحاسب العمومي، بينما الملاءمة يقصد بها ترك المبادرة للأمرين بالصرف للقيام بمهامهم وصلاحياتهم أخذاً بعين الاعتبار التشريع والقوانين المعمول بها.

ج- مسؤولية نوعية وخاصة بالمحاسب العمومي والأمر بالصرف، وكذا المراقب الميزانياتي

المسؤولية في مفهومها الواسع هي الالتزام بإصلاح الضرر الناتج عن خطأ مهني وعملي أي عدم التقيد بالقواعد والأحكام القانونية المعمول بها، وبشكل عام مسؤولية الأعوان المكلفين بتنفيذ العمليات المالية العمومية هي مسؤولية محددة بموجب القانون سواء القانون رقم 07-23 المتعلق بقواعد المحاسبة العمومية والتسيير المالي أو القوانين الأخرى ذات الصلة، فإلى جانب المسؤولية التأديبية أو الجزائية أو المدنية التي تسري على كافة أعوان وموظفي الإدارة والهيئات العمومية⁴، هناك مسؤولية مالية وشخصية تتعلق على وجه الخصوص بالمحاسبين العموميين، والأمر بالصرف، وكذا المراقبون الميزانياتيون، وهذا ما استحدثه القانون رقم: 07-23 بعدما كانت خاصة فقط بالمحاسبين العموميين⁵.

إن مسؤولية كلا من المحاسب العمومي، والأمر بالصرف، والمراقب الميزانياتي المالية والشخصية هي مسؤولية ذات طابع موضوعي كونها تستند إلى معاينة التصرفات التالية: عدم تحصيل إيراد محدد، العجز في الصندوق، دفع نفقة عمومية بدون وجه حق، ثبوت مخالفة قانونية وغيرها، كما استحدث كذلك القانون رقم: 07-23 في المادة: 112 منه، على أن مفوضي المحاسبين العموميين، والأعوان الموضوعون تحت تصرفهم، والوكلاء الماليون مسؤولون شخصياً ومالياً عن العجز الحاصل في الصندوق⁶، كما أن تحريك المسؤولية يتم تلقائياً أي متى تمت معاينة المخالفات (من طرف الجهات الرقابية لاسيما مفتشيات وزارة المالية ومجلس المحاسبة)، ففي حالة ثبوت المسؤولية المالية فإنه يقتضي الأمر منه تسديد المبالغ محل التصفية بناءً لإجراء يطلق عليه "تصفية باقي الحساب"، من جهة أخرى خول القانون للمحاسبين العموميين اكتتاب تأمين يسمح لهم بتغطية مسؤولياتهم المالية⁷.

¹ القانون رقم 07-23 المؤرخ في 03 ذي الحجة 1444 الموافق لـ 21 يونيو 2023، المتعلق بقواعد المحاسبة العمومية والتسيير المالي، مرجع سبق ذكره، (المادة 32)، ص 07.

² محمد مسعي، المحاسبة العمومية، دار الهدى، الجزائر، 2003، ص 52.

³ Ali BISSAAD, *Droit de la comptabilité publique*, Dar Houma, Alger, 2004, p 22

⁴ محمد مسعي، مرجع سبق ذكره، ص 52.

⁵ القانون رقم: 07-23 (مرجع سبق ذكره)، ص 04.

⁶ القانون رقم: 07-23 (مرجع سبق ذكره)، ص 12.

⁷ المرسوم التنفيذي رقم 91 – 312 المؤرخ في 07 سبتمبر 1991، مرجع سبق ذكره، ص ص 1646 – 1647.

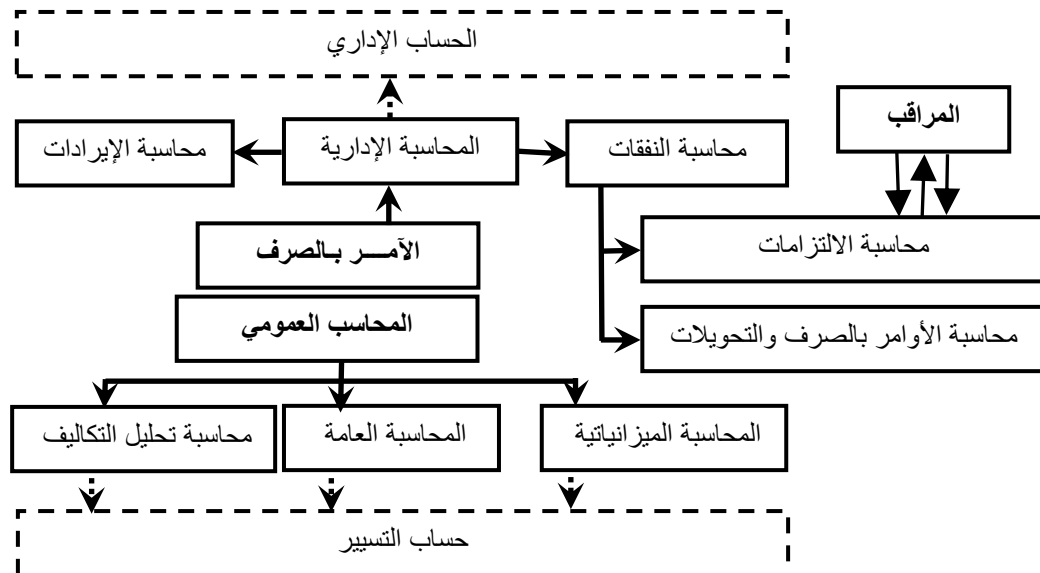
د- مبدأ عدم تخصيص إيراد محدد لنفقة عمومية محددة

يتعلق هذا المبدأ عموماً بإعداد وتنفيذ الميزانية العامة للدولة، والذي يشير إلى أن كل الإيرادات العمومية تكفل تغطية جميع النفقات العمومية دون تمييز، بصيغة مغايرة لا يمكن إقامة علاقة وظيفية تربط بين إيراد محدد ونفقة معينة¹، فضلاً عن ذلك للمبدأ مدلول محاسبي مرتبط بالخزينة، حيث لا يمكن تحديد حسابات بالشكل الذي يؤدي إلى تفضيل نفقة معينة على أخرى بتخصيص حساب إيراد معين لتغطيتها، وعلى هذا الأساس يطلق أيضاً على هذا المبدأ "مبدأ وحدة الصندوق"².

5- محاسبة الأعوان المكلفين بتنفيذ العمليات المالية العمومية

إن الهدف الأساسي من المحاسبة العمومية هو بيان وعرض العمليات المالية العمومية وإطلاع مختلف سلطات الرقابة والتسيير عليها كلما اقتضى الأمر ذلك، فكل عون من أعوان تنفيذ عمليات الميزانية والخزينة ملزم بمسك محاسبة في مجال اختصاصه ووفقاً للتنظيم المحاسبي المعمول به، كما هو مبين في الشكل الموالي:

2023



المصدر: من إعداد الباحثان بالاعتماد على:

القانون رقم 07-23 المؤرخ في 03 ذي الحجة 1444 الموافق لـ 21 يونيو 2023، المتعلق بقواعد المحاسبة العمومية والتسيير المالي، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 42، الصادرة بتاريخ 07 ذي الحجة 1444 الموافق لـ 25 يونيو 2023، ص 11.

يمكن لنا قراءة الشكل رقم (01) السابق على النحو الموالي:

يشير الإطار التقني للتنظيم المحاسبي العمومي في الجزائر، وقد عرف المشرع في المادة: 79 من القانون رقم: 07-23 السالف الذكر، المحاسبة العمومية على أنها: نظام يسمح بتنظيم المعلومة المالية من خلال: إدخال وتصنيف وتسجيل ومراقبة بيانات العمليات الميزانية والمحاسبية، وعرض القوائم المالية التي تعكس الصورة الصادقة عن الممتلكات والوضعية المالية والنتيجة عند إقفال السنة المالية، الأمر بالصرف ملزمون بمسك محاسبة عامة ويتم إرسالها

¹ محمد ساحل، المالية العامة، جسر للنشر والتوزيع، المحمدية، الجزائر، 2017، ص 245.

² يحيى ديدني، المالية العمومية، دار الخلدونية، الجزائر، 2014، ص 114.

للمحاسبين العموميين¹ ، كما تسمح المحاسبة العامة للأشخاص المعنويين بإعداد الميزان العام للحسابات والقوائم المالية وفقا للمخطط المحاسبي² ، كما تمكن المحاسبة الإدارية الآمرون بالصرف من إنجاز الحساب الإداري (حساب ختامي) نهاية السنة المالية. أما المحاسبون العموميون فلقد أشار القانون رقم: 07-23 أنهم يمسون ثلاثة أشكال من المحاسبة هي: المحاسبة الميزانية ، المحاسبة العامة ومحاسبة تحليل التكاليف ، حيث يستند المحاسبون العموميون إلى المعطيات الناتجة عن هاته المحاسبات في إعداد حسابهم الختامي نهاية السنة المالية يعرف بحساب التسيير. قبل التعرف على الإطار العام لمحاسبة الآمرين بالصرف والمحاسبين العموميين، لابد من الإشارة إلى أن مسك هذه المحاسبات يختلف تبعاً لطبيعة الهيئة العمومية (الدولة، الجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري) من جهة، وأصناف المحاسبين العموميين (مركزيين، رئيسيين وثانويين) من الجهة الأخرى.

1- محاسبة الآمرين بالصرف (المحاسبة الإدارية)

تعتبر المحاسبة الإدارية نظام معلومات شامل موجه إلى تفعيل وظائف الإدارة بالمؤسسة لتحقيق أهدافها وتوجيهاتها المسطرة، حيث تكمن أهميتها بصفة عامة في العلاقة بين الوظيفتين الإدارية والمحاسبية في المؤسسة العمومية، كونها تتمثل في تجميع، عرض وتبويب المعلومات والبيانات لغرض إعداد القوائم المالية والتقارير الدورية التي من شأنها مساعدة الإدارة على ممارسة كافة أنشطتها الإدارية والمالية ومن ثم فرض الرقابة عليها.³ ولقد ألزم المرسوم التنفيذي رقم 91 - 313 الصادر سنة 1991 جميع أصناف الآمرين بالصرف بمسك المحاسبة الإدارية، بالشكل الذي يسمح لهم بمتابعة عمليات الميزانية من جانبي الإيرادات والنفقات العمومية كالتالي:⁴

أ- محاسبة الإيرادات

يسعى الآمرون بالصرف من خلال هذه المحاسبة إلى تقييد وعرض العمليات المرتبطة بالإيرادات العمومية، ويتعلق الأمر بكافة الديون الدائنة المثبتة والموفى بها وكذا الأوامر الصادرة بتحصيل الإيرادات.

ب- محاسبة النفقات

تتضمن كل من محاسبة الالتزامات ومحاسبة الأوامر بالصرف والتحويلات كما يلي:

ب-1- محاسبة الالتزامات

ترمي محاسبة الالتزامات إلى القيام في أي لحظة بتحديد كل ما التزم بدفعه في مجال النفقات العمومية المرخص لها، وكذا تتبع مسار الأرصدة المتاحة والمتبقية خلال السنة المالية، حيث تمسك محاسبة الالتزامات بالنفقات وفقا للمدونات الميزانية السارية المفعول من خلال تطبيقات الإعلام الآلي أو عن طريق سجلات محاسبية معدة لهذا الغرض، مع ضرورة التمييز بين النفقات بتحديد محاسبة الالتزامات لنفقات التسيير ومحاسبة نفقات التجهيز والاستثمار العمومي ومحاسبة النفقات بعنوان الحسابات الخاصة للخزينة، مع العلم أن الآمرين بالصرف لا يمكنهم تسجيل هذه العمليات المالية إلا بعد منح التأشيرة من طرف المراقب المالي.⁵

¹ شلال زهير ، آفاق إصلاح نظام المحاسبة العمومية الجزائي الخاص بتنفيذ العمليات المالية للدولة ، أطروحة دكتوراه ، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير والعلوم التجارية ، جامعة محمد بوقرة ، بومرداس ، الجزائر ، 2013 . ص: 152.

² ميلود عبود، متطلبات تبني معايير المحاسبة الدولية للقطاع العام لتطوير نظام المحاسبة العمومية وأثره على ترشيد النفقات العمومية في الجزائر: "دراسة استطلاعية لآراء عينة من الأكاديميين والمهنيين"، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، 2018 - 2019

³ عبد اللطيف حاج عمر وزين العابدين عالم مصطفى أحمد، المحاسبة الإدارية، دار الكتاب الجامعي، صنعاء، 2011، ص 20.

⁴ المرسوم التنفيذي رقم 91 - 313 المؤرخ في 28 صفر 1412 الموافق لـ 07 سبتمبر 1991، مرجع سبق ذكره، ص 1649 - 1650.

⁵ القرار -بدون رقم- المؤرخ في 24 رمضان 1433 الموافق لـ 12 أوت 2012، المحدد لإجراءات وكيفية ومحتوى محاسبة الالتزامات بالنفقات، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 42، الصادرة بتاريخ 14 شوال 1434 الموافق لـ 21 أوت 2013، ص 106.

ب-2- محاسبة الأوامر بالصرف والتحويلات

تتعلق بعرض جميع الاعتمادات السنوية المالية الممنوحة أو المفوضة، التفويضات بالاعتمادات الممنوحة إلى الأمرين بالصرف الثانويين، مبالغ الأوامر بالصرف والتحويلات الصادرة وكذا الاعتمادات المتاحة. ومنه نستنتج أن الهدف من المحاسبة الإدارية هو تمكين العون المكلف بها (الأمر بالصرف) من تتبع استغلال الاعتمادات المرخص لها بموجب الميزانية، فهي تسمح باستظهار العمليات المالية المتمثلة في الإيرادات وأوامر تحصيلها والالتزام بالنفقات والأمر بدفعها. من ناحية أخرى تساعد المحاسبة الإدارية الأمرين بالصرف من إنجاز حسابهم الختامي والذي يعرف بالحساب الإداري، لغرض تقديمه إلى السلطة الوصية والهيئات الرقابية (مجلس المحاسبة).

2- محاسبة المحاسبين العموميين

وفقاً لما ورد في المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم 91 - 313 السالف الذكر، المحاسبون العموميون بأصنافهم المتعددة، مجبرون على مسك ثلاثة أشكال من المحاسبة تعبر في مجملها على ما يعرف بمحاسبة الدولة أو محاسبة الخزينة، تتمثل في المحاسبات التالية:

أ- المحاسبة العامة

من المعلوم أن المحاسبة العامة في مفهومها الواسع تشير إلى تلك القواعد والمبادئ التي تستخدم في تسجيل العمليات المالية للمؤسسات بمختلف أشكالها، سعياً نحو إعطاء صورة صادقة عن الوضعية المالية للكيان من خلال تحديد نواتج الدورة والتي عادة ما تكون سنة مالية واحدة.

غير أن المحاسبة العامة التي يمسكها المحاسب العمومي تختلف نوعاً ما عن تلك المطبقة في المؤسسات التجارية والاقتصادية (الهادفة إلى الربح)، وهذا راجع إلى طبيعة عمليات الميزانية والخزينة المكلف بتنفيذها أعوان المحاسبة العمومية من جهة، وخضوع الميزانيات العمومية إلى قوانين المالية السنوية من الجهة الأخرى، حيث تقوم المحاسبة العامة المكلف بها المحاسب العمومي على قاعدة القيد المزدوج ومبدأ وحدة الخزينة على النحو الموالي:¹

❖ قاعدة القيد المزدوج

أي أنه يجب أن تسجل كل العمليات المالية وفقاً لقاعدة القيد المزدوج سواء تعلق الأمر بالنفقات أو الإيرادات، ومن المعروف أن نظام القيد المزدوج في المحاسبة العامة يعبر عن حسابين أحدهما مدين يقابله آخر دائن.

❖ مبدأ وحدة الخزينة

يقصد به أن كل التسجيلات المحاسبية التي يقوم بها جميع المحاسبون العموميون (الثانويون والرئيسيون) ينبغي تركيزها وتجميعها على المستوى المركزي للدولة (لدى العون المحاسبي المركزي للخزينة)، والجدير بالذكر أن هذا المبدأ يعمل على تكريس مبدأ آخر مهم جداً من مبادئ المحاسبة العمومية ألا وهو مبدأ وحدة الصندوق السالف الذكر. وفيما يلي نستعرض المحتوى العام للمحاسبة العامة المكلف بها المحاسبون العموميون التابعون للدولة (مثل: أمين الخزينة المركزي، أمين الخزينة الرئيسي، أمين الخزينة في الولاية، ... الخ) وفقاً لطبيعة العمليات المالية العمومية:²

أ-1- عمليات الميزانية

- في مجال الإيرادات: ترمي على وجه الخصوص إلى التكفل بكل من: أوامر تحصيل الإيرادات العمومية، التحصيلات المنجزة والبواقي قيد التحصيل.

¹ محمد مسعي، مرجع سبق ذكره، ص 119.

² المرسوم التنفيذي رقم 91 - 313 المؤرخ في 28 صفر 1412 الموافق لـ 07 سبتمبر 1991، مرجع سبق ذكره، ص 1651.

- في مجال النفقات: بالنسبة إلى نفقات التسيير تعرض الاعتمادات المفتوحة والأوامر بالصرف (حوالات الدفع) والرصيد المتاح أو المتبقي. أما في مجال نفقات التجهيز نجد البرامج المرخص لها، التزامات الدفع حسب كل عملية وكذا الاعتمادات المفتوحة وأوامر الصرف والبواقي تبعا للأبواب المفيدة في الميزانية.

أ-2- عمليات الخزينة

تحتوي مختلف حسابات حركة الأموال سواء نقدا أو قيما في حسابات ودائع أو في حسابات جارية أو في حسابات دائنة أو مدينة، فضلا عن ذلك حركات الأموال المودعة لفائدة الخواص والعمليات الداخلة والخارجة من الصندوق وعمليات التحويل، بالإضافة إلى ذلك فقد خصص المشرع في المادة 59 من القانون العضوي رقم : 18-15 السالف الذكر، العديد من العمليات التي تنتج منها موارد الخزينة وأعباؤها وهي :

- توظيف المتوفرات المالية للدولة، وفقا للرخص السنوية العامة والخاصة التي يمنحها قانون المالية السنوي ،

- إصدار وتحويل وتسديد الافتراضات،¹ وهذا لا يكون إلا وفقا للرخص السنوية التي يمنحها قانون المالية ،

- تسيير الأموال المودعة من قبل المكتتبين لدى الخزينة ،

- خصم وقبض السندات ، مهما كانت طبيعتها ، والصادرة لصالح الدولة

وتجدر الإشارة إلى أن مجمل البيانات والمعطيات الناتجة عن مسك المحاسبة العامة والمدرجة في السجلات والتقارير الصادرة عنها، تساعد المحاسبين العموميين على انجاز حسابهم النهائي للسنة المالية المعنية والمتمثل في "حساب التسيير".

ب- المحاسبات الخاصة

تنص المادة الثانية والأربعون من المرسوم التنفيذي رقم 91 - 313 المؤرخ في 07 سبتمبر 1991 على أنه "تعرض المحاسبات الخاصة الجرد العيني والمالي للمواد والقيم والسندات التي تطبق عليها".

بمعنى آخر، يسمح هذا النوع من المحاسبات بشكل عام بمتابعة حركات الأموال المنقولة للهيئات والمؤسسات العمومية من: عتاد، مواد، قيم وسندات وما شابه ذلك، وبيان الموجودات منها بصفة دورية.

ولقد أطلق عليها المحاسبات الخاصة لأنه يمكن إنشاء محاسبة خاصة بكل صنف من أصناف الأموال المنقولة لاسيما محاسبة المواد، محاسبة القيم، ... إلخ وهذا بناء على ما تقتضيه متطلبات التسيير للإدارة العمومية.

ج- المحاسبة التحليلية

من المعلوم أن المحاسبة التحليلية تطبق على نطاق واسع في المؤسسات الاقتصادية الهادفة إلى الربح، إلا أنه مع ظهور معايير المحاسبة الدولية في القطاع العام (IPSAS) وسعي الحكومات نحو تقييم أداء الأنشطة العمومية، اتجهت الأنظار نحو تطبيق المحاسبة التحليلية على مؤسسات وهيئات الدولة الخاضعة لأسس وقواعد المحاسبة العمومية، كونها أداة قادرة على توفير البيانات اللازمة للإدارات العمومية في مجالات التخطيط، اتخاذ القرارات، التنفيذ والرقابة، فضلا عن ذلك إمكانية تحديد تكاليف النشاط العمومي والخدمات المقدمة.²

إذا رجعنا إلى نص المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم 91 - 313 والتي مفادها "محاسبة تحليلية تمسك في حينها وتسمح بحساب أسعار الكلفة وتكاليف الخدمات"، نستنتج أنه الهدف من المحاسبة التحليلية المفروضة على المحاسب العمومي هو تحديد تكاليف الخدمات والأنشطة العمومية، إلا أن الواقع العملي يشير إلى أن تطبيقها الفعلي غائب تماما.³

1

² عيد صلاح بسيوني وآخرون، نظم محاسبة التكاليف، منشورات كلية التجارة، القاهرة، مصر، 2017، ص 02.

³ محمد مسعي، مرجع سبق ذكره، ص 131 - 132.

ولقد بقي الأمر على هذا الحال إلى غاية يومنا هذا، أي غياب التطبيق العملي لها، وهذا راجع إلى طبيعة المصالح الإدارية والعمليات المالية الخاضعة إلى نظام المحاسبة العمومية في الجزائر الذي يقتضي الإصلاح لتكييفه مع المستجدات الدولية في مجال المحاسبة في القطاع العام.

على الرغم من أن القانون رقم 07-23 المتعلق بقواعد المحاسبة العمومية والتسيير المالي، وكذا النصوص القانونية ذات الصلة به وفرت القدر الكافي من الأحكام والقواعد الكفيلة بتسيير العمليات المالية العمومية، إلا أن التطبيق الميداني كشف عن العديد من النقائص والعيوب التي تعتري التنظيم التقني المحاسبي، خاصة أنه أصبح كلاسيكيا وغير مكيف مع التطورات العالمية التي شهدتها المحاسبة في القطاع العام (التوجه العالمي نحو تطبيق معايير المحاسبة الدولية في القطاع العام (IPSAS))، حيث يعاب على تقنيات المحاسبة العمومية في كثير من النواحي، كونها تتميز بضعف إطارها التنظيمي وتحديد مدونة حسابات الدولة (غير المضبوطة)، لينعكس ذلك سلبا على جودة ونوعية المعلومات المحاسبية.¹ من ناحية أخرى لا يوفر التنظيم المحاسبي العمومي الحالي البيانات المالية والمحاسبية الضرورية التي يمكن الاعتماد عليها في تقييم أداء الهيئات والمؤسسات العمومية للدولة، لاسيما قياس التكاليف ومدى استغلال الموارد المالية المتاحة (غياب تطبيق المحاسبة التحليلية)، ناهيك عن صعوبة تركيز ودمج الحسابات بين المصالح المحاسبية المركزية واللامركزية لمختلف القطاعات على المستوى الوطني، نتيجة لتشعب مدونة حسابات الدولة وكذا الاستناد إلى جداول إحصائية خارج المدونة واستعمالها في إعداد القوائم المالية والحسابات النهائية.²

والجدير بالذكر أن أول خطوات الإصلاح المالي والمحاسبي العمومي في الجزائر تعود إلى منتصف التسعينات من القرن الماضي، عندما طرحت السلطات الوصية مشروع المخطط المحاسبي للدولة، إلا أنه لم يستمر وقتا طويلا، نتيجة للصعوبات التي واجهت تجسيده على أرض الواقع، ليتم التخلي عنه سنة 2002، لتتجه الجزائر إلى مشروع عصرنه أنظمة الميزانية مطلع سنوات الألفين، كخطوة أولية وسابقة لإصلاح النظام المحاسبي العمومي، والذي أسفر عن صدور القانون العضوي رقم 18 - 15 المؤرخ في 02 سبتمبر 2018 المتعلق بقوانين المالية المعدل والمتمم بالقانون العضوي 19 - 09 المؤرخ في 11 ديسمبر 2019، يحمل في طياته العديد من المستجدات على الصعيدين الميزانياتي والمحاسبي.

وفي سياق موضوع مداخلتنا، أشار الفصل الرابع الموسوم بـ "حسابات الدولة" من الباب الرابع "موارد الدولة وأعبائها وحساباتها" من القانون العضوي رقم 18 - 15 إلى أنواع المحاسبات التي يجب أن تمسك من طرف الأعوان المكلفين بتنفيذ العمليات المالية للدولة ومؤسساتها وهيئاتها العمومية وهي: المحاسبة الميزانياتية (تنقسم إلى محاسبة الالتزامات ومحاسبة الإيرادات والنفقات)، محاسبة عامة، محاسبة تحليل التكاليف، إلا أنه لم يتطرق إلى تفاصيل كثيرة حولها وكيفية تطبيقها، وإنما تركها إلى قانون المحاسبة العمومية كونه الإطار القانوني والتقني للنظام المحاسبي العمومي في الجزائر، وعليه تستدعي الضرورة إعادة النظر في القانون رقم 90 - 21 المؤرخ في 15 أوت 1990 المتعلق بالمحاسبة العمومية، بصياغته وفق ما تقتضيه المستجدات المحلية (الإصلاح الميزانياتي) والدولية (تبني معايير المحاسبة الدولية في القطاع العام)، خاصة أن القانون العضوي رقم 18 - 15 ينتظر تطبيقه ابتداء من جانفي 2023.³

¹ أحمد يوسف السعيد، واقع نظام المحاسبة العمومية في الجزائر وآليات التطوير وفق متطلبات المعايير المحاسبية الدولية للقطاع العام (IPSAS)، مجلة أبعاد اقتصادية، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، 12(01)، 2022، ص 81.

² ميلود عبود، متطلبات تبني معايير المحاسبة الدولية للقطاع العام لتطوير نظام المحاسبة العمومية وأثره على ترشيد النفقات العمومية في الجزائر: "دراسة استطلاعية لآراء عينة من الأكاديميين والمهنيين"، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة أحمد درارية، أدرار، الجزائر، 2018 - 2019، ص 292.

³ القانون العضوي رقم 18 - 15 المؤرخ في 22 ذي الحجة 1439 الموافق لـ 02 سبتمبر 2018، مرجع سبق ذكره، (المادة 89)، ص 20.

خاتمة:

تعد المحاسبة العمومية الإطار القانوني، التقني والإداري المتعلق بتنفيذ الميزانية العامة للدولة ومختلف ميزانيات الهيئات والمؤسسات العمومية، من خلال تحديد القواعد والإجراءات التي تحكم عرض العمليات المالية وبيان حساباتها وكذا فرض رقابة مستمرة عليها، بهدف حماية الأموال العمومية والمصلحة العامة، حيث يسهر كل من الآمرين بالصرف والمحاسبون العموميين على تنفيذ، تسيير وتسجيل هذه العمليات، كل عون في مجال صلاحياته والتزاماته ونطاق تدخله، وفي ظل تنظيم محاسبي عمومي أجبر كل عون بمسك أشكال معينة من المحاسبة.

وفي هذا السياق حاولنا من خلال هذه الورقة البحثية إبراز أشكال المحاسبة التي فرضها التنظيم المحاسبي العمومي في الجزائر على الآمرين بالصرف والمحاسبين العموميين عند تسجيلهم العمليات المالية العمومية، ولقد أسفرت الدراسة عما يلي:

1- النتائج

من النتائج الأساسية التي خلصنا إليها التالي:

- التنظيم المحاسبي العمومي هو الإطار التقني للمحاسبة العمومية المتضمن مجموعة الأسس، المبادئ وطرق بيان الحسابات المالية والمحاسبية وكيفية تسجيلها وعرضها؛
- الآمرين بالصرف والمحاسبون العموميون هم الأعوان المكلفون بالعمليات المالية (عمليات الميزانية وعمليات الخزينة)، من حيث التسيير، التنفيذ، التسجيل، ... الخ؛

- الآمرين بالصرف ملزمون بمسك محاسبة إدارية من جانبي الإيرادات والنفقات، تتكون من:

✓ محاسبة الإيرادات: تسعى إلى تسجيل جميع الإيرادات المثبتة بسند تحصيل؛
✓ محاسبة النفقات: تنقسم إلى محاسبة الأوامر بالصرف والتحويلات ومحاسبة الالتزامات بالتوازي مع المراقب المالي في ظل رقابة مالية قبلية.

- المحاسبون العموميون ملزمون بمسك ثلاثة أشكال من المحاسبة تعبر على ما يعرف بمحاسبة الدولة أو محاسبة الخزينة، هي:

✓ محاسبة عامة ذات طابع كلاسيكي تقوم على الأساس النقدي، بمعنى آخر تأخذ بعين الاعتبار تاريخ تحصيل الإيرادات العمومية أو دفع النفقات العمومية المدرجة في الميزانية بموجب قانون المالية السنوي، عكس المحاسبة العامة في إطار معايير المحاسبة الدولية في القطاع العام التي تقوم على مبدأ إثبات الحقوق والالتزامات؛
✓ محاسبة تحليلية، إلا أن تطبيقها على أرض الواقع منعدم تماما؛
✓ المحاسبات الخاصة، تتعلق بالجرد العيني والمالي للمواد والقيم والسندات، إلا أنه من المفروض تطبيق بالتنسيق مع الآمرين بالصرف (رقابة متكاملة)، كونها الأداة الأساسية للمحافظة على الممتلكات العمومية.

2- التوصيات

إذا انطلقنا من منظور القانون العضوي رقم 18 - 15 المؤرخ في 02 سبتمبر 2018 المتعلق بالقوانين المالية، المنتظر تطبيقه على أرض الواقع ابتداءً من الفاتح جانفي من سنة 2023، كونه تناول في الفصل الرابع وتحديدًا في المادة الخامسة والستون إلى حسابات الدولة بإشارته إلى أشكال المحاسبة التي يجب أن تمسك من طرف الآمرين بالصرف والمحاسبين العموميين عند تنفيذ العمليات المالية للدولة ومؤسساتها وهيئاتها العمومية، فإنه يجب إعادة النظر في القانون رقم 90 - 21 المؤرخ في 15 أوت 1990 المتعلق بالمحاسبة العمومية لاسيما الإطار التقني، وعلى وجه الخصوص النقاط التالية:

- صياغة محاسبة عمليات الميزانية لكل من الآمرين بالصرف والمحاسبين العموميين في إطار ما يسمى بالمحاسبة الميزانية الوارد في القانون العضوي رقم 18 - 15 المؤرخ في 02 سبتمبر 2018؛
- الانتقال التدريجي من محاسبة الأساس النقدي إلى محاسبة الاستحقاق كأحد أوجه التوجه نحو تطبيق معايير المحاسبة الدولية في القطاع العام؛
ضرورة تفعيل تطبيق المحاسبة التحليلية في مؤسسات الدولة وهيئاتها ومؤسساتها العمومية، نظرا لأهميتها في عملية تقييم الأداء.

قائمة المراجع

المصادر

- القانون العضوي رقم 18 - 15 المؤرخ في 22 ذي الحجة 1439 الموافق لـ 02 سبتمبر 2018، الجريدة الرسمية العدد رقم : 2018/53
- القانون رقم 90 - 21 المؤرخ في 24 محرم 1411 الموافق لـ 15 أوت 1990، المتعلق بالمحاسبة العمومية، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 35، الصادرة بتاريخ 24 محرم 1411 الموافق لـ 15 أوت 1990،
- القانون رقم 23-07 المؤرخ في 03 ذي الحجة 1444 الموافق لـ 21 يونيو 2023، المتعلق بقواعد المحاسبة العمومية والتسيير المالي، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد رقم : 2023/42.

المراسيم والقرارات

- المرسوم التنفيذي رقم 91 - 311 المؤرخ في 28 صفر 1412 الموافق لـ 07 سبتمبر 1991، المتعلق بتعيين المحاسبين العموميين واعتمادهم، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 43، الصادرة بتاريخ 09 ربيع الأول الموافق لـ 18 سبتمبر 1991، ص ص 1645 - 1646.
- المرسوم التنفيذي رقم 91 - 312 المؤرخ في 28 صفر 1412 الموافق لـ 07 سبتمبر 1991، المحدد لشروط الأخذ بمسؤولية المحاسبين العموميين وإجراءات مراجعة باقي الحساب وكيفيات اكتتاب تأمين يغطي مسؤولية المحاسبين العموميين، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 43، الصادرة بتاريخ 09 ربيع الأول الموافق لـ 18 سبتمبر 1991، ص ص 1646 - 1647.
- المرسوم التنفيذي رقم 91 - 313 المؤرخ في 28 صفر 1412 الموافق لـ 07 سبتمبر 1991، المحدد لإجراءات المحاسبة التي يمسكها الآمرين بالصرف والمحاسبون العموميون وكيفياتها ومحتواها، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 43، الصادرة بتاريخ 22 ذي الحجة 1439 الموافق لـ 18 سبتمبر 1991، ص ص 1648 - 1654.
- المرسوم التنفيذي رقم 91 - 314 المؤرخ في 28 صفر 1412 الموافق لـ 07 سبتمبر 1991، المتعلق بإجراء تسخير الآمرين بالصرف للمحاسبين العموميين، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 43، الصادرة بتاريخ 22 ذي الحجة 1439 الموافق لـ 18 سبتمبر 1991، ص ص 1648 - 1654.
- القرار - بدون رقم - المؤرخ في 24 رمضان 1433 الموافق لـ 12 أوت 2012، المحدد لإجراءات وكيفيات ومحتوى محاسبة الالتزامات بالنفقات، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 42، الصادرة بتاريخ 14 شوال 1434 الموافق لـ 21 أوت 2013، ص 106.

الكتب:

- محمد مسعي، المحاسبة العمومية، دار الهدى، الجزائر، 2003،

- محمد ساحل، المالية العامة، جسور للنشر والتوزيع، المحمدية، الجزائر، 2017
- يحيى دنيدي، المالية العمومية، دار الخلدونية، الجزائر، 2014
- عبد اللطيف حاج عمر وزين العابدين عالم مصطفى أحمد، المحاسبة الإدارية، دار الكتاب الجامعي، صنعاء، 2011.
- عيد صلاح بسيوني وآخرون، نظم محاسبة التكاليف، منشورات كلية التجارة، القاهرة، مصر، 2017.

- Ali BISSAAD, **Comptabilité publique : Budgets, Agents et Comptes**, 1ère édition, Ecole Nationale des Impôts, Kolea, Tipaza, Algeria, Février 2001.
- Ali BISSAAD, **Droit de la comptabilité publique**, Dar Houma, Alger, 2004.

المقالات

- أحمد يوسف السعيد، واقع نظام المحاسبة العمومية في الجزائر وآليات التطوير وفق متطلبات المعايير المحاسبية الدولية للقطاع العام (IPSAS)، مجلة أبعاد اقتصادية، جامعة أمجد بوكرة بومرداس، 12(01)، 2022، ص 81.

الرسائل

- شلال زهير، آفاق إصلاح نظام المحاسبة العمومية الجزائري الخاص بتنفيذ العمليات المالية للدولة، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير والعلوم التجارية، جامعة أمجد بوكرة، بومرداس، الجزائر، 2013/2014 .
- السعيد، أحمد يوسف، نظام المحاسبة العمومية ومدى ملائمتها لمعايير المحاسبة العمومية الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير والعلوم التجارية، جامعة البليدة 02، الجزائر، 2015/2016 .
- ميلود عبود، متطلبات تبني معايير المحاسبة الدولية للقطاع العام لتطوير نظام المحاسبة العمومية وأثره على ترشيد النفقات العمومية في الجزائر: "دراسة استطلاعية لآراء عينة من الأكاديميين والمهنيين"، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة أحمد درارية، أدرار، الجزائر، 2018 – 2019

رقمنة الصفقات العمومية كضمانة وقائية من الفساد الإداري

-مقاربة تحليلية وفقاً لأحكام القانون 12/23-

Digitization of public transactions as a safeguard against administrative
Corruption -Analytical approach in accordance with the provisions of Law 23/12-

حميد شاوش

مخبر الدراسات القانونية البيئية

جامعة 8 ماي 1945 - قالمة

chaouch.hamid@univ-guelma.dz

تاريخ القبول: 04-06-2024

صونيا خضراوي*

مخبر الدراسات القانونية البيئية

جامعة 8 ماي 1945 - قالمة

khadraoui.sonia@univ-guelma.dz

تاريخ الإيداع: 28-02-2024

ملخص:

إن الأهمية التي حظيت ولا تزال تحظى بها عقود الصفقات العمومية في التشريع الجزائري استوجبت ضرورة تكريس الحماية القانونية لها، قصد إبعادها عن شبهات ظاهرة الفساد الإداري، وهو ما عمّد المشرع الجزائري إليه من خلال إحاطة مجال الصفقات العمومية بترسانة قانونية ضخمة. حيث تسعى هذه الورقة البحثية إلى تبيان أهم الإصلاحات القانونية التي عرّفها قطاع الصفقات العمومية، إذ يتعلّق الأمر برقمنة هذا القطاع كآلية مستحدثة لحوكمته. وعليه فإن الإشكالية الرئيسية التي تُثار في هذا الخصوص تتمحور أساساً حول مساعي المشرع الجزائري في تكريس التعاقد الإلكتروني في مجال الصفقات العمومية بموجب صدور القانون الجديد لها 12/23.

الكلمات المفتاحية: الرقمنة؛ الصفقات العمومية؛ الفساد الإداري؛ البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية.

Abstract:

The importance of public transactions in the Algerian legislation have continued to develop the need of devoting its legal protection, which is intended to get them far from the suspicions of the phenomenon of corruption administrative, which is intentional by the Algerian legislator through briefing a huge legal conservation. This research paper seeks to identify the most important legal reforms known by the public deals, it is related to this sector for his governance. Therefore, the main problem of this regard is mainly focused on the efforts of the Algerian legislator in consideration of electronic contract in the field of public transactions under the Law 23/12 that governs the general rules of public deals.

Keywords: digitalization; public transactions; administrative corruption; online portal of public transactions.

* المؤلف المراسل.

مقدمة:

يُعد موضوع الصفقات العمومية من المواضيع التي اتسمت بتزايد وتركيز الدراسات القانونية الأكاديمية حولها فأضحت محور اهتمام الباحثين لاسيما في ظل استفادة هذا المجال من العديد من الإصلاحات القانونية الجديدة.

لعل من أبرز هذه الإصلاحات هو ما آلت إليه عقود الصفقات العمومية من صور مستحدثة على ضوء التطور التكنولوجي والتشريعي الحاصل في إطارها، ولما كان هذا النوع من العقود يُمثل أهم أنواع العقود الإدارية التي قد يتخلل مرحلة إبرامها جرائم الفساد الإداري، فإنه من الضروري العمل على حمايتها من شبهاته وصوره المتعددة لاسيما بالموازاة مع تطبيق نظام الإدارة الإلكترونية في الإدارة العمومية الجزائرية، وما ترتب عنه من آثار هامة على مستوى النشاط الإداري، وما يتطلبه هذا النشاط من وسائل قانونية، هذه الأخيرة التي انتضحت في صورتها القرار الإداري الإلكتروني والعقد الإداري الإلكتروني⁽¹⁾.

وعليه يستمد هذا الموضوع أهميته من أهمية الصفقات العمومية بالدرجة الأولى باعتبارها الوسيلة القانونية التي تُستخدمها الإدارة العمومية لتلبية حاجاتها وتحقيق المصلحة العامة، فضلاً عن أهمية تعميم تطبيق الإدارة الإلكترونية في الإدارات والمؤسسات العمومية الجزائرية، بالنظر إلى ما يمكن أن تُحققه البيئة الرقمية للصفقات العمومية في ظل انتهاز أسلوب التعاقد الإلكتروني عبر البوابة الإلكترونية المستحدثة لغرضه من نتائج إيجابية في مجال حوكمة إبرام هذا النوع من العقود الإدارية، وهو ما من شأنه أن يؤدي إلى مناهضة جرائم الفساد الإداري والحد من خطورة تفاقمها، دون إغفال أهمية الإصلاح التشريعي الجديد الذي طرأ على عقود الصفقات العمومية إذ أن تنظيمها القانوني أصبح من اختصاص السلطة التشريعية.

حيث تهدف هذه الدراسة التحليلية بصفة رئيسية إلى تسليط الضوء على أهم المستجدات القانونية التي شهدها تنظيم قطاع الصفقات العمومية بناءً على الإصلاح الإداري الإلكتروني، ألا وهي رقمنة الصفقات العمومية كآلية جديدة لتجسيد مقتضيات الحوكمة الرشيدة في التسيير العمومي للإدارات والمرافق العمومية ومجابهة الفساد الإداري فيها.

خاصة وأن مجال الصفقات العمومية أُدرج ضمن المجالات التي يُشرع فيها البرلمان بنصوص تشريعية عادية بدل النصوص التنظيمية، كما كان عليه الوضع قبل التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2020.

إذ من بين الإصلاحات الدستورية الجديدة هو دسترة قانون الصفقات العمومية⁽²⁾، فصدر نتيجة لذلك القانون 12/23 المُحدد للقواعد العامة للصفقات العمومية⁽³⁾، والذي أكد بدوره على رقمنة الصفقات العمومية قصد ضمان حوكمتها والنهوض بالقطاع على نحو يضمن تحقيق أهداف التنمية الاقتصادية، وبالتالي مناهضة ظاهرة الفساد الإداري التي تُعترقها.

بناءً على ما تقدم ذكره يُمكن طرح إشكالية هذه الورقة البحثية في التساؤل المحوري التالي:

¹ للتوسع أكثر راجع: كوثر منسل: تفعيل دور الإدارة الإلكترونية في الجزائر: نحو بروز قانون للإدارة الإلكترونية، (أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الطور الثالث)، التخصّص قانون عام، جامعة 8 ماي 1945 قالمة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2022/2023، ص 1 - 601.

² "المادة 139، المطة 10" من المرسوم الرئاسي رقم: 442/20، المتعلق بإصدار التعديل الدستوري، ج ر ج عدد 82، الصادرة في: 2020/12/30 ص 31

³ القانون رقم: 12/23، المُحدد للقواعد العامة للصفقات العمومية، المؤرخ في: 2023/08/05، ج ر ج عدد 51، الصادرة في: 2023/08/06، ص 2 - 18.

هل وُفق المشرع الجزائي على ضوء صدور القانون 12/23 المُحدد للقواعد العامة للصفقات العمومية في تَبني نظام التعاقد الإلكتروني في مجال إبرام الصفقات العمومية من أجل تكريس ضمان الوقاية من الفساد الإداري؟

وللإجابة على الإشكالية المطروحة وُجب اعتماد المنهجين الوصفي والتحليلي كونهما الملائمين لموضوع الدراسة ذات الصلة بجوانب قانونية، وهو ما يستوجب الوصف الدقيق لأسلوب التعامل الإلكتروني في مرحلة إبرام الصفقات العمومية، بالإضافة إلى أهمية تحليل النصوص التشريعية بمجملها المؤطرة في هذا الخصوص، وذلك من أجل الوقوف على مدى التكريس القانوني لهذا النوع المستحدث من التعاقد من عدمه.

وهو ما يتسنى من خلال معالجة الموضوع في محورين أساسيين يتناولان على التوالي ما يلي:

المحور الأول: مفهوم البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية

المحور الثاني: إجراءات إبرام الصفقات العمومية الإلكترونية في ظل تفعيل البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية

المحور الأول - مفهوم البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية

يُمثل استحداث البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية أحد أهم آثار التحول الرقمي على المنظومة القانونية للإدارة العمومية الجزائية، أين أُعتبرت هذه البوابة أسلوب جديد للتعاقد الإلكتروني في مجال الصفقات العمومية بهدف حوكمة إبرام عقود الصفقات العمومية واستبدالها بالصفقات العمومية الإلكترونية.

ولما كانت حوكمة الصفقات العمومية ترتبط ارتباطاً وثيقاً بمحاربة ظاهرة الفساد والوقاية منها بجميع صورها وممارساتها لاسيما جرائم الفساد الإداري، فإن أسلوب التعاقد الإلكتروني يستند أساساً في مرجعيته القانونية إلى النصوص التشريعية المنظمة للصفقات العمومية، التي سعت ولا زالت تسعى بدورها إلى القضاء على الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية.

وذلك بدءاً بالمرسوم الرئاسي رقم: 236/10 (المُلغى) المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، أين وُرد الباب السادس منه تحت عنوان: "الاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية"، إذ خُصص القسم الأول منه "لأحكام الاتصال بالطريقة الإلكترونية"، بينما القسم الثاني "لأحكام تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية"⁽¹⁾.

ثم يليه المرسوم الرئاسي رقم: 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الذي أكد بدوره على تَبني أسلوب التعامل الإلكتروني في مجال الصفقات العمومية، أين وُرد الفصل السادس منه من الباب الأول تحت عنوان "الاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية"، والذي قُسم إلى قسمين، حيث عُنون القسم الأول "بالاتصال بالطريقة الإلكترونية"، في حين عُنون الثاني "بتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية"⁽²⁾.

وصولاً إلى قانون الصفقات العمومية الجديد القانون رقم: 12/23 السابق الذكر، كما سيأتي توضيحه لاحقاً. حيث أن الإحاطة بالجانب المفاهيمي للبوابة الإلكترونية للصفقات العمومية تقتضي التركيز على أهم عناصره المفاهيمية لاسيما تعريفها ووظائفها الأساسية.

¹ "المادتان 173 و174 من المرسوم الرئاسي رقم: 236/10 (المُلغى)، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المؤرخ في: 2010/10/7، ج ر ج عدد 58، الصادرة في: 2010/10/07، ص 33.

² "المواد من 203 إلى 206 من المرسوم الرئاسي رقم: 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المؤرخ في: 2015/09/16، ج ر ج عدد 50، الصادرة في: 2015/09/20، ص 46.

أولاً - تعريف البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية:

يَتطلب تعريف البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية الإلمام بالتعريفين التشريعي والفقهي لها، وذلك من خلال العناصر الفرعية التالية:

1-التعريف التشريعي

تُشير القراءة القانونية التحليلية للنصوص التنظيمية المنظمة لاستحداث البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية إلى عدم تحديد المشرع الجزائي تعريفاً تشريعياً لها ولاكتفاء فقط بالنص القانوني على تأسيسها في مادة الصفقات العمومية، مع الإحالة إلى التنظيم لتحديد محتواها وكيفية تسييرها بناءً على قرار وزاري صادر من الوزير المُكلف بالمالية⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس صدر القرار المحدد لمحتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، المؤرخ في: 2013/11/17، الذي ورد فيه فصلين، إذ يَتعلق الأول بمحتوى البوابة وكيفية تسييرها، بينما يَتعلق الثاني بكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية بين المصالح المتعاقدة والمتعاملين الاقتصاديين⁽²⁾.

وذات الملاحظة تَنطبق على أحكام المرسوم الرئاسي رقم: 247/15، حيث نصت " المادة 203 " منه على إنشاء بوابة إلكترونية للصفقات العمومية، تُسير من طرف الوزارة المُكلفة بالمالية والوزارة المُكلفة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال كل فيما يخصه، على أن يُحدد في هذا المجال قرار مشترك بين الوزير المُكلف بالمالية والوزير المُكلف بتكنولوجيات الإعلام والاتصال صلاحيات كل وزارة.

مع الإحالة أيضاً إلى نص تنظيمي بالنسبة لتحديد محتوى البوابة وكيفية تسييرها على غرار ما تضمنه المرسوم الرئاسي 236/10 (المُلغى)⁽³⁾. غير أن التعديل الجديد الذي جاءت به المادة المذكورة أعلاه مقارنة " بالمادة 173 " من المرسوم الرئاسي رقم: 236/10 (المُلغى)، هو إشراك وزارة تكنولوجيا الإعلام والاتصال مع وزارة المالية في تسيير البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية، مع مراعاة ما تضمنه هذا التعديل من أحكام الإحالة إلى التنظيم بخصوص تحديد اختصاصات كل وزارة من الوزارتين السابقتين الذكر، وذلك بموجب قرار وزاري مشترك بين الوزير المُكلف بتكنولوجيات الإعلام والاتصال والوزير المُكلف بالمالية، ولعلّ الهدف من هذا الإجراء هو الحيلولة دون الوقوع في حالة من حالات تداخل الاختصاصات الوظيفية للوزارتين هذا من جهة، فضلاً على أن " المادة 203 " من المرسوم الرئاسي 247/15 لم يُدرج فيها مصطلح " الصفقة العمومية الإلكترونية " بصورة صريحة رغم تبنيها لمفهوم هذه الأخيرة من خلال الإشارة إلى استحداث البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية.

أما بالنسبة للقرار الوزاري الذي أحالت إليه " المادة 203 " من المرسوم الرئاسي 247/15 في فقرتها الأخيرة فإنه ذاته القرار الوزاري المحدد لمحتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية المذكور سابقاً، وذلك بالنظر إلى أن " المادة 218 " من المرسوم الرئاسي 247/15 نصت على استمرارية سريان العمل بالنصوص التنظيمية الصادرة تطبيقاً لأحكام المرسوم الرئاسي 236/10 (المُلغى) المتعلق بتنظيم

¹ " المادة 173 " من المرسوم الرئاسي رقم: 236/10 (المُلغى)، المصدر السابق، ص 33.

² القرار المُحدد لمحتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، المؤرخ في: 2013/11/17، ج ر ج عدد 21، الصادرة في: 2014/04/09، ص ص 27-31.

³ " المادة 203 " من المرسوم الرئاسي رقم: 247/15، المصدر السابق، ص 46.

الصفقات العمومية، وذلك إلى غاية نشر النصوص التنظيمية الجديدة المتخذة في إطار تطبيق المرسوم الرئاسي 247/15 السابق الذكر.

إذ يتعلق الأمر بالأحكام القانونية التي تضمنها المرسوم الرئاسي لسنة 2010 وأعيد إدراجها ضمن المرسوم الرئاسي 247/15، والتي من بينها الأحكام الخاصة بتأسيس البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية.

وبالاعتماد على القرار الوزاري المنظم لها واستقراء أحكامه فإنه كذلك لم يُعرف البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية - البوابة حسب ما تضمنه هذا القرار -، مع تحديده فقط للهدف الرئيسي من وراء إنشائها، والذي يتمثل في اعتماد أسلوب التعاقد الإلكتروني في مجال إبرام الصفقات العمومية والتشجيع على تجسيده عملياً، بالإضافة إلى مساعدة المصالح المتعاقدة في نشر وتبادل المعلومات والوثائق الخاصة بها بينها وبين المتعاملين المتعاقدين معها إلكترونياً⁽¹⁾.

جدير بالذكر أنه تم الإطلاق الرسمي للبوابة الإلكترونية للصفقات العمومية بتاريخ: 2021/12/23 تجسيداً لمقتضيات " المادة 203 " من أحكام المرسوم الرئاسي 247/15، غير أن هذا التفعيل كان متأخراً إن صح التعبير إذا ما تمت مقارنته بتاريخ تأسيسها القانوني سنة 2010، والأهم من ذلك أنه يبقى يُعتبر خطوة هامة تُحتسب كقيمة مضافة في مجال تفعيل المنظومة القانونية الجزائرية للصفقات العمومية، والتي تُصبو إلى تحقيق أهداف إيجابية وتعزيز المعاملات الإلكترونية للعقود الإدارية في هذا الإطار⁽²⁾.

ولأن الباحث القانوني مُلزم بمواكبة التعديلات القانونية للنصوص التشريعية فإن تعريف البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية من الناحية التشريعية يقتضي أيضاً تسليط الضوء على مستجدات التعديل التي تضمنها القانون 12/23، تحديداً أحكام الباب السادس منه المُعنون بـ " المجلس الوطني للصفقات العمومية، والرقمنة والإحصاء الاقتصادي في مجال الصفقات العمومية "، الذي ورد فيه فصلين بحيث عُنون الفصل الأول بـ " المجلس الوطني للصفقات العمومية "، وعُنون الفصل الثاني بـ " الرقمنة في مجال الصفقات العمومية "، هذا الأخير الذي تضمن بدوره ثلاثة أقسام، إذ عُنون القسم الأول منه بـ " البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية "، بينما عُنون القسم الثاني بـ " تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية "، أما القسم الثالث فعنوانه: " الإحصاء الاقتصادي في مجال الصفقات العمومية " ⁽³⁾.

حيث نصت " المادة 105 " من القانون 12/23 على تأكيد استحداث بوابة إلكترونية للصفقات العمومية، والتي تتولى تسييرها الوزارة المُكلفة بالمالية، مع الإحالة كذلك إلى التنظيم لتحديد محتواها وكيفية تسييرها⁽⁴⁾.

تأسيساً لما سبق ذكره يُمكن القول إن المشرع الجزائري في تعريف البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية من منظور القانون 12/23 المحدد للقواعد العامة للصفقات العمومية حذاً حذو المرسومين الرئاسيين السابقين لصدوره، ألا وهما المرسوم الرئاسي 236/10 (المُلغى) والمرسوم الرئاسي 247/15، وذلك بعدم تعريفها والتأكيد فقط على استحداثها القانوني في مجال عقود الصفقات العمومية مع ذكر الجهة المختصة والمسؤولة على تسييرها.

¹ " المادة 2 " من القرار المُحدد لمحتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية المصدر السابق، ص 27.

² الموقع الرسمي للبوابة الإلكترونية للصفقات العمومية في الجزائر، www.marches-publics.gov.dz، 2024/02/27، على الساعة 12:15 ظهراً.

³ " المواد من 104 إلى 108 " من القانون رقم: 12/23، المصدر السابق، ص 17 و 18.

⁴ " المادة 105 " من القانون رقم: 12/23، المصدر نفسه، ص 17 و 18.

وجدير بالإشارة إلى أن القانون 12/23 أحال إلى التنظيم عند الاقتضاء لتطبيق أحكامه⁽¹⁾، كما أنه ألغى جميع الأحكام المخالفة له - أي تلك الواردة في المرسوم الرئاسي 247/15، مع الإبقاء على سريان بعض الأحكام منه، أي من ذات المرسوم الرئاسي 247/15 -، يتعلق الأمر في هذا الخصوص بالأحكام التنظيمية الصادرة في إطاره وذلك إلى غاية نشر النصوص التنظيمية الجديدة ذات الصلة بالقانون الجديد المحدد للقواعد العامة للصفقات العمومية، - أي القانون رقم: 12/23 - في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية⁽²⁾.

ومن منطلق أن النصوص التنظيمية عادة ما تُثير إشكالية التأخر في صدورها فإن الدراسات القانونية تصطدم بإشكالية استمرارية سريان العمل بالنصوص التنظيمية المتخذة تطبيقاً لمضامين القوانين القديمة أو الملغاة، وعليه يبقى القرار الوزاري المحدد لمحتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية لسنة 2014 ساري المفعول.

كما يلاحظ على ضوء " المادة 105 " من القانون 12/23 المذكور آنفاً أن المشرع الجزائري انتهج الأسلوب المتركز في تسيير البوابة من طرف المصالح المختصة لوزارة المالية دون إشراك وزارة تكنولوجيا الإعلام والاتصال.

2-التعريف الفقهي

أما بالنسبة لتعريف البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية من منظور اجتهادات الباحثين فإن الكثير منهم اتفق على تعريفها على أنها موقع متخصص في الصفقات العمومية، فهي عبارة عن فضاء رقمي شامل لجميع المتعاملين المتعاقدين المهتمين بمجال الصفقات العمومية، إذ أنها تُمكنهم من التسجيل عبرها والاطلاع على مختلف الوثائق والمعلومات التي تُوفرها المصالح المتعاقدة لهم، وأيضاً تُسهل عليهم تبادل هذه المستندات الخاصة بعملية إبرام عقود الصفقات العمومية باستخدام الوسائط الإلكترونية⁽³⁾.

تم تعريفها أيضاً على أنها مدخل رقمي مُوحد لعدة خدمات عمومية إلكترونية تشارك في مجال واحد وهو الصفقات العمومية، يهدف إلى مساعدة المتعاملين المتعاقدين من الوصول إلى إعلانات المنافسة حول الصفقات العمومية وضمان نجاعة الطلبات العمومية، فضلاً على تسهيل إجراءات إبرام الصفقات العمومية وإضفاء الشفافية عليها⁽⁴⁾.

هذا وقد قدمت الباحثة " كوثر منسل " تعريفاً لها على أنها: " منصة آمنة لنزع الصفة المادية تستخدم من قبل الإدارة العمومية في مجال الصفقات العمومية تحتوي هذه المنصة على العديد من المعطيات وفق آليات إلكترونية حيث تضع من خلالها المصلحة المتعاقدة وثائق التعاقد الخاصة بالصفقة العمومية في متناول المتعاملين الاقتصاديين لإبرام

¹ " المادة 111 " من القانون رقم: 12/23، المصدر نفسه، ص 18.

² " المادة 112 " من القانون رقم: 12/23، المصدر نفسه، ص 18.

³ نقلاً بتصريف عن ودان بو عبد الله محمد البشير مركان، " البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية نحو تحسين أفضل للخدمة العمومية في إطار الإدارة الإلكترونية "، مجلة المالية والأسواق، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، العدد الثالث، سبتمبر 2015، ص 111. وأنظر كذلك: عبد اللطيف والي، جمال الدين دندن، " استحداث مفهوم البوابة الإلكترونية في مادة الصفقات العمومية "، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، العدد الأول، 2019/03/01، ص 149.

⁴ نقلاً بتصريف عن خلود كلاش، محمد بومكماش، " البوابة الإلكترونية للصفقة العمومية ضمن النصوص القانونية "، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغورور، خنشلة، الجزائر، العدد 12، جوان 2019، ص 13.

صفقة عمومية بطريق إلكتروني، إذ يتم من خلال هذه المنصة إرسال واستقبال ملفات ووثائق المترشحين لإبرام هذه العقود¹.

والملاحظ على هذه التعريفات أنها وردت مختصرة حيث أنها ركزت على أهم وظائف هذه البوابة الإلكترونية لاسيما من خلال دورها في إتاحة مُكنة الوصول والحصول على الوثائق والمعلومات المُتطلبة قانوناً لصحة إبرام عقد الصفقة العمومية عبر الوسيط الإلكتروني من خلالها، فضلاً عن تسهيل وتبسيط وتسريع إجراءات هذا الإبرام.

مع الإشارة إلى إغفالها ذكر دور البوابة الإلكترونية بصفة صريحة في مواجهة ظاهرة الفساد في مقدمتها جرائم الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية.

ومن جانبنا يُمكن تعريفها على أنها آلية مستحدثة لتطبيق الرقمنة في مجال إبرام عقود الصفقات العمومية من خلال التخلي التدريجي عن كفاءات وإجراءات هذا الإبرام التقليدية المادية، وتعوّضها بأخرى إلكترونية جديدة من أجل حوكمة هذه العقود وضمان الوقاية من جرائم الفساد الإداري التي تتدخل في مرحلة إبرامها.

ثانياً - وظائف البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية:

تستحوذ البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية على عدة وظائف مختلفة، والتي أشار إليها قرارها الوزاري المُنظم لها، والتي يُمكن تلخيصها في وظائف أساسية بدءاً بالتسجيل الإلكتروني لكل من المصالح المتعاقدة والمتعاملين الاقتصاديين المتعاقدين معها، ثم البحث الإلكتروني عن المعلومات والوثائق ذات الصلة بالصفقات العمومية، مع الحرص على تيسير تبادلها بينهم وتحميل مختلف هذه الوثائق⁽²⁾.

المحور الثاني - إجراءات إبرام الصفقات العمومية الإلكترونية في ظل تفعيل البوابة الإلكترونية للصفقات

العمومية

إن الحديث عن الإجراءات القانونية المنتهجة لإبرام الصفقات العمومية الإلكترونية في النظام القانوني الجزائري على ضوء تفعيل البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية، يقتضي التطرق أساساً إلى الأحكام القانونية التي تضمنها قانون الصفقات العمومية بالنسبة لتنظيم التعاقد والمعاملات الإلكترونية في هذا المجال.

إذ تشمل هذه الأحكام على الإجراءات القانونية الواجب احترامها والتّقيّد بها عند قيام المصالح المتعاقدة بإبرام عقد صفقة عمومية عن طريق الوسائط الإلكترونية، حيث نصّت " المادتان 106 و 107 " من القانون 12/23 على إجرائيين أساسيين وهما: إجراء الاتصال بالطريقة الإلكترونية وإجراء تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية⁽³⁾.

أولاً - الاتصال بالطريقة الإلكترونية:

بالنظر إلى أن البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية تحتوي على المعلومات والوثائق الخاصة بعقود الصفقات العمومية الخاضعة في إبرامها للأسلوب الإلكتروني، وبالنظر أيضاً إلى أن من بين أهم وظائف هذه البوابة هي التسجيل الإلكتروني لأطراف عقد الصفقة العمومية محل الإبرام.

وعليه فقد أجاز قانون الصفقات العمومية الجديد لسنة 2023 استعمال المعلومات والوثائق التي تمر عبر البوابة بهدف تشكيل قاعدة بيانات، مع تأكّيده على ضرورة احترام النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري العمل بها⁽¹⁾.

¹ كوتر منسل، المرجع السابق، ص ص 252 و 253.

² " المادة 4 " من القرار الوزاري المُحدد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكفاءات تسييرها وكفاءات تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، المصدر السابق، ص ص 27 و 28.

³ " المادتان 106 و 107 " من القانون رقم: 12/23، المصدر السابق، ص 18.

حيث يُقصد بالتسجيل الإلكتروني عبر البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية الوُلوّج إلى موقعها الرسمي واستكمال خطوات ومراحل التسجيل القانونية مع أهمية الحرص على التقيد بالضوابط القانونية التي تفرضها البوابة في هذا الإطار، إذ يستوجب على أطراف عقد الصفقة العمومية الإلكترونية ملء وإمضاء استمارة التسجيل هذه الأخيرة التي تم إدراج نماذجها سواء منها الخاصة بالمصالح المتعاقدة أو المتعاملين الاقتصاديين في القرار الوزاري المحدد لمحتوى البوابة وكيفية تسييرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية⁽²⁾.

لأن يتم إرسال استمارة التسجيل إلى مُسير البوابة بموجب استخدام البريد الإلكتروني، مع الإشارة إلى أنه يمكن إيداعها مباشرة لدى الشخص القائم على تسيير البوابة، أين تلتزم المصالح المتعاقدة والمتعاملون الاقتصاديون بتعيين شخص طبيعي مُختص ومُرخص له قانوناً بالوصول إلى الوظائف المُخصصة لهم عبر البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية، حيث أنه لا بد من تزويد هذا الشخص بعنوان إلكتروني⁽³⁾.

من هذا المنطلق فإن أهمية إجراء الاتصال الإلكتروني في مرحلة إبرام الصفقات العمومية الإلكترونية تكمن في ذلك الأثر القانوني المترتب على إجراء التسجيل الإلكتروني المُوضح أعلاه، وذلك بناءً على إدراج مختلف الوثائق والمعلومات المُتطلبة قانوناً لنجاح هذه المرحلة، وعلى ضوء استعمال هذه الوثائق والمعلومات في شكل قاعدة بيانات يتم حفظ ملفات الترشيحات للمتعهدين من أجل استخدامها في الإجراءات اللاحقة بعد التسجيل الإلكتروني⁽⁴⁾.

ثانياً - تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية:

يلي إجراء الاتصال الإلكتروني لإبرام الصفقات العمومية الإلكترونية في التشريع الجزائري إجراء تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، والذي كرسه " المادة 107 " من القانون 12/23، ومما يلفت الانتباه عند قراءة هذه المادة قراءة قانونية مُركزة فإنها أكدت كذلك على إلزامية إجراء التعاقد الإلكتروني أثناء إبرام الصفقات العمومية من خلال البوابة الإلكترونية المُخصصة لها.

إذ يحكم هذا النوع الجديد من التعاقد إجراءات جزئية أخرى، والتي أضيف عليها الطابع الإلكتروني كذلك، ومنه يُمكن توضيحها في نقاط فرعية فيما يأتي ذكره من المراحل التالية:

1-مرحلة الإعلان الإلكتروني

إن المصالح المتعاقدة مُلزمة باعتماد أسلوب التعاقد الإلكتروني أثناء إبرام عقود الصفقات العمومية، ذلك أنها تضع وثائق الدعوة إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المرشحين للصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية كمرحلة أولى من مراحل هذا الإبرام الإلكتروني، على أن تخضع هذه المرحلة لجدول زمني يُحدده قرار من الوزير المُكلف بالمالية⁽⁵⁾. مع الإشارة إلى إلزامية تحديدها عنوان تحميل هذه الوثائق في الإعلان الصحفي⁽⁶⁾.

¹ " المادة 106 " من القانون رقم: 12/23، المصدر نفسه، ص 18.

² حول هذه النماذج أنظر في ذلك إلى الملحق رقم: 01 والملحق رقم: 02 من القرار الوزاري المحدد لمحتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، المصدر السابق، ص 30 و31.

³ " المادة 10 " من القرار الوزاري المحدد لمحتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، المصدر نفسه، ص 29.

⁴ " المادة 106 " من القانون رقم: 12/23، المصدر السابق، ص 18. وأنظر كذلك: " المادة 5 " من القرار الوزاري المحدد لمحتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، المصدر السابق، ص 28.

⁵ " المادة 107، الفقرة 1 " من القانون رقم: 12/23، المصدر السابق، ص 18.

⁶ " المادة 11 " من القرار الوزاري المحدد لمحتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، المصدر السابق، ص 29.

جدير بالتنويه إلى أهمية احترام الأحكام القانونية التي أُدرجت ضمن الفصل الأول من الباب الثالث من القانون 12/23 الخاصة بكيفيات وإجراءات إبرام الصفقات العمومية، أين مُنحت للمصلحة المتعاقدة الحرية في اختيار هذه الكيفية مع التأكيد على تحملها للمسؤولية الكاملة ولوحدها، بالإضافة إلى ضرورة التقيد بأحكام قانون الصفقات العمومية، فضلاً على التقيد بالشروط الأكثر ملاءمة لتحقيق الأهداف التي يرمي إليها موضوع الصفقات العمومية محل الإبرام⁽¹⁾.

تأسيساً على ما سبق ذكره تتضح أهمية الإعلان الإلكتروني لطب العروض بموجب استخدام البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية، إذ أنه بإمكانه أن يُسهم في استقطاب أكبر عدد من العروض، فكما هو مُتفق عليه أنه كلما التزمت المصالح المتعاقدة بمبدأ العلانية والشفافية عند الإفصاح عن رغبتها في التعاقد، كلما تجسد مبدأ حرية المنافسة أو الوصول إلى الطلبات العمومية، وبالتالي ضمان نجاحها.

أما عن مضمون الإعلان الإلكتروني لطب العروض فهو يتضمن كل المعلومات والوثائق الضرورية، التي تُمكن المتعهدين من تقديم عروضهم وفقاً للمقتضيات القانونية حسب ما أفادت به " المادة 47 " من القانون 12/23⁽²⁾.

وعلى ضوء إشكالية عدم صدور النصوص التنظيمية للقانون 12/23 المذكور أعلاه إلى غاية كتابة هذه الأسطر وباعتباره مجموعة من الأحكام العامة فقط المطبقة على عقود الصفقات العمومية في القانون الجزائري، فإنه تجدر الإشارة إلى أن إعلان طلب العروض الإلكتروني على غرار الإعلان العادي - المادي - يجب أن يحتوي على البيانات الإلزامية الخاصة به، هذه الأخيرة التي حددها " المادة 62 " من المرسوم الرئاسي 247/15 - سابقاً -، والتي تتمثل في:

- تسمية المصلحة المتعاقدة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي، كيفية طلب العروض، شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي موضوع العملية، قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة إلى أحكام دفاتر الشروط ذات الصلة مدة تحضير العروض ومكان إيداع العروض، مدة صلاحية العروض، إلزامية كفالة التعهد - عند الاقتضاء -، تقديم العروض في ظرف مغلق بإحكام، تُكتب عليه عبارة " لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض " مراجع طلب العروض، وثمان الوثائق عند الاقتضاء⁽³⁾.

وفي ذات السياق من الهام جدا التذكير بأن مرحلة الإعلان الإلكتروني عن الصفقات العمومية الإلكترونية تتم بالتزامن مع الإعلان العادي أي المادي التقليدي لها المُتعارف عليه في مجال إبرام الصفقات العمومية، وذلك بموجب نص " المادة 15 " من القرار الوزاري المُنظم لإنشاء البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية، إذ أن الإعلانات المُتضمنة الدعوة إلى المنافسة تُنشر إلكترونياً عبر هذه البوابة وورقياً في الجرائد وفي النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي⁽⁴⁾، وبالتالي يُعد النشر الإلكتروني على ضوء أحكام هذا القرار إجراء مُكمل للنشر الورقي كما أشار إليه البعض⁽⁵⁾.

أما عن مستجدات القانون رقم: 12/23 السابق الذكر في إطار تعزيز شفافية إجراءات إبرام عقود الصفقات العمومية بناءً على كيفية طلب العروض كقاعدة عامة والتفاوض كاستثناء، فقد تُمثلت أساساً في التأكيد على مبدأ

¹ " المادة 36 " من القانون رقم: 12/23، المصدر السابق، ص 9.

² " المادة 47 " من القانون رقم: 12/23، المصدر نفسه، ص 11.

³ " المادة 62 " من المرسوم الرئاسي رقم: 247/15، المصدر السابق، ص 17.

⁴ " المادة 15 " من القرار الوزاري المُحدد لمحتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفيات تسييرها وكيفيات تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، المصدر السابق، ص 29.

⁵ رياض بركات، محمد الصغير مسيكة، " واقع التعاقد الإلكتروني عبر البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية في الجزائر "، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، جامعة جيلالي اليابس، سيدس بلعباس، الجزائر، العدد 02، 2022/12/27، ص 76.

إلزامية الإشهار بواسطة النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، إلى جانب آلية النشر الجديدة في الصحافة المكتوبة والصحافة الإلكترونية المعتمدة⁽¹⁾، وذلك بالنسبة لأشكال إبرام الصفقات العمومية المنصوص عليها في " المادتان 39 و 42 " من هذا القانون⁽²⁾، إذ يتعلق الأمر بطلب العروض المفتوح، طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، طلب العروض المحدود، والمساابقة، بالإضافة إلى التفاوض بعد الاستشارة⁽³⁾.

وحول ذات الشأن نصت " المادة 46 " في فقرتها الثانية من القانون المحدد للقواعد العامة للصفقات العمومية لسنة 2023 على وجوب لجوء كل المصالح المتعاقدة وكذا كل الهيئات المعنية بتطبيق أحكام هذا القانون - والتي ورد ذكرها في نصوص " المواد 9، ومن 12 إلى 14 " ⁽⁴⁾ - إلى الإشهار الإلزامي عبر البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية مع ضرورة احترام ومراعاة الشروط التي يتم تحديدها بناءً على قرار من الوزير المكلف بالمالية سواء فيما يخص أشكال الإبرام السابقة الذكر⁽⁵⁾، أو حتى بما في ذلك إجراء الاستشارة كإجراء خاص لإبرام الصفقات العمومية على ضوء " المادة 18 " من ذات القانون المذكور آنفاً⁽⁶⁾.

2- مرحلة تقديم العروض إلكترونياً

إذا كانت المصالح المتعاقدة تلتزم بالاتصال الإلكتروني عند إعلانها عن طلبات العروض، فإن هذا الالتزام يقع أيضاً على عاتق المتعهدين المتعاقدين أو المرشحين للظفر بعقود الصفقات العمومية. وذلك من خلال الرد على الدعوة إلى المنافسة الموجهة لهم إلكترونياً وفقاً للجدول الزمني المشار إليه سابقاً⁽⁷⁾. وفي هذا الخصوص أجاز قانون الصفقات العمومية - القانون 12/23 - تكييف كل عملية خاصة بالإجراءات على دعامة ورقية مع الإجراءات على الطريقة الإلكترونية⁽⁸⁾.

وبما أن القرار الوزاري المؤرخ في: 2013/11/17 والصادر بتاريخ: 2014/04/09 يهدف إلى تنظيم البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية من حيث تحديد محتواها وكيفية تسييرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية فإن هذه الأخيرة تولت " المادة 9 " منه توضيحها من خلال تبين الوثائق والمعلومات التي يتوقف عليها هذا التبادل الإلكتروني بين المصالح المتعاقدة والمتعاملين الاقتصاديين، إذ يلتزم كل من طرفي عقد الصفقة العمومية الإلكترونية بتوفير الوثائق والمعلومات الضرورية الآتية في هذا الإطار⁽⁹⁾.

ومما ينبغي التأكيد عليه هو تلك الأهمية التي يكتسبها الملف الورقي الخاص بعروض المترشحين كضمانة هامة لتدعيم الملف الإلكتروني لاسيما في حالة وجود إشكال تقني إلكتروني، أين أقر القرار الوزاري المنظم لمحتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية لسنة 2014 السابق

¹ القانون رقم: 19/23، المتعلق بالصحافة المكتوبة والصحافة الإلكترونية، المؤرخ في: 2023/12/02، ج ر ج عدد 77، الصادرة في: 2023/12/02.

² " المادة 46، الفقرة 1 " من القانون رقم: 12/23، المصدر السابق، ص 11.

³ " المادتان 39 و 42 " من القانون رقم: 12/23، المصدر نفسه، ص 10 و 11.

⁴ " المواد 9، ومن 12 إلى 14 " من القانون رقم: 12/23، المصدر نفسه، ص 6 و 7.

⁵ " المادة 46، الفقرة 2 " من القانون رقم: 12/23، المصدر نفسه، ص 11.

⁶ " المادة 18 " من القانون رقم: 12/23، المصدر نفسه، ص 7.

⁷ " المادة 107، الفقرة 2 " من القانون رقم: 12/23، المصدر نفسه، ص 18.

⁸ " المادة 107، الفقرة 3 " من القانون رقم: 12/23، المصدر نفسه، ص 18.

⁹ تفصيل أكثر راجع: " المادة 9 " من القرار الوزاري المحدد لمحتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، المصدر السابق، ص 28 و 29.

الذكر على ضوء " المادة 12 " منه لهؤلاء المترشحون إمكانية تقديم نسخة من العرض على حامل مادي وفقاً للأجال القانونية، بحيث تُوضع هذه النسخة في ظرف مختوم ومكتوب عليه عبارة " نسخة بديلة ".

كما أنه يُمنع على المصالح المتعاقدة فتح النسخة البديلة إلا في الحالات القانونية التي أجازها ذات النص التنظيمي المشار إليه أعلاه، إذ يتعلق الأمر في هذا الخصوص بالحالة التي يكون فيها العرض الذي تم إرساله باعتماد الأسلوب الإلكتروني يحمل فيروساً، لم يصل ضمن الأجال القانونية، أو لم يتمكن من فتحه. مع الإشارة إلى إتلاف النسخة البديلة التي لم تُفتح⁽¹⁾.

أما بالنسبة للتاريخ الذي يُؤخذ بعين الاعتبار من طرف المصالح المتعاقدة من أجل حساب مدة تحضير العروض الإلكترونية فهو ذاته التاريخ المطبق فيما يخص الإجراءات المادية التقليدية المتعلقة بالحامل المادي الورقي⁽²⁾.

3-مرحلة التقييم الإلكتروني للعروض

تضمن الفصل الثاني من الباب الثالث من القانون المحدد للقواعد العامة للصفقات العمومية تحديد الإجراءات الخاصة بإبرام الصفقات العمومية بموجب خمسة أقسام، إذ غُنون القسم الأول بـ " تأهيل المرشحين والمتعهدين " بينما غُنون القسم الثاني بـ " شفافية الإجراءات "، أما القسم الثالث بـ " الإلغاء والتنازل عن إجراءات الدعوة للمنافسة "، في حين حُصص الباب الرابع " لاختيار المتعامل المتعاقد "، والقسم الخامس " للطعون " ⁽³⁾.

بحيث يخضع تأهيل المرشحين والمتعهدين إلى عدة معايير قانونية وُجب احترامها من طرف المصالح المتعاقدة، إذ أنها مُلزمة بالتأكد من قدرات هؤلاء المرشحين والمتعهدين وذلك من جميع النواحي التقنية، المهنية، والمالية وذلك قبل البدء في تقييم عروضهم التقنية، بالإضافة إلى ضرورة تجسيد واحترام معايير المساواة في هذا التقييم، والتي تَمس بموضوع الصفقة وتتناسب مع مداها.

حول ذات الشأن أجاز قانون الصفقات العمومية للمصالح المتعاقدة أن تستعلم - عند الاقتضاء - عن قدرات المتعهدين وذلك باستعمال كل الوسائل القانونية المتاحة لدى المصالح المتعاقدة الأخرى، وكذا الإدارات والهيئات التي تكون مُكلفة بمهمة تسير المرفق العام، بالإضافة إلى مؤسسات البنوك والممثلات الجزائية في الخارج. أين يمكن لكل متعهد أو مُرشح سواء تقدم بمفرده أو في إطار تجمع أن يستعين بقدرات مؤسسات أخرى، على أنه يُمنع من تقديم أكثر من عرض واحد لكل إجراء من إجراءات الصفقة العمومية، كما أنه لا يجوز لأي شخص أن يُمثل أكثر من متعهد أو مُرشح واحد لنفس الصفقة العمومية. ضف إلى ذلك أن " المادة 45 " من القانون المذكور سابقاً ألزمت كل مصلحة متعاقدة سواء على المستوى الوطني أو الجهوي أو المحلي بإنشاء بطاقة للمتعاملين الاقتصاديين، والتي يتم تحيينها بانتظام مع الإحالة إلى التنظيم بموجب قرار وزاري من الوزير المُكلف بالمالية لتحديد محتواها وشروط تحيينها.

¹ " المادة 12 " من القرار الوزاري المحدد لمحتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، المصدر نفسه، ص 29.

² " المادة 16 " من القرار الوزاري المحدد لمحتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، المصدر نفسه، ص 29.

³ " المواد من 43 إلى 56 " من القانون رقم: 12/23، المصدر السابق، ص 11 و 12.

وحرصاً من المشرع الجزائري على إضفاء مشروعية على مرحلة إبرام الصفقات العمومية من حيث مراعاة المبادئ والمعايير التي يستند عليها هذا الإبرام، فقد حدد الحالات التي على ضوءها يتم إلغاء أو التنازل عن إجراءات الدعوة إلى المنافسة، وذلك بموجب " المادتان 49 و 50 " من القانون 12/23، والتي تمثلت أساساً في⁽¹⁾:

- يحق للمصلحة المتعاقدة في إطار تحقيق المصلحة العامة اللجوء إلى إلغاء إجراء طلب العروض و/أو إلغاء المنح المؤقت للصفقة العمومية.

- يحق للمصلحة المتعاقدة أيضاً إلغاء المنح المؤقت للصفقة في حالة تنازل المترشح الحائز على الصفقة العمومية وذلك قبل تبليغه الصفقة أو رفض استلام الإشعار بتبليغ الصفقة، على أن تكون عملية تقييم العروض الخاصة ببقية المترشحين متواصلة وفق ما تفرضه مبادئ إبرام الصفقات العمومية لاسيما مبدأ حرية المنافسة ومعايير اختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية والأحكام الخاصة بالأسعار⁽²⁾، الواردة في القسم الثاني من الفصل الأول من الباب الرابع من القانون 12/23⁽³⁾.

حيث أنه من الهام جدا التجسيد العملي للضوابط القانونية التي تتأسس عليها عملية اختيار المتعامل المتعاقد⁽⁴⁾ والتي يمكن تلخيصها على النحو التالي:

- يجب على المصالح المتعاقدة أثناء مرحلة اختيار المتعامل المتعاقد أن تتقيد بعدم إبرام الصفقات العمومية مع أشخاص كانوا محل تدابير إقصاء والمنصوص عليها في النصوص القانونية والتنظيمية السارية المفعول.

- يخضع اختصاص المصالح المتعاقدة في اختيار المتعامل المتعاقد إلى عملية الرقابة على هذه الصفقات بجميع أنواعها الرقابة الداخلية، الخارجية، ورقابة الوصاية.

أين تجدر الإشارة في هذا الخصوص إلى أن المصلحة المتعاقدة يقع على عاتقها النشر الإلزامي في الموقع الإلكتروني لها وفي البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية، وذلك بالنسبة للمعلومات المتعلقة بقائمة كل الصفقات العمومية التي تم إبرامها أثناء السنة المالية السابقة، وأيضا أسماء المؤسسات أو تجمعات المؤسسات الحائزة عليها، بالإضافة إلى البرنامج التقديري لمشاريع الصفقات العمومية التي يتوجب إطلاقها خلال السنة المالية المعنية، بحيث يمكن أن يُعدل هذا البرنامج عند الاقتضاء أثناء السنة المالية. على أن تُرسل نسخة من هذه المعلومات السابقة الذكر إلى المصالح المعنية للوزارة المكلفة بالمالية، وفقاً للإجراءات والآجال القانونية، والتي يُحددها وزير المالية بموجب قرار وزاري⁽⁵⁾.

- يستند منح المصالح المتعاقدة لمعامل اقتصادي أو أكثر لمعيار القدرة على تنفيذها وعدم خضوعه لتدابير إقصاء.

- يجب على المصالح المتعاقدة مراعاة المعايير التي يركز عليها اختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، والتي من بينها معيار أحسن علاقة جودة/ سعر، شرط أن يسمح موضوع الصفقة بذلك. بالإضافة إلى ضرورة ارتباط هذه المعايير ووزن كل معيار منها بموضوع الصفقة، وأن تكون على أسس المساواة وعدم التمييز، وأن يتم ذكرها إجبارياً في دفتر الشروط الخاص بالدعوة للمنافسة.

¹ " المادتان 49 و 50 " من القانون رقم: 12/23، المصدر نفسه، ص 11.

² المادة من 73 إلى 79 " من القانون رقم: 12/23، المصدر نفسه، ص 14.

³ المواد من 72 إلى 80 " من القانون رقم: 12/23، المصدر نفسه، ص 14.

⁴ المواد من 51 إلى 55 " من القانون رقم: 12/23، المصدر نفسه، ص 11 و 12.

⁵ " المادة 95 " من القانون رقم: 12/23، المصدر نفسه، ص 16.

- يُمنع على المصالح المتعاقدة إجراء أي نوع من التفاوض مع المتعهدين في إجراء طلب العروض.

- تُلزم المصالح المتعاقدة باحترام الحالات القانونية أثناء اللجوء إلى إجراء التفاوض ⁽¹⁾.

- يجوز للمصالح المتعاقدة قصد مقارنة العروض أن تطلب كتابياً من المتعهدين أية توضيحات، والتي تُبين وتُفصل في مضمون عروضهم، شرط ألا يسمح جواب المتعهد الكتابي بهذا الخصوص بتعديل عرضه، وألا يُرتب أية آثار على حرية المنافسة. في المقابل يمكن للمصلحة المتعاقدة بعد منح الصفقة العمومية لهذا المتعهد وبعد موافقته أن تضبط الصفقة وتُجري على العرض المقبول تحيين خاصة من حيث السعر و/أو الآجال، شرط عدم إحداث تغيير في شروط المنافسة.

- يجوز للمرشحين والمتعهدين تقديم ترشيحاتهم وعروضهم في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات مع مراعاة قواعد المنافسة كما يُمكنهم في ذات الإطار أن يتقدموا في شكل تجمع مؤقت لمؤسسات متضامنة أو تجمع مؤقت لمؤسسات متشاركة مع الإشارة إلى أن المصلحة المتعاقدة بإمكانها إلزام هؤلاء المرشحين والمتعهدين في دفتر الشروط بالتأسيس في تجمعات مؤقتة لمؤسسات متضامنة - وذلك بناءً على طبيعة الصفقة العمومية -.

في مقابل هذه الالتزامات المفروضة على المصالح المتعاقدة أثناء اختيار المتعاملين المتعاقدين وتقييم عروضهم منح المشرع الجزائري على ضوء " المادة 56 " من قانون الصفقات العمومية الجديد القانون رقم: 12/23 للمتعاملين الاقتصاديين على غرار حق الطعن القضائي المكفول لهم إمكانية الطعن الإداري، وذلك في قرار المنح المؤقت للصفقة العمومية أو قرار إلغاء هذا المنح أو القرار المتضمن إعلان عدم جدوى العروض أو قرار إلغاء إجراء طلب العروض وكذا بالنسبة لإجراء التفاوض بعد الاستشارة، وذلك أمام لجنة الصفقات المختصة ⁽²⁾.

حيث تُعهد مهمة فتح العروض و النظر فيها من أجل تقييمها وانتقاء أفضلها إلى لجنة " فتح الأظرفة وتقييم العروض " ⁽³⁾، وذلك في إطار عملية الرقابة الداخلية على مدى مشروعية إبرام الصفقات العمومية، إذ تتشكل هذه اللجنة من موظفين مؤهلين تابعين للمصلحة المتعاقدة يتم اختيارهم بناءً على معيار الكفاءة ⁽⁴⁾.

إضافة لما سبق ذكره فقد نصت " المادة 107 " في فقرتها الثالثة والأخيرة منها من القانون المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية رقم: 12/23 على أنه يمكن تكييف كل عملية خاصة بالإجراءات على دعامة ورقية مع الإجراءات على الطريقة الإلكترونية كما سبقت الإشارة لذلك، وإن كان الأصل أن تقييم العروض المقدمة من طرف المتعاملين المتعاقدين يكون من اختصاص " لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض "، إلا أن هذا القانون الجديد أجاز إمكانية تكييف هذه الإجراءات وجعلها إلكترونية، وذلك بما يتماشى ويتلاءم مع أسلوب التعاقد الإلكتروني في ظل تفعيل البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية، في هذه الحالة لا يوجد ما يمنح من النظر والبت في عروض المترشحين الذين سبق لهم التسجيل في البوابة والرد على الدعوة إلى المنافسة الموجهة إليهم من المصلحة المتعاقدة من خلال الوسائط الإلكترونية.

¹ " المواد من 40 إلى 42 " من القانون رقم: 12/23، المصدر نفسه، ص 10 و 11.

² " المادة 56 " من القانون رقم: 12/23، المصدر نفسه، ص 12.

³ " المادة 48 " من القانون رقم: 12/23، المصدر نفسه، ص 11.

⁴ " المادة 96 " من القانون رقم: 12/23، المصدر نفسه، ص 16.

4-مرحلة إرساء الصفقة العمومية الإلكترونية

تُعتبر مرحلة إرساء الصفقة العمومية آخر المراحل التي تحكم مرحلة إبرام الصفقات العمومية على ضوء النصوص القانونية المنظمة لعقود الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، أما بالنسبة للصفقات العمومية المبرمة إلكترونياً فإن الإعلان النهائي عن منح الصفقة العمومية يُعهد القيام به للمصالح المتعاقدة حسب ما ورد في أحكام " المادة 9 " من القرار الوزاري المذكور سابقاً، إذ من اختصاصها كما سبق تبيان ذلك ضمن الوظائف المخولة لها عبر البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية هو الإعلان عن كل ما يتعلق بمجال الصفقات العمومية لاسيما عن المنح المؤقت لعقود الصفقات العمومية، عدم جدوى الإجراءات أو إلغاء المنح المؤقت للصفقات العمومية، الأجوبة عن طلبات نتائج تقييم العروض...، وإعلان عن المنح النهائي للصفقات العمومية⁽¹⁾.

حيث أشار البعض على ضوء النصوص التشريعية المنظمة لاستحداث البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية ودورها في تجسيد التعاملات الإلكترونية في هذا المجال إلى أن المشرع الجزائري تبني أسلوب الاتصال وأيضاً التبادل الإلكتروني للمعلومات والوثائق المتعلقة بإبرام عقود الصفقات العمومية بموجب نصوص صريحة، وذلك في مرحلتي الدعوة إلى المنافسة من طرف المصالح المتعاقدة وتقديم العروض من طرف المتعاملين المتعاقدين معها، إذ أنه لم يُفرق بين المتعهدين والمُرشحين وجمع بينهما، بحيث يُمثل المُرشح المتعامل المتعاقد قبل إرساء الصفقة، بينما المتعهد هو من رُسِّت عليه هذه الصفقة بصفة نهائية، وبالتالي فإن نزاع الصفة المادية عن الصفقات العمومية في القانون الجزائري يقتصر فقط على عملية التبادل الإلكتروني للمعلومات والوثائق في المرحلة التمهيدية لعملية الإبرام من خلال استعمال الوسائط الإلكترونية الحديثة كأجهزة الكمبيوتر وشبكة الأنترنت والبريد الإلكتروني والبرامج الرقمية بدل تلك الورقية التقليدية، ولعلّ الهدف الأساسي من وراء هذا الأسلوب المستحدث هو تخفيض التكاليف المادية وتسهيل الحصول على المعلومات وتوفير الجهد البشري المبذول أثناء التعامل المادي مع الملفات الإدارية الضخمة وأيضاً الإجراءات الإدارية الكثيرة والمُعقدة أحياناً⁽²⁾.

الخاتمة:

في ختام موضوع هذه الورقة البحثية يُمكن القول بخصوص الأحكام القانونية الجديدة المنظمة لرقمنة الصفقات العمومية في التشريع الجزائري أن القانون 12/23 المُحدد للقواعد العامة للصفقات العمومية كرس هو الآخر نظام التعاقد الإلكتروني وأسلوب المعاملات الإلكترونية في قطاع الصفقات العمومية، وذلك على نحو أكثر تنظيم مما كان سائد في ظل النصوص التنظيمية للصفقات العمومية السابقة لصدوره، سواء من حيث الضبط الدقيق للعناوين أو الصياغة المُحكمة للمفاهيم المستحدثة في هذا الخصوص، إذ أنه أدرج عبارة " الرقمنة في مجال الصفقات العمومية " تماشياً مع التوجه الجديد للدولة الجزائرية ومساعدتها الحديثة في تجسيد التحول الرقمي نحو الإدارة الإلكترونية وحرصاً منها على تعميم تطبيقات الرقمنة في الإدارة العمومية، وفي مختلف القطاعات قصد ضمان تحسين جودة خدماتها العمومية وعصرنتها.

ومنه فإن تخصيص قسم خاص لتنظيم البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية إن دلّ على شيء فإنما يدلّ على أهمية رقمنة عقود الصفقات العمومية، بما تُتيحها الرقمنة من حماية هذا المجال من جرائم الفساد الإداري التي قد

¹ " المادة 09 " من القرار المُحدد لمحتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، المصدر السابق، ص 28.

² أسماء كياري، " الإطار المفاهيمي والقانوني لنزع الصفة المادية عن الصفقات العمومية "، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، جامعة جيلالي اليابس، سيدس بلعباس، الجزائر، العدد 01، 18/06/2023، ص 656 و 657.

تشوبه والتصدي الوقائي المسبق لها، فضلاً على أهميتها في دعم وتعزيز المبادئ القانونية التي تتطلبها مرحلة إبرام المشروعة لعقود الصفقات العمومية.

وعلى الرغم من أهمية التكريس القانوني لأسلوب التعاقد الإلكتروني في إبرام عقود الصفقات العمومية، إلا أن فعالية هذا التوجه الجديد تبقى مرهونة بمدى التجسيد الفعلي لأحكامه ومتطلباته لاسيما بعد صدور النصوص التنظيمية للقانون 12/23 - والتي من الأفضل أن تكون في القريب العاجل -، ومُتَوَقَّفة من زاوية ثانية على مدى احترام المبادئ القانونية التي تركز عليها عملية إبرام الصفقات العمومية الإلكترونية على ضوء استحداث وتفعيل البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية، لاسيما مبدأ شفافية الإجراءات باعتباره الركيزة الأساسية لهذا الإبرام، وهو ما يُمكن أن يتجسد عملياً من خلال التقيد بأسلوب الإعلان الإلكتروني بوجه خاص.

أين توصلت هذه الدراسة التحليلية إلى استخلاص عدة نتائج، والتي من أهمها ما يأتي ذكره كما يلي:

- يُعد تفعيل البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية في الجزائر إشارة الانطلاق الأولى للتحويل الرقمي نحو الصفقات العمومية الإلكترونية.

- الترقية المعيارية للنص التشريعي المؤطر لعقود الصفقات العمومية من النص التنظيمي إلى النص القانوني مبادرة يُبنى عليها، تكشف عن نية المشرع الجزائري الصادقة وإرادته الحقيقية من أجل توفير الحماية القانونية لهذه العقود وضمان فعالية الوقاية من جرائم الفساد الإداري في إطارها.

- عدم صدور النصوص التطبيقية للقانون 12/23 المُحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية.

- إضفاء الطابع الإلزامي على إبرام الصفقات العمومية باستخدام البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية على ضوء القانون 12/23، في مرحلتي الاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية.

ومما تَقدّم ذكره يُمكن تقديم بعض الاقتراحات، لعلها تُساهم في الوقاية من انتشار وتفاقم الفساد الإداري أثناء إبرام عقود الصفقات العمومية الإلكترونية وحماية المال العام.

- الإسراع في إصدار النصوص التنظيمية ذات الصلة بالقانون 12/23، أبرزها القرار الوزاري المُحدد لمحتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، وكذا المُحدد لمحتوى وشروط تحيين البطاقة الخاصة بالمتعاملين الاقتصاديين.

- تعزيز آليات الرقابة في مجال الصفقات العمومية الإلكترونية، لاسيما في ظل ما أفرزه تطبيق نظام الإدارة الإلكترونية من فجوات وإشكالات رقمية في مقدمتها إشكالية حماية المعطيات والمعلومات وضمان أمنها. ومنه لا بد من العمل على ضمان بنية تحتية جيدة بخصوص التجسيد الفعلي للرقمنة، بالإضافة إلى توفير الأمن المعلوماتي والتكوين البشري للأعوان الإداريين.

- تكريس حماية قانونية للمتعاملين الاقتصاديين وضمان حقوقهم في مواجهة المصالح المتعاقدة من كل أشكال التعسف وإساءة استعمال السلطة لاسيما من خلال احترام حق اللجوء إلى الطعن الإداري وكذا القضائي المكفول لهم قانوناً على ضوء قانون الصفقات العمومية والنصوص التشريعية ذات الصلة.

- تنظيم دورات تدريبية لتأهيل الموظفين العموميين لدى المصالح المتعاقدة المسؤولين عن تسيير مصالح الصفقات العمومية في مقابل نشر ثقافة استخدام الوسائط الإلكترونية لدى المتعاملين الاقتصاديين.

قائمة المراجع:

1- الأطروحات:

- كوثر منسل: تفعيل دور الإدارة الإلكترونية في الجزائر: نحو بروز قانون للإدارة الإلكترونية، (أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الطور الثالث)، التخصّص قانون عام، جامعة 8 ماي 1945 قلمة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2023/2022.

2- المجلات:

- أسماء كياري، "الإطار المفاهيمي والقانوني لنزع الصفة المادية عن الصفقات العمومية"، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، جامعة جيلالي اليابس، سيدس بلعباس، الجزائر، العدد 01، 2023/06/18.

- خلود كلاش، محمد بومكماش، "البوابة الإلكترونية للصفقة العمومية ضمن النصوص القانونية"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور، خنشلة، الجزائر، العدد 12، جوان 2019.

- رياض بركات، محمد الصغير مسيكة، "واقع التعاقد الإلكتروني عبر البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية في الجزائر"، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، جامعة جيلالي اليابس، سيدس بلعباس، الجزائر، العدد 02، 2022/12/27.

- عبد اللطيف والي، جمال الدين دندن، "استحداث مفهوم البوابة الإلكترونية في مادة الصفقات العمومية"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، العدد الأول، 2019/03/01.

- ودان بو عبد الله محمد البشير مركان، "البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية نحو تحسين أفضل للخدمة العمومية في إطار الإدارة الإلكترونية"، مجلة المالية والأسواق، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، العدد الثالث، سبتمبر 2015.

3- المواقع الإلكترونية:

- الموقع الرسمي للبوابة الإلكترونية للصفقات العمومية في الجزائر، www.marches-publics.gov.dz

2024/02/27، على الساعة 12:15 ظهراً.

إشكالية التولية والعزل في نظام الإسلام السياسي.

دراسة تحليلية مقارنة

The Problem of Ascension to Power and Deposition in Islamic Political Comparative Analytical Study

الأستاذ الدكتور: موسى معيرش

جامعة عباس لغرور خنشلة

momaireche@univ-khenchela.dz

تاريخ القبول: 25-05-2024

تاريخ الإيداع: 27-02-2024

ملخص:

فكرة البحث الرئيسة تتمثل في بيان الآليات التي وضعها الفكر السياسي الإسلامي لتولى هرم السلطة من حيث الشروط الواجب توافرها في المترشح، مروراً بكيفية اعتلائه السلطة، وصولاً لطرق انتقالها لغيره أو فقدانها. ويهدف البحث إلى بيان ما قدمه العقل السياسي الإسلامي، في هذا المجال، سواء فيما يتعلق بمعالجته للموضوعات ذات الصلة، وفقاً للزمان والمكان، وما تفتضيه المصلحة العامة، فضلاً على التنوع الذي امتاز به في معالجة الموضوع، أو بالمصادر التي أقام هذا العقل تصورات، وأحكامه. الكلمات المفتاحية: الحاكم، العزل، التولية، الفقه السياسي، الطرق، الترشيح.

Abstract:

The main research idea explores the mechanisms established by Islamic political thought for assuming power. This encompasses the necessary conditions for the candidate, the process of attaining power, and the ways it can transition to others or be lost. The significance of the research lies in the fact that these mechanisms have been treated and boundaries have been set for it, some derived from religious texts, and others from the human experience.

Keywords: Ruler, Deposition, Succession, Political Jurisprudence, Methods, Conditions, Freedom, Overcoming.

مقدمة :

الباحث في كتابات المستشرقين يقف على بعض الأحكام القيمية، التي يطلقها أصحابها تتعلق أساسا بعلاقة العقل الاسلامي بمناقشة القضايا التي تهمة وتدخل في صلب قضاياها الكبرى، سواء أعلق منها بالجانب الديني أو الدنيوي، مركزين على أن هذا العقل حتى وإن كانت له إسهامات فهي لا تتعدى أن تكون في الجانب الأول، بينما نجده يهمل الجانب الثاني بحجة الخوف من مناقشة هذه المسائل¹.

فهل هذا صحيح أم أن هذا العقل تنبه لأهم المشكلات والقضايا، ولم يتوقف عند معالجة القشور؟ وإذا كانت إشكالية السلطة العليا في الدولة تعد من أكثر القضايا والمشكلات الجوهرية، فكيف نظر إليها هذا العقل، وماهي القواعد التي وضعها لتنظيمها؟

خاصة ما تعلق بالشروط الواجب توفرها في الشخص الذي يتولى السلطة، مروراً بالحديث عن آليات توليته، وطرق انتقالها، متسائلين إن كانت مواقف المهتمين بالسياسة الشرعية والفلسفة السياسية بعامة، كانت تعبر عن أصالة أم أنها كانت مجرد صدى لأراء فلاسفة وحكماء الأمم الأخرى.

المحور الأول: شروط التولية في الفقه السياسي الاسلامي.

لا نجد كتابا في الفلسفة السياسية² أو السياسة الشرعية، إلا ونقف فيه على مبحث يتحدث عن الشروط الواجب توفرها في كل من يترشح لتولى السلطة السياسية، ودون شك فإن كل نظام ساسي ينطلق من رؤية فلسفية، تظهر في عملية اختيار الحاكم، ولم كان نظام الإسلام له خصوصيته وتميزه، باعتباره نظاما له خلفية دينية، كما هو حال نظام الحكم في اليهودية³.

غير أنه له جانباً مدنياً، كما هو شأن الأنظمة السياسية المدنية، ذات النزعة الانسانية، مما يجعلنا نتساءل عن نتائج هذه التوليفة: الدينية والمدنية، فهل انعكس هذا التميز على الشروط الذي وضعها الفكر السياسي عند حديثه عن الحاكم، أم لا ؟ بمعنى ما هي الشروط التي يضعها المسلمون لمن يرغب في تولي أمرهم؟ وأخيراً، هل هي شروط يغلب عليها الطابع الثيوقراطي أم المدني؟

أولاً: الايمان بالإسلام والعلم به.

اعتادت الأنظمة السياسية المختلفة أن تضع شرطاً إقصائياً في من يتولى أمرها ، ولا نكاد نجد نظاماً في القديم أو الحديث يخالف هاته القاعدة ، فحاكم الدولة هو المعبر الأول عن فلسفتها وتصوراتها والمدافع عنها ، ولذا لا يمكن أن يكون أمرها ونهايتها يتولى قيادتها ولا يؤمن بالقيم والمبادئ التي تقوم عليها ، هذه من جهة وإذا أضفنا هنا أن العقل السياسي الإسلامي يقدم تصوراً لنظام يقوم: " أساساً على الإيمان بالفكرة وليس على القومية والعصبية"⁴ ، وهذا ما يجعل الايمان بالإسلام وشرطاً إقصائياً لا يمكن تجاوزه وهو ما يمكن استخلاصه من قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ"⁵.

ويتضح من هذا التصور، أن تولي أمر السلطة العليا في هذه الدولة يقتصر على المؤمنين بالإسلام وشريعته دون غيرهم من مواطنيها، من الذين لا يؤمنون بهذا الدين، وإنما يؤمنون بمبادئ أخرى.

وهذا ما يمكن فهمه واستنتاجه من مقولة النبي محمد ﷺ: " لا طاعة لمن عصى الله"⁶ ، ودون شك فإن العاصي

¹ - يمكن العودة هنا لكتابات غولد زيهير ولامانس وغيرهما، وحتى أرنست رينان، حيث نقف على نزعة عنصرية تصف المسلمين بالتقليد وتتفي عنهم الإبداع. كما يمكن العودة لكتاب مصطفى عبد الرزاق: تمهيد لتاريخ الفلسفة الإسلامية، ففيه عرض وتفصيل لهذه الرؤية.

² - يمكن النظر مثلاً لكتاب الفارابي: آراء أهل المدينة الفاضلة، وكتاب الجمهورية لأفلاطون.

³ - ينظر : معيرش موسى (2015). نظام الحكم في اليهودية، دار الكتاب الحديث القاهرة ، ص21.

⁴ - موسى معيرش موسى. (2003). الدولة في الديانات السماوية، أطروحة دكتوراة بإشراف محمد عبداللوي، جامعة منتوري قسنطينة، نوقشت سنة 2003م ، ص187.

⁵ - النساء: 59.

⁶ - رواه عبد الله بن مسعود، وأخرجه الطبراني. السلطانية

يفقد حقه في تولي السلطة والترشح لها، والبقاء فيها حتى وإن تولاه، وبالتالي نجد طاعة الله شرطا ضروريا لتولي السلطة، إلا أن الايمان بالإسلام رغم أهميته لا يمكن أن يكون كافيا، فهو شرط مانع ولكنه ليس جامعا، فخطورة الأمر وأهمية المنصب تقتضي زيادة على ما سبق كما يري الماوردي في كتابه الأحكام السلطانية¹، أن يلم المترشح بالعلوم التي تقوده للاجتهد في النوازل والأحكام².

إلى قريب من هذه الرؤية، ذهب العلامة الكبير عبد الرحمن بن خلدون، عندما اشترط على الحاكم العلم بالدين، وكل ما يتعلق بأحكام الشريعة، لكونه منفذا لها، ومن نافلة القول أنه لا يمكن لمن لا يعلمها أن يسهر على تنفيذها، دون أن يقع في الخطأ، وعلاوة على ما سبق لابد أن يكون مجتهدا، لأن التقليد نقيصة، والإمامة تستدعي الكمال في الأوصاف والأحوال³.

هذا بالنسبة إلى علماء السنة، فهل الأمر مختلف عند الشيعة؟ الجواب عن هذا التساؤل نجده عند الإمام أية الله الخميني، في كتابه الحكومة الإسلامية، وبالضبط حينما يؤكد في قوله: "أن العلم بالقانون الإسلامي لزاما على حاكم المسلمين، وكل من يشغل وظيفة معينة يجب عليه أن يعلم حدود اختصاصه وبمقدار ما جنته، والحاكم أعلم من كل من عداه، وكان أئمتنا قد أثبتوا جدارتهم بإمامة الناس بما سبقوا إليه من العلم"⁴.

ويمكننا القول أنه حتى بالنسبة للخوارج⁵ وبقية فرق المسلمين، لم نقف منهم على من يخالف هذه الرؤية، فتأكيدهم على تولى أمر المسلمين لا يمكن أن يكون من قبل غير المسلمين، وبالتالي يكون منهم حصرا.

ومما سبق، نجد أن الإيمان بالإسلام والعلم به شرطا ضروريا لتولى السلطة في الاسلام، تتفق في هذا السنة والشيعة وغيرهما من الفرق والمذاهب، ولم نجد فيما سبق من ينكر هذا الشرط من المسلمين، متقدمين ومتأخرين، وحتى في عصرنا نجد أغلب دساتير الدول الإسلامية تضع ديانة المترشح كشرط إقصائي⁶.

إذا كان الإيمان بالإسلام والعلم به، يعد شرطا ضروريا لتولى السلطة كما رأينا من قبل، مما جعل هذا الأمر موضوع اتفاق بين مختلف الفرق والمذاهب الإسلامية، سنية كانت أم شيعية، أو غيرها من الفرق والمذاهب السياسية الإسلامية، فهل الأمر كذلك بالنسبة لبقية الشروط، وخاصة القرشية؟

ثانيا: القرشية بين أنصارها وخصومها.

عندما اجتمع مسلمو المدينة في سقيفة بني ساعدة عقب وفاة النبي ﷺ، لتدارس إشكالية خلافته، أراد الأنصار⁷ أن تتولى شخصية منهم أمر المسلمين وحكمهم، غير أن هذه الرغبة قوبلت بالرفض من المهاجرين⁸، انطلاقا مما سمعوه عن النبي من أن الأئمة من قريش. مما أعطى لهذه القبيلة حقا مقدسا حسمت به مسألة السلطة في هاته الجلسة.

من هذا المنطلق جاء مصطلح القرشية، كشرط أساسي للترشح لتولى هرم السلطة، مما يدفعنا للتساؤل عن جوهر هذا الشرط، وإن كان مطلقا أم نسبيا مرتبط بظروف تاريخية وسياسية معينة، يزول بزوال هاته المبررات؟ ويستمد تساؤلنا أهميته من الخلافات السياسية والفقهية التي وقعت بين المسلمين فيما بعد وجعلتهم يختلفون حول هذه المسألة اختلافا ليس يسيرا.

1 - من المؤلفات المهمة في السياسة الشرعية عند المسلمين.

2 - أبو علي الماوردي. /الأحكام في الولايات الدينية، تحقيق خالد عبد اللطيف، دار الكتاب العربي بيروت، ص29.

3 - ابن خلدون عبد الرحمن المقدمة، تاريخ العلامة ابن خلدون، دار الكتاب اللبناني، بيروت، ص 142، أنظر: موسى معيرش: الدولة في الديانات السماوية: ص187، 188.

4 - الخميني أية الله. (1979). /الحكومة الإسلامية، ترجمة حسن حنفي، ص45، أنظر أيضا: موسى معيرش: الدولة في الديانات السماوية، ص 188.

5 - يمكن العودة هنا لما كتبه: لوأب بن سلام.

6 - مثلا الدستور الجزائري ينص صراحة على أن يكون الرئيس مسلما.

7 - ساكنة المدينة ومواطنيها الأصليين، وهم ينتمون لقبيلتي الأوس والخزرج.

8 - المهاجرون من مكة وغيرها للمدينة قبل قدوم النبي ﷺ محمد وبعد قدومه.

حيث وجدنا من يقول بأن القرشية شرطاً لا يمكن الاستغناء عنه، كما وجدنا من يرى أن هذا الشرط مرتبط بظروف معينة ينتفي بانتفاءها، بل أن هناك من وقفنا عليه يرفض نهائياً الاعتراف بالقرشية كشرط لتولي السلطة، وفيما يأتي تفصيل لهذا الأمر.

- فبالنسبة للموقف الأول، نجد العديد من الباحثين يذهب للقول بأن القرشية أو بالأحرى الانتساب لقريش أحد الشروط الأساسية لتولي الخلافة، وقريش كما نعلم هي القبيلة التي كانت تقطن مكة، ويعود إليها نسب الرسول محمد ﷺ، وخلفائه الأربع: أبي بكر الصديق، عمر بن الخطاب، عثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب، وحتى حكام الدولتين: الأموية والعباسية.

فإذا عدنا مرة ثانية للماوردي، نجده يقول: "النسب هو أن يكون من قريش لورد النص فيه وانعقاد الإجماع عليه لا اعتبار بضرار حين شذ فجورها في جميع الناس، لأن أبا بكر الصديق احتج يوم السقيفة لما بايعوا سعد بن عباد عليهم يقول النبي ﷺ: "الأئمة من قريش، فاقبلوا عن التفرد بها ورجعوا عن المشاركة فيها" ¹ كما يستند أيضاً إلى قول النبي ﷺ: "قدموا قريشاً ولا تقدموها" ².

هذا الحديث وغيره من أحاديث النبي ﷺ الأخرى، جعلت قبيلة قريش تنفرد بأمر الخلافة لقرون عدة، خاصة في أسرتي بني أمية وبني هاشم، وهو امتياز لم تتمتع به أية قبيلة أخرى طيلة التاريخ الإسلامي ³ فقد استمر هذا الاحتكار منذ تكوين دولة المدينة لغاية سقوط الدولة العباسية.

وبالتالي فإن هذا الشرط يقصي تولى هرم السلطة عند المسلمين، كل من لا ينحدر عرقياً من هاته القبيلة ولا يمكن إقامة سلطة سياسية بدونه.

بقي لنا أن تشير هنا أن أصحاب هاته الرؤية يمكن تصنيفهم لصنفين:

- الصنف الأول، يمثل فريق من أهل السنة ويؤكد على أحقية قريش في تولي السلطة دون غيرها من القبائل، بغض النظر عن بطونها.

- الصنف الثاني يمثل الشيعية ككل، حيث يرون أن تولي ﷺ السلطة مقصور في بني هاشم، بل في سلالة علي بن أبي طالب دون غيره من القرشيين ⁴.

- أما الموقف الثاني، فهو على عكس من الموقف السابق، يمثل بعض المهتمين السياسة الشرعية، ممن يرى أن الحديث النبوي المستدل به، فهم فهم مغلوطين، وقد اختار منه أصحابه ما يروقهم من الحديث ولم يكملوه، فهو حديث مشروط وليس بحكم مطلق، مؤكداً على أن القول بالقرشية عبارة عن شرط مقرون بظروف تاريخية متى زالت هذه الظروف زال هذا الشرط، هذا ما يذهب إليه عبد الرحمن بن خلدون، عندما يربط وجود القرشية، بدوام القوة لقريش، وزوال هذه القوة يؤدي إلى زوال هذا الشرط الحق تلقائياً ⁵. فقريش عندما كانت قوية كانت مؤهلة لقيادة المسلمين، أما قريش العاجزة الضعيفة فلا حق ولا قدرة لها على هذا الأمر، وتحملها حملاً لا يمكنها القيام به. وهذا ما عبرت عنه الوقائع والأحداث.

هذه الرؤية تستند لنفس الحديث النبوي الذي جعل من القرشية شرطاً لتولي السلطة، غير أن ممثليه لا يتوقفون عند الفقرة الأولى منه، وإنما يكملونه لنهايتهم، فهي ترى أن الحديث المحتج به يربط أحقية قريش بشروط

¹ - أبو الحسن علي بن محمد، الماوردي. الأحكام السلطانية والولايات الدينية، ص 29.

² - رواه مسلم.

³ - القاسمي ظافر. (1411 هـ). نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي، الكتاب الأول الحياة الدستورية، الطبعة السادسة دار النفائس بيروت، ص 332.

⁴ - مصطفى حلمي (1425هـ). نظام الخلافة في الفكر الإسلامي، دار الدعوة الكتب العلمية بيروت، ص 348.

⁵ - بن خلدون عبد الرحمن. المقدمة، تاريخ العلامة ابن خلدون، ص 242.

معينة يذكرها في قوله: "الأئمة من قريش، ما حكموا فعدلوا ووعدوا فوفوا، واسترحموا فرحموا"¹.
يضيف ابن خلدون، شارحا وجهة نظره، أنه لو لم يهمل معظم المؤلفين في القديم والحديث الشطر الثاني من الحديث النبوي، لكان للخلافة في التاريخ الإسلامي وجه آخر².

- الموقف الثالث، خلافا لما سبق ذكره، تمثله بعض الفرق الراضية لفكرة القرشية من أساسها، كما هو شأن الخوارج وبعض رجالات المعتزلة كأبي بكر الباقلاني، حيث نجدهم يقولون بجواز تولي السلطة في غير قريش³ استنادا إلى حديث النبي: "اسمعوا وأطيعوا وإن استعمل عليكم عبد حبشي كأن رأسه زبيبة"⁴.
ومنه يمكننا القول أن موضوع القرشية ليس محل اتفاق بين منظري الفقه السياسي من أتباع الفرق الإسلامية السياسية ككل، بل على العكس من ذلك إذ نجد البعض من هذه الفرق، يرفض فكرة القرشية من أساسها، كما هو شأن الخوارج. مع أنه لم يصلنا من كتابات هؤلاء شيء، إلا أن مواقفهم معروفة فهي مبثوثة في كتب الفرق والمذاهب، حيث نقرأ مثلا أن ابن حزم قال: "ذهبت الخوارج كلها، وجمهور المعتزلة، وبعض المرجئة إلى أنها جائزة في كل من قام بالكتاب والسنة قرشيا كان أو عربيا أو ابن عبد"⁵.

أما الشهرستاني، فيذكر في كتابه الملل والنحل، موقف الخوارج من الإمامة وسبب خروجهم عن الإمام علي بن أبي طالب في قوله: "وإنما خروجهم في الزمن الأول على أمرين: أحدهما بدعتهم في الإمامة: إذ جوزوا الإمامة في غير قريش، وكل من ينصبونه برأيهم، وعاشر الناس على ما مثلوا له من العدل، واجتناب الجور، كان إماما، ومن خرج عليه يجب نصب القتال معه. وإن غير السيرة، وعدل عن الحق، وجب عزله أو قتله...والبدعة الثانية: أنهم قالوا أخطأ في التحكيم"⁶.

مما سبق نستطيع القول، أن إشكالية القرشية أثارت الكثير من الجدل في الفكر السياسي الإسلامي، وعموما فإن الأخذ بها جعل السلطة تبقى في يد هذه القبيلة لقرون عديدة، سواء أكان ذلك فترة حكم الأمويين والعباسيين أو الفاطميين، بل أننا نجد في العصر الحالي من ينتسب لقريش عموما وآل البيت خصوصا كما هو الحال بالنسبة للأسر الحاكمة في كل من: الأردن والمغرب، بغض النظر إذا ما كان هذا النسب صحيحا أو مطعون فيه⁷.
غير أن المتابع للفقه السياسي الإسلامي، يقف على حقيقة فيما يتعلق بهذا الأمر فتأسيس الدولة العثمانية، وانتقال سلطة المسلمين إليها، لم يثر مسألة الشرعية، رغم أن سلاطين هذه الدولة أعاجم، ومع هذا فإن مسألة الشرعية لم تطرح إطلاقا.

كما أن العديد من الدولة التي ظهرت وتكونت طيلة تاريخ المسلمين، لم يكن فيها خلفاء من قريش، أما في عصرنا فإن غالبية حكام المسلمين، لا علاقة لهم بقريش، بل أن الأسرة الحاكمة في بلاد الحرمين في زماننا لا علاقة لها بقريش هي الأخرى لا من قريب ولا من بعيد.

ثالثا: الذكورة (الرجولة).

إذا كانت القرشية عبرت عن عرق المرشح لتولي السلطة، فإن الانتماء الثاني الذي يجب أن يكون متوفرا في من يتولى أمر المسلمين يتمثل في الذكورة، وهذا نجد الباحثين في السياسة الشرعية يؤكدون على أن حكم المسلمين في رجالهم دون نساءهم إذ لا يجوز أن يكون الخليفة أنثى لأن المرأة بطبيعتها. كما يرى ابن حزم، لا تصلح لرئاسة الدولة بسبب المتاعب الكبيرة التي يقتضيها هذا المنصب، إذ لا بد أن يكون الحاكم مستعدا للقيام

¹ - رواه البخاري.

² - عبد الرحمن بن خلدون. المقدمة، تاريخ العلامة ابن خلدون، ص242.

³ - أبو فارس محمد عبدالقادر. (1984). النظام السياسي في الإسلام، دار القرآن الكريم، الكويت، ص195.

⁴ - رواه البخاري.

⁵ - أبي محمد علي بن أحمد ابن حزم. الفصل في الملل والنحل، الجزء الثالث، وضع حواشيه أحمد شمس الدين، دار الكتب العلمية، بيروت، ص5.

⁶ - أبي الفتح محمد بن عبد الكريم الشهرستاني. (1437 هـ). الملل والنحل، تحقيق محمد الوكيل، الجزء الثاني، مؤسسة الحلبي وشركاؤه للنشر والتوزيع، القاهرة، ص116.

⁷ - تنتسب الأسرتين للولدين بعامية، أما مسألة صدق هذا الانتساب من عدمه فهو موضوع آخر لا يهمننا في هذه الدراسة.

بواجبات الحكم في كل الأوقات والظروف، فهو دائم العمل فمن قيادة الجيوش إلى تدبير الأمور وسياسة الناس، وهذا ما لا يتوفر للمرأة ذلك أن طبيعتها البيولوجية تجعلها في حالات كثيرة عاجزة عن القيام بهاته الوظيفة¹.

هذه الرؤية ذهبت بأصحابها إلى حد منع المرأة من تولي كافة المناصب القيادية الأخرى، وفي هذا السياق نجد أبي الأعلى المودودي في زماننا، يقول بمنع المرأة بصورة عامة من تولي المناصب الرئيسية في الدولة زيادة عن تولي أمر الخلافة. فالمناصب. على حد قوله: "الرئيسية في الدولة رئاسة كانت أو وزارة أو عضوية مجلس الشورى أو إدارة مختلف مناصب الحكومة لا تفوض إلى النساء"²، ويعتبر أمثال هؤلاء أن هذا الموقف السياسي لا يعد موقفا مبتدعا، فهو مستمد، من دليلين أو حجتين هما:

قول الرسول ﷺ: "لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة"³.

عدم جواز إمارة المرأة في الصلاة، وبالتالي فعدم جوازها في الخلافة من باب أولى.

كما يستند أنصار هذا الاتجاه، لدليل قرآني آخر، قياسا على قوامة الرجل في البيت، ملخصه أنه إذا كانت السلطة في الحياة الأسرية للرجل قصد تنظيمها وضبط أخلاقها وحسن المعاشرة، فإنه من باب أولى فيما يتعلق بأمور الدولة أن تكون السلطة فيها للرجل⁴، وهذا ما يستنتج من قوله تعالى: "الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ، فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ"⁵.

إلا أن الباحث في تاريخ الإسلام وفقهه السياسي يجد أن هناك فترات حاسمة في التاريخ، تولت فيها المرأة السلطة، حتى أنها تركت بصماتها واضحة في هذه المسألة، كما هو الحال مع السلطانة شجرة الدر، التي لعبت دورا بارزا أثناء توليتها السلطة في مصر في فترة عصبية، كما أننا وجدنا بعض الظروف الاستثنائية تدفع المرأة لتولي منصب القيادة دفعا حتى في جانبها العسكري، وفي تاريخ الجزائر أمثلة بارزة في هذا الشأن، فقد تولت مثلا فاطمة نسومر قيادة قومها أثناء مقاومتهم للغزو الفرنسي⁶.

كما نجد أبي الأعلى المودودي نفسه وجماعته، يقفان إلى جنب السيدة فاطمة جناح عندما ترشحت للانتخابات الرئاسية في باكستان في مواجهة الحاكم العسكري أيوب خان، وبالتالي، فالمصلحة تقتضي تولي المرأة السلطة أحيانا، وهذا تماشيا مع فقه الموازنات كما قيل آنذاك⁷، تبريرا لهذا الموقف المناقض للتوجه الرسمي للجماعة الإسلامية التي يرأسها. مما يظهر لنا، أن المواقف النظرية قد تصطدم أحيانا بحقائق الواقع يصعب من خلالها الثبات معها.

ولا شك أن هذا الشرط الموضوع في فترات تاريخية معينة، أصبح لا يتمتع بقوة تفرضه، سواء أكانت فقهية أم سياسية، بعد أن أصبحت المرأة تتولى جميع المناصب في الدولة، ليس في العالم الغربي فحسب، وإنما حتى في بلاد المسلمين، فالسلطة على رأسها أفراد ولكن الحكم أصبح تسييره المؤسسات، فالعبرة بالغايات والنيات⁸، وليس بأحدهما فقط.

1 - أبي محمد علي بن أحمد ابن حزم . (1983) الفصل في الملل والنحل، الجزء الأول، دار المعرفة، بيروت، ص 110.

2 - المودودي أبو الأعلى . تدوين الدستور الإسلامي، دار الشهاب الجزائر، ص 84. أنظر أيضا: معيرش معيرش (2007) النظام السياسي في اليهودية والإسلام بين النظرية والتطبيق، دار اقرأ قسنطينة الجزائر، ص 36.

3 - رواه البخاري.

4 - أبو الأعلى المودودي . (1989) . حقوق الزوجين، ترجمة أحمد إدريس، دار الوفاء للنشر والتوزيع، المدية، الجزائر، ص 39.

5 - النساء: 51.

6 - قادت رفقة لالة فاطمة نسومر رفقة الشهيد بوبغلة مقاومة من أهم المقاومات الشعبية ضرواة ضد الاستعمار الفرنسي، ولقنت جنيرات دروسا في العسكرية والبطولة.

7 - معيرش موسى (2018) . المدينة الفاضلة عند أبي الأعلى المودودي، دراسة تحليلية نقدية في منطلقات النظرية السياسية الإسلامية المعاصرة، المعاصرة، دار الايام، الأردن، ص 172.

8 - ذلك أن للسياسة علمها وعالمها، أما أعمال الانسان فلا شك أنها بالنيات كما قال رسول الله.

رابعاً: السلامة العضوية والعقلية.

من غير المعقول أن توكل أمور الناس ، كفارا أم مسلمين لعليل أو من كان عاجزا على تدبير شؤونه الخاصة نتيجة لفقدان عضو من أعضائه، ولذا فإن سلامة الحواس العضوية، من الشروط الضرورية التي يجب توفرها في كل من يرشح ليتولى أمر المسلمين، هذه الرؤية نقف عليها في أغلب الكتابات ذات الصلة، ومنها ما جاء عند الماوردي، إذ يؤكد أن الفقهاء يرون في فقدان بعض الحواس مانعا من تولي السلطة. بل وتنزع من الإمام الإمامة في حالة ما إذا كان هذا فقدان وهو في السلطة، خصوصا إذا تعلق الأمر بفقدان العقل والبصر، أو الصمم والخرس¹.

الموقف نفسه نجده عند عبد الرحمن بن خلدون، وهذا ما نفهمه من قوله في كتابه المقدمة: "وأما سلامة الحواس والأعضاء من النقص والعطلة، كالجنون والعمى والصمم والخرس وما يؤثر فقده من الأعضاء في العمل كفقْد اليدين والرجلين والأذنين، فتشترط كلها لتأثير ذلك في تمام عمله وقيامه بما يجعل إليه، وإن كان إنما يشين في المنظر فقط تفقد إحدى هذه الأعضاء، فشرط السلامة منه الكمال"².

ذلك أن وظائف الدولة التنفيذية بصورة عامة هامة، تحتاج لقدرات استثنائية، وبالتالي لا يمكن أن يصل إليها إلا البالغ العاقل من المسلمين، ولذا يستبعد إضافة إلى ما سبق ذكره الأطفال، وهذا مصداقا لقوله تعالى: "وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا"³ كما أن الرسول ﷺ أكد على عدم مسؤولية ثلاثة من الناس عن أفعالهم في قوله: "رفع القلم عن ثلاث، عن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يعقل، وعن الصبي حتى يحتلم"⁴. أي : النائم، المجنون و أخيرا الصبي، وهذا بسبب عدم قدرتهم على التمييز وتحمل تبعات أفكارهم وأعمالهم.

وهذا تكون الأهلية لتولى شؤون الناس، خاصة بالبالغين العقلاء دون غيرهم من المواطنين، ويذهب ابن حزم للقول بأن السفه والضعيف وكل من لا يقدر على شيء، لا بد له من ولي، فمن كان كذلك لا يمكنه أن يكون وليا على المسلمين، أما أبي حامد الغزالي، فيؤكد على أنه يشترط في الحاكم ما يشترط في القاضي، وهي: الحرية الذكورة، الاجتهاد، البصيرة، البلوغ والعدل، ومنه نستخلص أنه لا يجوز قضاء كل من: المرأة، الأعشى، الصبي، الفاسق، الجاهل والمقلد⁵.

خامساً: الحرية.

تبقى الحرية دوما تصنع أقدار الأفراد والشعوب، ولذا فالاهتمام بمناقشتها، وتخصيص مباحث لها، تظل من أولويات أهل الرأي والمشورة في كل الحضارات والعصور، ولم يكن الفقه الاسلامي بعمومية مباحثه وموضوعاته، واختلاف منطلقاته وتوجهاته، ليشذ عن هذه القاعدة، مما دفع به الأمر لتخصيص مباحث عديدة، لمعالجتها في مختلف المسائل المرتبطة بها، نذكر منها:

- ما تعلق بحرية المعتقد والعبادة.

- ما تعلق بحرية الإرادة الانسانية.

- ما تعلق بحرية اختيار الحاكم.

- وأخيرا وليس بأخر ما يتعلق بحرية الحاكم، وعدم خضوعه للعبودية.

فإذا ما عدنا للمسألة الأولى، نجد أن القرآن الكريم نظر فيها وتحدث عنها في العديد من السور والآيات، حتى أنه

1 - أبو الحسن علي بن محمد ، الماوردي. /الأحكام السلطانية والولايات الدينية، ص56.

2 - ابن خلدون عبد الرحمن. المقدمة، تاريخ العلامة ابن خلدون، ص343.

3 - النساء: 5.

4 - رواه البخاري.

5 - نقلا عن موسى محمد يوسف (1408هـ). نظام الحكم في الإسلام. الطبعة الثالثة. العصر الحديث للنشر والتوزيع، ص 51.

رافع لصالحها، نذكر من هذه المرافعات سبيل الاستدلال وليس الحصر قوله تعالى: "إِنَّا هَدَيْنَاهُ السَّبِيلَ إِمَّا شَاكِرًا وَإِمَّا كَفُورًا"¹، وزيادة على ما سبق فقد خصص لها سورة كاملة لهذا الموضوع، أطلق عليها سورة الكافرون، نادى فيها بحق نبيه في عبادة ما يراه صالحا: "قُلْ يَا أَيُّهَا الْكَافِرُونَ، لَا أَعْبُدُ مَا تَعْبُدُونَ، وَلَا أَنْتُمْ عَابِدُونَ مَا أَعْبُدُ، وَلَا أَنَا عَابِدٌ مَّا عَبَدْتُمْ، وَلَا أَنْتُمْ عَابِدُونَ مَا أَعْبُدُ، لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِيَ دِينٌ"².

وبالعودة لمختلف محطات التاريخ الاسلامي، نجده يعج بمختلف الأمثلة المجسدة لهذه الحرية، فقد سمح الاسلام بحرية المعتقدات والأديان، وإقامة دور العبادة وحمايتها لغيرهم من ذوي الملل والنحل الأخرى، خاصة أهل الكتاب: اليهود والمسيحيين أو ما يطلق عليهم في القرآن الكريم بالنصارى. فسمح لهم بالخضوع لقانونهم الخاص المستمد من شرائعهم، حتى أن أتباعه كتبوا لأهلها العهود والمواثيق، لعل أشهرها: العهدة العمرية التي كتبها الخليفة عمر بن الخطاب لأهل إلباء³.

أما ما تعلق بحرية الإرادة، فقد شغل هذا الموضوع معظم ممثلي الفرق الكلامية، باختلاف اتجاهاتها، حتى أنه كانت لهم فيها مناقشات ومناظرات، لم يترتب عنها من مسائل عقائدية، وسياسية في الوقت نفسه، ذلك أن الإيمان بالقضاء والقدر من المسائل المتعلقة بالعقيدة من جانب، كما أن الرأي المترتب على هذا المسألة له انعكاساته على العلاقة بالسلطة السياسية.

وفي هذا السياق نستطيع القول، أن انقسام الفرق الكلامية في غالبية، يدور حول ثلاثة مواقف كبرى، نلخصها فيما يأتي:

-قائلون بالجبر، وقد مثل هذا الاتجاه الجعد بن درهم ومن تبعه.

-قائلون بالحرية، وقد مثل هذا الاتجاه بعامة المعتزلة ومن نعى منحاهم.

-قائلون بالكسب، وقد مثل هذا الاتجاه الأشاعرة ومن لحق بهم.

فإذا عدنا للمعتزلة، نجدها تقسم أفعال الإنسان إلى نوعين: أفعال اضطرارية وأخرى اختيارية، والانسان يعاقب ويجازي بحسب أفعاله الاختيارية، فيدخل للنار أو الجنة تبعا لهذه الأخيرة، وبالنظر لأهمية الحرية في فلسفة المعتزلة، فقد جعلت منها إحدى مقتضيات العدل باعتباره أصلا من أصولها الخمس⁴، أما إذا أخذنا الأشاعرة، نجدها تناقش مسألة الحرية مناقشة قوية، حتى أنها جعلت من الله صاحب الفعل والانسان يكتسبه⁵.

بصورة عامة فإن جدل الحرية كان جدل كل العصور والأمصار، وفيما يتعلق بالحرية السياسية، فقد خاض المسلمون من أجلها حروبا عظيمة، من أجل استرداد حريتهم وكرامتهم، ورغبة في اختيار حاكما يحافظ عليهم، وهذا ما يعبر عنه البعض بالبيعة التي وضع لها الفقهاء شروطا، لعل أهمها أن يكون من يختار ومن يختار حران، وليس أحدهما مكره والأخر عبدا.

¹ - الانسان: 3.

² - الكافرون: 1-6.

³ - أنظر في هذا الأمر كتاب: محمد حميد الله. (1985). الوثائق السياسية للعهد النبوي والخلافة الراشدة، الطبعة الخامسة. دار النفائس، بيروت، ففيه الكثير من الاتفاقيات والمعاهدات التي عقدت في هذا الشأن.

⁴ - معيرش موسى. (2017). تصنيف القيم وفقا لرؤية الفرق الكلامية والمتصوفة، ضمن موسوعة علم الكلام الوسيط والمعاصر، علم الكلام بين المنهج والتجديد، الجزء الأول، ابن النديم للنشر والتوزيع الجزائر، دار الروافد - ناشرون بيروت لبنان، ص327.

⁵ - المرجع نفسه والصفحة.

ولا شك أن المسلمين أمة الأحرار، جاء دينها ليخرج الناس من عبادة العباد لعبادة ربّ العباد، ومن ضيق الدنيا لسعة الآخرة، لا يمكنهم السماح بأن يحكمهم العبيد، أو يتسلط عليهم المستبدون، ورغم وجود بعض الأحاديث النبوية الشريفة التي يفهم من ظاهرها إمكانية تولي العبد للسلطة، كما في قول النبي ﷺ: "لو تولى عليكم عبدا حبشيا كأن رأسه زبيبة اسمعوا وأطيعوا"¹.

كما تنقل لنا مختلف المصادر عن دولة الممالك في مصر، والقرامطة في المشرق، إلا أن الفقهاء أنكروا على سلاطينهم الشرعية، ولعل ما يتناقل عن بيع سلطان الماليك في سوق العبيد من قبل سلطان العلماء العز بن عبد السلام وتحريره حتى يمتلك حريته مما يؤهله لتولي أمر المسلمين²، ما يؤكد لنا رفض المسلمين تولية العبيد للسلطة.

وهكذا نحن أمام ثلاثة انتماءات وصفة: للدين وللعرق وللجنس، وخاصة عضوية وعقلية وأخيرا خاصية إنسانية وهي الحرية.

مما سبق، يمكننا القول، أن اهتمام الفقه السياسي بعامة بالحديث عن رأس الدولة، جعلته يركز بشكل واضح على الشروط المتعلقة بتولي السلطة، والتفصيل فيها، وفي هذا السياق وجدنا وجهات نظر متكاملة، كما رأينا أن المنظرين السياسيين، أو ما يمكن أن نطلق عليهم فقهاء السياسة الشرعية يقدمون نظريات تعبر عن حقائق ووقائع، ولم تكن نتيجة لإحكام افتراضية.

ولذا نجد أن الأراء المعبر عنها في نظرياتهم، لم تكن نتيجة لتأملات نظرية لا علاقة بالواقع، وإنما على العكس من ذلك فقد كانت نتيجة لممارسات سياسية عرفها الناس في حياتهم، ذلك أن هؤلاء الحكام، كانوا ينتمون للمجتمع الذي يحكونه، ولم يأتوا من مكان آخر غير المجتمع الذي ينتمون إليه، وأما في الحالات التي تسلط عليها أجنب، كما هو شأن الفترة التي سقطت فيها بغداد على المغول، أو سيطرت فيها الدول الغربية على بلاد المسلمين، فإن حكام هذه الفترات لم تكن لهم شرعية حكم المسلمين، وكل ما في الأمر كانت لهم السيوف والقوة القاهرة التي جعلتهم على رأس هرم السلطة ومع هذا لم تتوقف محاولات التحرر من رقاب هؤلاء يوما.

المحور الثاني: إشكالية تولي السلطة في الفقه السياسي الاسلامي.

بعد أن ناقشنا الشروط المؤهلة لتولي السلطة في الإسلام، نصل إلى القول بأن الفقه السياسي الاسلامي تمكن من تقنين هذه الشروط بدقة، وفي الوقت نفسه جعل منها تتوافق مع طبيعة المجتمع القائم على الايمان بالإسلام كعقيدة وشرعية.

ولم كان الأمر كما أسلفنا، فهل واصل هذا الفقه مسيرته، وناقش القضايا المتعلقة بطرق الوصول للسلطة، أم أنه ترك هذه المسألة للأمر الواقع؟ الإجابة عن هذا التساؤل يمر حتما عبر طرح جملة من التساؤلات تدور في مجملها حول الكيفية التي يتولى بها هرم السلطة من تتوفر فيه الشروط التي سبق ذكرها، وإذا ما كانت هناك طريقة واحدة معتمدة، أم أن ذلك متروكا للظروف السياسية والاجتماعية؟ وإذا ما كانت هناك أكثر من طريقة فهل هي طرق مبتكرة بمعنى أنها إسلامية خالصة أم أنها طرق مقتبسة من الأمم الأخرى سبق للمختصين في الفلسفة السياسية التنظير لها ؟

¹ - أخرجه البخاري.

² - الزحيلي محمد (1412 هـ). العز بن عبد السلام، سلطان العلماء وبناع الملوك، الداعية، المصلح القاضي، الفقيه، الأصولي، المفسر (577-660 هـ)، دار القلم، دمشق سوريا، ص180.

عندما نعود للقرآن الكريم باعتباره المصدر الأول للتشريع في الإسلام، لا نجد فيه ما يبين بوضوح الكيفية التي يجب على المسلمين إتباعها في اختيار الحاكم، رغم ما نقله من أخبار وقصص عن الأمم والشعوب القديمة وملوكها، سواء تلك التي طغى أهلها وأستبد ملوكها، أو تلك التي كان فيها أهل الصلاح والإيمان، مثل: يوسف الصديق، داود وسليمان، وغيرهم¹، وهو ما أدى لخلاف كبير بين المسلمين بعد وفاة الرسول ﷺ، ويعود ذلك إلى أن القرآن ليس كتاب تاريخ أو كتاب في السياسة، وإنما هو كتاب يحتوي بعض مبادئ كل هذا وذاك. وهو ما يدفعنا إلى البحث في سيرة الخلفاء الراشدين، وتاريخ مختلف الدول التي قامت خلال التاريخ الإسلامي العام، علاوة على كتب السياسة الشرعية المختلفة، لنرى الكيفية التي حول بها هؤلاء هذه المبادئ إلى تطبيقات عملية، وبعد تفحص وتمعن ودراسة وتحقيق أمكننا ملاحظة عدة طرق لتولي السلطة استطعنا حصرها فيما يلي:

- الوصية.

- البيعة.

- الوراثة.

- الاستيلاء والغلبة.

فماذا تمتاز كل طريقة؟ هذا ما نفضله في العناصر الموالية.

ثانيا: الوصية.

عرف المسلمون فكرة الوصية أو العهد في المراحل الأولى من تاريخهم السياسي، وإذا أردنا الدقة فقد كان ذلك منذ العهد الراشدي²، ذلك أن المقصود بكلمة العهد في اصطلاح علماء السياسة الشرعية، هو اختيار إنسان معين لعمل معين من أعمال الدولة، يبدأ من رئاستها، وينتهي في أدنى درجة من درجاتها ويسمى هذا الاختيار عهداً³.

أما الوصية عبارة عن وثيقة يعلن فيها الشخص إرادته الأخيرة، وبالتالي فإن ولاية العهد قبل تولي الخلافة لا تزيد عن كونها مجرد اقتراح أو توصية وترشيح شخص ليتولى السلطة بدلا عن الخليفة الحالي في حالة وفاته أو تنحيه أو عزله، وبمرور الزمن تحول هذا العهد مع ازدياد قوة السلطة وما رافقه من تدجين للمعارضة السياسية والدينية، من مجرد توصية واقتراح إلى تعيين وتثبيت، وإذا ما بحثنا في نظام الإسلام السياسي نجده يستعين مبكرا بهذه الكيفية في تولي السلطة، بل أن علماء السياسة الشرعية يكادون يتفقون حول هذه المسألة، حيث نجد بعض علماء السنة بالخصوص يرون أن الرسول ﷺ نفسه أوصى بالخلافة لأبي بكر الصديق، بينما يذهب الشيعة بالقول أنه أوصى بها لعلي بن أبي طالب.

وفي الحالة الأولى، نجد البخاري، ينقل حديثا للنبي ﷺ قد يفهم منه ترشيحه لصاحبه الصديق: "أنت النبي امرأة فكلمته في شيء، فأمرها أن ترجع إليه فقالت: يا رسول الله، رأيت إن رجعت فلم أجدك؟ كأنها تريد الموت. قال: إن لم تجدني فائت أبا بكر"⁴.

ولا يختلف الشيعة في أمر الوصية إلا أنهم يجعلونها لعلي بدل من أبي بكر وهم كما يرى ضياء الدين الرئيس: "يعتقدون بوجود وصية من النبي، لعلي بن أبي طالب بالخلافة⁵. وهذا ما جعلهم يعتقدون في الإمامة أصلا من أصول الدين، وقد استدل هؤلاء بجملة من الأحاديث النبوية منها: "من أحبني وأهل بيتي كهاتين، وأشار بالسبابة

¹ - أنظر في هذا الموضوع كتاب: موسى معيرش. (2015). نظام الحكم في اليهودية. نشأته وتطوره، دراسة تحليلية نقدية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، سنة 2015.

² - أثارت إشكالية الوصية جدل كبير بين المسلمين، إلا أن المتفق عليه أن أبا بكر الصديق أوصى لعمر بن الخطاب من بعده بالخلافة.

³ - القاسمي طافر. نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي، الكتاب الأول الحياة الدستورية، ص168.

⁴ - رواه البخاري.

⁵ - الرئيس محمد ضياء الدين. النظريات السياسية الإسلامية، دار التراث القاهرة، الطبعة السابعة، ص184.

والوسطي، ثم قال: أخي خير الأوصياء، وسبطي خير الأسباط، وسوف يخرج من صلب الحسين أئمة أبرار، ومنا مهدي هذه الأمة"¹، كما يستدلون بقوله أيضا: "من كنت مولاه فعلى مولاه"²، وغيرها من الأحاديث ذات الصلة. ونحن هنا، لا تهمنا مسألة المعهود إليه، سواء أكان الإمام عليا أم الخليفة الصديق، ولكن ما نريد أن نصل إليه أن ولاية العهد أو الوصية، طريقة إسلامية معروفة، استخدمها الكثير من خلفاء المسلمين، بل أن الصديق أوصى صراحة بالخلافة لعمر بن الخطاب في خطبته الأخيرة بقوله: "إني استخلفت عليكم عمر بن الخطاب، فأسمعوا وأطيعوا، وإنني لم آل الله ورسوله، ودينه ونفسي وإياكم إلا خيرا، فإن عدل فذلك ظني به، وعلي في، وإن بدل فلكل أمري ما كسبت"³ ولم تكن هذه الوصية الأخيرة، فقد أوصى عمر بن الخطاب بالخلافة لسته من المسلمين عند شعوره بقرب أجله بعد طعنة أبي لؤلؤة المجوسي الغادرة.

وفي العهود التي تلت الخلافة الراشدة، صارت ولاية العهد هي أكثر الطرق المعتمدة للوصول للسلطة، بداية من عهد الأمويين، بعدما جعل معاوية بن أبي سفيان الخلافة لولده يزيد، لكن يجب أن نشير هنا إلى أن الوصية أو العهد بالخلافة تبقى مجرد اقتراح لا ينفذ ولا يتولى صاحبه السلطة الفعلية، إلا بعد مبايعة الناس للوصي إليه بحكمهم، فماذا نقصد بالبيعة؟ وهل هي طريقة من طرق تولي السلطة؟

ثالثا: البيعة.

يمكننا القول، وبدون تردد أن أكثر مصطلح اشتهر به الفكر السياسي الإسلامي هو مصطلح البيعة، فماذا نقصد به؟ يقول ابن منظور والبيعة: الصفقة البيع، وعلى المبايعة والطاعة، وبإيعه مبايعة: عاهده"⁴، أما القرآن الكريم فقد أشار إلى هذا اللفظ في ثلاثة مواضع مختلفة، الأولى في قوله: "يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا جَاءَكَ الْمُؤْمِنَاتُ يَبَايِعُكَ عَلَى أَنْ لَا يُشْرِكْنَ بِاللَّهِ شَيْئًا وَلَا يَسْرِقْنَ وَلَا يَزْنِينَ وَلَا يَقْتُلْنَ أَوْلَادَهُنَّ وَلَا يَأْتِينَ بِهَتَّانٍ يَفْتَرِينَهُ بَيْنَ أَيْدِيهِنَّ وَأَرْجُلِهِنَّ وَلَا يَعْصِيَنَّكَ فِي مَعْرُوفٍ فَبَايِعْنَهُنَّ وَأَسْتَغْفِرْ لَهُنَّ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ"⁵ أما المرة الثانية ففي قوله: "إِنَّ الَّذِينَ يُبَايِعُونَكَ إِنَّمَا يُبَايِعُونَ اللَّهَ يَدُ اللَّهِ فَوْقَ أَيْدِيهِمْ فَمَنْ نَكَثَ فَإِنَّمَا يَنْكُثُ عَلَى نَفْسِهِ وَمَنْ أَوْفَى بِمَا عَاهَدَ عَلَيْهِ اللَّهُ فَمَسْئُولُهُ أَجْرًا عَظِيمًا"⁶ وأخيرا ورد ذكرها في قوله تعالى: "لَقَدْ رَضِيَ اللَّهُ عَنِ الْمُؤْمِنِينَ إِذْ يُبَايِعُونَكَ تَحْتَ الشَّجَرَةِ فَعَلِمَ مَا فِي قُلُوبِهِمْ فَأَنْزَلَ السَّكِينَةَ عَلَيْهِمْ وَأَثَابَهُمْ فَتْحًا قَرِيبًا"⁷.

ومن هنا تكون البيعة، هي الرضي بالطاعة والقبول بسلطة من يبايع، وهي عقد بين طرفين، وفي هذا يقول ابن خلدون: "أعلم أن البيعة هي العهد على الطاعة، كأن المبايع يعاهد أميره على أن يسلم له النظر في أمر نفسه وأمر المسلمين"⁸ وهي أحد الطرق المعتمدة في تولي السلطة في نظام الإسلام السياسي، بل أن السلطة حسب علماء السياسة الشرعية لا تكون شرعية في حالة خلوها من البيعة، وإذا عدنا للرسول ﷺ نجده قد تولى سلطته السياسية بعد أن ببوع مرتين في العقبة.

من الناحية التاريخية، يعد أبي بكر الصديق أول خليفة تولى السلطة السياسية عند المسلمين عن طريق البيعة، وهذا ما جعلها أول بيعة سياسية في تاريخ الإسلام، وقد جرت في سقيفة بني ساعدة، ويؤكد بعض

¹ أخرجه الصافي الكلياني في منتخب الأثر، ص 46، كما نقله عاطف سلام. (1407هـ). الوحدة العقائدية عند السنة والشيعة، دار البلاغة، ص 300.

² رواه مسلم.

³ ظافر القاسمي ظافر. نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي، الكتاب الأول الحياة الدستورية، ص 177.

⁴ ابن منظور: لسان العرب، مادة مبايعة.

⁵ الممتحنة: 12.

⁶ الفتح: 10.

⁷ الفتح: 18.

⁸ عبد الرحمن بن خلدون: المقدمة، ص 370.

الباحثين، على أنها: "كانت أقرب إلى التقوى وصفاء السرائر... وانحصرت فيمن حضرها من المهاجرين والأنصار¹، إلا أن هذا لم يعطه حق تولي السلطة الذي لم يكتسبه إلا بعد أن بايعه المسلمون في المسجد النبوي². والواقع أن البيعة لم تكن خاصة بأبي بكر، وإنما هي طريقة معروفة عند تولي السلطة في نظام الإسلام السياسي، بل أن أولئك الذين يستولون على السلطة بالقوة يستعينون بها لتثبيت شرعيتهم، فمعاوية يرتب المبايعة العلنية لولده يزيد باستخدام الإرهاب مع مخالفته³، بل أن بعض الصحابة أنفسهم بايعوا معاوية مكرهين كما يقول ظافر القاسمي "نعم، لقد حصل معاوية على البيعة بالقتل والتدمير والتحريق وشتم أنصار الرسول⁴.

بغض النظر عن طرق ممارسة هذا الحق وشروطه، فإن مشروعية الحاكم في نظر الفقه السياسي الإسلامي تبقى منقوصة في حالة وصوله للسلطة دون بيعة حقيقية، لذا نجد من يجعل حتى المبايعة التي تمت تحت الاكراه باطلة، بمعنى أن البيعة حسب هؤلاء لا بد وأن تكون حرة وصحيحة⁵، وإلا ما كان لها معنى، بقي لنا الإشارة إلى أن ممارسة حق البيعة لا يقتصر على الرجال دون النساء⁶.

ومعنى هذا أن النساء يبايعن أيضا، فهن يمارسن حقوقهن السياسية، مما يوضح أن هذه الحقوق حصلن عليها مبكرا، بخلاف المرأة الغربية، التي لم تفتكها إلا في القرن العشرين، وإذا كان من حق المرأة المسلمة مبايعة الحاكم، فلها أيضا حق التحفظ بل وحتى الامتناع عن مبايعته⁷.

ثالثا: الوراثة.

كان لمجيء الاسلام تأثيره الكبير على الناس، خاصة بعدما جعل من أتباعه سواسية، وقد نقل عن النبي في هذا السياق: "الناس كأسنان المشط، وإنما يتفاضلون بالعافية، والمرء كثير بأخيه، ولا خير في صحبة، لا يرى مثل ما ترى له"⁸ فهل انعكست هذه الرؤية في نظامه السياسي، أم أن الأمر يختلف في هذا المجال؟ الحقيقة أنه عند تصفحنا لما ورد في القرآن الكريم والسنة النبوية، لم نجد ما يذكر أو يشير أن الانتماء لأسرة من الأسر يمنح صاحبه حقوقا اجتماعية أو سياسية تميزه عن غيره، ذلك أن هذا الدين قائم على فكرة - كما ذكرنا - مفادها أن البشر سواسية: "يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ"⁹، وأن المسلمين بالخصوص لا فرق بينهم، بل نجد الرسول ﷺ يقول لابنته فاطمة الزهراء، بأنه لا يغني عنها شيئا يوم القيامة، ولا يفدها شيء من دون عملها الصالح الذي يؤهلها لدخول الجنة أو النار: "يا فاطمة بنت محمد، يا صفية بنت عبد المطلب... أعملا لأنفسكما فإني لا أغني عنكما من الله شيئا"¹⁰.

أما في مجال السياسة، فإننا نجد في اجتماع السقيفة، من يستدل بحديث للنبي ﷺ يقول: "الأئمة من قريش"¹¹، ومع هذا فإننا لا نجد نصا صريحا يجعل السلطة تنتقل عن طريق الوراثة، وهذا ما جعل المسلمين الأوائل يقبلون بإسناد السلطة لأبي بكر الصديق رغم كونه لا ينحدر من أسرة الرسول ﷺ، إلا أننا نجد بعد ذلك

¹ - ظافر القاسمي: نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي، الكتاب الأول الحياة الدستورية، 259.

² - زيد بن علي الوزير. (1420هـ). الفردية، بحث في أزمة الفقه الفردي السياسي عند المسلمين، مركز التراث والبحوث اليمنى، ص122.

³ - سفيان محمد بن عبد الحي. صدر الإسلام والدولة الأموية، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت، ص102.

⁴ - القاسمي ظافر. نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي، الكتاب الأول الحياة الدستورية، 284.

⁵ - يمكن العودة للماوردي في هذا الشأن في كتابه الأحكام السلطانية ففیه تفصیل مفید.

⁶ - حلمي مصطفى: نظام الخلافة في الفكر الإسلامي، دار الأنصار، القاهرة، ص18.

⁷ - رفضت فاطمة الزهراء ابنت الرسول مبايعة أبي بكر الصديق، رغم محاولات كثيرة لثنيها عن موقفها.

⁸ - رواه أنس بن مالك.

⁹ - الحجرات: 13.

¹⁰ - رواه مسلم.

¹¹ - تحدثنا من قبل عن هذا الحديث، وأوضحنا أنه له تكمل تحدد متى تكون لقريش الفضيلة.

في نظام الإسلام السياسي فيما يعرف بدولة الملك أصبحت السلطة تنتقل بالوراثة سواء أكان ذلك عند الأمويين، أو العباسيين وغيرهما، فإذا أخذنا معاوية بن أبي سفيان، فقد أورث السلطة لولده يزيد.

ومع هذا التحول العميق فقد وجدنا في الفقه السياسي، من يعتقد أن هذا التطور ما هو إلا تدبيراً سياسياً له مبرراته الخاصة، مما جعل عمر بن عبد العزيز يحاول إرجاع السلطة لعهد الأول¹، إلا أنه فشل في ذلك بسبب قصر المدة التي حكم فيها والمقاومة التي وجدها من الأسرة الأموية الحاكمة، أما العباسيين فقد قامت دعوتهم أساساً على فكرة أحقية الهاشميين بالسلطة دون غيرهم، رغم الخلاف الكبير بين أنصار بني العباس وأنصار آل البيت، والأمر نفسه عند سلاطين بني عثمان.

ما نصل إليه، أن الوراثة أصبحت الطريقة الغالبة في تولي السلطة، بحكم الأمر الواقع ومقتضيات المرحلة، غير أن هذا لم يمنحها شرعية مطلقة عند المسلمين رغم اعتيادهم عليها، بل أن فقهاء السياسة اعتبروها مظهراً تعبيرياً عن سلطة الأمر الواقع ولكنها لا تمنح الشرعية لصاحبها، مما جعلها في حاجة للبيعة لبسط شرعية من جاء بها، وهذا ما نقف عليه في عصورنا الحالية في الممالك والامارات والدول التي ما تزال تؤمن بها وتستعين بها في ممارساتها السياسية.

رابعاً: الاستيلاء والغلبة:

علينا أن نعترف، أن الوصول إلى السلطة لا يتم دوماً في حالات السلم والاستقرار، وإنما قد تتعرض الدولة لاضطرابات أو غزواً خارجياً، وفي هذه الحالة قد يموت الحاكم، أو يصبح غير قادر على تأدية واجباته، دون شك قد يأتي إليها من يملك القوة، فيستولي عليها تبعاً لذلك، وهو حالة عامة عرفتها وتعرفها البشرية ككل، كما وقفنا عليه في تاريخ المسلمين في أحيان كثيرة أيضاً، بل وما نزال نقف عليه لحد الساعة.

ولذا نجد المهتمين بالفكر السياسي من المسلمين، لا يهتمون هاته الكيفية، وفي هذا السياق يمكننا العودة لمأورده ابن خلدون من أن الملك يحصل بالتغلب² وهكذا يمكننا القول إن الاستيلاء على السلطة حقيقة تاريخية وعلمية رغم أن القرآن الكريم لا نجد فيه إشارة لهذه الطريقة، إلا أنه من المؤكد تاريخياً أن سقوط نظام الخلافة على يد معاوية بن أبي سفيان كان نتيجة للقوة، كما نجد القفه السياسي الإسلامي يتعامل بحكمة مع ما كان يعرف بإمارة الاستيلاء التي كانت تقوم أحياناً في بعض الولايات داخل الدولة، تبعاً لمصلحة الأمة.

ولم يكن اقتصار استخدام القوة في الوصول إلى السلطة العليا بهذه الطريقة فقط، وإنما قد يكون حتى في حالة الوصول لحكم الولايات النائية عن السلطة المركزية بهذه الكيفية، وهذه الحالة عرفها الفقه السياسي الإسلامي، وأعطاهم حلولاً تشريعياً، وهذه الحالات عبر عنها الماوردي في كتابه الأحكام السلطانية في قوله: "أن يستولي الأمير بالقوة على بلاد يقلده الخليفة إمارتها، ويفوض إليه تدبيرها وسياستها، فيكون الأمير باستيلائه"³.

أخيراً، يمكننا الاستنتاج أن الفقه السياسي الإسلامي حسب وجهة نظر البعض يعتبر أن من وصل إلى السلطة بهذه الكيفية لا يمكنه الحصول على شرعية كاملة، ومع هذا فإنه حرصاً على وحدة الصف، ومنعاً للفتن، فيمكن التسليم بسلطته مؤقتاً، وهذا ما أقره أحمد ابن حنبل صراحة في قوله: "السمع والطاعة للأئمة، وأمير المؤمنين البر والفاجر، ومن ولى الخلافة، فأجمع الناس عليه ورضوا به، ومن عليهم بالسبق حتى صار خليفة، وسعي أمير المؤمنين"⁴، ولكن هذا الموقف لا يعبر عن إجماع المسلمين، بل أن هناك من يدعوا صراحة للثورة على مثل هذا الحاكم المغتصب.

¹ - يلقب بخامس الراشدين.

² - بن خلدون عبد الرحمن . المقدمة، ص 277.

³ - الماوردي أو علي . (1410 هـ) . الأحكام السلطانية والولايات الدينية، تحقيق خالد عبد اللطيف، دار الكتاب العربي، بيروت ، ص 77.

⁴ - نقلاً عن أبو زهرة محمد: أحمد بن حنبل، حياته وعصره، آراءه وفقاهه، دار الفكر العربي، ص 150.

مما سبق قوله، يمكننا القول ، بأن التاريخ الإسلامي السياسي حفل بطرق متعددة لتولى السلطة، بعضها عبر عن روح الاسلام في انطلاقاته الأولى، كما هو شأن البيعة المباشرة أو حتى الوصية، وبعضها الآخر عبر عن سلطة الأمر الواقع، والحقيقة رغم خصوصيات المجتمع المسلم، فإن الفقهاء اهتموا اهتماما كبيرا بهذا الموضوع، غير أن الملاحظ يكتشف أن السيرة التاريخية، والسنن المتحكمة في السياسة، جعلت من هذا الطرق مشابهة لما مرت به مختلف الأمم السابقة، وعبرت عنه مختلف دراسات الفلسفة السياسية، والمؤرخين القدماء، وبالتالي فهي ليست طرق إسلامية خالصة¹.

المحور الثالث: إشكالية انتهاء السلطة في الفقه السياسي الاسلامي.

بعد أن تحدثنا عن طرق الوصول إلى السلطة وشروط توليتها، وقفنا على قدرة العقل السياسي على مسايرة الواقع وعدم إهماله، والتعامل مع وقائعه كما هي، وعدم الهروب من المشكلات التي يطرحها، حتى في حالة عدم تفضيلها، وذلك أن واقعيته وتكيفه تجعله في موقف يسمح له بلعب دوره الفعال في المجتمع. لكن هل الوصول إلى السلطة هو آخر ما اهتم به هذا الفكر؟ أم أنه ناقش مسائل أخرى، ونقصد بذلك طرق انتهاء السلطة أو فقدانها؟

إذا عدنا لكتب السياسة، وبحثنا هذه المسألة، نجد أنها اهتمت بهذه المسألة وأولتها اهتماما خاصا، وعرضت لذلك جملة من الطرق يمكن تلخيصها في ثلاثة على النحو الآتي:

- الوفاة.

- الاستقالة.

- الإقالة.

أولا: الوفاة.

طريقة انتهاء سلطة الحاكم بالوفاة، هي أول الطرق التي عرفت في تاريخ المسلمين السياسي، ونقصد بها انتقال السلطة بسبب وفاة الحاكم السابق لمن يأتي بعده، وهذا منذ البدايات الأولى من تكوين دولة الخلفاء الراشدين، إذ نجد النبي ﷺ يترك السلطة بعد وفاته ليخلفه صاحبه أبي بكر الصديق، وهذا ما تكرر في العديد من الحالات فيما بعد.

بغض النظر إن كانت الوفاة طبيعة أم نتيجة لاغتيال، بمعنى أن السلطة تنتقل من الحاكم إلى آخر بعد وفاة الأول بصورة عادية أو بعد مقتله، فالصديق أبي بكر توفي سنة 13هـ/634م بعد مرض استمر خمسة عشر يوما لتنتقل السلطة بعده لعمر بن الخطاب، وقد ترك هذا الأخير مسألة خلافته ثلاثة أيام بعد طعنه سنة 24هـ/644م، بقصد اختيار خليفة له.

وقد استمر هذا التقليد متبعاً، في معظم الدول الإسلامية، والحقيقة أن هذا الانتقال في العصور القديمة، كان يعبر عن الشكل الطبيعي لانتقال السلطة، وقد عرفت معظم الأمم القديمة، بغض النظر عن دولها وقومياتها. ولا زالت الأمم المعاصرة تعتمد هذه الطريقة، في حالة كانت ولاية الحاكم لاتزال قائمة، كما هو شأن الدول الديمقراطية، بل وحتى الدول الملكية، فقد انتقلت مثلا السلطة بسلاسة في الكويت من أميرها السابق إلى أميرها الحالي بعد وفاته، وهذا ما وجدناه في الأردن، المملكة العربية السعودية أيضا.

ثانيا: الإستقالة.

يمكننا القول أن: "الاستقالة، إحدى طرق انتهاء سلطة الحاكم، حيث تعد حقا من حقوقه، وقد تقبل كما قد ترفض، وقد أشار الفكر السياسي الإسلامي إلى هذه المسألة وناقشها وجعل منها أحد طرق التخلي عن السلطة، وهذا ما نجده في طلب الاستقالة لأحد ولادة عمر بن الخطاب والذي نقله الطبري بقوله: "لما أحرز عتبة بن غزوان

¹ - أنظر كتاب: موسى معيرش. نظام الحكم في اليهودية.

الأهواز وأوطاً فارس، استأذن عمر بن الخطاب في الحج فأذن له، فلما قضى حجه طلب استعفاؤه، فأبى أن يعفيه وعزم عليه ليرجعن إلى عمله"¹.

يذهب البعض للقول بأن هذا النوع من الاستقالة كان بسبب الورع والزهد في التسلط على الناس إلا أن هناك استقالة نتيجة للعجز وعدم القدرة على ممارسة المهام، ولا بد أن نشير هنا إلى أن مسألة الاستقالة من السلطة لم تكن حكراً على ولاة أو قادة صغار، بل تعدتها إلى الخلفاء أنفسهم، وهذا ما يشير إليه ابن قتيبة في حديثه عن معاوية الثاني، حيث يؤكد على أن ولايته هذه لم تتجاوز الشهرين، ثم جمع الناس وخاطبهم بقوله: "أيها الناس إني نظرت بعدكم فيما صار إلي من أمركم وقلدته ولايتكم فوجدت ذلك لا يسعني فيها بيني وبين ربي"².

أما خالد محمد خالد، فينقل عن معاوية الثاني، اعترافه بأحقية غيره بالحكم لقربهم من رسول الله ﷺ، ويقر بأن جده معاوية وأبيه يزيد، اغتصبا الحكم وقتل عترة رسول الله وأباح الحرم وضرب الكعبة: "وما أنا بالمتقلد أمركم، ولا المتحمل تبعاتكم فاختاروا لأنفسكم"³.

رغم أن الإقرار بأحقية الغير للسلطة أثار جدلاً واسعاً في الأسرة الحاكمة خاصة والفكر السياسي عامة، خاصة أنه جاء في فترة لم تستقر فيها الأمور بعد، ولكن ما يهمنا هنا ليس أثر ذلك في الحياة السياسية، وإنما الطريقة التي انتهت بها سلطة معاوية الثاني، بوصفها سابقة في الممارسة السياسية الإسلامية. لكنها بطبيعة الحال لم تكن الأخيرة.

ثالثاً: الإقالة.

علاوة على ما سبق ذكره من طرق انتقال السلطة، يمكننا التي يمكننا وصفها بالسلمية والعادية، فإن هناك طريقة ثالثة مخالفة لِمَ سبق، وتعتبر غير سلمية، مع أنها طريقة قديمة لم ينفرد بها المسلمون، فقد عرفت في مختلف الأمم والشعوب، وما تزال تعرفها لليوم. وهي العزل ويقصد به التخلي عن السلطة بالإكراه، وقد عرفه الفقه السياسي الإسلامي وتعامل معه بإيجابية ولعل السوابق في هذا المجال كثيرة وعديدة، وتعدد مسوغات العزل، فقد يكون نتيجة لانقلاب عسكري أو ثورة شعبية، أو لأسباب أخرى.

لكن ماذا يقصد بالعزل لغة؟ العزل هو التنحي جانباً فتنحى، أما الفكر السياسي فيرى في العزل إنهاء لسلطة الحاكم بطريقة إكراهية بمعنى أنه إذا كانت الاستقالة بغير رغبة الحاكم في التنحي عن السلطة، فإن العزل يجعله مجبراً على ترك منصبه.

ولعل الثورات الشعبية والانقلابات العسكرية، أحد أهم هذه الطرق المتعارف عليها، حيث تسعى في عمومها لاستبدال الحاكم، بغض النظر عن الأسباب والمبررات المؤدية إليها من جهة، أو مشروعيتهما من جهة أخرى، ويؤكد أرسطو على أن الثورات لا تهدف إلى صغائر الأمور، رغم أنها كثير ما كانت تنشأ نتيجة لأمر طفيف وبسيطة ومشاغبات صغيرة: "كما حدث في سيركوزا، فقد انقلب الحكم واستبدل من جراء شجار وقع بين اثنين من المتسلطين بسبب غرام"⁴.

وفي التاريخ السياسي الإسلامي أمثلة عديدة أدت فيها الثورات لعزل الخلفاء، ولم يكن هذا في فترة ضعف فيها سلطان الدين على الناس فحسب، وإنما كان في عز قوة هذا السلطان، كما يؤكد ذلك التاريخ عندما يشير إلى التمرد الذي قاده خصوم الخليفة الثالث عثمان بن عفان، وانتهى بمقتله ودخول المسلمين في دوامة من الاختلاف والعنف. كما قد يعزل الخليفة في حالة أخرى كما يذكر ذلك محمد علي الحسن بقوله: "هناك حالتان:

¹ - معيرش موسى. النظام السياسي في اليهودية والإسلام، ص 50.

² - ابن قتيبة. الإمامة والسياسة، تحقيق طاهر بن محمد الزيني، الجزء الثاني، دار المعرفة بيروت، ص 10.

³ - خالد محمد خالد. خلفاء الرسول، دار ثابت القاهرة، دار الفكر دمشق، ص 516.

⁴ - أرسطو. السياسات، ترجمة بولس بربرة، اللجنة الدولية لترجمة الروائع، بيروت لبنان ص 353.

حالة تخرج الخليفة من خلافته، ولا تجب فيها طاعته بمجرد حصولها، وحالة يصبح فيها واجب العزل وتجب طاعته حتى يتم عزله¹.

يمكننا القول إن الحالة الأولى، والتي يعزل فيها الحاكم مباشرة وينتفي حقه بالطاعة بمجرد حصولها تكون في الوضعيات أو الحالات التالية:

- في حالة الارتداد وإصراره عليه، ومعنى هذا إذا تخلى الحاكم عن الإسلام، سواء اعتنق ديناً آخر أو لم يفعل.
- في حالة الجنون وفقدان العقل، لسقوط التكليف عليه، فإن هذا يجعله غير قادر على ممارسة سلطته.
- في حالة الفسق، وهي عصيان والتمرد على قوانين الدولة التي يحميها. وبطبيعة الحال تصبح مسألة إقالته ضرورة ومشروعة.

مما سبق، يمكننا القول إن الفقه السياسي الشرعية أثارت الكثير من المسائل المتعلقة بالترشح لمنصب الحاكم، خاصة فيما يتعلق بشروط الترشح، والكيفية التي عرفت للوصول للسلطة وفقدانها، وأن المناقشات التي عبر عنها هذا الفكر، كشفت عن اهتمامه بالقضايا الأساسية التي تهم العقل المسلم.

كما وجدنا أن الفلسفة السياسية بشكل عام لم تكن تناقش مسائلها بعيدة عن واقع الناس، وإنما كان الكثير من مشكلاتها يعبر عن هذا الواقع ووقائعه.

وبالتالي فإن القضايا التي عالجها العقل السياسي الإسلامي، سواء أكان هذا الأخير يعبر عنه بعلماء السياسة الشرعية أو بفلاسفتها، فهو يبرز بوضوح أصالة هذا الفكر وقدرته على مناقشة القضايا التي تهمه، كما تبرز قدرته على إيجاد الحلول للمشكلات التي تطرح أمامه، دون أن يلغي حقيقة التنوع والاختلاف، والقبول بالأخر، بل وحتى استعانة بتجارب الأمم والشعوب التي سبقتنا أو تعاصرنا، ذلك أن المسلمين أمم من أمم البشر تتشابه مشكلاتهم وتجاربهم مع غيرهم، كما أنهم لا يعيشون بمعزل عن الغير، وبالتالي فمسألة التأثير والتأثر ممكنة ومعقولة، غير خصوصيتهم وأصالتهم حقيقة تظهر أيضاً في رؤيتهم وقدرتهم على معالجة قضاياهم.

المصادر والمراجع:

- القرآن الكريم.
- صحيح البخاري.
- صحيح مسلم.
- أرسطو. *السياسات*، ترجمة بولس بربارة، اللجنة الدولية لترجمة الروائع، بيروت لبنان.
- الحسن، محمد علي. (1400هـ). *العلاقات الدولية في القرآن والسنة*، دار النهضة الإسلامية، عمان.
- أبو الحسن علي بن محمد، الماوردي. *الأحكام في الولايات الدينية*، تحقيق خالد عبد اللطيف، دار الكتاب العربي بيروت.
- حلمي، مصطفى. *نظام الخلافة في الفكر الإسلامي*، دار الأنصار، القاهرة.
- خالد، محمد خالد. *خلفاء الرسول*، دار ثابت القاهرة، دار الفكر دمشق.
- الخميني، آية الله. (1979). *الحكومة الإسلامية*، ترجمة حسن حنفي.
- ابن خلدون، عبد الرحمن. *المقدمة*، تاريخ العلامة ابن خلدون، دار الكتاب اللبناني، بيروت.
- بن عبد الحفي، سفيان محمد. *صدر الإسلام والدولة الأموية*، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت.
- القاسمي، ظافر. (1411 هـ). *نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي*، الكتاب الأول الحياة الدستورية، الطبعة السادسة دار النفائس بيروت.

¹ - الحسن محمد علي. (1400هـ). *العلاقات الدولية في القرآن والسنة*، دار النهضة الإسلامية، عمان، ص 79.

- ابن قتيبة. الامامة والسياسة، تحقيق طاهر بن محمد الزيني، الجزء الثاني، دار المعرفة بيروت.
- عاطف، سلام. (1407هـ). الوحدة العقائدية عند السنة والشيعة، دار البلاغة.
- أبي الفتح محمد بن عبد الكريم، الشهرستاني. (1437 هـ). الملل والنحل، تحقيق محمد الوكيل، الجزء الثاني، مؤسسة الحلبي وشركاؤه للنشر والتوزيع، القاهرة.
- أبو فارس، محمد عبدالقادر. (1984). النظام السياسي في الإسلام، دار القرآن الكريم، الكويت.
- أبي محمد علي بن أحمد، ابن حزم. الفصل في الملل والنحل، الجزء الثالث، وضع حواشيه أحمد شمس الدين، دار الكتب العلمية، بيروت.
- أبي محمد علي بن أحمد، ابن حزم. (1983). الفصل في الملل والنحل، الجزء الأول، دار المعرفة، بيروت.
- محمد، حميد الله. (1985). الوثائق السياسية للعهد النبوي والخلافة الراشدة، الطبعة الخامسة. دار النفائس، بيروت.
- مصطفى، حلمي (1425هـ). نظام الخلافة في الفكر الإسلامي، دار الدعوة الكتب العلمية بيروت.
- معيرش، معيرش (2007) النظام السياسي في اليهودية والإسلام بين النظرية والتطبيق، دار اقرأ قسنطينة الجزائر.
- معيرش، موسى. (2003). الدولة في الديانات السماوية، أطروحة دكتوراه بإشراف محمد عبداللاوي، جامعة منتوري قسنطينة.
- معيرش، موسى. (2018). المدينة الفاضلة عند أبي الأعلى المودودي، دراسة تحليلية نقدية في منطلقات النظرية السياسية الإسلامية المعاصرة، دار الايام، الأردن.
- معيرش، موسى. (2015). نظام الحكم في اليهودية، دار الكتاب الحديث القاهرة.
- موسى. محمد يوسف. (1408هـ). نظام الحكم في الإسلام. الطبعة الثالثة. العصر الحديث للنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الثالثة.
- المودودي، أبو الأعلى. تدوين الدستور الإسلامي، دار الشهاب الجزائر.
- المودودي، أبو الأعلى. (1989). حقوق الزوجين، ترجمة أحمد إدريس، دار الوفاء للنشر والتوزيع، المدية، الجزائر.
- الرئيس، محمد ضياء الدين. النظريات السياسية الإسلامية، دار التراث القاهرة، الطبعة السابعة.
- الوزير، زيد بن علي. (1420هـ). الفردية، بحث في أزمة الفقه الفردي السياسي عند المسلمين، مركز التراث والبحوث اليمنى.
- أبو زهرة، محمد. أحمد بن حنبل، حياته وعصره، آراءه وفقهه، دار الفكر العربي.
- الزحيلي، محمد. (1412 هـ). العز بن عبد السلام، سلطان العلماء وبائع الملوك، الداعية، المصلح القاضي، الفقيه، الأصولي، المفسر (577-660 هـ)، دار القلم، دمشق سوريا.
- المعاجم والموسوعات
- موسوعة علم الكلام الوسيط والمعاصر، علم الكلام بين المنهج والتجديد، الجزء الأول، ابن النديم للنشر والتوزيع، دار الروافد - ناشرون، الطبعة الأولى، سنة 2017م.
- الرسائل الجامعية :
- معيرش، موسى. الدولة في الديانات السماوية، أطروحة دكتوراه بإشراف محمد عبداللاوي، جامعة منتوري قسنطينة، أطروحة دكتوراه غير منشورة 2003.

الشخصية المعنوية للوقف ودورها في تنميته

The moral personality of the endowment and its role in its development

بحماوي الشريف

جامعة أحمد درايعية بأدرار

bahamaouicherif@univ-adrar.edu.dz

تاريخ القبول: 14-06-2024

الهمال الشيخ*

مخبر القانون والتنمية المحلية

جامعة أحمد درايعية أدرار

elh.heikh@univ-adrar.edu.dz

تاريخ الإيداع: 24-11-2022

ملخص:

فالقاعدة العامة أن الشخصية الاعتبارية لا تثبت إلا للإنسان لصلاحيته لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ، إلا أنه للضرورات العملية تم منح الشخصية القانونية لنوع آخر غير الإنسان وهو الشخص الاعتباري ، ففكرة افتراض الشخصية المعنوية وإن لم تظهر إلا في العصر الحديث إلا أن الممارسة العملية لها كانت موجودة في واقع الناس في شخص الدولة وبيت المال والحاكم والوزير لأنها أسماء ارتبطت بمؤسسات اعتبارية ، فالحضارة الإسلامية عرفت معنى الشخصية الاعتبارية وإن غابت التسمية كالذمة مثلا في الفقه الإسلامي ، ويترتب على الاعتراف بالشخصية المعنوية حسب نص المادة 50 من القانون المدني الجزائري : ذمة مالية ، أهلية ، موطن ، حق التقاضي وفي مجال التبرعات لم يعد الشخص المتبرع عن طريق وقف أمواله قادرا على تحقيق نتائج كافية في مجال البر والخير ، لذلك اعترف المشرع الجزائري بالشخصية الاعتبارية للوقف على غرار التشريعات المقارنة وذلك في القانون الخاص بالأوقاف رقم 91-10 من خلال مادته الخامسة ، هادفا بذلك إلى منحه الصيغة التنظيمية لتحقيق أهدافه المنشودة. الكلمات المفتاحية: الشخصية المعنوية ، الوقف . أهلية التقاضي ، الذمة المالية .

Abstract:

The general rule is that the legal personality is only proven to the human being for his capacity to acquire rights and bear obligations, but for practical necessities the legal personality was granted to a type other than the human being, which is the legal person. People are in the person of the state, the treasury, the ruler and the minister because they are names associated with legal institutions. The Islamic civilization knew the meaning of legal personality, even if the name was absent, such as dhimma, for example in Islamic jurisprudence, and it follows from the recognition of legal personality according to the text of Article 50 of the Algerian Civil Code: Financial liability, capacity, domicile, right of litigation

In the field of donations, the donor, through the endowment of his money, is no longer able to achieve sufficient results in the field of charity and goodness. Therefore, the Algerian legislator recognized the legal personality of the endowment in the manner of comparative legislation, in Law No. 10-91 on endowments through its fifth article, aiming to grant it The organizational formula to achieve its desired goals.

Keywords : Moral personality , endowment , litigation eligibility , financial disclosure

* المؤلف المراسل . الهمال الشيخ



مقدمة:

يعتبر الوقف نظام اجتماعي أصيل يستلهم أسسه من الشريعة الإسلامية، و المتأمل لتاريخ الأوقاف و ما كانت تلعبه من ادوار في الحياة الاقتصادية للمجتمع و الدولة الإسلامية زيادة على دورها في الحياة الدينية و الثقافية يجد أنها تشكل ثروة هائلة و موروثا حضاريا متجددا لا يمكن الاستهانة به، و تعد الجزائر من البلدان التي تملك ثروة هائلة من الأملاك الوقفية و التي عرفت قبل الاحتلال نظام الوقف وقد سنت الإدارة الفرنسية في ذلك عدة قوانين و مراسيم تنظيمية صادرت من خلالها عدة أملاك عقارية وقفية، أما بعد الاستقلال مباشرة فلم تولي الدولة الجزائرية العناية اللازمة لنظام الأوقاف فوجد فراغ قانوني كبير، و من جهته فإن قانون الأسرة رقم 11/84 المعدل و المتمم بالأمر 02/05 الصادر في 27/02/2005 نص على نظام الوقف،

و بتطور طرق و أساليب تسيير و استثمار و تنمية الأملاك الوقفية طرأت مستجدات و نظريات للتحايل على أحكام الوقف لجمودها مما أدى بالمشرع إلى استحداث عقود تستثمر بها الأملاك الوقفية فضلا عن إيجارها، وفي ظل قصور مجهود الأشخاص الطبيعية المشرفة على الوقف بمفهومه التقليدي عن تحقيق نتائج كافية تعزز خاصية البر والخير التي تميز الوقف، تم الاهتمام وفي مجال التبرعات إلى تزويد الوقف بالشخصية المعنوية ومنحه الصيغة المؤسسية التي تتميز بالتخطيط والتنظيم والتكافل بتسخير الإمكانيات من أجل تحقيق الأهداف المرجوة وهو ماتم تجسيده من خلال المادة 05 من القانون 91-10 المتعلق بالأوقاف، بالإضافة إلى المادة 49 من القانون المدني رقم 75-58 المعدل والمتمم.

وعليه فما هو مضمون الاعتراف بالشخصية المعنوية للوقف ؟

وسنحاول الإجابة وفقا للمنهج الوصفي التحليلي ومن خلال الخطة التالية :

المبحث الأول: ماهية الشخصية المعنوية للوقف

المطلب الأول: مفهوم الشخصية المعنوية للوقف .

المطلب الثاني: دلائل اعتبار الوقف شخصية معنوية .

المبحث الثاني : أثار إضفاء الشخصية المعنوية للوقف

المطلب الأول: أثار الشخصية المعنوية للوقف المقررة في المادة 50 ق م ج .

المطلب الثاني: أثار الشخصية المعنوية للوقف الغير مقررة في المادة 50 ق م ج .

خاتمة .

المبحث الأول: ماهية الشخصية المعنوية للوقف

وستناول تعريف الشخصية المعنوية للوقف وعناصرها ثم الدلائل المعبرة عن شخصية الوقف المعنوية

المطلب الأول: مفهوم الشخصية المعنوية للوقف

قد جرت العادة في ترتيب القوانين المدنية الحديثة أن تستهل بالبحث عن الأحوال الشخصية، فتجمع أحكامها تحت عنوان الأشخاص، فيبحثون فيها بدء شخصية الإنسان وانتهائها، وموته، وغيابه، وفقدانه وأهليته بأنواعها⁽¹⁾، وربما فصلوا أكثر في بعض الجزئيات بقوانين مستقلة.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد بحثوا في أحوال الأشخاص، ودونوا أحكامها في شتى النواحي، ولكنهم لم يفردوها بقسم مستقل من الفقه، تكون فيه مجموعة بعضها إلى بعض، ومفصلة عن سواها من الأحكام التي تنظم علائق أفراد المجتمع المالية، بل سلكوا ترتيباً آخر كانت به أحوال الأشخاص مفترقة خلاله لذلك كان اعتبار المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم مما يدخل في مدلول الأحوال الشخصية من وضع الفقه المعاصر⁽²⁾

وتنقسم الشخصية في الأصل إلى :

الشخص الطبيعي: هو كما عرف في معجم المصطلحات القانونية: « كائن بشري وفقاً لما يعتبره القانون، وهو المعتبر أهلاً للحقوق »⁽³⁾، وعليه فالأشخاص الطبيعيون هم أفراد الناس، فكل منهم يتمتع بشخصية طبيعية، أي يتمتع بها من حيث كونه إنساناً.

وسعى بعض الفقهاء هذه المرحلة بالشخصية الاحتمالية، لكونها احتمالية الدوام، ولا يتعلق بها من الآثار القانونية إلا ما يعينه القانون⁽⁴⁾.

والفقه الإسلامي يوافق ما جاء في القانون من ابتداء الشخصية منذ كون الولد جنيناً في بطن أمه، إلا أنها لا تستقر إلا بتمام ولاته حياً، على خلاف في علامة إثبات الحياة.

الشخص المعنوي: عرف في معجم المصطلحات القانونية بأنه: « تجمع مزود ضمن شروط معينة بشخصية قانونية تامة إلى حد ما، وأهل لحق اعتباري، تخضع في ظل الجدارة المشتركة ليكون حائز حق وموجب، ويتغير نظامه حسبما يتعلق الأمر بشخص معنوي من القانون الخاص، أو شخص معنوي من القانون العام »⁽⁵⁾.

فالشخصية المعنوية هي اسم معطى للشخصية القانونية للأشخاص المعنويين، يدل بذلك في النظرية المسماة نظرية الشخصية المعنوية، على الحيلة القانونية التي يعتبر بمقتضاها تجمع، أو هيئة، أهلاً للحق في ذاته، وكياناً متميزاً عن شخصية أعضائه الذين يؤلفونه.

(1) - مصطفى أحمد الزرقا: المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، دار القلم، دمشق، سنة 1999 ص: 248.

(2) - عبد الفتاح إبراهيم بهنسي: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، مكتبة الإشعاع القانونية، المنزه، مصر، دون رقم وتاريخ الطبع، ص: 08.

(3) - جيرار كورنو وجماعة من الباحثين، معجم المصطلحات القانونية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بدون دار نشر، سنة 1998

ص 2046 .

(4) - مصطفى أحمد الزرقا: المرجع السابق، ص: 253.

(5) - جيرار كورنو وجماعة من الباحثين: معجم المصطلحات القانونية، مصدر سابق، 940/1.

وعليه يمكن أن يقال في مقارنة الشخص الطبيعي بالشخص المعنوي أن لكلهما شخصية ذات حقوق وواجبات، إلا أن الشخص الطبيعي تثبت له هذه الشخصية بطبيعته من غير اعتبار آخر، فالإنسان مهما كان ذو شخصية طبيعية، أما الشخصية المعنوية لهيئة أو تجمع فلا تثبت إلا بإثبات القانون لها، إما بإثبات عام للشركات، والمؤسسات، سواء كانت عامة أو خاصة، وإما بإثبات خاص بعد أن تدرج في العموم، كالدولة مثلاً، أو البلدية، أو الولاية ولم يصرح في الفقه الإسلامي قديماً بوجود الشخصية الاعتبارية، ولا كما تقدم. أفرد فقهاؤه باباً خاصاً للشخصية⁽¹⁾، لكن لو رجعنا إلى نصوص الشريعة الإسلامية لوجدنا فيها أحكاماً تشعر أنها بنيت على فكرة الشخصية الاعتبارية، من ذلك اعتبار مجموع الأمة شخصية واحدة، يمثلها كل فرد منها في مسألة إعطاء فرد منها الأمان لشخص كافر، فلا يجوز بعد ذلك قتل من أمن، ولا قتاله، بحجة أن معطي الأمان ليس صاحب السلطان، ففي الحديث النبوي الشريف: (المسلمون تتكافأ دماؤهم، ويسعى بذمتهم أدناهم، وهم يد على من سواهم، وفي حديث آخر: (دمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم)⁽²⁾، فقوله: ويسعى بذمتهم أدناهم معناه: أن الأمان الصادر للعدو من أحدهم، يسري عليهم جميعاً، لا يمكنه أن ينقضه أحدهم، لأنه أعطاه ذلك، لا باسمه هو، بل بصفته واحداً من المجتمع الإسلامي، أي باسم ذلك المجتمع. الحقوق العامة من عقوبات الحدود وسائر أمور الحسبة ونحو ذلك من الأحكام. ومنها ما أقره الإسلام، من أنه من حق كل فرد من أفراد الناس، أن يخاصم ويدي⁽³⁾ في

أما الفقهاء المعاصرون فقد أقروا مفهوم الشخصية الاعتبارية وأدخلوه في دراستهم المعاصرة⁽⁴⁾.

الفرع الأول: تعريف الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي:

لم يتناول فقهاء المسلمين تعريف الشخصية الاعتبارية بالمصطلح القانوني المعاصر؛ وإنما عبروا عنها بلفظ "الدمة"⁽⁵⁾، ولهذا ساعرف الدمة في الاصطلاح على اعتبار أنها المعنى المقصود من الشخصية الاعتبارية. وتعرف الدمة في الاصطلاح الفقهي بما يتضمن معنى المسؤولية ولهذا عرفها الإمام القرافي بأنها: "معنى شرعي مقدر في المكلف، قابل للالتزام واللزم. فالدمة إذن؛ وصف قدرته الشريعة في الإنسان حتى يكون قادراً على عقد العقود وتحمل نتائجها و آثارها من جانب الإلزام والالتزام"⁽⁶⁾، كما هي وصف متصل بالشخص نفسه لا بماله و ثروته، وتشمل حقوقاً مالية وغيرها. لقد وضع علماء القانون شروطاً لافتراض الشخصية الاعتبارية، ونظراً لأهمية ذلك على موضوع دراستي والمتعلقة بالوقف، فإنني سأحاول أن أبحث مدى صلاحية الوقف لأن يكون شخصية اعتبارية وذلك بمقارنة أركان وشروط الشخصية الاعتبارية التي يقرها القانون مع الوقف الإسلامي وذلك من الوجوه التالية:

(1) - مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ص: 248.

(2) - أخرجه البخاري في صحيحه، أبواب فضائل المدينة، باب حرم المدينة، 661/2 برقم: 1771، ، بلفظ: (دمة المسلمين واحدة فمن أخفر مسلماً فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين، لا يقبل منه صرف ولا عدل) وفي باب: دمة المسلمين وجوارهم واحدة يسعى بها أدناهم، 1157/3، وبرقم 3001، بلفظه السابق في أبواب فضل المدينة.

(3) - الادعاء حسية غير متفق عليه في الفقه الإسلامي، بخلاف الشهادة في حقوق الله تعالى تجوز حسية.

(4) - منذر قحف: الوقف الإسلامي، دار الفكر المعاصر، الطبعة الأولى، دمشق، سنة 2000، ص: 119.

⁵ - د / عبد العزيز خياط، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، منشورات وزارة الأوقاف وشؤون المقدسات الإسلامية، الأردن، ط1/ ط1390/ هـ / 1971 م، (ص 213)

⁶ - نوح علي سليمان، إبراء الدمة من حقوق العباد، دار البشير، عمان، ط1/ 1407 هـ - 1986 م، (ص 33).

من حيث أركان الشخصية الاعتبارية: يشترط القانون أركاناً لإضفاء صفة الشخصية الاعتبارية على من يطلب ذلك وهي :

- شرط الجماعة من الأشخاص: يشترط القانون في الشخصية الاعتبارية أن تتكون أو تؤسس من مجموعة من الأشخاص ، وإن هذا الركن ، أي التجمع للأشخاص موجود في الوقف الإسلامي ، وهم مجموع الواقفين أنفسهم وهم كثر فالواقفون رصدوا أموالهم لأغراض محددة ، وقد لا يكون في حالة الوقف أنهم يديرون بأنفسهم هذه الأوقاف إلا أنهم أنابوا غيرهم لهذه المهمة ، حتى أصبحنا لا نفكر في

- مجموعة الأموال: يشترط القانون لإضفاء الشخصية الاعتبارية أن ترصد مجموعة من الأموال لتحقيق غرض ما ، وإن هذا الركن متوفر في الوقف ؛ فالواقفون رصدوا أموالهم أو أوقفوا أموالهم من دور وأراض وغير ذلك من أموال منقولة وعقارات لتحقيق مقصد اجتماعي أو اقتصادي خاص أو عام.

- غرض يراد تحقيقه: لا يكون لتجمع المال والأشخاص معنى إذا لم يكن لهم غرض يريدون تحصيله ، ولهذا يشترط أن يكون لهذا الاجتماع غرض واضح يرسمه المجتمعون حتى يضيف القانون معنى الشخص الاعتباري على نشاطهم ، وإن هذا الغرض هو أحد المرتكزات التي من أجلها ينشأ عقد الوقف ، فغرضه أولاً تحقيق مرضاة الله سبحانه ، ثم رصد هذا الجهد والمال من أجل تحقيق حد الكفاية الإنسانية لأفراد الأمة ، وهم مجموع الموقوف عليهم ، كطلبة العلم ، والبحث العلمي

والصحة وغير ذلك من المقاصد الشرعية والمتعلقة بحفظ الكليات الخمس⁽¹⁾.

و مما يدل على الشخصية الاعتبارية للوقف وأن له غرض يراد تحقيقه أنه يجوز المعاوضة فيه لرفع الضرر الواقع على جيرانه⁽²⁾.

واعتراف القانون بالشخصية الاعتبارية أمر مهم حتى تزاوّل نشاطها ، وإن الوقف ثبت بدليل الكتاب والسنة والإجماع والقياس .

و مما سبق ذكره ، فإن أركان الشخصية الاعتبارية متحققة في الوقف وهذا يؤهله للقيام بالمقاصد التي أنشئ من أجلها شرعاً وقانوناً⁽³⁾.

الفرع الثاني: تعريف الشخصية المعنوية في القانون الوضعي .

لم يتطرق المشرع الجزائري لتعريف الشخصية المعنوية للوقف ، وبالرجوع للفقه القانوني نجده يعرفها أنها : كل مجموعة من الأشخاص الطبيعية أو الأموال يجمعهما غرض واحد ، ويكون لهذه المجموعة شخصية قانونية لازمة منفصلة عن شخصية المكونين لها أو المنتفعين بها⁴.

أو هي الكيان الذي يعتمد وجوده على مجموعات من الأشخاص أو الأموال تسعى لتحقيق مصالح أو غايات معينة ، ويكون له نظام أساسي يسير عليه وله ذمة مالية يعترف القانون بها .

¹ - أد / نعمت عبد اللطيف ، أثر الوقف ، مركز صالح عبدالله للاقتصاد الإسلامي ، القاهرة ، 1997 ص 36

² - البرزلي ، الإعلام بنوازل الأحكام ، دار الحديث ، الطبعة الأولى ، الجزء الأول ، 2007 ، (2/ لوحة رقم 107).

³ - أد / نعمت عبد اللطيف ، المرجع السابق ، (ص 37).

⁴ نبيل إبراهيم سعد ، المدخل إلى القانون ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2001 ، ص 212

المطلب الثاني: دلائل اعتبار الوقف شخصية معنوية

ونتناول هذا المطلب من خلال النظريات التي تؤكد الشخصية المعنوية للوقف أو تنفيها بالإضافة الى موقف المشرع الجزائري .

الفرع الأول : نظرية المجاز:

تري أن الشخصية الاعتبارية مجاز وافترض قانوني (fiction) لا يتم إلا بتدخل الدولة التي تفترض إلى جانب الشخص الطبيعي شخصاً افتراضياً، وتُنسب هذه النظرية إلى الألماني سافيني savigny وأتباعه فقد كان له الدور الأكبر في صياغتها: (Thearie de La fiction) ويترتب على هذه النظرية التسليم للدولة بالسلطان المطلق على الجماعات فتمنحها الشخصية القانونية أو تمنعها عنها حسبما تمليه الاعتبارات السياسية. وطبقاً لهذه النظرية (نظرية المجاز) فالشخصية لا تولد إلا من يوم إذن الدولة بما لها من الخيار المطلق ومن ثم تستطيع أيضاً سحب هذه الشخصية القانونية أو أن تقيدھا.

لقد كانت هذه النظرية محلاً للنقد الشديد لاعتبارات كثيرة أهمها أنها تعرقل حرية تكوين الجماعات، فالجماعة مهما كان غرضها مشروعاً فإنها لن تمنح الشخصية القانونية إلا إذا اعترفت لها بهذه الشخصية⁽¹⁾.

الفرع الثاني : نظرية الحقيقة .

تذهب -في جملتها- إلى أن الشخصية الاعتبارية حقيقة قائمة، فبمجرد اجتماع عدد من الأفراد لتحقيق غرض معين مشروع تنشأ إرادة مشتركة منفصلة عن إرادة هؤلاء الأفراد، وهذه الإرادة تنشأ قبل تدخل الدولة ويكون تدخل الدولة للاعتراف بهذا الوجود وتنظيم النشاط، ثم ذهب بعض أنصار هذه النظرية إلى أن الحق ليس هو الإرادة بل المصلحة، وصاحب الحق هو صاحب المصلحة التي يحميها القانون حتى ولو كانت الإرادة ليست مستقرة عند صاحب الحق نفسه بل في النائب عنه، ومن ثم كان حتماً على القانون أن يحمي هذه المصالح وأن يرفعها إلى مرتبة الحقوق ومن ثم اعتبارها أشخاصاً قانونية⁽²⁾.

وبلاحظ لنا هنا امتزاج الشخصية الاعتبارية بالشخصية القانونية وأن كل شخصية اعتبارية لابد أن تكتسب الشخصية القانونية بإسباغ واعتراف القانون بهذه الشخصية القانونية وليس العكس، نقول ذلك لأنه قد ظهر في الفكر القانوني الحديث أنه ليس ثمة تلازم بين الشخصية الاعتبارية والشخصية القانونية فقد توجد الشخصية القانونية ولا يعترف لها القانون بالشخصية الاعتبارية كما سيأتي في البحث⁽²⁾.

الفرع الثالث: النظرية التي تنكر فكرة الشخصية الاعتبارية وتقدم بدائل لها:

يذهب بعض أصحاب هذه النظرية إلى إمكانية الاستغناء عن الشخصية الاعتبارية بفكرة الملكية المشتركة (Propriete Collective) فتكون ملكية المال ملكية مشتركة أي مملوكة للجماعة كلها معاً كأنها فرد واحد، وهذا المجموع من المال هو الذي يكون محلاً للحقوق والالتزامات.

(¹) ميشو في نظرية الشخصية الاعتبارية ج 1 مشار إليه في المدخل للعلوم القانونية د. محمد عبد المنعم البدر اوي ص 687 - انظر د. محمد عبد الله العربي -
الفقه الإداري الحديث- مجلة القانون والاقتصاد العدد 1، 3 السنة 1.
(²) انظر ص 30 وما بعدها.

ويذهب البعض الآخر من أصحاب هذا الاتجاه المنكر للشخصية الاعتبارية إلى أنه يمكن الاستعاضة عنها بفكرة المال الذي لا مالك له والمخصص لغرض معين: (Proprieted, affiction) فالأموال التي يقال عادة أنها ملك لشخص معنوي هي أموال أو ذمة مالية مخصصة لغرض معين وليس من الضروري أن تنسب هذه الذمة وتلك الأموال لشخص معين.

وقيل في نقد هذه النظرية أن كلاً من القانون المدني في مصر وفرنسا لا يعرف صورة الملكية المشتركة كما أن الحقوق والالتزامات المالية إنما تثبت بالضرورة لشخص أو عليه ومن ثم لا يمكن التسليم بأن هناك أموالاً لا يملكها شخص معين⁽¹⁾.

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري فقد تجاوب مع النظم الحديثة باعتبار الوقف يتمتع بالشخصية المعنوية من خلال المقومات التالية:

- تو افر العناصر الموضوعية للشخصية المعنوية للوقف :

فالشخص الاعتباري ينشأ من مجموع الأشخاص والأموال فان هذين الشرطين موجودين في الفقه الإسلامي حيث ان الواقفين انفسهم ارسدوا أو أوقفوا أموالهم في سبيل الله ، أي ان هدفهم هو تسهيل الثمرة من خلال استفادة الموقوف عليهم من منافع هذه الاموال ، واستفادتهم من الاجر والثواب وهذا حسب الاغراض المحددة في عقد الوقف ، وتتلور العناصر الموضوعية للوقف من خلال :

- ناظر الملك الوقفي الذي يعتبر الممثل القانوني للشخص المعنوي

- وجود أموال لتحقيق الغرض المراد الوصول اليه

- تو افر العناصر الشكلية للشخصية المعنوية للوقف

فبتوافر العناصر الموضوعية السالف ذكرها من أشخاص وأموال وغرض وممثل يكون الوقف موجود من حيث الواقع فقط ، لذا قام المشرع الجزائري بتدعيم هذا الوجود بإضفاء الشخصية المعنوية له والاعتراف بشخصيته في نصوصه ، وهذا الاعتراف يكسبه الشخصية القانونية لان القاعدة تقول ان كل شخص اعتباري معترف به ذو شخصية قانونية وليس العكس ، لذا كان للوقف الاعتراف الصريح بشخصيته الاعتبارية في قانونين اثنين، قانون خاص به وهو قانون الأوقاف 91-10 المادة الخامسة منه والمادة 49 من القانون المدني.

المبحث الثاني: أثار إضفاء الشخصية الاعتبارية على الوقف

نظرا لتركيبية الوقف المتميزة كونه من الشخصيات الاعتبارية التي اعترف لها الفقه والقانون على حد السواء بالشخصية الاعتبارية ، فهو يتمتع بنفس الآثار التي يتمتع بها أي كائن معنوي طبقا للقواعد العامة ، بالإضافة الى أثار خارجة عن نطاق القواعد العامة .

المطلب الأول: أثار الشخصية المعنوية للوقف المقررة في المادة 50 ق م ج

وتتمثل في : الذمة المالية ، الأهلية ، الموطن ، النائب ، حق التقاضي

¹ الشخص في نظر القانون ليس هو الإنسان الأدمي وإنما من كان صالحاً لتلقي الحقوق وتحمل الواجبات وليس هذا للإنسان وحده.

الفرع الأول: الذمة المالية

تعرف الذمة المالية عند القانونيين بأنها مجموع مالمشخص وما عليه من حقوق مالية بمعنى مجموع الديون التي تمثل جانب الخصوم بالإضافة الى جانب الأصول الذي يمثل الجانب الايجابي في الذمة المالية للشخص القانوني ، وتبدأ الذمة المالية للشخص ببداية الشخصية القانونية له وتنتهي بانتهاء هذه الشخصية ذلك أن الذمة المالية هي أمر فرضي اعتباري يفرض ليكون محلا للإلزام والالتزام أي يكون متعلق بحقوق الشخص وواجباته¹.

وعن مظاهر ثبوت الذمة المالية للوقف أن حالة موت أحد المتعاقدين في إجارة الوقف يبطل العقد على عكس فيما اذا توفي الناظر فلا تبطل الإجارة لأنها ترجع لصالح الوقف وليس لصالح الناظر ، وبالتالي فان الناظر نائب عن الوقف فهو لايتصرف لحسابه الخاص ونفس الامر بالنسبة لبيع محاصيل الوقف فعائداتها لا تكون ملكا للمستحقين وإنما ملك للوقف وكان الوقف هو البائع .

الفرع الثاني: الأهلية القانونية

بتمتع الشخص الاعتباري بالحقوق التي يتمتع بها الشخص الطبيعي الا ما كان ملازما منها لصفة الانسان فأهلية الوجوب للوقف تتولد فور اعتراف القانون بشخصيته المعنوية وهي مقيدة بالغرض والغاية التي يسعى لتحقيقها الوقف او مايعرف بمبدأ التخصيص بغرض معين².

فأهلية الشخص الاعتباري تتضح في مضمون العقد ، وكذلك الحال للوقف الذي تظهر أهليته في مضمون عقد الوقف وحدوده فالواقف يسعى دوما لتخصيص منفعة هذه الاموال المحبوسة عن التملك والتملك للموقوف عليهم وخدمتهم والذي يقوم بتحقيق مقصد الوقف او تنفيذ إرادته ناظر الملك الوقفي المسير المباشر للملك الوقفي على المستوى المحلي والذي يباشر النشاط لحساب الوقف ، لذا فان من إحدى نشاطاته مانصت عليه المادة 13 من المرسوم 381-98 " السهر على حماية الملك الوقفي والأراضي الفلاحية الوقفية واستصلاحها وزراعتها " .

الفرع الثالث : الموطن

ينجر عن تمتع الشخص المعنوي بالشخصية المعنوية اكتسابه لموطن يخاطب فيه كل ما يخص علاقاته ونشاطه القانوني ، وموطن الوقف هو مكان وجود مديريته المركزية والمشرقة على تسيير شؤونه وتوابعها على التراب الوطني وخارجه ، فموطن الوقف هو المكان الذي أنشئ فيه العقد وترتبت عليه آثار العقد شرعا وبذلك فللوقف موطن .

الفرع الرابع : النائب

فالوقف باعتباره شخصا معنويا اعتبر ناظر الوقف هو النائب عن الوقف اتجاه الأشخاص الاعتبارية فيعبر عن إرادته وابرام العقود النافعة باسمه ، واذا تعذر على الناظر القيام بالمهمة أناب غيره بشرط ان يكون أهلا لذلك زالا عينه القائم على الوقف ، فنيابة الناظر للتعبير عن الشخصية الاعتبارية للوقف تعتبر جزء من المتظومة التشريعية التي تنظم الوقف خاصة التصرفات المالية كإقرار مبدأ الضمان في حالة التعدي وعملا بالقاعدة الفقهية التي مفادها "

¹ محمد ابوزهرة ، أحكام التركات والمواثيق ، دارالفكر العربي ، مصر، 1963 ، ص 16 ،

² جهاد محمود وعيسى الاشقر ، نظرية الشخصية الافتراضية و آثارها ، دارالجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، 2009 ،

الاعبان تضمن بواحد من الأمرين : أما باتلاف أو تعدي " وايضا اقرار مبدأ رفع الضرر عن الوقف من تصرفات نائبة غير مشروعة عملا بالقاعدة الفقهية " الضرر لايزال"¹.

أما عن حق التقاضي الذي يمنحه القانون للشخص الاعتباري اي في رفع الدعاوى القضائية ضد شخص طبيعي آخر كما يحق لغيره رفع الدعاوى ، فلقد أجازت الشريعة الإسلامية لمصالح معتبرة إن يقوم شخص بتمثيل شخص آخر لاقتضاء حقه ، فحق التقاضي صفة أقرها الفقهاء للوقف لاقتضاء حقه وكحالة إثبات للوقف ، وتغريم المتعدي وغير ذلك من الخصومات القضائية². ومن أمثلة التعدي الذي يوجب اللجوء للقضاء :

- تجاهل ناظر الوقف لشروط الوقف دون داع لذلك
- سرقة الوقف كان يقوم ناظر الوقف بتحويل الوقف العام الى وقف خاص ببيعه بعد ادعاء ملكيته .

- استغلال الوقف لمصلحة لاتتعلق به

- عدم قدرة الناظر على إدارة الوقف وعمارته واستثماره

المطلب الثاني: أثار الشخصية المعنوية للوقف الغير مقررة في المادة 50 ق م ج

وتتمثل عموما في الاسم وجنسية الوقف

الفرع الأول : اسم الوقف

وذلك لتمييزه عن الذوات الأخرى ، بل له نسب يوضح الفرق بينه وبين تلك الذوات ويحتاج الأمر لإثبات الحق أو الذمة المالية للشخص الطبيعي الى معرفة اسمه ونسبه ، وكثيرا مايقع الاشتباه في الحقوق أو الذمم لتشابه الأسماء ، ولما كان للوقف شخصية معنوية ملحقه حكما بالشخصية الطبيعية كانت الحاجة قائمة لإيجاد اسم الشخصية المعنوية . ومن هذا المنطلق فانه يمكن ان يكون للوقف اسم يميزه عن باقي الأوقاف والمؤسسات الخيرية ولعل مجال أعمال هذه الخاصية يكون متاح وبشكل كبير في الأوقاف العامة ذات الطابع الخيري والتي اشتهرت بها الجزائر في العهد العثماني ، ومن الناحية العملية فان وجود اسم للأوقاف له أهمية بالغة في الكثير من المواطن خاصة في جانب الحماية القانونية له ففي حالة التعدي يمكن تمييزه بسهولة ، كذلك في جانب تلقى التبرعات من الجهات والأشخاص فان وجود اسم له يسهل مهمة التبرع³.

الفرع الثاني : جنسية الوقف

رغم أن القانون الجزائري لم بنص صراحة على تمتع الوقف بالجنسية ، الا أنه يمكن إعمال نص المادة 50 ق م ج السالفة الذكر اذا ماكان للوقف فروع ومؤسسات خارج الجزائر ، دون أن ننسى أن الوصاية العامة للأوقاف تعود الى جهة سيادية في الدولة هي وزارة الشؤون الدينية والأوقاف والجدير بالذكر مانصت عليه المادة 16 من القانون المدني في مسألة تنازع القوانين في المسائل التبرعية بقولها " يسري على الهبة والوقف قانون جنسية الواهب والواقف وقت اجرائها " وانطلاقا من هذه المادة فانها أولت جنسية الواقف المتبرع اعتبارا في قضية تنازع القوانين ، وكأنها تلحق جنسية الوقف

¹ عبد القادرين عزوز، فقه استثمار الوقف وتمويله في الاسلام ، دراسة تطبيقية عن الوقف الجزائري ، ص 56

² رمضان قنفود ، المنازعات المتعلقة بالمال الوقفي ، رسالة دكتوراه ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2014-2015 ص 58

³ دريسي نورالهدى ، المنازعات الوقفية في القانون الجزائري ، أطروحة دكتوراه ، جامعة بوبر بلكايد تلمسان ، كلية الحقوق ، 2019 ، ص 58

بجنسية الواقف اذا مآفترضنا أنه طرف أجنبي لا يتمتع بالجنسية الجزائرية ، ذلك ان الإشكال لا يثور في حال تمتعه بالجنسية الجزائرية إلى جانب جنسيته الأصلية حيث تطبق بشأنه أحكام المادة 22 من القانون ذاته¹.

الخاتمة:

وعليه فان المشرع الجزائري وفي إطار تنظيمه لمؤسسة الوقف عمل على تزويدها بالشخصية المعنوية طبقا للمادة 50 من القانون المدني الجزائري فتكون له ذمة مالية ، الأهلية ، الموطن ، النائب ، حق التقاضي ومن أهم نتائج البحث :

- الشخصية المعنوية بمفهومها العام تشمل شخصية الإنسان وشخصية الأشخاص المعنوية
- لم يعرف الفقه الإسلامي الشخصية المعنوية للوقف بل ألحقها بالذمة .
- للشخصية المعنوية للوقف عناصر تتكون من أشخاص ، أموال ، بالإضافة إلى هدف .
- لم يعرف المشرع الجزائري الشخصية المعنوية للوقف بل اكتفى بالاستدلال عليها من خلال عناصرها الموضوعية والشكلية.

- للوقف نائب يعبر عن إرادته ويبرم العقود باسمه ولحسابه.
- يحظى الوقف بكامل حقوقه ويتحمل التزاماته متى تم إنشاء عقده أمام الموثق وفق إرادة الواقف المنفردة
- نتج عن تطور التنظيم الإداري للوقف تأسيس وزارة الشؤون الدينية والأوقاف والتي من خلالها منح الوقف الشخصية المعنوية .
- حل المنازعات الوقفية لا يخرج عن القواعد العامة في ظل تردد المشرع بخصوص منحه الشخصية المعنوية للوقف وهو ما يظهر من خلال المادة 48 من قانون الأوقاف والتي أولت الاختصاص في منازعات الوقف إلى الجهة القضائية محل الوقف بدلا من "موطن الوقف أو مركز إدارته " .
- ومن أهم التوصيات :
- عقد ندوات تحسيسية بأهمية منح الوقف الطابع المؤسسي في أدائه لمهامه.
- تكريس الطابع المؤسسي الفعلي للوقف فالملحوظ أن الوزارة الوصية لازالت تعتبر الوقف مجموع أموال وأشخاص خصصت لتحقيق غرض معين.
- الاستفادة من تجارب الدول الرائدة في تنظيم العمل الوقفي في إطار مؤسسي منظم.

قائمة المراجع :

كتب ومؤلفات:

- البرزلي ، الإعلام بنوازل الأحكام ، دار الحديث ، الطبعة الأولى ، الجزء الأول ، 2007 ، (2/ لوحة رقم 107).
- جيرار كورنو وجماعة من الباحثين ، معجم المصطلحات القانونية ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بدون دار نشر ، سنة 1998 .
- جهاد محمود وعيسى الأشقر ، نظرية الشخصية الافتراضية وأثارها ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، 2009
- عبد الفتاح إبراهيم بهنسي: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ، مكتبة الإشعاع القانونية ، المنتزه ، -مصر ، دون رقم وتاريخ الطبع..

¹ دريسي نورالهدى ، مرجع سابق ، ص 59

- عبد العزيز خياط ، الشركات في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي ، منشورات وزارة الأوقاف و شؤون المقدسات الإسلامية ، الأردن ، ط1/ 1390 هـ / 1971 م .

- عبد القادر بن عزوز ، فقه استثمار الوقف وتمويله في الاسلام ، دراسة تطبيقية عن الوقف الجزائري .

- مصطفى أحمد الزرقا: المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي.

- منذر قحف: الوقف الإسلامي، دار الفكر المعاصر ، الطبعة الأولى ، دمشق ، سنة 2000 .

- ميشو في نظرية الشخصية الاعتبارية ج 1 مشار إليه في المدخل للعلوم القانونية د. محمد عبد المنعم البدرابي ص

687- انظر د. محمد عبد الله العربي -الفقه الإداري الحديث- مجلة القانون والاقتصاد العدد 1، 3 السنة 1.

- محمد ابو زهرة ، أحكام التركات والموارث ، دار الفكر العربي ، مصر ، 1993 .

- نوح علي سليمان ، إبراء الذمة من حقوق العباد ، دار البشير ، عمان ، ط1/ 1407 هـ - 1986 م .

نعمت عبد اللطيف ، أثر الوقف .

- نبيل ابراهيم سعد ، المدخل الى القانون ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2001 .

النصوص القانونية:

القانون رقم: 90-09 مؤرخ في 12 رمضان عام 1410 هـ الموافق: 07 أبريل سنة 1990 م المتضمن قانون الولاية، الصادر

بالجريدة الرسمية ل: ج ج د ش ، عدد: 15، السنة 27، بتاريخ 16 رمضان عام 1410 هـ الموافق: 11 أبريل سنة 1990 م.

القانون رقم: 90-08 مؤرخ في 12 رمضان عام 1410 هـ الموافق: 07 أبريل سنة 1990 م المتضمن قانون البلدية الصادر

بالجريدة الرسمية ل: ج ج د ش ، عدد: 15، السنة 27، بتاريخ 16 رمضان عام 1410 هـ الموافق: 11 أبريل سنة 1990 م.

القانون رقم: 90-31 مؤرخ في 17 جمادى الأولى عام 1411 هـ الموافق: 04 ديسمبر سنة 1990 م المتضمن قانون

الجمعيات، الصادر بالجريدة الرسمية ل: ج ج د ش ، عدد: 53، سنة 27، بتاريخ 18 جمادى الأولى عام 1410 هـ الموافق:

05 ديسمبر سنة 1990 م.

الرسائل والمذكرات :

- رمضان قنفود ، المنازعات المتعلقة بالمال الوقفي ، رسالة دكتوراه ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2014-2015 .

- نور الهدى ، المنازعات الوقفية في القانون الجزائري ، أطروحة دكتوراه ، جامعة بو بكر بلقايد تلمسان ، كلية

الحقوق ، 2019 .

السياسة التنموية للصين شمال القارة الإفريقية "الجزائر نموذجا"

China's development policy in North Africa "Algeria as a model"

سميرة ناصري

هدى بهلول *

- أستاذ التعليم العالي - جامعة محمد خيضر بسكرة

- طالب دكتوراه - جامعة عباس لغرور خنشلة

مخبر البحوث القانونية السياسية والشرعية

samira.naseri@univ-biskra.dz

houda.bahloul@univ-khenchela.dz

تاريخ القبول: 14-06-2024

تاريخ الإيداع: 05-02-2024

ملخص:

تعد العلاقات الصينية الجزائرية من أبرز الشراكات الإستراتيجية الشاملة والتي تميزت بالانسجام والتناغم بين الطرفين، والتي ترجمت على شكل مشاريع استثمارية وتنموية في الجزائر الأمر الذي جعل الصين تستخدم تلك العلاقة الثنائية كإطار معزز لتحقيق أهداف سياستها الخارجية للتوسع والتغلغل نحو إفريقيا.

تسعى الصين لكسب المزيد من الدول لتأييد موقفها تجاه قضية تايوان باعتبار أن الجزائر دولة محورية في منطقة شمال إفريقيا، كما تُعدّ الصين الجزائر أكبر سوق لتوزيع فائض إنتاجها وبوابة آمنة للدخول إلى القارة الإفريقية من خلال ميناء الحمداية الذي سيربطها بقلب إفريقيا لتعزيز التجارة الدولية في المنطقة وتحقيق الأمن الطاقوي لها. الكلمات المفتاحية: الإستراتيجية؛ التنمية؛ الصين؛ شمال القارة الإفريقية؛ الجزائر.

Abstract:

The Chinese-Algerian relations are among the most prominent comprehensive strategic partnerships, characterized by harmony and harmony between the two parties, which were translated into the form of investment and development projects in Algeria, which made China use this bilateral relationship as an enhanced framework to achieve its foreign policy goals of expansion and penetration into Africa.

China seeks to gain more countries to support its position on the Taiwan issue, given that Algeria is a pivotal country in the North African region. China also considers Algeria the largest market for distributing its surplus production and a safe gateway to enter the African continent through the port of Hamdaniya, which will connect it to the heart of Africa to enhance international trade in the region and achieve Its energy security.

Keywords : The strategy; Development; China ; North Africa; Algeria

* هدى بهلول.

مقدمة:

حققت الصين نمو اقتصادي كبير على المستوى الداخلي والخارجي بتطبيق مشروعا تنمويا محاولة منها عزل الاقتصاد عن التجاذبات السياسية وتفضيل المصلحة الاقتصادية على المصالح الأخرى. فقد تبنت الصين العديد من الإستراتيجيات لتوسيع مجال نفوذها في النظام الدولي والسيطرة على المناطق الحيوية، فوضعت خطط تنموية في مجموعة من الدول النامية مثل دول شمال القارة الإفريقية ونخص بالذكر الجزائر، بحيث تتماشى تلك الخطط مع جيوبوليتيكية الدولة لتحقيق أهدافها. تلعب العلاقات الصينية الجزائرية القديمة دورا هاما في توسيع مجال الشراكة البينية والتي مست مجالات أخرى، فالجزائر تتوسم من تلك العلاقة الثنائية تحقيق مستوى عالي من التنمية وعلى إثرها وقع البلدين مجموعة اتفاقيات للتبادل والتعاون في عدة مجالات.

تحاول دراستنا هذه الإجابة عن الإشكالية التالية:

إلى أي مدى ساهمت الإستراتيجيات التنموية الصينية في تحقيق أبعاد التنمية في الجزائر ؟.

أهمية الموضوع: تكمن أهمية هذه الدراسة من خلال الخوض في مجال العلاقات الدولية للكشف عن الجوانب الموضوعية للعلاقات الصينية الجزائرية على نحو أكثر دقة وتفصيل عبر تفكيك متغيرات الموضوع، فالمشروع التنموي الصيني في الجزائر له عدة أبعاد سيتم تحليلها لفهم الأهداف التي يتطلع صانع القرار الصيني لتحقيقها من خلالها، وانعكاسات تلك الشراكة على الصعيد الاقتصادي والسياسي في الجزائر. ولتحليل بحثنا تم تقسيمه إلى محورين حيث نتناول في المحور الأول مقارنة مفاهيمية وجيوسياسية للدراسة. بينما المحور الثاني تناولنا فيه العلاقات التنموية الصينية في الجزائر.

المحور الأول - مقارنة مفاهيمية وجيوسياسية للدراسة

سيتم التطرق في هذا المحور مفهوم متغيرات الدراسة للفهم العام ودراسة البيئة الجيوسياسية لكل من الصين والجزائر لتحليل العلاقة التنموية بينهما من أجل تعزيز التعاون وتحقيق المصالح المشتركة.

أولا - مفهوم التنمية:

يندرج تحت هذا العنصر مفهوم التنمية والذي يشكل أهمية بالغة في تقدم الدول والتي تندرج ضمنه قضايا ومسائل لوجستية تتكامل فيما بينها لتعزيز الشامل لهذا المفهوم الذي بات عنصرا جوهريا لقياس قوة الدول.

1- تعريف التنمية:

قدم ماركس فير تعريفا للتنمية حيث يقول: أنها تلك العملية الثورية التي تتضمن تحولات شاملة في البناء الاجتماعي والاقتصادي والسياسي وربط تطور التنمية بالإطار الأيديولوجي للمجتمعات الاشتراكية أو الرأسمالية على حد سواء¹.

¹ كوتر بوبريمة، "تحليل ونقد وتقييم للإتجاهات النظرية المفسرة للتنمية"، مجلة المحترف لعلوم الرياضة والعلوم الانسانية والاجتماعية، المجلد 08، العدد 04، 2021، ص ص 2018-2019.

كما تعرف التنمية على أنها عملية ديناميكية تشمل مجموعة من التغيرات الهيكلية والوظيفية لتحسين النوعي والكمي في شتى المجالات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والبيئية في غيرها وذلك باستخدام المواد المتاحة لدى الدولة. (Abuiyada، 2018، صفحة 115)

وكتعريف إجرائي للتنمية يمكن القول أنها تلك التطورات في المجالات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والثقافية من خلال المؤشرات التفاعلية فيما بينها حسب الموارد المتاحة، ورفع مستوى الدخل للفرد، فالإنسان هو محور العملية التنموية سواء على المستوى الداخلي أو الخارجي للدولة.

2-أنواع التنمية:

يعد مفهوم التنمية من المفاهيم الأساسية في تقدم الدول وهو مفهوم مرتبط بعدة مجالات.

أ-التنمية الاقتصادية: وتعرف التنمية الاقتصادية أيضا على أنها العملية التي تستخدمها الدولة النامية في استغلال مواردها الاقتصادية الحقيقية بهدف زيادة دخلها القومي الحقيقي وبالتالي زيادة متوسط نصيب الفرد منه¹.

تعتبر التنمية الاقتصادية الهدف الأساسي لغالبية دول العالم فهذه حقيقة دون جدال، وهي رفع القدرات الاقتصادية للشعوب ويمكن تحديدها من خلال نمو الناتج المحلي لها.

ب-التنمية السياسية: أعطى غابريال أmond تعريفًا للتنمية السياسية على أنها مجموعة وظائف متميزة للأبنية السياسية، والعلمنة المتزايدة للثقافة السياسية وللبنى المؤسساتية للدولة التي بدورها تضمن استمرارية النظام السياسي².

نجد في تعريف آخر قدمه لوسيان باي للتنمية السياسية على أنها ومتطلب سياسي للتنمية الاقتصادية وتحديث سياسي لتحقيق الاستقرار بتفعيل التنشئة السياسية والمشاركة الجماهيرية لبناء وترسيخ الديمقراطية³.

وعليه فإن التنمية السياسية تتمازج مع مجالات التنمية الأخرى في علاقة ترابطية وذلك بتفاعل النظام السياسي مع البيئة الداخلية والخارجية والقدرة على التحديث والتغيير السياسي إلى نموذج جديد ديمقراطي يقوم على المساواة ليصل إلى مرحلة الاستقرار السياسي.

ج--التنمية الثقافية:

هي وضع إستراتيجية تفاعلية ذات منهج مدروس، للتغلب على الثغرات والمتطلبات الثقافية وسد الفراغ، والتنمية الثقافية أساس كل مسار تنموي تحاول الدولة تحقيقه⁴.

¹ سامية بزاوي، "دور التنمية الزراعية في دعم التنمية الاقتصادية بالجزائر بين الواقع وضرورة الإصلاح"، مجلة النمو الاقتصادي والمقاولية، المجلد 4، العدد 28، 2021، 2 جانفي، ص 71.

² نور الدين دخان، عامر هني، "دور البنى الفكرية والمؤسساتية للتنمية السياسية في تحديث الدول النامية"، مجلة الناقد للدراسات السياسية، المجلد 02، العدد 01، 2018، 01، أبريل، ص 98.

³ المرجع نفسه، ص 97.

⁴ ايمان عبد الكريم ذيب صالح، أحمد مولود أحمد، "استراتيجيات التنمية الثقافية للشباب العراقي في ضوء تحديات العولمة الثقافية"، مجلة الدراسات التربوية والعلمية، المجلد 02، العدد 12، 2018، آب، ص 66.

يرتبط مصطلح التنمية الثقافية بالفعل السياسي من خلال المدخلات والمخرجات في النظام السياسي كما هو عنصر يحاكي التنمية الاقتصادية والاجتماعية، ومنه فالمصطلح نتاج لعملية ديناميكية للتنمية في المجالات الأخرى والهدف منها الحفاظ على الهوية الوطنية.

من خلال التطرق لمختلف أنواع التنمية نجد أن كل منها مرتبط بالآخر في علاقة تكاملية وعلاقة تأثير وتأثر فكل نوع من أنواع التنمية يؤثر في الآخر ويتأثر به، وكمثال لما تقدم نجد أن الصين في سبيل تحقيق تقدمها في النظام الدولي اهتمت بالتنمية الثقافية القائمة على القيم الكونفوشيوسية الصينية الأمر الذي مهد للاستقرار السياسي والانفتاح الاقتصادي للدولة، وهكذا كانت العلاقة التفاعلية بين مختلف السياسات التنموية التي تبنتها الصين سببا جوهريا للوصول للمكانة الدولية التي عليها اليوم.

3-أهداف التنمية:

تهدف التنمية إلى تحقيق العديد من الأهداف والغايات والتي بدورها تعتبر مؤشرات لقياس مستوى التنمية في أي دولة ونذكر منها¹:

- ✓ زيادة الرفاه الاقتصادي.
- ✓ تأمين الاحتياجات من الطاقة والمواد الأولية.
- ✓ زيادة الدخل.
- ✓ تحقيق الذات وتأكيد الشعور بالانتماء للإنسانية.
- ✓ بناء الأساس المادي للتقدم.

ثانيا - الصين دراسة جيوسياسية:

ترتكز الدراسة الجيوسياسية للصين على فهم تفاعل وتأثير البيئة الجغرافية مثل الموقع الاستراتيجي والموارد الطبيعية على توجيه سياستها في البيئة الخارجية.

1-سياسيا وأمنيا:

لفهم النمو الاقتصادي الصيني لابد من معرفة النظام السياسي لها بصفة عامة والسياسة الخارجية بصفة خاصة، تتبنى الصين نظاما سياسيا اشتراكا يتزعم الحزب الشيوعي الصيني الحكم في إطار سياسة الحزب الواحد. ونجد أن العوامل الداخلية للصين تأثر على سلوك السياسة الخارجية لها، فبعد تحول الصين إلى دولة شيوعية سنة 1949 المرتبط بفكر "ماو تسي تونغ" والذي يولي أهمية كبيرة للسياسة الخارجية فالصين ترجع دوما ممارساتها الخارجية إلى إرثها الحضاري والتاريخي، فهناك ارتباط كبير بين المجتمع الصيني والثقافة والفلسفة "الكوفيشيوسية" والتي تدعو إلى إدراج الأخلاق في البيئة السياسية فهي تدعم الأمن والسلم الدوليين وهو ما يدعم سلمية السياسة الخارجية الصينية في النظام الدولي².

¹ سليم قيرع، عبد النور زوامبية، "واقع التنمية في ظل آليات الحكم الراشد في الجزائر"، مجلة أنسنة للبحوث والدراسات، المجلد 12، تا عدد 70، 2021، 01 جوان، ص 154-155.

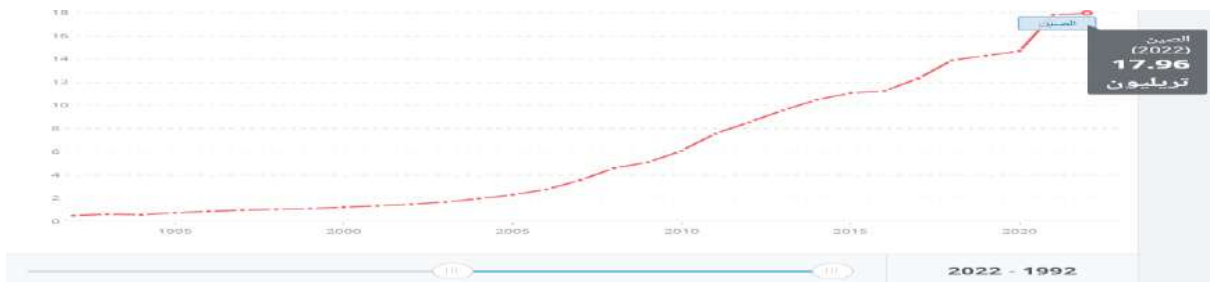
² محمد قروش، "طبيعة النظم السياسي وأثره في توجيه السلوك الخارجي للدولة: السياسة الصينية تجاه دول المغرب العربي نموذجا"، مجلة القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، المجلد 02، العدد 03، 2018، 01 جوان، ص 12.

أظهر التقرير السنوي لمعهد ستوكهولم الدولي لأبحاث السلام العالمي "SIPRI" أن الإنفاق العسكري للصين قد خصصت له ما يقدر بنحو 916 مليار دولار في 2023 على الجيش معداته بزيادة قدرها 6 بالمائة عن¹ 2022، وهذا ناتج عن تواصل الصين لتحديث قواتها المسلحة مع إدراج التكنولوجيا الحديثة للقطاع العسكري بما يتماشى ومكانتها في النظام الدولي والتحديات الأمنية الجديدة لها.

2- المتغير الاقتصادي:

تبنت الصين مع بداية الثمانينات إتباع منهج جديد للدفاع عن مصالحها ووجودها، وذلك من خلال إستراتيجيتها للانفتاح على العالم الخارجي وإعطاء أهمية أكبر للعلاقات الاقتصادية والسوق العالمية وتحقيق التنمية الاقتصادية².

1 رسم توضيحي لإجمالي الناتج المحلي الصيني لسنة منذ (1992-2022)



المصدر: البنك الدولي <https://n9.cl/jh4nh> تاريخ الرجوع إلى الموقع 2024-05-25.

يتبين من خلال الشكل أن إجمالي الناتج المحلي في الصين لسنة 2022 وصل إلى 17.96 تريليون دولار حسب إحصائية البنك الدولي وهي نسبة في تزايد مستمر منذ سنة 1992 إلى غاية 2022 وهذا راجع لسياسة الإصلاحات التي اعتمدتها الصين في المجال الاقتصادي، وبهذا تحتل المرتبة الثانية عالميا في المجال الاقتصادي بعد الولايات المتحدة.

3- المتغير الديمغرافي في السياسة الصينية:

يعد العامل الديمغرافي من بين أهم محددات السياسة الخارجية الصينية حيث يبلغ عدد سكان الصين 1.41 مليار نسمة سنة 2022³، وأكثر من 500 قومية يتوزعون على مساحة تقدر بـ 9.6 مليون كم²، لذا يعد العامل البشري من عوامل قوة الصين بسبب الاستقرار والتجانس الذي تشهده البلاد رغم وجود العديد من القوميات⁴.

فالمتغير البشري ما تضعه الصين من أولياتها في السياسة الخارجية لضمان إدراج اليد العاملة الصينية في مشاريعها التنموية الخارجية.

4- توجهات السياسة الخارجية الصينية:

تبنى الصين سياسات تعاونية سواء في البيئة الإقليمية أو العالمية لتؤكد الصعود السلمي لها، وتعظيم نفوذها وتحقيق مصالح تنموية فقط، وتفعيل تلك العلاقات التعاونية بين الدول تجعل الصين مشاريعها التنموية مؤطرة في شكل مؤسسات ومنظمات واتفاقيات بينها وبين الدول حتى تضمن سيرورة تلك العلاقات واستدامتها، فعلى المستوى

¹ معهد ستوكهولم الدولي للأبحاث والسلام، تقرير الإنفاق العسكري، (2024/04/22) <https://n9.cl/mirel> تاريخ الرجوع إلى الموقع 2024-05-25.

² عبد الحليم غزالي، "الإدراك الجيوسياسي الصيني بين الموروث الماضي ومتطلبات المستقبل"، مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية، المجلد 16، العدد 04، 2019، ص 101.

³ البند الدولي، إحصائيات تعداد السكان الإجمالي للصين متحصل عليه من <https://n9.cl/3gm5rn> تاريخ الرجوع إليه (2024-05-25).

⁴ محمد قروش، مرجع سابق، ص 19.

الإقليمي نجد أنها أنشأت رابطة الآسيان الذي تعتبر نموذجا رائدا للاندماج الإقليمي، كما تم إنشاء منتدى التعاون الصيني الإفريقي سنة 2000 بطلب من الصين وهو من الآليات الدبلوماسية المهمة لتعزيز التعاون الاقتصادي بين الطرفين والذي يضم أكثر من 50 دولة إفريقية، كما تم إنشاء منتدى التعاون الصيني العربي والذي أنشأ سنة 2004 لتعزيز التعاون بين الطرفين في شتى المجالات.

تعتمد الصين في سياستها الخارجية على القوة الناعمة ضمن سياق مقاربة ثقافية وأيديولوجية؛ لأنه وحسب الفكر السياسي للصين أن الدولة التي تمتلك نمط ثقافي وأيديولوجي متجانس ومتكامل في سياستها الخارجية يدفع بالدول قبول واستحسان التعامل معها؛ حيث يرى الباحث "وانغ هانينغ" وهو أحد المناصرين لتلك المقاربة، والتي من خلالها يؤكد على استخدام مصادر القوة الناعمة بحيث تشمل الأفكار والمبادئ ونمط السياسات والمؤسسات، لأنه يفترض مدركات القوة السياسية هي جوهر القوة الناعمة¹.

ثانيا - جيوبوليتيكية الجزائر:

يلعب الجيوبوليتيك دورا هاما ومحوريا في رسم وتحديد قوة الدولة خاصة مع الرهانات المطروحة على الساحة الدولية بعد الحرب الباردة والنمو المتسارع للدول الكبرى والصاعدة أو القوى التعديلية وحسب طرح ماكندر الذي ركز على القوة البرية في تحقيق السيادة العالمية في مجال الجيوبوليتيك والتي تدعو بالاحتمية الجغرافية، فمكانة الدولة في النظام الدولي مرتبط بالموقع الجغرافي والاستراتيجي لها، فالجزائر تملك موقع استراتيجي يؤهلها أن تكون متواجدة في الأجندة السياسية للدول الكبرى، كما يرشحها موقعها للعب دور محوري في البيئة الإقليمية والدولية².

1-الموقع الجغرافي للجزائر:

تملك الجزائر موقعا استراتيجيا في شمال القارة الإفريقية، فهي تطل على البحر الأبيض المتوسط بشريط ساحل يبلغ طوله 1200 كلم وبهذا الموقع تعتبر بوابة للقارة الإفريقية، وتربع الجزائر على مساحة تبلغ 2381741 كلم² فهي تحتل المرتبة العاشرة عالميا من حيث المساحة الجغرافية والمرتبة الأولى عربيا وإفريقيا أي ما يقدر بـ 8% من المساحة الإجمالية للقارة الإفريقية والتي تبلغ 30330000 كلم² الأمر الذي يميزها عن باقي دول شمال القارة الإفريقية³.

2-اقتصاديا:

يعد النظام السياسي في الجزائر نظام شبه رئاسي مر بعدة مراحل سياسية حيث انتقل من المرحلة الأحادية الحزبية والتي كانت تتبنى آنذاك النظام الاشتراكي والذي يتميز بالتوجيه الكامل من قبل الدولة ويلعب القطاع العام دورا رئيسا فيه، إلى مرحلة التعددية الحزبية والتي اعتمدت النظام الرأسمالي الذي يقوم على السوق الحر؛ حيث يقوم الاقتصاد الجزائري بالأساس على المحروقات فهو اقتصاد ريعي؛ حيث تعد الجزائر من الدول الغنية بالمواد الطاقوية، فالدول

¹ يوسف زباني، يوسف بوعندل، "العلاقات الجزائرية الصينية مشروع شراكة استراتيجية شاملة وواعدة في ضوء مبادرة طريق الحرير الجديد"، المجلة الجزائرية للأمن والتنمية، المجلد 12، العدد 01، 1، 2023، جانفي، ص 63.

² سليم جداي، محمد الطاهر عبدلة، "التحديات الجيوبوليتيكية للجزائر في منطقة الساحل"، الباحث للدراسات الأكاديمية، 2022، جانفي، ص 327.

³ أسامة سليخ، "الدوائر الجيوأمنية للجزائر بين منطق الجغرافيا وتصادم المصالح"، الباحث الأكاديمي في العلم القانونية والسياسية، المجلد 05، العدد 02، 03، 2022 أكتوبر، ص 17.

الكبرى تنظر لها نظرة جيواستراتيجية توفر لها احتياجاتها النفطية خاصة مع هذا النمو السريع للدول في المجال الاقتصادي المرهون بالأمن الطاقوي.

أ- الموارد الطاقوية في الجزائر:

تعتبر الجزائر من الدول الريعانية التي يعتمد اقتصادها على قطاع المحروقات حيث يمثل 97% من عائدات التصدير و35% من الناتج المحلي الإجمالي لذا يتأثر الاقتصاد الجزائري عند تذبذب أسعار البترول¹.

-الطاقة النفطية: تلعب هذه الطاقة الحيوية دورا هاما في دفع عجلة التنمية في كل مجالاتها للدول، فالجزائر تتمتع بمخزون معتبر من النفط؛ حيث مثلت سنة 1989 نقطة تحول في الاقتصاد الجزائري فتبنت النهج الديمقراطي والسوق الحر محاولة منها النهوض بالاقتصاد ولردم الفجوة التي تعثر بها اقتصادها في إطار النظام الاقتصادي الاشتراكي المتبع آنذاك.

تمتلك الجزائر حجم احتياطي معتبر من النفط، حيث قدر احتياطي النفط في الجزائر بـ 1662876712 (ط ب م) لسنة 2020 ويعتبر هذا الاحتياط من تلك المادة الحيوية الذي يؤهل الجزائر للعب دورا هاما في أسواق النفط العالمية خاصة مع تصعيد الحرب الروسية الأوكرانية الأمر الذي أدى بالدول الكبرى والصاعدة لطلب المزيد من النفط والغاز ونذكر منها الصين وروسيا لتأمين احتياجاتها².

-الغاز الطبيعي: تمتلك الجزائر ثروة معتبرة من الغاز الطبيعي متواجد في صحراء الجزائر؛ حيث يبلغ احتياطي الغاز في الجزائر 4.500 مليار م³ سنة 2021 وتمثل حصة الجزائر من احتياطي دول الأوبك 8.45% أما بالنسبة لدول العالم فتبلغ 2.23% الأمر الذي يجعل من الجزائر دولة تدخل في الحسابات الجيواستراتيجية للدول الكبرى والجدول أسفله يوضح معدلات إنتاج وصادرات الغاز الطبيعي في الجزائر.

جدول 1: جدول توضيحي لمعدلات إنتاج وصادرات الغاز الطبيعي في الجزائر

السنوات	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
إنتاج الغاز الطبيعي	79.3	80.2	81.4	91.4	93.0	93.8	87.0	81.5	100.8
صادرات الغاز الطبيعي	15.0	17.4	16.6	15.5	16.4	13.1	16.8	14.6	16.1

المصدر: british petroleum.(2023). bp.Energy Outlook 2023edition.

¹ طالم علي، "الأمن الطاقوي وتنوع الموارد الطاقوية كمدخل لبناء نموذج جديد للتنمية وتحقيق جودة الحياة في الجزائر"، مجلة الاستراتيجية والتنمية، المجلد 09، العدد 30، 05، 2019، ص 144.

² بوبكر صابة، ناجي بن حسين، "دور ومساهمة الغاز الطبيعي في الاقتصاد الجزائري"، دراسات في الاقتصاد والتجارة العالمية، المجلد 11، العدد 31، 01، 2022، ص 482.

من خلال الجدول التوضيحي لمعدلات إنتاج وصادرات الغاز الطبيعي في الجزائر، يتضح أن إنتاج الغاز الطبيعي في تزايد مستمر خلال الفترة الممتدة ما بين (2013-2021) الأمر الذي يجعل تلك المادة الحيوية المحرك الأساسي لدفع عجلة الاقتصاد الجزائري، أما بخصوص معدلات صادرات الغاز الطبيعي والذي يتبين أن الصادرات منه في تناقص ولا تميل للارتفاع الأمر الذي يؤكد أن الجزائر باتت تعلم قيمة ومكانة الغاز الطبيعي في تعزيز التنمية الشاملة والمستدامة لذا اعتمدت على زيادة إنتاج تلك المادة الحيوية وتخفيض معدل الصادرات منه.

ب- البرنامج التنموية في الجزائر:

تبنت الجزائر جملة من مخططات التنمية منذ استقلالها في فترات زمنية محددة وفترات مختلفة وقد قسمناها إلى فترتين، البرامج التنموية في فترة الأحادية الحزبية والبرامج التنموية في الفترة التعددية الحزبية والجدول التالي يوضح ذلك.

جدول 2: جدول توضيحي للمخططات التنموية في الجزائر (1967-2019)

المبلغ المخصص	أهدافها	مخططات التنمية في مرحلة الأحادية (1967-1989)
9.16 مليار DA	-القضاء على البطالة في إطار عملية التصنيع. -تحقيق التنمية الصناعية	المخطط الثلاثي الأول (1967-1969)
36.70 مليار DA	-العمل على تخفيف البطالة -تفعيل صناعات الحديد والصلب -تطوير صناعة الأسمدة	المخطط الرباعي الأول (1970-1973)
121.23 مليار DA	-الاستقلال الاقتصادي، تلبية الحاجات السوسيو-اقتصادية. تحقيق الرخاء الاقتصادي. - رفع الإنتاج وتوزيع التنمية لمختلف مناطق الوطن.	المخطط الرباعي الثاني (1974-1977)
550 مليار DA	-هيكلية المؤسسات العمومية. -إصلاح النظام الجبائي. -إصلاح النظام الوطني للأسعار -إعادة النظر في سياسة الأجور	المخطط الخماسي الأول (1980-1984)
550 مليار DA	-تحقيق استقلال المؤسسات العمومية -تدعيم وتيرة الإنتاج	المخطط الخماسي الثاني (1985-1989)
	-تحرير الأسعار وإزالة القيود على التجارة	برنامج الاستقرار الاقتصادي الأول

	الخارجية. -رفع سعر الفائدة ومعدلات إعادة الخصم وتقليص العجز الموازي. -إيجاد آليات للانتقال إلى اقتصاد السوق.	(1994-1993)
	-تحقيق نمو متوسط أي 5% من إجمالي الناتج الإجمالي الخام خارج المحروقات. -تخفيض نسبة التضخم إلى 6% مع نهاية تطبيق البرنامج. -الشروع في الخصخصة من خلال وضع إطار تشريعي. -تطوير الصادرات خارج المحروقات	برنامج الاستقرار الاقتصادي الثاني (1998-1995)
المبلغ المخصص	أهدافها	مخططات التنمية في المرحلة التعددية(2014-1989)
00525. مليار DA	-الحد من الفقر وتوفير مناصب الشغل. -وتحقيق التوازن الجهوي وإعادة بعث مسار نمو الاقتصاد	المخطط التنموي(الإنعاش الاقتصادي) (2004-2001)
4202.70 مليار DA	-تثبيت للمنجزات المحققة في الفترة السابقة . -وضع سياسة نمو مستدام لتنمية البنية التحتية والتنمية الريفية والأشغال العمومية. -ترقية سياسة الشراكة والخصخصة.	المخطط التنموي(التكميلي لدعم النمو) (2009-2005)
21.214 مليار DA	-تحسين التنمية البشرية ودعم التنمية الصناعية خارج إطار المحروقات. -تنمية اقتصاد المعرفة وتوفير مناصب عمل.	المخطط الخماسي(توطيد النمو الاقتصادي (2014-2010)
22.100 مليار DA	-تنمية قطاع الجماعات المحلية وتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة. -تحسين المنظومة التربوية للتعليم	المخطط الخماسي(توطيد النمو الاقتصادي) (2019-2015)

	-تحسين مستوى المعيشة.	

المصدر: من إعداد الباحثة. بالاعتماد على ، عامر هني، قراءة في مخططات التنمية بالجزائر (1967-2014)، مجلة التنمية والاقتصاد التطبيقي، العدد 04، 2018، ص ص، 216-222.

يتضح من خلال الجدول أعلاه أن الجزائر قد سعت من خلال برامجها التنموية خلال الفترة الممتدة من (1967م- 2019م) إلى تحقيق أهداف اقتصادية واجتماعية وثقافية فسخر صناع القرار كافة الوسائل المادية والبشرية والتقنية لإنجاح تلك البرامج، ورغم الإصلاحات الاقتصادية التي قامت بها الجزائر وفق البرامج التنموية المذكورة إلا أن هناك تعثر كبير في الاقتصاد الجزائري وذلك راجع لعدة أسباب سياسية واقتصادية وحتى اجتماعية، وعدم القدرة على التكيف مع هذا التحول في النظام الاقتصادي الذي يعتمد على السوق الحر.

المحور الثاني-العلاقة التنموية الصينية في الجزائر:

سعت الصين إلى الانفتاح الاقتصادي المرتبط أساسا بالاستثمار الخارجي نحو العالم عموما و شمال القارة الإفريقية خصوصا ونخص بالذكر الجزائر التي تربطها علاقات صداقة وتعاون منذ فترة الاستعمار الفرنسي لما يقارب نصف قرن في جميع الميادين وأهمها المجال الاقتصادي الذي أصبح العصب الرئيسي المحرك للعلاقات الدولية.

أولا - المشاريع الاستثمارية الصينية في الجزائر:

إن المتتبع للعلاقات التاريخية الاقتصادية بين الجزائر والصين تؤكد إلى وجود علاقات متينة مثلت قاعدة تفاعلية لتعزيز التعاون الاقتصادي الصيني الجزائري في عديد المجالات خاصة الحيوية منها، من منطلق الوزن الجيواقتصادي للصين ضمن النظام الدولي، وتعد الجزائر الشريك التجاري الأول للصين في شمال القارة الإفريقية وأكبر سوق تجاري للصين في المنطقة عموما والمغرب العربي خصوصا، وقد كانت سنة 1964 أولى بدايات العلاقات الاقتصادية الصينية الجزائرية، ليوقع البلدان عدة اتفاقيات ومشاريع تنموية.

حيث أكد الرئيس الصيني (شي جين بينغ) في خطاب قمة المديرين التنفيذيين للأوبك على التركيز على الانفتاح لخلق مساحة أكبر للتنمية و إن العولمة الاقتصادية هي السبيل الأمثل للدول لتحقيق التنمية، ودعا إلى النظام التجاري متعدد الأطراف الذي يوفر فرصا في النظام الدولي، حتى تتشابه مصالح الدول بشكل وثيق، وترتبط سلسلة الإمدادات والسلسلة الصناعية وسلسلة القيمة على المستوى العالمي ارتباطا وثيقا لصبح العالم مجتمعا واحدا بمصالح مشتركة ومصير مشترك¹.

فالصين تعتمد في سياستها الخارجية على متغير التنمية تحت لواء القوة الناعمة لتحقيق أهدافها المرجوة في العالم الخارجي وحسب المناطق الإستراتيجية التي تخدم تلك المصالح الوطنية، فاخترت الصين القارة الإفريقية كوجهة

¹ شي جين بينغ، "رسم مشترك لمسار نحو مستقبل أكثر إشراقا"، (17 نوفمبر 2018) خطاب الرئيس الصيني في قمة الرؤساء التنفيذيين للأوبك، بورت موروسي، 2018، 17 نوفمبر، <https://n9.cl/yzc0b> ، تاريخ الرجوع إلى الموقع 11 نوفمبر 2023.

إستراتيجية لتنفيذ سياستها التنموية في لمنطقة ونحصر بالذكر شمال القارة الإفريقية كمنطقة حيوية في القارة تستهدف الصين تنفيذ سياستها التنموية فيها.

في عام 2013 أزاح العملاق الآسيوي فرنسا من أعلى ترتيب الدول الممونة للجزائر بالسلع، بمعدل تدفق سنوي يفوق 7 مليارات دولار. وبلغت صادرات الصين في الأشهر الثلاثة الأولى من سنة 2020 1.7 مليار¹.

ولتأكيد التعاون القائم بين الجزائر وجمهورية الصين الشعبية في مختلف الميادين وعلى كافة الأصعدة، وقّع كل من وزير الشؤون الخارجية والجمالية الوطنية في الخارج، رمضان لعمامرة ومستشار الجمهورية ووزير الخارجية الصيني وانغ يي على الخطة الخماسية الثانية (2022-2026) للشراكة الإستراتيجية الشاملة بين الجزائر والصين²، فتتجلى معالم هته الشراكة من خلال استمرارية التعاون بين البلدين في كافة المجالات وتمتين الشراكة الصينية الجزائرية وذلك عبر تقديم مشاريع تنمية صينية مست جميع القطاعات الاقتصادية والأمنية والصحية وحتى التكنولوجيا حسب وزارة الشؤون الخارجية الجزائرية.

تتمثل معالم هذه الشراكة الى زيادة معدلات التبادل التجاري بين البلدين وتأمل الجزائر أن تحقق توازن إقليمي ودولي من خلال التعاون مع الصين في تسريع وتيرة التنمية من خلال المشاريع التنموية المقدمة لها في شتى المجالات. من جهة أخرى وقعت شركة النفط والغاز الجزائرية سوناطراك اتفاقا مع شركة سينوبك الصينية للبترول والكيمياويات بهدف إنتاج مشترك للنفط تقدر قيمته بـ490 مليون دولار؛ حيث تؤكد شركة سينوبك على جدية الاستثمار في التنقيب على النفط والغاز بالجزائر بالتعاون مع شركة سوناطراك وذلك لتأكيد وتعزيز وجودها بالجزائر والذي سيدخل هذا التعاون حيز التنفيذ سنة 2025³.

كما وقع رمضان لعمامرة وخو ليفانغ رئيس اللجنة الوطنية للتنمية والإصلاح بالصين على "الخطة التنفيذية للبناء المشترك لمبادرة الحزام والطريق والتي تعتبر بمثابة آلية أخرى من أجل تمتين وترسيخ التعاون والشراكة الاقتصادية التي تخدم مصالح البلدين في إطار مبادرة الحزام والطريق والتي انضمت الجزائر إليها سنة 2018، وكذا التوقيع على الخطة الثلاثية للتعاون في المجالات الهامة سنة 2022-2024 بين البلدين التي تشمل المجالات الاقتصادية والتجارية والطاقة والزراعة والتكنولوجيا والفضاء والصحة والتواصل الإنساني والثقافي⁴.

جاءت هذه التوقعات لتأكيد الإرادة التنموية الثنائية من السيد عبد المجيد تبون رئيس الجمهورية والسيد شي جين بينغ رئيس جمهورية الصين الشعبية، بما يتيح تحقيق الأهداف للبلدين وتعزيز النمو الاقتصادي والاجتماعي المستدام بينهما، كما أتت للنهوض بالتنمية الشاملة في الجزائر بعد التعثرات والأزمات الاقتصادية التي مرت بها، كما تساهم تلك الاتفاقيات الثنائية في تذليل مشاكل الاستثمار والتجارة وإزاحة الحواجز الاستثمارية والتجارية بين البلدين، ولأن الجزائر

¹ حمزة كحال، الجزائر تلوذ بالتمويل الصيني لتجنب الاستدانة الخارجية، (29 يونيو، 2020). <https://n9.cl/0m6zx> تاريخ الرجوع إلى الموقع 14 أكتوبر 2023

² وزارة الشؤون الخارجية، الجزائر والصين توقعان على "الخطة الخماسية الثنائية للتعاون الاستراتيجي الشامل للسنوات 2022-2026، <https://n9.cl/wios4> تاريخ الرجوع إلى الموقع 25-05-2024.

³ france24، سوناطراك الجزائرية توقع صفقة للتنقيب عن النفط مع سينوبك الصينية بقيمة 490 مليون دولار، (28 05، 2022)، <https://n9.cl/ydkebp> تاريخ الرجوع إلى الموقع 29 01، 2023.

⁴ حسان جبريل، الجزائر والصين توقعان الخطة التنفيذية لمبادرة "الحزام والطريق"، (5 ديسمبر، 2022)، <https://n9.cl/zel4l>، تاريخ الرجوع إلى الموقع 13 جانفي 2023.

بلد ريعي بامتياز تعتمد على النفط فهي تأمل من إبرام شركة سوناطراك للاتفاق مع شركة سينوبك الصينية للبتترول والكيمياويات للتنقيب عن النفط والغاز النهوض بهذا المجال الحيوي وتنميته.

1- التنمية في المجال الأمني والعسكري:

استطاعت الصين من اختراق السوق الجزائرية بالعديد من أنواع الأسلحة لتصبح الجزائر ثالث مستورد للأسلحة الصينية والأولى إفريقيا، في شهر مايو 2017، أظهر الجيش الجزائري علناً صوراً لمدافع هاوتز ذاتية الدفع (LZ45 155) (MM) وهي صينية الصنع (تسليمها سنة 2014)، طلبت الجزائر خلال السنوات الخمس الأخيرة من الصين أيضاً 50 صاروخاً مضاداً للسفن من نوع (C-802/CSS-N-8) تشمل صواريخ أرض جو من نوع (FM90) أيضاً و في شهر يوليو/جويلية 2017، تسلّمت البحرية الجزائرية ثالث وآخر دفعة من سفينة (C28A Corvette)¹.

من خلال ما سبق يتضح أن الجزائر تتصدر القائمة للدول الإفريقية المستوردة للأسلحة الصينية والتي كانت تتصدر القائمة للدول المستوردة للأسلحة الروسية فالجزائر حالياً تعمل على تنويع مصادر استيراد الأسلحة وليس تغييرها فلا زالت الجزائر تستورد الأسلحة الروسية ففي سنة 2021 عقد صفقة أسلحة تفوق السبع مليارات يورو الأمر الذي يخدم المصالح الروسية فهي تركز كل الأموال المتحصل عليها في تعبئة آلية الحرب على أوكرانيا، فبعد تراجع عدد الدول المستوردة للأسلحة الروسية طرحت الجزائر على روسيا الانتقال من استيراد الأسلحة الجاهزة إلى التعاون في مجال تكنولوجيا الأسلحة كخيار استراتيجي للدولة الجزائرية وهذا راجع إلى تغير في العقيدة الأمنية الجزائرية.

2- سياسة المديونية الصينية في الجزائر:

منذ البداية أدركت الصين أن الطريق لتوسيع نفوذها الدولي يكمن في "العصا والجزرة"، والتي يتم تلخيصها على أنها "دبلوماسية الديون"؛ حيث يقوم هذا النوع من الدبلوماسية على فكرة تراكم الديون للدول النامية، من خلال هذه الدبلوماسية نجحت الصين في استغلال البنية التحتية الإستراتيجية للعديد من البلدان لخدمة مصالحها الشخصية وزيادة هيمنتها على الاقتصاد العالمي خاصة في القارة الإفريقية التي تفتقر معظم دولها على التنمية في شتى المجالات الأمر الذي جعل الصين تفعل من دبلوماسية الديون لمختلف دول هته القارة²، فالصين تعمل على تقديم مشاريع تنموية خاصة في مجال البنية التحتية بتمويل صيني على أنه ديون تسدد على المدى الطويل ودون شروط الأمر الذي تستحسنه تلك الدول وهذا يؤدي إلى تراكم الديون وعدم القدرة على تسديدها، وبالتالي تصبح تلك الدول مرهونة للصين التي تستطيع بدورها إملاء خيارات سياسية على الدول المدينة لها، لتكون الجزائر وجهتها كدولة محورية تقع شمال القارة الإفريقية.

تعافت الجزائر من الديون المتراكمة عليها بحلول سنة 2013 بعد تجربتها مع صندوق النقد الدولي في التسعينات والتي أفضت إلى غلق الآلاف من المؤسسات الحكومية وطرده أكثر من 400 ألف عامل، لكن مع توسيع العلاقات الصينية

¹ كلابريسي جون، العلاقات الصينية الجزائرية هل يسير البلدان في تجسيد قدراتهما الكاملة. ترجمة وتحرير خشيب جلال، معهد الشرق الأوسط، (10) فيفري، (2018). <https://n9.cl/m7vod> تاريخ الرجوع إلى الموقع 21 أكتوبر 2023.

² حنينة رجوع، عتيقة كواشي، الشراكة الجزائرية الصينية على ضوء مبادرة "الحزام والطريق": المكاسب والمخاطر، مجلة السياسة العالمية، المجلد 06، العدد 01، 2022، ص 226.

الجزائرية والتي مست شتى المجالات ومع حلول سنة 2016 استطاعت الصين إقناع الجزائر بسياسة الديون وذلك بتمويل تام لمشروع الحمداية بشرشال بقرض تفوق قيمته 3.3 مليار دولار بشرط أن تتولى شركة صينية تسييره¹.

أمام استمرار العجز التجاري واستنزاف الاحتياطي من العملة الصعبة تدريجيا أقرت الموازنة العامة لعام 2020 التوجه نحو "الاستدانة الخارجية التنموية"².

اختار صانع القرار الجزائري أن تكون الصين الملاذ الأكثر أمنا للدولة الجزائرية لتقوم بتمويل العديد من المشاريع التنموية في شتى المجالات لتكون الجزائر تحت تجربة جديدة لسياسة المديونية ذات طابع صيني، فالصين بدورها تبحث عن توسيع نفوذها من خلال سياسة المديونية والتي أصبحت تعرف بدبلوماسية القروض خاصة لمختلف دول القارة الإفريقية وعلى رأسها الجزائر ولتحقيق أهدافها الاقتصادية والسياسية في المنطقة.

ولسياسة المديونية التي وقعت الجزائر في شباكها تداعيات على الاقتصاد الجزائري فبحكم العروض المتتالية للمشاريع التنموية التي وقعت بين البلدين تحت مسمى الشراكة الإستراتيجية الشاملة والتي مست جميع القطاعات الاقتصادية والأمنية والتكنولوجية والصحية وحتى الثقافية وغيرها من الزراعة والبناء حيث تبقى قيمة الفواتير لتلك المشاريع مجهولة فيمكن تضخيمها فصحيح أن فترة تسديد تلك الديون الصينية طويلة الأجل لكن الإفراط في الديون سيثقل كاهل الجزائر وعدم القدرة على تسديده في آجاله المحددة فعلى صانع القرار الجزائريين التريث وتقنين المشاريع الممولة بالكامل من الصين تحت طابع المديونية هذا على المستوى الاقتصادي، أما بالنسبة للتداعيات على المستوى السياسي فنجد أن الصين تعمل على تقديم مشاريع مغرية للجزائر التي وجدت ترحيب كبير من قبل صانع القرار الجزائريين حتى تقع الجزائر في شرك عدم القدرة على تسديد ديونها للصين، الأمر الذي يجعل من هذه الأخيرة التحكم في بعض القرارات السياسية في الجزائر والتي ستكون منصاعة لها ولن تستطيع رفض أي قرار سياسي تتخذه الصين ، فدبلوماسية الديون الصينية هي سلاح ذو حدين يقع على عاتق الجزائر.

ثانيا - أبعاد وأهداف الاستثمارات التنموية الصينية في الجزائر:

تقوم الاستثمارات التنموية الصينية في الجزائر على توليفة من الأبعاد المتداخلة والمتكاملة مع بعضها البعض والتي تتلخص بمجموعة من الأهداف التي تسعى الصين لتحقيقها في المنطقة.

1- البعد السياسي:

- تهدف الصين لخلق نظام متعدد الأقطاب وهذا يعتبر من أولويات السياسة الخارجية لها فهي تناهض فكرة بقاء النظام الدولي تحت سيطرة الولايات المتحدة الأمريكية.

- تعتبر الاستثمارات التنموية الصينية في الجزائر كإستراتيجية ضغط على تاوان لكسب المزيد من الدول لصالح تأييد الموقف الصيني تجاه القضية التايوانية باعتبار الجزائر كدولة محورية في منطقة شمال إفريقيا.

¹ القروض الصينية تساعد اقتصاديات الدول العربية.. فهل تراهن سيادتها؟ (30 مايو 2022) <https://bit.ly/3WTvufd> تاريخ الرجوع إلى الموقع 05-25-2024

² كحال حمزة، الجزائر تلوذ بالتمويل الصيني لتجنب الاستدانة الخارجية، (29 يونيو، 2020). : <https://n9.cl/0m6zx> ، تاريخ الرجوع إلى الموقع 25 سبتمبر 2023.

- تتبع السياسة الصينية متغير التنمية إستراتيجية لتحقيق أمن الطاقة الذي يعتمد بالأساس على التنمية الاقتصادية لتحقيق ديمومة الاستقرار السياسي لها، وبما أن الجزائر دولة غنية بتلك المادة الحيوية فالصين تعتمد عليها لتلبية حاجاتها النفطية المتزايدة لضمان سيرورة نموها المتسارع.

2- البعد الثقافي:

اعتمدت الصين في علاقاتها الإفريقية والجزائرية بوجه خاص على العامل الثقافي لتسهيل تواجدها في القارة وذلك باحترام الثقافة الإفريقية لإعطاء صورة إيجابية لها لذلك عمدت على تقديم المنح التعليمية والتبادل الطلابي مع الجزائر تأكيدا منها على تحفيز وتعميق العلاقات الثقافية بين البلدين، حيث عقدت مؤخرا برنامج تنفيذي للتعاون الثقافي الصيني الجزائري (2021م-2025م) الذي يهدف لتبادل الطلبة الصينيين والطلبة الجزائريين.

يعتبر العامل الثقافي من أهم سياسات القوة الناعمة التي تنتهجها الصين لتحقيق مختلف أهدافها في المنطقة الإفريقية، وتأكيدا على تعزيز الوجود الثقافي الصيني في الجزائر قامت بفتح معاهد مخصصة لتعليم اللغة الصينية وذلك بهدف نشر الثقافة الكونفوشيوسية الصينية في المنطقة.

2- العسكري والأمني:

أدت الإستراتيجية الاستثمارية الصينية في الجزائر التمهيد وخلق شراكة أمنية وعسكرية بين البلدين خاصة بعد التحول الكبير في مجال الصناعات العسكرية الصينية وتحديدا في العقدين الأخيرين، والأمر نفسه بالنسبة للجزائر التي تعد أكثر الدولة الإفريقية التي تخصص أكبر ميزانية في المجال الأمني لاستيراد الأسلحة، حيث بلغت الميزانية المخصصة في عام 2020 أكثر من 1230 مليار دولار حسب ما جاء في قانون المالية الجزائري لسنة 2020م.

في الآونة الأخيرة وبسبب الرهانات الأمنية في منطقة الجوار أصبحت الجزائر من بين أكثر الدول المستوردة للسلاح لذا أقام صناع القرار في الجزائر شراكة مع الصين لاستيراد أسلحة متطورة تحت لواء التسابق نحو التسليح وهو الأمر الذي يخدم أهداف القادة الصينيين، ضمن معادلة المزود-المشتري.

3- البعد الاقتصادي:

إن المتتبع للعلاقات الصينية الجزائرية والمتمثلة في الجانب الاقتصادي نجد أن صانع القرار الصيني يهدف إلى تحقيق مصالحه الاقتصادية في منطقة شمال إفريقيا بصفة عامة والجزائر بصفة خاصة بأسلوب تنموي استثماري مرن، فهي تركز على عوامل الجيوبوليتيك في المنطقة والتي تقوم على مقومات اقتصادية، فالصين تؤمن بأنه من يملك مقومات الاستثمار يمتلك مقومات القوة في النظام الدولي، ومن هنا يمكن طرح جملة من الأهداف الصينية التي ترمي تحقيقها من خلال تواجدها في الجزائر:

- ضمان تدفق الموارد الطاقوية من خلال تأمين الوجود الصيني في الجزائر كأكبر دولة إفريقية من حيث البترول، فمسألة أمن الطاقة تعد مسألة حيوية مرتبطة بالسياسة العليا للصين لتحقيق الأمن القومي لها حسب الرؤيا الصينية وهذا بعد تسارع وتيرة الاستهلاك الكبير للطاقة الذي نتج عنه عدم الاكتفاء الذاتي لها الأمر الذي جعل صناع القرار الصينيين يتبنون مفهوم الأمن الطاقوي¹.

¹ جميلة طيب، "أمن الطاقة في السياسة الصينية بين الطاقات الأحفورية والطاقات المتجددة"، مجلة الحقيقة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، المجلد 18، العدد 01، مارس، ص 520.

- تعتبر الصين السوق الجزائرية أكبر سوق في إفريقيا لتصدير فائض إنتاجها لضمان وتيرة عملية التنمية في الصين، كما لجأت الصين للسياسة التنموية في الجزائر لاستثمار رؤوس الأموال المتراكمة بعد النمو السريع لها، كما وجدت الصين السوق الجزائرية مسرحا لعرض فائض إنتاجها من السلع.
- تعد الصين الجزائر بوابة واسعة وآمنة لإفريقيا وانضمامها لمبادرة "الحزام والطريق" يعني فتح طريق أمام دخولها للأسواق الإفريقية، حيث عملت الصين منذ أعوام على جعل سلعها أرخص، وهذا بعد دراستها للقدرة الشرائية الإفريقية، وهو ما تحقق بالفعل من خلال غزو المنتجات والبضائع الصينية للأسواق الجزائرية والإفريقية.
- يعد حضور اليد العاملة الصينية في الجزائر مفارقة كبيرة حيث تنتشر البطالة عند المواطن الجزائري في حين نجد أن الصين تعمل على ضمان مناصب عمل للمواطن الصيني في المشاريع التنموية في الجزائر فهناك تزايد ملحوظ للعمال الصينيين المتواجدين في الجزائر خاصة خلال العقدين الأخيرين تزامنا مع المشاريع التنموية الصينية في الجزائر؛ حيث بلغ عدد العمالة الصينية في الجزائر ما يفوق 50 ألف عامل صيني في العقد الأخير من القرن 21 متخذين من الجزائر البلد الأول المستقبل للجالية الصينية في شمال إفريقيا¹.
- استثمار الصين لبناء أكبر ميناء في القارة الإفريقية وهو ميناء الحمدانية الذي سيربطها بقلب إفريقيا وهو من أهم السبل التي يطوق لها صانع القرار الصيني، حيث تحتكر اليد العاملة الصينية حصة الأسد من المشروع.

الخاتمة:

- من خلال ما تقدم في هذه الدراسة نجد أن إستراتيجية الشراكة التنموية الصينية في الجزائر حقق نجاحات ملموسة في شكل مشاريع تنموية شاملة بإبعاد مختلفة الوصول إلى مجموعة من النتائج التي هدفت الصين لتحقيقها وهي على النحو التالي:
- سعي إلى توسيع دائرة مجال المشاريع التنموية منذ تواجدها في الجزائر لتشمل المجالات الاقتصادية والعسكرية والثقافية وحتى الاجتماعية، من أجل تعزيز تواجدها وتعظيم مكانتها الدولية في المنطقة الإفريقية.
 - تعتبر الصين الجزائر موردا مهما للنفط والغاز لذا تعمل بمقاربة تحقيق الأمن الطاقوي لها في المنطقة فعززت تواجدها بالشراكة الدبلوماسية الاقتصادية وحتى الأمنية حتى يكون حضورا متينا، فالصين لا تضمن سوق النفط العالمي، فهي تسعى إلى تنويع مواردها الطاقوية لأنها تعتبر أمن الطاقة قضية عليا مرتبط بأمنها القومي.
 - زيادة حجم التبادل التجاري بين الصين والجزائر مع زيادة صادرات الجزائر من النفط والغاز الطبيعي واستيراد منتجات صينية مختلفة.
 - استفادت الجزائر من ميناء الحمدانية بشرشال في إطار مشروع تنموي بالتعاون مع الصين، والذي يعد أهم قاعدة بحرية للسيطرة على تجارة إفريقيا فهو يسهل المبادلات التجارية الجزائرية مع دول العالم، كما يوفر مناصب شغل كبيرة فهي تبني عليه آمال كبيرة لإحداث تغييرات في خارطة التنمية الاقتصادية والتجارية للبلاد.

¹ خشيب جلال، "تنامي النفوذ الصيني بالمغرب الكبير حزام واحد أهداف متعددة"، تحليلات، 26، 2019، أبريل، ص 05.

قائمة المراجع:

1-المجلات:

- ¹ أسامة سليخ، "الدوائر الجيوأمنية للجزائر بين منطق الجغرافيا وتصادم المصالح"، الباحث الأكاديمي في العلم القانونية والسياسية، المجلد 05، العدد 02، 03، 2022 أكتوبر.
- ² إيمان عبد الكريم ذيب صالح، أحمد مولود أحمد، "استراتيجيات التنمية الثقافية للشباب العارقي في ضوء تحديات العولمة الثقافية"، مجلة الدراسات التربوية والعلمية، المجلد 02، العدد 12، آب. 2018.
- ³ بوبكر صابة، ناجي بن حسين، "دور ومساهمة الغاز الطبيعي في الاقتصاد الجزائري"، دراسات في الاقتصاد والتجارة العالمية، المجلد 11، العدد 31، 2022، 01 جانفي.
- ⁴ خشيب جلال، "تنامي النفوذ الصيني بالمغرب الكبير حزام واحد أهداف متعددة"، تحليلات، 26، 2019، أبريل.
- ⁵ سامية بزازي، "دور التنمية الزراعية في دعم التنمية الاقتصادية بالجزائر بين الواقع وضرورة الإصلاح"، مجلة النمو الاقتصادي والمقاولة، المجلد 4، العدد 28، 2021، 2 جانفي.
- ⁶ سليم جدي، محمد الطاهر عديلة، "التحديات الجيوبوليتيكية للجزائر في منطقة الساحل"، الباحث للدراسات الأكاديمية، جانفي 2022.
- ⁷ سليم قيرع، عبد النور زوامبية، "واقع التنمية في ظل آليات الحكم الراشد في الجزائر"، مجلة أنسنة للبحوث والدراسات، المجلد 12، تا عدد 01، جوان. 2021.
- ⁸ طالم علي، "الأمن الطاقوي وتنوع الموارد الطاقوية كمدخل لبناء نموذج جديد للتنمية وتحقيق جودة الحياة في الجزائر" مجلة الأستراتيجية والتنمي، المجلد 09، العدد 30، 05 أوت. 2019.
- ⁹ كوثر بوبريمة، "تحليل ونقد وتقييم للإتجاهات النظرية المفسرة للتنمية"، مجلة المحترف لعلوم الرياضة والعلوم الانسانية والاجتماعية، المجلد 08، العدد 2021، 04.
- ¹⁰ حنينة رجوح، عتيقة كواشي، الشراكة الجزائرية الصينية على ضوء مبادرة "الحزام والطريق: المكاسب والمخاطر، مجلة السياسة العالمية، المجلد 06، العدد 01، 2022.
- ¹¹ محمد قروش، "طبيعة النظم السياسي وأثره في توجيه السلوك الخارجي للدولة: السياسة الصينية تجاه دول المغرب العربي نموذجا"، مجلة القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، المجلد 02، العدد 03، جوان 2018.
- ¹² عبد الحليم غزالي، "الإدراك الجيوسياسي الصيني بين الموروث الماضي ومتطلبات المستقبل"، مجلة الآداب والعلوم الإجتماعية، المجلد 16، العدد 04، 2019.
- ¹³ جميلة طيب، "أمن الطاقة في السياسة الصينية بين الطاقات الأحفورية والطاقات المتجددة"، مجلة الحقيقة للعلوم الإجتماعية والإنسانية، المجلد 18، العدد 01، مارس 2019.
- ¹⁴ يوسف زباني، يوسف بوعدنل، "العلاقات الجزائرية الصينية مشروع شراكة استراتيجية شاملة وواعدة في ضوء مبادرة طريق الحرير الجديد"، المجلة الجزائرية للأمن والتنمية، المجلد 12، العدد 1، 2023، 01 جانفي.
- ¹⁵ نور الدين دخان، عامرهي، "دور البنى الفكرية والمؤسساتية للتنمية السياسية في تحديث الدول النامية"، مجلة الناقد للدراسات السياسية، المجلد 02، العدد 01، أبريل 2018.

2- المواقع الالكترونية:

¹ القروض الصينية تساعد اقتصاديات الدول العربية.. فهل تراهن سيادتها؟ (30 مايو 2022) <https://bit.ly/3WTvufd> تاريخ الرجوع إلى الموقع 2024-05-25.

² وزارة الشؤون الخارجية، الجزائر والصين توقعان على "الخطة الخماسية الثنائية للتعاون الاستراتيجي الشامل للسنوات 2022-2026، <https://n9.cl/wios4> تاريخ الرجوع إلى الموقع 2024-05-25.

³ البند الدولي، احصائيات تعداد السكان الإجمالي للصين متحصل عليه من <https://n9.cl/3gm5rn> تاريخ الرجوع إليه (2024-05-25).

⁴ معهد ستوكهولم الدولي للأبحاث والسلام، تقرير الأنفاق العسكري، (2024/04/22) <https://n9.cl/mirel> تاريخ الرجوع إلى الموقع 2024-05-25.

⁵ كلابريسي جون، العلاقات الصينية الجزائرية هل يسير البلدان في تجسيد قدراتهما الكاملة. ترجمة وتحريخ شيب جلال، معهد الشرق الأوسط، (10 فيفري، 2018)، <https://idraksy.net/sino-algerian-relations-path-realizing-> تاريخ الرجوع إلى الموقع 2024-01-22.

⁶ كحال حمزة، الجزائر تلوذ بالتمويل الصيني لتجنب الاستدانة الخارجية، (29 يونيو، 2020).

<https://www.alaraby.co.uk> ، تاريخ الرجوع إلى الموقع 25 سبتمبر 2023.

⁷ حسان جبريل، الجزائر والصين توقعان الخطة التنفيذية لمبادرة "الحزام والطريق"، (5 ديسمبر، 2022)،

<https://www.alquds.co.uk> ، تاريخ الرجوع إلى الموقع 13 جانفي 2023.

⁸ سوناطراك الجزائرية توقع صفقة للتنقيب عن النفط مع سينوبك الصينية بقيمة 490 مليون دولار، (28 05،

2022) <https://www.france24.com/ar> ، تاريخ الرجوع إلى الموقع 29 01، 2023.

⁹ حمزة كحال، الجزائر تلوذ بالتمويل الصيني لتجنب الاستدانة الخارجية، (29 يونيو، 2020).

<https://www.alaraby.co.uk> تاريخ الرجوع إلى الموقع 14 أكتوبر 2023

¹⁰ france24، سوناطراك الجزائرية توقع صفقة للتنقيب عن النفط مع سينوبك الصينية بقيمة 490 مليون دولار، (28

05، 2022) <https://n9.cl/ydkebp> ، تاريخ الرجوع إلى الموقع 29 01، 2023.

¹¹ شي جين بينغ، "رسم مشترك لمسار نحو مستقبل أكثر إشراقا"، (17 نوفمبر 2018) خطاب الرئيس الصيني في قمة

الرؤساء التنفيذيين للأبيك، بورت ¹² مورسبي، 2018، 17 نوفمبر،

<https://arabic.cgtn.com/news/3d3d674d6664544f78597a6333566d54/p.html> ، تاريخ الرجوع إلى الموقع

11 نوفمبر 2023.

الحماية القانونية للبيئة من مخاطر المشاريع الاستثمارية

(مشاريع تحلية مياه البحر نموذجاً)

Legal Protection Of The Environment From The Risks Of Investment Projects

(Seawater Desalination Projects As A Case Study)

ميساوي حنان

المركز الجامعي مغنية

hanane.missaoui@cumaghnia.dz

سليمان محمد*

المركز الجامعي مغنية

Slimani.mohammed@cumaghnia.dz

المخبر المتوسطي للدراسات القانونية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان

تاريخ القبول: 25-05-2024

تاريخ الإيداع: 09-02-2024

ملخص:

إن التوجه الحالي للدولة الجزائرية والقائم على إستراتيجية الاستثمار في مجال تحليه مياه البحر من شأنه أن يصطدم بإشكالية تتعلق بالأضرار البيئية الناجمة عن هذه المشاريع، ومن هذا المنطلق تأتي هذه الدراسة من أجل الكشف عن آليات الحماية القانونية للبيئة من مخاطر هذا النوع من الاستثمارات على البيئة، الأمر الذي يعطي أهمية للبحث في كونه يتناول أحد جوانب الموازنة بين عملية الاستثمار وحماية البيئة في ظل غياب قانون بيئي خاص بهذه الفئة من المشاريع.

الكلمات المفتاحية: مشروع استثماري؛ تحلية مياه البحر؛ مخاطر بيئية؛ حماية البيئة.

Abstract:

Algeria is currently moving towards investment in seawater desalination, which can cause environmental damage during from these projects, and in this study focuses on the legal mechanisms for protecting the environment from the dangers resulting from this type of investment, including the search for a balance between this investment and environmental protection .in the absence of an environmental law for this type of projects.

Keywords : Investment Project; Seawater desalination; Environmental risks; Environmental Protection.

* سليمان محمد.

مقدمة:

على غرار أغلب دول العالم تشكل ظاهرة الشح في الموارد المائية مصدر قلق دائم للسلطات الجزائرية⁽¹⁾، في ظل التغيرات المناخية والازمات البيئية المتتالية والزيادة في عدد السكان هذا إضافة إلى الإهدار والاستعمال غير الرشيد لهذا الإرث البشري من قبل الأفراد، الأمر الذي جعل الرهان قائماً على ضرورة التفكير في بدائل مستجدة والاعتماد على آليات حديثة تعمل على إستدامة هذا العنصر الحيوي.

وبالتالي كان التوجه نحو فتح مجال الاستثمار من أجل إقامة مشاريع تحلية مياه البحر⁽²⁾ كأحد أهم هذه البدائل في سبيل تحقيق الأمن المائي⁽³⁾ في ظل تراجع مردودية الآليات التقليدية، غير أن هذا التحدي الجديد والقائم على إستراتيجية التحلية من شأنه أن يصطدم بتحد آخر يتعلق بمدى توفير غطاء حمائي للبيئة من المخلفات الناجمة عن هذا النوع من المشاريع الاستثمارية.

فموضوع الدراسة واحد من موضوعات حماية البيئة في مجال الاستثمار ومحاولة ربط العلاقة بين أولوية تحقيق الأمن المائي ومتطلبات الأمن البيئي⁽⁴⁾، وتظهر أهميته في كونه يبحث في أحد جوانب الموازنة بين عملية الاستثمار وحماية البيئة، من خلال تسليط الضوء على النظام القانوني لحماية البيئة من المخاطر التي قد تترتب على عملية انجاز واستغلال محطات التحلية.

فحين يتجلى الهدف الرئيسي للدراسة في الكشف عن الآليات القانونية الكفيلة بحماية البيئة من الإفرازات السلبية لهذه المشاريع، في ظل تزايد أعدادها تنفيذا للسياسة الوطنية في هذا الإطار.

¹ ترمي الإستراتيجية الوطنية للمياه إلى تعزيز أكبر للأمن المائي الوطني من خلال رفع حصة المياه المحلاة إلى 60 بالمائة من المياه الصالحة للشرب في أفق 2030، حول الموضوع راجع: حفيظ صوالي، "تحلية مياه البحر رهان الأمن المائي"، موقع جريدة الخبر اليومي، الجزائر، (2023)، الموقع: <http://www.Elkhbar.com/articles/> Consulté le 01/08/2023 à 16:10

² يقصد بتحلية ماء البحر تحويل الماء المالح إلى ماء عذب وكلمة تحلية مشتقة من الكلمة الإنجليزية "Sweet Water" ويقصد بها ماء حلو صالح للاستخدام، والتعبير العالي والمستخدم كثيراً هو كلمة إزالة الملوحة "desalting" وأحياناً تستخدم كلمة تعذيب الماء، راجع: حنان عمروسي، دور تكنولوجيا تحلية مياه البحر في سد الفجوة المائية في الدول العربية، "دراسة حالة الجزائر"، مجلة العوم الاقتصادية والإدارية، الجزائر، مجلد 20، العدد 01، (2019)، ص 111.

³ ينصرف معنى الأمن المائي إلى "حماية الموارد المائية المتاحة من التهديدات الخارجية، وضمان استمرارها وحرية استخدامها وفق المتطلبات والأولويات الوطنية والقومية، والقدرة على تطوير هذه المصادر المائية وتنميتها وتحقيق كفاية عرضها لتغطية الطلب عليها ولاحتياجات المتجددة إليها في كل وقت وبأقل كلفة ممكنة". حول الموضوع راجع: رضا بوكرك، "المياه العربية والتحديات الأمنية"، أعمال المؤتمر الدولي الثامن الموسوم "الأمن المائي العربي"، المنظم من طرف مركز الدراسات العربي الأوربي، مصر، من 21 إلى 23 فيفري 2000، ص 133. راجع أيضاً: رشيد فراح، واقع ومتطلبات الأمن المائي في الجزائر، مجلة الاقتصاد الجديد، الجزائر، العدد 05، (2012)، ص 27.

⁴ في دراسة قام بها إبراهيم محمد التوم وإبراهيم أحمد حمد إبراهيم الفايق من جامعة الخرطوم، جمع من خلالها الباحثان ثلاثة عشر (13) تعريفاً مختلفاً للأمن البيئي، الأمر الذي يعكس عدم وجود تعريف موحد للأمن البيئي نتيجة حداثة المصطلح نسبياً، ومن بين أهم هذه التعريفات التي توصلت إليها هذه الدراسة نجد التعريف التالي: "الأمن البيئي هو الأمن العام النسبي من الأخطار البيئية الناجمة عن العمليات الطبيعية أو البشرية بسبب الجهل، الحوادث، وسوء الإدارة أو التصميم، والتي تنشأ داخل أو عبر الحدود الوطنية"، حول الموضوع راجع: حمد إبراهيم الفايق، التوم إبراهيم محمد عبد الرحيم، أبعاد مفهوم الأمن البيئي ومستوياته في الدراسات البيئية، مجلة الإستراتيجية والأمن الوطني، السودان، المجلد 2013، العدد 07، (2013)، ص 173.

وتم اعتماد المنهج التحليلي في البحث من خلال تحليل مختلف النصوص القانونية لكل القوانين ذات الصلة بالموضوع بداية من قانون المياه إلى قوانين حماية البيئة ونصوصها التطبيقية، بالإضافة لاستعمال المنهج الوصفي عن طريق وصف التأثيرات السلبية لمشاريع تحلية المياه على البيئة المحيطة.

ومن هذا المنطلق وأمام التحديات التي تواجه الأمن البيئي في مجال الاستثمار، يطرح موضوع الاستثمار في الموارد المائية ومشاريع تحلية مياه البحر على الخصوص إشكالية هامة تتعلق بالحماية القانونية للبيئة من المخاطر الناجمة عن الاستثمار في مشاريع تحلية مياه البحر وفق ما جاءت به أحكام القوانين الجزائية ؟

وللإجابة على هذه الإشكالية تمت صياغة الفرضية التالية:

إن مسألة تحقيق الأمن البيئي هو محور نجاح أي مستوى امني آخر بما فيها الأمن المائي وبالتالي لا يمكن أن تقتصر الجهود الوطنية على مجرد تحقيق الأمن المائي على حساب الاعتبارات البيئية.

ترتيباً على ما سبق سنحاول دراسة الموضوع من خلال محورين نتناول في الأول منه النظام القانوني للاستثمار في مجال تحلية مياه البحر من خلال التعرف على أسلوب الامتياز وكيفياته، على أن ينصب المحور الثاني حول التنظيم القانوني لحماية البيئة من مخلفات مشاريع تحلية مياه البحر من خلال تحديد الأخطار البيئية الناجمة عن التحلية ومن ثمة كيفية التصدي لها من الناحية القانونية.

المحور الأول- النظام القانوني للاستثمار في محطات تحلية مياه البحر

دفعت الوضعية المائية الحالية للبلاد إلى وجوب البحث عن بدائل خارج الأطر التقليدية من أجل زيادة عرضها المائي، فكان التوجه نحو خيار تحلية مياه البحر كأحد هذه البدائل⁽¹⁾ خاصة مع توفر المقومات المساعدة على ذلك على غرار مصادر الطاقة وطول الشريط الساحلي⁽²⁾.

ودعماً لهذا التوجه تم إنشاء الوكالة الوطنية لتحلية المياه من خلال المرسوم التنفيذي رقم 103-23⁽³⁾ في سبيل تنفيذ السياسة الوطنية في مجال تحلية المياه، والتي أوكل لها بموجب المادة 05 من هذا المرسوم عمليات انجاز واستغلال وكذا صيانة محطات تحلية المياه، كما تخول في هذا الإطار أيضاً بإبرام العقود والاتفاقيات المرتبطة بموضوع الانجاز أو الاستغلال لهذه المحطات⁽⁴⁾.

¹ كمال بوعظم وأمال بنون، تحلية مياه البحر في الجزائر، بين توفير مياه الشرب وحماية البيئة خلال الفترة (2005-2015)، مجلة الباحث، الجزائر، العدد 16، (2016)، ص 323.

² على الرغم من حداثة تبنيها لهذا الخيار إلا أن الجزائر تعد واحدة من أهم دول العالم في إنتاج المياه المحلاة، وتأتي في المراتب العشرة الأولى على المستوى العالمي والثانية في حوض المتوسط بعد اسبانيا، راجع في هذا الخصوص: أمال بنون، تحليل تكلفة مياه البحر، دراسة مقارنة بين الجزائر والمملكة العربية السعودية، أطروحة دكتوراه، تخصص اقتصاد دولي وتنمية، جامعة سطيف 01، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية والتسيير، قسم العلوم الاقتصادية، (2016)، ص 122.

³ المرسوم التنفيذي رقم 103-23، مؤرخ في 7 مارس 2023، المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لتحلية المياه وتنظيمها وسيرها، ج.ر عدد 16، الصادرة في 15 مارس 2023.

⁴ المواد 5 و6، من المرسوم التنفيذي رقم 103-23، المصدر نفسه.

كما أن عملية استعمال الموارد المائية وتسييرها وتنميتها من المسائل التي جرى على تنظيمها القانون 12-05 المتعلق بالمياه المعدل والمتمم⁽¹⁾، حيث جعل من عملية الاستغلال هذه سواء من طرف الأشخاص الطبيعية أو المعنوية عن طريق نظامي الرخصة أو الامتياز حسب الحالة⁽²⁾.
ويعتبر أسلوب التعاقد بطريق الامتياز النظام القانوني الوحيد من أجل استغلال الموارد المائية بإقامة هياكل لتحليه مياه البحر عملاً بأحكام المادة 76 من القانون 12-05، وهو الإجراء الذي جرى تنظيمه من خلال المرسوم التنفيذي رقم 11-220⁽³⁾ مبيناً لكيفيات الامتياز عند استعمال الموارد المائية بإقامة هذه الهياكل.
وبالتالي سيتم توضيح فكرة الامتياز عند استغلال محطات التحلية وفق نصوص قانون المياه 12-05 المعدل والمتمم (أولاً) ومن ثمة إبراز كيفيات الإمتياز عند استغلال محطات التحلية حسب ما جاء به المرسوم التنفيذي 11-220 (ثانياً).

أولاً - الامتياز من أجل استغلال محطات تحلية مياه البحر:

تعرض المشرع الجزائري من خلال القانون 12-05 المتعلق بالمياه إلى الموارد المائية غير العادية⁽⁴⁾ وأدرجها ضمن مكونات الأملاك العمومية الطبيعية⁽⁵⁾، وجعل من نظام الامتياز⁽⁶⁾ الطريقة والأسلوب القانوني الوحيد من أجل الاستثمار الاستثمار في هذا النوع من المشاريع.

وبالتالي تخضع عملية الاستثمار من أجل إنشاء واستغلال محطات وهياكل تحليه مياه البحر في جميع أحكامها إلى عقود الامتياز، وهي عملية إدارية مشتركة بين مانح الامتياز والممنوح له بحيث تتلخص في العمل المتعلق بإجازة الإدارة وتنالها عن احتكار تسيير المرفق العام عن طريق الامتياز⁽⁷⁾.

كما تناول القانون 12-05 مسائل عدة تتعلق بتنظيم الامتياز في استعمال الموارد المائية والتي يدخل في نطاقها استغلال هياكل التحلية وهذا من خلال قسم كامل منه، بحيث صيغت هذه المسائل في شكل أحكام مشتركة مع نظام التراخيص ونذكر منها:

- ضرورة تسبب الإدارة لطلبات الرخص الخاصة بمنح الرخص أو الامتياز.

- إمكانية تعديل الإدارة للرخص أو عقود الامتياز من أجل النفع العام وتعويض المتضرر.

¹ القانون رقم 12-05، مؤرخ في 4 غشت 2005، المتعلق بالمياه معدل ومتمم، ج.ر عدد 60، الصادرة في 04 سبتمبر 2005.

² المواد 71، 72 و 73 من القانون رقم 12-05، المصدر نفسه.

³ المرسوم التنفيذي رقم 11-220، مؤرخ في 12 يونيو 2011، المحدد لكيفيات استعمال الموارد المائية بإقامة هياكل تحلية مياه البحر ونزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية أو تلبية الحاجيات الخاصة. ج.ر، عدد 34، الصادرة في 19 يونيو 2011.

⁴ تتكون الموارد المائية غير العادية من مياه البحر المحلاة والمياه المالحة المزروعة منها المعادن، كذلك المياه القذرة المصفاة من أجل المنفعة العامة إضافة إلى المياه المدمجة في الأنظمة المائية بتقنية إعادة الترميم الاصطناعي، راجع المادة 04 من القانون 12-05، المصدر السابق.

⁵ المادة 76 من القانون 12-05، المصدر السابق.

⁶ عقد الامتياز نوع من العقود الإدارية المسماة، ويعتبر آلية قانونية اعتمدها الدولة لتسيير أملاكها الخاصة إذ بموجبه يمنح شخص طبيعي أو معنوي حقاً دون سواه ويسعى هذا الشخص بصاحب الامتياز، راجع: نصيرة بن عيسى، آلية عقود الامتياز لتسيير الاستثمار العقاري الصناعي، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون عقاري، جامعة باتنة 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، (2022)، ص 12.

⁷ إسماعيل سراج الدين، قضايا المياه في العالم، رؤية لقضايا المياه والحياة والبيئة، تقرير المفوضية الدولية للمياه للقرن الحادي وعشرين، دار هلا، مصر، دون طبعة، (2003)، ص 17.

- إلغاء الرخصة أو الإمتياز وبدون تعويض عند إخلال المتعاقد أو صاحب الرخصة لالتزاماته القانونية.
- الأمر بتعديل أعمال التجهيز غير المطابقة لشروط الرخصة أو الإمتياز.
- هدم أي منشأة تم بنائها بدون رخصة أو إمتياز.
- التوقيف المؤقت لرخصة أو إمتياز إستعمال الموارد المائية في حالة التبذير للمياه.
- كما أوجب المشرع على صاحب الإمتياز ضرورة الإستعمال العقلاني للمياه وإحترام حق الغير في الماء والإمتثال لتدخلات وتعليمات أعوان الدولة المؤهلون⁽¹⁾.
- ومن أجل التنظيم السليم لعملية الاستثمار في مشاريع التحلية من خلال عقود الامتياز، صدر المرسوم التنفيذي رقم 11-220 محدد لإجراءات تطبيق الامتياز على هذا النوع من المستثمرات.

ثانياً - إجراءات منح الامتياز من أجل استعمال الموارد المائية بإقامة مشاريع تحلية مياه البحر

يعتبر المرسوم التنفيذي 11-220 النص التطبيقي الذي ينظم إجراءات الامتياز من أجل استعمال الموارد المائية بإقامة هياكل تحليه مياه البحر، وهي العملية التي تتوقف على وجوب توقيع صاحب الامتياز على دفتر للشروط⁽²⁾ بعد تقديمه طلب الامتياز والموجه حسب الحالة، إما إلى الوزير المكلف بالموارد المائية عندما يتعلق الأمر بالهياكل المنجزة من أجل تحقيق المنفعة العامة، وإما إلى الوالي المختص إذا تعلق الأمر بتلبية حاجيات خاصة، ويتضمن هذا الطلب البيانات التالية:

- عناصر تعريفية بالجهة المستثمرة صاحبة طلب الامتياز.
- تحديد الموقع الجغرافي للمشروع.
- حجم المياه الواجب إنتاجها في اليوم.
- الاستعمال المرتقب للمياه المنتجة.
- تحديد مواقع تفريغ المياه القدرة.
- مذكرة تقنية تتضمن مستخرج من خريطة موقع الهياكل المزمع إنجازها، محيطها الإجمالي وملحقاته، وصف الهياكل والخصائص التقنية للمعدات التي تشكلها والخصائص النوعية للمياه المنتجة⁽³⁾.
- وبعد الانتهاء من عملية التقديم يخضع الطلب إلى تعليمة مشتركة تجمع بين مصالح الإدارة المكلفة بالموارد المائية ومصالح الإدارة المكلفة بتسيير الأملاك العمومية البحرية والسياحة والبيئة والفلاحة، ليكون الرد على هذا الطلب إما بالرفض المعلن والمسبب مع وجوب تبليغ المعني، وإما بالموافقة ودائماً بموجب قرار سواء من الوزير المكلف بالموارد المائية إذا تعلق الأمر بتحقيق المنفعة العامة أو بقرار من الوالي المختص إقليمياً إذا كان الغرض هو تلبية حاجات خاصة، على

¹ المواد من 85 إلى 89 من القانون 05-12، المصدر السابق.

² تنص المادة 78 من القانون 05-12 على: "يتوقف منح امتياز الموارد المائية على توقيع السلطة المانحة للامتياز وصاحب الامتياز على دفتر شروط خاص"، المصدر نفسه.

³ المواد 3 و4 من المرسوم 11-220، المصدر السابق.

أن تكون هذه الموافقة متبوعة بملف تقني يتضمن تعهد كتابي من صاحب الامتياز بضمان التزويد بالمياه الشروب، دراسة التأثير للمشروع قبل انجاز الهياكل ومخطط انجاز وتشغيل هذه الهياكل⁽¹⁾.

كما تناول المرسوم أيضاً ضرورة أن يتضمن قرار منح الامتياز تحديد مقر تواجد هذه الهياكل وحجم المياه الواجب إنتاجها واستعمالها وكذا مدة الامتياز، على أن يبلغ القرار بعد ذلك إلى المعني صاحب الطلب مرفقاً بدفتر الشروط، هذا وتملك الدولة كامل الصلاحيات في استرجاع هذه الهياكل في الحالة التي لم يقدم صاحب الشأن بطلب تجديد إستغلالها، ولها أيضاً أن تلغي هذا الامتياز من جانب واحد وبدون تعويض بمجرد إعدار صاحب الامتياز عند إخلاله بأحكام دفتر الشروط.

هذا ويتمتع عقد الامتياز في هذا النوع من الاستثمار بخاصية مهمة تتمثل في عدم القابلية للتنازل أو الكراء من الباطن لارتباطه بتسيير مرفق عمومي يقدم خدمه ذات طابع حيوي⁽²⁾.

وتظهر غاية المشرع الوطني في اعتماد أسلوب الامتياز دون سواه (التراخيص) من أجل استغلال هذه المشاريع هو إعطاء الإدارة باعتبارها صاحبة سلطة تسعى لتحقيق المنفعة العامة، نوع من السيادة على الأطراف المتعاقدة المقابلة وبالتالي سمو مركزها على باقي الأطراف في هذا النوع من العقود اعتباراً لفكرة الصالح العام، وفي جانب مقابل ترك هامش من الحرية لفائدة المستثمرين أصحاب الامتياز في وضع بنود تعاقدية في إطار تشاوري مشترك مع الإدارة تشجيعاً وترقية لعملية الاستثمار في هذا المجال⁽³⁾ شريطة وفاء الجهة المستثمرة بالتزاماتها التعاقدية مع الإدارة.

المحور الثاني- النظام القانوني لحماية البيئة من مخاطر مشاريع تحلية مياه البحر

على الرغم من المكاسب الوطنية الكبيرة التي حققتها صناعة التحلية على الصعيدين الاقتصادي والاجتماعي⁽⁴⁾ إلا أنها لم تعد تخفي جوانب مظلمة ومقلقة نحو البيئة على غرار باقي الصناعات التحويلية الأخرى، وهو ما يشكل تحد آخر بالنسبة للسلطات العمومية في طريق مواجهة موجات التلوث التي قد تنتج عن عمليات توطين واستغلال هذه المنشآت.

ويعتبر قانون حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة رقم 03-10⁽⁵⁾ صاحب الولاية العامة في مسألة الحفاظ على البيئة على المستوى الوطني، وهو ما سيجعل عملية حماية البيئة عند إقامة واستغلال مشاريع التحلية ذات أولوية في هذا المقام، بالإضافة إلى ما تناولته أحكام القانون 05-12 المتعلق بالمياه في نفس الإطار.

¹ المواد 5، 6 و 7 من المرسوم 11-220، المصدر نفسه.

² المواد 9، 10، 13 و 15 من المرسوم 11-220، نفس المصدر.

³ حيث نجد المادة 81 من القانون 05-12، تجيز عملية الاستثمار من أجل امتياز واستغلال هياكل تحلية مياه البحر من خلال الإحالة على الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 غشت 2001 والمتعلق بتطوير الاستثمار، والملغى بموجب القانون رقم 16-09 المؤرخ في 03 غشت 2016، المتعلق بترقية الاستثمار، والملغى بدوره بالقانون رقم 22-18 مؤرخ في 24 يوليو 2022، يتعلق بالاستثمار، ج.ر، عدد 50، الصادرة في 28 يوليو 2022.

⁴ تحوز الجزائر وفقاً لتقديرات قطاع الموارد المائية إلى بداية 2023 على حظيرة 23 محطة لتحلية مياه البحر، وتقارب قدرتها على 2.6 مليون متر مكعب، فيما تشير التوقعات القطاعية إلى بلوغ نسبة 42 بالمائة من تغطية الحاجيات الوطنية من المياه الصالحة للشرب مع حلول 2024، حفيظ صوالي، المرجع السابق.

⁵ القانون رقم 03-10 مؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ج.ر، عدد 43 الصادرة في 20 يوليو 2003.

وقبل الخوص في هذه المسألة كان لابد من إبراز أهم المخاطر التي قد تتعرض لها البيئة جراء إقامة واستغلال محطات التحلية (أولاً) ثم البحث في الآليات القانونية الكفيلة على دفعها أو محاسبة مرتكبيها في كل من قانون حماية البيئة وقانون المياه (ثانياً).

أولاً - المخاطر البيئية الناجمة عن الاستثمار في محطات تحلية مياه البحر

ترتبط مسألة تحديد المخاطر البيئية بعملية التأثيرات والأضرار التي قد تصيب الوسط البيئي بمختلف مكوناته سواء عند إقامة هذه المشاريع أو في مرحلة استغلالها، نتيجة لما تتطلبه عملية التحلية من استعمال كبير للطاقة والتي في غالبيتها هي طاقة أحفورية متأتية من المصادر الرئيسية (حرق الغاز الطبيعي والنفط)⁽¹⁾، بالإضافة إلى كمية المياه شديدة الملوحة التي يتم إعادتها إلى البحر زد عليه الضوضاء والانبعاثات الغازية خاصة منها (غاز ثاني أكسيد الكربون).

1- مخاطر تهدد البيئة البحرية والتنوع البيولوجي

لعل أهم مشكل تواجهه البيئة البحرية نتيجة إستغلال محطات تحلية مياه البحر هو إعادة المياه الشديدة الملوحة إلى البحر مما يجعلها تؤثر على المجتمعات البحرية الحساسة⁽²⁾، خاصة إذا ما تم التخلص منها بطريقة مباشرة دون تخفيف تركيزاتها⁽³⁾، إذ تؤكد اغلب الدراسات أن المحلول الملحي⁽⁴⁾ المعاد إلى البحر عن طريق هذه المحطات تركيزه من الأملاح مرتفع جداً قد يصل الفارق فيه إلى الضعف أو الضعفين مقارنة بماء البحر العادي، بالإضافة إلى أن ارتفاع درجة حرارة هذا المحلول إلى (10-15) درجة مئوية، ستزيد من ارتفاع درجة حرارة مياه البحر ويؤثر على استمرارية النظم البيئية⁽⁵⁾.

كما يحذر علماء الأحياء البحرية من أن تحلية المياه على نطاق واسع من شأنها إحداث خسائر كبيرة في التنوع البيولوجي للمحيطات نتيجة عملية السحب من خلال تفريغ الملايين من العوايق وبيض السمك واليرقات السمكية والكائنات الحية المجهرية الأخرى التي تشكل الطبقة الأساسية لسلسلة الأغذية⁽⁶⁾.

وفي دراسة قام بها باحثون بمعهد جامعة الأمم المتحدة للمياه والبيئة والصحة التابع للأمم المتحدة، كشفوا من خلالها أن قرابة 16 ألف محطة لتحلية مياه البحر في جميع أنحاء العالم تنتج كميات هائلة من المياه شديدة الملوحة والمواد الكيميائية السامة تشكل خطراً على البيئة، وإن المياه شديدة الملوحة التي تضح معظمها في البحر ستكون كافية

¹ أمال بنون، المرجع السابق، ص 69.

² محمد أبو الرجال، تحلية مياه البحر كيف تؤثر في البيئة، مجلة البيئة والتنمية، لبنان، العدد 146، (2010)، موقع:

<http://www.afedmag.com/web/ala3dadAlsabiSections.details.aspx?id=367&issue=&type=4&cat=/> Consulté le

03/08/2023 à 23:15

³ أمال بنون، المرجع السابق، ص 73.

⁴ إن المحلول الملحي الذي تنتجه محطات التحلية هو مجموعة من التدفقات المتركة التي تحتوي على مواد عديدة على غرار الكيمائيات، المواد العضوية، الأملاح، الكائنات المجهرية، البكتيريا... الخ، وهذا يعني أنه كلما زادت كميات المتمركز كلما أدى ذلك لزيادة كمية المحلول الملحي. راجع في هذا الخصوص:

أمال بنون، المرجع نفسه، ص 76.

⁵ أمال بنون، المرجع نفسه، ص 74.

⁶ مكي خير، (تحلية المياه: بين الحاجة والمخاطر، (2019)، موقع:

بمرور السنين لتغطية مساحة تعادل ولاية كاليفورنيا الأمريكية بمياه شديدة الملوحة يصل ارتفاعها الى 30 سنتيمتر، كما أن النفايات المتراكمة يمكنها تدمير المجتمعات البحرية⁽¹⁾.

وفي مقابل ذلك هناك من الباحثين من يرى في صعوبة تحديد دقيق ونوعي لهذه الأضرار البيئية، نتيجة عدم وجود دراسات ميدانية مستفيضة تخص التأثير البيئي للمحلول الملحي على البيئة البحرية⁽²⁾.

2- مخاطر تهدد البيئة الجوية

تعد محطات التحلية مستهلكا رئيسيا للطاقة الأمر الذي يجعلها تنتج انبعاثات غازية ملوثة للجو عند استهلاكها للطاقة الاحفورية (الغاز الطبيعي و النفط) بشكل رئيسي إلى جانب استخدام بعض المواد الكيميائية الأخرى خاصة تلك المستخدمة أثناء المعالجة الأولية.

ويعرف التلوث الجوي أو الهوائي بأنه: "حدوث خلل في النظام الأيكولوجي الهوائي نتيجة إطلاق كميات كبيرة من الغازات والجسيمات تفوق قدرة النظام على التنقية الذاتية مما يؤدي إلى حدوث تغيير كبير في حجم وخصائص عناصر الهواء تتحول معها من عناصر مفيدة صانعة للحياة كما قدر الله، إلى عناصر ضارة (ملوثات) تحدث الكثير من الإضرار والمخاطر"⁽³⁾.

ويعرف المشرع الجزائري هذا التلوث على أنه: "إدخال أية مادة في الهواء أو الجو بسبب انبعاث غازات أو أبخرة أو جزيئات سائلة أو صلبة من شأنها التسبب في إضرار وأخطار على الإطار المعيشي"⁽⁴⁾.

فعلى الرغم من عدم وجود تأكيد على مدى التأثير البيئي للانبعاثات على الغلاف الجوي إلا أن المتفق عليه من طرف الخبراء والمختصين أن الطاقة المستخدمة في محطات التحلية لها تكلفة بيئية من خلال كمية الانبعاثات الغازية خاصة ثاني أكسيد الكربون والتي تتطلب معالجتها خيارات متعددة على رأسها الطاقة المتجددة⁽⁵⁾، وبالتالي فإن وجود هذه الغازات تبقى حقيقة لا يمكن معها إنكار الأضرار التي قد تسببها هذه الانبعاثات على البيئة الجوية، وفي هذا الصدد تعتمد الدول الرائدة في مجال تحلية المياه ودول الخليج أجهزة قياس خاصة ذات معايير دولية في قياس نسب التلوث الهوائي.

¹ عمار حسن و ليليان وجدي، الأمم المتحدة محطات تحلية المياه تضر بالبيئة بسبب المياه شديدة الملوحة، دورية علوم البيئة الكلية، معهد المياه والبيئة والصحة التابع للأمم المتحدة، كندا، (2019)، المنشور في موقع:

<https://www.reuters.com/article/environment-brine-ar4-idARAKCN1P907D>:Consulte le 08/08/2023 à 11:15

² آمال بنون وبوعظم كمال، المرجع السابق، ص 327.

³ احمد تي، وزوبيدة محسن، الآليات الاقتصادية والقانونية لحماية البيئة في الجزائر، مجلة العلوم الاقتصادية، جامعة البصرة العراق، كلية الإدارة والاقتصاد، المجلد 14، العدد 56، (2020)، ص 07.

⁴ المادة 19 من القانون 10-03، المصدر السابق.

⁵ Djoher Abdurrahman, Desalination Project in Alegria: what are the environnement and economic issues of seawater Desalination? Environnement and ecology research, (2020) 8(3), p66.

3- مخاطر تهدد البيئة السمعية

كما تشكل الضوضاء الناشئة حول هذه المحطات ضرراً على البيئة السمعية، نتيجة استخدام مضخات الضغط العالي ومولدات الطاقة مثل التوربينات التي تصدر ضوضاء عالية تتجاوز الحد المسموح به دولياً⁽¹⁾. ويعرف التلوث الضوضائي على أنه: "جملة أصوات مستهجنة، تحت تأثيراً مضيقاً ومثيراً للعصبية، و يختلف الضجيج عن باقي أنواع التلوث البيئي في أنه لا يترك تأثيرات مضرّة على البيئة وكذلك ينتهي التلوث بتوقف مصدر الضجيج"⁽²⁾.

وتعرض المشرع الجزائري لهذا النوع من التلوث من خلال ما عبر عنه بالأضرار السمعية في المادة 72 من القانون 10-03 والتي تنص على: "تهدف مقتضيات الحماية من الأضرار السمعية إلى الوقاية أو القضاء أو الحد من انبعاث وانتشار الأصوات أو الذبذبات التي قد تشكل أخطاراً تضر بصحة الأشخاص وتسبب لهم اضطراباً مفرطاً أو من شأنها المساس بالبيئة"⁽³⁾.

ثانياً – الآليات القانونية لحماية البيئة من مخاطر الاستثمار في محطات تحلية مياه البحر

إن ممارسة أي نشاط اقتصادي من أجل النهوض بالاقتصاد يتطلب التقيد بالضوابط البيئية، مما ينتج عنه علاقة وطيدة بين حماية البيئة والاستثمار، وإن مباشرة أية سياسة تنموية في هذا الإطار يجب أن تخضع بصفة مسبقة إلى مدى تأثيرها على البيئة⁽⁴⁾، فعدم الأخذ بالجانب الوقائي سوف يترتب عنه آثار سلبية على البيئة وعلى العملية الاستثمارية ككل، مع وجوب استكمال هذا الجانب برقابة إدارية تبعية على هذه المشاريع وبعقوبات جزائية يتحملها المستثمر المخل بالتزاماته في هذا الإطار⁽⁵⁾.

وعليه تتطلب عملية حماية البيئة في مجال إقامة واستغلال محطات التحلية، رقابة قبلية من خلال عملية تقييم الأثر البيئي، مع ضرورة تضمين دفتر الشروط لبنود تعني بحماية الأنظمة البيئية (أولاً) بالإضافة إلى رقابة لاحقة على عملية الاستغلال تتمثل في إمكانية إلغاء الإداري للامتياز والمتابعة الجزائية للمخالفين (ثانياً).

1- الرقابة الإدارية قبلية على انجاز المشروع

تستند عملية الحماية المسبقة للبيئة من مخاطر مشاريع تحلية مياه البحر، على إجراءات تقييم الأثر البيئي لهذه المشاريع كتقنية علمية وفنية متطورة ومحصلة عمل توصلت إليه الهياكل الفنية من مختلف المجالات العلمية في

¹ محمد أبو الرجال، المرجع السابق.

² مسعود صلاح محمد، التلوث الضوضائي/ مفهومه، أنواعه، مسبباته، آثاره، كيفية التقليل والوقاية من خطره، مجلة كليات التربية، مصر، العدد 07، (2017)، ص 06.

³ الهام قارة تركي، مطبوعة في مقياس قانون البيئة والتنمية المستدامة -موجه لطلبة السنة الثالثة قانون عام- المركز الجامعي مغنية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، (2021-2022)، ص 17.

⁴ عبد الغني بركان، سياسة الاستثمار وحماية البيئة في الجزائر، رسالة ماجستير في القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق، قسم تحولات الدولة، (2010) ص 89.

⁵ زايد بوالقرارة، الاستثمار في الأنشطة الاقتصادية ومتطلبات الحماية القانونية للبيئة، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة المجلد 14، العدد 29، (2022)، ص 292.

مجال البيئة⁽¹⁾ بالإضافة إلى رقابة الإدارة المكلفة بمنح الامتياز من خلال ضرورة تضمين دفتر الشروط على بنود تعني بحماية الأنظمة البيئية.

أ- تقييم الأثر البيئي

تعرف عملية تقييم الأثر البيئي على أنها العملية التي بواسطتها يتم تقييم الآثار الايجابية والسلبية المحتملة والمتوقعة للمشروع المزمع إنشاؤه⁽²⁾، وهو إجراء يتميز بخاصيته العلمية والتقنية ذلك انه وسيلة علمية أو شبه علمية للاستدلال وقياس مختلف الآثار السلبية للمشروع على البيئة⁽³⁾.

وجاءت الإشارة إلى هذه التقنية في الجزائر من خلال القانون الإطاري لحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة رقم 10-03⁽⁴⁾ بموجب المادة 15 منه: "تخضع مسبقاً وحسب الحالة لدراسة التأثير أو لموجز التأثير على البيئة، مشاريع التنمية والهيكل والمنشآت الثابتة والمصانع والأعمال الفنية الأخرى التي تؤثر بصفة مباشرة أو غير مباشرة فوراً أو لاحقاً على البيئة، لاسيما الأنواع والمواد والأوساط والفضاءات الطبيعية والتوازنات الأيكولوجية وكذلك على إطار ونوعية الحياة".

أما بالعودة إلى أحكام المرسوم 200-11 لاسيما المادة 07 منه فإن عملية تقييم الأثر البيئي في مجال الاستثمار في محطات التحلية يكون من خلال آلية دراسة التأثير، أين نصت المادة على: "عندما تتم الموافقة على الطلب يستكمل بملف تقني يتضمن الوثائق التالية:

- تعهد مكتوب لصاحب الامتياز للخدمة العمومية للتزويد بالمياه الصالحة للشرب على استعمال أحجام المياه المنتجة بغرض المنفعة العامة.

- دراسة التأثير المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما.

- مشروع تنفيذ الهيكل المزمع انجازها.

- مخطط انجاز وتشغيل الهيكل"⁽⁵⁾.

كما أوجبت المادة 7 أيضاً من الملحق المتعلق بدفتر الشروط النموذجي المتعلق بامتياز استعمال الموارد المائية بإقامة هيكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة، على الجهة صاحبة الامتياز ضرورة التقيد

¹ محمد عبد الباقي، "مساهمة الجاية في تحقيق التنمية المستدامة"، رسالة ماجستير في علوم التسيير، جامعة الجزائر، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، قسم مالية ونقود، (2010)، ص 111.

² المرجع نفسه، نفس الصفحة.

³ يحيى وناس، الآليات القانونية لحماية البيئة في الجزائر، أطروحة الدكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق، قسم القانون العام، (2007)، ص 177.

⁴ محمد شقرون، واقع حماية البيئة بين القانون الجزائري والاجتهاد التحكيمي في مجال الاستثمار، رسالة ماجستير، جامعة بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون، الجزائر، (2018)، ص 63.

⁵ المادة 07 من المرسوم 220-11، المصدر السابق.

بالتدابير الوقائية من خلال تطبيق دراسة التأثير ، بحيث جاء فيها: "يتعين على صاحب الامتياز تطبيق التدابير الوقائية الموصى بها بموجب دراسة التأثير"⁽¹⁾.

أما عن كيفية التطبيق العملي لهذا الإجراء فأحالها المشرع الجزائري على المرسوم رقم 07-145 الذي يحدد تطبيق ومحتوى وكيفية المصادقة على دراسة وموجز التأثير على البيئة⁽²⁾، إذ وبعد قيام صاحب المشروع بإتباع جميع الإجراءات المتعلقة بدراسة التأثير يتولى الوزير المكلف بالبيئة فحص ملف دراسة التأثير في إطار عملية التحقيق العمومي والتي لا يجب أن تتجاوز في جميع الحالات أربعة (04) أشهر من تاريخ إقفال التحقيق، وترسل قرارات الموافقة إلى الوالي من أجل تبليغ الجهة المعنية بها، وفي حالة الرفض يجب أن يكون ذلك مبرراً مع توفر إمكانية الطعن الإداري أمام وزير المكلف بالبيئة بالنسبة لصاحب المشروع⁽³⁾.

ب- التوقيع على دفتر الشروط

ربط المشرع الجزائري مسألة الاستثمار في مشاريع إستغلال محطات التحلية بضرورة التوقيع على دفتر شروط نموذجي، والذي يعد إجراءاً جوهرياً من أجل منح امتياز استعمال الموارد المائية عملاً بأحكام المادة 78 من القانون 05-12 المتعلق بالمياه والتي جاء فيها: "يتوقف منح استعمال الموارد المائية على توقيع السلطة المانحة للامتياز وصاحب الامتياز لدفتر شروط خاص.

تحدد دفاتر شروط نموذجية لكل فئة استعمال منصوص عليها في أحكام المادة 77 أعلاه عن طريق التنظيم"⁽⁴⁾. وقد أوجب المشرع على صاحب الامتياز ضرورة أن تأخذ هذه الدفاتر بعين الاعتبار متطلبات الحفاظ على البيئة⁽⁵⁾، مما يفيد أن الإخلال بهذا الالتزام المسبق يترتب عنه رفض منح الامتياز من الإدارة.

غير أن ما يمكن ملاحظته في هذا الإطار، أنه في الوقت الذي خص فيه المشرع جميع فئات الموارد المائية بنصوص قانونية⁶ خاصة في القانون 05-12 المتعلق بالمياه ألزم من خلالها صاحب الامتياز بوجوب تضمين دفاتر الشروط المتعلقة المتعلقة بها بنوداً تعني بالحفاظ على البيئة عند منح امتياز إستغلال هذه الموارد، غير أنه أغفل ذكر فئة هياكل تحلية مياه البحر من هذا الشرط.

هذا التخصيص التشريعي لفئة دون سواها في رأينا لا يعدو إلا أن يكون سهواً من جانب المشرع تم تداركه لاحقاً من خلال سلسلة القوانين والتنظيمات المتعلقة بعملية الاستثمار في مجال إقامة واستغلال محطات تحلية البحر، وفي مقدمتها المرسوم 11-220 سابق الذكر.

¹ المادة 07 من الملحق المتعلق بدفتر الشروط النموذجي المتعلق بامتياز استعمال الموارد المائية بإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة، المرسوم رقم 11-220، نفس المصدر.

² المرسوم التنفيذي رقم 07-145، مؤرخ في 19 ماي 2009، يحدد مجال تطبيق ومحتوى وكيفية المصادقة على دراسة وموجز التأثير على البيئة، ج.ر، عدد 34، الصادرة في 22 مايو 2007.

³ المواد 17، 18 و 19 من المرسوم 07-145، المصدر نفسه.

⁴ المادة 78 من القانون 05-12، المصدر السابق.

⁵ المواد 79 و 82 من القانون 05-12، نفس المصدر.

⁶ المواد من 79 إلى 84 من القانون 05-12، نفس المصدر.

2- المتابعة البعدية للمشروع

استكمالاً لعملية الرقابة الإدارية التي نصت عليها القوانين و التنظيمات أعلاه ، تبني المشرع نظاماً ردعياً أكثر صرامة من النظام القائم على مجرد تقدير الآثار السلبية، من خلال فرض عقوبات إدارية تتبع عملية إقامة هذه المشاريع، وكذلك توقيع عقوبات جزائية الجهة المخلة بالتزاماتها القانونية والاتفاقية.

أ- إلغاء امتياز استغلال محطات تحلية البحر

وهي واحدة من أهم الجزاءات الإدارية المترتبة عند إخلال صاحب الامتياز بأحد بنود دفتر الشروط، على غرار البند المتعلق بضرورة التقيد بالضوابط البيئية عند الاستثمار في مجال الموارد المائية ومنها إقامة أو إستغلال محطات تحلية المياه، وهو ما عالجته المواد 87 من قانون 12-05 و 13 من المرسوم التنفيذي 220-11.

بحيث تنص المادة 87 على: "تلغى الرخصة أو إمتياز استعمال الموارد المائية بدون تعويض بعد إعدار يوجه لصاحب الرخصة أو الإمتياز في حالة عدم مراعاة الشروط والالتزامات المترتبة على أحكام هذا القانون والنصوص التنظيمية المتخذة لتطبيقه وكذا الرخصة أو دفتر الشروط"، فحين تنص المادة 13 من المرسوم التنفيذي 220-11 على: "يمكن إلغاء الامتياز دون أي تعويض وبعد الأعدار، في حالة عدم احترام أحكام دفتر الشروط".

ومسألة إلغاء الامتياز هذه ميزة منحها القانون لصالح الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد بالنظر للأهمية التي يكتسبها موضوع الموارد المائية بالنسبة للسياسة الوطنية، بحيث تتمتع الإدارة بسلطة إلغاء الامتياز من طرف واحد ومن دون أن يقع عليها عبء دفع تعويضات جراء قيامها بهذا الإجراء، في حال ثبوت عدم التزام صاحب الامتياز بواجباته المتضمنة في دفتر الشروط النموذجي كتلك المتعلقة بعدم مراعاة متطلبات حماية البيئة خاصة التدابير الوقائية الخاصة بدراسة التأثير¹.

ب- الحماية الجزائية للبيئة من مشاريع تحلية مياه البحر

بغض النظر عن الأحكام الجزائية العامة التي جاء بها القانون 03-10 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة باعتباره المرجعية التشريعية الأولى في مجال حماية البيئة، ستكتفي الدراسة بالنصوص القانونية الجزائية التي تناولها قانون المياه 05 – 12 على اعتبار انه القانون المحدد للنظام القانوني لاستغلال الموارد المائية والتي تدخل في إطارها مشاريع تحلية مياه البحر.

إذ وبالعودة إلى أحكام ونصوص هذا القانون، نجده رتب جزاءات سالبة للحرية وغرامة مادية عند مخالفة نظام الامتياز من الطرف الجهة المستثمرة، بحيث تنص المادة 175 من القانون على: "يعاقب بالحبس من سنة (1) إلى (5) سنوات و بغرامة من مائة ألف دينار جزائري (100.000 دج) إلى خمسمائة ألف دينار (500.000 دج)، كل من يخالف أحكام المادة 77 من هذا القانون. تضاعف العقوبة في حالة العود".

هذا وفي إطار حماية الأملاك العمومية للماء يمنع هذا القانون رمي المواد السامة والإفرازات أو تفريغها من دون ترخيص، وهي الأفعال المعاقب عليها بموجب أحكام المادة 171 والتي جاء فيها ما يلي: "يعاقب بغرامة من عشرة آلاف دينار

¹ غير أن عملية إلغاء الامتياز من طرف الإدارة تبقى متوقفة على تحرير إعدار توجه الإدارة مانحة الامتياز إلى الجهة صاحب الامتياز، المادة 13 من المرسوم التنفيذي 11 – 220، المصدر السابق.

(10.000 دج) إلى مائة ألف دينار (100.000 دج) كل من يخالف أحكام المادة 44 من هذا القانون. تضاعف العقوبة في حالة العود.

كما يعاقب على إدخال أي نوع من المواد غير الصحية في الهياكل المائية المخصصة للتزويد بالمياه وذلك من خلال المادة 172 منه والتي تنص على: "يعاقب بالحبس من سنة (1) إلى (5) سنوات وبغرامة من خمسين ألف دينار جزائري (50.000 دج) إلى مليون دينار (1.000.000 دج)، كل من يخالف أحكام المادة 46 من هذا القانون وتضاعف العقوبة في حالة العود".

خاتمة:

مع تزايد الاهتمامات على الصعيد الوطني بضرورة تحقيق الاكتفاء الذاتي من المياه والبحث عن بديل مستدام من أجل توفير هذه المادة الحيوية، جاء رهان السلطات على الاستثمار في مجال تحلية مياه البحر، غير أن عملية إقامة هذه المنشآت واستغلالها بشكل كبير من شأنها إحداث أضرار بالبيئة المحيطة، وهو ما وقف عليه المشرع من خلال قانون المياه 12-05 والقانون الإطار لحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة 10-03 من خلال تبني أساليب وقائية وأخرى ردعية.

ومن أهم ما توصلت إليه الدراسة من نتائج:

- تحلية المياه أصبحت إستراتيجية وطنية من أجل بلوغ وتحقيق الأمن المائي الوطني، مما يعكس حقيقة الإرادة السياسية في هذا التوجه نحو استغلال الموارد المائية من خلال هذه الآلية، وهو الذي تأكد مؤخراً بعد إنشاء وكالة وطنية خاصة بتسيير هذا المجال.

- يأتي تبني المشرع الجزائري لخيار التعاقد الإداري بأسلوب الامتياز في مجال الموارد المائية، حفاظاً منه على مكانة الإدارة كطرف ممتاز في العقد، خاصة مع تعلق هذا المجال باعتبارات الصالح العام والمنفعة العامة.

- في ظل غياب قانون بيئي خاص يعالج مسألة المخاطر الناجمة عن مشاريع التحلية، يأتي استعمال المشرع من خلال القانون 10-03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة والقوانين ذات الصلة، لآليات وقائية مسبقة على إقامة هذه المشاريع، بالإضافة إلى إقرار رقابة بعدية تتبع عملية استغلال هذه المشاريع عن طريق ترتيب جزاءات إدارية وردعية على الجهة المخالفة.

أما ما يمكن أن نقول به من مقترحات وتوصيات فهي:

- التسريع من وتيرة استعمال الطاقات المتجددة عند إستغلال محطات تحلية مياه البحر، كاستخدام مصادر الطاقة الشمسية في عمليات التحلية من أجل التقليل من الخسائر البيئية الناجمة عن استعمال الطاقة الكهربائية وهو ما تسيّر عليه اليوم أغلب الدول الرائدة في مجال صناعة المياه.

- تضيق حيز الاستثمار في الموارد المائية وحصصها على المستثمرين الوطنيين العوام فقط، نظراً لأهمية هذا المورد الوطني بالنسبة للدولة وللأفراد على حد سواء خاصة بعد فشل تجربة الاستثمارات الأجنبية في هذا الإطار.

- تعزيز نظام التعاقد بالامتياز عند استعمال جميع فئات الموارد المائية لاسيما فئة تحلية المياه، من خلال تضمين دفاتر الشروط المتعلقة بها لشروط ومتطلبات الحفاظ على البيئة تحت طائلة الفسخ أو البطلان وعدم قصرها فقط على مجرد إلغاء التصريح بالاستغلال.

- الاستغلال الحسن للأملاح المتسربة عن عمليات التحلية، من خلال معالجتها ورسكلتها داخل وحدات ومعامل لاستقبال الأملاح المفرزة، وبالتالي تجنب إلقاءها في البحر من جديد حفاظاً على الوسط البيئي على غرار ما هو معمول به في دول الخليج حالياً.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: المصادر

القوانين والتنظيمات

- 1- القانون رقم 10-03 مؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، جريدة رسمية عدد 43 الصادرة في 20 يوليو 2003.
- 2- القانون رقم 12-05، مؤرخ في 4 أوت 2005، المتعلق بالمياه معدل ومتمم، جريدة رسمية عدد 60، الصادرة في 04 سبتمبر 2005.
- 3- المرسوم التنفيذي رقم 145-07، مؤرخ في 19 ماي 2009، يحدد مجال تطبيق ومحتوى وكيفيات المصادقة على دراسة وموجز التأثير على البيئة، جريدة رسمية عدد 34، الصادرة في 22 مايو 2007.
- 4- المرسوم التنفيذي رقم 220-11، مؤرخ في 12 يونيو 2011، المحدد لكيفيات استعمال الموارد المائية بإقامة هياكل تحلية مياه البحر ونزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية أو تلبية الحاجيات الخاصة. جريدة رسمية، عدد 34، الصادرة في 19 يونيو 2011.
- 5- المرسوم التنفيذي رقم 103-23، مؤرخ في 7 مارس 2023، المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لتحلية المياه وتنظيمها وسيرها، جريدة رسمية عدد 16، الصادرة في 15 مارس 2023.

ثانياً: المراجع

- الكتب:

- 6- إسماعيل سراج الدين، قضايا المياه في العالم، رؤية لقضايا المياه والحياة والبيئة، تقرير المفوضية الدولية للمياه للقرن الحادي وعشرين، دار هلا، دون طبعة، مصر، (2003).

- الأطروحات والرسائل

- 7- أمال بنون، تحليل تكلفة مياه البحر، دراسة مقارنة بين الجزائر والمملكة العربية السعودية، أطروحة دكتوراه، تخصص اقتصاد دولي وتنمية، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية والتسيير، قسم العلوم الاقتصادية، جامعة سطيف 01، (2016)

- 8- نصيرة بن عيسى، آلية عقود الامتياز لتسيير الاستثمار العقاري الصناعي، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة باتنة 01، (2022).
- 9- يحيى وناس، الآليات القانونية لحماية البيئة في الجزائر، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق، قسم القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، (2007).
- 10- عبد الغني بركان، سياسة الاستثمار وحماية البيئة في الجزائر، رسالة ماجستير في القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق، قسم تحولات الدولة، (2010).
- 11- محمد عبد الباقي، "مساهمة الجباية في تحقيق التنمية المستدامة"، رسالة ماجستير في علوم التسيير، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، قسم مالية ونقود جامعة الجزائر، (2010).
- 12- محمد شقرون، واقع حماية البيئة بين القانون الجزائري والاجتهاد التحكيمي في مجال الاستثمار، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون، جامعة بجاية، الجزائر، (2018).

- المجالات:

- 13- احمد تي، وزوبيدة محسن، الآليات الاقتصادية والقانونية لحماية البيئة في الجزائر، مجلة العلوم الاقتصادية، جامعة البصرة العراق، كلية الإدارة والاقتصاد، المجلد 14، العدد 56 (2020).
- 14- حمد إبراهيم الفايق، التوم إبراهيم محمد عبد الرحيم، أبعاد مفهوم الأمن البيئي ومستوياته في الدراسات البيئية، مجلة الإستراتيجية والأمن الوطني، السودان، المجلد 2013، العدد 07، (2013).
- 15- حنان عمروسي، دور تكنولوجيا تحليه مياه البحر في سد الفجوة المائية في الدول العربية، "دراسة حالة الجزائر"، مجلة العوم الاقتصادية والإدارية، الجزائر، مجلد 20، العدد 01، (2019).
- 16- رشيد فراح، واقع ومتطلبات الأمن المائي في الجزائر، مجلة الاقتصاد الجديد، الجزائر، العدد 05، (2012).
- 17- كمال بوعظم وأمال بنون، تحلية مياه البحر في الجزائر، بين توفير مياه الشرب وحماية البيئة خلال الفترة (2005-2015)، مجلة الباحث، الجزائر، العدد 16، (2016).
- 18- محمد أبو الرجال، تحلية مياه البحر كيف تؤثر في البيئة، مجلة البيئة والتنمية، لبنان، العدد 146، (2010).
- 19- مسعود صلاح محمد، التلوث الضوضائي/مفهومه، أنواعه، مسبباته، أثاره، كيفية التقليل والوقاية من خطره، مجلة كليات التربية، مصر، العدد 07، (2017).
- 20- زايد بوالقرارة، الاستثمار في الأنشطة الاقتصادية ومتطلبات الحماية القانونية للبيئة، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة المجلد 14، العدد 29، (2022).

21- Djohar Abderrahmane, Desalination Projects in Alegria: what Are The Environnement and Economic issues of Seawater Desalination? , Environnement and ecology research, 8 (03), Jun (2020).

- المطبوعات البيداغوجية:

- 22- الهام قارة تركي، مطبوعة في مقياس قانون البيئة والتنمية المستدامة -موجه لطلبة السنة الثالثة قانون عام- المركز الجامعي مغنية ، معهد الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، (2021-2022).

- المواقع الالكترونية:

23- <http://www.Elkhobar.com/articles/> تاريخ الاطلاع: 2023/08/01.

24- <http://www.afedmag.com> تاريخ الاطلاع: 2023/08/03.

25- <http://www.webteb.com/articles/> تاريخ الاطلاع: 2023 /08/03.

26- <https://www.reuters.com/article/environment-brine-ar4-idARAKCN1P907D> تاريخ

الاطلاع: 2023/08/08.

الجرد العام كألية إدارية لحماية العقار الغابي

General inventory as an administrative mechanism for the protection of forest property

أستاذ محاضر -أ- ، د. خذري محمد

ط.د وناس محمد *مخبر الانتساب العدالة السيرانية

جامعة برج بوعرييج

جامعة برج بوعرييج

mohammed.khodri@univ-bba.dz

mohamed.ouanes@univ-bba.dz

تاريخ القبول: 14-06-2024

تاريخ الإيداع: 29-02-2024

ملخص:

تتكفل إدارة الغابات لغرض حماية العقار الغابي بجرده بالتنسيق مع مصالح إدارة أملاك الدولة باعتبار الأولى مسيرة والثانية مالكة ، وذلك بتسجيل وصفي وتقييمي يقوم على إعداد جرد عام للعقارات الغابية على اختلاف أنواعها (غابة ، غيضة ، أراضي ذات طابع غابي ، أراضي حلقافية...) حسب الأحكام القانونية والتنظيمية المعمول بها ، مستهدفا ضمان حماية العقارات الغابية لما لها من خصوصية وطنية والحرص على استعمالها وفق الأهداف المسطرة لها ، لذلك فان العقارات الغابية الوطنية تخضع لعملية الجرد وفقا للقانون رقم 30/90 المؤرخ في 12/01/1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية المعدل والمتمم لاسيما أحكام المادة 21 و 25 منه ، وكذا المرسوم رقم 455/91 المؤرخ في 11/23/1991 المحدد لشروط جرد الأملاك الوطنية.

الكلمات المفتاحية: الجرد العام، العقارات الغابية ، الحماية الإدارية.

Abstract:

For the purpose of protecting the forest property, the Forest Department is responsible for its inventory, in coordination with the state property management departments, with the former being the occupier and the latter the owner, through a descriptive and evaluative registration based on the preparation of a general inventory of the forest property of all types (forest, forest, lands of a forest nature, allied lands...) in accordance with the provisions. The applicable legal and regulatory framework aims to ensure the protection of forest properties due to their national specificity and to ensure that they are used according to the objectives set for them. Therefore, national forest properties are subject to the inventory process in accordance with Law No. 90/30 of 12/01/1990, which includes the amended and supplemented National Property Law. Especially the provisions of Articles 21 and 25 thereof, as well as Decree No. 91/455 of 11/23/1991 specifying the conditions for the inventory of national property.

Keywords: general inventory, forest properties, administrative protection

* المؤلف المراسل.

مقدمة:

تشكل الغابات جزء من الملكية العامة التابعة للمجموعة الوطنية المصانة بموجب المادة 20 و21 من الدستور⁽¹⁾ وخصها بمجموعة من النصوص التشريعية والتنظيمية المشكلة للإطار القانوني الحمائي العام منها القانون رقم 90-30 المؤرخ في 01/12/1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية لاسيما أحكام المادة 04 منه التي تنص على عدم قابلية الأملاك الوطنية العمومية للتصرف ولا التقادم وللحجز إلى جانب الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم لاسيما أحكام المادة 689 منه⁽²⁾، أما الإطار الحمائي الخاص فتمثل في القانون 21-23 المؤرخ في 10 جمادى الثانية عام 1445 الموافق 23 ديسمبر سنة 2023 المتعلق بالغابات والثروات الغابية لاسيما أحكام المادة: 12 منه. ألزم المشرع الجزائري السلطات العمومية في إطار التكفل بأملاكها والسهل على حمايتها القيام بإجراءات ضرورية بقصد المحافظة عليها، فالقانون رقم 90/30 المؤرخ في 01/12/1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية لاسيما أحكام المادة 08 منه اجبر هيئات الدولة والجماعات المحلية بإعداد جرد عام لأملاكها العامة والخاصة فنصت على انه " يتمثل الجرد العام للأملاك الوطنية في تسجيل وصفي وتقييمي لجميع الأملاك التي تحوزها مختلف مؤسسات الدولة وهيكلها والجماعات الإقليمية، يتعين إعداد جرد عام للأملاك الوطنية على اختلاف أنواعها حسب الأحكام القانونية والتنظيمية المعمول بها، هدفه ضمان حماية هذه الأملاك والحرص على استعمالها وفقا للأهداف المسطرة لها"⁽³⁾، لذلك فان الأملاك الوطنية التابعة للدولة والجماعات المحلية مهما يكن حائزها تخضع لعملية الجرد وذلك وفقا لنص أحكام المادة 38 من القانون رقم 90/25 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن التوجيه العقاري والقانون رقم 90/30 المؤرخ في 01/12/1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية المعدل والمتمم وخصوصا أحكام المادة 21 والمادة 25 منه، وكذا المرسوم رقم 91/455 المؤرخ في 23/11/1991 الذي يحدد شروط وكيفيات انجاز هذا الجرد لحماية الأملاك الوطنية عموما والأملاك العقارية الغابية في إطار القانون رقم 21/23 المؤرخ في 23/12/2023 المتعلق بالغابات والثروات الغابية خصوصا.

وبالرجوع إلى هذه النصوص القانونية نجدها قد أكدت على عدة آليات لحماية العقارات الغابية منها الحماية الإدارية المتمثلة في الجرد، فالمشرع أحاط عملية الجرد بمجموعة من القواعد والإجراءات التنظيمية التي تستهدف التعيين الدقيق والصحيح للأملاك والتعريف بملاكها ومحتواها قصد تسهيل عملية الرقابة والمتابعة لحماية الأملاك الوطنية.

انطلاقا مما سبق نطرح الإشكالية التالية:

ما هي القواعد والإجراءات العملية لآلية الجرد المستخدمة في الحماية الإدارية للعقار الغابي؟

لمعالجة هذه الإشكالية تم تقسيم هذه الورقة البحثية إلى مطلبين في المطلب الأول: نتناول مفهوم الجرد والهيئات المشرفة عليه، أما في المطلب الثاني: نتطرق إلى إجراءات جرد العقار الغابي. حيث اخترنا المنهج الوصفي التحليلي القائم على تحديد المفاهيم وتحليل النصوص القانونية والتنظيمية.

(1) المادة: 20 و21 من دستور 2020 المؤرخ في: 30-12-2020، جريدة رسمية عدد 82 لسنة 2020

(2) المادة: 689 من الأمر رقم: 75-58 المتضمن القانون المدني المؤرخ في: 26-09-1975، جريدة رسمية عدد 78 لسنة 1975

(3) القانون رقم: 90-30 المؤرخ في 01-12-1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، جريدة رسمية عدد 52 لسنة 1990

المطلب الأول: مفهوم الجرد والهيئات المكلفة به.

يعتبر الجرد من أهم آليات الحماية الإدارية للأموال الوطنية التي تؤدي إلى التعرف على هذه الأموال وتحديد محتوياتها وحمايتها، والمشروع الجزائري أحاط هذه العملية بمجموعة من القواعد والإجراءات المنصوص عليها في قانون الأموال الوطنية رقم 30/90 المعدل والمتمم.

تعتبر إدارة أموال الدولة الهيئة المكلفة بالحماية ومراقبة المال العام طبقاً لأحكام المادة 38 من القانون رقم 14-08 المؤرخ في 20-07-2008 المعدل والمتمم للقانون 30/90 إلى جانب الإدارة المكلفة بالغابات، وعليه سنتناول مفهوم الجرد أولاً ثم الهيئات المكلفة بجرد العقار الغابي ثانياً.

الفرع الأول: مفهوم الجرد:

تعد عملية الجرد بصفة عامة آلية تقوم بها كل هيكل الدولة، سواء كانت مؤسسات عمومية ذات طابع إداري أو مؤسسات عمومية ذات طابع صناعي وتجاري أو اقتصادي؛ قصد بسط نوع من الحماية (الحماية الإدارية) على العقارات والمنقولات تحقيقاً للأهداف المرجوة من عملية الجرد، وعليه نتعرض لتعريفه (أولاً) وبيان أنواعه (ثانياً).

أولاً: تعريف الجرد:

تطرق المشرع الجزائري إلى عملية الجرد باعتبارها نشاط تلتزم الإدارة بالقيام به لمراقبة تسيير وتعبئة حدود الأموال الوطنية العامة⁽¹⁾ من خلال تخصيصه بتعريف وتعداد أنواعه، وعليه سنعتمد في التعريف على النصوص الرسمية التي تناولت عملية الجرد.

نصت أحكام المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 455/91 المتعلق بجرد الأموال الوطنية على أنه: "يعني الجرد العام للأموال الوطنية التسجيل الوصفي والتقويي لجميع الأموال الخاصة والعامة التابعة للدولة والولاية والبلدية، والتي تحوزها مختلف المنشآت والمؤسسات والهيكل التي تنتهي إليها أو التي تخصص للمؤسسات العمومية والهيئات العمومية"⁽²⁾.

وعليه انطلاقاً من النص القانوني السالف الذكر يمكن ضبط تفكيك تعريف الجرد في ثلاثة خصائص أساسية تتمثل في الآتي:

- تسجيل وصفي يتمثل في تدوين بيانات ومعطيات وصفية شاملة للملك الوطني وخصائصه ومحتوياته.
- تسجيل تقييبي: هو إثبات القيمة النقدية للمال (القيمة التجارية للملك سواء الناتج عن تقييم الأرضية بالنسبة للعقارات أو تكلفة الانجاز بالنسبة للبنيات).
- نطاق عملية الجرد: يشمل جميع الأموال الوطنية العمومية والخاصة التابعة للدولة وجماعاتها المحلية المحازة أو المخصصة⁽³⁾.

(1) عمر حمدي باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 9

(2) المادة 2: من المرسوم التنفيذي رقم 455-91 المؤرخ في 23-11-1991 المتعلق بجرد الأموال الوطنية، الجريدة الرسمية العدد 60 لسنة 1991

(3) عمر يحيى، الوجيز في الأموال التابعة للدولة والجماعات المحلية، دار هومة، الجزائر، 2001، ص 114

كما نصت أحكام المادة 08 الفقرة الثانية من القانون 30/90 المتعلق بالأماكن الوطنية على أنه " يتعين إعداد جرد عام للأماكن الوطنية على اختلاف أنواعها حسب الأحكام القانونية والتنظيمية المعمول بها، هدفه ضمان حماية الأماكن الوطنية والحرص على استعمالها وفقا للأهداف المسطرة لها"⁽¹⁾.

فالجرد إذا هو إجراء شامل بالنسبة لجميع الأماكن الوطنية الخاصة منها والعمومية إلا ما استثنى بنص.⁽²⁾

كما لا يشمل الجرد أماكن وزارة الدفاع الوطني، ونصت أحكام المادة 33 من المرسوم التنفيذي رقم 455/91 على ضرورة جرد الأماكن الموجودة في الخارج التي تملكها الدولة وتستعملها الممثلات الدبلوماسية والقنصلية وذلك في بطاقات تعريفية فيما يخص العقارات وفي الجرد بالنسبة إلى المنقولات، وتقوم الممثلات الدبلوماسية والقنصلية بهذه العملية تحت إشراف وزارة الشؤون الخارجية ورقابتها وذلك نظرا لخصوصيات هذا القطاع⁽³⁾.

ثانيا: أنواع الجرد للأماكن الغابية:

قبل الشروع في تقسيم أنواع الجرد للأماكن الغابية يتوجب الإشارة أولا إلى الضبط القانوني للأماكن الغابية والذي يقصد به الإطار التشريعي والتنظيمي المطبق على الأماكن الغابية وعلى أساسه يتم التعرف وتعيين الأماكن الغابية، حيث تشير أحكام المادة 12 من القانون رقم 12-23 المؤرخ في 23-12-2023 المتعلق بالغابات والثروات الغابية أن الأراضي العمومية الغابية جزء من الأماكن العمومية الطبيعية.⁽⁴⁾

و باعتبار الأماكن الغابية جزء من الأماكن الوطنية طبقا للقانون رقم 14-08 المؤرخ في 20 جويلية 2008 لاسيما أحكام المادة 11 منه، و انطلاقا من أحكام المرسوم التنفيذي رقم 455/91 المتضمن تنظيم عملية الجرد يمكن تحديد وجود نوعين أساسيين هما:

1- جرد العقارات (المبنية والغير مبنية):

استنادا إلى أحكام المرسوم التنفيذي رقم 455/91 الذي يحدد كفيات جرد الأماكن الوطنية فإن كل المؤسسات الوطنية سواء الإدارات أو الهيئات العامة التابعة للدولة والجماعات المحلية يجب عليها أن تمسك دفاتر لجرد كل الأماكن العقارية الموجودة بحوزتها سواء كانت مالكة لها أو مخصصة لها، ويتضمن جرد العقارات عدة أساليب:

أ- البطاقة التعريفية للعقارات: أشار إليها المرسوم التنفيذي رقم 455/91 في أحكام المادة 08 منه كأحد إجراءات الجرد، حيث يتم إعداد بطاقة تعريفية للأماكن المبنية لكل مؤسسة أو هيئة إدارية أو إقليمية أو محلية من ضمنها الإدارة المكلفة بالغابات والحائزة للعقار، وتبين هذه البطاقة نوع العقار ومحتواه وحدوده وأصل ملكيته وقيمه والحقوق الواردة عليه⁽⁵⁾، باعتبارها تحوز على بنايات إدارية وكذا مفازل وأبراج مراقبة وأحواض مائية بالوسط الغابي تحتاج إلى عملية جرد مستمرة لضمان استعمالها الحسن لأداء مهامها، وتستكمل عملية تدوين البطاقات العقارية بإعداد شهادات التسجيل في الجدول العام للأماكن الوطنية تدون في سجل عام للعقارات المبنية التابعة للأماكن الوطنية على مستوى

(1) المادة: 08 من القانون رقم 30-90 المؤرخ في 01-12-1990، مرجع سابق

(2) عبد السلام يوسف، حطاطاش عبد العزيز، حماية الأماكن الوطنية العامة، مذكرة لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 05، الجزائر، ص 16

(3) المرسوم التنفيذي رقم 455/91 المؤرخ في 23-11-1991 المتعلق بجرد الأماكن الوطنية، مرجع سابق.

(4) المادة: 12 من القانون رقم 23-21 المتعلق بالغابات والثروات الغابية، الجريدة الرسمية العدد 83 لسنة 2023

(5) عبد السلام يوسف، وحطاطاش عبد العزيز، مرجع سابق ص: 17.

أملك الدولة وتسلم الشهادة لإدارة الغابات لتقديها للمراقب المالي لتبرير نفقاتها أثناء الصيانة والترميم وفق أحكام المادة 83 من قانون المالية لسنة 2003.

ب- عن طريق المسح: نصت أحكام المادة 13 من القانون 21-23 المؤرخ في 23-12-2023 المتعلق بالغابات والثروات الغابية على مسح الأملاك العمومية الغابية وفق الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 12-11-1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، حيث يقوم أعوان المسح بتحديد القطع العائدة للأملاك الغابية وفقا للمخططات المسحية (plan cadastrale) مرفقة بتوضيحات في سجل المساحة (matrice cadastrale) وحساب المسح وجداول الأقسام، و بطاقات التحقيق العقارية وكلها أشغال يتم إيداعها على مستوى المحافظة العقارية تمهيدا لإنشاء السجل العقاري.⁽¹⁾

2- جرد المنقولات: نصت عليه أحكام المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 455/91 يجب أن تدرج حسب الشروط المنصوص عليها في المواد من 20 إلى 26 الأملاك المنقولة التابعة للدولة والجماعات الإقليمية غير الخاضعة للأمر 35/75 المؤرخ في 29/04/1975.⁽²⁾

وقد أوجبت أحكام المادة 20 من المرسوم التنفيذي رقم 455/91 تسجيل جميع المعدات والأشياء المنقولة بما في ذلك الماشية باستثناء:

1. الأشياء القابلة للاستهلاك بالاستعمال الأول.
 2. الأشياء الغير قابلة للاستهلاك بالاستعمال الأول التي لا تتجاوز قيمة شرائها الوحدوية 3000 دج وفق القرار المؤرخ في 23 جويلية سنة 2020.⁽³⁾
- و قد حدد القرار المؤرخ في 21 جويلية سنة 1987 ضبط المنوال النموذجي لسجل جرد المنقولات والمتضمن جدول يتكون من ثمانية أعمدة تسجل فيها المعلومات المتعلقة بالشيء المجرد وهي: رقم التسجيل، تاريخ التكفل بالتسجيل، تعيين الشيء المجرد، مصدره، قيمته، تخصيصه، خروجه، ملاحظات، ويتم إخضاع هذا السجل للمراقبة والمتابعة السنوية لمصالح أملاك الدولة.⁽⁴⁾

إن ضرورة تزويد مصالح الغابات بالمنقولات اللازمة تجعلها تباشر مهامها في أحسن الظروف وهو ما ينعكس بصورة ايجابية على التسيير المستدام للموارد الغابية الشيء الذي يفرض على الدولة القيام بالمراقبة الدورية للمنقولات عن طريق سجلات الجرد الممسوكة من طرف مصالح الغابات ومطابقتها ميدانيا مع ماهو موجود.

وفي حالة عدم صلاحيتها يحذر لها محضر عدم صلاحية يمضى من طرف المشرفين عليها وتحول إلي مصالح أملاك الدولة لبيعها في المزاد العلني وتحرر لها محاضر البيع وعلى إثرها يتم إلغاؤها من سجلات الجرد.

انطلاقا مما سبق فالمشروع الجزائري نص على إلزامية الجرد وإعداده في أكثر من مرة، وهذا باعتبار أن هذه العملية تركز عدة أهداف هامة لا يمكن إهمالها، تتمثل في النقاط التالية:

⁽¹⁾ التعليم رقم 16 الصادرة في 24-05-1998 عن المديرية العامة للأملاك الوطنية

⁽²⁾ المرسوم التنفيذي رقم 455-91 المؤرخ في 23-11-1991 المتعلق بجرد الأملاك الوطنية، مرجع سابق

⁽³⁾ القرار المؤرخ في 23 جويلية 2020 المحدد لقيمة الشراء للأشياء الغير قابلة للاستهلاك بالاستعمال الأول ولا للجرد

⁽⁴⁾ القرار المؤرخ في 21 جويلية سنة 1987 يضبط المنوال النموذجي لسجل جرد المنقولات

- تعتبر عملية الجرد وسيلة تقنية وطريقة سليمة لإحصاء وضبط كمية ونوعية الممتلكات الوطنية على اختلاف أنواعها وإشكالها.
- التعرف بصفة دقيقة ومضبوطة على هاته الأملاك سواء فيما يتعلق بحجمها وطبيعتها.
- الاطلاع في أي وقت على محتوى الذمة العقارية لأي هيئة عمومية، وكيفية استعمالها وكذا ظروف تسييرها من أجل ضمان متابعة صارمة وفعالة لها.
- حماية الأملاك الوطنية من سوء التسيير وكذا من سوء تصرفات أعوان الإدارة أو تصرفات الجماهير.⁽¹⁾
- تمكن هذه العملية كل مصلحة من تبرير امتلاكها للأشياء سواء كان هذا الشيء متوفر أو تم بيعه أو تلف.
- تحقيق أغراض اقتصادية واجتماعية من خلال عملية الجرد.⁽²⁾

الفرع الثاني: الهيئات المكلفة بالقيام بعملية الجرد للأملاك الغابية:

سنتطرق في هذا الفرع إلى إدارتين مكلفتين بالجرد للأملاك الغابية بشكل دوري ومنتظم الأولى الإدارة المكلفة بالغابات بصفتها مسيرة والثانية أملاك الدولة بصفتها مالكة تتوفر على جهاز إداري وتملك مصلحة مكلفة بمهام الجرد على المستويين الولائي والبلدي، و سنتناول في الجزء الثاني مهام المصلحة المكلفة بالجرد في كلتا الإدارتين.

أولا- الإدارة المكلفة بالغابات:

بالرجوع إلى أحكام المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 95-333 المؤرخ في 25-10-1995 تنشأ محافظة للغابات في كل ولاية يسيرها محافظ للغابات المعين بمرسوم تنفيذي بناء على اقتراح من وزير الفلاحة، تضم محافظة الغابات الولائية خمسة مصالح في الولايات الشمالية وثلاثة مصالح على مستوى ولايات الجنوب تتكون كل مصلحة من مجموعة من المكاتب، إلى جانب أقسام على مستوى الدوائر الإدارية في شكل مقاطعات غابية تضم مجموعة من الأقاليم وهذه الأخيرة تتكون من عدد من الفروع الغابية المنظمة وفقا للمنشور رقم 298|1992 المؤرخ في 13|09|1992⁽³⁾ المتضمن التنظيم الإقليمي للمصالح الخارجية للمديرية العامة للغابات.

ثانيا- المديرية الولائية للأملاك الدولة:

تمثل الإدارة المكلفة بالحماية والمحافظة على الأملاك الوطنية بكل أنواعها بصفتها تتمتع بحق المراقبة الدائمة على استعمال أملاك الدولة طبقا لأحكام المادة 38 من القانون 08-14 المؤرخ في 20-07-2008 المتممة لأحكام المادة 134 من القانون رقم 90|30 المؤرخ في 01-12-1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية⁽⁴⁾، وباعتبار إدارة أملاك الدولة الهيكل المالك والذي شهد تغييرات هيكلية وتنظيمية في الآونة الأخيرة فسندقوم بشرحه أكثر من الهيكل المسير.

مديرية أملاك الدولة هي مؤسسة عمومية ذات طابع إداري مكلفة بمتابعة ومراقبة أملاك الدولة بطريقة مباشرة أو بطريقة غير مباشرة عن طريق المصالح.

توجد على مستوى كل ولاية مديرية للأملاك الدولة يرأسها مدير ولائي وينسق أعمالها مدير جهوي للأملاك الدولة والحفظ العقاري، يعين كلاهما بمرسوم رئاسي بناء على اقتراح الوزير المكلف بالمالية، وتنتهي مهامه بنفس الإجراءات.

⁽¹⁾ محمد فاروق عبد الحميد، التطور القانوني لنظرية الأموال العامة في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988، ص: 43

⁽²⁾ المادة: 42: من المرسوم رقم 91/455 المؤرخ في 23-11-1991 المتعلق بجرد الأملاك الوطنية، مرجع سابق

⁽³⁾ المنشور رقم 298|و.و.غ|1992 المؤرخ في 13|09|1992⁽³⁾ المتضمن التنظيم الإقليمي للمصالح الخارجية للمديرية العامة للغابات.

⁽⁴⁾ القانون: 08-14 المؤرخ في 20-07-2008 المعدل والمتمم للقانون: 90-30، الجريدة الرسمية العدد 44 لسنة 2008

تتولى هذه المديرية المهام المتعلقة بالجرد كالتالي:

- ❖ تنفيذ العمليات المتعلقة بجرد الممتلكات التابعة للدولة وحمايتها.
- ❖ تقييم العقارات والمنقولات والمتاجر المتضمنة أملاك الدولة وتنفيذ عملياتها.
- ❖ إعداد البيانات الرقمية المتعلقة بأنشطة الأملاك الوطنية واستغلالها وتبادلها.

تضم مديرية أملاك الدولة في الولاية خمسة مصالح وتضم كل مصلحة ما بين مكتبين إلى أربعة مكاتب حسب أهمية المهام التي تؤديها(1).

تتكون مديرية أملاك الدولة في الولاية من المصالح التالية:

1. مصلحة الوسائل العامة .
2. مصلحة عمليات أملاك الدولة (تقوم بجرد الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة والجماعات المحلية).
3. مصلحة الخبرات وتقييمات أملاك الدولة.
4. مصلحة العقود ومنازعات أملاك الدولة.
5. مصلحة الرقمنة والاتصال والأرشفة .

ومصلحة عمليات أملاك الدولة تتكون من عدة مكاتب من بينها مكتب الجرد للأملاك الوطنية.

وعلى المستوى البلدي المشترك يوجد مفتشية للأملاك الدولة وهي مصلحة غير ممرضة على مستوى البلديات المشتركة، لها مهام مشابهة لوظائف المديرية، الهدف منها الوقاية من أنواع التقصير في تسيير المصالح العمومية وتوجيه المسيرين وإرشادهم، والسهر على الاستعمال الأمثل للوسائل والموارد(2).

تتولى مفتشية أملاك الدولة بالمهام الخاصة بالجرد كالتالي:

- تحضير عمليات بيع المنقولات وتنفيذها.
- أشغال تقويم العقارات والمنقولات والمتاجر المتضمنة أملاك الدولة أو التي تتبع الإدارات العمومية التابعة للدولة أعمال اقتنائها أو استئجارها.
- التعرف على العقارات التابعة للأملاك الدولة في إطار تأسيس الجرد العام ومسكه.
- مسك السجلات الأم لممتلكات أملاك الدولة(3).

تتكون مفتشية أملاك الدولة من خمسة أقسام ويرأسها رئيس مفتشية أملاك الدولة ويعين عن طريق الاختيار من بين المترشحين، وأقسامها هي:(4)

- قسم التحصيلات والمحاسبة.
- قسم تسيير أملاك الدولة.
- قسم الخبرات وتقييمات أملاك الدولة.

(1) القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 2022/07/11 المحدد لصلاحيات وتنظيم هيكل وتنظيم مديرية أملاك الدولة ومسح الأراضي والحفظ العقاري .

(2) عابلي رضوان، إدارة الأملاك الوطنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص الإدارة والمالية، (غ، م)، جامعة الجزائر، دفعة 2006/2005، ص 36.

(3) المادة: 15 من المرسوم التنفيذي رقم 455/91 المؤرخ في 1991/11/23 المتعلق بجرد الأملاك الوطنية، مرجع سابق .

(4) المادة: 02 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 11 جويلية 2022 المحدد للتنظيم الداخلي لمفتشية أملاك الدولة والمحافطة العقارية في أقسام وصلاحيات كل قسم.

-قسم الاعتراف بالعقارات التابعة للأموال الوطنية وجردها العام.

-قسم رقمنة أنشطة مفتشية أملاك الدولة.

و يتولى القسم ما قبل الأخير بمهمة الجرد لجميع العقارات التابعة للدولة من بينها العقارات الغابية.

ثالثاً: مهام الهيئات المكلفة بجرد الأملاك الغابية:

1- مهام الإدارة المكلفة بالغابات:

تتولى المحافظة الولائية للغابات والمصالح التابعة لها مجموعة من المهام والوظائف فيما يتعلق بنشاط جرد العقار الغابي ومتابعته تتمثل فيما يلي:

- مسك سجل جرد الأملاك الغابية تدون فيه جميع الأملاك الغابية المتواجدة بإقليم اختصاصها

- مسك سجل التسيير: وهو سجل يخص تسيير الثروة الغابية وجرّد جميع العمليات التي تقوم بها إدارة الغابات

كمكافحة الحرائق، الأمراض، التهيئة والاستصلاح الغابي ...

- وضع معالم حدودية للأملاك الغابية بالتنسيق مع مصالح مسح الأراضي .

- متابعة تصنيف الأراضي ذات الثروة الغابية ضمن الأملاك الغابية .

- اقتراح إجراءات نزع الملكية للمساحات ذات المنفعة العمومية .

2 - المديرية الولائية للأملاك الدولة:

إن دور ومهمة إدارة أملاك الدولة لا تنحصر في تحصيل الموارد المالية للدولة الناجمة عن مختلف عملياتها، بل ترمي إلى التنظيم والتسيير في ظل الشروط التي تضمن حماية حقوق الدولة، فتقوم بالمشاركة في لجان عمليات المسح قصد الوقوف وضبط حدود الأملاك العمومية الطبيعية وتقديم الاعتراضات في حالة وجود أخطاء أو تغيير من طرف موظفي مسح الأراضي لهذه الحدود، و إن اقتضى الأمر رفع الدعاوى القضائية أمام المحكمة الإدارية لإلغاء التقييمات وإعادة أملاك الدولة وفي هذا الإطار تتولى عملية إيداع الأحكام القضائية على مستوى المحافظة العقارية بمحل الاختصاص الإقليمي لتواجد الملكية العقارية الغابية قصد الإشهار وتسجيل التقييم في البطاقة العقارية، إلى جانب ذلك تقوم بإيداع قرارات نزع الملكية في مساحات المنفعة العمومية.

كما تقوم إدارة الأملاك الوطنية بمسك سجلات الجرد وضبطها باستمرار، وذلك حتى تسهل عليها مهمة تسييرها إذ منح لها المشرع صلاحيات واسعة في هذا المجال، وتتولى هذه الإدارة مهمة مسك سجلات التدوين (القوام) وضبطها وذلك على مستوى المصلحة المكلفة بالأملاك الوطنية في الولاية (مصلحة العمليات العقارية – مكتب الجدول العام).

إذ يتم ضبط سجلات التدوين القديمة التي سجلت فيها محتويات عقارات الأملاك الخاصة بالدولة، كما تفتح سجلات تدوين جديدة وذلك حسب الكيفيات المبينة في قرار الوزير المكلف بالمالية، كما أكدت أحكام المادة 02 و 04 من المرسوم التنفيذي رقم 455/91⁽¹⁾ على إعداد الجرد العام للأملاك الوطنية بمختلف أنواعها، ويكون ذلك على أساس نتائج الجرد الخاصة التي تعدها والتي أرسلت بعد مراجعتها واستكمالها إن اقتضى الأمر.

⁽¹⁾ المواد: 02 و 04 من المرسوم التنفيذي رقم 455/91 المؤرخ في 23-11-1991 المتعلق بجرد الأملاك الوطنية، مرجع سابق.

المطلب الثاني: إجراءات جرد العقار الغابي

سنتناول في هذا المطلب إجراءات جرد العقارات الغابية لأن هذه العملية تمر بمجموعة من الإجراءات التي تم تحديدها من قبل التنظيم وعليه سيتم شرح إجراءات جرد العقار الغابي في الفروع التالية في الفرع الأول سنتطرق الى إعداد بطاقات تعريف العقارات وشهادات التسجيل في الجدول العام للأماكن الوطنية أما في الفرع الثاني سندرس مسح العقار الغابي والسجلات الغابية.

بداية من الجدير بالذكر الإشارة إلى تعيين وتحديد نطاق الجرد للعقارات الغابية والتي حصرتها أحكام المادة: 05 من المرسوم التنفيذي رقم 455/91 في النقاط التالية⁽¹⁾:

- جرد الأماكن المخصصة المبنية والغير مبنية للإدارة المكلفة بالغابات لاستغلالها في انجاز المفازل الغابية والإدارات.
- جرد الأماكن والأراضي الفلاحية، أو ذات الطابع الفلاحي المتواجدة داخل الغابة، أو الأراضي الرعوية أو ذات الطابع الرعوي التابعة للأماكن العمومية.
- جرد الأماكن والمرافق التابعة للأماكن العمومية الاصطناعية الموجودة في الغابات كالطرق والسكك الحديدية والأحواض المائية ومهابط الحوامات المخصصة لإطفاء الحرائق والمائية وغيرها من المرافق كالهياكل الحموية والسياحية وفقا لأحكام المادة: 29 من القانون: 21-23.

كما توسع القانون رقم 21-23 في تحديد نطاق العقارات الغابية في احكام المادة 03 منه.⁽²⁾

الفرع الأول: إعداد بطاقات تعريف العقارات وشهادات التسجيل في الجدول العام للأماكن الوطنية

سنخصص هذا الفرع للتطرق إلى مفهوم بطاقة تعريف العقار (أولا) وذكر المعلومات التي تدون في هذه البطاقات (ثانيا).

أولاً: مفهوم بطاقة تعريف العقار

تعتبر بطاقة تعريف العقار وسيلة تتخذها إدارة أماكن الدولة لجرد ممتلكاتها وذلك لما توفره عليها من جهد ووقت وكذا بغرض تسهيل هذه العملية على أعوانها⁽³⁾.

وقد نصت أحكام المادة 02 من القرار المؤرخ في 04 فيفري 1992 المحدد لنموذج بطاقة التعريف وكيفية إعدادها

على أنه:

" يعتبر عقارا، موضوع بطاقة التعريف المشار إليها في المادة الأولى أعلاه، كل ملكية عقارية ذات أرضية واحدة مكونة من مبنى واحد أو أكثر أو من محلات وملحقات مبنية أو غير مبنية وتكون وحدة عقارية متميزة تابعة لمالك واحد أو أكثر، وتكون محل حيازة من مصلحة واحدة"⁽⁴⁾.

ثانياً: المعلومات التي تدون في بطاقة تعريف العقار

تتعلق المعلومات التي تدون في بطاقة تعريف العقار بما يأتي:⁽⁵⁾

⁽¹⁾ المادة: 05 من المرسوم التنفيذي رقم 455-91، مرجع سابق

⁽²⁾ المادة: 03 من القانون رقم 21-23، مرجع سابق

⁽³⁾ عمر يحيوي، نظرية المال العام، مرجع سابق، ص 118.

⁽⁴⁾ المادة: 02 من القرار المؤرخ في 04 فيفري 1992 المحدد لنموذج بطاقة التعريف وكيفية إعدادها

⁽⁵⁾ عمر يحيوي، نظرية المال العام، مرجع سابق، ص 118

رقم التسجيل، المالك، صنف الملكية.

(1) **المصلحة المستفيدة من التخصيص:** وتشتمل هذه المعلومات على ما يلي: تسميتها، النظام الأساسي، الوصاية، القانون المنشئ، قرار التخصيص.

(2) **موقع العقار:** وتعلق معلوماته بما يأتي: التسمية، الشارع، رقم الشارع، البلدية، رمز البلدية، المنطقة، مراجع مسح الأراضي.

(3) **وصف العقار:** وتتضمن المعلومات التالية: الطبيعة، الاستعمال.

(4) **أصل الملكية** وتتكون من البيانات التالية: الأصل، البنات، نوعية العقد أو النص، مراجع العقد أو النص، رقم العقد أو النص، الحجم أو رقم الجريدة الرسمية.

(5) **المحتوى:** و تضم المعلومات الآتية: توزيع العمارات حسب النموذج المكون من البيانات التالية: رقم العمارة وعدد المستويات والمساحة المبنية على السطح ومجموع المساحات المبنية ومجموع مساحات الأرض.

(6) **توزيع المساحات المفيدة حسب طبيعة المحل:** وتتضمن معلومات حول مساحات: المكاتب، الأرشيف، المحلات السكنية، المحلات الثقافية، المحلات الصناعية، المحلات التعليمية مستودع، أخرى مختلفة، وكذا مجموع المساحات المفيدة.

(7) **التقويم:** وتتكون من المعلومات الآتية: القيمة الحقيقية، القيمة الإيجارية، معيار القيمة، العمر، الصيانة.

(8) **ملاحظات:** تشير إلى أي معلومة مفيدة ومناسبة، وتاريخ إنشاء البطاقة ومصادقة الهيئة الطالبة.

وبعد إعداد هذه البطاقة يتم إرسالها إلى المديرية الولائية لأمالك الدولة من قبل الإدارة المكلفة بالغابات التي يتم التأشير عليه وإمضاؤها من طرف محافظ الغابات بصفته الأمر بالصرف

ثالثاً: إعداد شهادة تسجيل العقار الغابي:

تمر عملية إعداد شهادة التسجيل بسلسلة من الإجراءات يمكن تلخيصها في النقاط التالية:

1- استلام الملف التقني لطلب شهادة التسجيل:

يقع على مصلحة إدارة أملاك الدولة بمجرد استلامها البطاقات العقارية عبء التحقق من سلامة إعدادها، والتحري حول المعلومات المقدمة من الإدارة المكلفة بالغابات وإن تطلب الأمر الخروج ميدانيا وعند الاقتضاء تقوم بدعوة المصالح الشاغلة للعقار من أجل تكملة المعلومات الناقصة لتسجيل الممتلكات في الجدول العام للأملاك الوطنية وهذا ما جاء به المنشور رقم 01/03 المؤرخ في 2003 المتعلق بكيفية تطبيق أحكام المادة 83 من قانون المالية لسنة 2003، على أنه تلزم كل الإدارات والهيئات العمومية بتسجيل كل العقارات المجردة في الجدول العام للأملاك الوطنية في سجل الارتكاز (sommier de consistance) وذلك بعد ملئ بطاقة تعريفية للعقار، وترسل إلى مصالح أملاك الدولة مرفقة بالوثائق الثبوتية للمعلومات المدونة في البطاقة التعريفية التي تشكل الملف التقني المسبق لإعداد شهادة التسجيل مثل سندات الملكية (قرار التخصيص، دفتر عقاري، عقد اقتناء....)، القانون المنشئ، محضر اختيار الأرضية، بطاقة تقنية وتحليلية للمشروع، المخططات الهندسية، مقررة تمويل المشروع قصد مباشرة التحقيق الميداني والإداري، وبعدها تصدر إدارة أملاك الدولة وثيقة رسمية تسمى شهادة التسجيل تثبت تسجيل العقار المبني في الجدول العام للأملاك الوطنية كهدف

إحصائي واقتصادي لأمالك الدولة من جهة وتسمح للهيئة الطالبة بصرف نفقات الترميم والصيانة على العقارات المستغلة من جهة ثانية.

ب- التدوين لشهادة التسجيل:

أما كيفية التسجيل في سجل العقارات فالأمر يبدأ عند تسجيل العملية الموافق عليها في الميزانية بحيث تسجل في قسم برامج قيد الانجاز من السجل نفسه، و يتم فتح على مستوى مصالح أمالك الدولة ثلاثة سجلات وفقا لتصنيف الملكية (الدولة، الولاية، البلدية) تدون فيه شهادات التسجيل بشكل تسلسلي، حيث يمنح لكل ملك رقم تسلسلي مكون من إحدى عشرة رقما (11) موزعة كالآتي:

- الخمسة أرقام الأولى ابتداء من اليسار تدل على الرمز الجغرافي للبلدية.
- الرقم السادس ابتداء من اليسار يدل على الجماعة العمومية المالكة للعقار وفقا للرمز الذي حدده القرار الوزاري المؤرخ في 04 فيفري 1992.⁽¹⁾

تعد شهادة التسجيل السند المادي للجدول العام لعقارات الأمالك الوطنية التي يتطلب تحيينها دوريا في كل نهاية سنة من المصالح الشاغلة للعقارات في حالة تغيير شغلها للعقار المخصص لها.

وفي حالة عدم تمكن الهيئات المستغلة للعقارات بما فيها الإدارة المكلفة بالغابات من إعداد البطاقات التعريفية للعقار فإن قانون المالية لسنة 2023 رخص لهذه الأخيرة تقديم تصريح بالالتزام بالتسجيل في الجدول العام للأمالك الوطنية محل شهادات التسجيل مؤقتا إلى غاية 2024/12/31⁽²⁾، فضلا عن ذلك فقد رخص قانون المالية لسنة 2024 استثناءيا تمرير نفقات الترميم والصيانة على مستوى المراقب الميزانياتي على أساس وثيقة تصدرها الهيئة الشاغلة للعقار⁽³⁾ نظرا للبطء المسجل في عملية التسوية القانونية للعقارات وتمكينها من صرف الاعتمادات المالية المخصصة للصيانة.

الفرع الثاني: المسح الغابي والسجلات الغابية:

أولاً: المسح الغابي:

إضافة إلى أن الحفاظ على التنمية والتسيير المستدام للموارد الغابية الذي يعد الشاغل الوحيد لإدارة الغابات لا يمكن أن يتأتى إلا بتحديد أملكها ومحتواها وتسجيلها عن طريق المسح العام الغابي وفق أحكام المادة 30 من المرسوم رقم 91-455، وتسهيلا لعملية إعداد جرد العقار الغابي سن المشرع المرسوم رقم 115/2000⁽⁴⁾ الذي حدد الإطار المسحي للغابات وفق نص المادة الثالثة منه والمتضمن نفس التصنيف محتوى للأمالك الغابية الوارد في قانون النظام العام للغابات 84-12 الملغى بالقانون رقم 23|21 حيث وسع مجال حصر الأمالك الوطنية الغابية إلى الغابات والغيضة والأراضي ذات الطابع الغابي والمنابت الحلفاوية والأراضي ذات الطابع الحلفاوية، المجالات المحمية والمناطق الرطبة في

⁽¹⁾ القرار الوزاري المؤرخ في 04 فيفري 1992، مرجع سابق

⁽²⁾ المادة 142 من قانون المالية رقم: 21-16 المؤرخ في: 2021-12-30، الجريدة الرسمية العدد 100 لسنة 2022

⁽³⁾ المادة 84 من قانون المالية رقم: 23-22 المؤرخ في 2023-12-24، الجريدة الرسمية العدد 86 لسنة 2023

⁽⁴⁾ المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 115-2000 المؤرخ في 2000-05-24 المتعلق بتحديد قواعد إعداد مسح الأراضي الغابية الوطنية، الجريدة الرسمية

العدد 30 لسنة 2000

المجال الغابي، الغابات والأراضي ذات الطابع الغابي الناتجة عن أشغال التهيئة والاستصلاح وإعادة التأهيل حسب نص المادة 03 منه.

في إطار المسح العقاري الغابي وفقا لأحكام المادة 15 من القانون رقم 21-23 التي أجبرت إدارة الغابات بوضع المعالم التي تبين حدود ملكية الدولة للملك العمومي الغابي، و هذه المعالم تكون بارزة وواضحة بعلامات إسمنتية متينة غير قابلة للإزالة طبيعيا إلا ما كان منه عن طريق تغيير مقصود بفعل جنائي⁽¹⁾، وهنا أحاطه المشرع الجزائري بالحماية الجزائية بموجب المادة 24 من المرسوم رقم 115-2000، وعملية وضع المعالم تكون بالتنسيق مع مصالح مسح الأراضي والحفظ العقاري التي تقوم برسم وتثبيت الحدود طبقا لأحكام المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 21-393 المؤرخ في 18-10-2021 المحدد لتنظيم المصالح الخارجية للمديرية العامة للأموال الوطنية وصلاحياتها⁽²⁾ الذي الغي المرسوم التنفيذي رقم 89-234 المؤرخ في 19-12-1989 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لمسح الأراضي.

وقد أعطى القانون رقم 21-23 لاسيما أحكام المادة 13 منه الإدارة المكلفة بالغابات أحقية الحصول على وثائق مسح الأراضي تلقائيا بعد عملية المسح بخلاف ما أشار إليه الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 12-11-1975 لاسيما أحكام المادة 10 منه التي حصرت تسليم وثائق المسح في هيئتين فقط وهما البلدية إقليم المسح والمحافظة العقارية المختصة إقليميا مع احتفاظ مصالح المسح بنسخة للرجوع إليها كلما اقتضت الحاجة⁽³⁾، بينما أقصت إدارة أملاك الدولة من التسليم لنسخ ووثائق المسح بصفتها هيئة مالكة وهو ما يؤثر على عملية التنسيق مع الإدارة المكلفة بالغابات في جرد وحماية الأملاك الغابية.

إن المشرع أراد إلزام مصالح المسح بتمكين إدارة الغابات من وثائق المسح للاطلاع عليها باعتبارها المسيرة للعقار الغابي وصاحبة المعرفة لمحتواها مما يمكنها من تقديم الاعتراضات بالتنسيق مع مصالح أملاك الدولة صاحبة الملكية أمام لجنة المسح أو المحافظ العقاري أثناء التسليم النهائي في أجل الترقيمات المؤقتة المحددة بسنتين من تاريخ التسليم.

إن دور المحافظ العقاري بعد تسلم وثائق المسح يقوم بإعداد البطاقات العقارية التي تبين الوضعية القانونية للعقارات وتكون مطابقة لوثائق المسح وترسل جميع الترقيمات التي مست الملك العمومي الغابي لإدارة الغابات وفق أحكام المادة 14 من القانون 21-23 لتمكينها من إتمام تدوين مراجع الأقسام ومجموعات الملكية في سجل الأملاك⁽⁴⁾.

وقد اعتبرت أحكام المادة 06 من القانون 21|23 أن الثروة الغابية الوطنية تشمل الغابات والأراضي ذات الطابع الغابي العائدة للدولة إلى جانب الغابات والغيضة التابعة للملكية الخاصة مما يحمل دلالة على إقرار المشرع الجزائري بالملكية الفردية للغابة لكن ضمن قيود خاصة⁽⁵⁾.

(1) المادة: 15 من القانون: 21-23، مرجع سابق

(2) المادة: 10 من المرسوم التنفيذي رقم 21-393 المؤرخ في 18-10-2021 المحدد لتنظيم المصالح الخارجية للمديرية العامة للأموال الوطنية، الجريدة الرسمية العدد 80 لسنة 2021

(3) المادة: 10 من الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12-11-1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية لسنة 1975.

(4) المادة: 14 من القانون رقم 21-23، مرجع سابق

(5) المادة: 06 من القانون رقم 21-23، مرجع سابق

ثانيا: السجلات الغابية:

حتى تتمكن الإدارة المكلفة بالغابات من جرد أملاكها وتسييرها على أحسن وجه اوجد لها المشرع الجزائري آلية لمراقبة ومتابعة أملاكها كباقي المؤسسات التابعة للدولة تتمثل في مجموعة من السجلات بعضها ممسوكة من طرف الإدارة المكلفة بالغابات الأول يدعى سجل الأملاك يتضمن جدولين كل جدول ملحق ببطاقات خاصة بوضعية الغابات وتضم المحاور التالية: بطاقة الوضعية، جدول التعيينات، جدول تحديد المعالم، بطاقة رسم الحدود، والثاني يدعى سجل التسيير يضم مجموعة من الجداول والبطاقات الموزعة على المحاور الآتية: تقديم الغابة، وضعية التهيئة، الارتفاقات، التجهيز، وضعية التقطيع، وضعية الأشغال، التأثيرات، وضعية الإنتاج، الحصيدلة الاقتصادية للغابات.

كما يوجد على مستوى إدارة أملاك الدولة سجل يدعى سجل القوام رقم 01 مكرر خاص بالغابات للأراضي الجرداء الغير مبنية يفتح ويؤشر عليه من طرف المدير الولائي للأملاك الدولة يشتمل جدول يضم ثمانية أعمدة تحمل العناوين التالية: الرقم الترتيبي، طبيعة العقار، المساحة، مكان تواجد العقار، أصل ملكية الدولة، القيمة التقريبية للرأسمال، الرقم الترتيبي للتدوين، ملاحظات.

تراجع إدارة أملاك الدولة باستمرار سجلات تدوين عقارات الأملاك الغابية اعتمادا على المعلومات الواردة من إدارة الغابات، حيث تتعرض الملكية العقارية للغابات إلى تغييرات في السعة وزيادة ونقصانا زيادة عن طريق نزاع الملكية من الخواص ونقصانا عن طريق الاقتطاع وإعادة التصنيف بمرسوم وفقا للمادة: 27 من القانون 21-23.⁽¹⁾

أن إدارة الغابات ملزمة بإخبار إدارة أملاك الدولة مصلحة العمليات العقارية بكل الإجراءات المتبعة من طرفهم بصفتهم مسيرين وذلك لإعلامها بصورة دقيقة ومضبوطة في الشهر الأول من كل سداسي بكل التغييرات الطارئة على المحتويات المادية للأملاك الغابية التي تساعد على مسك سجلات الجرد وضبطها باستمرار.

الخاتمة:

في ختام دراستنا يتضح لنا أن المشرع الجزائري إعتد في حمايته للأملاك الغابية الوطنية على مجموعة من الآليات من بينها عملية الجرد القائمة على عمل تنسيقي بين هينتي إدارة الغابات ومصالح أملاك الدولة .

نظمت وأطرت عملية الجرد بمجموعة من النصوص القانونية والتنظيمية يأتي في مقدمتها المرسوم التنفيذي رقم 455/91 المؤرخ في 15/02/1991 الذي أكد على أن عملية الجرد تمثل التسجيل الوصفي والتقويي لجميع الأملاك الوطنية، كما تناول أساليب جرد الأملاك الوطنية سواء كانت عقارية منها أو منقولة.

حدد وحصر القانون رقم 21|23 المؤرخ في 23-12-2023 لاسيما أحكام المادة: 03 منه الأملاك الوطنية الغابية في جملة من الأصناف ممثلة في الغابات والغيضة والأراضي ذات الطابع الغابي والمنابت الحلقاوية والأراضي ذات الطابع الحلقاوية، المجالات المحمية والمناطق الرطبة في المجال الغابي، الغابات والأراضي ذات الطابع الغابي الناتجة عن أشغال التهيئة والاستصلاح وإعادة التأهيل.

تمر عملية جرد العقارات الغابية بمجموعة من الأساليب تتضمن خطوات ومراحل محددة من قبل التنظيم، فيستخدم أسلوب إعداد البطاقات العقارية للأملاك الغابية المبنية بعد استلام مصلحة أملاك الدولة لها والتحقق من سلامة إعدادها والمعلومات المدونة بتسجيل العقارات والممتلكات في الجدول العام للأملاك الوطنية تلتها إصدار وثيقة

⁽¹⁾ المادة: 27 من القانون رقم 21-23، مرجع سابق

رسمية تسمى شهادة التسجيل تثبت تدوين العقار لفائدة الهيئة المعنية (سجل الارتكاز)، أما أسلوب المسح الغابي الذي يتطرق للعقارات المبنية والغير مبنية يعتمد على إعطاء ترقيمات نهائية للوحدات العقارية الغابية ومخططات مسحية، و يوظف كلا الأسلوبين طريقة السجلات لتدوين المعلومات والبيانات وتحيينها كلما اقتضت الحاجة إلى ذلك. وعليه نستنتج أن أساليب جرد العقارات الغابية تساهم في تكوين وتحيين الجانب المعرفي والمعلوماتي الآني بمحتوى الأملاك المسيرة والمستعملة من طرف الإدارة المكلفة بالغابات، وكذا ظروف تسييرها، كما يضمن المحافظة عليها وحمايتها من الإهمال والتسيب.

الاقتراحات:

- على مصالح الإدارة المكلفة بالغابات تحديد أملاكها الغابية وفقا لأحكام القانون 21-23 ولا تكتفي بالأملاك المحددة ضمن مخططات مجالس الشيوخ القديمة مع التنسيق مع مصالح إدارة مسح الأراضي والحفظ العقاري لتحيين حدودها
- إعادة تحيين المسح العام الغابي لاسيما للعقارات الغابية التي لم تسجل لفائدة إدارة الغابات خاصة منها المرقمة في حساب العقارات الغير مطالب بها أثناء أشغال مسح الأراضي وفق أحكام مذكرة المديرية العامة للأملاك الوطنية رقم 6040 المؤرخة في 2018-04-05
- رقمنة نشاط الجرد للعقارات الغابية بما يتيح تبادل المعلومات وتحيينها بين الإدارات ذات العلاقة وتجاوز التسيير والمتابعة الورقية التقليدية
- التكوين المستمر والمتواصل لإطارات وأعوان إدارتي أملاك الدولة والغابات في مجال الجرد وتقنياته.

قائمة المراجع:

أولا-المصادر

1-النصوص التشريعية:

- 1 - دستور 2020 المؤرخ في: 2020-12-30، جريدة رسمية عدد 82 لسنة 2020.
- 2- الأمر رقم 75 -74 المؤرخ في 12-11-1975 المتضمن اعداد مسح الاراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية لسنة 1975.
- 3- الأمر رقم: 75-58 المتضمن القانون المدني المؤرخ في: 26-09-1975، جريدة رسمية عدد 78 لسنة 1975.
- 4- القانون رقم 90 -30 المؤرخ في 01-12-1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، جريدة رسمية عدد 52 لسنة 1990.
- 5- قانون المالية رقم 21-16 المؤرخ في 30-12-2021 المتضمن قانون المالية لسنة 2022، الجريدة الرسمية العدد 100 لسنة 2022.
- 6- قانون المالية رقم - المؤرخ في، الجريدة الرسمية العدد لسنة 2023.
- 7- القانون: 08-14 المؤرخ في 20-07-2008 المعدل والمتمم للقانون: 90-30، الجريدة الرسمية العدد 44 لسنة 2008.
- 8- القانون رقم 23-21 المتعلق بالغابات والثروات الغابية، الجريدة الرسمية العدد 83 لسنة 2023 .
- 9- المرسوم التنفيذي رقم 91-455 المؤرخ في 23-11-1991 المتعلق بجرد الأملاك الوطنية، الجريدة الرسمية العدد 60 لسنة 1991.

10- المرسوم التنفيذي رقم 115-2000 المؤرخ في 28-05-2000 المتعلق بتحديد قواعد إعداد مسح الأراضي الغابية الوطنية، الجريدة الرسمية العدد 30 لسنة 2000 .

11- المرسوم التنفيذي رقم 21-393 المؤرخ في 18-10-2021 المحدد لتنظيم المصالح الخارجية للمديرية العامة للأماكن الوطنية، الجريدة الرسمية العدد 80 لسنة 2021.

2- القرارات والقرارات الوزارية المشتركة

1- القرار المؤرخ في 23 جويلية 2020 المحدد لقيمة الشراء للأشياء الغير قابلة للاستهلاك بالاستعمال الأول ولا للجرد.

2- القرار المؤرخ في 21 جويلية سنة 1987 يضبط المنوال النموذجي لسجل جرد المنقولات.

3- القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 11/07/2022 المحدد لصلاحيات وتنظيم هيكل وتنظيم مديرية أملاك الدولة ومسح الأراضي والحفظ العقاري.

4- القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 11 جويلية 2022 المحدد للتنظيم الداخلي لمفتشية أملاك الدولة والمحافظة العقارية في أقسام وصلاحيات كل قسم.

5- المنشور رقم 298|و.و.غ|1992 المؤرخ في 13|09|1992 المتضمن التنظيم الإقليمي للمصالح الخارجية للمديرية العامة للغابات.

3- التعليمات والمذكرات

1- التعليمات رقم 16 الصادرة في 24-05-1998 الصادرة عن المديرية العامة للأماكن الوطنية.

2- المنشور رقم 298|و.و.غ|1992 المؤرخ في 13|09|1992 المتضمن التنظيم الإقليمي للمصالح الخارجية للمديرية العامة للغابات.

ثانيا: المراجع:

1- الكتب

1- عمر حمدي باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة، الجزائر، 2004.

2- أعمر يحيوي، الوجيز في الأموال التابعة للدولة والجماعات المحلية، دار هومة، الجزائر، 2001.

3- حمد فاروق عبد الحميد، التطور القانوني لنظرية الأموال العامة في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988.

2- الاطاريح:

1- عبد السلام يوسف، حطاطاش عبد العزيز، حماية الأملاك الوطنية العامة، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 15، 2007، الجزائر.

2- عايلى رضوان، إدارة الأملاك الوطنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص الإدارة والمالية، (غ، م)، جامعة الجزائر، دفعة 2006/2005.

آلية التحكيم في حلّ منازعات عقود نقل التكنولوجيا:

دراسة تحليلية مقارنة مع التركيز على القانون المصري

Arbitration as a Mechanism for Settling Disputes in Technology Transfer Contracts: A Comparative Analytical Study with a Focus on Egyptian Law

بريش ريمة

جامعة محمد البشير الإبراهيمي برج بوعريش

rima.berriche@univ-bba.dz

تاريخ القبول: اليوم/الشهر/السنة

تاريخ الإيداع: 2024/02/14

ملخص:

تُعدّ عقود نقل التكنولوجيا عنصراً هاماً في عملية التنمية الاقتصادية، حيث تُساهم في نقل المعرفة والخبرات بين الدول. ولكن، قد تنشأ منازعات بين أطراف هذه العقود، مما قد يُؤثر سلباً على هذه العملية. لذلك، تُركّز هذه الدراسة على تقييم آلية التحكيم كأداة فعّالة لحلّ منازعات عقود نقل التكنولوجيا. تُسلّط الدراسة الضوء على مزايا التحكيم في حلّ منازعات عقود نقل التكنولوجيا، مثل السرعة والسهولة والحيادية، وتُناقش الدراسة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، مع التركيز على القانون المصري كنموذج. وتُقدّم الدراسة تحليلاً مقارناً لأنظمة التحكيم في بعض الدول العربية والأجنبية. وتؤكد الدراسة على أهمية التحكيم في حلّ منازعات عقود نقل التكنولوجيا، وتوصي بتعزيز استخدامه في هذا المجال. الكلمات المفتاحية: التحكيم، التسوية؛ المنازعات؛ العقد؛ نقل التكنولوجيا.

Abstract:

Technology transfer contracts play a crucial role in the process of economic development by facilitating the transfer of knowledge and expertise between countries. However, disputes may arise between parties to these contracts, which can negatively impact this process. Consequently, this study focuses on evaluating the arbitration mechanism as an effective tool for resolving disputes related to technology transfer contracts.

The study highlights the advantages of arbitration in resolving technology transfer disputes, such as its speed, ease, and neutrality. Additionally, the study examines the applicable law to the subject matter of the dispute, focusing on Egyptian law as a model. Furthermore, the study provides a comparative analysis of arbitration systems in some Arab and foreign countries. Ultimately, the study emphasizes the importance of arbitration in resolving technology transfer disputes and recommends promoting its use in this field.

Keywords : Arbitration Dispute Resolution .Disputes .Contract .Technology Transfer

مقدمة:

في ظلّ التطوّرات الاقتصادية والتكنولوجية المتسارعة، تبرز عقود نقل التكنولوجيا كأحد الأدوات الرئيسية لتنمية وتطوير الاقتصاد الوطني. وبحكم طبيعتها المعقدة، قد تنشأ منازعات بين أطراف هذه العقود، ممّا يطرح قضية أساسية تتمثل في البحث عن آليات فعّالة لحلّ هذه المنازعات.

تُقدم هذه الدراسة التحكيم كبديلٍ ناجعٍ للتقاضي التقليدي في حلّ منازعات عقود نقل التكنولوجيا، مُسلّطةً الضوء على مزاياه العديدة، من سرعة وسهولة وسرية وحيادية. وتسعى الدراسة إلى الإجابة على التساؤل الجوهرى: ما مدى فعالية التحكيم في حلّ منازعات عقود نقل التكنولوجيا؟

تُسلّط الدراسة الضوء على ماهية التحكيم، مع توضيح مبررات اللجوء إليه، وتبيان أنواعه وصوره المختلفة. كما تُناقش القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، مع التركيز على القانون المصري كنموذجٍ لدراسة آلية التحكيم في حلّ منازعات عقود نقل التكنولوجيا.

تُعتمد الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي، من خلال تحليل النصوص القانونية والأحكام القضائية والمراجعة العلمية المتخصصة في مجال التحكيم ونقل التكنولوجيا.

تُعدّ هذه الدراسة ذات أهمية علمية وعملية كبيرة، نظراً لندرة الدراسات العربية التي تُعنى بدراسة آلية التحكيم في حلّ منازعات عقود نقل التكنولوجيا. وتتوقع الدراسة أن التحكيم يُعدّ آلية فعّالة لحلّ هذه المنازعات، ممّا يُساهم في تعزيز الاستقرار القانوني وجذب الاستثمارات الأجنبية إلى الدول العربية.

تتضمن الدراسة ثلاثة محاور رئيسية: يتناول المحور الأول ماهية التحكيم، بينما يتناول المحور الثاني القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ويتناول المحور الثالث نماذج عن أحكام التحكيم الصادرة في مجال عقود نقل التكنولوجيا.

تؤكد الدراسة على أن التحكيم يُعدّ آلية فعّالة لحلّ منازعات عقود نقل التكنولوجيا، نظراً لما يتمتع به من مزايا عديدة من سرعة وسهولة وسرية وحيادية، ممّا يُساهم في تعزيز التعاون الاقتصادي الدولي وتطوير العلاقات التجارية بين الدول.

المحور الأول: ماهية التحكيم.

في خضمّ عالمٍ يتّسم بتعاقداتٍ معقدةٍ وتشابكاتٍ اقتصاديةٍ متزايدة، برزت الحاجةُ إلى آلياتٍ بديلةٍ لتسوية المنازعات تُعزّز من فعاليةٍ وسرعةٍ حلّها. ومن بين هذه الآليات برز التحكيم كحلٍّ عمليٍّ يُتيح للأطراف حرية اختيار طريقةٍ وديّةٍ لحلّ خلافاتهم دون الحاجة إلى اللجوء إلى المحاكم التقليدية.

أولاً: نشأة مصطلح التحكيم التجاري الدولي:

ظهر مصطلح التحكيم التجاري الدولي لأول مرة في مؤتمر الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي الذي انعقد في مدينة نيويورك عام 1958، ونتج عنه اتفاقية نيويورك لعام 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية⁽¹⁾.

(1) ماجد عبد الحميد عمار «اتفاق التحكيم والمركز الدولي لتسوية المنازعات عبر الدولية»، بحث منشور في مجلة الاتحاد العام لشباب محامي مصر، التحكيم الدولي المبادئ والأساسيات النظرية والعلمية، صادرة عن نقابة المحامين، القاهرة، 2006، ص 6.

يرتبط التحكيم التجاري الدولي ارتباطاً وثيقاً بالتجارة الدولية، حيث نشأ منذ القرون الوسطى مع إقامة المعارض والأسواق، وظهر قانون التجارة الدولية تجسيدا لأعراف وعادات التجار في تلك المعارض.

وضعت الأمم المتحدة قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسيترال) عام 1976. وقد أقرت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي عام 1985⁽¹⁾.

نشأت العديد من هيئات ومراكز التحكيم الدائمة على المستوى الدولي، أهمها:

- غرفة التجارة الدولية في باريس.
 - محكمة لندن للتحكيم التجاري الدولي.
 - المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (F.C.I.D).
 - مركز التحكيم التجاري العربي.
 - المركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في القاهرة.
- اهتمت كثير من الدول العربية بالتحكيم وأصدرت قوانين خاصة به، مثل مصر (القانون رقم 27 لسنة 1994) والعراق (قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969).

ثانياً: تعريف التحكيم

1- لغةً: يُشتق مصطلح التحكيم من مادة "حكم"، وتعني طلب الحكم ممن يتم الاحتكام إليه، ويُطلق على الشخص المُحكم عليه "الحكم" أو "المحكم"⁽²⁾.

2- اصطلاحاً: يُعرّف التحكيم بأنه اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة، عقدية أو غير عقدية، على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل أو التي يمكن أن تثور عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين.

3- في الفقه: تعدد تعريفات التحكيم في الفقه، ونذكر منها:

أ- التعريف الأول: هو اتفاق الأطراف على الفصل في النزاعات الناشئة بينهم أو المحتمل نشوئها عن طريق التحكيم، إذا كانت هذه النزاعات تتعلق بمصالح التجارة الدولية.

ب- التعريف الثاني: هو طريقة تهدف إلى إيجاد حل لقضية تخص العلاقات بين شخص أو أكثر، عن طريق محكم أو محكمين الذين ستمدون سلطتهم من اتفاق خاص بين الأطراف، ويتخذون قرارهم على أساس الاتفاق المذكور دون أن يكونوا مخولين من قبل الدولة بهذه المهمة⁽³⁾.

ت- في القانون المصري: يُعرّف المشرع المصري التحكيم في المادة (1- ف1) من قانون التحكيم المرقم (27) لسنة 1994 بقولها: "اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين لالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت، أو يمكن أن تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية".

⁽¹⁾ أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، الطبعة الثانية، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، القاهرة، 2004، ص19.

⁽²⁾ محمود مختار بربري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص5.

⁽³⁾ د. معوض عبد التواب، المستحدث في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 1997، ص115.

ث- موقف المشرع الجزائري من التحكيم، المشرع الجزائري لم يعرف التحكيم واكتفى بذكر بعض المصطلحات هنا وهناك دون تعريفها، لكن بدراسة المواد المتعلقة بالتحكيم في قانون الإجراءات المدنية القديم تبين لنا أنه تبنى الاتجاه الموسع.

يلاحظ أن كلا البلدين يعتمدان نظام التحكيم لحل المنازعات، إلا أن المشرع المصري يُقدم تعريفاً أكثر صراحة للتحكيم بالمقارنة مع المشرع الجزائري الذي يكتفي بذكر مصطلحات مرتبطة به دون تعريفه.

4- أحكام قضائية: أكدت أحكام القضاء على تعريف التحكيم وأهميته، ونذكر منها:

أ- حكم محكمة النقض المصرية⁽¹⁾: يُعد التحكيم نظاماً قانونياً بديلاً للتقاضي أمام المحاكم، ويقوم على أساس رضا الأطراف وقبولهم به كوسيلة لحسم كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية.

وتُعد إرادة المتعاقدين هي الأساس الذي ينشأ عليه التحكيم، فهي التي تحدد نطاقه من حيث المسائل التي يشملها والقانون الواجب التطبيق وتشكيل هيئة التحكيم وسلطاتها وإجراءات التحكيم وغيرها. ويُعزز مبدأ رضائية التحكيم من فعالية هذا النظام، ويضمن التزام الأطراف بنتائجه.

ب- حكم محكمة استئناف القاهرة⁽²⁾: يُعدّ عقد التحكيم، بموجب حكم محكمة استئناف القاهرة، بمثابة الأساس القانوني والدستوري لعملية التحكيم، حيث يُستمد منه المحكم أو هيئة التحكيم سلطتهم في الفصل في المنازعة. يُعدّ هذا العقد بمثابة استثناء من قاعدة الولاية العامة للمحاكم، ويُؤدّي غيابه إلى انعدام حكم التحكيم، وذلك لافتقار المحكم أو هيئة التحكيم للسلطة القانونية في إصداره،

وهو ما يُعدّ بمثابة اغتصاب لولاية القضاء واعتداء على النظام العام، الذي يُؤكّد على احترام إرادة الأطراف وضمن سلامة إجراءات التحكيم".

ثالثاً: مبررات اللجوء إلى التحكيم إن من أهم مبررات اللجوء إلى التحكيم، هو ما يتسم به هذا النظام من مزايا عديدة كالآتي:

1- بساطة الإجراءات وسرعة اتخاذ القرار:⁽³⁾، يميز التحكيم عن القضاء بساطة الإجراءات وسرعة إصدار القرار، مما يُوفر على الأطراف الوقت والجهد والتكلفة. وذلك من خلال ما يلي:

- تحديد الإجراءات: يُتيح التحكيم للأطراف تحديد الإجراءات، مما يُسهم في تسريع إصدار حكم التحكيم مقارنةً بالقضاء.

- الفعالية: تُقلّل إجراءات التحكيم من المصاريف والوقت والجهد المبذول في التقاضي.

- الحكم البات: تُصدر هيئة التحكيم حكماً باتاً غير قابل للطعن من حيث الموضوع، قابلاً للتنفيذ الفوري⁽¹⁾.

⁽¹⁾ الطعن رقم 4730 - لسنة 72 ق - تاريخ الجلسة 22 / 06 / 2004 - مكتبة أحكام المحاكم العربية العليا - لسنة 2004، منشور على الموقع الإلكتروني.

www.eastlaws.com

⁽²⁾ حكم محكمة استئناف القاهرة الدائرة (91) تجاري جلسة 30/5/2006 - في الدعوى رقم 95 لسنة 122 ق - منشور بمجلة التحكيم العربي - العدد التاسع - أغسطس 2006 - ص 283.

⁽³⁾ أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، ط3، منشأة المعارف، 1987 ص 21.

- اختصار درجات التقاضي: يُساعد التحكيم على اختصار درجات التقاضي التي تُعرف ببطئها وتعقيدها. مثال: يُمكن إصدار حكم التحكيم في غضون أسابيع أو أشهر قليلة، بينما قد تستغرق إجراءات التقاضي أمام المحاكم سنوات.

2-تفادي مشكلة تنازع القوانين: تُعدّ مشكلة تنازع القوانين من أهم التحديات التي تواجه الأطراف في المنازعات الدولية، وذلك من خلال ما يلي:

- أهمية التحكيم في المنازعات الدولية: تزداد أهمية التحكيم في المنازعات ذات الطابع الدولي.
- اختيار القانون الواجب التطبيق: يُتيح التحكيم للأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق.
- ميزة جوهرية: يُعدّ اختيار القانون ميزة جوهرية في التحكيم، خاصةً في علاقات التجارة الدولية.
- تجنب تطبيق قانون وطني غريب: يُساعد التحكيم على تجنب تطبيق قانون وطني غريب على أحد الخصمين أو كليهما.

مثال: يُمكن للتحكيم تجنب هذه المشكلة من خلال اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على النزاع.

3- السرية: تُعدّ السرية ميزة أساسية في التحكيم، خاصةً في العقود التجارية التي تتضمن شروطاً سرية.

- ميزة أساسية: تُعدّ سرية جلسات المرافعة ميزة أساسية للتحكيم.
- اشتراط عدم نشر الأحكام: يحق لأطراف النزاع اشتراط عدم نشر أحكام التحكيم.
- حماية المعلومات والأسرار الصناعية: تُعدّ السرية مهمة في العقود التجارية التي تتضمن شروطاً سرية.

مثال: يُمكن للأطراف اشتراط عدم نشر أحكام التحكيم، مما يُحافظ على خصوصية النزاع وحماية أسرارهم التجارية.

4- كفاءة المحكمين: يتمتع المحكمون بخبرة واسعة في مجالاتهم، مما يُؤهلهم لفهم طبيعة النزاع بشكل أفضل من القضاة.

- فهم طبيعة النزاع: قد يكون المحكم أقدر على فهم واستيعاب تعقيدات المعاملات التجارية الدولية.
- عدم اشتراط كون المحكم رجل قانون: لا يشترط القانون أن يكون المحكم رجل قانون، مما يُتيح اختيار خبراء مختصين.

- فهم طبيعة النزاع دون الاستعانة بالخبراء: يُمكن للمحكمين فهم طبيعة النزاع دون الحاجة إلى الاستعانة بالخبراء.
- مثال: يُمكن للمحكمين الاستعانة بالخبراء عند الحاجة، مما يُساعدهم على إصدار حكم عادل.

5-ملائمة التحكيم لمنازعات العقود الدولية: يُعدّ التحكيم الوسيلة الملائمة لفضّ المنازعات المتعلقة بعقود التنمية الاقتصادية.

- الوسيلة الملائمة لفضّ المنازعات: يُعدّ التحكيم الوسيلة الملائمة لفضّ المنازعات المتعلقة بعقود التنمية الاقتصادية.

(1) محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي " دراسة في قانون التجارة الدولية، " دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص28، د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص19.

- مشاركة الدولة أو أشخاص القانون العام: تُشارك الدولة أو أشخاص القانون العام في اختيار المحكمين والقانون الواجب التطبيق.

- الاتفاقيات الدولية: تُوجد اتفاقيات دولية تنظم التحكيم في المنازعات بين الدول ورعايا دولة أخرى.

- جذب الاستثمارات الأجنبية: يُساعد التحكيم على جذب الاستثمارات الأجنبية.

- قوانين الاستثمار: تُنص قوانين الاستثمار في الدول النامية على تبني التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات.

مثال: يُمكن للدولة أو أشخاص القانون العام المشاركة في اختيار المحكمين والقانون الواجب التطبيق.

رابعاً: أنواع التحكيم يُعدّ التحكيم آلية بديلة لتسوية المنازعات، يتميز بالسرعة والفعالية والاختصاص، ويُصنف إلى أنواع مختلفة تبعاً لمعايير محددة.

1. التحكيم بالقضاء والتحكيم بالصلح:

- التحكيم بالقضاء: يلتزم المحكم بتطبيق قواعد القانون الموضوعية والإجرائية، ولا يُملك إجراء الصلح بين طرفي

التحكيم إلا بتفويض صريح من الطرفين أو باتجاه نواياهم نحو ذلك بشكل لا يدع مجالاً للشك.

- التحكيم بالصلح: لا يقيد المحكم بالقواعد القانونية، بل يُفصل في النزاع وفقاً لما يراه حلاً عادلاً بمقتضى قواعد

العدل والإنصاف، ويحتاج المحكم إلى تفويض من قبل الأطراف.

- القوة الإلزامية: يتمتع قرار المحكم في الحالتين بقوة إلزامية في مواجهة أطراف التحكيم⁽¹⁾.

2. التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي:

- التحكيم الحر: يقوم الأطراف بصياغته خارج إطار أي مؤسسة أو مركز تحكيم، مما يتطلب عناية كبيرة في تحديد

كافة القواعد التي تنظمه في كافة مراحله.

- التحكيم المؤسسي: يتم في إطار أحد مراكز التحكيم ومؤسساته الدائمة، التي تُطبق قواعد أو لوائح خاصة بها،

ولها صفة اختيارية.

- حرية الأطراف: يملكون تنظيم التحكيم الذي يسري في شأنهم بالأسلوب الذي يناسبهم، حتى لو كان ذلك وفقاً

لقواعد تختلف عن تلك السارية في لائحة المركز الذي يشرف على حل نزاعهم.

3. التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي:

- التحكيم الداخلي: تكون كل مكوناته أو عناصره من موضوع النزاع، إلى جنسية ومحل إقامة طرفي النزاع والمحكمين

والقانون الواجب التطبيق، ومكان إجراء التحكيم منحصرة كلها في دولة معينة واحدة.

- التحكيم الدولي: يكون عندما تتخلل العلاقة القانونية عنصر أجنبي مثل اختلاف جنسية الخصوم أو خضوع

النزاع لقانون أجنبي أو نصوص اتفاقية دولية أو إذا كان موضوع النزاع يرتبط بأكثر من دولة معينة.

4. التحكيم الاختياري والتحكيم الإلزامي:

- التحكيم الاختياري: يُترك حرية اختيار طريق التحكيم لتسوية النزاع أو العزوف عنه مفضلين رفع الأمر للقضاء،

أو اللجوء لأي طريق آخر لتسوية منازعاتهم.

⁽¹⁾ إبراهيم أحمد إبراهيم، اختيار طريق التحكيم ومفهومه، بحث منشور في مجلة الإتحاد العام لشباب محامي مصر، صادرة عن نقابة المحامين، القاهرة، بدون سنة طبع، ص 7.

- التحكيم الإجباري: يفرضه القانون على أطراف النزاع بالنسبة لنوع معين من المنازعات، ويجب على الأطراف الالتجاء إليه لحل هذه المنازعات، بحيث لا تكون لهم حرية استبعاد اختصاص التحكيم.

- الأصل: أن يكون التحكيم اختياريًا، إلا إذا نص القانون على وجوب الالتجاء إليه في بعض الأحوال فيكون إجباريًا⁽¹⁾.

المحور الثاني - القانون الواجب التطبيق

تتجه أغلب التشريعات الوطنية نحو تعزيز سلطان الإرادة في التحكيم، تجسيداً لمبادئ العدالة والإنصاف، وذلك من خلال منح الأطراف حرية اختيار القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم والقانون الذي يحكم موضوع النزاع. وسنتعرض إلى ذلك على النحو الآتي:

أولاً: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم تُشير إجراءات التحكيم إلى مجموعة القواعد الإجرائية التي تُنظم سير التحكيم، بدءاً من تشكيل هيئة التحكيم وصولاً إلى إصدار حكمها في النزاع. ويستطيع الأطراف تحديد إجراءات التحكيم من خلال ما يلي:

- مبدأ عام: يُمكن للأطراف الاتفاق على إجراءات التحكيم، سواء تضمنت كلّ أو بعض الإجراءات مع ترك الإجراءات الأخرى للقانون المصري أو لقانون أجنبي أو لائحة مركز إقليمي.

- الانتقاء من مصادر متعددة: يُمكن للأطراف منجّ القواعد الإجرائية من مصادر متعددة، ووضع لائحة تُنظم سير التحكيم.

وقد أخذ المشرع المصري بهذا الاتجاه، فلم يجعل قانونه هو الذي يسري على إجراءات التحكيم التي تجري في مصر، وقد تجلّى ذلك من خلال:

- عدم حصر إجراءات التحكيم بالقانون المصري: لم يُلزم المشرع المصري الأطراف باتباع قانون التحكيم المصري في إجراءات التحكيم، بل ترك لهم حرية اختيار القانون المناسب.

- المادة (25) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994: تُتيح هذه المادة للأطراف الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم، بما في ذلك حقّها في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أيّ منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية أو خارجها.

- اختيار هيئة التحكيم للإجراءات: إذا لم يكن هناك اتفاق بين الأطراف، فلهيئة التحكيم اختيار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة، مع مراعاة أحكام القانون.

تُعَدّ حرية الأطراف في تحديد إجراءات التحكيم من أهمّ المبادئ التي تُؤسّس لعملية تحكيم عادلة وفعّال، بحيث تحقق الغايات التالية:

- تعزيز سلطان الإرادة: تُؤكّد حرية الأطراف على دورهم في التحكيم بإجراءات التحكيم بما يتوافق مع احتياجاتهم.

- ضمان المرونة والفعالية: يُتيح اختيار القانون للأطراف التكيف مع احتياجاتهم الخاصة وضمان سير التحكيم بفعالية وكفاءة.

⁽¹⁾ أحمد المليحي، أنواع التحكيم، بحث منشور في مجلة الاتحاد العام لشباب محامي مصر، صادرة عن نقابة المحامين، القاهرة، بدون سنة طبع، ص 82-83.

- تعزيز الاستقرار واليقين القانوني: يُساعد اختيار القانون على ضمان حسم النزاع وفقًا لقواعد قانونية مُحددة ومعروفة مسبقًا.

أمثلة على حرية الأطراف في تحديد إجراءات التحكيم:

- الاتفاق على قواعد التحكيم لمركز القاهرة للتحكيم الدولي.
- الاستعانة بقواعد التحكيم الصادرة عن غرفة التجارة الدولية.
- وضع لائحة خاصة بإجراءات التحكيم تتضمن أحكامًا مستمدة من مصادر مختلفة.

ثانيا القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع

1 - حرية الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق:

أ- الأصل:

- مبدأ سلطان الإرادة: الأصل هو حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، تطبيقا لقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين".⁽¹⁾

- عدم مخالفة القواعد الآمرة أو النظام العام: لا يرد على حرية الأطراف في اختيار قانون معين سوى عدم مخالفة هذا الاختيار للقواعد القانونية الآمرة أو النظام العام.

- قانون التحكيم المصري: أشارت المادة (39) من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 إلى حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

ب - الاستثناء:

- عقود نقل التكنولوجيا: خرج المشرع المصري عن هذا الأصل في مجال عقود نقل التكنولوجيا واشترط تطبيق حكم القانون المصري على ما ينشأ من منازعات بمناسبة تفسير أو تنفيذ عقد نقل التكنولوجيا.

- المادة (87) من قانون التجارة المصري: نصت على تطبيق أحكام القانون المصري على موضوع النزاع في جميع الأحوال، مع عدم جواز الاتفاق على خلاف ذلك.

وقد انتقد جانب من الفقه موقف المشرع المصري في هذا الصدد، فذهب رأي في الفقه إلى أنه

- تقييد حرية الأطراف: انتقد جانب من الفقه موقف المشرع المصري في تقييده لحرية الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق.

- إضعاف مركز المفاوض المصري: رأى البعض أن هذا القيد يضعف من مركز المفاوض المصري دون مبرر.

- مساس بالقدرة التنافسية لمصر: اعتبر البعض أن هذا القيد يمس بالقدرة التنافسية لمصر على جذب الاستثمار والتقنية الحديثة.

وبالرغم من هذه الانتقادات إلى المشرع المصري قد أراد تحقيق الغايات التالية⁽²⁾:

⁽¹⁾ سميحة القليوبي، بحث بعنوان التحكيم في عقود نقل التكنولوجيا، منشور في مجلة صادرة عن الإتحاد العام لشباب محامي مصر، نقابة المحامين، القاهرة، 2006، ص 63.

⁽²⁾ جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 2005، ص 245 وما بعدها.

- حماية الطرف المتلقي للتكنولوجيا: أراد المشرع من وراء نص المادة (87) تجاري مصري حماية الطرف المتلقي للتكنولوجيا، كونه لا يملك الدراية الكافية في هذا النوع من العقود. تجنب تكاليف السفر والانتقال: رغب المشرع في تجنب الطرف المتلقي للتكنولوجيا تكاليف السفر والانتقال والاستعانة بمكاتب المحاماة الأجنبية.

المحور الثالث- نماذج عن أحكام التحكيم الصادرة في مجال عقود نقل التكنولوجيا

تُعَدّ عقود نقل التكنولوجيا من أهمّ العقود التجارية في عصرنا الحالي، حيث تُساهم في نقل المعرفة والابتكار بين مختلف الدول والشركات. ونظرًا لتعقيد هذه العقود وخصوصيتها، قد تنشأ بعض المنازعات بين أطرافها. في هذا المحور، سنقدم نماذج عن أحكام التحكيم الصادرة في مجال عقود نقل التكنولوجيا، وذلك بهدف: إلقاء الضوء على أهمّ القضايا التي يتمّ طرحها في التحكيم في مجال نقل التكنولوجيا. وتقديم أمثلة عملية لتطبيق قواعد التحكيم على هذه القضايا. وتحليل أحكام التحكيم لفهم كيفية تفسير وتطبيق أحكام عقود نقل التكنولوجيا، سنتناول في هذا المحور النماذج التالية:

أولاً: قضية تحكيم بين شركة عمانية وشركة انجليزية عام 1979⁽¹⁾

1- تلخص وقائع هذه القضية فيما يلي:

- عقد إنشاء مصنع: عام 1978، تعاقدت شركة عمانية مع شركة انجليزية لإنشاء مصنع لإنتاج الجير (عقد تسليم مفتاح).

- ظهور عيوب في الأفران: بعد 6 أشهر من التشغيل، ظهرت عيوب في الأفران، مما أدى إلى إيقافها.

- رفض الشركة الانجليزية الإصلاح: رفضت الشركة الانجليزية إصلاح العيوب أو إجراء اختبارات جديدة.

2- إجراءات الشركة العمانية تتمثل في التالي:

- لجأت الشركة العمانية إلى هيئة تسوية المنازعات التجارية في عمان لإيقاف صرف السندات.

- أقامت الشركة العمانية دعوى تحكيم ضد الشركة الانجليزية.

3- طلبات الشركة الانجليزية تتمثل في التالي:

- عدم مديونيتها للشركة العمانية.

- تسليم المصنع سليماً وخالٍ من أي عيوب.

- إفراج عن المبلغ المودع لصالحها لدى البنك العماني.

- إلزام الشركة العمانية بعدم اتخاذ إجراءات لمنع صرف السندات الباقية.

- رد خطاب الضمان المقدم لمصلحة الأخيرة.

- دفع بقية فواتير الشركة الانجليزية.

- تعويض عن الأضرار التي سببتها الشركة العمانية.

4- طلبات الشركة العمانية تمثلت فيما يلي:

⁽¹⁾ <http://www.mn940.net/forum/showthread>

⁽¹⁾ حكم منشور على الموقع الإلكتروني

- تعويض عن تأخر الشركة الانجليزية في استكمال الإصلاحات.
- تعويض عن امتناع الشركة الانجليزية عن إعادة تجارب الكفاءة والمتانة للأفران.
- أحقية الشركة العمانية في مبلغ خطاب الضمان.
- حجز ما قد يكون للشركة الانجليزية قبلها من مبالغ.
- إلغاء السندات الموقعة بين الشركة العمانية إلى الحد الكافي لاستيفاء التعويضات المطلوبة.
- 5- قرار هيئة التحكيم كان كما يلي:
 - مسؤولية الشركة الانجليزية عن إعادة اختبارات الكفاءة والمتانة.
 - تعويض الشركة العمانية عن إخلال الشركة الانجليزية بتنفيذ التزاماتها.
 - إلزام الشركة الانجليزية بنفقات الخبير العماني.
- 6- مبررات القرار تمثلت في:
 - التزام الشركة الانجليزية باختبارات الكفاءة والمتانة للأفران.
 - فشل الشركة الانجليزية في إثبات وجود سبب أجنبي أدى إلى توقف الإنتاج.
- 7- تحليل القضية: اتفق الطرفان في هذه القضية على تطبيق القانون العماني على النزاع، وذلك تفعيلاً لمبدأ حرية اختيار القانون في عقود التحكيم، حيث يتمتع أطراف العقد بحرية اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع تم عرض النزاع على هيئة تحكيم مختصة للفصل فيه، وذلك تأسيساً على الاتفاق المبرم بين الطرفين في عقد التحكيم، والذي يُعدّ من أهمّ الوسائل البديلة لحلّ المنازعات التجارية.
- لإثبات الحقائق، تم تكليف خبير هندسي بكتابة تقرير عن موضوع النزاع، حيث لعب تقرير الخبير دوراً هاماً في مساعدة هيئة التحكيم على تكوين قناعاتها حول المسؤولية عن العيوب في الأفران.
- بعد تحليل الوقائع والأدلة، خلصت هيئة التحكيم إلى تحميل الشركة الانجليزية مسؤولية العيوب في الأفران، وذلك لعدم وفائها بالتزاماتها التعاقدية، والتي تضمنت اختبارات الكفاءة والمتانة للأفران.
- حكمت هيئة التحكيم بمنح الشركة العمانية تعويضاً عن إخلال الشركة الانجليزية بالتزاماتها، وذلك تعويضاً عن الأضرار التي لحقت بها جراء العيوب في الأفران.
- تُعدّ هذه القضية نموذجاً هاماً يُظهر أهمية:
 - حرية اختيار القانون في عقود التحكيم.
 - دور هيئة التحكيم في حلّ المنازعات التجارية.
 - أهمية تقارير الخبراء في إثبات الحقائق.
- تؤكد هذه القضية على ضرورة احترام مبدأ سيادة المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع، كما تُبرز دور هيئة التحكيم في تحقيق العدالة والفصل في المنازعات التجارية بكفاءة وسرعة.

ثانياً: حكم صادر عن المركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في 1996/2/17 في قضية تحكيم بين شركة أفريقية وشركة أوروبية برقم 49 لسنة 1994⁽¹⁾

1- تلخص وقائع هذه القضية فيما يلي:

- تم إبرام عقد بين شركة أفريقية (مدعية) وشركة أوروبية (مدعى عليها) لإنشاء مصنع في دولة أفريقية.
- تضمن العقد التزامات الشركة الأوروبية بتقديم الآلات وقطع الغيار، والإشراف على المباني والتجهيز، وتدريب بعض العاملين، وأعمال الصيانة، وتقديم خطاب ضمان.
- نشأ خلاف بين الطرفين حول تنفيذ العقد، فقامت الشركة الأفريقية بمصادرة قيمة خطاب الضمان ورفعت دعوى تحكيم أمام المركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

2- طلبات الشركة الأفريقية تمثلت فيما يلي:

- إقرار أحقيتها في مصادرة خطاب الضمان.
 - تعويض قدره 3 ملايين دولار.
 - غرامة تأخير بواقع 10% من قيمة الأعمال المتأخرة.
 - إلزام الشركة الأوروبية باستكمال المصنع وتدريب العمال وتحمل مصاريف التحكيم.
- 3- دفاع الشركة الأوروبية تمثل فيما يلي:
- تم تسليم الآلات وقطع الغيار طبقاً للعقد.
 - تأخر تنفيذ العقد يرجع إلى تقصير الشركة الأفريقية في إقامة المباني وفتح الاعتماد المستندي.
 - انسحاب الفنيين الأجانب كان بسبب تأخر الشركة الأفريقية في سداد مستحقاتهم.
 - طالبت الشركة الأوروبية برد قيمة خطاب الضمان وباقي قيمة السندات، وتعويض عن الأضرار التي لحقت بها.

4- قرار هيئة التحكيم كان على النحو التالي:

- رفضت هيئة التحكيم طلبات الشركة الأفريقية.
- ألزمت الشركة الأفريقية برد قيمة خطاب الضمان وباقي قيمة السندات.
- رأت هيئة التحكيم أن العقد لا يزال سارياً ولم يتم فسخه، ويجب استكماله بناءً على مفاوضات جديدة بين الطرفين.

- تم تقسيم مصاريف التحكيم مناصفة بين الطرفين.

5- تحليل قرار هيئة التحكيم:

ركزت هيئة التحكيم على تحليل التزامات كل من الشركة الأفريقية (المدعية) والشركة الأوروبية (المدعى عليها) بدقة، وذلك لتحديد مدى وفاء كل طرف بالتزاماته التعاقدية. وتم فحص جميع بنود العقد بدقة لتحديد مسؤولية كل طرف عن أي تأخير أو إخلال في تنفيذ العقد. وبعد تحليل التزامات كل طرف، خلصت هيئة التحكيم إلى عدم وجود تقصير من جانب الشركة الأوروبية في تنفيذ العقد.

⁽¹⁾ معي الدين إسماعيل علم الدين، أحكام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي (1984-2000)، الطبعة الأولى، 2002، ص 15-19.

بناءً على ذلك، تم رفض جميع طلبات التعويض وغرامة التأخير التي تقدمت بها الشركة الأفريقية. ومن خلال تحليل الأدلة المقدمة من كلا الطرفين، خلصت هيئة التحكيم إلى أن تأخر تنفيذ العقد يرجع إلى تقصير الشركة الأفريقية. تم تحديد مسؤولية الشركة الأفريقية عن تأخير إقامة المباني وفتح الاعتماد المستندي، مما أدى إلى تأخير تسليم الآلات وقطع الغيار.

على الرغم من وجود خلافات بين الطرفين، إلا أن هيئة التحكيم أكدت على استمرار العقد وضرورة استكماله.، تم التأكيد على أهمية احترام التزامات كل طرف والتعاون لضمان استكمال المشروع، نظرًا لوجود خلافات جوهرية بين الطرفين، أوصت هيئة التحكيم بإجراء مفاوضات جديدة للتوصل إلى اتفاق بشأن كيفية استكمال العقد، كما تم التأكيد على أهمية الحوار والتفاوض لحلّ المنازعات التجارية وتحقيق مصلحة الطرفين.

الخاتمة:

تشكل عقود نقل التكنولوجيا رافعة أساسية للتنمية الاقتصادية، وتعدّ آلية فعّالة لنقل المعرفة والخبرات بين الدول. ولكن، قد تنشأ منازعات بين أطراف هذه العقود، مما يُعيق عملية نقل التكنولوجيا ويُؤثر على مسار التنمية الاقتصادية. وهدف هذه الدراسة إلى تقييم آلية التحكيم كأداة فعّالة لحلّ منازعات عقود نقل التكنولوجيا، وذلك من خلال تحليلٍ مقارنٍ لأنظمة التحكيم في بعض الدول العربية والأجنبية، مع التركيز على القانون المصري كنموذج. وقد اتبعت الدراسة منهجية تحليلية مقارنة، حيث تمّ جمع البيانات من خلال المراجع القانونية والمجلات العلمية والمواقع الإلكترونية، وتحليلها لتحديد مزايا وعيوب آلية التحكيم في حلّ منازعات عقود نقل التكنولوجيا.

النتائج: أظهرت الدراسة أنّ آلية التحكيم تتمتع بمزايا عديدة تجعلها أداة فعّالة لحلّ منازعات عقود نقل التكنولوجيا، تشمل:

- السرعة: إمكانية إصدار حكم التحكيم في غضون أسابيع أو أشهر قليلة، بينما قد تستغرق إجراءات التقاضي أمام المحاكم سنوات.
- الفعالية: تقليل المصاريف والوقت والجهد المبذول في التقاضي.
- الحكم البات: إصدار حكمًا باتًا غير قابل للطعن من حيث الموضوع، قابلاً للتنفيذ الفوري.
- اختصار درجات التقاضي: تجنب درجات التقاضي التي تُعرف ببطئها وتعقيدها.
- تفادي مشكلة تنازع القوانين: إتاحة حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع.
- السرية: ضمان سرية جلسات المرافعة وحماية المعلومات والأسرار الصناعية.
- كفاءة المحكمين: تتمتع المحكمين بخبرة واسعة في مجالاتهم، مما يؤهلهم لفهم طبيعة النزاع بشكل أفضل من القضاة.
- ملائمة التحكيم لمنازعات العقود الدولية: يُعدّ التحكيم الوسيلة الملائمة لفضّ المنازعات المتعلقة بعقود التنمية الاقتصادية.

التوصيات: تُقدم الدراسة التوصيات التالية:

- نشر الوعي بأهمية التحكيم: نشر الوعي بين أطراف عقود نقل التكنولوجيا حول مزايا التحكيم كوسيلة فعّالة لحلّ المنازعات.

- تطوير قانون التحكيم: تطوير قانون التحكيم المصري لجعله أكثر ملائمةً لحلّ منازعات عقود نقل التكنولوجيا.
- إنشاء مركز متخصص للتحكيم في منازعات عقود نقل التكنولوجيا: إنشاء مركز متخصص للتحكيم في منازعات عقود نقل التكنولوجيا، يُقدم خدمات تحكيمية متخصصة وفعّالة.
- تدريب المحكمين في مجال عقود نقل التكنولوجيا: تدريب المحكمين في مجال عقود نقل التكنولوجيا لضمان فهمهم لطبيعة هذه العقود وتعقيداتها

قائمة المراجع:

- ماجد عبد الحميد عمار «اتفاق التحكيم والمركز الدولي لتسوية المنازعات عبر الدولية»، بحث منشور في مجلة الاتحاد العام لشباب محامي مصر، التحكيم الدولي المبادئ والأساسيات النظرية والعلمية، صادرة عن نقابة المحامين، القاهرة، 2006.
- أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، الطبعة الثانية، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، القاهرة، 2004.
- محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
- أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987.
- معوض عبد التواب، المستحدث في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 1997.
- محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي "دراسة في قانون التجارة الدولية"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
- إبراهيم أحمد إبراهيم، اختيار طريق التحكيم ومفهومه، بحث منشور في مجلة الإتحاد العام لشباب محامي مصر، صادرة عن نقابة المحامين، القاهرة، بدون سنة طبع.
- أحمد المليحي، أنواع التحكيم، بحث منشور في مجلة الإتحاد العام لشباب محامي مصر، صادرة عن نقابة المحامين، القاهرة، بدون سنة طبع.
- جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 2005.
- محي الدين إسماعيل علم الدين، أحكام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي (1984-2000)، الطبعة الأولى، 2002.
- سميحة القليوبي، بحث بعنوان التحكيم في عقود نقل التكنولوجيا، منشور في مجلة صادرة عن الإتحاد العام لشباب محامي مصر، نقابة المحامين، القاهرة، 2006.
- الطعن رقم 4730- لسنة 72 ق - تاريخ الجلسة 22 / 06 / 2004 - مكتبة أحكام المحاكم العربية العليا لسنة 2004، منشور على الموقع الإلكتروني. www.eastlaws.com
- حكم محكمة استئناف القاهرة الدائرة (91) تجاري جلسة 2006/5/30- في الدعوى رقم 95 لسنة 122 ق- منشور بمجلة التحكيم العربي- العدد التاسع- أغسطس 2006.
- حكم منشور على الموقع الإلكتروني <http://www.mn940.net/forum/showthread>

Independence of the Audiovisual Regulatory Authority (A Study in Light of Law 23-20)

مدى استقلالية سلطة الضبط السمعي البصري (دراسة على ضوء القانون 20-23)

PhD Student. Bouguerra Radhouane *

Dr. Fateh Meziti

Legal, political and Sharia research laboratory

Legal, political and Sharia research laboratory

Abbas Laghrour Khenchela University

Abbas Laghrour Khenchela University

bouguerra.radhouane@univ-khenchela.dz

fateh.meziti@univ-khenchela.dz

The date of Submission: 2024-02-18

The date of acceptance: 2024-05-25

Abstract:

The Algerian legislator explicitly emphasizes the independence of the audiovisual regulatory authority as an independent administrative authority. This independence distinguishes it from other classic entities in the state, granting it organic and functional independence recognized by law. This means that the authority is not subject to any administrative or supervisory authority, but a closer examination of the legal texts regulating the audiovisual regulatory authority as an entity entrusted with regulating the audiovisual sector reveals that this independence is relative. This raises several questions and interpretations about the effectiveness of this independence, both organically and functionally. This interpretation is primarily attributed to financial and administrative considerations practiced by the executive authority, which makes it relatively subordinate to the executive authority. This aspect will be highlighted in this research paper.

Keywords: Regulation; Independence; Authority; Audiovisual.

الملخص:

نص المشرع الجزائري صراحة على استقلالية سلطة ضبط السمعي البصري كسلطة إدارية مستقلة كون أن هذه الاستقلالية هي التي تميزها عن باقي الهيئات الكلاسيكية في الدولة، فهي بذلك تتمتع باستقلالية عضوية ووظيفية معترف بها قانونا ما يعني عدم تبعية الهيئة كسلطة إدارية مستقلة لأي سلطة إدارية أو وصائية على حد سواء، غير أن المتمعن في النصوص القانونية المنظمة لسلطة ضبط السمعي البصري كهيئة أسندت لها سلطة ضبط القطاع السمعي البصري، أن هذه الاستقلالية نسبية تثير عدة تساؤلات وتأويلات حول مدى فعالية هذه الاستقلالية سواء من الجانب العضوي أو الوظيفي وتفسير ذلك يرجع لاعتبارات متعلقة أساسا بالجوانب المالية والإدارية الممارسة من السلطة التنفيذية علما الأمر الذي يجعل منها في تبعية نسبية للسلطة التنفيذية وهو ما سنبرزه من خلال هذه الورقة البحثية.

الكلمات المفتاحية: الضبط، الاستقلالية، سلطات، السمعي البصري.

* Corresponding Author.

Introduction

The repercussions of the economic crisis in the 1980s were not limited to the economies of major countries but also affected other nations, including Algeria, as it is part of the global economic system. Algeria has witnessed several upheavals starting from its adoption of the socialist system, which did not achieve its intended goals, until the enactment of the 1989 constitution. At this point, the Algerian government reconsidered its intervention in the economy by creating mechanisms and mechanisms, prompting the legislature, institutionally, to withdraw the state and establish a new organizational form known as "independent administrative authorities".

The beginning was marked by the establishment of the Higher Council for Information as the first regulatory authority for the media sector in 1990 under Presidential Decree 90-339¹. However, it was dissolved three years later under Presidential Decree 93-252². Subsequently, the Organic Law on Media was issued in 2012³, which established the regulatory authorities for the written press and audiovisual media to embody media pluralism in Algeria. These authorities were tasked with regulating media activities instead of the traditional entities in the state. They were granted independence according to the legal texts regulating them, distinguishing them from administration and political authority. The Audiovisual Regulatory Authority was established under Organic Law 14-04⁴, which was repealed by Law 23-20 concerning audiovisual activities⁵, embodying media openness and the actualization of freedom of media practice in Algeria. Endowed with extensive powers and authorities, it was tasked with its duties as an independent administrative authority, as granted by Article 40 of Law 23-20 concerning audiovisual activities.

However, these powers will not lead to the desired effectiveness in intervention if not exercised by an independent administrative authority with independence, which would protect the independent regulatory authority from the dominance and interference of political and administrative authority. The controls related to independence are considered the foundation of the legal system for independent administrative authorities, distinguishing them from traditional bodies in the state's administrative apparatus.

Given the issues raised by the subject, we have chosen to shed light on the Audiovisual Regulatory Authority as an independent administrative authority and pose a problem revolving around:

To what extent is the independence of the audiovisual regulatory authority organic and functional from the executive authority?

To answer this problem, our research plan, which we have adopted, necessitated a blend of scientific approaches, such as the analytical approach through analyzing the legal materials

1- Presidential Decree No. 90-339 dated November 3, 1990, concerning the regulation of the Higher Council for Information devices and structures and specifying the basic legal rules applicable to some of its users. Official Gazette of the Algerian Republic, Issue 47, issued on November 7, 1990.

2- Presidential Decree No. 93-252 dated October 26, 1993, concerning the Higher Council for Information. Official Gazette of the Algerian Republic, Issue 69, issued on October 27, 1993.

3- Organic Law No. 12-05 dated January 12, 2012, concerning media. Official Gazette of the Algerian Republic, Issue 02, issued on January 15, 2012. Amended and supplemented by Law No. 23-14 concerning media. Official Gazette of the Algerian Republic, Issue 56, issued on August 29, 2023.

4- Law No. 14-04 dated February 24, 2014, concerning audiovisual activities. Official Gazette of the Algerian Republic, Issue 16, issued on March 23, 2014.

5- Law No. 23-20 dated December 2, 2023, concerning audiovisual activities. Official Gazette, Issue 77, issued on December 2, 2023.

regulating the authority, as well as stating the sources of its independence based on the descriptive approach.

The scope of the research is defined to answer this problem by studying the independence of the audiovisual regulatory authority from two main aspects in two fundamental sections, where we address the organic independence of the audiovisual regulatory authority in (the first section) and its functional independence in (the second section).

1. Organic Independence of the Audiovisual Regulatory Authority

The degree of independence of independent administrative authorities varies from one authority to another, and through a study of Organic Law No. 23-20 concerning audiovisual activities, it becomes evident that the legislator aims to enhance several indicators of the organic independence of the audiovisual regulatory authority. On the other hand, this independence is subject to several restrictions and interventions from the executive authority, which limits the independence of the authority.

1.1- Indicators of Organic Independence

The recognized indicators of organic independence for the audiovisual regulatory authority as an independent administrative authority manifest in adherence to a set of criteria that confirm this independence concerning the legal formation of authority members and the regulatory rules governing the authority members.

1.1.1- Composition of the Members of the Audiovisual Regulatory Authority

In accordance with the provisions of Article 43 of Organic Law No. 23-20, the independent audiovisual regulatory authority consists of nine members, including the president of the authority, who is appointed by the President of the Republic. Therefore, studying the composition of the members of the independent audiovisual regulatory authority serves as an indicator of the organic independence of the audiovisual regulatory authority. This prompts us to clarify some aspects, primarily the collective nature of the authority and the diversity of its members.

A. Collective Nature of the Authority

Regarding the collective nature of the authority, the Algerian legislator adopts a collective composition for all independent administrative authorities⁶, except for the Republic's Ombudsman⁷. The diverse collective nature of independent administrative authorities contributes to activating mechanisms of dialogue and consultation among its members in studying and addressing issues, as well as proposing solutions⁸. Additionally, the collective nature ensures two fundamental advantages: balancing the influence of different bodies empowered to appoint members of independent administrative authorities and ensuring neutrality and objectivity in addressing various decisions and issues with seriousness⁹.

When considering the Audiovisual Regulatory Authority, which is the subject of the study, it becomes apparent, according to Article 43 of the aforementioned Law No. 23-20,

6- Aerab Ahmed, Independence of the Audiovisual Regulatory Authority: A Study of the Succession System of its Members, Critique Journal of Law and Political Sciences, Volume 16, Issue 4, 2021, page 528.

7- Presidential Decree No. 96-113 dated August 2, 1996, establishing the Republic's Ombudsman. Official Gazette of the Algerian Republic, Issue 20, issued on March 31, 1996.

8- Michel Gentot, Independent Administrative Authorities, 2nd Edition, Montchrestien, Paris, 1994, p. 53.

9- Bashir Al-Sharif Shams al-Din, Samiha Laqabi, Economic Regulation Law, Ain M'lila, Dar Al-Hoda, 2021, p. 51.

that the legislator has entrenched the collective composition. The National Independent Authority for Audiovisual Regulation comprises nine members, including the president. Furthermore, the appointment of authority members is exclusively entrusted to the President of the Republic¹⁰. This represents a departure from the method followed by the legislator regarding the proposal and appointment of the composition of the audiovisual regulatory authority according to Article 57 of Law No. 14-04, which was repealed. This article stipulated the following: The Audiovisual Regulatory Authority consists of nine members appointed by presidential decree as follows¹¹:

- Five members, including the president, chosen by the President of the Republic.
- Two non-parliamentary members proposed by the President of the Council of the Nation.
- Two non-parliamentary members proposed by the President of the National People's Congress.

Subsequently, Presidential Decree 16/178¹² was issued, two years after the issuance of the Organic Law defining media activity in Algeria. Following this, the authority members were inaugurated, but the new body members have not been officially inaugurated yet. This situation affects the independence and workflow of the authority.

B. Mixed Nature of the Composition of the National Independent Authority for Audiovisual Regulation

The mixed nature of the composition of the National Independent Authority for Audiovisual Regulation is considered one of the key factors in ensuring its independence and contributing to the acceptance of its decisions¹³. Upon examining the basic composition of the audiovisual regulatory authority, it becomes clear that it consists of nine members selected from individuals with expertise in technical, legal, and media fields, as well as in the audiovisual sector.

Moreover, the legislator stipulated diversity, specialization, and experience in the membership of the regulatory authority, allowing for the creation of a distinguished work environment, away from external influences. This allows for maintaining a balance among the authority members and prevents any bias due to the collective nature of these bodies¹⁴.

1.1.2- The regulatory rules for the members of the Audiovisual Regulatory Authority

Understanding the regulatory rules regarding the members of the Audiovisual Regulatory Authority requires focusing on important criteria that enhance their independence. This is accomplished through the system of tenure and the application of the conflict of interest system.

10- See Article 43 of Law 23-14 concerning audiovisual activities.

11- See Article 57 of Law 14-04, cited above.

12- Presidential Decree No. 16-178 dated June 19, 2016, appointing members of the Audiovisual Regulatory Authority. Official Gazette of the Algerian Republic, Issue 36, issued on June 19, 2016.

13- Sihem Sadiq, Aspects of the Independence of Independent Administrative Authorities in Algeria, Algerian Journal of Law and Political Sciences, Institute of Legal and Administrative Sciences, Issue 4, 2014, p. 200.

14- Lakhdar Benatia, Fatima-Zohra Tishoush, The Limitations of Regulatory Authorities in the Field of Print Media, Journal of Legal and Political Studies, Volume 06, Issue 01, 2020, p. 156.

A. Tenure System

Tenure pertains to the legal duration allocated for members of the authority to perform their duties. Consequently, they cannot be dismissed, suspended, or excluded except in cases of serious misconduct. The influence or pressure from the appointing authority is also prohibited to ensure their independence. Setting the tenure period for members of independent administrative authorities is one of the fundamental principles reflecting the independence of these authorities¹⁵.

Regarding the Audiovisual Regulatory Authority, the legislator decided to set the term of office at five years, renewable once¹⁶. According to Article 48 of the same law: "In the event of any member of the authority violating the provisions of Article 46 of this law, they shall be replaced for the remaining term of the tenure, in accordance with the prescribed procedures...".

B. Conflict of Interest System

The conflict of interest system aims to ensure the independence of independent administrative authorities and prevent them from being subject to presidential authority or administrative guardianship¹⁷. It also ensures their neutrality while performing their duties towards the institutions they oversee. This is achieved through the application and respect of the conflict of interest system. The conflict of interest system refers to the conflicting functions of members of the Audiovisual Regulatory Authority with any other position in the public or private sector, or any executive responsibility within political parties or unions, except for temporary tasks in higher education and supervision in scientific research¹⁸.

Additionally, membership in the Audiovisual Regulatory Authority conflicts with owning any interests or benefits in an entity active in the audiovisual field¹⁹. The conflict period should be extended for two years after the member's term in the authority ends. This prohibition aims to enable authority members to devote themselves to their duties and avoid any distractions hindering their implementation.

Given the role this principle plays in enhancing the independence of independent administrative authorities²⁰, the legislator has unified these obligations for all independent administrative authorities by issuing Order No. 07-01, which addresses conflict of interest cases and specific obligations for certain positions and functions²¹.

1.2- Obstacles to organic independence

Despite the legislator's dedication through Organic Law No. 23-20 to provide indicators embodying the independence of the Audiovisual Regulatory Authority, the full realization of this independence has not been achieved due to several factors hindering the independence of the Audiovisual Regulatory Authority. Among these factors, the executive authority's control

15- Diarra Abdoulaye, *Independent Administrative Authorities in Francophone African States Case of Mali, Senegal, and Benin*, Dispo, 2000.

16- See Article 43 of Law 23-14, related to audiovisual activity.

17- Dhehib Nadira, *Independence of Independent Regulatory Authorities in Algerian Law*, Master's Thesis, Faculty of Legal and Political Sciences, Mouloud Mammeri University, Tizi Ouzou, 2011, p. 29.

18- See Article 45 of Law 23-20, related to audiovisual activity.

19- See Article 46 of Law 23-14, related to audiovisual activity.

20- Zouaimia Rachid, *The Repressive Functions of Independent Administrative Authorities Ruling on Economic Matters*, IDARA, No. 28, 2004, p. 144.

21- Order 07-01, dated March 1, 2007, related to cases of conflict of interest and specific obligations for certain positions and functions, Official Gazette of the Algerian Republic, No. 16, issued on March 7, 2007.

over the appointment authority is a major obstacle, as the executive authority controls the appointment of members of the Audiovisual Regulatory Authority, exposing their independence to influence and manipulation. Additionally, the possibility of renewing and terminating the tenure of members of the authority particularly hampers the independence of the Audiovisual Regulatory Authority. When there is limited potential for reappointment or dismissal of authority members, their independence is threatened and restricts them from making decisions freely and independently. Furthermore, the absence of abstention procedures constitutes another factor limiting the independence of the Audiovisual Regulatory Authority.

1.2.1- Executive authority's control over appointment power

Based on Article 43 of Law No. 23-20, it is evident that the executive authority holds the power of appointment in the National Independent Authority for Audiovisual Regulation. According to the previous law, members of the authority are appointed by the President of the Republic, including the chairman of the authority²². This falls within what is known as the concentration of appointment power in the hands of the President of the Republic²³.

Referring to Article 57 of Law No. 14-04, which amends and supplements, the audiovisual regulatory authority consists of nine members appointed by presidential decree. The President of the Republic appoints five of these members, including the chairman of the authority, while the President of the National People's Assembly proposes two non-parliamentary members, and the President of the Council of the Nation proposes two members.

The theoretical framework of Law 23-20 has not been realized, as the executive authority, represented by the President of the Republic, exclusively holds the appointment power. Consequently, the audiovisual regulatory authority is subordinated to the executive authority, and it monopolizes the hands of the President of the Republic through the appointment of all members. This diminishes the independence and credibility of the audiovisual sector and restricts the freedom of practicing audiovisual activities constitutionally²⁴.

This situation leads to the members of the audiovisual regulatory authority, including the chairman, becoming mere instruments for implementing what the executive authority imposes, according to its loyalty logic. It would have been appropriate for the Algerian legislator to define mechanisms that ensure a balance between various appointment authorities. Actual independence of independent administrative authorities requires the distribution of appointment powers among several entities²⁵. Furthermore, the authority's

22- See Article 43 of Law 23-14, concerning audiovisual activities.

23- Presidential Decree No. 20-39, dated February 2, 2020, regarding appointments in civil and military positions, Official Gazette of the Algerian Republic, Issue 06, issued in 2020.

24- Refer to Article 54 of the Constitution of the People's Democratic Republic of Algeria, issued by Presidential Decree No. 96-438 dated December 7, 1996, Official Gazette of the Algerian Republic, Issue 76, issued on 8/12/1996, amended and supplemented by Law No. 02-03 dated April 10, 2002, Official Gazette of the Algerian Republic, Issue 25, issued on 14/04/2002, amended and supplemented by Law No. 08-19 dated November 15, 2008, Official Gazette of the Algerian Republic, Issue 63, issued on 16/11/2008, amended and supplemented by Law No. 16-01 dated March 6, 2016, Official Gazette of the Algerian Republic, Issue 14, issued on 07/03/2016, amended by referendum on November 1, 2020, issued by Presidential Decree No. 20-442 dated December 30, 2020, Official Gazette of the Algerian Republic, Issue 30, dated December 30, 2020.

25- Rachid Zouaïmia, Tools of Economic Control: Powers of Independent Administrative Authorities, Proceedings of the Seventh National Meeting on Economic Regulation in Algeria Between Legislation and Practice, University of Saida, On December 9th and 10th 2013, p. 14.

chairman should be elected by its members after their appointment²⁶, to ensure the authority's independence from the executive authority in a real, not just symbolic, manner.

1.2.2- Renewability and Finality of Tenure

It should be noted that the renewability and finality of tenure are significant factors affecting the independence of members of the Audiovisual Regulatory Authority. However, they make the members of the authority operate under the influence and subordination of the appointing authority. Their focus is often on renewing the tenure and the method of achieving it, which negatively affects the performance of the authority.

In fact, the Algerian legislator allows the renewal of the tenure of members of the Audiovisual Regulatory Authority only once²⁷, which poses an obstacle to the independence of the authority's members. It is exploited as a tool for pressure by external parties, especially the executive authority, to blackmail members and threaten them in exchange for renewing their membership. Moreover, the non-renewal of tenure exposes the authority to challenges and doubts about its independence from another perspective²⁸.

1.2.3- Recusal Procedures

Recusal procedures differ from the conflict of interest system, where recusal prohibits the member from participating in discussions and deliberations related to issues in which they have an interest or a close relationship with one of the relevant parties²⁹.

Based on the analysis of the law concerning audiovisual activity Law 23-20, it appears that the legislator exempted members of the Audiovisual Regulatory Authority from recusal procedures. This follows the approach of other independent administrative authorities except for the Competition Council Regulatory Authority, which is the only authority that stipulates recusal according to Article 29 of Decree 03-03, amended and supplemented concerning competition. The article states that "any member of the Competition Council shall not participate in the discussion related to a matter in which he has an interest, or is related to one of the relevant parties up to the fourth degree, or has represented or represents one of the interested parties³⁰".

2. Functional Independence of the Audiovisual Regulatory Authority

Given the important role that independence plays in achieving objectives and reaching the goal of effectively and objectively regulating audiovisual activity, the legislator has given great importance to enhancing this independence for the Audiovisual Regulatory Authority. This independence is manifested in functional independence and membership independence. To assess this independence specific to the Audiovisual Regulatory Authority, we will study

26- Samiya Kassal, The Legitimacy of Independent Administrative Authorities, Proceedings of the National Forum on Independent Administrative Authorities in Algeria, Faculty of Law and Political Science, University of May 8, 1945, Guelma, 2012, p. 9.

27- See Article 43 of Law 23-20, concerning audiovisual activity.

28- Fatima Zahra Bouktah, The Independence of the Audiovisual Authority, Legal and Political Sciences Review, Volume 02, Issue 02, 2023, p. 116.

29- Mousawi Nabil, The Neutrality of Independent Administrative Authorities, PhD Thesis, Faculty of Legal and Political Sciences, Abderrahmane Mira University, Bejaia, 2019, p. 79.

30- See Article 29 of Decree 03-03, amended and supplemented by Law 08-12, dated July 19, 2003, concerning competition, Official Gazette of the People's Democratic Republic of Algeria, Issue 43, issued on July 20, 2003, amended and supplemented by Law No. 08-12, dated June 25, 2008, Official Gazette of the People's Democratic Republic of Algeria, Issue 36, issued on July 2, 2008, and amended and supplemented by Law No. 10-05, dated August 15, 2010, Official Gazette of the People's Democratic Republic of Algeria, Issue 46, issued on August 18, 2010.

this aspect starting from identifying the aspects of functional independence, then the obstacles facing the achievement of this independence.

2.1- Indicators of Functional Independence

Functional independence of the Audiovisual Regulatory Authority is manifested through a set of aspects primarily consisting of financial and administrative independence, as well as its legal independence.

2.1.1- Financial and Administrative Independence

From the legal texts related to the Audiovisual Regulatory Authority according to Law 23-20, it can be inferred that the legislator has emphasized the financial independence of the Audiovisual Regulatory Authority in managing its budget. Thus, it can be said that it enjoys financial independence. Additionally, the authority has the power to regulate and manage users and administrative interests, which further enhances its administrative independence.

A. Financial Independence

Financial independence is considered a fundamental element in determining the independence of independent administrative authorities from the executive branch³¹. It separates the economic regulatory authority from the executive branch in terms of financing³². Financial independence is achieved by these authorities having funding sources for their budgets, including their own financial resources, independent of financial support from the government. Financial independence also lies in their right to freely establish and implement their financial policies, as well as their ability to manage their financial and administrative affairs independently³³. Some scholars have recognized three main criteria for determining the financial independence of regulatory authorities³⁴:

- Budget programming independence.
- Budget execution independence.
- Management independence.

Referring to the provisions of Law 23-14³⁵, it is evident that the financial independence of the Audiovisual Regulatory Authority is clearly affirmed by Article 14, which states: "By virtue of this organic law, an independent national authority for audiovisual regulation is established, with a special character, enjoying legal personality, financial, and administrative independence."

Additionally, Article 61 of Law 23-20 clarifies that the authority has the right to impose fees on licenses for the establishment of audiovisual communication services and benefits from the financial revenues generated from its activities in the audiovisual field.

By examining these articles, it becomes apparent that the legislator has granted the Audiovisual Regulatory Authority financial

independence by securing its own financial resources through imposing fees on the services it provides to operators in the audiovisual sector.

31- Maziyan, Hicham, Regulation of Media Activity in Algerian Law, PhD thesis, Faculty of Law and Political Science, University of Abderrahmane Mira, Bejaia, 2021, p. 156.

32- Mohammed Jabri, Independent Administrative Authorities and Advisory Function, PhD thesis, Faculty of Law and Political Science, University of Algiers, 2014, p. 147.

33- Dhehib, Nadira, Op.Cit, p. 79.

34- Maziyan, Hicham, Op.Cit, p. 156.

35- Organic Law 23-14 on Media, Op.Cit.

Furthermore, the president of the authority is responsible for managing these financial resources freely and without the need for approval from other administrative authorities, which enhances the authority's independence and non-subordination to any other administrative entity³⁶.

B. Administrative Independence

The administrative independence of the audiovisual regulatory authority is manifested in several aspects, including the authority of the president of the authority to prepare the fundamental law and internal regulations of the authority and to approve them³⁷.

In this regard, Article 57 of Organic Law 23-20 stipulates: "The president of the authority shall determine the organization of the administrative and technical departments of the authority³⁸ ..."

This is in addition to the administration and technical management and the peaceful exercise of authority by the president of the authority over the employees subordinate to the regulatory authority.

Based on this, it is evident that the Algerian legislator has provided the audiovisual regulatory authority with independent administrative organization in terms of the authority of the president of the authority in management and organization.

2.1.2- Legal Independence of the Audiovisual Regulatory Authority

Based on Law No. 23-20 concerning audiovisual activities, it is evident that the audiovisual regulatory authority enjoys several guarantees. The legislator has ensured its right to establish its internal regulations, meaning it has the authority to determine the rules and regulatory procedures governing its internal operations. Thus, the regulatory authority has the freedom to organize its activities and make necessary decisions to perform its functions effectively, in addition to enjoying legal personality.

A. Independence in Establishing Internal Regulations of the Authority

The freedom of the regulatory authority to choose the specific rules and texts governing its operations and management without external interference, especially from the executive authority, is a clear indicator of the independence of independent administrative authorities³⁹.

The functional independence is demonstrated by the freedom of independent administrative authorities in choosing the specific rules that regulate their work and management without interference from any other entity, particularly the executive authority. This independence is also evident in the fact that their internal regulations are not subject to approval by the executive authority and are not subject to publication⁴⁰.

In this context, the audiovisual regulatory authority enjoys independence in preparing and approving its internal regulations, as evident from the formulation of Article 57 of Law No. 23-20 concerning audiovisual activities, which states "...the president of the authority shall establish the basic law for the employees of the authority and its internal regulations, which shall be approved by the authority's council."

36- See Article 61 of Law 23-20, related to audiovisual activity.

37- See Article 57 of Law 23-20 regarding audiovisual activities.

38- See Article 56 of Law 23-20 regarding audiovisual activities.

39- Bouhadda Mohamed Saad, The Role of Economic Regulatory Authorities in Establishing Legal Rules, Doctoral Thesis in Public Law, Faculty of Law and Political Science, University of Ghardaia, 2019/2020, p. 149.

40- Mousawi Nabil, Op.Cit, p. 205.

Additionally, the audiovisual regulatory authority is committed to publishing its internal regulations in the official bulletin of the authority, enhancing the independence of its function and providing everyone with the opportunity to review and comply with them, which is a strong indicator of the independence of the regulatory authority.

B. Enjoyment of Legal Personality

The audiovisual regulatory authority enjoys legal personality, as confirmed by Article 14 of Organic Law No. 23-14, as amended and supplemented, concerning media, which establishes an independent national authority for regulating audiovisual matters. This authority enjoys legal personality and administrative and financial independence.

This measure constitutes an exception in the administrative and financial system of economic regulatory authorities and has been adopted in the French legal system for some independent administrative bodies to achieve greater flexibility in their management and financing⁴¹. Among these bodies is the Higher Audiovisual Council. The Algerian legislator followed the same approach as the French system when granting legal personality to independent administrative authorities, including the audiovisual regulatory authority.

This is a step reflecting the legal and financial independence of this authority, resulting in a range of effects related to the right to litigation, financial liability, and contracting eligibility⁴².

Professor Rashid Zouaïmia also believes that granting legal personality and administrative independence to independent authorities is not a decisive indicator for determining and measuring their independence⁴³.

2.2- Obstacles to Functional Independence

Although the new Organic Law No. 23-20 concerning audiovisual activity has embodied a set of indicators that support the functional independence of the audiovisual regulatory authority, including its financial, administrative, and legal independence, there are challenges that stand as obstacles to achieving this independence. These challenges stem from the practices followed by the executive authority and restrict the independence of functional work, such as the relative financial independence and the submission of annual reports from the authority to the executive and legislative authorities.

In general, achieving the desired functional independence of the audiovisual regulatory authority remains complex due to these practices, which limit its ability to perform its tasks independently and effectively.

2.2.1- Relativity of Financial Independence

Despite the explicit recognition of the independence of the audiovisual regulatory authority under Article 14 of Law 23-14, it becomes evident through the article that the legislator stipulated the financial independence of the audiovisual regulatory authority as an independent administrative authority. However, this financial independence remains relative due to the intervention of the executive authority.

41- Elham Kharshi, The Authority of Audiovisual Regulation under Law 14-04 between Regulatory Requirements and Textual Limitations, Journal of Literature and Social Sciences, Volume 13, Issue 1, 2016, p. 61.

42- Dhehib, Nadira, Op.Cit, p. 70.

43- Zouaïmia Rachid, Independent Administrative Authorities and Economic Regulation in Algeria, El Houma, Algiers, 2005, p. 25.

The audiovisual regulatory authority is not explicitly recognized to have the autonomy to set its financial policies. Its budget is subject to general management rules and is constrained within the state budget. This is evident from the content of Article 61 of Law 23-20 concerning audiovisual activity, which states, "The authority's budget consists of... grants provided by the state..." Also, Article 62 of the same law stipulates, "The authority's accounting shall adhere to the rules of public accounting and financial accounting regulations. The head of the authority is responsible for expenditure."

This raises questions about the inconsistency between the provisions of Article 14 of Law 23-14, which states, "Under this Organic Law, a national independent authority is established to regulate audiovisual activities, with a special character, enjoying legal, administrative, and financial independence...", and Article 61 of Law 23-20 concerning audiovisual activity, which confines the authority's appropriations within the general state budget, indicating the financial dependence of the regulatory authority on the state and not allowing it a mechanism for self-financing through imposing fees on the entities subject to its oversight.

Thus, we conclude that the financial independence of the audiovisual regulatory authority is relative because the majority of its funding comes from state contributions to carry out its tasks. As a result of including the financial requirements of the authority within the general state budget, this leads to automatic subordination to the executive authority⁴⁴.

2.2.2- Preparation of the Annual Report

This aspect is considered one of the constraints on the independence of independent administrative authorities in carrying out their activities, as a result of the oversight exercised by the government through the submission of the annual report.

While Law 23-14 explicitly affirms the independence of the audiovisual regulatory authority as an independent administrative authority, referring to the legal text of Law 23-20 regulating audiovisual activity reveals that the independence of the audiovisual regulatory authority raises many questions when its activities, as an independent administrative authority, are subject to the oversight of the executive and legislative authorities.

By examining Article 60 of Law 23-20 concerning audiovisual activity, "The authority shall annually submit to the President of the Republic and to the Presidents of the two chambers of Parliament a report on its activities, and the report shall be published for public opinion within thirty (30) days following its submission."

The legislator thus obliges the audiovisual regulatory authority to prepare a detailed report containing all elements related to its annual activities, including decisions, opinions, studies, and consultations issued by it.

This is considered a form of constraint on the freedom of the authority to carry out its activities independently, due to the indirect oversight exercised by both the legislative authority represented in parliament and the executive authority represented by the President of the Republic. This confirms the intervention of the executive authority and makes the audiovisual regulatory authority subject to it, as mentioned earlier.

44- Abdelrahman Ben Jilali, The Degree of Independence of Media Regulation Authorities in Algeria, Legal Studies Journal, Volume 06, Issue 2, December 2019, p. 421.

Conclusion

Through our reading and analysis of Law 23-20 regarding audiovisual activity, it becomes clear to us that the guarantees provided by the aforementioned law contribute to facilitating the work of the members of the audiovisual regulatory authority and protect them from any form of political influence while performing their duties. However, despite the legislature's establishment of a set of indicators ensuring independence in its organic and functional aspects in the law regulating the audiovisual authority as an independent administrative authority, it failed to establish true independence for this authority. It remained subject to the control of the executive authority, represented by the president, in order to tighten control over the media sector in general and the audiovisual regulatory authority in particular, considering it one of the important and sensitive sectors in the state, through imposing a set of restrictions by the Algerian legislature. In addition to that, there are deficiencies and gaps in the legal texts regulating the independence of the authority as an independent administrative authority, especially in terms of organic and functional aspects. Based on the above, we have reached the following conclusions and recommendations:

Results

- Deprivation of membership of the members of the judiciary from the formation of the authority, thus lacking the judicial element in the representation of the audiovisual sector regulation.
- The President's control over the appointment of the authority, which makes the audiovisual regulatory authority a tool subordinate to the executive authority.
- Failure to ensure complete financial independence for the regulatory authority, which is one of the most prominent aspects of independence.
- Compelling the audiovisual regulatory authority to prepare an annual report and send it to the executive authority.

Recommendations

To establish true independence for this institution to enable it to perform its duties entrusted to it in the field of regulating the audiovisual sector impartially, we propose a set of recommendations that can contribute to its independence.

- Amendment of Article 43 of Law 23-20 by precisely specifying the competencies and appointing the head of the authority to someone with extensive experience in the media sector or through an election mechanism to ensure its independence.
- Ensuring the stability of the membership of the audiovisual regulatory authority and separating it from the executive authority.
- Specifying mechanisms to ensure balance between the various bodies representing the people in the matter of proposing and electing the members of the authority and its president.
- Granting the authority, the freedom to finance its activities without relying on the state treasury.
- Exempting the authority from preparing the annual report and sending it to Parliament instead of the executive authority so that it can keep an eye on the audiovisual sector.
- Activating the role of the audiovisual regulatory authority to ensure the effectiveness of the media field and enable it to perform its duties independently.

List of references

1- Laws and Decrees

- Presidential Decree No. 90-339 dated November 3, 1990, concerning the regulation of the Higher Council for Information devices and structures and specifying the basic legal rules applicable to some of its users. Official Gazette of the Algerian Republic, Issue 47, issued on November 7, 1990.
- Presidential Decree No. 93-252 dated October 26, 1993, concerning the Higher Council for Information. Official Gazette of the Algerian Republic, Issue 69, issued on October 27, 1993.
- Organic Law No. 12-05 dated January 12, 2012, concerning media. Official Gazette of the Algerian Republic, Issue 02, issued on January 15, 2012. Amended and supplemented by Law No. 23-14 concerning media. Official Gazette of the Algerian Republic, Issue 56, issued on August 29, 2023.
- Law No. 14-04 dated February 24, 2014, concerning audiovisual activities. Official Gazette of the Algerian Republic, Issue 16, issued on March 23, 2014.
- Presidential Decree No. 96-113 dated August 2, 1996, establishing the Republic's Ombudsman. Official Gazette of the Algerian Republic, Issue 20, issued on March 31, 1996.
- Presidential Decree No. 16-178 dated June 19, 2016, appointing members of the Audiovisual Regulatory Authority. Official Gazette of the Algerian Republic, Issue 36, issued on June 19, 2016.
- Order 07-01, dated March 1, 2007, related to cases of conflict of interest and specific obligations for certain positions and functions, Official Gazette of the Algerian Republic, No. 16, issued on March 7, 2007.
- Presidential Decree No. 20-39, dated February 2, 2020, regarding appointments in civil and military positions, Official Gazette of the Algerian Republic, Issue 06, issued in 2020.

2- Books

- Michel Gentot, Independent Administrative Authorities, 2nd Edition, Montchrestien, Paris, 1994.
- Bashir Al-Sharif Shams al-Din, Samiha Laqabi, Economic Regulation Law, Ain M'lila, Dar Al-Hadi, 2021.
- Diarra Abdoulaye, Independent Administrative Authorities in Francophone African States Case of Mali, Senegal, and Benin, Dispo, 2000.
- Zouaïmia Rachid, Independent Administrative Authorities and Economic Regulation in Algeria, El Houma, Algiers, 2005.

3- Journals

- Aerab Ahmed, Independence of the Audiovisual Regulatory Authority: A Study of the Succession System of its Members, Critique Journal of Law and Political Sciences, Volume 16, Issue 4, 2021.
- Sihem Sadiq, Aspects of the Independence of Independent Administrative Authorities in Algeria, Algerian Journal of Law and Political Sciences, Institute of Legal and Administrative Sciences, Issue 4, 2014.

- Lakhdar Benatia, Fatima-Zohra Tishoush, The Limitations of Regulatory Authorities in the Field of Print Media, Journal of Legal and Political Studies, Volume 06, Issue 01, 2020.
- Zouaimia Rachid, The Repressive Functions of Independent Administrative Authorities Ruling on Economic Matters, IDARA, No. 28, 2004.
- Fatima Zahra Bouktah, The Independence of the Audiovisual Authority, Legal and Political Sciences Review, Volume 02, Issue 02, 2023.
- Elham Kharshi, The Authority of Audiovisual Regulation under Law 14-04 between Regulatory Requirements and Textual Limitations, Journal of Literature and Social Sciences, Volume 13, Issue 1, 2016.
- Abdelrahman Ben Jilali, The Degree of Independence of Media Regulation Authorities in Algeria, Legal Studies Journal, Volume 06, Issue 2, December 2019.

4- Scientific forums:

- Rachid Zouaimia, Tools of Economic Control: Powers of Independent Administrative Authorities, Proceedings of the Seventh National Meeting on Economic Regulation in Algeria Between Legislation and Practice, University of Saïda, 2013.
- Samiya Kassal, The Legitimacy of Independent Administrative Authorities, Proceedings of the National Forum on Independent Administrative Authorities in Algeria, Faculty of Law and Political Science, University of May 8, 1945, Guelma, 2012.

5- Thesis

- Dhehib Nadira, Independence of Independent Regulatory Authorities in Algerian Law, Master's Thesis, Faculty of Legal and Political Sciences, Mouloud Mammeri University, Tizi Ouzou, 2011.
- Mousawi Nabil, The Neutrality of Independent Administrative Authorities, PhD Thesis, Faculty of Legal and Political Sciences, Abderrahmane Mira University, Bejaia, 2019.
- Maziyan, Hicham, Regulation of Media Activity in Algerian Law, PhD thesis, Faculty of Law and Political Science, University of Abderrahmane Mira, Bejaia, 2021.
- Mohammed Jabri, Independent Administrative Authorities and Advisory Function, PhD thesis, Faculty of Law and Political Science, University of Algiers, 2014.
- Bouhadda Mohamed Saad, The Role of Economic Regulatory Authorities in Establishing Legal Rules, Doctoral Thesis in Public Law, Faculty of Law and Political Science, University of Ghardaia, 2019/2020.

The Consensus Approach is an Exception in Concluding Agreements for The Delegation of Public Utilities in Algerian Law

أسلوب التراضي كإستثناء لإبرام اتفاقيات تفويض المرافق العامة في القانون الجزائري

Rachid Chehba *

Faiza Yousefi

University of Abderrahmane Mira - Bejaia -

University of Abderrahmane Mira - Bejaia –

Research Laboratory on The Legality of the Legal rule. Algeria

Research Laboratory on The Legality of the Legal rule. Algeria

rachid.chehba@droit.univ-bejaia.dz

faiza.yousefi@droit.univ-bejaia.dz

The date of Submission: 2023-09-18

The date of acceptance: 2024-05-25

Abstract:

The delegated authority utilizes the mutualization procedure as an exceptional approach to finalize public utility delegation agreements. This method stands in contrast to the general contracting principle based on the competition demand method. It is employed for specific objective reasons and is subject to the provisions of Executive Decree No. 18-199, which governs public utility delegation. When selecting the delegate, the delegated authority either does so directly or through limited means, prioritizing speed and flexibility in contracting to serve objective considerations and meet public interest requirements. Nevertheless, they operate within the boundaries established by the Algerian legislator to prevent corruption and safeguard public funds when adopting this contracting method. To prevent any form of deviation or abuse that may arise during the preparation, conclusion, and implementation stages of the contract, the Algerian legislator has implemented various oversight mechanisms for public utility delegation agreements.

Keywords: The Mutualization Procedure, The Simple Agreement, The Agreement After Consultation, The Principle of Competition, The Prevention of Corruption.

الملخص:

تلجأ السلطة المفوضة إلى إجراء التراضي كطريق استثنائي لإبرام اتفاقيات تفويض المرافق العامة، خلافا للأصل العام في التعاقد والمتمثل في أسلوب الطلب على المنافسة، وذلك لأسباب موضوعية، وفي حالات محددة ضمن أحكام المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام. تختار السلطة المفوضة، المفوض له بطريقة مباشرة أو بإجراءات تنافسية محدودة بهدف السرعة والمرونة في التعاقد لاعتبارات موضوعية وتحقيقا لمقتضيات المصلحة العامة، ولكن في حدود الضوابط القانونية التي وضعها المشرع الجزائري عند اعتماد هذا الأسلوب من التعاقد، بهدف الوقاية من مظاهر الفساد، حفاظا على المال العام. أخضع المشرع الجزائري اتفاقيات تفويض المرافق العامة لعدة آليات رقابية بهدف الوقاية من كل أشكال الانحرافات والتجاوزات التي تتخلل مراحل إعداد وإبرام وتنفيذ العقد. الكلمات المفتاحية: إجراء التراضي، التراضي البسيط، التراضي بعد الاستشارة، مبدأ المنافسة، الوقاية من الفساد.

* Corresponding Author.

I- Introduction :

The Algerian legislator's adoption of the technique of delegating public utility services aims to modernize and improve their management, with a focus on achieving the public interest and ensuring quality services for users. This is achieved by attracting private sector funds through entrusting the delegated authority to a public or private legal entity responsible for managing the public utility in exchange for financial returns resulting from its operation¹. This approach is firmly established within the framework of Presidential Decree No. 15-247, which regulates public deals and public utility delegations. Its implementation is governed by Executive Decree No. 18-199, specifically designed for public utility delegation. The delegated authority predominantly relies on the method of requesting competition as the primary means of concluding public utility delegation agreements. This ensures adherence to integrity, competition, equality, and transparency in procedures, serving the requirements of the public interest. However, the legislator recognizes exceptional cases where the method of mutual consent is adopted, subject to specific controls and conditions justified by objective reasons to meet the needs of the general facility.

The delegated authority, which includes regional groups and associated administrative public institutions, selects the delegated entity, whether a public or private legal person under Algerian law, based on technical, professional, and financial qualifications. The mutual consent method is preferred over the competition approach due to its simplicity in procedures and time and effort efficiency. While employing the mutual consent technique in contracting, the Algerian legislator is attentive to ensuring compliance with legal controls to mitigate risks. This raises the question of the effectiveness of consensual provisions as an exceptional procedure for concluding delegation agreements in line with the public interest. This inquiry is addressed through an analytical examination of the legal provisions related to the consensual method as an exception to the conclusion of public utility delegation agreements, as enshrined in Executive Decree No. 18-199. The study explores its impact on administrative corruption, evaluating the status of the competition principle within the mutual consent procedure and its influence on manifestations of corruption. In summary, the Algerian legislator places significant importance on the mutual consent method in public utility delegation agreements, understanding its potential benefits and limitations. The study delves into the efficacy of this approach in achieving the public interest while safeguarding against administrative corruption.

1. The First Topic: Devoting the Method of Mutual Consent as an Exception to The Conclusion of The Public Utility Delegation Agreement

The delegated authority aims to harmonize the imperatives of the public interest with the principles of economic freedom through the execution of public utility delegation agreements². This endeavor seeks to enhance the quality of services provided to the public beneficiaries while concurrently promoting the advancement of the national economy. As specified in Article 2 of Executive Decree No. 18-199, the delegation of public service refers to the transfer of certain non-sovereign functions of public authorities to the designated delegate for a limited duration, with the overarching objective of serving the public interest.

¹ FRANCOIS Benchendikh, *l'essentiel de la délégation de service public*, lextenso editions, p19.
² — ZOUAMIA Rachid, *la délégation de service public au profit des personnes privées*, p 57.



The technique of delegating public utility to territorial collectivities operates under two modalities of conclusion: competitive bidding, representing the general norm, and mutual consent, which is applied in specific circumstances and justified by legally prescribed cases as an exception. The delegated authority resorts to the mutual consent method to conclude public utility delegation agreements, which embodies the freedom vested in the contracting authority. This method allows the delegated authority to directly select the delegate, particularly in situations where contracting with a private entity holding a monopolistic position is necessary¹. The formalities mandated in competitive bidding procedures are bypassed in such cases.

However, the mutual consent method is subject to legal restrictions and controls, exclusively governed by the provisions outlined in Executive Decree No. 18-199. Professor Ammar Boudiaf defines the consensual procedure as an exceptional method necessitated by objective reasons. It grants the administration the prerogative to choose the contracting party under specific circumstances as specified in the text, without the need for publicizing or informing others, making it an ancient contracting practice (2021). The consensual method is distinguished by its simplicity, sparing the delegated authority from adhering to the lengthy and intricate procedures associated with competitive bidding while enabling greater freedom in selecting contracting partners.

Referred to as both the method of direct agreement and the method of mutual consent, this approach allows the public administration more flexibility in choosing its contracting counterpart (Bouanaq 2021/2022). The conclusion of the authorization agreement for public utility occurs through mutual consent, following either the simple mutual consent method or mutual consent after consultation, as the first requirement. Additionally, the process is governed by the principles and rules prescribed in Decree No. 18-199, serving as the second requirement.

1.1 The First Requirement: The Forms of Mutual Consent in The Public Utility Delegation Agreements

The consensual contracting procedure stands apart from the competitive bidding method, as it grants the authority responsible for delegating the contract a degree of autonomy from procedural and formal regulations when selecting the delegate. This mutual consent approach takes two forms: the first is simple mutual consent, employed in legally specified situations (Part One), and the second is mutual consent after consultation, which is based on objective justifications and reasons (Part Two), as stipulated in Article 16 of Executive Decree No.18-199 (Lebad 2021).

1.1.1 The First Section: Simple Mutual Consent as a Manifestation of The Delegated Authority's Freedom to Conclude Delegation Agreements

Simple mutual consent represents an exceptional approach utilized by the delegated authority for concluding local public utility delegation agreements, aimed at fulfilling the requirements of the public interest. Unlike formal invitations to competition, this method dispenses with such procedures, but it adheres to legally defined conditions and is applicable exclusively to specific cases specified in the governing regulation. This method is also referred to as the direct agreement technique, recognized for its heightened flexibility, as it

¹ CHRISTOPHE Mondou, les conventions de délégation de service public, édition le moniteur, p 56

grants the public administration greater latitude in selecting the contracting party. Article 18 of Executive Decree No. 18-199 elucidates the process, stating that simple mutual consent entails the delegated authority selecting a qualified delegate capable of effectively managing a public utility. This necessitates an evaluation of the delegate's financial, professional, and technical competencies¹. Through an analysis of this article, it becomes evident that the Algerian legislator places a significant responsibility on the delegated authority to diligently verify the financial, professional, and technical capacities of the delegate when resorting to this type of contractual arrangement. This ensures both the proper implementation of the contract and the mitigation of potential obstacles hindering its successful execution.

1.1.2 The Second Section: Consent After Consultation as a Method of Contracting with Special Procedures:

The procedures involved in concluding public utility delegation agreements under the method of mutual consent significantly diverge from those employed in the competitive bidding method. Within the mutual consent approach, the delegated authority enjoys a degree of freedom in selecting the delegate, although this freedom is not absolute. It must adhere to several conditions and principles specified in Executive Decree No. 18-199. The Algerian legislator has demonstrated a keenness to impose legal restrictions on the authority responsible for granting the delegation, specifically concerning both types of mutual consent procedures. The legislator has delineated the cases in which the conclusion of a public utility delegation agreement by mutual consent after consultation is permitted (the first requirement), as well as the cases in which resorting to simple mutual consent to conclude public utility delegation agreements is permissible (the second requirement).

2. The Second Requirement: Cases of Resorting to Mutual Consent After Consultation

The Algerian legislator has bestowed upon the delegated authority the autonomy to engage in contracting through the mutual consent procedure after consultation, deemed an exceptional approach for concluding agreements that authorize public utilities. This method deviates from the convoluted formalities associated with the competitive bidding process, offering a more streamlined alternative. However, it is essential to recognize that the authority's freedom to select the delegate remains constrained, as this procedure is subject to meticulous legal oversight and conditions meticulously delineated in Article 19 of Executive Decree No. 18-199².

2.1 The First Case: when The Application for Competition is Declared Unfeasible for the Second Time

In accordance with Article 14, paragraph 2, of the aforementioned Executive Decree No. 18-199, it is stipulated that should the application for competition be deemed ineffective on two separate occasions, the delegated authority shall then opt for the mutual agreement procedure.”³

The Algerian legislator has elucidated the circumstances under which the application for competition is deemed futile, as outlined in Article 15 of Executive Decree No. 18-199. Such

¹ Refer to Article 18 of Executive Decree No. 18-199, mentioned earlier

² See Article 19/1 of Executive Decree No. 18-199, previous reference

³ See Article 14/2, *ibid*



instances include the absence of any received offers, the reception of only one offer, or the lack of conformity of any offer with the specified book of conditions.

However, in cases where the legal prerequisites for implementing the mutual agreement procedure after consultation are met, the delegated authority selects the delegate from among the qualified candidates who participated in the competitive bidding process.

It is essential to emphasize that when a solitary bid is received during the second attempt at requesting competition, and it aligns with the book of conditions, it is accepted, and the procedures are then initiated accordingly.

2.2 The Second Case: The Case of Delegated Public Utilities that are not Subject to the Competition Application Procedure

The delegated authority adopts the practice of concluding agreements to delegate public utilities to regional groups through a consensual process after consultation, which differs from the competitive bidding procedure. This approach is implemented while adhering to specific legal conditions, with a primary focus on verifying the qualifications of the authorized person. The pertinent information regarding this is detailed in Article 19, second paragraph, of Executive Decree No. 18-199, which states:

"...when the delegation pertains to certain public utilities necessitating the application for competition, these specific public utilities are determined through a joint decision involving the Minister of Finance and the Minister responsible for regional collectivities, authorizing them to manage the respective public utility"¹.

The delegated authority is bound by various procedures when engaging in the conclusion of a public utility delegation agreement using the mutual consent procedure after consultation. These procedures encompass the mandatory requirement to delegate the public utility to a legal entity subjected to Algerian law, possessing the capacity to assume responsibility. Furthermore, the selected entity must adhere to the principles of public utility while effectively meeting the diverse needs of the users.²

The delegated authority bears the responsibility of meticulously assessing the professional, financial, and technical competencies of the candidates through all appropriate means during the selection process³. The Bids Examination and Selection Committee extends invitations to a minimum of three (03) qualified candidates, urging them to submit their offers in accordance with the specified book of conditions.⁴

Moreover, any candidate who engaged in the process through mutual consent and consultation has the right to raise objections concerning the decision to grant temporary authorization. They are entitled to file an appeal with the Public Service Authorizations Committee within a reasonable deadline of 20 days, commencing from the date of publication.⁵

The reality is that the monopolistic nature of the service provider justifies the need for mutual consent. In such cases, where the contracting administration's requirements can only be fulfilled by a single monopolistic institution, it becomes pertinent to question the insistence on formal procedures and lengthy processes. Instead, why burden the contracting party with

¹ See Article 19/2 of Executive Decree No. 18-199, Previous reference

² See Article 22/1, *ibid*

³ See Article 22/2, *ibid*.

⁴ Article 37, *ibid*

⁵ Article 42, *ibid*



unnecessary delays when there is only one contractor possessing the essential technical capabilities and meeting the required service standards (**Boudiaf 2021**)

In Article 20, the first paragraph of Executive Decree No. 18-199, the case of a monopoly is addressed, providing clear justification for adopting the method of simple mutual consent, which states: "Simple mutual consent is applicable in situations where services can only be delegated to a single candidate holding a monopoly position..."¹

3. The Second Case: Urgent Cases

Dr. Ammar Boudiaf provides a compelling rationale for the sense of urgency in this context, stating: "...within the realm of contracting, the contracting parties may face urgent situations, where the need to swiftly establish a contractual bond is paramount to prevent the loss of their financial investments." (Boudiaf 2021). The Algerian legislator has outlined specific urgent cases that necessitate the activation of the simple mutual agreement procedure when entering into public utility delegation agreements. These provisions can be found in Executive Decree No. 18-199. The situations warranting such action include when the public utility delegation agreement is currently in effect, subject to a revocation procedure, or when ensuring the continuous operation of the public facility by the authorized party becomes impossible. Additionally, it applies when the delegate refuses to sign the relevant appendix, leading to the need for extending deadlines. Evidently, the Algerian legislator has shown a commitment to ensuring the uninterrupted provision of essential public services, thus safeguarding the interests of the public beneficiaries. When employing the procedure of simple mutual consent for concluding agreements that delegate public utility to regional collectivities, several procedural steps are involved:

4. Checking the capabilities of the delegate

According to Article 54 of Presidential Decree number 15-247, it is stipulated that the contracting party holds the responsibility to thoroughly verify the technical and professional capabilities of the candidates and contractors, as well as their financial standing, before proceeding to evaluate their technical proposals".²

5. Not calling for competition

In contrast to the overarching principle of promoting competition, which aims to enhance the selection of the most economically advantageous offers from candidates through negotiations, Article 54 of Presidential Decree number 15-247 places the emphasis on the contracting party's duty to ensure the technical and professional competencies of candidates and contractors before evaluating their technical proposals.³ In this context, the contracting interest has the authority to invite the contracting customer to submit an offer that offers economic advantages without being bound by specific formalities for the invitation. The invitation can take various forms, including direct communication with a customer with whom they have previously engaged or through a formal summons. The focus is on facilitating an open and flexible approach to ensure the consideration of economically advantageous offers from potential customers (Mursili and Lounis 2022).

¹ Article 20/1 of Executive Decree No. 18-199, previous reference.

² Subject 54, From Presidential Decree No. 15-247 regulating public procurements and public utility mandates, dated September 16th, 2015, Official Gazette No. 50, issued on September 20, 2015.

³ **Francois Bencheikh**, *essentiel de la délégation de service public*, extended editions, P64-



As per Article 39 of Executive Decree No. 18-199, “when a simple compromise method is applied, the Bid Selection and Selection Committee is responsible for inviting the selected candidate to submit their bid”.¹

Article 46 of Executive Decree No. 18-199 stipulates the following: "Any candidate who objects to the decision regarding the delegation of the public utility has the right to file an appeal with the Public Service Authorizations Committee. The appeal must be submitted within a period not exceeding ten (10) days from the date of the announcement of the cancellation decision".²

6. The Second Topic: Applying the Principle of Competition and Anti-Corruption Mechanisms in The Consensual Method

The principle of competition in the realm of concluding public utility delegation contracts is geared towards enhancing the overall quality and competence of the authorized personnel. By fostering competition, this principle allows for a broader pool of potential contractors, thereby expanding the management's options in selecting the most suitable contractor to carry out the delegated public utility services. Ultimately, this approach seeks to ensure the highest standards of performance and efficiency in the management of public utilities (OUENAS and Al-Fassi 2021).

Indeed, the principle of competition is crucial in preventing corruption and misuse of public funds in the context of public utility delegation contracts. The Algerian legislator recognized the potential risks associated with resorting to mutual consent and took measures to limit its application. By doing so, they aimed to mitigate the chances of corruption and implemented various legal mechanisms dedicated to safeguarding public funds from any detrimental impact caused by corrupt practices. Ensuring transparency, accountability, and fair competition in the contracting process is essential to uphold the integrity of public services and the responsible use of public money, which stands as a paramount concern (the second requirement).

6. 1 The First Requirement: Disrupting Competition when Concluding Consensual Delegation Agreements

The delegated authority utilizes the mutual agreement procedure to conclude public utility delegation agreements, driven by the need to serve the public interest and based on specific legally defined cases. This approach is adopted for its simplicity in procedures, speed, and flexibility, which ultimately leads to time and effort savings.

The process of mutual agreement occurs in two distinct parts. In Part One, the authorization agreement is directly and simply reached without formal competition. The contracting parties engage in direct negotiations to reach an agreement. In Part Two, the agreement is still based on mutual consent, but after consultation and through limited competition. The delegated authority selects the delegate from a particular category of candidates and follows special procedures to ensure a fair and informed decision.

By employing this dual approach, the delegated authority aims to efficiently and effectively manage public utility delegation while balancing the necessity of achieving public interest objectives with the advantages of streamlined contracting procedures.

¹ See Article 39 of Executive Decree No. 18-199, previous reference.

² See article 46, ref. Himself.



6.1.1 The First Subsection: The Absence of Competition in The Delegation Agreement in a Simple Consensual Manner

The delegated authority chooses to conclude public utility delegation contracts through a straightforward and consensual approach, deviating from the complexities and formalities involved in the competitive application method. This grants the Algerian delegated authority the flexibility to contract freely, allowing them to address the requirements of the public interest and tackle specific objective situations, such as cases of monopoly or urgent needs. However, it is crucial to emphasize that this is done while adhering to the legal controls specified in the provisions governing the delegation of public utilities.

Article 18 of Executive Decree No. 18-199 outlines the process known as "simple compromise." Under this procedure, the delegated authority selects a qualified delegate to manage a public utility after conducting thorough assessments of the candidate's financial, professional, and technical capabilities. This ensures that the selected delegate is competent and suitable for managing the designated public utility.”¹

Indeed, the Algerian legislator has set clear legal conditions to restrict the delegated authority when resorting to the procedure of simple mutual consent for concluding public utility delegation contracts. These restrictions aim to ensure the qualified capabilities of the delegate, thereby guaranteeing the uninterrupted provision of public utility services.

Article 22, second paragraph of Executive Decree No. 18-199 explicitly states that the delegated authority must thoroughly assess the professional, financial, and technical capabilities of the candidates through appropriate means while selecting them. This requirement is put in place to prevent any deviations or misuse of authority that may lead to financial losses and harm public funds.

By granting the delegated authority the flexibility to use the procedure of simple mutual consent when the competitive method fails or for objective reasons, the legislator strikes a balance between efficient contracting and safeguarding the public interest. The legal conditions serve as checks and balances, ensuring that the contracting process is carried out responsibly and transparently, while mitigating the risks of corruption and abuses that could potentially harm public finances.

6.1.2 The Second Section: The Limited Application of The Principle of Competition in The Delegation Agreement by Mutual Consent After Consultation

The method of mutual consent after consultation involves specific procedures, particularly the application of limited competition when concluding the authorization agreement. In this process, the delegate is selected from a particular category of candidates who possess the necessary technical, professional, and financial qualifications to execute the required services. The choice may be based on previous dealings with the candidates or due to their unique qualifications or monopoly over the service.

Article 17 of Executive Decree No. 18-199 provides the definition of "Consensus after consultation," wherein the delegated authority is required to select a delegate from a pool of at least three (03) qualified candidates. This ensures that a fair and informed decision is made, promoting transparency and accountability in the selection process.”²

¹ See Article 18 of Executive Decree No. 18-199, previous reference

² See Article 17, *ibid*.

You have keenly observed the key concern with the method of mutual consent after consultation. The specific category of candidates selected by the authority based on an advisory procedure may raise doubts about the extent of adherence to the principles of fair competition. It is essential for the delegated authority to demonstrate transparency and avoid any appearance of bias in the selection process.

To ensure a non-discriminatory evaluation, it is vital that the authority adopts clear and objective criteria for assessing the qualifications of candidates. Such criteria should be based on relevant qualifications, technical capabilities, financial stability, and professional expertise, ensuring an equitable assessment of all candidates. In contrast to the simple compromise method, the procedure of mutual consent after consultation involves multiple procedures and formalities. These may include the mandatory press release or announcement of the consultation. By publicly disclosing the process and making it known to all, the aim is to achieve a higher level of clarity and non-confidentiality. This approach promotes accountability and helps prevent any potential attempts to conceal information or manipulate the selection process. In summary, the procedure of mutual consent after consultation must adhere to non-discriminatory evaluation criteria and maintain transparency through proper disclosure of all relevant procedures and formalities. This approach will help ensure a fair and just selection process that upholds the principles of competition and minimizes doubts about the authority's adherence to the rules (Founas 2018).

According to Article 37 of Executive Decree No. 18-199, in cases where mutual consent after consultation is pursued, the Bids Selection Committee is mandated to extend invitations to a minimum of three (03) qualified candidates. These invited candidates are then requested to submit their offers in alignment with the guidelines outlined in the book of conditions. This requirement ensures that a fair and competitive process is maintained, promoting transparency and accountability throughout the selection process. By inviting multiple qualified candidates, the committee aims to evaluate various proposals thoroughly, enabling an objective assessment and selection of the most suitable candidate to undertake the delegated public utility service.”¹

Upon evaluating the candidates' offers, the Bids Selection Committee selects the delegate offering the most advantageous economic benefits. Subsequently, the committee announces the temporary grant of the delegation agreement, providing all candidates with the opportunity to review the decision. If any candidate deems it necessary, they can lodge their appeals before the competent authorities for further consideration. This meticulous process ensures transparency, accountability, and fairness, enabling all parties to express their views and seek resolution if required.

7. 2 The Second Requirement: Mechanisms for Preventing Corruption in Light of The Application of The Mutual Consent Method

The Algerian legislator has established several mechanisms and procedures for the prevention of corruption in the field of delegating public utilities, through the provisions of Law No. 06-01 related to the prevention and control of corruption, and the content of Presidential Decree 15-247 related to the organization of public transactions and public utility delegations, as well as the text of Executive Decree No. 18-199 related to the delegation of

¹ See Article 37 of Executive Decree No. 18-199, previous reference.



the public utility. Within these legal frameworks, administrative control has been activated over the delegated authority as a party to the contract, ensuring the strict observance of rules for concluding the delegation agreement when adopting the method of mutual consent as a mechanism for delegation (Part One). Conversely, the delegate has the right to exercise an appeal in the case of practices that are contrary to the rules for concluding the delegation agreement (second section). These measures showcase the Algerian legislator's unwavering dedication to combatting corruption, promoting transparency, and fostering accountability in public utility delegation, thus reinforcing trust and confidence in the delegation process.

7.2.1 The First Subsection: Administrative Oversight of Public Utility Delegation Agreements

The Algerian legislator has surrounded public utility delegation agreements with legal protection through several control mechanisms in order to preserve public funds from manifestations of corruption, especially when concluding the delegated authority for public utility delegation contracts in a consensual manner. This approach allows the delegated authority the freedom to contract without resorting to complex formal procedures adopted in the case of the method of demanding competition.

One of these protective mechanisms is the administrative oversight of the public utility delegation agreement, which effectively works to reduce the phenomenon of administrative corruption. This oversight function is considered an administrative duty and stands out as one of the most prominent mechanisms for safeguarding public funds. By incorporating administrative oversight into the process, the Algerian legislator showcases their commitment to promoting transparency and accountability in public utility delegation. This proactive approach demonstrates a dedicated effort to combat corruption and maintain the integrity of public service management (Chebab 2021).

Article 74 of Executive Decree No. 18-199 stipulates that public utility delegations undergo both pre- and post-control measures once the delegation agreement becomes effective. In addition to external oversight mandated by the applicable legislation, the delegated authority itself exercises oversight over the delegation of public utility. This comprehensive approach reinforces transparency and accountability, ensuring diligent management of public funds and services¹

The delegated authority establishes a committee known as the "committee for selecting and selecting bids." This committee receives and evaluates the candidates' files, thoroughly examining their bids, and ultimately recommends the candidate offering the most favorable economic benefits. In cases of a simple agreement, the delegated authority directly selects the delegate based on objective considerations deemed beneficial to the public interest. On the other hand, when an agreement is reached after consultation, the authority limits competition to a specific category of candidates. However, it is important to recognize that self-censorship exists in this oversight system. The delegated authority effectively monitors itself through these committees it sets up. While each committee has a designated role, it is evident that they maintain a level of subordination to the authority, which may impact the selection and evaluation processes. To enhance transparency and impartiality, it is advisable to include members representing neutral parties within the committees and invite contractors and

¹ See Article 74 of Executive Decree No. 18-199, previous reference



candidates to attend sessions at all stages. This approach fosters a fairer and more objective evaluation process, instilling confidence in the public utility delegation system¹

Regarding external oversight, the delegated authority creates the Public Service Authorizations Committee. This committee is responsible for approving the books of conditions, monitoring delegate selection procedures, endorsing draft annexes to delegation agreements, and granting visas to the concluded agreements. Additionally, it reviews appeals filed by rejected candidates and makes appropriate adjudications².

As per Article 213 of Presidential Decree No. 15-247, which pertains to the organization of public procurements and public utility delegations, the Minister in charge of Finance is vested with the authority to regulate and oversee these processes. Operating with independent management, this ministerial role encompasses the establishment of the public procurement observatory and the national authority for dispute resolution. These provisions empower the Minister to ensure efficient and transparent management of public procurements and utility delegations while also facilitating resolution mechanisms for any arising disputes.³

The authority overseeing deals and public utility mandates performs essential tasks, including developing a code of ethics for involved public agents and analyzing data related to public service. However, it lacks effectiveness in addressing contract violations as it lacks reporting, auditing, and investigative powers. Empowering the authority with these capabilities would enhance transparency and accountability in public utility delegations (Ben Djilali 2019).

In the same context, Dr. Rachid ZOUAIMIA highlights the significance of adhering to the applied texts of the reference document and the necessity of activating control mechanisms. Failure to do so may lead to the authorities being labeled as "imaginary control authorities." This situation is notably observed in three controlling authorities, namely the authority to control transport, the authority to control public transactions and service mandates, and the power to control the written press. Implementing the appropriate measures and ensuring active control functions are essential to avoid such perceptions and uphold the effectiveness of these controlling authorities (ZOUAIMIA 2021).

On the other hand, public agents are also required to sign a declaration stating the absence of any conflict of interest. This important procedure aims to eliminate suspicions of corruption concerning the agents and employees engaged in concluding public service mandate contracts, particularly in cases of mutual consent method, which grants the delegated authority greater contracting freedom.

Article 08 of the Prevention and Combating of Corruption Law stipulates the obligation of public officials to inform the presidential authority to which they are subject if any conflicts arise between their private interests and the public interest. This legal provision further reinforces transparency and accountability, promoting a higher level of integrity in public service management and contract conclusion processes⁴.

¹ See Articles 78 and 79, *ibid*.

² See Articles 82 and 83, *ibid*

³ Article 213, From Presidential Decree No. 15-247, previous reference

⁴ Article 8 of Law No06-01 related to preventing and combating corruption, dated February 20, 2006, Amended and supplemented by Order No. 10-05, of August 26, 2010, amended and supplemented by Law No. 11-15, dated 02 August 2011.



It is worth noting that Executive Decree No. 18-199, which concerns public utility delegations and is referenced in Presidential Decree No. 15-247 related to organizing public contracts and utility authorizations, does not provide any guidelines on cases of incompatibility in membership within the Public Service Authorizations Committee and the Bid Selection and Selection Committee. Such omissions, particularly when it involves studying the same file submitted by a candidate, can raise suspicions of corruption.

In contrast, Article 92 of Presidential Decree 15-247 addresses the issue of post-employment restrictions for the contracting interest. It explicitly states that the contracting interest cannot grant any form of public deal to its former employees who have ceased to perform their duties for a duration of four years, except in cases stipulated by applicable legislation and regulation. This provision aims to curb potential corrupt practices and maintain the integrity of public service management and contract allocation.¹

8. Section Two: The Right to Appeal in the Event of Practices Contrary to The Rules for Concluding the Authorization Agreement

The right to appeal is constitutionally recognized, as per the 2020 constitutional amendment in Article 168. It explicitly grants individuals the right to appeal administrative authority decisions, ensuring a fair and just recourse through the judiciary². "

Building upon the Algerian constitutional institution's commitment to ensuring this right, the Algerian legislator grants candidates the authority to appeal against decisions of temporary mandate granting. Candidates who participated in the competition or mutual consent after consultation have the right to file an appeal with the Public Service Authorizations Committee within 20 days from the decision announcement. The committee thoroughly reviews the appeal and issues its justified decision within 20 days of receiving it, notifying both the delegated authority and the appellant. This process reinforces transparency and accountability, safeguarding the integrity of public service delegation.³

Article 09 of the Law on "Prevention and Combating Corruption stipulates the right for each party to appeal in cases of non-compliance with the rules for concluding public procurements."⁴

Upon analyzing the article, it is evident that the Algerian legislator empowers candidates who protest against the violation of rules for concluding administrative contracts and public utility authorization contracts to seek recourse before the competent judiciary by filing an appeal.

Article 946, first paragraph of the Civil and Administrative Procedures Code, affirms this right, permitting individuals with an interest in concluding the contract or those affected by the procedural breach to notify the administrative court with a petition. This applies to both state representatives at the regional or local level when contracts are involved.

Should a lawsuit be filed, the Administrative Court possesses the authority to order the administration responsible for the breach to comply with applicable texts within a specified timeframe. Additionally, the court may impose a threatening fine applicable from the expiration date, and it may postpone contract signing until procedures are completed. This

¹ Article 92 of Presidential Decree No. 15-247 related to regulating public procurement and public utility delegations, previous reference.

² ⁴¹- See Article 168 of the Constitution issued by Presidential Decree No. 20-442 of December 30, 2020, approved in a referendum on November 1, 2020, Official Gazette No. 82, issued on December 30, 2020.

³ See Article 42 of Executive Decree No. 18-199, previous reference

⁴ Article 09 of Law No. 06-01, previous reference.



provision has been referred to as "a slap at the spoilers" by some researchers, indicating its significant impact in promoting adherence to regulations and deterring misconduct (Boudiaf 2021).

II- Conclusion:

Based on the preceding information, it can be inferred that the delegated authority employs the method of mutual consent to conclude public utility delegation agreements in situations where the competition application, the general rule, is ineffective or when certain objective criteria necessitate flexibility and expediency in contracting.

However, the Algerian legislator has placed restrictions on the delegated authority when opting for the mutual consent method to ensure the preservation of the public interest and safeguard against corruption, which may threaten public funds. This approach involves formalizing both Simple Mutual Consent and Mutual Consent after Consultation, with limited reliance on the principle of competition to mitigate potential manipulation of public money.

In light of these concerns, the Algerian legislator has carefully implemented various legal mechanisms to prevent corruption manifestations in public utility delegation agreements. This underscores their commitment to promoting transparency, accountability, and the responsible management of public funds.

Based on the previous findings, we strongly recommend reinforcing control mechanisms, particularly in the field, during the implementation of authorization agreements. Extending the duration of such mechanisms would aim to curb corruption that undermines the national economy. To address these concerns, the Algerian legislator should provide clearer and more precise procedural guidelines for the simple consensual approach to delegation agreements. Additionally, investing in the formation and training of staff involved in concluding public utility delegation agreements would enhance their technical, procedural, and practical expertise. Furthermore, adopting electronic transactions for communication, information exchange, and publicity would significantly save time and effort while promoting transparency and competition principles. By implementing these measures, the authorities can effectively combat corruption and ensure more efficient and accountable management of public utility delegations.

.Referrals and References:

1. Ammar, B. (2021). Explaining the Organization of Public Deals, Part One (Edition 06). DJOUSSOUR for Publishing and Distribution, Algeria, p. 56.
2. Ben Djilali, A. (2019). The Lack of Independence and Efficiency of the Authority to Regulate Public Procurements and Public Utility Mandates in Algeria - A Critical Reading of the Text of Article 213 of Presidential Decree 15 247 which includes the Regulation of Public Procurements and Public Utility Authorizations. The Researcher Journal for Legal and Political Studies, 04(02), p. 1101.
3. Bouanaq, S. (2021). General Facility Delegation in the Light of Deals General PhD Thesis, Specializing in Public Law. College of Law and Political Science, Jijel University, p. 199.
4. CHEBAB, H. (2021). Administrative Oversight of the Public Utility Delegation Agreement in the Light of Executive Decree 18-199. Journal of Legal Studies, 08(1), p. 684.
5. Founas, S. (2018). Delegation of Public Utility in Algerian Law (PhD Thesis, Faculty of Law and Political Sciences, University of Tizi Ouzou), p. 217.



6. Labad, N. (2011). Basic Administrative Law (2nd Edition). Dar Al Majd for Publishing and Distribution, p. 211.
7. Mursili, A., & Lounis, A. (2022). The Consensual Method in Concluding Public Deals Between the Necessity of the Public Interest and the Prevention and Combating of Corruption. Journal of Rights and Human Sciences, 15(03), p. 70.
8. OUENAS, I., & Al-Fassi, F. Z. (2021). The Principle of Competition in Concluding Public Utility Delegation Contracts in Algeria. Research Journal, 06(02), p. 142.
9. ZOUAIMIA, R. (2021). The Crisis of Independent Control Authorities in Algerian Law. Research Academy Legal Magazine, 12(03), p. 27.

Requirements for applying electronic voting in Algeria

متطلبات تطبيق التصويت الإلكتروني في الجزائر

Aouaidja Ouafia *

Abbes Laghrour University ; Khenchela

aouaidja.ouafia@univ-khenchela.dz

Member of the Legal, Political and Legal Research Informant

The date of Submission: 2024-03-12

The date of acceptance: 2024-05-25

Abstract:

In recent years, the world has witnessed growing interest in electronic voting as an alternative to traditional voting. This is due to several factors, including technological developments and digital transformation, and the desire of many countries, including Algeria, to improve the electoral process in terms of transparency, integrity and efficiency. This study seeks to capture the requirements and feasibility of applying electronic voting in elections in Algeria by addressing the concept of electronic voting, evaluating it and its various systems. It also examines the opportunities for its reflection in Algeria through mechanisms of reflection on the ground and builds on States' successful experiences in this area.

Keywords: technological development; Digital democracy; Electronic elections; Electronic voting; Traditional voting; Integrity of the electoral process.

الملخص

لقد شهد العالم في السنوات الأخيرة تزايد الاهتمام بالتصويت الإلكتروني كبديل عن التصويت التقليدي، ويرجع ذلك إلى عدة عوامل، منها التطورات التكنولوجية والتحول الرقمي، ورغبة العديد من الدول منها الجزائر في تحسين العملية الانتخابية من حيث الشفافية والنزاهة والكفاءة. حيث تسعى هذه الدراسة إلى الإحاطة بمتطلبات وإمكانية تطبيق التصويت الإلكتروني في الانتخابات في الجزائر من خلال التطرق لمفهوم التصويت الإلكتروني وتقييمه وأنظمتها المختلفة، كما تبحث فرص تجسيده في الجزائر من خلال آليات التجسيد على أرض الواقع؛ والاستفادة من تجارب الدول الناجحة في هذا المجال.

الكلمات المفتاحية: التطور التكنولوجي؛ الديمقراطية الرقمية؛ الانتخابات الإلكترونية؛ التصويت الإلكتروني؛ التصويت التقليدي؛ نزاهة العملية الانتخابية.

* Aouaidja Ouafia.

Introduction:

In recent years, elections have undergone a major digital transformation, with many States relying on electronic means to hold elections. This shift is due to many factors, including accelerated technological developments, and many States' desire to improve the electoral process in terms of integrity, transparency and efficiency. e-elections have become an option and a new mechanism for reflecting digital democracy, whose practice depends on electronic rather than traditional means.

Although digital democracy is one of the basic ideas of traditional democracy, the political system in which the people themselves are governed comes from the people's will. But they also seek to adapt to modern technological shifts, which make it possible for people to participate in politics more easily and effectively.

Digital democracy provides a variety of new mechanisms for political participation, such as electronic voting, which is one of the most prominent mechanisms of digital democracy. It allows voters to vote online without having to go to polling stations.

Until recently, voting had been dependent on traditional means, but with the rapid technological development of all spheres of life, there was an urgent need to shift to modern technological means in the exercise of that right, making it easier for citizens to fulfil their right from anywhere and at any time.

Electronic voting has thus become an urgent issue facing states' electoral administrations, which would facilitate the electoral process at all stages and represent a new pattern of voting, reflecting on the nature of the electoral system, the electoral process itself, and even democracy as an idea, practice and instrument.

Algeria, like other nations of the world, is moving towards the adoption of an electronic voting system in the electoral process in order to adapt the electoral system to modern developments and methods brought about by the information revolution under the so-called "By electronic management". However, this application is not done at once but in stages and after many requirements, whether legal, human, technical or other, that ensure the correct and holistic application of electronic voting, which contributes to the promotion of democracy, increased political participation, quality of the electoral process, and the achievement of more practices supportive of integrity and transparency. Consequently, the subject of electronic voting has received increasing attention in Algeria, where numerous studies and research have been carried out on its applicability. Algeria has also worked to provide the requirements for the application of electronic voting in order to achieve in the future the holding of Algeria's first electronic elections.

In order to elaborate on the subject of electronic voting in Algeria, we will try in this study to answer the following question: what are the requirements for applying electronic voting in Algeria as an alternative to traditional voting?

To answer this question, it was necessary to divide the study into two axes; In the first axis, we addressed the concept of electronic voting by defining it: its importance and its different patterns. Only the second axis examined the possibility of applying electronic voting in Algeria by presenting the most important requirements of applying it.

In order to respond to this problem and take note of the topic of the study, we have basically relied on the analytical descriptive approach by presenting and analysing information and explaining them to achieve results. We have also secondary reliance on the comparative approach by presenting some international models that have succeeded in applying electronic voting and comparing it with Algeria that seeks to apply electronic voting in order to benefit from these international experiences.

1. What is electronic voting:

Elections are one of the most important pillars of democracy, the mechanism by which people's representatives are selected and their will expressed. In recent years, the electoral process has witnessed significant technological developments, with electronic elections becoming an option in many States. Electronic elections have many advantages that make them a modern tool for improving the electoral process, and electronic voting is an important step in strengthening democracy, allowing citizens to exercise their right to vote regardless of material or geographical circumstances, through the use of information and communications technology. Through this axis we will try to address what electronic voting is by defining it; Its importance is by analysing the most important advantages and disadvantages of this system and, finally, by addressing the most important voting patterns.

1.1- Definition of electronic voting:

Technological and technical developments in various fields have changed many concepts and terminology with a view to modernizing public administration, which reflects the renewal of something and making it more modern and appropriate to modern technologies⁽¹⁾. Among these concepts is the concept of democracy, where so-called digital democracy has become practised by many means and mechanisms, most notably electronic voting. And despite the novelty of this term, it was known by many writers and scholars as well as on Eid from legal organizations; Therefore, some definitions of jurisprudence and law will be presented in this study as follows:

1.1.1-Definition of jurisprudence:

One of the most important definitions of electronic voting is the following:

It is "to proceed with the political right to elections and to choose candidates through the use of information technology instead of traditional methods ballot papers and boxes and hence to store results in its computer systems according to certain security and technical standards to achieve maximum transparency, accuracy and security ensuring the integrity of the electoral process electronically"⁽²⁾.

It is also defined as "the use of electronic techniques in the voting process in an environment subject to supervision, electronic screening and tabulation of results in part or in whole by electronic means"⁽³⁾.

¹ - Dictionary of French, Larousse, present edition, France, 2008, p 73. (Modernize: vt rejuvenate, make more modern, better adapted to the techniques presented.)

² - Omar Abdul Hafiz Ahmed Omar; Electronic voting as a guarantee of the integrity of the electoral process "a comparative study with reference to the situations of Egypt and Jordan"; Journal of the Jordanian University of Zaytouna for Legal Studies, vol. 2, No. 1 (2021); p 171.

³ - Belgamel Ali, Mazwagi Nabila; Electronic voting: concept and challenges; Journal of Legal and Social Sciences; Volume 8. Issue 3; p. 398; September 2023; Zayan Ashour Al-Jalafa University, Algeria

In another definition, "all electronic means that can be used to cast votes and tabulate votes, including all electronic means and systems that are used to complete the electoral process"⁽¹⁾.

The Network Knowledge Electric "ACEB defined it as:" The use of electronic means of voting in elections and public referendums. "

Through the introduction of jurisprudence definitions, it is clear that they share the type of means used in electronic voting that are modern technological means that allow the transition from traditional voting to electronic voting.

1.1.2- Legal definition:

Despite Algeria's trend of applying electronic voting and attempting to provide for its application requirements, there are no legal texts defining electronic voting. Unlike some other countries, including the United States of America, a detailed definition of electronic voting has been established in American law. "Help America Vote", 2002, approved to address voting problems that emerged in the 2000 presidential elections.

The law's definition of electronic voting includes:

- Identification of ballot papers; In addition, the law's definition of electronic voting also includes associated documents and practices, which include identifying the components of the device and the versions of these components; Testing the system during its manufacture; Maintenance; Record-keeping from system errors and defects; Identify special system changes.

The drafting of the American Electronic Voting Act aims to ensure the integrity and accuracy of the voting process and to protect voters' rights.⁽²⁾

By previous definitions, electronic voting can be defined as an electoral system based on the use of electronic devices as an alternative to the use of classical papers and means for election voting. This is in order to increase transparency, integrity and efficiency in the electoral process and increase the electoral turnout.

1.2- The importance of electronic voting:

The importance of electronic voting is demonstrated by the fact that it is part of the schemes of States' transition from traditional to e-governance, which ensures a shortening of time, effort and money, as well as many advantages that reflect the importance of electronic voting, the most important of which will be described below:

* Increased political participation:

Electronic voting is a voting system that provides easy access to voters, regardless of how well polling stations are designed and distributed. Voters can easily vote from home by logging into a website, selecting a few candidates and clicking the "Vote" button⁽³⁾.

Electronic voting also provides access to voting for all citizens, including those with special needs and illiterate citizens. Electronic voting devices are compatible with the needs

¹ -Haj Khidar Abbas and Soha Zaki Nur; Electronic voting system in parliamentary elections (Iraqi experience); The Journal of Investigator Al-Halli for Legal and Political Sciences Issue IV/7th p. 453.

² - Mohammed Misbah Muhammed Al-Naji Muhammad; The legal system for electronic elections is a comparative study; The House of Thought and Law for Publication and Distribution; 2018 edition; p. 216; Mansoura; Egypt

³ -Lamia Tala; Syber is a democracy and the development of political participation; Electronic voting is a model; Leading Journal of Political Studies; Vol. 3; Issue 01; Faculty of Information and Communication; p46; University. Algeria 3 ; .Algeria; 2021.

of persons with disabilities and provide means for the voter to access the candidate's image and data ⁽¹⁾.

Electronic voting is also an effective way to promote the political participation of residents abroad, ensuring that their voice is heard in the democratic process. They are allowed to vote from anywhere in the world. This is important because they are citizens with the right to political participation in their country, even if they live abroad. In particular, electronic voting promotes the political participation of overseas residents by providing more comfortable and easy options. Instead of having to travel to embassy or consulate headquarters, overseas residents can vote from their homes, workplaces or any other place where they have internet access. This is a particularly important feature for overseas residents living in remote areas or having difficulty travelling ⁽²⁾.

Enhancing transparency and integrity: Electronic voting can help enhance transparency and integrity in the electoral process by providing accurate and complete records of votes cast. Electronic voting can also help reduce election fraud, as electronic voting technology can contribute to the elimination of election fraud. Through electronic voting, the voter's identity can be verified securely and reliably, using imaging technology and metric bio data. This makes it impossible for a person other than the voter to cast a ballot in the elections, and therefore, impersonations are effectively prevented ⁽³⁾.

* Electronic voting can contribute to improving the efficiency of the electoral process and increasing confidence in it by reducing administrative errors in the electoral process and providing accurate and complete information on the election results in the form of an instant electronic report. This electronic report saves time and effort on electoral departments, and helps avoid errors that may occur during the counting of votes and the announcement of results, such as manual counting errors, data entry errors or results recording errors. ⁽⁴⁾

* It can save costs by reducing the number of polling stations, reducing the cost of printing and distributing ballot papers, and providing access to voters around the world. ⁽⁵⁾ Electronic voting can also help eliminate fraud and manipulation of traditional voting processes; Through the use of advanced security technologies, such as: data encryption; Digital signature; Identity verification. ⁽⁶⁾

* Electronic voting allows all electoral processes to be conducted very quickly, including voter registration, vote counting, and results announcement. This is because electronic voting is done electronically, reducing the time and effort needed to complete these processes. It also ensures the accuracy of election results, because the process of recording and counting votes is done electronically, reducing the likelihood of human errors. ⁽⁷⁾

¹- Hadj Khidar Abbas and Suha Zaki Nur; op.cit; p. 457

²- Mohammed Misbah Muhammad Al-Naji Mohammed; op.cit;P.225

³- Ibid; p.229

⁴- Khanafif Muhammad, Myizi Qawidar; Electronic voting as a proposed model for activating e-governance in Algeria, Journal of Management and Development for Research and Studies, University of Blida, 2 Blida, Algeria, Issue 13, 2018, p. 57.

⁵- International Foundation for Democracy and Elections; Introduction to electronic voting: substantive considerations; Policy Paper 2011; p. 8; Egypt; 2015

⁶- Mustafa Hussein Mohamed Abu Hindi; Legal aspects of electronic voting - comparative study -; Doctoral thesis in law; Faculty of Law; University of Assiout; Egypt; 2022 'p. 56

-Younis Shahim; Electronic voting in elections; Advantages and disadvantages; Journal of Bets; No. 56; p. 25; Centre for Humanitarian Studies and Research; 2021 'Morocco

⁷- Ibid; p. 25



But despite these advantages, electronic voting also faces some disadvantages, which can affect the integrity and accuracy of the electoral process. The main shortcomings include:

- * Weak security: Security is one of the most important challenges facing electronic voting, as the electronic system can be vulnerable to cyberattacks, which can lead to election fraud or change its results.

- * Mistrust: Some voters may feel distrust of electronic voting due to fear of possible fraud or errors in the electronic system.

- * There are many reasons for voters' distrust of electronic voting, such as:

Voters' lack of understanding of how the electronic system works; Fear of being hacked into the electronic system; and insufficient transparency in the electronic voting process.

- * Inequality: Electronic voting may lead to voter inequality; if the electronic system is not available to all voters, or if not all voters are able to use it; voters without computers or smartphones may not be able to vote electronically. Voters who cannot read or write may also have difficulty using the electronic system ⁽¹⁾.

1.3- Various regulations for electronic voting

There are many systems in place around the world for electronic voting. There is electronic voting using paper cards, a direct electronic voting system, an electronic remote voting system and another system based on integration between more than one electoral system. These systems will be detailed in the following elements.

1.3.1- Electronic voting using paper cards

Electronic voting system is done using paper cards by voting using perforated cards and scanning.

A. Vote using perforated cards

In the United States, many voters vote using perforated cards. In this way, the voter marks his or her preferred candidate by piercing the ballot at the designated place.

There are two main types of perforated cards used in the United States:

- Voto matic card: This card has numbers in holes designated places, which refers to the preferred filter. A list of candidates and guidance on how to place holes is printed in a standalone booklet.

- Data vote Card: This card contains the name of the filter in the perforated space.

Pierced cards were first used in the United States in the 1964 presidential primary in two Georgia counties. Although many US states are now replacing pierced card systems with more advanced systems, they are still used by a large proportion of voters in the states

United Nations. In the 1996 presidential election, 37.3% of voters in the United States used pierced cards.

Pierced cards ⁽²⁾ have several advantages, including:

- Ease of use: Voters can easily use them, without the need for special training.
- Cost: Pierced cards are less expensive than some other voting systems, such as electronic voting.
- Precision: Perforated cards can be easily and accurately sorted ¹.

¹- Ibid; p. 19

² - Ibid ;p. 19;

However, pierced cards also have some defects including:

- Possibility of forgery: Pierced cards can be subject to fraud, as voters can puncture more than one hole in the candidate's designated place.
- No re-voting: If the voter puts a wrong hole, he/she cannot re-vote without corrupting the card.
- Need for sorting machines: Perforated cards require the use of sorting machines, which can be expensive.⁽²⁾

b- Scanning systems

Automated voting systems, which use scanners to convert data on ballots into computer-readable data. There are four main types of scanning techniques used in automated voting systems:

- Optical reading of marks: This technique is used to read certain marks on ballots, such as rectangles, circles or arrows.
- Optical identification of letters: This technique is used to convert printed or handwritten text into computer-readable data.
- Intelligent letter differentiation: This technique uses artificial intelligence techniques to improve the accuracy of optical character recognition.
- Image technology: This technology is used to convert images into computer-readable data.

Automated readable voting systems are used in a variety of applications including:

- Ballot counting: These systems can be used to count ballots quickly and accurately.
- Identity verification: These systems can be used to verify identity using facial images or fingerprints.
- Data collection: These systems can be used to collect data from models and other documents.⁽³⁾

1.3.2- Direct electronic voting system:

A-Touch Screen System

In the touch screen system, the voter inserts his own ID number on the device screen. Then the images or codes of the candidates appear on the screen. The voter touches the image or symbol of the candidate he wishes to choose, to be automatically recorded in the memory of the device. This selection is stored unchanged until the vote counting process begins, counts and announces results.

B- Digital Pen System

In the digital pen system, the voter marks a special type paper using an electronic pen. The electronic pen recognizes the letters at the head of the pen, and records them simultaneously on paper. This paper contains blueprints of microscopic dots that allow the

¹ - Amani Omar Hilmi; Legal challenges to electronic voting techniques and their impact on the effectiveness of political elections - comparative study - Journal of Legal and Economic Sciences MJ 63; Number 2; p. 8; Faculty of Law; Ain Shams University; Egypt 2021

² - Amani Omar Hilmi; Legal challenges to electronic voting techniques and their impact on the effectiveness of political elections - comparative study - Journal of Legal and Economic Sciences MJ 63; Number 2; p. 8; Faculty of Law; Ain Shams University; Egypt 2021

³ - Elections and technology; Website <https://aceproject.org :Elections and Technology dated 27-12-2023 at 14:00>

pen to recognize to the mark position. The data stored inside the pen is then uploaded to a computer and turned into text using special programs. ⁽¹⁾

Third: Electronic remote voting system

C-Online Voting

Online voting is the process of voters casting their electoral ballot in an electronic manner, where a voter inserts their own identification number on an election website. The voter's voice is then sent to election officials online in a confidential and secure manner.

Online voting is done through the creation of a communication portal between the elections' information infrastructure and the Internet. This portal is usually a website that is powerful, dynamic and specially designed to facilitate electronic voting. The portal is linked through secure and highly efficient communication lines with computers, databases and information systems in the elections' information architecture. ⁽²⁾

D-Telephone voting

A telephone voting system is a system that allows voters to express their vote in elections by telephone. The system typically includes a special telephone number that voters can call to provide their votes. After calling the number, the voter is asked to enter his/her own identification number or other information to identify him/her. The voter is then required to choose the candidate he or she wishes to elect. The voter's voice is then recorded and stored in a database. ⁽³⁾

E-Email Voting

It is a system that allows voters to express their vote in elections by email. The system usually involves sending an email to the voter with a link to the voting form. Voters can then vote by clicking on the link and entering their choices. The voter's voice is then recorded; voters can vote from wherever they have Internet access. This makes voting more convenient for people who have difficulty accessing traditional polling stations. Voters with disabilities also help email voting and reduce election-related costs. Reducing the need for polling stations can save money on staff and facilities. ⁽⁴⁾

1.3.4- Integration between more than one electoral system:

Some States have used electronic systems as a partial or complete alternative to traditional systems in conducting elections, and many have relied on more than one electronic system at the same time to complete their electoral processes. (Where the voter determines his choice via a voting device (generally a touchscreen), he prints a paper connection that must be copied with scanner in another device, for example in Belgium) ⁽⁵⁾.

¹- El mistari Muhammad Amin * Abar Omar; Electronic voting and opportunities applied in Algeria .16-Algerian and Comparative Public Law Journal; VIII, No. 02 ˆ .p. 343; Faculty of Law; Aljlali lyabess University; Sidi Belabas; 2022

²-Mohammed Misbah Muhammad al-Naji.; op.cit ; P.246

³- Mustafa Hussein Mohamed Abu Hindi; op.cit ; P77

⁴-Abdelaali Habal; Electronic voting as international experiences; Algerian Journal of Security and Development; Vol. 8; No. 15; 82; Hadj Lakhdar Batna University; 2019
<https://www.researchgate.net/publication/322095598>

⁵-Saddam al-Mohammadi; Electronic voting and safeguarding the electoral process; A legal study to develop Iraq's experience; On 29-12-2023 at 10:00

See also:

-Ramdani Missika; Electronic voting towards a new path to political participation under digital technology; Research Journal of Academic Studies; Volume 10; Number 02; p. 151; Faculty of Law; Hadj Lakhdar University; Batna; 2023

Through the presentation of electronic voting systems, some countries have developed the application of electronic voting through various media and communication technologies, which vary according to the state's capacity and available capabilities. Algeria, like various countries, seeks to apply electronic voting and may rely on the remote voting system and the Internet.

2- Requirements for applying electronic voting in Algeria

Electronic voting cannot be applied at once, it needs to provide many requirements, the most important of which are: Legal, human and technical requirements, which the various bodies are working to provide in order to ensure the application of electronic voting and take advantage of its advantages, especially in saving effort, money and shortening time in the electoral process. The following elements will provide details on these requirements.

2.1- Legal requirements for the application of electronic voting in Algeria

For the proper application of electronic voting, a legal framework must be provided to regulate this process. It must also modernize the legal regulations already in force and adapt them to developments in order to create an integrated legal system to adapt modern voting techniques.

2.1.1- Legal framework and basis:

Various States have adapted their legal system to various developments in the field of information and communication technology. Algeria has reviewed some of the legal texts that prevailed prior to the application of e-governance; it has also introduced regulations governing Internet and electronic communications services. As this study focuses on electronic voting, the following elements will define the legal framework and basis for electronic voting:

A-At the level of the Constitution

There is no constitutional provision requiring or prohibiting the use of electronic voting in any State. However, many constitutions contain fundamental principles of the voting process, such as public, confidentiality, equality and freedom to vote. Accordingly, the use of electronic voting is not incompatible with the Constitution as long as it guarantees these principles.

Article 56 of the Algerian Constitution of 1996, as amended in 2020, states: "Every citizen who meets the legal requirements shall have the right to elect and elect"⁽¹⁾

Under article 56 of the Algerian Constitution, the right to vote is guaranteed by the Algerian Constitution and is enjoyed by every citizen of the Algerian Constitution who meets the legal requirements. This right is very important. It gives the citizen the opportunity to influence the political process and identify the person who will represent him and work for his interests.

A citizen is able to choose a representative in power that reflects the principle of democracy and popular governance in the Algerian Constitution.

B-At the legislative level

Electronic voting is required to have a precise legal framework, guaranteeing its freedom and effectiveness, while at the same time imposing strict legal controls to achieve the objectives for which it is established. This requires an integrated legislative system, both

¹ -Presidential Order 20/442 dated December 30, 2020, concerning the promulgation of the Constitutional Amendment, ratified in the first November 2020 referendum, J.J.J.D.S. No. 82, issued on December 30, 2020

flexible and protective, suited to the nature of electronic voting to preserve the characteristics of the legal rule.

Electronic voting can be regulated by amending existing electoral legislation, or by enacting independent electoral legislation. The choice of the most appropriate approach depends on several factors, such as the prevalence of electronic voting in the State.

International experiences in the field of electronic voting vary from State to State; some have passed separate legislation to regulate electronic voting while others have resorted to amending existing electoral laws to add legal texts regulating electronic voting.⁽¹⁾

C- Electronic voting at the level of national legislation:

For Algeria, no legislative text has been issued regulating electronic voting and defining its mechanisms. Although there is no explicit provision regulating electronic voting, there are two mechanisms to reflect the electronic voting project; namely, the Independent National Electoral Authority, the Personal Data Protection Act, the Informatics and Technology Acts and the Law on the Prevention and Control of Crimes Related to Information and Communication Technology.

- Independent National Electoral Authority

The Independent Authority is one of the most important mechanisms introduced in 2019 to reflect the electronic voting project, an independent body for the organization and supervision of elections after the executive authority represented in the Ministry of Interior controlled the organization of elections. Among the tasks and projects that this body seeks to embody on the ground is the task of embodying the electronic voting project on the ground ⁽²⁾

02-Act No. 09/04 on the prevention and control of crimes related to information and communication technologies

This Act provides, through its rules, mechanisms to ensure cybersecurity by combating offences against automatic data processing systems ⁽³⁾.

This Law has been generally provided without specifying which electronic work is protected through providing electronic security. This Law guarantees the protection of ⁽⁴⁾ (electronic administration in general from cybercrime and thus concludes that it also guarantees electronic voting security as a mechanism for the application of electronic administration which is one of the necessary components for the creation of an online government (MARAI & Herbet, 2004).

D-Electronic voting at the level of comparative legislation

There are many international models that have succeeded in applying electronic voting, which Algeria can benefit from in the future; the most important of which are: the United States of America, Switzerland and the United Arab Emirates.

-United States of America

The experience of the United States of America in the field of electronic voting is significant, where several legislations regulating this process has been passed. Perhaps the

¹ -El Mastari Mohamed Amin * Abar Omar; op.cit; p. 348

² -Mohammed Misbah Muhammad Al-Naji Mohamed The legal system for electronic elections is a comparative study; Previous reference pp. 222-257

³ -Act No. 09/04 of 2009/08/05, containing the Special Rules for the Prevention and Control of Crimes Related to Information and Communication Technology, JR No. 47 of 2009/08/16

⁴ -Bertrand DU MARAI and Herbert MAISL discuss e-government and diversity in issue 110 of the Revue française d'administration publique p212

most prominent legislation is the Electronic Government Act and the Act to Assist America's Voting and Exporters. The passage of these laws followed several cases of fraud in the 2000 United States elections, which led to a recount in Florida.

These laws have had a significant impact on stimulating the use of electronic voting, enabling persons with special needs, travellers and soldiers outside the country to vote by email. As a result, 33 of the 50 states of the United States have become authorized to use the system.

The legal framework for electronic voting in the United States of America therefore consists of two main laws

- E-Government Act: This Act aims to facilitate the use of technology in the US government, including the voting process.
- America's Voting Assistance and Issuers Act: This Act aims to help American citizens vote, including those living abroad or people with disabilities.
- Two main types of electronic voting systems have also been used in the United States of America:
 - E-voting by email: This system allows voters to vote from anywhere in the world, provided they have a computer connected to the Internet.
 - Electronic voting at polling stations: This system allows voters to vote on designated computers at polling stations.⁽¹⁾

-Switzerland:

The Swiss city of Geneva is the first constituency in the world to use the electronic voting system widely. Starting in 2003, Geneva citizens had the option to cast their ballots online. Its citizens are required to vote more frequently, up to 6 times a year, instead of once every two years or more. This is because of the existence of a "direct democracy" system in which any parliamentary elections may be subject to ratification or rejection by citizens.

As a result, Geneva's electoral bodies are under more pressure than their counterparts elsewhere to make the voting process as simple and easy as possible.

In response to these pressures, election officials in Geneva in 1981 implemented a voting-by-mail remote voting system, which quickly became the most popular voting method, thanks to a 41% increase in voting turnout.

The acceptance of the power to vote by mail has somewhat "relaxed" the criteria in terms of the security and public acceptance issues faced by other forms of remote voting; no new system will need to achieve the same level of security and acceptance as voting by mail.

For example, registered voters in Geneva already receive mail-in voting cards containing information that allows them to cast their ballots through return mail. Electronic voting is seen as simply an extension of this well-established service; the system's designers have therefore put in place no technical security measures whatsoever to address potential dilemmas such as the purchase of votes or forced voting, and have merely relied on sociocultural norms and legal mechanisms to protect against this possibility.⁽²⁾

-UAE

¹ -Al-Borj Mohammed; Electronic voting; Journal of Law and Political Science; 23; 2015p. 68; Ben Zian Ashour University; eldjalfa; 2015

² - Abdelaali Habal; op.cit ; 88;

The United Arab Emirates was keen to achieve excellence and leadership in the elections to the Federal National Council to follow the best modern technological systems, to achieve greater accuracy, integrity and transparency, as well as to facilitate procedures for voters and candidates to carry out a successful election process according to the highest standards.

The previous four electoral cycles (2006, 2011, 2015, 2019) were characterized by continuous development, with each election cycle marked by a number of features, and witnessed a significant development in voting systems and the use of modern technologies and innovative ideas, up to the latest systems used in voting, namely "remote voting" in the 2023 FNC elections.

Electronic Voting

- In the 2006 elections, the electronic voting system was adopted instead of the traditional polling system.
- In the 2011 elections, the electronic voting system was applied in 13 electoral centres nationwide.
- In the 2015 elections, the early voting mechanism was adopted in the elections for the first time.
- In the 2019 elections, the voting system was adopted from outside the state for the second time, increasing the number of polling places to 39.

Remote voting

- In the 2023 elections, the remote voting system was adopted for the first time, a smart voting system that allows a voter to cast a vote from wherever they are both inside and outside the state.
- The hybrid voting system, a hybrid voting system that combines the remote voting system and the electronic voting system has also been introduced in election centres spread across the country's emirates.

Electronic candidate registration system

- In the 2023 elections, for the first time, an "e-registration system" was introduced.

The elections to the Federal National Council of the United Arab Emirates reflect the continuous development of the electoral process in the country. The National Electoral Commission seeks to achieve excellence and leadership in this field and provide the best modern technological systems to facilitate the procedures of the electoral process and ensure its integrity and transparency.⁽¹⁾

¹ - Voting systems in the elections to the Federal National Council.. Facilitating procedures and continuous updates according to the latest technological solutions. ' Website

<https://uaenec.ae/ar/media-center/news/6/10/2023>

2.2- electronic voting requirements

2.2.1- Human requirements

- The need for the availability and development of ICT infrastructure, which is important for the implementation of electronic voting techniques and makes it easy to apply to them: The ICT infrastructure is not simply composed of telecommunications equipment and computers, but electronic readiness and overcoming illiteracy are also necessary so that the benefits of electronic voting can be used and seen. Therefore, the desire for education and freedom of access to information is essential to the effectiveness and acceptance by citizens of the use of electronic voting techniques ⁽¹⁾ and is done equally among citizens. The inability to provide services over the line to all individuals can hinder the application of the e-administration project ⁽²⁾.

E-culture dissemination is one of the most important challenges facing countries in the digital age. With the proliferation and use of modern technology in various areas, it has become essential that individuals and communities have the capacity to use this technology efficiently and effectively.

To disseminate e-culture, awareness must be raised through providing resources for improving the status of legal regulation. This can take place when a range of means and measures are applied including:

- Training individuals in the use of modern technology and sensitizing them on privacy and confidentiality issues to enhance confidence in electronic documents.
- Attention must be paid to e-learning at all stages like providing students with the knowledge and skills needed to use technology. Media awareness-raising campaigns to disseminate e-culture among individuals in order to change the perception of electronic documents.
- International ICT organizations can be collaborated to share experiences and knowledge to enhance e-culture dissemination efforts.

The dissemination of e-culture is one of the most important steps to be taken to promote development in the digital age. In order to achieve this goal, challenges to the dissemination of e-culture must be overcome through a range of appropriate means and measures ⁽³⁾.

- **The importance of providing human resources for electronic voting**

The provision of qualified human resources is one of the most important factors ensuring the success of electronic voting. States wishing to apply electronic voting must therefore ensure that the necessary training programmes are provided to those working in this field and that the necessary material and human resources are provided for the implementation of these programmes.

¹ -Noredine Bitat; Nabil Krypsch; Electronic voting techniques are a tool for improving the electoral process; Algerian Journal of Security and Development; Vol. 10; No. 18; p. 420; Faculty of Law; University of Batna; Algeria; 2021

² -Lau Edwin: Key issues of e-government in OECD Member countries, Revue française d'administration publique, l'administration électronique, école nationale d'administration, paris, France , numéro 110 , 2004 , p227

³ -Al-Kodwa Mahmood: E-Government, I, 3 Osama Publishing and Distribution House, Amman, Jordan, 2010 , p. 287

See also*

Alaa Mehiddin, Mustafa Abu Ahmed: E-Administrative Decision, E-Transaction Conference (E-Commerce, E-Government), Faculty of Economics, Trade and Management Sciences, Emirates Center for Strategic Studies and Research, United Arab Emirates, 19/20/2009

The following are the most important requirements for providing human resources for electronic voting:

- All workers must be trained in electronic voting systems, including voters, election officials and staff who will oversee the electoral process. Training includes learning how to use electronic voting systems, knowing electoral laws and regulations, and knowing how to deal with any emergencies that may occur during the electoral process.
- E-voting professionals must be highly efficient in using, controlling and optimizing technology. Through scientific and training qualifications in ICT.
- Electronic voting workers must be prepared to deal with any emergencies that may occur during the electoral process, such as the disruption of the electronic system or the occurrence of a cyberattack.
- Develop specialized training programmes in the field of electronic voting, so as to meet the different needs of workers in this field.
- Provide the material and human resources necessary for the training of electronic voting personnel, such as the provision of computers, networks and training centres.
- Encourage innovation and creativity in electronic voting by developing more user-friendly and efficient voting systems ⁽¹⁾. Hence, Algeria has a broad base of qualified personnel to operate and maintain electronic voting systems. The Algerian Government also has the capacity to train more staff in this area.

In addition, there are many Algerian universities that offer educational programmes in the field of information technology, which can contribute to the preparation of the human cadres needed to apply electronic voting.

Social awareness.

2.2.2-Technical requirements for electronic voting

The technical standard is one of the most important factors affecting the success of the electronic voting process. This standard must reflect the democratic values of elections and address all concerns related to electronic voting including:

- Trust in electronic systems:

Confidence in electronic systems used in the electoral process can be achieved through the ability to address gaps that can arise anywhere in the electronic electoral process, be they gaps in systems or voting methods. Security gaps are inevitable, but can be overcome through the formation of a team trained in the latest technologies and continues throughout the election period. Besides, this trust can contribute to fending off any penetration or addressing any loophole that can infect the system. Initial operations and continuous experimentation of the software and devices used must also be carried out. ⁽²⁾

- Replacing the traditional voter's card with an electronic card:

The trend towards electronic elections in Algeria requires that the traditional voter's card be replaced by an electronic card. It contains an electronic chip, containing all information relating to the voter, such as his or her national number, date of birth, place of residence, etc.

¹ -Belghamel Ali, mezawri nabila; op.cit ; p. 399

² - Omar Abdul Hafiz Ahmed Omar; op.cit ; p. 173

They allow the voting process to be conducted more quickly, easily and safely. It contributes to ensuring the integrity of the electoral process, preventing fraud and fraud. ⁽¹⁾

We can say that Algeria has good potential in terms of technological infrastructure. Internet networks are scattered across the country, and electronic devices are becoming commonly used. The Algerian Government also has IT expertise.

In addition, there are many Algerian companies working in the field of information technology, which can contribute to the development of local electronic voting systems.

- Increased information and awareness campaigns to deal with modern technical means

Time is a critical factor in the application of electronic voting, as electronic voting cannot be applied overnight, and this requires tight planning and execution. The system also needs much longer community acceptance than it takes for technical application alone.

Many electoral cycles are usually required without major technical problems or political controversy, with reliable results and long-term civic awareness campaigns, so that citizens and stakeholders can deposit their full confidence in electronic voting, based on their own experiences and knowledge.

Therefore, the optimal approach to the application of electronic voting is to initiate information and awareness campaigns on voting systems to be applied some time before the start of technical application, with the possibility of formulating the system's technical requirements based on the response of the social context and its concerns. ⁽²⁾

2.2.3-Security requirements for electronic voting systems

The security dilemma is one of the most significant challenges to the widespread application of electronic voting systems in the world's countries and in Algeria in particular. These systems are exposed to potential risks of piracy and sabotage, which can lead to election fraud or change of results, so one of the most important requirements of applying electronic voting is the provision of security requirements, which is done through:

- Providing security against cybersecurity hacking: hackers can hack the electronic system and change or delete election results entirely.
- Preventing manipulation of electoral data: hackers can modify, delete or add electoral data, which can alter election results.
- Integrity of the approved electronic system: The approved electronic system must be secure and reliable, and must have robust security procedures to protect electoral data.
- Operator authentication and certification: The operator's identity must be verified and certified before being allowed access to the electronic system.
- Integrity and reliability of electoral data: Electoral data must be protected from manipulation or deletion, and must be reliable and verifiable.

¹ -Ben yaza Younis; seghiri wahiba; The contribution of the digital environment in support of participatory democracy as a model of teleconference, Journal of Social and Ecological Sciences, University of Batna, 01; Algeria, vol. 20, No. 12019

² -International Foundation for Democracy and Elections; op.cit.; p. 20

- Providing protection systems: Electronic system protection systems must provide against cyber-attacks⁽¹⁾.

In Algeria, the draft electronic vote is still at the beginning of its incarnation and is effectively applied only by providing various means and requirements, especially legal ones. Algeria lacks a legal system for electronic voting, which is the rule of application of this system; Algeria was endeavoring to develop its technical system and human resources to keep pace with developments in the field of information and communication technology with a view to achieving in the near future the application of electronic elections.

Conclusion:

- Electronic voting is the process of voting by using modern technology means, such as a computer or smartphone. It is defined as the exercise of citizens' political right to vote by direct secret universal suffrage, whereby voters can vote from anywhere in the world and at any time of the day.

- Electronic voting can help increase citizens' participation in elections, especially for young people, women and those with special needs. Voters can vote from anywhere in the world, and at any time of the day. Also, the chances of fraud and fraud can be reduced.

- Algeria has good potential to apply electronic voting, but it is necessary to address the challenges that may face the application before it is widely adopted.

- There is a growing awareness of electronic voting in Algeria. Many studies and researches are taking place in this area, and voters' interest in electronic voting is increasing.

Based on the foregoing, the following practical recommendations can be made for the successful application of electronic voting in Algeria:

- The need to give the National Electoral Authority considerable flexibility in adopting state-of-the-art technologies and working jointly with various actors, State institutions and technical experts to establish an electronic voting body; Oversee the correct and safe application of electronic voting, develop its systems according to safe and reliable standards, and conduct awareness campaigns for voters about electronic voting.

- A legal framework for electronic voting must be established according to clear legislative criteria to ensure that the electoral process is fair and transparent and without manipulation of results. Any attempt at forgery or hacking must be punished.

- For the successful application of electronic voting, it should be applied in phases in accordance with a specific national plan.

- The need for pilot studies to test the efficiency of electronic voting systems and their acceptance by voters.

- Algeria can benefit from international expertise and enhance cooperation with States that have successfully adopted this system in order to achieve technological development in the electoral process, with the need to provide funding for the application of electronic voting.

¹ -Abdelaaziz Abdullah Rashid Al-maawda ' ; Electronic voting - between reality and hope; Legal; Number 12; p.

64; <https://www.lloc.gov.bh/QTopics/Q12T01.PDF>

List of references:

1- Books:

- 1-Al-Kodwa Mahmood: E-Government, Edition 3 ;Osama Publishing and Distribution House, Amman, Jordan, 2010 .
- 2-Bertrand DU MARAI and Herbert MAISL discuss e-government and diversity in issue 110 of the Revue française d'administration publique.
- 3- Dictionary of French, Larousse, present edition, France, 2008.
- 4- International Foundation for Democracy and Elections; Introduction to electronic voting: substantive considerations; Policy Paper 2011; Egypt; 2015.
- 5- Lau Edwin: Key issues of e-government in OECD Member countries, Revue française d'administration publique, l'administration électronique, école nationale d'administration, paris, France , numéro 110 , 2004 .
- 6-Mohammed Misbah Muhammad Al-Naji Muhammad; The legal system for electronic elections is a comparative study; The House of Thought and Law for Publication and Distribution; 2018 edition; Mansoura; Egypt.

2- Journals:

- 1- Abdelaali Habal; Electronic voting as international experiences; Algerian Journal of Security and Development; Vol. 8; No. 15; 82; Hadj Lakhdar Batna University; 2019
- 2- Abdulaziz Abdullah Rashid Al-maawda ' ; Electronic voting - between reality and hope; Legal; Number 12.
- 3- Al-Borj Mohammed; Electronic voting; Journal of Law and Political Science; 23; 2015. Ben Zian Ashour University; 2015.
- 4- Amani Omar hilmi; Legal challenges to electronic voting techniques and their impact on the effectiveness of political elections - comparative study - Journal of Legal and Economic Sciences MJ 63; Number 2; Faculty of Law; Ain Shams University; Egypt 2021.
- 5- Belghamel Ali, Mazwaghi Nabila; Electronic voting: concept and challenges; Journal of Legal and Social Sciences; Volume VIII. Issue III; September 2023; Zayan ben Ashour Al-Jalfa University, Algeria.
- 6- Ben Yaza Younis; seghiri wahiba; The contribution of the digital environment in support of participatory democracy as a model of teleconference, Journal of Social and Ecological Sciences, University of Batna, 01; Algeria, vol. 20, No. 12019.
- 7- El mistari Muhammad Amin * Abar Omar; Electronic voting and opportunities applied in Algeria .16- Algerian and Comparative Public Law Journal; VIII, No. 02 ' .Faculty of Law; Aljilali University of Land; Sidi Belabas; 2022.
- 8- Haj Khidar Abbas and Soha Zaki Nur; Electronic voting system in parliamentary elections (Iraqi experience); The Journal of Investigator Al-Halli for Legal and Political Sciences Issue IV/7th .
- 9- Khanafif Muhammad, Myizi Qawidar; Electronic voting as a proposed model for activating e-governance in Algeria, Journal of Management and Development for Research and Studies, University of Blida, 2Blida, Algeria, Issue 13, 2018.
- 10- lamia tala; Syber is a democracy and the development of political participation; Electronic voting is a model; Leading Journal of Political Studies; Vol. 3; Issue 01; Faculty of Information and Communication; University. Algeria 3. ' Algeria; 2021.

11- Noredine Bitat; Nabil Krypsch; Electronic voting techniques are a tool for improving the electoral process; Algerian Journal of Security and Development; Vol. 10; No. 18;; Faculty of Law; University of Batna; Algeria; 2021.

12-Omar Abdel Hafiz Ahmed Omar; Electronic voting as a guarantee of the integrity of the electoral process "a comparative study with reference to the situations of Egypt and Jordan"; Journal of the Jordanian University of Zaytouna for Legal Studies, vol. 2, No. 1 ,2021.

13- Ramdani Misaika; Electronic voting towards a new path to political participation under digital technology; Research Journal of Academic Studies; Volume 10; Number 02; 9 Faculty of Law; Hadj Lakhdar University; Batna; 2023.

14- Younis Shahim; Electronic voting in elections; Advantages and disadvantages; Journal of Bets; No. 56; Centre for Humanitarian Studies and Research; 2021 'Morocco.

3:- University theses

1-Mustafa Hussein Mohamed Abu Hinidi; Legal aspects of electronic voting - comparative study -; Doctoral thesis in law; Faculty of Law; University of Assyout; Egypt; 2022.

4-Scientific forums

1-Alaa Mehyiddin ,Mustafa AbuAhmed: E-Administrative Decision, E-Transaction Conference (E-Commerce, E-Government), Faculty of Economics, and Management Sciences, Emirates Center for Strategic Studies and Research, United Arab Emirates, 19/20/2009.

5- Websites:

1- Elections and technology; Website https://aceproject.org/Elections_and_Technology dated 27-12-2023 at 14:00.

2-Saddam al-Mohammadi; Electronic voting and safeguarding the electoral process; A legal study to develop Iraq's experience; dated 29-12-2023 at 10:00

Website ;<https://www.researchgate.net/publication/322095598>

3-Voting systems in the elections to the Federal National Council.. Facilitating procedures and continuous updates according to the latest technological solutions

Website; <https://uaenec.ae/ar/media-center/news> dated /6/10/2023.

6-Law

1-Act No. 09/04 of 2009/08/05, containing the Special Rules for the Prevention and Control of Crimes Related to Information and Communication Technology, JR No. 47 of 2009/08/16.

2-Presidential Order 20/442 dated December 30, 2020, concerning the promulgation of the Constitutional Amendment, ratified in the first November 2020 referendum, J.J.J.D.S. No. 82, issued on December 30, 2020.

Organizational Privacy in Joint Company (Al-Tadamun Company)

خصوصية الجهاز التنظيمي في شركة التضامن

Dr. Yassad Fadila *

University of 20 August 1955 Skikda

f.yassad@univ-skikda.dz

The date of acceptance: 2024-03-12

The date of Submission: 2024-05-25

Abstract:

Partnership companies are those based on the personal consideration of the partner, where the partner's personality is taken into account. They rely on mutual trust among partners, and one of the prominent examples is the partnership model of Joint Company (Al-Tadamun Company). Managing such a company requires the existence of organs that utilize its funds and operate to achieve the purpose for which it was established. The organs or structures managing Joint Company (Al-Tadamun Company) are represented by the administration, which is concentrated in the person of the manager or managers on one hand, and on the other hand, the right of supervision, which is a right granted to non-manager partners only.

Keywords: Joint Company, Management Organs, Administration, Manager, Supervisory Right.

الملخص:

شركات الأشخاص هي الشركات التي تقوم على أساس الاعتبار الشخصي للشريك، حيث أن شخصية الشريك فيها محل اعتبار فهي تقوم على الثقة المتبادلة بين الشركاء ومن أبرزها نموذجا شركة التضامن والتي تسييرها يتطلب وجود أجهزة تستغل أموالها، وتسير عملها لتحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله. إن أجهزة أو هيكل تسيير شركة التضامن تتمثل في الإدارة والتي تنحصر في شخص المدير أو المديرين هذا من جهة، ومن جهة أخرى حق المراقبة وهو حق يثبت للشركاء غير المديرين فقط.

الكلمات المفتاحية: شركة التضامن، أجهزة التسيير، الإدارة، المدير، حق المراقبة.

* Corresponding Author.

Introduction:

Joint Company (Al-Tadamun Company) is considered the optimal model for partnership companies because it encompasses all the characteristics of partnership companies. It is based on personal consideration and strong bonds between partners who accept in advance, knowingly and willingly, the responsibility for the company's debts from their own funds.

Managing Joint Company (Al-Tadamun Company) requires the existence of organs that utilize its funds and operate to achieve the purpose for which it was established. Although these organs are small and simple compared to the management organs of capital companies, especially joint-stock companies, which operate according to complex and intricate structures in terms of their composition and assigned tasks, varying depending on the management format adopted by the joint-stock company, whether traditional or modern. These management organs include the Board of Directors, the Management Council, the Supervisory Board, and the Ordinary and Extraordinary General Assemblies.

Study problem:

The problem of this study can be formulated in the following main question:

What is the specificity of the management organs or structures of Joint Company (Al-Tadamun Company) in Algerian legislation?

To address this issue and answer it, we have divided the study into two sections as follows:

- 1) Management of Joint Company
- 2) Monitoring and Evaluation of the Activities of Joint Company

1. Management of Joint Company (Al-Tadamun Company)

Upon completing the establishment procedures of the company, it acquires legal personality, and its personality becomes independent of the personalities of the partners composing it. However, this personality cannot perform its functions except through a natural person. For this reason, it is necessary to appoint one or more managers to manage the company's affairs¹.

The Algerian legislator has regulated the provisions regarding the management of Joint Company (Al-Tadamun Company) in Articles 553 to 558 of the Algerian Commercial Code². Therefore, we will address management in terms of appointing, dismissing, the authorities, and responsibilities of the manager, in addition to the company's liability for the manager's actions towards third parties.

1.1- Procedures for the Appointment and Dismissal of the Manager

The Algerian legislator has specified procedures for appointing and dismissing the manager in Joint Company (Al-Tadamun Company).

1.1.1- Appointment of the Manager

Article 553 of the Algerian Commercial Code states the following: "The management of the company belongs to all partners unless otherwise stipulated in the articles of association. It may be provided in the law referred to that one or more partners or non-partners are appointed as managers, or this appointment may be made by subsequent contract."

From this text, it is clear that the default in managing Joint Company (Al-Tadamun Company) belongs to all partners. In cases where partners overlook the appointment of a

1- Fouzi Mohamed Sami, General Provisions of Commercial Companies - A Comparative Study, Dar Al-Thaqafa for Publishing and Distribution, 2006, p. 108.

2- Decree No. 75-59 dated September 26, 1975, concerning the Commercial Law, amended and supplemented, Official Gazette No. 101 dated December 19, 1975.

manager, all partners are considered agents for each other in managing the company's affairs¹. This is based on the premise that each partner is authorized by the others to manage the company. Therefore, each partner has the right to directly manage the company's affairs, which are in the interest of the company. However, this right remains restricted by the right of objection by any partner to any action another partner wishes to undertake. In this regard, Article 431 of the Algerian Civil Code states: "If there is no specific provision on the management method, each partner is considered authorized by the others to manage the company, and he may carry out the company's activities without consulting others. However, partners have the right to object to any action before it is completed, and the majority of partners have the right to reject this objection²."

However, it is permissible for partners to appoint one or more managers for the company, whether from among the partners or from outsiders, provided that they have full legal capacity.

If the manager is appointed in the articles of association of the company, whether from the partners or from outsiders, he is called a regular or contractual manager in this case. The company's articles of association may be silent about the appointment of the manager, in which case the partners, upon the formation of the company or thereafter, appoint him in a separate contract from the company's founding contract. In this case, he is called an irregular or non-contractual manager.

The essence of the distinction between the contractual manager and the non-contractual manager is that the position of the contractual manager is considered part of the company's articles of association and requires an amendment to the company's articles of association to change it. This is unlike the non-contractual manager, who is appointed by a separate contract, and his position can be amended without the need to amend the company's articles of association³.

The default is that the appointment of the manager, whether contractual or non-contractual, is made with the consent of all partners unless otherwise stipulated in the articles of association. Partners may include a clause specifying the necessary majority for the appointment of the manager, whether by a majority of partners, by a majority of shares, or by both⁴. Regardless of the appointment of the manager - whether regular or irregular - this appointment must be registered and recorded to inform third parties. Additionally, it is necessary to determine his remuneration for his services and his performance of management duties for the benefit of the company, whether he is a partner or not.

If he is a partner with a cash or in-kind share, he receives a fee for his management duties in addition to his share of profits. If he is a partner with a share of work, his share of profit is in exchange for management and representation of the company against third parties, unless it is agreed to grant him a fee for management in addition to his share of profits⁵. In this case, the fee is considered project expenses and deducted from profits before distribution.

1- Nadia Foudil, Provisions of the Company According to Algerian Commercial Law 'Personal Companies', Dar Huma for Printing and Publishing, Algeria, 2004, p. 122.

2- Decree No. 75-58 dated September 26, 1975, concerning the amended and supplemented Civil Law, Official Gazette No. 78 dated December 31, 1975.

3- Ahmed Mohamed Maherz, The Mediator in Commercial Companies, Maktabat Al-Ma'arif, Alexandria, 2nd ed., 2004, pp. 305-306.

4- Nadia Foudil, Op. Cit., p. 123

5- Samiha Al-Qalyoubi, "Commercial Companies 'Personal Companies'", 2nd ed., 1992, p. 284.

1.1.2- Dismissal of the Manager

The general rule for dismissing the manager is that it should be done in the same manner as the appointment, as evident from Article 559 of the Algerian Commercial Code. The circumstances of dismissing the manager vary depending on the strength of his position derived from his status and how he was appointed. This is detailed as follows:

A. Dismissal of the Regular Partner Manager

The regular partner manager, as previously defined, is the one appointed in the articles of association of the company. He cannot be dismissed as a general rule during the company's existence unless all partners unanimously agree. Logically, this implies that he is practically irremovable because a decision to dismiss him would lead to the dissolution of the company, as he is considered part of it¹. Changing his position would require amending the articles of association of the company, according to Article 559 of the Algerian Commercial Code, unless the other partners decide to dissolve the company or agree to its continuation in the articles of association.

If the partners decide to dismiss this manager, another manager must be appointed in his place, with the obligation to notify this change so that objections can be made regarding any modifications to the company². In this situation, the withdrawn or dismissed partner manager may request compensation for his rights in the company, valued on the day the dismissal decision is issued, by an accredited expert appointed by the remaining partners. In case of disagreement, the competent court for urgent matters appoints this expert.

Although it is not permissible for the contractual partner manager to resign from management without the consent of all partners, if strong reasons arise justifying his resignation, it must be accepted, such as in cases of chronic illness, old age, etc³. However, the partner always retains the right to request the dismissal of the manager through legal means if there is a legal reason justifying it.

B. Dismissal of the Non-Regular Manager

The non-regular manager is one who was not appointed in the articles of association of the company, whether from among the partners or from outsiders. Article 559 of the Algerian Commercial Code allows his dismissal according to the provisions specified in the contract or by a decision unanimously issued by the partners, whether they hold positions in the management or not. This is in cases where there is a provision in the articles of association regulating the dismissal of the non-contractual partner manager.

The non-regular manager is allowed to resign from management according to agency provisions, provided it is done in a timely manner⁴; otherwise, it is considered a breach of his obligations, and he must compensate the company for any damages that may result from his resignation at an inappropriate time.

In general, the dismissal or resignation of the non-regular manager does not lead to the dissolution of the company because he is not considered part of the company.

1.2- Authority of the Manager and His Responsibility

1- Abbas Mustafa Al-Masri, "Regulation of Commercial Companies 'Personal Companies - Capital Companies'", Dar Al-Jami'a Al-Jadida for Publishing, Alexandria, 2002, p. 125.

2- Nadia Foudil, Op. Cit., p. 125.

3- As his misuse of the company's activity or his inability to manage efficiently, or his commission of fraud or breach of trust... with the discretionary power of the subject judge remaining. See: Ahmed Mohamed Maherz, ibid., p. 308.

4- Abbas Mustafa Al-Masri, ibid., p. 125.

Defining the manager's authority in the company's articles of association or in his appointment contract serves to reduce the difficulties that may arise regarding determining his responsibility because there is a complementary relationship between authority and responsibility.

1.2.1- Authority of the Manager

The manager acts as a legal representative of the company as a legal entity¹, empowered by the law to perform two fundamental roles: representing the company in dealings with third parties, whether before the judiciary or by signing on its behalf, on one hand, and managing the company's affairs on the other hand.

Regardless of his role, it may vary somewhat depending on whether he operates individually or as part of a group, and also depending on whether his authority is defined or not.

A. In the Case of Individual Management

a. When Authority is Defined

The norm is for the company's articles of association or the manager's appointment contract to specify his authorities and limits. This usually prevents difficulties in determining the manager's responsibility and ensures the soundness of his actions, especially by delineating those actions and transactions that the partners have authorized him to perform independently versus those for which he must consult them². If the manager exceeds his authorized powers and performs actions that harm the company or conflict with its interests, he bears the responsibility. The partners do not have the right to interfere in the company's management or object to the manager's actions if they fall within his authorized powers. Otherwise, there would be no benefit in appointing a manager for the company³.

b. When Authority is Not Defined

If the company's bylaws or the manager's appointment contract overlooks the specification of his authorities, then the company's purpose becomes the axis around which the manager's authorities in managing the company are determined. According to Article 554 of the Algerian Commercial Code, the manager is entitled to carry out all legal actions that serve the company's purposes, whether they are management or transactional activities. Therefore, the manager's exercise of his authorities must aim to achieve the company's purpose as determined by the partners⁴.

The manager's authorities in the absence of specification include all administrative tasks he is permitted to undertake and acts of disposal, provided they are within the scope of the company's subject matter. These include taking precautionary measures to safeguard the company's assets, such as registering mortgages, renewing them, concluding guarantees, leasing agreements, settling the company's debts, entering into employment contracts on its behalf, issuing commercial bonds, representing the company in lawsuits, buying and selling goods and equipment owned by the company, executing contracts related to its operations, and so on⁵.

1- Fouzi Mohamed Sami, Op. Cit., p. 144.

2- Ahmed Mohamed Maherz, Op. Cit., p. 310.

3- Mostafa Kamal Taha, Commercial Companies, Dar Al-Matbu'at Al-Jami'a, 2005, p. 101.

4- Aziz Al-Akili, The Mediator in Commercial Companies A Comparative Jurisprudential Study of General and Special Provisions, 1st ed., Maktabat Al-Thaqafa for Publishing and Distribution, Amman, 2007, p. 126.

5- Elias Nasseif, Encyclopedia of Commercial Companies, Shirkat Al-Tadamun, Al-Halabi Legal Publications for Distribution, Beirut, 2009, p. 120.

The manager is prohibited from engaging in actions that exceed the intended purpose of the company. He cannot sell or mortgage the company's properties without the partners' permission. He is also prohibited from donating the company's funds except for customary donations. Furthermore, he cannot contract with himself on behalf of the company without the partners' authorization, nor can he delegate his duties to others without their consent¹.

B. In the Case of Multiple Managers

The management of a joint company may be entrusted to several managers, whose authorities and powers may be explicitly specified in the company's articles of association or in their appointment contract or not. The law may also allow for joint action.

a. When Managerial Authorities are Specified

If the company's articles of association specify the competencies of each manager, such as appointing the first manager as the commercial manager for purchases and sales, the second as the manager for factories, and the third as the administrative manager, then each manager must adhere to the boundaries of their jurisdiction². Their responsibility for the actions they undertake only applies within these jurisdictions.

b. When Managerial Authorities are Not Specified:

In cases where managers are appointed without specifying their competencies and when the company's bylaws do not provide for collective action, and without stipulating how decisions are made, each manager may independently carry out all management tasks. However, the right to object to his actions before their completion remains with the other managers. They can resolve this by convening to vote on the matter, typically following the majority rule.

The objection to these actions has no effect on third parties unless it is proven that they were aware of it. This is stipulated in Article 428 of the Algerian Civil Code, the first paragraph of Article 554 of the Algerian Commercial Code, and the second and third paragraphs of Article 555 of the Algerian Commercial Code.

c. In the Case of Collective Management:

The company's articles of association may provide for collective management, where the managers convene as a single board³. Decisions are made collectively or by majority vote. In such cases, no manager can act independently in any management task without first presenting it to the partners for voting according to the required majority.

Voting on decisions is done by numerical majority based on the number of individuals, unless otherwise stipulated in the company's articles of association, such as decisions being made by the majority of shares presented in the capital, according to Article 429 of the Algerian Civil Code⁴.

While the general rule in collective management requires managers to work collectively, each manager may, according to the second paragraph of Article 428 of the Algerian Civil Code, undertake management tasks independently without the need to satisfy the other managers. This is allowed in cases of urgency where failure to act would result in significant

1- Mostafa Kamal Taha, Op. Cit., p. 102.

2- Ahmed Mohamed Maherz, Op. Cit., p. 312.

3- Nadia Foudil, Op. Cit., p. 128.

4- Ahmed Mohamed Maherz, Op. Cit., p. 312.

loss that the company cannot compensate for. For example, one manager may sell perishable goods or renew a mortgage registration for the company before its expiration, etc¹.

1.2.2- Manager's Responsibility

The manager must exercise the care of an ordinary person in managing the company, with his judgment likened to that of a paid agent². Consequently, he is liable both civilly according to the contract binding him to the company and possibly criminally. In both cases, the issue arises regarding the extent to which the company is bound by his actions towards third parties.

A. Civil Liability of the Manager

The manager can be held civilly liable for errors committed while managing the company. If he mismanages or causes harm to the company, exceeds his authority, or deviates from the purpose for which it was established, his civil liability arises (this type of civil liability is contractual according to the contract binding him to the company). He is then obliged to compensate the company for any damage caused. If there are multiple managers, they are jointly liable to the company for their joint errors, as is the case with multiple agents. The same applies if the manager delegates the execution of a task without proper authorization³.

As the representative of the company, the manager signs on its behalf for all actions and transactions. If the address is not mentioned, there is a presumption that the contract was made for his benefit. Even if this is a simple legal presumption that can be rebutted, it can lead to his civil liability.

B. Criminal Liability of the Manager

In addition to civil liability, which involves compensating for damages, the manager may incur criminal liability for committing certain crimes while performing his duties. This includes crimes like breach of trust, misuse of his position, fraud, bankruptcy resulting from his deception or mistake, and other crimes committed in the course of his work⁴.

For example, if the manager misuses the company's address, such as contracting with a third party for his personal benefit using the company's address within the apparent scope of his authority⁵, he may be held criminally liable for breach of trust.

C. Extent of the Company's Liability for the Manager's Actions towards Third Parties

The manager represents the company in all its dealings and signs on its behalf. Therefore, the company, as a legal entity, is bound by all legal actions related to managing the company, as long as they fall within the company's purpose. If the manager does not exceed the authority granted to him by law and the contract, the company is bound by his actions. This is in accordance with the first paragraph of Article 555 of the Algerian Commercial Code.

However, the Algerian legislator somewhat retreated from this position by recognizing the company's liability in all cases. The fourth paragraph of Article 555 of the Algerian Commercial Code states: "A third party cannot object to the specified conditions of the managers' authorities resulting from this article⁶."

What can be inferred from this text is that the Algerian legislator expanded the scope of this liability and conditioned that third parties cannot object to the limits of the managers'

1- Mostafa Kamal Taha, Op. Cit., p. 103.

2- Ibid., p. 107.

3- Nadia Foudil, Op. Cit., p. 132.

4- Elias Nasseif, Op. Cit., p. 134.

5- Mostafa Kamal Taha, Op. Cit., p. 105.

6- Ahmed Mohamed Maherz, Op. Cit., p. 314.

authority. Therefore, the company's liability remains intact in all cases to ensure the stability of legal transactions and protect third parties acting in good faith. Often, third parties do not have sufficient time to refer to the articles of association or the manager's appointment contract to know his authorities and rely in good faith on the apparent situation, especially as commercial transactions are characterized by speed and credit¹.

The company's responsibility as a legal entity for the manager's actions, even if he exceeds his authority or misuses it, is either contractual or tortious. The company can be held tortiously liable for any damages resulting from the manager's errors during the performance of his duties or because of them, as long as these errors cause harm to third parties. For example, if an explosion occurs in a factory and the manager fails to take necessary precautions to prevent it or engages in unfair competition².

2. Monitoring and Evaluation of the Joint Company's Activity

Running a joint company by one or more directors, coupled with the significant responsibility of the partners, requires ensuring these partners are not arbitrary and do not deviate from the company's purpose through exercising their rights granted by the legislator. This includes the right of supervision, established for non-managing partners.

Given that the primary goal of any commercial company is profit, it's essential to evaluate its activity to determine its financial position for the purpose of profit and loss distribution.

2.1- Company Monitoring

Exercising the right of supervision within a joint company differs from how this right is exercised in financial companies, especially joint-stock companies, which are supervised by specialized bodies such as the supervisory board in the case of adopting modern management methods. Additionally, the mandatory appointment of an accountant should not be overlooked, nor the role of shareholder associations in supervision.

The legislator has recognized the right of non-managing partners in joint companies to monitor the company's management. This monitoring includes:

2.1.1- Right of Access

Non-managing partners are prohibited from intervening in management because their intervention may hinder the company's operations and impede the manager from performing his duties properly. However, they are allowed, according to Article 558 of the Algerian Commercial Code, the right of access twice a year at the company's headquarters to inspect the company's books and documents, such as trade registers, accounts, contracts, invoices, correspondence, and minutes. Generally, any document issued by the company or received from third parties related to its activities and for the purpose of achieving its objectives³.

The right of non-managing partners to access is coupled with their right to obtain copies of the documents they have inspected. Moreover, each partner has the right to seek assistance from an accounting expert to exercise their right of supervision and oversight of the company's activities. This is because allowing partners to access the company's books alone may practically hinder the right of supervision, as it is difficult for non-specialists to understand the actual restrictions recorded in the company's books and discover any manipulation.

1- Ibid., p. 315.

2- Nadia Foudil, Op. Cit., p. 131.

3- Ahmed Mohamed Maherz, Op. Cit., p. 317.

2.1.2- Consultation

Partners may include in the company's articles of association some restrictions on certain actions, requiring non-managing partners to consult with the manager on certain administrative matters. This consultation must be in writing to enable them to make those decisions. If none of the partners requests a meeting of the company, this is in accordance with the second paragraph of Article 556 of the Algerian Commercial Code.

2.1.3- Partners' Assembly

The law requires the manager to prepare an annual report on the company's activity, as per Article 557 of the Algerian Commercial Code. This report should include all operations of the financial year, inventory procedures, general exploitation accounts, results, and budget.

All these documents, as well as proposed decision texts, must be sent by the manager to the other non-managing partners fifteen (15) days before the partners' assembly meeting. If these conditions and provisions are not respected, their deliberation is null and void.

This assembly is the one that approves the prepared report referred to earlier within a period of six (06) months from the financial closure.

The company's accounts are deposited within one month after their approval with the Commercial Register, where the deposit serves as an advertisement, as stipulated in the last paragraph of Article 717 of the Algerian Commercial Code.

Finally, the appointment of the accountant in the joint company remains optional, as partners have the freedom to appoint him or not. This can represent an additional external control over the management of the joint company.

2.2- Evaluation of the Joint Company's Activity

Regardless of its type, the company's aim is to achieve profits resulting from the investment of its funds. However, while the company may have achieved profits, it may also have incurred losses at varying intervals¹.

The company's basic contract regulates, among its provisions, the distribution of profits, which refers to the surplus resulting from deducting the company's liabilities from its assets. However, these profits cannot be distributed entirely; it is necessary to deduct amounts from them to maintain the financial position of the company. This becomes evident at the end of each financial year when the company's management prepares its written report on the company's status and activity, along with inventorying its assets and liabilities as of that date, as well as calculating losses, profits, and the budget (Article 716 of the Algerian Commercial Code).

2.2.1- Distributable Net Profits

According to Article 720 of the Algerian Commercial Code, net profits are constituted by the net income from the financial year after deducting general expenses and other company costs, including all consumptions and provisions.

Consumptions refer to a proportion of the value of the machinery and tools used by the company equal to the proportion of their usage during the year. If these machinery and tools become defective or permanently cease to be usable due to a malfunction, the company should have sufficient funds to repair or replace them without resorting to external loans or compromising its capital².

1- Ahmed Mohamed Maherz, Op. Cit., p. 318.

2- Mohamed Fareed Al-Areini, Commercial Law Commercial Companies, Dar Al-Matbu'at Al-Jami'a, Alexandria, 1999, p. 328.

As for provisions, they refer to the potential costs of various types, such as the prices of raw materials, labor wages, salaries, and building rents, etc¹.

It is worth mentioning that the formation of reserves is mandatory by law in financial companies, but it is optional subject to the partners' approval in joint companies².

The reserve is an amount deducted annually by the company from the total profits to save and create a fund used to face crises encountered during its activities, expand these activities, or distribute them in years where the company does not generate profits. This reserve serves as accumulated and frozen profits, and the partners in the joint company have the right to approve or cancel it³.

2.2.2- Profit Distribution Method

The default method for profit distribution is as stated in the company's articles of association, and the law only intervenes to prevent the presence of the lion's share clause⁴. However, if not regulated in the articles of association, the general rules in the Civil Code should be consulted (Articles 425 and 426 of the Algerian Civil Code).

Profit payments must be made within a maximum period of nine (09) months from the date of closing the financial year, and an extension of this period is permitted by a judicial decision⁵.

Once net profits have been distributed to the partners and become acquired rights, they cannot be reclaimed from them even if the company incurs losses thereafter. However, if the profits distributed to the partners are nominal, meaning they do not represent net profits but are rather a portion of the company's capital set aside for distribution as profits to the partners, then the partners do not acquire rights to these profits. In this case, the company's creditors may demand the partners to return these amounts, which are part of the company's capital and serve as general security for its creditors, in accordance with the principle of capital stability, which must not be compromised.

Conclusion

Joint companies are considered the optimal model for personal companies. They are among the most important tools of business activity in the country because they provide legal and regulatory frameworks for efforts and funds. Moreover, they are among the most significant commercial entities capable of undertaking and managing economic projects.

The Algerian legislature has granted joint companies a degree of specificity, whether in terms of management or supervision. We find that their management is conducted as a general principle for all partners unless otherwise agreed upon in the articles of association.

The legislature also recognized the right of non-director partners to supervise the company's management through exercising their right to access information, providing consultation, and the right to attend partners' meetings.

One of the most important recommendations reached is the necessity to review the wording of Article 554 of the Commercial Law regarding the partiality of multiple directors and each of them enjoying authorities that grant them the right to opposition, which hinders the smooth operation of the company.

1- Ahmed Mohamed Maherz, Op. Cit., p. 319.

2- Mostafa Kamal Taha, Op. Cit., p. 109.

3- Nadia Foudil, Op. Cit., p. 134.

4- Mohamed Fareed Al-Areini, Op. Cit., p. 328.

5- See: Paragraph Two of Article 724 Algerian Commercial Law.

List of references

Laws and Decrees

- Decree No. 75-59 dated September 26, 1975, concerning the Commercial Law, amended and supplemented, Official Gazette No. 101 dated December 19, 1975.
- Decree No. 75-58 dated September 26, 1975, concerning the amended and supplemented Civil Law, Official Gazette No. 78 dated December 31, 1975.

Books

- Fouzi Mohamed Sami, General Provisions of Commercial Companies - A Comparative Study, Dar Al-Thaqafa for Publishing and Distribution, 2006.
- Nadia Foudil, Provisions of the Company According to Algerian Commercial Law 'Personal Companies', Dar Huma for Printing and Publishing, Algeria, 2004.
- Ahmed Mohamed Maherz, The Mediator in Commercial Companies, Maktabat Al-Ma'arif, Alexandria, 2nd ed., 2004.
- Samiha Al-Qalyoubi, "Commercial Companies 'Personal Companies'", 2nd ed., 1992.
- Abbas Mustafa Al-Masri, Regulation of Commercial Companies 'Personal Companies - Capital Companies', Dar Al-Jami'a Al-Jadida for Publishing, Alexandria, 2002.
- Mostafa Kamal Taha, Commercial Companies, Dar Al-Matbu'at Al-Jami'a, 2005.
- Aziz Al-Akili, The Mediator in Commercial Companies A Comparative Jurisprudential Study of General and Special Provisions, 1st ed., Maktabat Al-Thaqafa for Publishing and Distribution, Amman, 2007.
- Elias Nasseif, Encyclopedia of Commercial Companies, Shirkat Al-Tadamun, Al-Halabi Legal Publications for Distribution, Beirut, 2009.
- Mohamed Fareed Al-Areini, Commercial Law Commercial Companies, Dar Al-Matbu'at Al-Jami'a, Alexandria, 1999.

Governance and combating administrative and financial corruption in Algeria

الحوكمة ومكافحة الفساد الإداري والمالي في الجزائر

Sari Meriem *

University ABBAS LAGHROUR Khenchela

E-mail: meriem.sari@univ-khenchela.dz

The date of Submission: 2024-03-13

The date of acceptance: 2024-06-14

Abstract:

In the context of significant advancements across various fields, administrations are in fierce competition to integrate the latest innovations in administrative and financial practices. This trend is aligned with the fundamental principles of governance, emphasizing transparency, accountability, responsibility, and equality. A major hurdle in the successful implementation of governance is the pervasive presence of administrative and financial corruption. Combatting corruption at both levels has become not only a national but also an international imperative. The economic, social, and political ramifications of corruption underscore the urgent need for its reduction. This imperative coincides with the global transformations witnessed under the governance system, prompting governments, international organizations, and civil society to unite in combating and mitigating corruption.

Keywords : Governance, Administrative Corruption, Financial Corruption.

الملخص:

من أهم معوقات تطبيق الحوكمة إنتشار الفساد الإداري والمالي ، إذ أن مكافحة الفساد الإداري والمالي أصبح يشكل حتمية وطنية ودولية لما ينتجه من آثار اقتصادية واجتماعية وسياسية من جهة وتعطيل القدرة الإدارية للدولة من جهة أخرى، لذلك تعالت الأصوات من قبل المنظمات والحكومات الدولية ومنظمات المجتمع المدني بضرورة العمل على مكافحة الفساد الإداري والمالي والحد منه، والتي تزامنت مع مجموع التحولات التي شهدها العالم في ظل تبني نظام الحوكمة.

الكلمات المفتاحية: الحوكمة، الفساد الإداري ، الفساد المالي.

* Sari Meriem.

Introduction:

Governance, along with administrative and financial corruption, has become a focal point in both academic and practical discourse. The rapid evolution of information and communication technology has spurred administrations to vie for the latest innovations in the administrative and financial realms, guided by the principles of governance – transparency, accountability, responsibility, and equality. To actualize these principles, creating favorable conditions for their implementation is imperative. Overcoming obstacles preventing their application is crucial for administrations to fulfill their mandates. A critical obstacle is the prevalence of administrative and financial corruption, threatening not only the economic, social, and political spheres but also impairing the administrative capabilities of states. Thus, the imperative to combat and reduce corruption resonates among governments, international organizations, and civil society, coinciding with the transformative global shift towards governance.

- Raising the Problem:

The central problem addressed is the extent of reliance by the Algerian administration on governance principles. This inquiry serves the purpose of conducting a scientific assessment of its contribution to combating administrative and financial corruption.

The significance of the study is threefold:

1. Governance and corruption are pivotal issues at both international and national levels.
2. The administration is a linchpin for implementing governmental policies and reflects a nation's development.
3. Adaptation of the administration to changes and developments is crucial for improving public service, necessitating mechanisms like governance.

- The rationale of the study:

1- Subjective Reasons:

A compelling interest in uncovering the role of governance in combating corruption and understanding its national application.

2. Objective Reasons:

3. Alignment with the authors' specialization.
4. International and national interest in the current stage.

- Objectives of the Topic:

1. Sincerely addressing the problem presented.
2. Contributing to the enrichment of this topic, particularly due to the scarcity of scientific research in this field.

- Method:

The study will predominantly opt for a descriptive-analytical approach, involving the collection, analysis, and explanation of ideas to derive comprehensive results. Key mechanisms in the research will not be neglected.

Reasons for Choosing the Topic by the Authors:

1. Timely and important issue drawing international and national attention.
2. Authors' expertise in governance and corruption.
3. Belief in the significance of studying governance's role in combating corruption for improving public administration and promoting good governance.

- Plan:

To elucidate the topic of "Governance and Combating Administrative and Financial Corruption in Algeria," the discussion is organized into four essential elements:

1. The Conceptual Framework of Governance.
2. The Conceptual Framework of Administrative and Financial Corruption.
3. Application of Governance in Algeria and its Contribution to Combating Corruption.
4. Reform Measures in Algeria to Combat Corruption and Implement Governance.

The Conceptual Framework of Governance: First

The concepts presented for the term governance have varied, as it is considered to be a modern concept that resulted from the various developments that have taken place. To define the concept of governance, it is necessary to elaborate as follows:

- Definition of Governance.
- Importance of Governance.
- Tools and means of governance.
- Goals of governance.

1- Definition of Governance :

There are many common uses of the concept of governance, and its definition varies depending on the perspective on which it is defined. Therefore, we present some common definitions:

1.1- Public administration perspective : Public sector governance is the dedication of the efforts of all government sectors to prevent the occurrence of administrative crises that generally lead to waste of government and public money, and to the loss of control over the administrative system, and the loss of responsibilities when there is a malfunction in the implementation of different systems and projects, or the operation of operations in a way known as horizontal between the departments of the public sector. ¹

1.2-Economic perspective :

American economists defined it as a set of rules, laws, and standards that define the relationship between the company's management on the one hand, and shareholders, bondholders, and stakeholders or parties associated with the company, whether they are workers, suppliers, or consumers. ²

1.3 - International reports perspective:

International institutions define governance in various ways. The World Bank initially framed it as the exercise of political authority in managing state affairs. The OECD views it as the use of political authority for economic and social development. The IMF sees governance as the management of economic and social resources to serve development efficiently..³

¹ - Raffa Faffa: Corruption and Governance, a survey study of international reports, a case study of Algeria, 1st ed., Al-Wafaa Legal Library, Alexandria, Egypt, 2016, p 70

² - the same reference, p 70

³ - Mohamed Yassin Ghader: Governance Determinants and Its Criteria, International Scientific Conference, Globalization of Management in the Age of Knowledge, Al-Jinan University, Tripoli, Lebanon, 2002, p 14 the same reference

Within the framework of teamwork, where the activity exceeds the capacity of an individual ¹

2- Importance of Governance:

Governance is crucial for:

2.1 - Retaining domestic capital.

2.2 - Attracting local and foreign investment.

2.3 - Combating corruption and its resulting socio-economic issues.

2.4 - Boosting growth and safeguarding stakeholder rights.

2.5 - Ensuring investor reassurance and maximizing market value.

2.6 - Enhancing companies' competitiveness in global financial markets.

2.7 - Facilitating efficient privatization programs.

2.8 - Avoiding slipping into accounting and financial problems and preventing bank failures.²

3- Tools and means of governance:

Effective governance requires:

3.1- The existence of an organizational structure that clearly and fairly defines duties and responsibilities in the company.

3.2- Providing effective accounting systems that ensure the efficient operation of the administrative decision-making process.

3.3- Finding a code of ethics or a code of honor that is characterized by integrity and objectivity.

3.4- Providing an economic, social, and legal environment that is characterized by all the components of efficiency, honesty, and justice.

3.5- Compliance with international accounting and auditing standards to ensure comparison, control, and facilitation. ³

4. Goals of governance :

Governance aims to achieve a number of goals, the most important of which are:

-Transparency .

- Accountability .

- Responsibility .

- Equality.

4.1 - Transparency:

Transparency is considered one of the modern and advanced concepts in governance, which must be taken into account by the conscious management because of its importance to the company and the parties concerned with it. Transparency means openness, abandoning ambiguity, secrecy, and deception, and making everything verifiable and sound.

¹ - Robert Reix : systèmes d'information et management des organisations , 4 édition, Vubert, Paris, France, 2002, (L'organisation est la base de l'action collective des qu'une activité dépasse la capacité d'un seul individu)

² - Aïsal Mahmoud Al-Shawarwah: Governance Rules and Assessing Their Role in Combating the Phenomenon of Corruption and Preventing It in 14n Jordanian Publicly Traded Companies, Journal of Damascus University for Economic and Legal Sciences, Vol. 25, No. 02, 2009, p p 128-129

³ - Aïsal Mahmoud Al-Shawarwah, previously mentioned reference , p p 128-129

4.2 - Accountability:

The shareholders have the right to hold the executive management accountable for its performance, and this is a right guaranteed to them by the law and governance systems. Accountability also ensures the responsibility of the executive management to the board of directors and the responsibility of the board to the citizens.

4.3 - Responsibility:

Governance systems aim to raise the sense of responsibility among both sides of management, and that each member of the management should act with a high degree of professional ethics. Responsibility also recognizes the legal rights of shareholders and encourages cooperation between the company and shareholders in various matters, including profit, job creation, and achieving administrative and economic sustainability.

4.5 - Equality:

The meaning of equality here is between small and large investors, and it also means equality between local and foreign investors alike.¹

of Administrative an:Second Corruption The Conceptual Frameworkd Financial

Administrative and financial corruption has become a national and international imperative, due to its economic, social, and political implications. This has necessitated the need to combat administrative and financial corruption and reduce it, which has coincided with the overall transformations that the world has witnessed under the information technology.

To elaborate on this topic, we will discuss the following elements:

1 - The definition of corruption

Corruption is a complex phenomenon with a wide range of definitions. This variation is due to the diversity of its fields, the expansion of its contents, and the development of its mechanisms. The view of corruption and the attempt to define it by researchers is influenced by the perspective taken by each researcher.

1.1- Administrative corruption:

Some define it as an expression of the use of public authority for personal gain or profit, or for the achievement of prestige or social status. It is also defined as the misuse of public authority for private gain, which occurs when an official accepts, requests, or extorts a bribe.

Some use the term administrative deviation to refer to administrative corruption. It has been defined by some as the employee's departure from the requirements of the public service and the specific rules that he is required to comply with in order to achieve a benefit for him at the expense of this position.²

1.2- Financial corruption:

Financial corruption is defined as consisting of financial deviations based on violation of laws, rules, and various regulations adopted in any institution or organization, such as tax evasion.³

¹ - A series of educational bulletins by the Abu Dhabi Governance Center: Fundamentals of Governance: Terms and Concepts, Abu Dhabi Governance Center, UAE, p p 10-11

² - Omar Musa Jaafar Al-Quraishi: The Impact of e-Government in Reducing the Phenomenon of Administrative Corruption, 1st ed., Al-Halabi Law Publications, Beirut, Lebanon, 2015 , p p 96-97

³ - Ben Rejem Mohamed Khamis and Halimi Hakima: Financial and Administrative Corruption as an Entryway to the Phenomenon of Money Laundering and Its Spread, a national conference on corporate governance as a

2 - Reasons of Administrative and Financial Corruption

Various causes contribute to corruption:

2.1 - Political reasons: The weakness of the state's authorities and the absence or absence of democracy and freedom of expression lead to the deepening of apathy among the citizens of this state, and thus lead to the spread of the phenomenon of administrative and financial corruption. There are also those who point to the existence of a relationship between financial decentralization and the spread of administrative and financial corruption, where some studies confirm the existence of a strong relationship between the financial decentralization of the state and corruption.

2.2 - Legal reasons: Many studies related to the comparison of the issue of corruption in its administrative and financial dimensions point to the existence of a relationship between the efficiency of the legislation in force and the emergence of the corruption problem. The more legislation is backward, unfair, or biased towards a class, group, or party, the more it is a motive for corrupt administrative and financial practices.

2.3 - Administrative and organizational reasons: Administrative and organizational reasons are considered one of the most influential factors in the spread of administrative corruption because they are reasons that are directly related to administrative work. Among the most important of these reasons are: administrative backwardness, lack of efficiency in those who hold positions, administrative inflation, and bureaucracy.

2.4 - Economic reasons: Bad economic conditions and the lack of satisfaction of the basic needs of citizens are major reasons for the deviation of the behavior of employees and thus lead to the spread of administrative and financial corruption.

Social reasons: The lack of adequate housing, poor health conditions, low nutritional levels, weak level of education, and poor distribution of income and wealth among individuals are all reasons that lead to the spread of the phenomenon of corruption¹.

3 - Forms of Administrative and Financial Corruption and Their Effects

Administrative and financial corruption takes several forms, including:

- Exploitation of the position and professional misconduct
- Financial deviation
- Nepotism and cronyism
- Lack of respect for the dignity of the position

The effects of corruption are reflected in various aspects of the lives of individuals and societies, and they affect the data of life in its social, economic, legal, health, educational, ethical, political, and security dimensions, among others. Among the effects and repercussions caused by administrative corruption are:

- Weakening the efficiency of government operations and increasing organized crime, reducing the effectiveness of political decision-making and leading to the inefficient use of available resources.
- Administrative and financial corruption causes a decline in the role of public investment and weakens the level of services in infrastructure.

mechanism to reduce administrative and financial corruption, Faculty of Economic Sciences, Commerce and Management, Mohamed Kheireddine University, Biskra, Algeria, 2012 , p 3

¹ - Omar Musa Jaafar Al-Quraishi, previously mentioned reference , p 120

- Administrative and financial corruption causes what is known as a loss of trust in public institutions and bodies, and doubt their ability to enforce the law and achieve goals.
- Administrative corruption leads to the obstruction of economic development, especially in - developing countries.
- Creating a disruption in social values, which is achieved through the entry of mediation, nepotism, and favoritism to take the rights of some individuals.
- Waste of laws, regulations, and bylaws.¹

4- Mechanisms to Combat Administrative and Financial Corruption

The most important of these mechanisms are the following:

- 4.1** - Adopt a democratic system based on the principle of separation of powers and the rule of law.
- 4.2** - Create an independent, competent, and fair judiciary to ensure respect and enforcement of laws and regulations related to combating corruption.
- 4.3** - Develop and strengthen the role of professional oversight and accountability for legislative, executive, media, and popular bodies and institutions.
- 4.4** - Focus on the ethical and religious dimension to combat various forms of corruption, nepotism, and mismanagement.
- 4.5** - Deepen and encourage the awareness-raising and guidance role that schools, universities, and civil society organizations can play.²

Third: Application of Governance in Algeria its contribution to combating Administrative and financial Corruptin

Quantitative analysis of the phenomenon of administrative and financial corruption in Algeria and the search for its actual dimensions in light of the global spread of governance, which was not on the agenda for discussion in Algeria and did not receive widespread dissemination among officials and the media, except after the insistence of international financial institutions such as the International Monetary Fund and the World Bank, which called for the need to adopt the principles of governance, requires addressing the following elements:

1-Strategies for Combating Administrative and Financial Corruption and Mechanisms for Achieving Governance

Algeria has adopted a number of mechanisms and strategies to combat corruption through the implementation of governance. It has amended many of its laws and enacted new legislation, in addition to establishing a number of formal and informal bodies.

1.1- Legal Mechanisms for Combating Administrative and Financial Corruption in Algeria and Achieving Governance

Algeria has made considerable efforts to combat corruption and achieve governance. In order to adapt its national legal system to the international and regional systems, it has made amendments to its internal legislation.

¹ - the same reference, p 111

² - Abdullah Ghalem and Ben Dif Mohamed Adnan: Activating the Role of Governance as a Mechanism to Reduce Financial and Administrative Corruption in the Arab World with Reference to International Experiences, a national conference on corporate governance as a mechanism to reduce administrative and financial corruption, Faculty of Economic Sciences, Commerce and Management, Mohamed Kheireddine University, Biskra, Algeria, p7

- International Level:

Algeria signed the United Nations Convention against Corruption on April 19, 2004, and ratified it with reservations by presidential decree 04-12. It also made its presence felt on the continental level by its active participation in the formulation of an African strategy to combat corruption. It ratified the African Union Convention on Preventing and Combating Corruption by presidential decree No. 06-137 in April 2006. Algeria is also one of the first five founding countries of the New Partnership for Africa's Development (NEPAD) and one of the first countries to adopt the peer review mechanism emanating from this initiative.

- Regional Level:

Algeria signed and ratified the Arab Convention against Corruption and was among the founding countries of the convention.¹

- National Level:

Algeria did not stop there. It translated its international commitments by adopting a national law on corruption and its prevention, Law No. 06-01 of February 20, 2006.²

This law followed the legislative approach of the United Nations Convention against Corruption. It first defined some terms, then it provided for preventive measures to combat corruption in the field of employment and the management of public property of the state. It also urged the establishment of an anti-corruption authority and defined its legal system, tasks, independence, and powers. It then moved on to the provisions on the criminalization of acts that are considered corruption. Finally, it explained the provisions on how to conduct the search, investigation, and collection of information about corruption crimes.

1.2- Algerian National Bodies for Combating Administrative and Financial Corruption and Achieving Governance

National bodies play an important role in combating administrative and financial corruption and achieving governance by collecting information, preparing studies, research, and reports, and promoting governance. In this regard, Algeria has adopted a number of government and non-governmental bodies, which are represented by:

- The Court of Audit:

It is an independent national financial control body established under Article 170 of the 1996 Constitution. One of its most important tasks is to combat financial corruption through:

- Reviewing the accounts of public accountants and supervising management and discipline: The Court of Audit is required to review the accounts of public accountants and issue rulings on them. It assesses the extent of the personal and financial responsibility of the public accountant in cases of theft, loss of money, values, or materials that the public accountant can invoke the force majeure factor, or proves that he did not commit any error or neglect in the exercise of his function, which enables him to assign the personal or financial responsibility of the agents or assistants placed under the authority or control of the relevant public accountant in accordance with the legislation and regulations in force.³

¹ - Raffa Faffa, previously mentioned referenc, p p 364,365

² - Law No. 06/01, dated 20/02/2006, on the Prevention and Combating of Corruption, Official Gazette No. 14, issued on 08/03/2006.

³ - Farid Meknia and Abdel Halim Shouider, The Role of the Audit Board in Managing and Supervising State Property, a thesis for the degree of applied university studies, branch of business law, University of Continuing Education, Algeria Center, 2002-2001, p 6

- The National Anti-Corruption Authority

This authority is one of the effective mechanisms adopted by the legislator within the framework of the policy of preventing corruption, which is a policy that countries have followed when the criminal legal systems are inadequate.

have also taken the initiative to put in place a set of mechanisms to combat corruption, despite their small number. The most important of these are.¹

Fourth : Reform measures in Algeria to combat administrative and financial corruption and implement governance

In addition to the mechanisms based on the establishment of laws and legislation, the ratification of conventions and agreements, and the establishment of specialized bodies, successive Algerian governments have taken a number of reforms to reduce corruption and work to achieve governance. The most important of these reforms are as follows:

1- Central Administrative Reforms:

- Reform of justice and the judiciary:

The Algerian state has started to reform the judiciary after the establishment of the National Committee for Judicial Reform on 20/10/1999. The judiciary has also been modernized and updated, and judges have been trained in the field of combating corruption. A training course for judges on combating corruption in Algeria was held on 06/06/2010, and training courses have been organized in this field. For example, the Ministry of Justice organized a training workshop on corruption and organized crime in cooperation with the United States on 05/04/2011.²

The Algerian justice sector has been particularly important as it performs administrative and judicial functions, enabling it to make significant strides in the use of information and communication technology and the transition towards the digital world. justice in accordance with international standards by facilitating access to justice for all citizens, streamlining judicial procedures and providing remote services to litigants.³

- Reform of justice and the judiciary:

The Algerian state has started to reform the judiciary after the establishment of the National Committee for Judicial Reform on 20/10/1999. The judiciary has also been modernized and updated, and judges have been trained in the field of combating corruption. A training course for judges on combating corruption in Algeria was held on 06/06/2010, and training courses have been organized in this field. For example, the Ministry of Justice organized a training workshop on corruption and organized crime in cooperation with the United States on 05/04/2011.

¹ - Nadia Tayeb: Mechanisms for Combating Corruption in the Field of Public Procurement, Doctorate Thesis, Faculty of Law and Political Science, Mouloud Mammeri University, Tizi Ouzou, 2012/2013, p 201

² - Raffa Faffa, previously mentioned reference , p 380.

³ - Amal Kadri: The electronic court as a mechanism for establishing and developing the services of the judicial facility in Algeria, Guelma University Journal of Social and Human Sciences, University of May 8, 1945, Guelma, Algeria, Vol 17, N 1 , p 114.

In a speech he gave on March 29, 2005, at the National Conference on Judicial Reform in Algeria, President Abdelaziz Bouteflika said: "There is no escape from eradicating all forms of corruption, from bribery and drugs to social ills such as nepotism, favoritism, illegal privileges, and the illegal appropriation of public property."

In a speech he gave in 2009, he announced that "every corrupt person must be punished, and Algeria is waging a decisive battle against corruption in all its forms and shapes."

-Financial reform:

This included reforming the local tax system and modernizing the tax administration by creating a large taxpayer management unit, and creating an information and documentation unit, which is a central link for combating tax evasion, tax evasion, money laundering, and informal economy.¹

- Reform of the civil service:

Algeria has initiated many reforms in the public service in general and in the civil service in particular, and has taken all the measures approved by the Ministry of Public Service Reform in order to bring the administration closer to the citizen.²

2-Reform of Local Administration

The local administration system in Algeria has also witnessed major developments in recent years, culminating in the issuance of the 12-07 State Law³, and the 11-10 Municipality Law⁴, which the legislator aims to keep pace with international developments in the field of local administration management.

3- Reform of Government Administrations and the Introduction of Electronic Administration

In light of the major development that has occurred in the field of information and communication technology in various fields, public administrations have begun to compete over the use of the latest innovations in the administrative field, relying on modern technologies in information and communication systems⁵

3.1--Algerian Postal Service:

In parallel with the attempt to modernize the postal sector, information and communication technology has been included to develop the services provided to citizens, and the most important of these services are:

- Electronic counter
- Electronic debit card
- Online balance inquiry services
- Online ordering services for postal checks

¹ - Raffa Faffa, previously mentioned reference , p 380.

² - Beloul Fahima: Effectiveness of the measures taken to reform the public service within the municipality facility, Law Journal, Ahmed Zabana University Center, Glizan, Algeria, Vol 7,N 1, 2018, p 189.

³ - Law No. 12/07, dated 21 February 2012, on the State Law, Official Gazette No. 12, dated 29 February 2012.

⁴ - Law No. 11/10, dated 22 July 2011, on the Municipal Law, Official Gazette No. 37, dated 3 July 2011.

⁵ - Alaa Abdul Razzaq Al-Salami: e-Government, presented by: Khaled Ibrahim Al-Saliti, 2nd ed., Dar Wael for Publishing, Amman, Jordan, 2009. , p 31

- Online access to account statement services. ¹

3.2- -Higher Education and Scientific Research Sector:

The Ministry of Higher Education and Scientific Research has worked to modernize the administration and keep pace with the change that is taking place in the environment of public administration in an attempt to elevate an administrative model that is in line with the goals of the higher education and scientific research system. The Internet has been adopted by higher education and scientific research institutions in many areas, as many laboratories, research centers, and universities have full network coverage. As a result, various Algerian universities, in addition to the centers, have worked to try to activate electronic administration technologies, which can be reviewed as follows:

- Electronic university registrations.
- Filling and sending the electronic card for the initial registration.
- Electronic access to the results of the orientation.
- Electronic confirmation of registration.
- Electronic appeal against the orientation. ²

3.3-Vocational Training Sector:

Vocational training institutions have benefited from comprehensive reform programs aimed at making the sector keep pace with high-quality training programs, especially in light of technological development and the need to benefit from the information revolution. Therefore, it has been provided with an internet network that performs the function of linking the various administrative departments and vocational training centers. As a result, these institutions have been able to broadcast virtual lessons through the local network. The networking between the institutions of the sector in one program aims to build a database with two aspects:

- Information related to the administrative side.
- Information related to the pedagogical side In addition to other projects such as the information system, which presents training institutions in a digital geographic map.

The e-government measures are considered to be among the most important reforms that the Algerian state has undertaken, with the aim of combating administrative and financial corruption by trying to apply the principles of governance in Algerian administrations, which are based on transparency, accountability, responsibility, and equality.³

¹ - Abdelkarim Achour: The Role of e-Government in Rationalizing Public Service in the United States of America and Algeria, a thesis submitted for the Master's degree in Political Science and International Relations, supervised by Professor: Riyad Bouriche, Faculty of Law and Political Science, Mohamed Kheireddine University of Biskra, **2009/2010** , p137

² - Ahmed Bitam: Electronic Administration in Algeria, the General Directorate of Higher Education and Training at the Ministry of Higher Education as a Model, International Conference on the Legal System of the Electronic Public Service: Reality and Challenges, Mohamed Boudiaf University, M'sila, Algeria, December 16-17, 2018, p 5

³ - Abdelkarim Achour: Tpreviously mentioned reference , p137

Conclusion:

In conclusion, the following conclusions can be drawn from the topic of governance and combating administrative and financial corruption in Algeria:

-Administrative and financial corruption is one of the most serious problems facing public administrations and financial institutions. This has led to the need for these administrations and institutions to commit to the mechanisms and rules of governance to reduce this phenomenon, increase their efficiency, and thus increase citizen confidence in these administrations and institutions.

- Law No. 06/01 on the Prevention and Combating of Corruption is good from a theoretical perspective, but it still needs practical mechanisms to increase its effectiveness.

-Corruption prevention bodies suffer from several obstacles that reduce their effectiveness, such as the lack of coordination with government agencies and the lack of binding force for their decisions, which makes them mere supervisory control.

-The Algerian state is making considerable efforts to combat corruption and establish the principles of governance. This is reflected in various reform projects, which aim to govern the administration in order to eliminate the phenomenon of administrative and financial corruption.

-To achieve the governance of public administrations and financial institutions in order to eliminate administrative and financial corruption in Algeria, it requires the availability of political will for the Algerian government and the Algerian society on the one hand, and a spirit of cooperation and coordination between them on the other hand.

To combat administrative and financial corruption in Algeria through the application of governance and its establishment on sound foundations, we propose the following recommendations:

-It is essential to review the bodies responsible for combating administrative and financial corruption and establish them on new bases and rules that keep pace with the development taking place in various fields.

-It is essential to establish mechanisms for implementing the rules set forth in the law on the prevention and combating of corruption.

-To reduce central control and consolidate popular control by encouraging all elected councils representing the people to play a more effective supervisory role and implement all recommendations and proposals issued by those councils in the event of a supervisory investigation into a matter related to administrative or financial corruption.

-To encourage a spirit of cooperation and coordination between citizens and the government to combat the phenomenon of administrative corruption by activating the role of citizenship and positive civic sense.

List of references:**1- Laws:**

-Law No. 06/01, dated 20/02/2006, on the Prevention and Combating of Corruption, Official Gazette No. 14, issued on 08/03/2006.

-Law No. 11/10, dated 22 July 2011, on the Municipal Law, Official Gazette No. 37, dated 3 July 2011.

-Law No. 12/07, dated 21 February 2012, on the State Law, Official Gazette No. 12, dated 29 February 2012.

2- Books:

- Raffa Faffa: Corruption and Governance, a survey study of international reports, a case study of Algeria, 1st ed., Al-Wafaa Legal Library, Alexandria, Egypt, 2016.

-Omar Musa Jaafar Al-Quraishi: The Impact of e-Government in Reducing the Phenomenon of Administrative Corruption, 1st ed, Al-Halabi Law Publications, Beirut, Lebanon, 2015.

- Alaa Abdul Razzaq Al-Salami: e-Government, presented by: Khaled Ibrahim Al-Saliti, 2nd ed., Dar Wael for Publishing, Amman, Jordan, 2009.

-A series of educational bulletins by the Abu Dhabi Governance Center: Fundamentals of Governance: Terms and Concepts, Abu Dhabi Governance Center, UAE .

- Robert Reix : systèmes d'information et management des organisations , 4 edition, vubert, paris, france, 2002.

3 - Journals:

- Amal Kadri: The electronic court as a mechanism for establishing and developing the services of the judicial facility in Algeria, Guelma University Journal of Social and Human Sciences, University of 8 May 1945, Guelma, Algeria, Vol 17, N 1, 2023.

- Beloul Fahima: Effectiveness of the measures taken to reform the public service within the municipality facility, Law Journal, Ahmed Zabana University Center, Glizan, Algeria, Vol 7, N 1, 2018.

- Faisal Mahmoud Al-Shawarwah: Governance Rules and Assessing Their Role in Combating the Phenomenon of Corruption and Preventing It in Jordanian Publicly Traded Companies, Journal of Damascus University for Economic and Legal Sciences, Vol. 25, N 02, 2009.

- Farid Meknia and Abdel Halim Shouider, The Role of the Audit Board in Managing and Supervising State Property, a thesis for the degree of applied university studies, branch of business law, University of Continuing Education, Algeria Center, 2002-2001.

3- Scientific forums :

- Ahmed Bitam: Electronic Administration in Algeria, the General Directorate of Higher Education and Training at the Ministry of Higher Education as a Model, International Conference on the Legal System of the Electronic Public Service: Reality and Challenges, Mohamed Boudiaf University, M'sila, Algeria, December 16-17, 2018.

- Mohamed Yassin Ghader: Governance Determinants and Its Criteria, International Scientific Conference, Globalization of Management in the Age of Knowledge, Al-Jinan University, Tripoli, Lebanon, 2002.

- Abdullah Ghalem and Ben Dif Mohamed Adnan: Activating the Role of e-Governance as a Mechanism to Reduce Financial and Administrative Corruption in the Arab World with

Reference to International Experiences, a national conference on corporate governance as a mechanism to reduce administrative and financial corruption, Faculty of Economic Sciences, Commerce and Management, Mohamed Kheireddine University, Biskra, Algeria.

- Baqassim Madi and Khaddamia Amal: Activating the Role of Governance as a Mechanism to Reduce Financial and Administrative Corruption in Algeria, Causes, a national conference on corporate governance as a mechanism to reduce administrative and financial corruption, Faculty of Economic Sciences, Commerce and Management, Mohamed Kheireddine University, Biskra, Algeria, 2012.

4- University these

- Abdelkarim Achour: The Role of e-Government in Rationalizing Public Service in the United States of America and Algeria, a thesis submitted for the Master's degree in Political Science and International Relations, supervised by Professor: Riyad Bouriche, Faculty of Law and Political Science, Mohamed Kheireddine University of Biskra, 2009/2010.

- Ben Rejem Mohamed Khamis and Halimi Hakima: Financial and Administrative Corruption as an Entryway to the Phenomenon of Money Laundering and Its Spread, a national conference on corporate governance as a mechanism to reduce administrative and financial corruption, Faculty of Economic Sciences, Commerce and Management, Mohamed Kheireddine University, Biskra, Algeria, 2012.

- Nadia Tayeb: Mechanisms for Combating Corruption in the Field of Public Procurement, Doctorate Thesis, Faculty of Law and Political Science, Mouloud Mammeri University, Tizi Ouzou, 2012/2013.

The Importance of Legal Security Principle and its Relationship with Energy Security and the Future of Renewable Energies in Algeria

أهمية الأمن القانوني وعلاقته بالأمن الطاقوي ومستقبل بطاقات المتجددة بالجزائر

Dr. Boubechiche Yacine *

The University of Batna 1

Laboratory of human security

boubeyacine@gmail.com

S/D. MANSOURI Mohamed Charif

The University of Oran 2

TRANSMED Laboratory

mansouri.mohamed@univ-oran2.dz

The date of Submission: 2023-12-09

The date of acceptance: 2024-06-05

Abstract:

The law is a source of guarantee and stability for investment in energy security and its relationship to Algeria's various renewable energy mechanisms. The definition of the legal framework for this study will be central. In this context, the problems of research in this paper will be based on answering the following questions:

What is the importance of legal security? How can its relationship to energy security encourage investment in renewable energies? In addition, what guarantees is guaranteed by legal security as an essential element for attracting investment?

According to the above-mentioned questions, energy security is presumed to be linked to the extent of the Government's effective energy policies by moving from traditional depleted energy sources to renewable energies and allocating safeguards and appropriate mechanisms to make domestic and international investment subject to legal security requirements.

Keywords : Energy Security, renewable energy, legal security, investment, legal framework.

المخلص:

يعتبر القانون مصدر ضمان واستقرار الاستثمار في مجال الأمن الطاقوي، وعلاقته بمختلف الآليات المتعلقة بالطاقة المتجددة في الجزائر، فإن تحديد الإطار القانوني لهذه الدراسة سيكون أمراً محورياً. وفي هذا السياق، فإن إشكالية البحث في هذه الورقة سيرتكز على الإجابة على التساؤلات التالية:

ما هي الأهمية التي يكتسبها الأمن القانوني؟ كيف يمكن لعلاقتها بالأمن الطاقوي أن تشجع الاستثمار في الطاقات المتجددة؟ بالإضافة إلى ذلك، ما هي الضمانات التي يكفلها الأمن القانوني كعنصر أساسي لجلب الاستثمار؟ ووفقاً للأسئلة المذكورة أعلاه، يفترض أن الأمن الطاقوي يرتبط بمدى السياسات الفعالة للطاقة التي تطبقها الحكومة عن طريق الانتقال من مصادر الطاقات المستنفذة التقليدية إلى مصادر الطاقات المتجددة وتخصيص الضمانات والآليات المناسبة لجعل الاستثمار المحلي والدولي خاضعاً لمتطلبات الأمن القانوني.

الكلمات المفتاحية: الأمن الطاقوي، الطاقات المتجددة، الأمن القانوني، الاستثمار، الإطار القانوني.

* Corresponding Author.

Introduction:

The renewable energy issue has undoubtedly attracted great interest at the local, national and international levels, recognising its central importance via an objective-centred approach to develop its exploitation. In this regard, Algeria realised the vitality of energy resources for their contribution to boosting the domestic economy in that they are deemed fundamental to any development process. Besides, traditional energy such as oil and natural gas have been the primary energy sources upon which the country depends. Another issue to consider is the tremendous significance of investment in renewable energy and its relation to the future of energy and energy security since having large quantities of fossil fuels depends on any adopted techniques and strategies to conserve energy and reserves. This is mainly because Algeria attempts to use alternative and renewable energy in different domains through different programs associated with a body of laws to facilitate and encourage such an investment.

There is a joint agreement that economic and political stability are interrelated, thereby providing sufficient energy security is urgently needed. Such a situation stressed placing critical importance at political and strategic levels, especially with the persistent need for more energy in an unstable worldwide economy because of the oil prices decline everywhere. Ergo, there shall be an arising necessity to invest in renewable energy in an appropriate atmosphere, especially when legal security is promoted. This is because the investor, be they national or foreign, would consider the encouraging initiatives that legislation and regulations provide for, in that they would not start a business unless they realise the effectiveness and non-obstructing existing laws.¹

Thus, as the law is deemed the source of guarantee and stability of investment, such as energy security and the different mechanisms related to renewable energy in Algeria, delimiting the legal framework for their study shall be pivotal. In this vein, the research problem in this paper is:

What importance could legal security have? How might its relation to energy security encourage investment in renewable energy? Furthermore, what guarantees could devote legal security as an essential element to bring investment?

According to the research questions mentioned above, it is hypothesised that energy security is related to the extent of the effective energy policies applied by the government by moving from traditional depleting energy sources to renewable ones and devoting appropriate guarantees and mechanisms to bring local and international investment under legal security requirements.

In the same line of thought, the research paper is divided into two main axes as follows:

The First Axis: Conceptual and Theoretical Underpinnings

- **First: Energy Security and Renewable Energy Conceptual Meaning**
- **Second: Legal Security Definition**

The Second Axis: The Legal Framework and the Followed Procedures

- **First: Adapting Legal Mechanisms to Develop Renewable Energy in Algerian Legislation**

¹- **Aloui Fatima**. "The Role of Legal Security in Promoting Investments in Algeria" Economic Journal of El-Bachair, N°04, April, 2016. P 148.



• Second: The Relation between Legal Security and Investment in Renewable Energy

The foreign investor proceeds to transfer his capital only if the host State grants them a motivating treatment. This illustrates why the investment project could only be implemented in an appropriate atmosphere, as the investor aspires to operate in complete legal security in that the latter constitutes a fundamental factor in determining the competition ability of any country to potentially expand its opportunity as an attractive investment market. A certain deterioration in the notion of the legal security which the foreign investor may claim in addition to the decline of authority in terms of foreign investments governance.¹

The First Axis: Conceptual and Theoretical Underpinnings

We shall discuss energy security and renewable energy conceptual meanings in addition to defining legal security.

First: Energy Security and Renewable Energy Conceptual Meaning

In fact, the concept of security has witnessed many developments after the Cold War, including military, social, and cultural angles. Barry Buzan, for example, provided a distinction between five knitted fundamental sectors of the concept of security, namely:

1- **Military Threats:** mainly pertain to a state's capability in defense and attack and having a comprehensive insight towards other states' intentions.

2- **Political Threats:** these account for the structural stability that legitimises states, governments, and ideologies.

3- **Economic Security:** shall be related to financial resources and necessary markets to constantly conserve the state's power. This, in fact, made way to the competition among countries to control global markets, which per se led to conflicted vested interests.

4- **Societal Security:** pertains to the ability of a society to regenerate appropriately their own linguistic, cultural, national identity, religious, customary and traditional components in addition to threats to societies' identities and cultures.

5- **Environmental (Ecological) Security:** shall be related to the conservation of local and cosmic biosphere, as they constitute the essential support for human enterprises. Buzan also defined environmental security, as pertaining to "the maintenance of the local and the planetary biosphere".² In the same vein, two other sectors are found in the United States Human Development Report published in 1994, namely:

The Humanitarian Dimension: shall be related to valuing human dignity, ensuring political and civil rights exercise, and realising social justice.

The Nutritional Dimension: pertains to hunger and starvation and the inability of poor countries to cater for their citizens' needs.

Nonetheless, the body of literature did not only include Buzan's famous five security sectors, nor be it limited to those provided by UNHD in 1994, but also added new ones such as energy security. In fact, the latter is not a recent concept; Winston Churchill was the first to coin this term during WWI to achieve unity and cohesiveness among countries.

¹- ZOUAIMIA Rachid. "A quest for Legal Security in Foreign Investment". Academic Journal of Legal Research. Vol 12, N°01 (Special Issue). 2021. p. 631.

²- Äouatef Moumen. "Energy Security in Algeria: Conditions and Challenges". Algerian Review of Security and Development. Vol 10, N° 03. July 2021. P 124.



1- Energy Security Meaning:

In fact, energy security conceptual meaning is narrowed down to account for the guarantee of supplies at reasonable prices without interruption. Such an incomplete definition lacks many angles generated from recent events on the globe, leading to the belief that it has become necessary to be paraphrased considering the recent international developments. Consequently, this pivotal movement widened the meaning of energy security, such as Barton's definition to the said concept as "a condition in which a nation, and all, or most, of its citizens and businesses have access to sufficient energy resources at reasonable prices for the foreseeable future free from the serious risk of major disruption of service".¹

Such inclusive definitions did not only cover the supplies but also the technological developments and transportation processes. In other words, the realisation of energy security might depend on three levels successively during exploration and production. The first one is the Up-stream level, which encompasses the external factors, such as climate and the absence of national stability, that impact energy security. The Mid-stream level pertains to the transportation lines of oil and gas that might be subjected to problems such as traffic accidents, thereby negatively influencing energy security. The Down-stream level is all about guaranteeing the transportation and distribution of energy resources and supporting the body of existing laws and regulations.²

2- Renewable Energy Meaning:

Regarding renewable energy, various definitions are found in the literature, such as "The group of energy found in nature repeatedly and periodically. That is, auto-generated and non-depleted". The Organization of Petroleum Exporting Countries (OPEC) provided another definition as the energy that shall be generated from natural, non-depleting resources available everywhere on earth and quickly transferred into power.³

In a different manner, renewables are interchangeably called 'green energy' or, again 'clean energy', meaning that they are constant and environmentally friendly. In this line of thought, other definitions were suggested by different organisations and institutions, such as:

The International Atomic Energy Agency (IAEA): Renewable energy is those resources generated from nature in a renewable manner, such as sunlight and wind, whose replenishment rate overtakes consumption.

The Organization of Arab Petroleum Exporting Countries (OAPEC): Offered a definition to renewable energy as the power that periodically comes from natural sources contrary to non-renewables, mostly found underground and deemed useful only after being extracted by humans.

The United Nations Environment Program (UNEP): defines renewable energy as a non-precipitated and unlimited energy found in nature at a higher rate than its consumption in the following forms: Bio-massive, solar, wind, hydroelectric and geothermal.⁴

¹- Äouatef Moumen. *Idem*. P 124.

²- Nabil Ben Hamza. "Energy Security in Algeria, a Theoretical Etymological Study". Algerian Review of Security and Development. Vol 10 N° 03. July 2021. P 85.

³- The Organization of Petroleum Exporting Countries (OPEC). Annual Report 33, 2007. P 112.

⁴- Houda Badrouni. "The Investment and the Role of Renewable Energy in Achieving the Duality of Environment Protection and Sustainable Development in Algeria". Riyeda Journal of Business Economies. Vol 06, N°03. January 2020. P 130-131.



Jurisprudence also defined renewable energy as coming from natural, non-depleting, but renewable resources. Another definition of this concept is found in the Algerian legislation specifically in article three of the Renewable Energy Promotion within Sustainable Development Policy Act N° 04-09 issued on Jumada Ethania 27, 1425, corresponding to August 14, 2004. It provides for that renewable energy consists of any energy of electric, mechanic, thermal or gaseous form obtained out of the transfer of solar radiation, wind power, geothermal power, organic wastes, hydropower, and biomass use techniques. It might also include the bioclimatic-based architecture techniques that lead to various methods of energy saving.¹

Article two of the aforementioned act offered a range of objectives for the promotion of renewable energy as follows:

- Protecting the environment by promoting the use of non-polluting energy sources,
- Contributing to the fight against global warming by limiting gas emissions that cause the greenhouse effect,
- participating in sustainable development by conserving the non-renewables and
- Contributing to the national regional planning policy by promoting and generalising renewable energy sources.

Besides, Article Four thereof determined the field of application of the processes aiming at transferring renewable energy from their primary form to their final form, especially in these areas:

Solar energy: (Photoelectric transfer, thermal transfer and thermodynamic transfer).

Biomass energy:

(Wet transfer via methane and alcoholic fermentation and dry transfer via combustion, carbonisation, and gasification).

Wind energy: (Mechanical and electromechanical transfer).

Geothermal energy: (Recovery via heating).

- *Hydroelectric energy:* (Electromechanical transfer).

- *Materials and techniques* pertaining to bioclimatic architecture that permit a possible achievement of an effective renewable energy saving.

Second: Definition of Legal Security Principle:

The security concept seems so controversial, dynamic, and relevant to national and international events that it is hard to find an inclusive definition to the compound word 'legal security' in any legislation. Nevertheless, as it constitutes the pillar whereon the country that devotes rule of law is based, the judicial assiduousness process could define it.² Thus, deducing the concept of legal security through analogy in jurisprudential standards, as a primary step, makes it similar to the concept of *legitimate confidence*.

1- Legitimate Confidence:

It accounts for the creditor's perception towards the debtor, especially when the public authorities support it, such as when a judge enforces a contract. The principle of legitimate

¹- **Act N° 04-09** pertaining to Renewable Energy Promotion within Sustainable Development Policy issued on Jumada Ethania 27, 1425 corresponding to August 14, 2004. Official Journal of the Republic of Algeria N° 52 issued on August 18, 2004.

²- **Ismail Djabourbi**. "The Basics and Elements of Legal Security Principle" Ettahaoulat Journal N° June 02 2018 P 191-192.



confidence also signifies that the administrative forces shall be committed to keeping and respecting the aspirations they generate in favour of laypersons. Although legitimate confidence stems from legal security, jurisprudence differentiates between the two principles because they are not identical; if legal security guarantees the obtained rights, legitimate confidence represents the legal security aspect for achieving justice. The Court of Justice of the European Union (CJEU) defines legitimate confidence as the clarity and preciseness of laws, thanks to which the individual recognises their rights and duties, thereby choosing what to decide.¹

2- Legal Security Formal Definition:

In fact, formal definitions in legal documents are generally offered in such a way to be along a line, so to speak, between judicial-legislative and jurisprudential ends. Nonetheless, attempting to define legal security at the judicial-legislative end would not be fruitful because scholars refuse to reject defining unclear modern concepts. This made the jurists attempt to suggest appropriate definitions despite seeming challenging to achieve. That is why jurists prefer to offer a meaning instead of a definition because the latter is dynamic, polysemous, and ambiguous². More to the point, being a fundamental component in the security that law offers; with its compound nature woven with other legal principles, makes legal security an area of difficulty³. The main objective of legal security achievement is to guarantee considerable stability to law-based relationships and relative stability to legal positions. This will allow individuals to act according to the existing rules without subjection to unexpected abusive behaviours that might destabilise them.⁴

Besides, legal security aims at stabilising legal positions, law-based relations, and even legal texts in that it does not act as a mere perception but as a full process⁵. Legal security could also be defined as a principle that seeks to organise and stabilise the legal system and guarantee human rights within humanitarian and societal security domains via enforcing law and ensuring justice⁶. Moreover, Legal security is a principle whose main objective is to protect laypersons from the deficient side of the law, primarily regarding inconsistencies found in legal texts, ambiguous laws and regulations, or periodic updates⁷.

¹ **Abdelmadjid Ghmaidja**. "The Legal Security Principle and the Necessity for Judicial Security". Symposium of Hasniya Friendly Association of Judges; Conference 13 of the African Community of International Union of Judges on March 28, 2008. P 19. Casablanca, Morocco. (Presentation).

² **Belkhir Mohamed Ayt Öudiya**. Legal Security and its Principles in Administrative Law". Dar Elkhaldounia, Kouba, Algiers. 2018, P 19.

³ **Ahmed Fat'hi Serour**. Criminal-constitutional Law " Constitutional Legality in Penal Code, Constitutional Legality in Criminal Procedures Code" Dar E-Shorouk, Cairo, Egypt, 3rd version 2004, P85.

⁴ **Mohamed Mounir Hassani**. "The *Conseil Constitutionnel* Mechanisms to Achieve Legal Security. A Presentation in the National Conference of Legal Security. Faculty of Law and Science.

⁵ **Abdellah Laâouidji**, Legal Security and the Constraints to its Realisation in Algeria. A Presentation in the Online National Conference of the Impact Legal Security on Developing Investment. February 04, 2021. Faculty of Law and Political Sciences. Batna University1, Algeria.

⁶ **Cherneva Boyka Lvaylova**. Legal Security as a Principle in Lawmaking, G.S.I.J .N°2(14), University of Economics and Innovation in Lublin, Poland. 2017 P 28.

⁷ **Kamel FENNICHE**. "*Conseil d'Etat* Jurisprudence and Legal Security Concept R.C.C." N°13-2020, (Specialized half-year journal)- Studies (In French). p 11.



Legal security, as a universal concept is called “الأمن/اليقين القانوني” transliterated as “Elamn/Elyakine el kanouni” in Arabic, “Sécurité Juridique” in French, and “Certezza del diritto” in Italian¹.

3- Juridical Definition of Legal Security

In its report issued on March 24 2006, the French “Conseil d’Etat” suggested that legal security principle implies that laypersons shall easily stand on a position in such a way as to align themselves with what the law allows and to comply with what the law prohibits. Such law must be clear, understood, and not subjected to unexpected or periodic modifications².

4- The Subjective-objective Compound Definition of Legal Security

regarding subjective criterion, the legal security concept is limited to stabilising the underlying legal principles to maintain the parties’ legal positions, whereas the legal principles hierarchy constitutes the main point whereon objective criterion works. Therefore, it can be bear in mind that legal security has started as a concept and ended as a principle aiming at ensuring a sense of stability and protection to legal positions and contractual relationships. This can be best achieved through issuing unambiguous, uncomplicated, and cohesive laws that do not carry any unexpected qualifications and case descriptions, thereby ensuring confidence among legal parties and that the law would be surely enforced³.

5- The Constitutionality of Legal Security Principle:

The Roman legal system has so attracted many historians, jurists and scholars that some considered Rome to have conquered the world thrice: by its army, religion and legal system. Others went beyond to believe in the universality of the Roman legal system, nay being the sole representative of human unity. Moreover, it shall be the most fruitful work ever of Romans, and so will it be forever⁴.

Legal security per se, is initially deemed a Roman idea implied within the law of twelve tables. The latter acted as a new approach wherewith the priests’ monopoly and control of law over ordinary people was ended. Furthermore, the law of the twelve tables ensured legal security in that the magistrate (praetor) at that time was intervening in matters considered outside the law’s concerns⁵.

However, things have changed now: the constitution stands at the top of legal principles and hierarchy. Ergo, shall the legal security principle be considered constitutional or just legal?

German legal system has preserved the principles and concepts inherited from Roman law, including the legal security. That is why the said concept does not form an area of concern, as it constitutes an independent principle in German constitutional law thanks to the Federal Constitutional Court in Germany. The legal security principle, as an essential element of the principle of the rule of law, was upheld on December 19 1961. It has thenceforth entailed that the citizen must be able to anticipate the state's possible interventions and act

¹- **Pizzorusso Alessandro**. Passaglia Paolo. Italie. In: A.I.J.C, 15-1999; 2000, Round-table, Constitution and Legal Security. Constitutional Law, Community Law and European Law. P 199.

²- **Belhamzi Fahima**. “Legal Security of Rights and Constitutional Liberties”. Doctoral Thesis of Public Law. Faculty of Law and Political Sciences. University of Ahmed Ben Badis, 2017/2018. Algeria P 31.

³- **Djellab Abdelkader**. “Legal Security Guarantees in Administrative Activities”. Doctoral Thesis in Public Law. Faculty of Law and Political Sciences. University of Ibn Khaldoun, Tiaret. 2018/2019. Algeria P 58.

⁴- **Salah Ferkous**. “History of Legal and Islamic Systems”. Dar Elôouloum. Annaba, Algeria. 2001 P 32.

⁵- **Belkhir Mohamed Ayt Öudiya**. *Idem*. P12.



accordingly. They also must ensure that their behavior, once complying with the enforcing law, will be recognised along with the associated consequences¹.

Things are slightly different in Portugal, where the constitution does not mention legal security even though it forms an essential element in a country where the principle of the rule of law is devoted. However, other directions, such as jurisprudence and constitutional assiduousness confirmed that the idea of legal security derives from the democracy-based country that does devote the rule of law. Security is undoubtedly a value that law ensures to be a source of confidence to citizens to have sufficient protection; this way, legal security must become law under the constitution to ensure a sense of reliability in addition to individuals' and societies' rights and relations².

Nevertheless, there is no indication of legal security in the French constitution, thereby, legal texts. Nay, the constitutionality of legal security is explicitly rejected by the French 'Conseil Constitutionnel' even though the latter indirectly offers protection to legal security via the principle of non-retroactivity of law and legislation quality³. Legal security developed thanks to many institutional and organisational recognitions, such as CJEU on April 06 1962, in Bosch case, in 1970 and on July 14 1972; also, the European Court of Human Rights (ECHR) in Sunday Times case on April 26 1979, and May 05, 1981, in Durbeck case through calling for the need to respect the legal security's component of anticipation, in addition to the case of Hentrich against France on September 22 1994. This kind of cases entails a range of law features such as preciseness and the predictability⁴.

In Algeria, the constitutional amendment in 2016 did not explicitly mention the concept of legal security but just referred to it indirectly. This is best manifested in the excerpts and articles taken from the constitution, such as: "The law represses power abuse", that came to mean that authoritative officials in executive, legislative or judicial bodies shall not misapply law, nor shall they enforce it against individuals, but they shall refer back to court in order to protect the individuals from abuse. Besides, article 25 thereof ensured that "The impartiality of the administration shall be guaranteed by law", and that "The State shall be founded on the principles of organisational democracy, the separation of powers and social justice". Besides, litigants in Algeria have always law on their side thanks to the protection it offers against any deviation by the judge. All of these examples support the complete fulfillment of the legal security concept⁵.

Legal security first appeared in the last constitutional amendment in 2020 in article 34, last paragraph "In order to guarantee legal security, the State, in implementing legislation relating to rights and freedoms, shall ensure the readability, accessibility and the stability of legal texts"; In addition to the preamble of the constitutional amendment that implies that

¹- Belkhir Mohamed Ayt Öudiya. *Idem*. P13.

²- Abdelmadjid Ghmaidja. *Idem* P 09.

³- Abderrahmen Ellamtouni. "Judicial Assiduousness and Legal Security". Judicial Assistant Journal. Higher Institution of Judiciary, Moroccan Kingdom. Vol 46, May, 2014. P 08.

⁴- Djeddi Ouafa. "The Role of Judiciary in the Realization of Legal Security: Between Independency and the Authority's Requirements". Anthology of: Legal Security and Achieving Development. Scientific Publications of the Laboratory of Law, Family, and Administrative Development Studies. Faculty of Law and Political Sciences. University of Mohamed Boudiaf, September 2019. P 137.

⁵- Abdelmadjif Lakhdari & Fatima Ben Djeddou. "Legal Security and Judicial Security; A Complementary Relationship". Eshihab Journal. Islamic Sciences Institution. Elouadi University, Algeria. Vol 04, N° 02, June 2018. P 391.



“The Constitution shall ensure the separation and balance of powers, the independence of the judiciary, legal protections, oversight of the work of public authorities, and legal security”, and the aforementioned principles¹.

The Second Axis: The Legal Framework and the Followed Procedures.

In the present part, we shall discuss the legal mechanisms, the means to adapt them to develop the renewables industry in Algerian legislation, and the relationship between the legal security concept and renewable energy law, specifically in the investment domain.

First: Adapting Legal Mechanisms to Develop Renewable Energy in Algerian Legislation

Algeria has been interested in renewable energy since 1983, thanks to a convention on developing new and renewable energy with the government of the Kingdom of Belgium, which concluded in Algiers on April 08 1982. In addition to mutually friendly relationships, the convention aimed at developing scientific, technical, and industrial cooperation. The said treaty was also signed because of the importance of cooperation for the establishment of the New International Economic Order (NIEO) according to the recommendations of the Nairobi Conference Program, especially in terms of the application of new appropriate economic techniques; developing the media, training and research; and the reinforcing cooperation between the parties.²

The first initiative was the Environmental Protection Act N° 83-03 issued on February 05, 1983; although abolished, it did not refer specifically to new and renewable energy but required, within a policy to protect the environment, to preserve and place value to the natural resources, improve the quality of livelihood in addition to forbidding and combatting pollution and harmful means.³

In order to make those legal mechanisms more transparent, we shall present the main legislative acts and laws.

1- Act N° 98-11 pertaining to the orientational law and quinquennial projection program on scientific research and technological development 1998-2002⁴ issued on Rabiû Ethani 29, 1419 corresponding to August 22, 1998:

It aims to promote scientific research and technological development, including that of the university, the national economic, social, cultural, scientific and technological growth, and the development of natural resources, the environment and ecological diversity.

The said act contains a particular clause to renewable energy, demonstrating the importance of renewable energy in Algeria and the challenges accordingly.

¹- **Articles** (16), (25), and (26) of the constitutional amendment of Algeria, 2020.

²- **Presidential Decree N° 83-131** issued on Jumada Eloula 06, 1403, corresponding to February 19, 1983, on the ratification of the convention on developing new and renewable energy, with the government of the Kingdom of Belgium, concluded in Algiers on April 08, 1982. Official Journal of the Republic of Algeria N° 08 issued on Jumada Eloula 09, 1403, corresponding to February 22, 1983.

³- **Environmental Protection Act N° 83-03** issued on Rabiû Ethani 02, 1419, corresponding to February 05, 1983. Official Journal of the Republic of Algeria N° 06 issued on Rabiû Ethani 25, 1419, corresponding to February 08, 1983.

⁴- **Act N° 98-11** pertaining to the orientational law and quinquennial projection program on scientific research and technological development 1998-2002³⁰ issued on Rabiû Ethani 29, 1419, corresponding to August 22, 1998. Official Journal of the Republic of Algeria N° 62 issued on Jumada Eloula 02, 1419, corresponding to August 24, 1998. Amended by Act 08-05 issued on February 23, 2008. Official Journal of the Republic of Algeria N° 10 issued on February 27, 2008.



It also refers to the sources that generate these energies, such as the enormous solar field covering an area of approximately 2.382 million km² with an annual capacity of more than 3000 sun-hours and considerable wind and geothermal energy ratios.

Again, such energy can be a future alternative to those in present use, especially in rural areas, forming a potential future market. Moreover, the act above encourages the exploitation of renewable reserves as an alternative national energy at a 1% ratio until 2050; therefore constituting an area of investment within small and medium companies that will reinforce the labour market.

2- Energy Control Act N° 09-99 issued on Rabi' Ethani 15, 1420, corresponding to July 28, 1999, aims at defining the conditions and the means of framing and putting into effect the policy of the national energy control¹.

It included all the procedures and practical activities whereby the use of renewable energy is rationalised, and the impact of the energy system on the environment is reduced. The rationalisation of energy use in this context means the best use of energy consumption starting from the processes of production and transfer to the final consumption in a range of spheres such as industry, transport, services, and family.

The same act discussed renewable energy, especially in the fourth article thereof, wherein renewables development was defined as introducing and promoting the different transfer categories of exploitable renewable energy, especially solar energy, geothermal energy, biomass, hydropower energy, and aeolian energy.

It also placed importance on developing and promoting renewable energy via the processes of financing and integration within the national economy. Article seven thereof illustrates this point by considering energy control as an activity of public interest that ensures the promotion, encouragement of technological development and the improvement of economic efficiency. Besides, it contributes to sustainable development by preserving and expanding the national non-renewable energy resources. The second chapter within the hereinabove act provides for the ways to implement the national energy control policy.

3- Act N° 01-20 pertaining to the sustainable development of territory planning issued on Ramadan 27, 1422, corresponding to December 12, 2001.²

The provisions therein determine the directives and territory planning tools that ensure development at the national level harmoniously and sustainably via specific mechanisms.

Article 33 in the same act implies the orientational plan of energy that aims to rationalise the exploitation of energy resources, develop renewables, and help combat environmental pollution and the effects of global warming resulting from the exploitation of non-renewables. The said article also links energy and economy, determining the conditions the state and local authorities should abide by. This is to manage energy control activities and produce and use renewable energy without exhausting the energy resources.

4- Act N° 04-09 on the promotion of renewable energy within sustainable development framework issued on Jumada Ethania 27, 1425, corresponding to August 14, 2004.¹

¹ - **Energy Control Act N° 09-99** issued on Rabi' Ethani 15, 1420, corresponding to July 28, 1999. Official Journal of the Republic of Algeria N° 51 issued on Rabi' Ethani 15, 1420, corresponding to August 02, 1999.

² - **Act N° 01-20** pertaining to the sustainable development of territory planning issued on Ramadan 27, 1422, corresponding to December 12, 2001. Official Journal of the Republic of Algeria N° 77 issued on Ramadan 27, 1422, corresponding to December 18, 2001.



Article three thereof made an explicit definition of renewable energy, especially in terms of their resources as all forms of electric, mechanic, thermal or gaseous energy obtained out of the transfer of solar radiation, aeolian power, geothermal power, organic waste, hydropower, and biomass use techniques. It might also include the bioclimatic-based architecture that might lead to various methods of energy saving. It should also be noted that all the aforementioned resources are also contained in Act N° 02-01 on electricity and gas distribution by ducts, issued on February 05, 2002.²

5- Act N° 11-11 on the complementary finance law for 2011 issued in Shaâban 16, 1432, corresponding to July 18, 2011.

Article 40 thereof implies the augmentation of the oil royalty ratio from 0.5% in 2010 to 1% to boost the National Fund for the Establishment and Development of Renewable Energy Technologies.³

From the available legislative texts, we can deduce that the acts and laws above and other supporting regulations have underlain the national policy for renewable energy, namely:

1- Executive decree N° 11-423 issued on Muharram 13, 1433, corresponding to December 08, 2011, determines the modalities for managing the special allocation account N° 131-302 entitled "The National Fund for Renewable Energy and Cogeneration".⁴

2- Executive Decree N° 13-218 issued on Shaâban 9, 1434, corresponding to June 18, 2013, determining the conditions for granting bonuses for the costs of diversifying electricity production (Amended and completed).⁵

3- Executive Decree N° 13-424 issued on Safar 15, 1435, corresponding to December 18, 2013, amending and completing Executive Decree N° 05-495 issued on Thu al-Qiûdah 24, 1426, corresponding to December 26, 2005, pertaining to the energy audit of the most energy-consuming facilities.⁶

¹- **Act N° 04-09** on promoting renewable energy within sustainable development framework issued on Jumada Ethania 27, 1425 corresponding to August 14, 2004. Official Journal of the Republic of Algeria N° 52 issued on August 18, 2004.

²- **Act N° 02-01** on electricity and gas distribution by ducts, issued on February 05, 2002. Official Journal of the Republic of Algeria N° 08 issued on Thu-al-Qiûdah 23, 1422, corresponding to February 06, 2002.

³- **Act N° 11-11** on the complementary finance law for 2011 issued on Shaâban 16, 1432, corresponding to July 18, 2011. Official Journal of the Republic of Algeria N° 40 issued on Shaâban 18, 1432, corresponding to July 20, 2011.

⁴- **Executive Decree n ° 11-423** issued on Muharram 13, 1433, corresponding to December 08, 2011, determining the modalities for managing the special allocation account N° 131-302 entitled "The National Fund for Renewable Energy and Cogeneration". Official Journal of the Republic of Algeria N° 68 issued on Muharram 19, 1433, corresponding to December 14, 2011.

⁵- **Executive Decree N°13-218** issued on Shaâban 9, 1434, corresponding to June 18, 2013, determining the conditions for granting bonuses for the costs of diversifying electricity production. Official Journal of the Republic of Algeria N°33 issued on Shaâban 17, 1434, corresponding to June 26, 2013, amended and completed by the Executive Decree N°17-166 issued on Shaâban 25, 1438, corresponding to May 22, 2017. Official Journal of the Republic of Algeria N°31 issued on Ramadan 02, 1438, corresponding to May 28, 2017.

⁶- **Executive Decree N° 13-424** issued on Safar 15, 1435, corresponding to December 18, 2013, amending and completing Executive Decree N° 05-495 issued on Thu al-Qiûdah 24, 1426, corresponding to December 26, 2005, pertaining to the energy audit of the most energy-consuming facilities. Official Journal of the Republic of Algeria N°65 issued on Safar 19, 1435, corresponding to December 22, 2013.



4- Executive Decree N° 15-69 issued on Rabi' Ethani 21, 1436, corresponding to February 11, 2015, determining the modalities of the certification of the renewable energy origin and the use of these certificates (amended and completed).¹

5- Executive Decree N° 15-319² issued on Rabi' Al-Awal 1st, 1437, corresponding to December 13, 2015, determining the modalities for managing the special allocation account N° 131-302 entitled "The National Fund for Renewable Energy and Cogeneration".

6- Ministerial Decision issued on Rabi' Ethani 2, 1435, corresponding to February 02, 2014, setting the guaranteed purchase prices and the corresponding conditions for application on electricity produced by the aeolian method.³

7- Ministerial Decision issued on Rabi' Ethani 2, 1435, corresponding to February 02, 2014, setting guaranteed purchase prices and the corresponding conditions for the application on electricity produced by the photoelectric method.⁴

In order to achieve a long-term vision for energy production and, or consumption under the new and renewable sources of energy, the Ministry of Energy Transition and Renewable Energy was established as a new policy. This is in accordance with Presidential Decree N° 20-163 issued on Thu al-Qi'dah 1st, 1441, corresponding to June 23, 2020, which implies the appointment of the government members (amended and completed). This is to emphasise Algeria's political will towards enforcing relevant laws and regulations and providing the appropriate atmosphere to boost the transition towards a sustainable energy system.

Afterwards, the executive Decree N° 20-322 issued on Rabi' Ethani 6, 1442, corresponding to November 22, 2020, came to determine the scope of competence of the Minister of Energy Transition and Renewable Energy⁵ along with the other departments for the same purposes.

The Energy Transition Minister shall, therefore, ensure a range of tasks mainly: the implementation of national policies and strategies in energy transition and renewable energy; the identification of the necessary legal, human, financial and physical means; suggesting an

¹ - **Executive Decree N°15-69** issued on Rabi' Ethani 21, 1436, corresponding to February 11, 2015, determining the modalities of the certification of the renewable energy origin and the use of these certificates. Official Journal of the Republic of Algeria N°09 issued on Rabi' Ethani 28, 1436, corresponding to February 18, 2015, amended and completed by the Executive Decree N°17-167 issued on Sha'aban 25, 1438 corresponding to May 22, 2017. Official Journal of the Republic of Algeria N°31 issued on Ramadan 02, 1438, corresponding to May 28, 2017.

² - **Executive Decree N° 11-423** issued on Rabi' Al-Awal 1st, 1437, corresponding to December 13, 2015, determining the modalities for managing the special allocation account N° 131-302 entitled "The National Fund for Renewable Energy and Cogeneration". Official Journal of the Republic of Algeria N° 68 issued on Rabi' Al-Awal 15, 1437, corresponding to December 27, 2015, amended and completed by the Executive Decree N°17-168 issued on Sha'aban 25, 1438, corresponding to May 22, 2017. Official Journal of the Republic of Algeria N°31 issued on Ramadan 02, 1438, corresponding to May 28, 2017.

³ - **Ministerial Decision** issued on Rabi' Ethani 2, 1435, corresponding to February 02, 2014, setting the guaranteed purchase prices and the corresponding conditions for application on electricity produced by the aeolian method. Official Journal of the Republic of Algeria N°23 issued on Jumada Ethania 23, 1435, corresponding to April 23, 2014.

⁴ - **Ministerial Decision** issued on Rabi' Ethani 2, 1435, corresponding to February 02, 2014, setting the guaranteed purchase prices and the corresponding conditions for the application on electricity produced by the photoelectric method. Official Journal of the Republic of Algeria N°23 issued on Jumada Ethania 23, 1435, corresponding to April 23, 2014.

⁵ - **Executive Decree N°20-322** issued on Rabi' Ethani 6, 1442, corresponding to November 22, 2020, determining the scope of competence of the Minister of Energy Transition and Renewable Energy. Official Journal of the Republic of Algeria N°69 issued on Rabi' Ethani 6, 1442, corresponding to November 22, 2020.



energy model based on the provision of energy and renewable energy; and a sustainable pattern of energy consumption and production. All of the aforementioned tasks shall be realised in collaboration with the relevant departments and in accordance with the governmental program.

Furthermore, the said Minister shall be charged with developing and placing value to renewable energy, developing and promoting energy control, and gradually substituting energy. As far as their areas of competence are concerned, the Minister shall prepare legislative and regulatory texts, exercise public authority under the legislative and regulatory bodies in force, and apply regulations and technical specifications.

To this end came the executive Decree N° 20-323 issued on Rabiû Ethani 6, 1442, corresponding to November 22, 2020, to define the different officers and sections of the central department of the Ministry of Energy Transition and Renewable Energy¹ as follows:

Secretary General: an officer assisted by two study directors, to whom is enclosed a mail registry and an internal security office.

Chief of the Office: an officer assisted by two study-and-synthesis clerks charged with a range of tasks, the most important of which is preparing and organising the minister's activities pertaining to the government's provided services and the relations with Parliament, consultative councils and bodies of the nation. They also follow up on the end outcomes of the ministry's activities, programs and major projects for the development of the same sector, the activities of research and technological vigilance and cooperation, and communication and relations with the media.

The same Decree includes the tasks of the Energy Transition Department, Energy Control Department, Department of Renewable Energy Connected with Electric Network, Department of Local Consumption and Development of Renewable Energy other than Electric Network, Department of Regulation, Communication and Cooperation, and General Management Department.

Second: The Relationship between Legal Security and Investment in Renewables and Energy Security

As the oil in Algeria is about to run out, the Algerian government, for the sake of increasing its capacity in energy, started exploring new resources for energy thanks to the new growth program. This could be achieved by the maximum exploitation of and investing in renewable energy resources. To this end, many alternative-energy projects were established, and conventions were concluded with foreign countries for the future promotion of latent renewable energy resources.²

In the same line of thought, legal security shall be stressed not only to mean protecting the legal positions, respecting and guaranteeing individual rights, but equally important, respecting the individuals' legitimate expectations. Legal security impact on the legislation and regulation of investment is manifested in the necessity of an official investment decision based on the significant principle of economic rationalisation as a first step. This can be

¹ - **Executive Decree N°20-323** issued on Rabiû Ethani 6, 1442, corresponding to November 22, 2020, defining the different officers and sections of the central department of the Ministry of Energy Transition and Renewable Energy. Official Journal of the Republic of Algeria N°69 issued on Rabiû Ethani 6, 1442, corresponding to November 22, 2020.

² - **Khirdja Hamza & Bilal Boudjemaâ**. "Investment and Development of Exploitation of Renewables". Economic Integration. Adrar University. Vol 05, N° 01. P 92.



achieved by using resources that offer maximum incomes, including lost revenues, through a methodological study of the feasibility and fruitfulness of the alternative.¹

The vital importance of legal security is best manifested in some spheres. First, by diminishing the risk foreign investors can be subject to while making the appropriate decision. That is why Algeria adopted a careful investment policy switching over to, so to speak, an attractive and exciting destination for business- persons via ensuring a relaxed atmosphere that may make foreign investors gain confidence in legislative economic systems. Second, legal security must go beyond the matter of building confidence to protecting that confidence. Moreover, market mechanisms cannot be effective without strict rules governing their activity in that law is traditionally deemed a prerequisite for creating any market.² Investments, therefore, necessitate an official investment decision as a first step.

In order to guarantee the protection of individuals' interests, legal security has been established and devoted as it is one of the fundamentals of economic activity. Consequently, legislators, on the one hand, commit themselves to preserving legal positions, building confidence, and being able to foresee future relationships. This is because legal security shall ensure a relaxed atmosphere and constitute a motivating element for investment based on the firm existing law and the state's sovereignty over the business. On the other hand, the foreign or national investors seek to find efficiency, speed, security and confidence in commercial transactions protected by existing laws in case of dispute³. In addition, before the investors begin their business, they look for guaranteeing circumstances that ensure legal security against any potential risks⁴.

It can be borne in mind that foreign investment shall pertain to the protection and guarantees offered by the state. Economists define the aforementioned principle of guarantee as the bilateral commitment of the state and the investor to react positively towards running a given business. From a legal standpoint, it is "the set of methods meant to ensure the investor with legal security that per se will be used to offer a guaranteed output"⁵.

There is no doubt that investors would not make any investment decision unless they are sure what will be happening in the future in that they tend to foresight the potential of market expansion. Many factors could impact the latter, such as the tax and governmental expenditures policy change, which may affect the economic situation. This reveals why forecasting plays a vital role in determining the investment direction⁶.

Ergo, Algeria devoted the principle of freedom of investment after the national referendum on November 01, 2020, under Article 61 of Presidential Decree N° 442-20 on the constitutional amendment stipulating that "Freedom of commerce and industry shall be guaranteed". To this end came the Investment Promotion Act N° 16-09 to create a favourable

¹- **Ben Saha Yaâkoub & Benlaghdar Mohamed**. "Legal Security on Face of Economic Regulation in Algeria". El-Bahith on Human and Social Sciences. Vol 03, 2020. P 264-265.

²- **Belkhir Mohamed Ayt Ōudiya**. *Idem*. P 48.

³- **Aloui Fatima**. *Idem*. P 150.

⁴- **Zerrouki Naouel**. "Legal Security Role in Devoting the Efficacy of Investment Guarantees in Algeria". Academic Journal of Legal Research. Vol 11, N°02. (Special issue), 2020. P 147-148.

⁵- **Jdaini Zakia**. "The Mechanisms of Foreign Investment Encouragement in Algerian Law". Haouliat of University of Algiers1. Vol 33, N°01. March 2019. P 260.

⁶- **Khbir Kadour**. "Direct Foreign Investment in Algeria: Between Reform and Reality". Master Dissertation in Economic Sciences. Economic Analysis Specialty. Faculty of Economic and Management Sciences. Algiers University, 2002/2003. P 05.



atmosphere for investment (economic attractiveness) to ensure the foreign investor about their investment, including investment guarantees, be they objective (contractual and legal) or procedural (judicial and international arbitration)¹, namely:

1- Contractual Guarantees for Foreign Investment Encouragement

The free economy is what Algeria aims to achieve through the Euro-Mediterranean partnership in accordance with Article 54 thereof. In this regard, Algeria sought to promote the public sector's potential for encouraging private sector businesses to adapt to investment practices². In addition, the agreement of the African Continental Free Trade Area (AFCFTA) concluded in Kigali on March 21, 2018, was also used for the same objectives above.

This is because Algeria's needs to establish clear, transparent, predictable and mutually advantageous rules that govern trade in goods and services and the policy of competition, investment, and intellectual property among the states acting as parties to the agreement. The set of those rules would, in fact, help find solutions to the challenges of multiplicity and overlapping of the trade systems to achieve policy coherence, including those pertaining to the relationships with the parties³.

Such international and bilateral contracts that have so far been attracting countries' interests shall bring them foreign capital, thereby constituting the sole way to offer protection to investments as they ensure a trade-off between the contracting countries' conflicting interests.

International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID)

Formulated by the International Bank for Reconstruction and Development (IBRD), ICSID was established in accordance with the Washington Treaty on March 18, 1965, as the first international institution that provides guarantee mechanisms. It promotes settlement and arbitration of investment disputes between contracting countries and foreign investors through complying with the enforceable provisions of arbitration contained within the said convention⁴. The latter was later ratified by Algeria in accordance with the presidential Decree N° 95-346, then devoted by the Investment Promotion Act N° 16-09 that offered a

¹- **Sara Azzouz** "Foreign Investment Guarantees within Investment Promotion Act N° 16/09". Elbahith for Academic Studies. Vol 08, N°01, January 2021. P 583.

*Investment Promotion Act N° 16-09 issued on August 03rd, 2016. Official Journal of the Republic of Algeria N° 46, issued on August 03, 2016. Authenticated in accordance with the presidential Decree N° 05-159 issued on April 27, 2005, on the ratification of the Euro-Mediterranean Treaty for the foundation of a partnership between the European Union and Algeria. Official Journal of the Republic of Algeria N° 31 issued on April 30, 2005.

²- **Kassouri Fahima**. "The Role of the Central Institutions in Boosting the National Investment Potentials within the Investment Promotion Act N° 16-09". Journal of Judicial Assiduousness. Vol 12, N° 02. October 2019. P 10.

*Presidential Decree N° 21-133, issued on April 05, 2021, on the ratification of the Founding Convention of the African Continental Free Trade Area (AFCFTA) concluded in Kigali on March 21, 2018. Official Journal of the Republic of Algeria N° 36 issued on May 16, 2021.

³- **The sixth paragraph of the Founding Convention of the African Continental Free Trade Area (AFCFTA) preamble.**

⁴- **Sara Azzouz**. *Idem*. P 583-584.

*Presidential Decree N° 95-346, issued on October 30, 1995, on the ratification of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States.

*Presidential Decree N° 95-345, issued on October 30, 1995, on the ratification of the Convention on the Creation of the Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA). Official Journal of the Republic of Algeria, N° 66 issued on November 05, 1995).



sense of judicial guarantee and a possibility to settle investment disputes in accordance with international commercial arbitration rules.

The Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA): Algeria ratified MIGA convention under IBRD support in accordance with the presidential Decree N° 95-345. As MIGA treaty is committed to guaranteeing non-commercial (political) risks faced in host countries, such as seizure and attachment, capital transfer, wars, and disturbances, it undoubtedly constitutes a sufficient guarantee for foreign investors at the international level¹.

2- Legal Guarantees for Foreign Investment:

Legal guarantees account for the set of guarantees contained within local laws and ratified international conventions and treaties, in addition to the ability to gain complete access to maximum administrative documents and data protected by firm legislation to conduct a feasibility study. Legal guarantees could also be contained in the Investment Promotion Act mentioned above.

2.1- The access to the administrative documents and data

The existing laws in Algeria determine how to access the administrative documents and data in accordance with the presidential decree N° 88-131 on the relations between the administration and the citizens, in particular articles 10 and 11 thereof.

The investor is guaranteed access to documents and data under the executive Decree N° 06-356 pertaining to the scope of competencies, organisation and functioning of the National Agency for Investment Development, especially article three thereof. The said agency, under the supervision of the Minister of Investment Promotion, takes on the media, welcoming warmly foreign investors and giving them access to all necessary information. In addition, it takes on collecting all the necessary documents that allow the business community to better familiarise themselves with the legislation and regulations pertaining to investment even sectorial ones, process, and publish them through the most influential media, including exchanging information and ensuring the publication of the received ones².

2-2- Legislative Firmness Requirement

It constitutes a vital provision in the investment contract constituting a guarantee from the risks of unstable legislation. It provides for that the contract is legally enforceable according to the current laws irrespective of their later amendment, which reveals that the legislature has good intentions to bring investments³.

Furthermore, the protection of acquired rights in Algeria is considered in the legislation, particularly in the Investment Promotion Act N° 16-09; article 35. The latter guarantees the investor's acquired rights regarding the advantages and other benefited rights obtained from previously issued versions of laws and regulations until their expiry. The act above also guarantees fair and equitable foreign-local investor treatment and the non-expropriation of property that has particular importance as contained in the first paragraph of article 50 of the

¹- Jdaini Zakia. *Idem*. P 263-264.

²- Belkhir Mohamed Ayt Oudiya. "A research in the Economical Dimensions of Legal Security Principle". A communication in the Seventh National Conference on Legal Security in Algeria. Faculty of Law and Political Sciences, University of Fares Yahia, Medea. 11-12 November 2014. P 06.

³- Djrifili Mohamed. "The Extent of the Efficacy of the Legal Guarantees to Boost Foreign Investment in Algerian Legislation". *Journal of Assiduousness in Legal and Economic Studies*. Vol 10, N° 01. 2021. P 232-324.



last constitutional amendment: “any foreigner legally present in the national territory shall enjoy legal protection of his person and property”.

In this vein, as Algeria was convinced that keeping pace with the developments taking place in international economic relations in general and achieving development in particular, it established a set of principles that conform to the rules that govern international investment law even though the desired goals were not achieved, thereby a lack of international investments¹.

As the development pertains to investment, the latter should have an influential role in reducing unemployment and poverty in society and raising the standard of living for citizens. That is why developing countries work on providing the appropriate atmosphere, such as legal and judicial securities to attract investments even though national and foreign investments run the risk of being unattractive for the shortage of legal security within legal and institutional systems².

Although legislative modification shall be legitimate as it keeps the main principles such as justice and equality, the foreign investor may lose confidence and recourse to other countries that keep firmness to their legislations³.

Undoubtedly, the principle of legal security and investment act in a complementary relationship within the renewable energy framework. Investing in renewables shall not be implemented without the building bricks, so to speak, of law based on the protection of acquired rights, legitimate forecasting and ensuring legal stability in addition to the contractual and legal guarantees intending to bring investors in renewable energy.

The analysis of legal security and energy security in the first axis reveals that both are directly interrelated, so energy security shall be unperceivable without legal security on objective and subjective dimensions. The first dimension implies existing and grasped laws that offer physical and intellectual access, whereas the second dimension entails the predictability and the relative stability of legal positions via the non-retroactivity of laws and the protection of acquired rights.

Conclusion

To conclude, switching to renewable and new energy seems necessary owing to the oncoming depletion of non-renewables. Ergo, the daunting challenge for Algeria is to adopt a relevant strategy that might ensure meeting the increasing energy needs. This can be achieved via exploiting non-costing, non-depleting, and environmentally friendly alternatives other than the hazardous shale gas that has negative impacts at environmental and financial levels and nuclear energy, which advanced countries are seeking to get rid of.

The absence of a developmental policy based on an energy strategy brought about an insignificant investment in renewables regardless of the existing laws and regulations. This situation led to the belief that, on the one hand, legal security shall be of central importance in that it contributes to bringing investments in renewables as a future alternative, a guarantee to

¹ - **Kermich Nourelhouda & Mekkaoui Sidi Mohamed**. “Legal Security in Investment in Algeria”. Arsad Journal of Economic and Administrative Studies. Vol 03, N°01, June 2020. P 69.

² - **Roukia Aâouchria**. “The Non-legal-security and its Impact on Development. Algerian Journal of Humanitarian Security N°01, January 2016. P 23-32.

³ - **Hennan Ali**. “Legal Security as an Attractive Value to Foreign Investment in Algeria”. Doctoral Thesis. Ghardaia University, 2019/2020. P 131.



investors and capital providers. On the other hand, economic feasibility must be taken into account when developing policies to achieve energy security.

Notwithstanding, legal security remains an insufficient guarantee to achieve alternatives other than traditional energy because of the absence of political will and the need to adopt wise decision-making such as the nationalisation of fossil fuels to align with the post-oil world policy as of 2040.

As such, we shall suggest these recommendations to realise the best investments and exploitation of renewables:

- The need to achieve the legal security requirements, as it constitutes a value for the legal environment and a competitive factor in attracting investment in renewables. This is because of the investor's expectations to work within a stable and precise legislative framework and their need for the government to commit themselves to the provided body of data in that attracting foreign investment is no longer related to the exclusive tangible and fiscal incentives offered.
- Placing crucial importance to scientific research to achieve an energy transition and renewables development.
- Boosting renewable and new energy projects and investments and emphasising the environment.
- Not only making investors and companies aware of the fundamental importance of exploiting renewable energy but also all sections of society in order to best achieve energy security.

References

- **Aloui Fatima.** "The Role of Legal Security in Promoting Investments in Algeria" Economic Journal of El-Bachair. N°04. April, 2016.
- **ZOUAIMIA Rachid.** "A quest for Legal Security in Foreign Investment". Academic Journal of Legal Research. Vol 12, N°01 (Special Issue). 2021. p. 631.
- **Äouatef Moumen.** "Energy Security in Algeria: Conditions and Challenges". Algerian Review of Security and Development. Vol 10, N° 03. July 2021.
- **Nabil Ben Hamza.** "Energy Security in Algeria, a Theoretical Etymological Study". Algerian Review of Security and Development. Vol 10 N° 03. July 2021.
- **The Organization of Petroleum Exporting Countries (OPEC).** Annual Report 33, 2007.
- **Houda Badrouni.** "The Investment and the Role of Renewable Energy in Achieving the Duality of Environment Protection and Sustainable Development in Algeria". Riyeda Journal of Business Economies. Vol 06, N°03. January 2020.
- **Act N° 04-09** pertaining to Renewable Energy Promotion within Sustainable Development Policy issued on Jumada Ethania 27, 1425 corresponding to August 14, 2004. Official Journal of the Republic of Algeria N° 52 issued on August 18, 2004.
- **Ismail Djabourbi.** "The Basics and Elements of Legal Security Principle" Ettahaoulat Journal N° June 02 2018.
- **Abdelmadjid Ghmaidja.** "The Legal Security Principle and the Necessity for Judicial Security". Symposium of Hasniya Friendly Association of Judges; Conference 13 of the African Community of International Union of Judges on March 28, 2008. Casablanca, Morocco. (Presentation).
- **Belkhir Mohamed Ayt Öudiya.** Legal Security and its Principles in Administrative Law". Dar Elkhaldounia, Kouba, Algiers. 2018.



- **Ahmed Fat'hi Serour.** Criminal-constitutional Law “ Constitutional Legality in Penal Code, Constitutional Legality in Criminal Procedures Code” Dar E-Shorouk, Cairo, Egypt, 3rd version 2004, P85.
- **Mohamed Mounir Hassani.** “The *Conseil Constitutionnel* Mechanisms to Achieve Legal Security. A Presentation in the National Conference of Legal Security. Faculty of Law and Science.
- **Abdellah Laâouidji,** Legal Security and the Constraints to its Realisation in Algeria. A Presentation in the Online National Conference of the Impact Legal Security on Developing Investment. February 04, 2021. Faculty of Law and Political Sciences. Batna University1, Algeria.
- **Cherneva Boyka Lvaylova.** Legal Security as a Principle in Lawmaking, G.S.I.J .N°2(14), University of Economics and Innovation in Lublin, Poland. 2017.
- **Kamel FENNICHE.** “*Conseil d’Etat* Jurisprudence and Legal Security Concept R.C.C.” N°13-2020, (Specialized half-year journal)- Studies (In French).
- **Pizzorusso Alessandro.** Passaglia Paolo. Italie. In: A.I.J.C, 15-1999; 2000, Round-table, Constitution and Legal Security. Constitutional Law, Community Law and European Law.
- **Belhamzi Fahima.** “Legal Security of Rights and Constitutional Liberties”. Doctoral Thesis of Public Law. Faculty of Law and Political Sciences. University of Ahmed Ben Badis, 2017/2018. Algeria.
- **Djellab Abdelkader.** “Legal Security Guarantees in Administrative Activities”. Doctoral Thesis in Public Law. Faculty of Law and Political Sciences. University of Ibn Khaldoun, Tiaret. 2018/2019. Algeria.
- **Salah Ferkous.** “History of Legal and Islamic Systems”. Dar Elôouloum. Annaba, Algeria. 2001.
- **Abderrahmen Ellamtouni.** “Judicial Assiduousness and Legal Security”. Judicial Assistant Journal. Higher Institution of Judiciary, Moroccan Kingdom. Vol 46, May, 2014.
- **Djeddi Ouafa.** “The Role of Judiciary in the Realization of Legal Security: Between Independency and the Authority’s Requirements”. Anthology of: Legal Security and Achieving Development. Scientific Publications of the Laboratory of Law, Family, and Administrative Development Studies. Faculty of Law and Political Sciences. University of Mohamed Boudiaf, September 2019.
- **Abdelmadjif Lakhdari & Fatima Ben Djeddou.** “Legal Security and Judicial Security; A Complementary Relationship”. Eshihab Journal. Islamic Sciences Institution. Elouadi University, Algeria. Vol 04, N° 02, June 2018.
- **Articles** (16), (25), and (26) of the constitutional amendment of Algeria, 2020.
- **Presidential Decree N° 83-131** issued on Jumada Eloula 06, 1403, corresponding to February 19, 1983, on the ratification of the convention on developing new and renewable energy, with the government of the Kingdom of Belgium, concluded in Algiers on April 08, 1982. Official Journal of the Republic of Algeria N° 08 issued on Jumada Eloula 09, 1403, corresponding to February 22, 1983.
- **Environmental Protection Act N° 83-03** issued on Rabiû Ethani 02, 1419, corresponding to February 05, 1983. Official Journal of the Republic of Algeria N° 06 issued on Rabiû Ethani 25, 1419, corresponding to February 08, 1983.
- **Act N° 98-11** pertaining to the orientational law and quinquennial projection program on scientific research and technological development 1998-200230 issued on Rabiû Ethani 29, 1419, corresponding to August 22, 1998. Official Journal of the Republic of Algeria N° 62 issued on Jumada Eloula 02, 1419, corresponding to August 24, 1998. Amended by Act 08-05 issued on February 23, 2008. Official Journal of the Republic of Algeria N° 10 issued on February 27, 2008.



- **Energy Control Act N° 09-99** issued on Rabiû Ethani 15, 1420, corresponding to July 28, 1999. Official Journal of the Republic of Algeria N° 51 issued on Rabiû Ethani 15, 1420, corresponding to August 02, 1999.
- **Act N° 01-20** pertaining to the sustainable development of territory planning issued on Ramadan 27, 1422, corresponding to December 12, 2001. Official Journal of the Republic of Algeria N° 77 issued on Ramadan 27, 1422, corresponding to December 18, 2001.
- **Act N° 04-09** on promoting renewable energy within sustainable development framework issued on Jumada Ethania 27, 1425 corresponding to August 14, 2004. Official Journal of the Republic of Algeria N° 52 issued on August 18, 2004.
- **Act N° 02-01** on electricity and gas distribution by ducts, issued on February 05, 2002. Official Journal of the Republic of Algeria N° 08 issued on Thu-al-Qûdah 23, 1422, corresponding to February 06, 2002.
- **Act N° 11-11** on the complementary finance law for 2011 issued on Shaâban 16, 1432, corresponding to July 18, 2011. Official Journal of the Republic of Algeria N° 40 issued on Shaâban 18, 1432, corresponding to July 20, 2011.
- **Executive Decree n ° 11-423** issued on Muharram 13, 1433, corresponding to December 08, 2011, determining the modalities for managing the special allocation account N° 131-302 entitled "The National Fund for Renewable Energy and Cogeneration". Official Journal of the Republic of Algeria N° 68 issued on Muharram 19, 1433, corresponding to December 14, 2011.
- **Executive Decree N°13-218** issued on Shaâban 9, 1434, corresponding to June 18, 2013, determining the conditions for granting bonuses for the costs of diversifying electricity production. Official Journal of the Republic of Algeria N°33 issued on Shaâban 17, 1434, corresponding to June 26, 2013, amended and completed by the Executive Decree N°17-166 issued on Shaâban 25, 1438, corresponding to May 22, 2017. Official Journal of the Republic of Algeria N°31 issued on Ramadan 02, 1438, corresponding to May 28, 2017.
- **Executive Decree N° 13-424** issued on Safar 15, 1435, corresponding to December 18, 2013, amending and completing Executive Decree N° 05-495 issued on Thu al-Qûdah 24, 1426, corresponding to December 26, 2005, pertaining to the energy audit of the most energy-consuming facilities. Official Journal of the Republic of Algeria N°65 issued on Safar 19, 1435, corresponding to December 22, 2013.
- **Executive Decree N°15-69** issued on Rabiû Ethani 21, 1436, corresponding to February 11, 2015, determining the modalities of the certification of the renewable energy origin and the use of these certificates. Official Journal of the Republic of Algeria N°09 issued on Rabiû Ethani 28, 1436, corresponding to February 18, 2015, amended and completed by the Executive Decree N°17-167 issued on Shaâban 25, 1438 corresponding to May 22, 2017. Official Journal of the Republic of Algeria N°31 issued on Ramadan 02, 1438, corresponding to May 28, 2017.
- **Executive Decree N° 11-423** issued on Rabiû Al-Awal 1st, 1437, corresponding to December 13, 2015, determining the modalities for managing the special allocation account N° 131-302 entitled "The National Fund for Renewable Energy and Cogeneration". Official Journal of the Republic of Algeria N° 68 issued on Rabiû Al-Awal 15, 1437, corresponding to December 27, 2015, amended and completed by the Executive Decree N°17-168 issued on Shaâban 25, 1438, corresponding to May 22, 2017. Official Journal of the Republic of Algeria N°31 issued on Ramadan 02, 1438, corresponding to May 28, 2017.
- **Ministerial Decision** issued on Rabiû Ethani 2, 1435, corresponding to February 02, 2014, setting the guaranteed purchase prices and the corresponding conditions for application on electricity produced by the aeolian method. Official Journal of the Republic of Algeria N°23 issued on Jumada Ethania 23, 1435, corresponding to April 23, 2014.



- **Ministerial Decision** issued on Rabi' Ethani 2, 1435, corresponding to February 02, 2014, setting the guaranteed purchase prices and the corresponding conditions for the application on electricity produced by the photoelectric method. Official Journal of the Republic of Algeria N°23 issued on Jumada Ethania 23, 1435, corresponding to April 23, 2014.
- **Executive Decree N°20-322** issued on Rabi' Ethani 6, 1442, corresponding to November 22, 2020, determining the scope of competence of the Minister of Energy Transition and Renewable Energy. Official Journal of the Republic of Algeria N°69 issued on Rabi' Ethani 6, 1442, corresponding to November 22, 2020.
- **Executive Decree N°20-323** issued on Rabi' Ethani 6, 1442, corresponding to November 22, 2020, defining the different officers and sections of the central department of the Ministry of Energy Transition and Renewable Energy. Official Journal of the Republic of Algeria N°69 issued on Rabi' Ethani 6, 1442, corresponding to November 22, 2020.
- **Khirdja Hamza & Bilal Boudjemaâ**. "Investment and Development of Exploitation of Renewables". Economic Integration. Adrar University. Vol 05, N° 01.
- **Ben Saha Yaâkoub & Benlaghdar Mohamed**. "Legal Security on Face of Economic Regulation in Algeria". El-Bahith on Human and Social Sciences. Vol 03, 2020.
- **Zerrouki Naouel**. "Legal Security Role in Devoting the Efficacy of Investment Guarantees in Algeria". Academic Journal of Legal Research. Vol 11, N°02. (Special issue), 2020.
- **Jdaine Zakia**. "The Mechanisms of Foreign Investment Encouragement in Algerian Law". Haouliat of University of Algiers1. Vol 33, N°01. March 2019.
- **Khir Kadour**. "Direct Foreign Investment in Algeria: Between Reform and Reality". Master Dissertation in Economic Sciences. Economic Analysis Specialty. Faculty of Economic and Management Sciences. Algiers University, 2002/2003.
- **Sara Azzouz** "Foreign Investment Guarantees within Investment Promotion Act N° 16/09". Elbahith for Academic Studies. Vol 08, N°01, January 2021.
- *Investment Promotion Act N° 16-09 issued on August 03rd, 2016. Official Journal of the Republic of Algeria N° 46, issued on August 03, 2016. Authenticated in accordance with the presidential Decree N° 05-159 issued on April 27, 2005, on the ratification of the Euro-Mediterranean Treaty for the foundation of a partnership between the European Union and Algeria. Official Journal of the Republic of Algeria N° 31 issued on April 30, 2005.
- **Kassouri Fahima**. "The Role of the Central Institutions in Boosting the National Investment Potentials within the Investment Promotion Act N° 16-09". Journal of Judicial Assiduousness. Vol 12, N° 02. October 2019.
- *Presidential Decree N° 21-133, issued on April 05, 2021, on the ratification of the Founding Convention of the African Continental Free Trade Area (AFCFTA) concluded in Kigali on March 21, 2018. Official Journal of the Republic of Algeria N° 36 issued on May 16, 2021.
- **The sixth paragraph of the Founding Convention of the African Continental Free Trade Area (AFCFTA) preamble**.
- *Presidential Decree N° 95-346, issued on October 30, 1995, on the ratification of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States.
- *Presidential Decree N° 95-345, issued on October 30, 1995, on the ratification of the Convention on the Creation of the Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA). Official Journal of the Republic of Algeria, N° 66 issued on November 05, 1995).
- **Belkhir Mohamed Ayt Öudiya**. "A research in the Economical Dimensions of Legal Security Principle". A communication in the Seventh National Conference on Legal Security in Algeria. Faculty of Law and Political Sciences, University of Fares Yahia, Medea. 11-12 November 2014.



- **Djridili Mohamed.** “The Extent of the Efficacy of the Legal Guarantees to Boost Foreign Investment in Algerian Legislation”. Journal of Assiduousness in Legal and Economic Studies. Vol 10, N° 01. 2021.
- **Kermich Nourelhouda & Mekkaoui Sidi Mohamed.** “Legal Security in Investment in Algeria”. Arsad Journal of Economic and Administrative Studies. Vol 03, N°01, June 2020.
- **Roukia Aâouchria.** “The Non-legal-security and its Impact on Development. Algerian Journal of Humanitarian Security N°01, January 2016.
- **Hennan Ali.** “Legal Security as an Attractive Value to Foreign Investment in Algeria”. Doctoral Thesis. Ghardaia University, 2019/2020.



Religion and the Work Environment in Algeria: The legal Protection of Religious Practice in the Workplace

الدين وبيئة العمل في الجزائر:

الحماية القانونية للممارسة الدينية في مكان العمل

Dr .Mahfoud Ali Zoui.

8 Mai 1945 Guelma University

E-mail: mahfoud_ alizoui@yahoo.com

alizoui.mahfoud@univ-guelma.dz

The date of Submission:2024-02-06

The date of acceptance: 2024-05-25

Abstract:

Due to the salience of religion in Algeria's public life and the specific requirements of the Islamic religion, the right to practice religious duties in the workplace is often the subject of controversy. This paper addresses the legal framework for the accommodation of religious beliefs and practices in the workplace in the Algerian context. Through the analysis of two case studies pertaining to performing prayers and wearing full-face veils in the workplace, the paper investigates whether the disputes and controversies surrounding these cases indicate a legal vacuum in this area. The paper sheds light on the legal ambiguity in the two cases, discusses the concept of reasonable accommodation of religion in the workplace and its relevance in the Algerian context, and highlights the need for express provisions regarding the accommodation of religious practice in the workplace.

Keywords : Religion, the workplace, reasonable accommodation, prayer

الملخص:

نظرا لمكانة الدين في الحياة العامة في الجزائر والمتطلبات الخاصة للدين الإسلامي، فإن الحق في ممارسة الواجبات الدينية في مكان العمل غالبا ما يكون موضعاً للجدل. يتناول هذا المقال الإطار القانوني لاستيعاب المعتقدات والممارسات الدينية في مكان العمل في السياق الجزائري. ومن خلال تحليل دراسي حالة تتعلقان بأداء الصلاة وارتداء النقاب في أماكن العمل، تبحث الورقة فيما إذا كان الجدل القائم في الحالتين محل الدراسة مؤشرا على وجود فراغ قانوني في هذا المجال. تسلط الورقة الضوء على الغموض القانوني في القضيتين، وتناقش مفهوم الاستيعاب العقلاني للممارسة الدينية في مكان العمل في السياق الجزائري، كما تسلط الضوء على الحاجة إلى أحكام صريحة فيما يتعلق بحق ممارسة الواجبات الدينية في مكان العمل.

الكلمات المفتاحية: الدين، مكان العمل، الاستيعاب العقلاني، الصلاة

Introduction:

In recent years, issues related to religion in the workplace attracted increased attention from the media and academics, and triggered legal and socio-political controversies, both locally and internationally. Visible expressions of religious beliefs and practices at work and the security concern over some types of religious dress, namely the Islamic *niqab*, caused disputes between employers and employees in the public and private sectors and raised questions about the extent to which freedom of religious expression and practice for the individual should enjoy legal protection in the workplace in particular.

Expressing and practicing religion in the workplace is often the source of controversy and dispute. The need to observe religious obligations at work, whether religious practices like the daily prayers or even wearing religious clothing, may cause potential conflicts between employers and employees. There is a kind of consensus, however, that promoting tolerance at the work place, including tolerance of religious belief and practice is particularly important as it has considerable economic and social consequences. Besides preserving employees' dignity, accommodating the religious practice of individuals who spend many hours at schools, offices and companies can help create the type of work environment that encourages productivity and fosters creativity¹.

People's religious identity accompanies them wherever they go and does not exist solely at home or places of worship. Their religious observances, beliefs and practices often find their way to the workplace. Hence, legal systems in many countries have express provisions on the reasonable accommodation of religion in the workplace and provide mechanisms to avoid discrimination and preserve the employee's dignity. However, despite the salience of religion life in countries like Algeria, and despite the constitutional guarantees to freedom of religion and belief, the debate over the accommodation of religion in the workplace is still ongoing due to the lack of explicit legal provisions that require employers and institutions to accommodate religion in the workplace, which may reflect a need for express provisions to extend the right to worship to the workplace.

Shedding light on two recent controversies over issues pertaining to the accommodation of religion in the workplace, and the right to pray in particular, this paper investigates whether there is a legal vacuum in this area which implies a need to provide legal protection for the freedom of religious practice in the workplace. It seeks to highlight the need for express provisions on the accommodation of religious practice in the Algerian education sector and the workplace in general. The first case relates to prayer at schools and the second to dress code at the work place.

The first case took place in October 2018 when the Algerian authorities issued a document titled "The duties of employees and public servants in dress codes," which forbade women from wearing full-face veils, or *niqabs* at work. The document declared that any clothes

¹ Guillory, William A., *Spirituality in the workplace*. Salt Lake City, UT: Innovations International, 2000.

preventing female employees from carrying out their public duties are banned explaining that the need for identification prompted the decision.¹

The second controversy started in February 2019 when an Algerian school girl was allegedly expelled for praying on school grounds. The case has never been brought before a court but the then Education Minister Dr. Nouria Benghabrit was questioned in parliament about the incident. Her answer to a question about what happened in the incident saying that «this practice [prayer] is meant to be done at home, not at school" caused further debate and controversy across the nation.²

1. Disputes over Religion in the Workplace

The right to perform religious duties, especially the daily prayers at work has often caused confusion due to the lack of express legal protection specific to religious practice and belief in the workplace. Disputes often occur between employers and employees over the recognition of the right to express religious identity while at work and the provision of facilities for ablution and prayer. Some of the disputes turned into big controversies indicating the possibility of the existence of a legal vacuum or at least ambiguity that need to be addressed. The 2018 ban on the wearing of full-face veils for female workers and the 2019 controversy over the right to pray at school are two incidents that caused much controversy in Algeria in recent years.

1.1- The Case of Religious Dress in the Workplace

Since 2017, the Algerian authorities have issued directives enforcing restrictions on some clothing in the workplace, mainly for reasons of identification and security. The directives imposed a ban which included particularly the wearing of facial coverings or full-face veils. The Ministry of National Education prepared, in 2017, a draft resolution on the functioning of educational institutions which included a ban on wearing full-face veils for female employees and pupils in the education sector. According to article 71 of the draft, "the employee must demonstrate exemplary behavior and appearance in a decent manner, in terms of grooming that suits the professional framework of the educator and prevents any clothing that prevents identification of the employee."³

Subsequently, orders forbidding the wearing of *niqabs* in schools and universities by teachers, employees and students were issued by ministries of national education and higher education in 2017. The motives that prompted the orders according to the ministries are the need to check identities of veiled females and to protect educational institutions from religious extremism.⁴ The orders sparked controversy and triggered resistance. The National Coordination for Teachers of Islamic Sciences (CTIS) issued a statement criticizing the restrictions on religious freedoms in the reforms initiated by the ministry saying the CTIS

¹ Zamira Rahim, "Algeria bans women working in public sector from wearing full-face veils" Independent, October 19, 2018

² Abdel Razek Abdallah, "Algerian official's anti-prayer stance draws fire", Anadolu Ajansı, Feb 6, 2019

³ "Nouria Benghabrit Is Bracing To Ban "Niqab" In Algerian Schools", Echoroukonline, Sep 20, 2017, <https://www.echoroukonline.com/nouria-benghabrit-is-bracing-to-ban-niqab-in-algerian-schools>).

⁴ Saber Bliidi, "Niqab ban triggers reactions from Algerian Salafists" The Arab Weekly, Sep 30, 2019

had “removed the veil on the new (educational) reforms announced by the minister in her efforts to damage educational subjects related to our national identity and to symbols of Islam. Such reforms include removing the *Basmala* (saying ‘In the Name of Allah, the Most Gracious, the Most Merciful’ before quoting or reading the Quran) from textbooks, banning the *niqab* and *qamis* from educational institutions and reducing class hours allocated to teaching Islamic sciences.”¹

Following the ban on wearing full-face veils in schools in 2017, a new directive signed by the prime minister issued in October 2018 banned all women working in the country’s public sector from wearing full-face veils in the workplace. The new directive which came in a letter sent to ministers and regional governors titled "The duties of employees and public servants in dress codes," explained that the need for identification had prompted the decision to forbid women from wearing full-face veils, or *niqabs* at work. The letter specified that any clothes preventing women from carrying out their public duties are banned.²

The decision sparked a heated religious, political and socio-legal debate .Opponents of the new executive order, which came as an answer to questions by some administrations in the public sector about whether covering the face in the workplace was legal, wondered how a *niqab* may obstruct women from doing their jobs and accused the decision of violating personal liberties protected by the law. In the absence of relevant legal provisions addressing situations in which religious belief or practice come into conflict with safety requirements or regulations, the controversy was on how to determine whether wearing the *niqab* could impair workplace safety or affect the employee’s efficiency.

The Association of Algerian Muslim *Ulama* ,the country’s largest organization for religious clerics, responded to the instruction of the authorities on the ban of *niqab* in the workplace, stating that the number of women who wear the *niqab* in public places and the workplace is very limited. The well-respected association published on its official Facebook page a post in which it argued that Algerian women suffer from many problems in the workplace, such as sexual harassment and bargaining, which should better be addressed by the Algerian authorities instead of focusing on their clothing.

The association cast doubts on the real intentions behind the ban on the wearing of the *niqab* especially that most Algerian women do not wear this type of clothing. It argued that the face veil poses no problem in public places or the workplace, as the society, in all its fields and squares is used to women who are veiled or those who wear *niqab*, “What is the purpose of raising the subject, at this time exactly? And when was the *niqab*, in our country, a problem of any kind – professional, social, or cultural, even to be presented in such a rigid form of prevention?”³

¹ Saber Blidi, op. cit.

² Zamira Rahim, op. cit.

³ Echoroukonline, Muslim Scholars Association: “Authorities Should Protect Women From Sexual Harassment in Workplace Instead Of Niqab Banning,” Oct 19,2018, <https://www.echoroukonline.com/muslim-scholars-association-authorities-should-protect-women-from-sexual-harassment-in-workplace-instead-of-niqab-banning>

The Association of Algerian Muslim *Ulama*'s response came after the National Education Ministry hastened to send a new report to its state directorates urging them to prevent female employees in general and teachers in particular from wearing the *niqab* in educational institutions, in accordance with the instructions of the General Directorate of Public Service, that confirmed, in its instruction, that the employees are obliged to wear a "respectable clothing" and to refrain entirely from clothing that expresses political, intellectual and religious beliefs.¹

1.2- The Case of Prayer at School

Salat is hugely important in Muslims' religious life, and Muslims are required to perform *Salat* five times a day, what makes it very likely that some prayers fall during regular work hours. Hence, disputes around the right to perform these prayers and providing facilities to accommodate this religious duty in schools and other institutions often occur between employers and employees. One of the incidents which grabbed media attention, sparked controversy and revitalized debate about the accommodation of *Salat* in the workplace in Algeria took place in February 2019 when the local media reported that a school girl was expelled from her school for openly praying on school grounds.

The incident took place at the Algerian School of Paris (Ecole Algerienne de Paris). The director of the school had reportedly banned praying on the establishment's grounds. In defiance of the new rule, one female student decided to openly pray in the school courtyard. This student was then faced with expulsion if her father refused to sign a document that acknowledged the new ban in the school.²

The expulsion of the student from school stirred a national controversy, leading to a nation-wide debate among the general public, politicians, and legal experts. What caused further controversy was the reaction of the then minister of national education doctor Nouria Benghabrit who supported the decision to dismiss the pupil arguing that the school director's decision was in accordance with the regulations and the school is not a place for praying. The minister told media outlets "Students go to school for education...This practice [prayer] is meant to be done at home, not at school."³

The education minister argued that students, teachers and employees have no right to practice this religious obligation in schools. She had reportedly met with Algerian education officials and directed them not to allow the opening of any new rooms allocated for prayer in schools and to close all existing *Mussallas* throughout the country.⁴

The case has never been brought before a court but was widely debated .The minister was questioned by journalists and even by MPs at parliament about the incident, but her stance caused further controversy about whether performing prayers at schools is legal or not. Many opponents of the ministry's move to forbid praying at schools stood against it and argued that the decision was illegal. Trade unions in the education sector refused the ministry's claim and argued that the right to pray at school is protected under the Algerian law. They particularly

¹ ibid

² Anne-Marie Bissada, "Algeria's Education Minister is target after supporting prayer ban in schools," Feb ,2019, <https://www.rfi.fr/en/africa/20190208-algeria-education-minister-target-retaliation-comments-supporting-no-prayers-schools>

³ Abdel Razek Abdallah, op. cit.

⁴ ibid

referred to Resolution number 778 of 1991 which provided regulations for the functioning of the educational community. In reaction, angry students and teachers in different schools performed collective prayers in schools' courtyards and even in classrooms and posted their pictures and videos in social media.¹

The Association of Algerian Muslim *Ulama* has also expressed its opposition to the decision to forbid praying in educational institutions. It condemned the ministry's approach and considered the new decision illegal .The association insisted in a statement it issued that Algerian law allows for the allocation of prayer spaces at public educational institutions.²

2. International Insights on The Concept of Reasonable Accommodation of Religion

Due to the salience of religion to individuals, there is consensus among scholars that accepting expression of the employees' religious identity and reasonably accommodating their religious practices in the workplace have positive implications for the well-being and effectiveness of employees and organizations.³ Accommodating the religious identities and beliefs of employees helps fostering a work environment of inclusivity, loyalty, and motivation which in turn boosts productivity and job satisfaction.

In addition to the many benefits of allowing employees to express their religious identity and practice their religious duties in the workplace, freedom to express and practice religion is a fundamental human right. Many of us spend many hours at work on a daily basis and we cannot detach the religious aspect of our identity when we are at work.

The right to the free practice of religion is well-established internationally. The fundamental Freedom of religion or belief (FORB) is guaranteed by several domestic and international laws, conventions, and declarations. It is expressly recognized in article 18 of the Universal Declaration of Human Rights, article 18 of the International Covenant on Civil and Political Rights and the Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief. It is even recognized as a key human right.⁴

However, the enjoyment of this right in the workplace is still the subject of debate. As a matter of fact, much of the debate in this area is not about whether individuals should have the right to practice aspects of their belief or manifest their religious identity at work but rather about the extent to which this right should be enjoyed in the workplace and whether economic organizations and other institutions have a duty to accommodate the religious needs of their employees⁵. In recent years, many cases of discrimination in the work place in many regions of the world relate to the religious identity of workers. Religious dress and symbols, observing prayers and expressing religious views and beliefs have been reasons for discrimination.

Hence, there is an increasing consensus among scholars of religious freedom and other stakeholders that reasonably accommodating the religious needs of believers in the workplace

¹ Othman Lahyani, "Collective prayer in Algerian schools in reaction to the minister of education," Feb 7, 2019, <https://www.alaraby.co.uk/صلاة-جماعة-في-مدارس-الجزائر-ردا-على-وزير-التربية>

² Abdel Razek Abdallah, op. cit.

³ Ying Fei Héliot, I.H. Gleibs, A. Coyle, D. Rousseau and C. Rojon, "Religious identity in the workplace: A systematic review, research agenda, and practical implications," Human Resource Management, Vol.59(2), 2019,p

⁴ Leonard Hammer, The International Human Right to Freedom of Conscience, London, Taylor & Francis, 2020

⁵ Lucy Vickers, "Religion and the Workplace," The Equal Rights Review, Vol. 14, 2015. p106

is of big importance to preserve the dignity of the workers and to create an atmosphere of inclusion at work, much needed for the well-functioning of any organization or business. The concept of « reasonable accommodation» may be the answer to the questions of how and to what extent should an employer accommodate the religious needs of employees. Understanding what « reasonable accommodation» means varies according to context.

In the United States, for instance, which provides reasonable accommodation for religious reasons ‘unless to do so would impose an undue hardship’, a reasonable accommodation is defined as « any change in the work environment, or the way things are customarily done that would enable...an applicant or employee to practice or observe his or her religion.» According to the U.S. Department of the Interior: «A reasonable religious accommodation is any adjustment to the work environment that will allow an employee to practice their religious beliefs. This applies not only to schedule changes or leave for religious observances, but also to such things as dress or grooming practices that an employee has for religious reasons.»¹

In recent years, the debate over extending the right to religious freedom to the workplace by way of providing reasonable accommodations of religious observances and practices has been brought to the international arena. In September 2018, the G20 Interfaith Summit that took place in Buenos Aires, Argentina, produced a policy brief for Accommodating Religion in the Workplace. The document stressed the importance of accommodating religious observances in the workplace worldwide:

Our religious identity travels with us. It does not exist solely in the home or the place where we choose to worship but comprises an important part of who we are and how we self-identify. Over a lifetime, a large percentage of an individual’s time will be spent in a workplace – office, factory, etc. A workforce that feels respected and that it is afforded dignity is a productive workforce. Division, argument, unhappiness and dissent has the potential to compromise the effectiveness of any business or organisation. Denial of religious accommodation is a form of religious discrimination just as is discrimination on the basis of status alone.²

The policy brief suggested strategies that can be deployed by employers for accommodating religious beliefs and practice in the workplace. Rendering the workplace a platform that accommodates the religious needs of employees preserves their dignity and also generates economic profits to the employer, “A workforce that feels respected and that it is afforded dignity is a productive workforce»³. The right to practice religious duties at the workplace is thus very important to the overall effectiveness of any business or organization.

Hence, legal frameworks in some countries, especially in the developed world, adopt legislation to make sure companies and organizations do their best to provide reasonable

¹U.S. Department of the Interior, “Disability and Religious Accommodations”

<https://www.doi.gov/pmb/eeo/disability-and-religious-accommodations#:~:text=A%20reasonable%20religious%20accommodation%20is,employee%20has%20for%20religious%20reasons.>

²G20 Interfaith Forum,”Recommendations Regarding Religion in the Workplace.”. Policy brief, 2018, <https://www.g20interfaith.org/wp-content/uploads/2019/03/App-Item-1-1.pdf>.

³ Ibid.

accommodations for religious beliefs and practice in the workplace for the main aim of creating better conditions for workers to feel comfortable and perform better. The reasonable accommodation of religion in the work place is important for two reasons: it respects the dignity of employees and fosters productivity.

3. Relevant Provisions in the Algerian Legal Framework

Algeria is a largely mono-religious nation with the vast majority of citizens adhering to the religion of Islam. Some practical religious requirements specific to the religion of Islam make demands for accommodation in the workplace even more relevant. Prayer is a particularly important element of the religious life in Islamic communities. Muslims are required to perform *Salat* five times a day. The times of the daily prayers are spread throughout the day and the *dhuhr* (noon prayer) and afternoon (*asr* prayer) often fall during regular work hours. The need to perform ritual ablutions before each ritual prayer also creates a need for facilities to accommodate this practice. For all these reasons, providing prayer and ablution facilities is considered a reasonable workplace accommodation.

Nevertheless, there are no express provisions in the Algerian legal framework as far as religion in the workplace is concerned. Despite the constitutional status of Islam and the several guarantees to freedom of religious practice, there are no laws obliging employers to provide facilities for prayer or accommodate religion in the workplace in any way. There are, however, scant references to the need to provide spaces for prayer in some institutions when possible, in regulations specific to some sectors.

3.1. The Constitution

The Algerian constitution, which is the supreme legal text of the land, provides for freedom of conscience and worship. Article 42 states that freedom of creed and opinion is inviolable, and freedom of worship is guaranteed in accordance with the law. Moreover, Algeria adopts an official state religion. The constitution in its second article declares Islam to be the religion of the state.¹ This should have implications for the observance of religious holidays and other Islamic obligations for employees.

3.2. Labour Law

Algerian labour law makes the Muslim holiday of Friday a mandatory day of rest for employees each week. Article 5 of Labour Relations Act 90-11 enacted on April 21, 1990 which involved the employee's fundamental rights does not include the right to religious accommodation. Article 6 of that act states that the employee has the right to respect his /her physical and moral safety as well as his/her dignity.²

The 2006 Ordinance 06-03 regarding employees in the public sector "Ordonnance n° 06-03 du 15 juillet 2006 portant statut général de la Fonction publique" (presidential order) , under the first chapter titled "Guarantees and Rights of Employees", in articles 26, 27 and 37

¹ Constitution of the People's Democratic Republic of Algeria.

² Labour Relations Act 90-11," La loi n° 90-11 du 21 août 1990 relative aux relations de travail"
<https://www.interieur.gov.dz/index.php/fr/le-ministere/le-minist%C3%A8re/textes-legislatifs-et-reglementaires/40-le-dispositif-legal-regissant-la-wilaya-et-la-commune/85-la-loi-n-90-11-du-21-aout-1990-relative-au-x-relations-de-travail.html>

protects the employees' freedom of expression as well as their dignity and moral integrity, and prohibits discrimination on the basis of their views, sex, origin, or any personal or social circumstances.¹

Article 37 emphasizes the need to provide work conditions that guarantee the preservation of the dignity and moral integrity of employees. It states that the employee has the right to practice his duties in circumstances that protect his dignity, health, as well as his physical and moral integrity. Article 26 refers to freedom of expression without specifically mentioning expression of religious beliefs. It states: "The employee's freedom of expression is guaranteed". Article 27 forbids all forms of discrimination against employees stating that discrimination against employees on the basis of their views, sex, origin or any personal or social circumstances is prohibited.²

3.3. Other Specific Regulations

The only few references to the right to the practice of religious duties, namely the five daily prayers, in the workplace do exist in regulations and legislation specific to some labour sectors. Resolution number 778 issued on October 26, 1991 which involved regulations for educational and professional institutions "résolution 778 du règlement de la communauté éducative", states in Article 21: « The institution should, as far as possible, provide a room for prayer, and shall ensure its cleanliness and maintenance.»³

However, a new resolution issued on July 12, 2018 by the ministry of national education did not involve any reference to the allocation of rooms for prayer in educational institutions. Resolution number 65 of 2018 states in article five that among the objectives of the educational community is to implant and promote the values of human rights and fundamental freedoms. As for the employees' dress code, article 75 requires employees to wear clothes that allow them to be identified without specific reference to full-face veils.⁴

Conclusion:

The Algerian constitution guarantees the free exercise of worship under the respect of law. The protection of this constitutional right should extend to all spaces in the Algerian society, including the workplace. This is because of the prime importance given to religious observance by millions of Muslim citizens who spend long hours in their workplace. While at work, employees cannot detach themselves from their religious identity which travels with them and needs to be accommodated.

The controversy that characterized the debate over the two cases discussed in this paper revealed a strong need for the enforcement of the existing regulations in this area and passing new legislation with express provisions on the accommodation of religious practice in the workplace is a necessary step, especially as regards to prayer time and prayer rooms, not least because of the issue's sensitivity.

¹People's Democratic Republic of Algeria, Joradp (Official Journal of the People's Democratic Republic of Algeria), Statut Général de la Fonction Publique, <https://www.joradp.dz/hfr/dgfp.htm>, July,15 2006

² Ibid.

³ Resolution Number 778, regulations for educational and professional institutions, issued on October 26, 1991

⁴ Resolution Number 65, regulation the organization and management of the educational community July 12, 2018

Providing legal protection to religious accommodation means requiring employers, educational institutions and other organizations to adjust the work environment to enable employees to perform their religious obligations, especially providing facilities for ablution and *salat*. Accommodations may also include flexible scheduling or giving time breaks to allow employers to perform *salat* during work hours.

Many people took the right to open *moussallas* (rooms for prayer) in companies , institutions and offices for granted as the practice existed for decades, but the divergence of views over the accommodation of the Muslim prayer in schools in light of ideological polarizations may be an indication of a law vacuum in this area . Hence, new legislation allowing for reasonable accommodation of the employees right to worship would undermine such divisions and be an embodiment of the constitutional guarantee of preserving the employees' dignity.

Such legislation would also create a kind of balance between accommodating the need of individuals to observe their religious duties on the one hand, and maintaining public order on the other hand. Accommodating religious belief and practice reasonably would also have positive effects on employees and the work environment in general. The feeling of being respected, by way of allowing the expression of the salient religious aspect of employees' identity, fosters their loyalty, job satisfaction and productivity. In short, commitment to the reasonable accommodation of religious belief and practice in the workplace through passing new express legal provision will better serve the interests and rights of all parties in the workplace and the society as a whole.

List of references:

Books

1. Guillory, William A., *Spirituality in the workplace*. Salt Lake City, UT: Innovations International, 2000.
2. Leonard Hammer, *The International Human Right to Freedom of Conscience*, London, Taylor & Francis, 2020

Journal Articles

1. Lucy Vickers, "Religion and the Workplace," *The Equal Rights Review*, Vol. 14, 2015
2. Ying Fei Héliot, I.H. Gleibs, A. Coyle, D. Rousseau and C. Rojon, "Religious identity in the workplace: A systematic review, research agenda, and practical implications," *Human Resource Management*, Vol.59(2), 2019

Newspapers Articles

1. Abdel Razek Abdallah, "Algerian official's anti-prayer stance draws fire", *Anadolu Ajansı*, Feb 6, 2019
2. Echoroukonline, Muslim Scholars Association: "Authorities Should Protect Women From Sexual Harassment in Workplace Instead Of Niqab Banning," Oct 19, 2018, <https://www.echoroukonline.com/muslim-scholars-association-authorities-should-protect-women-from-sexual-harassment-in-workplace-instead-of-niqab-banning>
3. Nouria Benghabrit Is Bracing To Ban "Niqab" In Algerian Schools", *Echoroukonline*, Sep 20, 2017, <https://www.echoroukonline.com/nouria-benghabrit-is-bracing-to-ban-niqab-in-algerian-schools>

4. Saber Blidi, "Niqab ban triggers reactions from Algerian Salafists" The Arab Weekly, Sep 30, 2019
5. Zamira Rahim, "Algeria bans women working in public sector from wearing full-face veils" Independent, October 19, 2018

Legal Texts

1. Constitution of the People's Democratic Republic of Algeria.
2. Labour Relations Act 90-11," La loi n° 90-11 du 21 août 1990 relative aux relations de travail" <https://www.interieur.gov.dz/index.php/fr/le-ministere/le-minist%C3%A8re/textes-legislatifs-et-reglementaires/40-le-dispositif-legal-regissant-la-wilaya-et-la-commune/85-la-loi-n-90-11-du-21-aout-1990-relative-au-x-relations-de-travail.html>
3. People's Democratic Republic of Algeria, Joradp (Official Journal of the People's Democratic Republic of Algeria), Statut Général de la Fonction Publique, <https://www.joradp.dz/hfr/dgfp.htm>. July, 15
4. Resolution N 778, regulations for educational and professional institutions, issued on October 26, 1991
5. Resolution Number 65, regulation the organization and management of the educational community July 12, 2018

Web Documents

1. Anne-Marie Bissada, "Algeria's Education Minister is target after supporting prayer ban in schools," Feb ,2019, <https://www.rfi.fr/en/africa/20190208-algeria-education-minister-target-retaliation-comments-supporting-no-prayers-school>
2. G20 Interfaith Forum, "Recommendations Regarding Religion in the Workplace.". Policy brief, 2018, <https://www.g20interfaith.org/wp-content/uploads/2019/03/App-Item-1-1.pdf>.
3. U.S. Department of the Interior, "Disability and Religious Accommodations" <https://www.doi.gov/pmb/eeo/disability-and-religious-accommodations#:~:text=A%20reasonable%20religious%20accommodation%20is,employee%20has%20for%20religious%20reason>

The jurisdiction of the constitutional court according to the Algerian constitutional amendment of 2020

اختصاصات المحكمة الدستورية وفق التعديل الدستوري الجزائري 2020

Hachouf loubna *

Abbes Laghrour University; Khenchela

E-mail: loubna.hachouf@univ-khenchela.dz

The date of Submission: 2024-01-28

The date of acceptance: 2024-05-31

Abstract:

This paper handles the question of the jurisdiction of the constitutional court according to the Algerian constitutional amendment of 2020 and the organic law 22-19 on the procedures and methods of notification and referral adopted by the constitutional court, through which the constitutional founder adopted the judicial control over the constitutionality of the laws. This control takes place through an independent court that controls the constitutionality of the laws, regulates the activity of the institutions and the public authorities, and has new jurisdictions that had not been exercised by the constitutional council under the previous constitutions, such as settling disputes between the constitutional institutions, interpreting the constitutions, requesting the view of the constitutional court in case of the inability of organizing the legislative and presidential elections in due time, and giving opinion about the decisions of the president in the exceptional states.

Keywords: constitutional control, constitutional court, organic laws, conventions, orders, organizations, exception of constitutionality, constitution interpretation, dispute settlement, legislative elections, referendum.

الملخص:

تعالج هذه الدراسة موضوع اختصاصات المحكمة الدستورية وفق التعديل الدستوري لسنة 2020 والقانون العضوي 22_19 الذي يحدد اجراءات وكيفية الاخطار والاحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية، التي تبنى من خلالها المؤسس الدستوري الرقابة القضائية على دستورية القوانين من خلال محكمة مستقلة تتولى مهمة الرقابة على دستورية القوانين وضبط سير المؤسسات ونشاط السلطات العمومية، اضافة الى اختصاصات جديدة لم يمارسها المجلس الدستوري في ظل الدساتير السابقة مثل حل الخلافات بين المؤسسات الدستورية، وتفسير الدستور ، اضافة الى اختصاصات أخرى خاصة مثل طلب رأي المحكمة الدستورية في حالة استحالة اجراء الانتخابات الرئاسية والتشريعية في اجالها المحددة، وابداء رأيها فيما يخص القرارات التي يتخذها رئيس الجمهورية خلال الحالة الاستثنائية. الكلمات المفتاحية: الرقابة الدستورية، المحكمة الدستورية، القوانين العضوية، معاهدات، أوامر، تنظيمات، الدفع بعدم الدستورية، تفسير الدستور ، حل الخلافات، الانتخابات التشريعية، الاستفتاء.

* Hachouf loubna

Introduction:

The respect of the constitution and its provisions by the laws to protect the individual freedoms and rights is the ultimate goal of the democratic regimes in building the law state and enshrining the constitutional supremacy. Therefore, it was necessary to set mechanisms and bodies that guarantee its supremacy over all the legal rules in the state, which apply the principle of the control on the constitutionality of the laws. In this regard, the successive Algerian constitutions gradually developed this control. They provided for chagrining an ad hoc constitutional committee with the control.

In this context, the constitution of 1963 provided for the constitutional council. Then, the constitution of 1976 did not provide for the constitutional control. Later, the constitution of 1989 provided for the establishment of a constitutional council, which was amended by the constitution of 1996. In 2020, Article 185 of the constitutional amendment has established the constitutional court as an independent institution in charge of guaranteeing the respect of the constitution. This marks a clear trend towards the adoption of the judicial control and the rejection of the constitutional council as a political mechanism to control the constitutionality of the laws.

Based on what was said, this study focuses on the main jurisdictions of the constitutional court in the light of the constitutional amendment of 2020. Besides, it sheds light on the main new reforms to guarantee the constitutional supremacy. Thus, we raise the following problematic, “what are the jurisdictions of the constitutional court according to the constitutional amendment of 2020”.

To answer the question, we used the analysis since it is one of the scientific research tools. In so doing, we analyzed some laws to cover the topic and get the details of the constitutional court. Besides, we relied on the descriptive method in some parts of the work. The study was divided into two chapters. The 1st revolves around the jurisdiction of the constitutional court in the control while the 2nd is about the other jurisdictions of the constitutional court.

1. the jurisdiction of the constitutional court in the control:

The constitutional founder charged the constitutional court with controlling the constitutionality of the laws and the authorities' commitment to the constitution in enacting laws.

1.1- The constitutional control

The control on the constitutionality aims at protecting the legal system of the state through the protection of the constitutional provisions from the constitutional and political deviations. Therefore, the constitutional court monitors the correspondence of the laws to the constitution. The constitutional control is one of the important jurisdictions of the constitutional court by the constitutional amendment of 2020. The control may be posterior or prior, optional or mandatory, or through referral and notification by specific parties.

1.2- The control of correspondence to the organic laws:

These laws were enacted by the constitution of 1996. They are between the ordinary law and the constitution, as they are in the lowest constitutional degree and in the highest degree of the ordinary law. Due to their importance, the constitution identified their fields and subjected them to specific measures that differ than those used with the ordinary laws; either



regarding the required votes⁽¹⁾, or their submission to the control on the compulsory correspondence to the constitution by the constitutional court. Article 140 of the constitution identified the fields of the legislation with organic laws. In addition, it provided for the subjection of the organic law, before issuance, to the control of correspondence to the constitution by the constitutional court.

Moreover, Article 190 of the constitutional amendment of 2020 provides for the compulsory notification of the constitutional court by the president about the correspondence of the organic laws to the constitution, after their ratification by the parliament. Thus, the constitutional court issues a decision about the law. This means that the constitutional founder provided for the necessity of notifying the constitutional court about the organic laws within a specific deadline that starts from the ratification of the law by the parliament. Hence, the organic law is not issued without being submitted to the constitutional court, which rules by a decision. Consequently, the control over the organic laws is *priori* and compulsory.

If the answer of the constitutional court is positive, the other procedures are taken. However, if it finds that one of the texts of the law does not respect the constitution, two possibilities arise. The 1st is when the text does not correspond to the constitution and is strongly linked to the other texts of the law, some amendments are required by the National Public Assembly before its presentation again in the court. The 2nd is when the text is not tightly linked to the other articles; thus, the president issues the law with exception of the text⁽²⁾.

1.3- The *posteriori* control over the rules of procedure of the parliament:

In the last paragraph of Article 135, the constitutional founder granted the National Popular Assembly and the House of Commons the right to issue and ratify their own rules of procedure. Nevertheless, they must undergo the correspondence control, as provided for by the last paragraph of Article 190. Thus, the constitutional court either accepts the text when it corresponds to the constitution, and vice versa unless it is amended and presented again to the constitutional court⁽³⁾.

2. The control over the constitutionality of the conventions, laws, orders, and organizations:

The constitutional court considers the constitutionality of the conventions, laws, orders, and organizations. The following lines explain more.

2.1- The control over the constitutionality of the conventions:

Article 190 of the constitutional amendment of 2020 provided for the possibility of notifying the constitutional court about the constitutionality of the conventions before their ratification. Hence, the control over the constitutionality of the convention is permissible before ratification. Besides, no constitutional control can be triggered after its ratification; i.e., no posterior control on the conventions. As for the truces and peace conventions, the president asks for the view of the constitutional court directly after ratification. Then, they are presented to the parliament to give its view. The view of the constitutional court is mandatory before presentation to the parliament.

¹ Rachida al Am, the Algerian constitutional council, al Fadjr house for publication and distribution, 2006, Vol. 01, p. 146.

² See Article 07 of the system of the constitutional court work, official gazette of 22 January 2023, No° 04.

³ Ibid, Article 08.



The subjection of the truce and peace conventions to the priori control should not necessarily result in the rejection if the convention breaks the constitution, unlike the posterior, which means the state abandons its international commitments and must refuse the convention. Furthermore, the court can examine the correspondence of the laws and regulations with the conventions, because the conventions signed by the president are higher than the ordinary law; this was not provided for by the previous constitutions.

2.2- The control over the constitutionality of the ordinary laws:

Unlike the organic laws that are subject to the correspondence control, it is compulsory and must be presented to the constitutional court, through notification by the president before issuance and publication in the official gazette. However, the Algerian constitutional founder relied on Article 139 in determining 30 fields of the ordinary laws. The constitutional court can be notified about them before issuance by the president of the republic, the head of the house of commons, the head of the National Popular Assembly, the prime minister, or the head of government, according to the state. Besides, the court can be notified by 40 MPs or 25 members of the house of commons. This means the fields are subject to the prior constitutional control before coming into force according to Article 193 of the constitution. Nevertheless, if the law is issued, the constitutional court cannot be notified unless through the exception of constitutionality.

The control on the constitutionality of the law hinders the violation of the constitutional provisions because the constitution is the supreme law. Thus, it is not possible to issue laws that violate the constitution. In this regard, the president of the republic issues the law in a deadline of 30 days starting from the reception of the white paper⁽¹⁾. However, if one of the authorities mentioned in Article 193 notifies the constitutional court before the issuance of the law, the deadline is suspended until the constitutional court settles the case according to Article 148 of the constitution.

2.3-The constitutional control on the orders and regulations:

The constitutional amendment of 2020 provided for subjecting the legislative laws to the control of the constitutional court (i.e., when the president gives orders), which settles the case within 10 days⁽²⁾. In this context, paragraph 03 of the Article 198 provides that if the constitutional court rules the unconstitutionality of an order, it loses its force starting from the issuance of the ruling. The president of the republic can legislate in case of the vacuum the National Popular Assembly and the parliamentary recess. Thus, the constitutional founder obliged the president to notify the constitutional court about these points before presenting the orders to the parliament. Later, the president presents the orders to the two chambers of the parliament in the beginning of their sessions to ratify or refuse them.

In addition, the president of the republic may legislate when the state, the constitutional institutions, and the independence are endangered. In this case, he declares the exceptional state within 60 days. Because this state allows the president to take exceptional measures, he may give orders due to the difficulty of the parliament meeting and the long procedures if it meets. Hence, the constitutional founder granted guarantee to the

¹ Mesrati Salima, the system of control on the laws constitutionality in the light of the constitution and the jurisprudence of the Algerian constitutional council (1989-2010), Houma house for printing, publication, and distribution, Algeria, 2012, p. 118.

² Article 142 of the constitutional amendment



constitutional court through presenting the decisions taken during the exceptional case to consider. Nevertheless, he did not provide for the binding force of the constitutional court.

The president exercises the organizational authority outside the frame of the law and does not deal with the topics made by the constitutional founder as a field for the law to be handled by the parliament⁽¹⁾. Because the president can enact regulations, it is necessary to subject them to the constitutional court control, as provided for by the paragraphs 1, 3, and 4 of the constitutional amendment of 2020. These paragraphs provide for subjecting the regulations to the posterior control by the constitutional court within a month of their publication. Besides, it considers the correspondence of the regulations with the laws and conventions, without the constitutional founder determining the conventions that go with the laws and regulations that were subject to the court control⁽²⁾; in addition to the possibility of exception of constitutionality⁽³⁾.

2.4- the exception of unconstitutionality:

It is a posteriori control mechanism that allows one party of the litigants to refuse the application of the law because it contradicts with the constitutional rights and freedoms. Article 195 of the constitutional amendment of 2020 provides that the constitutional court can be notified about the exception of constitutionality when one of the litigants sees that the legislative or organizational text that governs the prosecution violates his constitutional rights and freedoms. This is based on a referral by the supreme court or the state council. This procedure is exercised when the request meets the conditions provided for by the organic law 22/19⁽⁴⁾ that shows the procedures and methods of notification. The conditions are as follows:

➤ the formal conditions:

➤ the exception of constitutionality by one of the litigants:

The request must be submitted by one of the litigants, as paragraph 01 of Article 195 uses the expression “one of the litigants⁽⁵⁾”. In this context, it did not clearly show who the parts who have the right to raise the exception of constitutionality are. The same applies for law 18-16 and Article 15 of the organic law 22-19. Besides, paragraph 01 of Article 17 of this law disallows the judge and the general prosecutor to request the referral⁽⁶⁾. Nevertheless, the law allows them to provide written remarks about the exception of constitutionality under request from the constitutional court⁽⁷⁾. This was not provided for by the organic law 18-16⁽⁸⁾. In addition, Article 22 of the organic law 22-19 provided for the first time for widening the cycle of referral and enabled any party with interest to intervene in the request of referral to the judicial bodies through a detailed and justified written memorandum before the issuance

¹ Alili Messouad, the control on the constitutionality of the laws in Algeria –comparative study-, Magister thesis in the “administrative” general law, University of Hadj Lakhder, Batna, 2000-1999, p. 145.

² See Article 190 of the constitutional amendment of 2020.

³ See Article 195 of the constitutional amendment of 2020

⁴ The organic law 22-19 of 25 July 2022 on the procedures and measures of notification and referral to the constitutional court.

⁵ Farid Debboucha, the constitutional court in Algeria, study in the light of the constitutional amendment of 2020 and the various legislative texts: study supported by the comparative laws, thoughts house, Algeria, 2023, p. 81.

⁶ For further, see paragraph 01 of Article 17 of the organic law 22-19, op. cit.

⁷ For further, see paragraph 02 of Article 17 of the organic law 22-19, op. cit.

⁸ Kenza Belahcen & Tahar Zouakri, the exception of constitutionality between the fixed and the change (comparative study between the organic law 18-16 and the organic law 22-19), journal of the researches in laws and political sciences, Vol. 09, No° 01, 2023, p. 147.



of the decision of the judicial bodies. When the request is accepted, he undergoes the same procedures that apply for the litigants⁽¹⁾.

➤ **exception of unconstitutionality in front of the judicial bodies:**

It is possible to raise the exception of constitutionality in front of the justice that considers the issue before considering the original case, be it ordinary or administrative, at the primary or administrative court, or during the appeal in front of the judicial council or the administrative appeal court that was established by paragraph 02 of Article 179 of the constitutional amendment of 2020 and was provided for by Article 8 of law 22-07 on the judicial division. Moreover, it can be raised when making a cassation appeal at the supreme court or the state council. Furthermore, it can be raised during the judicial investigation⁽²⁾. In addition, the organic law 22-19 provided for the right to raise the exception of constitutionality at the primary courts, unlike the abolished law 18-19 that did not allow this.

➤ **The obligatory submission of a memorandum to raise the exception of constitutionality:**

Article 19 of the organic law 22-19 provided for submitting a detailed and justified memorandum to raise the exception of constitutionality, not a petition. It is to be submitted separately from the original case to be considered by the judge before settling the original case. Besides, the memorandum must explain the unconstitutionality to examine the seriousness of the request.

➤ **The objective conditions:**

Paragraph 01 of Article 195 of the constitution determines the objective conditions to be met in the written memorandum. They are the same conditions included in Article 21 of the organic law 22-19, in addition to some other conditions as follows:

➤ **the conditions of the contested provision:**

Article 195 of the constitutional amendment 2020 widened the control on the constitutionality of the laws to include organizational provisions that are related to some freedoms and rights. Nevertheless, the constitutional founder did not identify the concerned by the organizational provision. The contested provision must be the one that governs the case. The request may cover one or many articles and paragraphs. Moreover, the requester must be concerned with the effect of the provision because if the provision does not necessarily govern the case or may not be applied to the case, the request is not serious and is refused. Besides, the provision must violate the constitutional freedoms and rights.

➤ **The contested provision does not have a presumption of constitutionality:**

Article 21 of the organic law 22-19 provides that the contested organizational or legislative provision must not be a provision that had been considered by the state council or the constitutional court, except if the circumstances change. Thus, the constitutional court does not consider a provision for a second time because its ruling is not contestable. However, the provision may be contested if it is amended or the provisions used to rule its constitutionality are amended.

➤ **the seriousness of request:**

¹ For further, see Article 22 of the organic law 22-19, op. cit

² Hanan Missaoui, the conditions of the exception of constitutionality according to the organic law 22-19, journal of legal and political studies, Vol. 07, No 02, December 2022, pp. 654-639.



It is an important condition that aims at keeping the case short. Nevertheless, the legislator did not identify common criteria to estimate the seriousness of the request and left the task to the judge discretion⁽¹⁾. This does not mean that the judge can decide the constitutionality of the contested provision because it is the task of the constitutional court. Thus, the judge respects the limits that allow him to estimate the availability of the conditions provided for by Article 21 of the organic law 22-19.

3. The Special jurisdiction of the constitutional court:

The constitutional court considers the contests against the temporary results of the elections, declares the final results, settles the disputes between the constitutional authorities, and interprets the constitution.

3.1- The constitutional court as the judge in the elections:

The constitutional court considers the contests against the temporary results of the presidential elections, legislative elections, and the referenda, and declares the final results. Therefore, this chapter discusses the contests against the temporary results of the presidential elections (part one), the settlement of the contests against the temporary results of the legislative elections (part two), and the declaration of the referenda results (part three).

3.2- The consideration of the contests against the temporary results of the presidential elections:

The Independent National Authority of the Elections INAE is in charge of declaring the temporary results of the presidential and legislative elections and referenda, while the constitutional court receives the contests about the vote casting and the final results⁽²⁾. The constitutional court exercises the prior constitutional control on the candidatures to the presidential elections through considering the candidates' appeals in case their candidatures is refused. In this regard, the refusal by INAE is contested within the next 48 hours from the notification. Then, INAE sends its decisions and the candidature applications to the constitutional court within 24 hours of the date of their issuance⁽³⁾.

The constitutional court must adopt the final list of the candidates for presidential elections within 07 days and publish the decision in the official gazette; its decisions are binding and unchangeable⁽⁴⁾. However, a candidate may die or face obstacles after the constitutional court adopts the list. Thus, the legislator gave the constitutional court the right to prove the dangerous obstacle or the death of the candidate after the approval and publication of the candidatures. Besides, the vote is delayed for 15 days⁽⁵⁾. In addition, the constitutional court settles the appeals against the results of the presidential elections within 48 hours of the declaration of the results; in case the period is exceeded, the request is formally refused⁽⁶⁾. The appeal is settled within 03 days of its reception⁽⁷⁾. Moreover, the

¹ Jebbari Abd el Majid, the right to raise the exception of constitutionality, Houma house for printing, publication, and distribution, Algiers, 2019, p. 18.

² Ammar Abbas, the jurisprudence of the constitutional court in the elections, journal of the constitutional council, Vol. 17, 2022, University of Mostafa Stambouli, Mascara, p. 123.

³ See paragraph 03 of Article 252 of the organic law of 10 March 2021 on the elections system, official gazette 17 of 10 March 2021.

⁴ See paragraphs 4 and 5 of Article 252 of the organic law 21-01, op. cit.

⁵ See Article 255 of the organic law 21-01, op. cit.

⁶ See paragraph 4 of Article 259 of the organic law 21-01, op. cit.

⁷ See paragraph 1 of Article 260 of the organic law 21-01, op. cit.



constitutional court declares the final results of the presidential elections after receiving the proceedings from INAE.

3.3- the settlement of the contests against the temporary legislative results:

The constitutional founder charged the constitutional court with monitoring the legislative elections. In this regard, the president of INAE declares the results within 48 hours of the reception of the proceedings of the electoral, Wilaya, and diaspora committees⁽¹⁾. In need, the deadlines can be extended to 24 hours by INAE. Each list of candidates and parties for the legislative elections have the right to contest the temporary results through a petition to the constitutional court within 48 hours of declaring the results. Then, the constitutional court notifies the contested list or candidate to provide a written memorandum to the constitutional court within 72 hours of submitting the contest. After the deadline, the constitutional court considers the contest within 03 days. It is the same deadlines for the elections of the MPs. If the constitutional court sees that the contest is grounded, it issues a justified decision about cancelling the contested vote or reformulating the proceeding and declaring the legitimate candidate.

The constitutional court makes the final results of the legislative elections and declares them within 10 days from the reception of the temporary results from INAE⁽²⁾. However, the deadlines can be extended to 48 hours by the president of the constitutional court. After ending the voting, the constitutional court receives the proceedings of the results of electing the members of the National Popular Assembly by the diaspora citizens from the Wilaya committees, and the proceedings of electing the members of the house of commons.

3.4- Declaring the results of the referendum:

The constitutional founder charged the constitutional court with settling the contests against the primary results of the referendum; it was not in charge of this in the past⁽³⁾. The Wilaya electoral committee collects the results of the municipalities of the Wilaya and makes statistics about the votes. Its works end within the 72 hours that follow the end of the referendum. Then, it submits its proceedings in a sealed envelope to the secretary of the constitutional court and gets a receipt. The president of INAE declares the temporary results within 72 hours from the reception of the proceedings of the electoral, Wilaya, and diaspora committees.

As for the control of the constitutional court on the contests against the results of the referendum, the contest must be supported by an objection in the counting record in the voting office before submitting it to the secretary of the constitutional court within 48 hours that follow the declaration of the temporary results. After the constitutional court settles the contests, it issues its decision and declares the final results of the referendum within 10 days of receiving the electoral proceedings of the Wilaya and diaspora committees⁽⁴⁾. Thus, we can say that the referendum is one of the optimal tools to express the will of the people and embody the development of the political life in the democratic regimes. It enables the people

¹ See Article 209 of the organic law 21-01, op. cit.

² See Article 211 of the organic law 21-01, op. cit.

³ Bekalem Morad, the jurisprudence of the constitutional court related to the elections in Algeria, journal of comparative legal studies, Vol. 09, No° 01, 2023, pp. 631-614.

⁴ See Articles 266 and 275 of the organic law 21-01, op. cit.



to participate in managing the state issues and important national decisions, despite the issue of honesty of the results that is triggered in each event⁽¹⁾.

4. the advisory jurisdiction:

In addition to the diverse controls by the constitutional court to protect the supremacy of the constitution and its provisions, it is in charge of advisory tasks in ordinary and unordinary states.

4.1- Consulting the head of the constitutional court when declaring the state of emergency or embargo:

The president of the republic declares the state of emergency or embargo for a maximum of 30 days, after a set of constitutional procedures, including the consultation of the head of the constitutional court⁽²⁾. The head of the constitutional court is consulted because the constitutional court is constitutionally competent to protect the constitutional provisions, freedoms, and rights. The consultation of its head strengthens the legitimacy of the decision of the president of the republic about the state of emergency or embargo.

4.2- Consulting the head of the constitutional court when declaring the exceptional state:

The resort to the exceptional states widens the prerogatives of the administration in the administrative regulation. Therefore, the constitutional founder has to handle them constitutionally through showing the limits of the authorities of the administrative regulation in the exceptional case, mainly the conditions of its declaration because it may affect the freedoms and rights of individuals. If the consultation is enshrined by the previous constitutions, the new point in the constitutional amendment of 2020 is the presentation of the decisions taken during the exceptional state for consideration by the constitutional court when the exceptional state ends⁽³⁾.

4.3- seeking the opinion of the constitutional court about the conventions:

Article 102 of the constitutional amendment of 2020 allows the president of the republic to sign the truce and peace conventions, after seeking the attitude of the constitutional court⁽⁴⁾. We notice that the constitutional founder amended Article 111 of the constitution of 1996 in 2020 and shifted from the compulsory control over the peace and truce convention to seeking the advice. This means that the president of the republic makes the constitutional procedures before ratifying these conventions, mainly consulting the constitutional court; however, he is not obliged to.

4.4- Seeking the opinion of the constitutional court when the president of the republic decides to dissolve the National Popular Assembly:

The constitutional founder granted the president of the republic the authority of dismantling the National Popular Assembly or making early votes after consulting the head of

¹ Samira Attouta, the control on the constitutionality of the laws in Algeria: from the constitutional assembly to the constitutional court, PhD in general law, University of Mohamed el Bachir al Ibrahimi, Bordj Bou Arriridj, 2020-2021, p. 138.

² Souad Omail, the legal system of the constitutional court in Algeria: reading in the provisions of the constitutional amendment of 2020, journal of the comparative legal studies, Vol. 07, No° 07, 2021, p. 1576.

³ See the last paragraph of Article 98 of the constitutional amendment of 2020.

⁴ See Article 98 of the constitutional amendment of 2020 that provides that the president of the republic signs the truce and peace conventions. He seeks the attitude of the constitutional court about the conventions. He presents the conventions immediately to the two chambers of the parliament to ratify them.



the constitutional court⁽¹⁾. These votes are generally made within 03 months. In case it is not possible, another delay of 03 months is extended after consulting the constitutional court⁽²⁾.

5. Settling the disputes between the constitutional authorities and interpreting the constitution:

This section discusses settling the disputes between the constitutional authorities in the first part and interpreting the constitution in the second.

5.1- Settling the disputes between the constitutional authorities:

The constitutional court can settle the disputes, unlike the past, to avoid the crises between these authorities and guarantee the continuity of the constitutional institutions. The constitutional court may be notified when a dispute arises between the constitutional authorities, according to Article 192, through a written justified letter⁽³⁾. Then, the constitutional court considers this notification by a decision within 30 days of its notification. The deadline may be reduced to 10 days based on a request from the president of the republic in emergencies⁽⁴⁾.

5.2- interpreting the constitution:

The constitutional founder allows the constitutional court to interpret one or many provisions of the constitution. This is very important for the authorities and institutions of the state. In addition, the bodies identified in Article 193 have the right to notify the constitutional court about the interpretation of the constitutional provisions to determine their real meaning and unveil the vagueness. Besides, Article 13 of the organic law 22-19 identified the procedures of notification and referral. In this regard, if the constitutional court notifies about interpreting one or many constitutional provisions, it gives its opinion within 30 days of its notification. The constitutional court considers the constitutionality of the laws by decisions and gives its opinion about the interpretation of the constitutional provision. However, we see that the interpretational opinion of the constitutional court is binding to all the authorities in the state. Therefore, the legislator must provide for the force of the opinion about the interpretation of the constitutional text.

Conclusion:

Based on what was said, the constitutional amendment of 2020 affected many aspects regarding the provisions of the constitutional court. Thus, we found a set of results and suggestions as follows:

First: results:

- The shift from the political to the judicial control through the constitutional court and the establishment of new competencies mark a giant leap towards democracy.
- The enlargement of the competencies of the constitutional court to cover the control over the correspondence, the constitutional control, the exception of constitutionality, the compatibility of the laws with the conventions, the control over the presidential orders and regulations, the control over the referendum, and the declaration of the results of the legislative and presidential elections.

¹ See paragraph 01 of Article 151 of the constitutional amendment of 2020.

² Souad Omail, op. cit., p. 1575.

³ See Article 11 of the organic law 22-19, op. cit.

⁴ See Article 13 of the organic law 22-19, op. cit.



- Among the new competencies of the constitutional court, we find the settlement of the disputes between the authorities due to the violations of their competencies.
- The constitutional court plays a vital role through guaranteeing the continuity of the state and its constitutional institutions in the light of the unordinary conditions, the exceptional state, and the control over the conditions of its declaration.
- The constitutional court can interpret the constitutional provisions based on a request from the bodies that have the right to contact the constitutional court. This contributes to the good understanding of the deep meaning of the constitutional provisions.
- The mechanism of exception of constitutionality has been maintained, but with new legal provisions through the organic law 22-19 that identifies the procedures and methods of notification and referral at the constitutional court.
- The organic law 22-19 grants the general prosecutor the ability to provide written remarks about the exception of constitutionality, which was absent in the organic law 18-16.
- The organic law 22-19 enables the litigants to raise the exception of constitutionality at the primary penal courts, after it had been limited to the appeal courts by the organic law 18-16.

Second: suggestions

- Promoting the mechanism of the automatic notification for the constitutional court and widening the notification to cover all the public authorities, not only the legislative and judicial ones to strengthen the constitutional legitimacy.
- Making amendments on the control over the correspondence of the laws and regulations with the conventions through determining the conventions that go with the laws and regulations in the conventions that were subject to the control of the constitutional court.
- Widening the range of the contested texts.

Amending the last paragraph of Article 198 of the constitutional amendment of 2020 to make the opinions of the constitutional court binding to all the public, judicial, and administrative authorities.

List of references:

Legal text:

1. The system of the rules of the constitution court work, official gazette of 22 January 2023, No° 04.
2. The executive decree 20-442 of 30 December 2020, on the constitutional amendment ratified in the referendum of November 2020, official gazette 82.
3. Law 21-02 of 01 December 2021, on the ratification of Order 21-01 of 10 March 2021, on the organic law of the elections system, issued by official gazette 91 of 05 December 2021
4. The organic law 22-19 of 25 July 2022 on the procedures and measures of notification and referral to the constitutional court.

Books:

1. Farid Debboucha, the constitutional court in Algeria, study in the light of the constitutional amendment of 2020 and the various legislative texts: study supported by the comparative laws, thoughts house, Algeria, 2023, p. 81.
2. Jebbari Abd el Majid, the right to raise the exception of constitutionality, Houma house for printing, publication, and distribution, Algiers, 2019, p. 18.



3. Mesrati Salima, the system of control on the laws constitutionality in the light of the constitution and the jurisprudence of the Algerian constitutional council (1989-2010), Houma house for printing, publication, and distribution, Algeria, 2012, p. 118.

Papers:

1. Ammar Abbas, the jurisprudence of the constitutional court in the elections, journal of the constitutional council, Vol. 17, 2022, University of Mostafa Stambouli, Mascara, p. 123.
2. Bekalem Morad, the jurisprudence of the constitutional court related to the elections in Algeria, journal of comparative legal studies, Vol. 09, No° 01, 2023, pp. 631-614
3. Hanan Missaoui, the conditions of the exception of constitutionality according to the organic law 22-19, journal of legal and political studies, Vol. 07, No 02, December 2022, pp. 654-639.
4. Kenza Belahcen & Tahar Zouakri, the exception of constitutionality between the fixed and the change (comparative study between the organic law 18-16 and the organic law 22-19), journal of the researches in laws and political sciences, Vol. 09, No° 01, 2023, p. 147.
5. Souad Omair, the legal system of the constitutional court in Algeria: reading in the provisions of the constitutional amendment of 2020, journal of the comparative legal studies, Vol. 07, No° 07, 2021, p. 1576.

Theses:

Magister:

1. Alili Messouad, the control on the constitutionality of the laws in Algeria –comparative study-, Magister thesis in the “administrative” general law, University of Hadj Lakhder, Batna, 2000-1999, p. 145.

PhD:

1. Samira Attouta, the control on the constitutionality of the laws in Algeria: from the constitutional assembly to the constitutional court, PhD in general law, University of Mohamed el Bachir al Ibrahimi, Bordj Bou Arridj, 2020-2021, p. 138.



Commitment to Maintain Professional Secrecy in the Algerian Functional Legislation

التزام التحفظ بالسري المهني في التشريع الوظيفي الجزائري

Laouadi Rahma PhD student *

University of Abbés Laghrourr - Khenchela

Egal, Political and sharia research laborator

laouadi.rahma@univ-khenchela.dz

Pr. Sofiane Archouche

University of Abbés Laghrourr – Khenchela

Egal, Political and sharia research laborator

sof.archo@yahoo.fr

The date of Submission: 2024-05-31

The date of acceptance: 2024-06-04

Abstract:

Professional secrecy is a moral and legal obligation that applies to all public employees who, due to their profession, have access to confidential information that is not public knowledge. Employees are not allowed to share any personal or work-related information or writings with others, regardless of the nature of that information or the employee's knowledge of it. If it is not necessary for the service and does not comply with the Basic Law of the Public Service 06-03.

This duty is encompassed by unique safeguards and regulations. Considering that confidential information is regarded as an integral component of the public framework, any revelation of such information by an employee will lead to their prosecution by the administration. This will entail disciplinary consequences, necessitating their accountability before the judicial authorities for consultation with the disciplinary committee, and the imposition of criminal sanctions by the competent judicial authorities.

Key words: Functional secrecy, public officials, confidentiality, disciplinary liability, criminal punishment...

الملخص:

يعد السر المهني واجبا أخلاقي وقانوني يقع على عاتق كل موظف عام يحيط بحكم مهنته على أسرار وبواطن لا يمكن معرفتها لولا وظيفته ومنصبه. لا يجوز إفشاء أي كتابات أو معلومات يعرفها الموظف شخصياً أو حصل عليها أثناء أداء واجباته للآخرين، مهما كانت طبيعة تلك الأسرار. ما لم يكن ذلك ضروريا للخدمة ووفقا للقانون الأساسي للوظيفة العامة 06-03، فإن هذا الالتزام محاط بحماية خاصة وقواعد خاصة، ومع مراعاة أن الأسرار المهنية تعتبر جزءا من النظام العام، فإن إفشاء الموظف لهذه الأسرار يترتب عليه في ملاحقته من قبل إدارته، وفرض المسؤولية التأديبية عليه، وإلزامه بمحاسبته أمام الجهات القضائية للتشاور مع اللجنة التأديبية، وتوقيع العقوبات الجنائية عليه من قبل الجهات القضائية المختصة.

الكلمات المفتاحية: السرية المهنية، الموظفون العموميون، السر، المسؤولية التأديبية، العقوبة الجنائية...

* Laouadi Rahma, laouadi.rahma@univ-khenchela.dz

Introduction:

Professional confidentiality is a crucial subject that has garnered significant focus from legal experts, lawmakers, and courts, primarily because of its implications on the political, social, and economic welfare of the nation, as well as on the rights of individuals. It represents a key responsibility placed on employees, reflecting a growing emphasis on ethics and knowledge. This is especially pertinent in legal contexts concerning individuals overall and employees in particular.

Employees are bound by professional secrecy due to the nature of their role or profession, granting them access to sensitive information or documents concerning the confidentiality of the organization and the privacy of individuals. It is their responsibility to safeguard this information and prevent its disclosure, as doing so could disrupt public order and jeopardize the interests of individuals. This obligation is both a moral and legal duty, demonstrating the employee's loyalty to their employer and commitment to serving their country.

It is mandated in all functional laws, including the Basic Law for the Public Service No.06-03. Due to the gravity of this requirement, specific guarantees and regulations were put in place by the legislator. Any breach of this duty can result in disciplinary actions by the relevant administrative body against the public servant. Furthermore, the individual may face criminal consequences as per the Penal Code. This is what we will try to explore in this research rising the following problematic:

How did the Algerian legislator regulate the crime of disclosing professional secrets?

The importance of the study:

The significance of the subject matter is exemplified by emphasizing the societal concerns associated with governance, as well as the personal concerns linked to individuals, necessitating the preservation of confidentiality. Furthermore, it underscores the need to enhance legal consciousness regarding the risks involved in divulging such obligations.

Methodology:

To effectively address the topic and achieve the desired research goals, the most productive approach employed was the descriptive analytical approach. This approach was chosen due to its alignment with the nature of the topic and its ability to tackle the problem at hand.

Aims of the study:

The study aims to achieve the following objectives:

1. To define the concept of professional secret.
2. To highlight the legal basis for the employee's obligation to maintain confidentiality of professional secrets under Law 06-03.
3. To identify the mechanisms established by the legislator to combat the crime of disclosing professional secrets, which is now considered an independent punishable offense.

In order to address the problematic at hand and accomplish these objectives, we have structured our research plan as follows:

Section 1: The legal framework surrounding professional secrecy.

Section 2: The disciplinary and criminal penalties resulting from an employee's breach of professional secrets.

Section One: The legal provisions governing professional secrecy

The intimate relationship between ethical principles and professional secrets, coupled with their legal implications, underscores their direct impact on an individual's private life.⁽¹⁾ Hence, it becomes crucial for individuals entrusted with professional secrets to recognize their general obligation to preserve confidentiality. This obligation serves to protect public interests and necessitates a comprehensive understanding of what constitutes a professional secret that should not be divulged. In light of this, I explore the definition of professional secrets and subsequently delve into the legal framework that mandates employees' adherence to non-disclosure, as stipulated in Law No.06-03.

1. Definition of professional secret:

The secret, linguistically, refers to the information that an individual keeps hidden and does not share with others. It encompasses the personal thoughts, feelings, and actions that are intentionally kept private from the public eye. A secret is essentially something that is deliberately concealed and not disclosed to anyone else.⁽²⁾

In Cambridge Dictionary, it's defined as a piece of information that is only known by one person or a few people and should not be told to others.⁽³⁾

In terms of terminology, it is evident that the legislation which mandated the adherence to professional secrecy failed to provide a clear definition of its essence. This lack of clarity can be attributed to either variations in legal standards or the inherent complexity of the offense itself. Consequently, numerous interpretations have emerged within the field of jurisprudence, leading to a multitude of divergent definitions.

Notably, French jurisprudence has made significant efforts to establish a comprehensive understanding of professional secrecy, defining it as the preservation of confidentiality for any information entrusted to a professional.⁽⁴⁾ This definition emphasizes the importance of maintaining the privacy and confidentiality of sensitive matters that are disclosed to professionals in their respective fields, so confidentiality is particularly important when the revelation of intimate and sensitive information has the potential to harm the individual.⁽⁵⁾

The definition presented appears to be flawed due to its narrow scope, restricting the concept of professional secrecy to information specifically requested by a client and entrusted to a professional. This definition emphasizes the importance of confidentiality and the professional's responsibility to safeguard such information. However, it fails to encompass the broader scope of professional secrecy, which includes any type of content, document, or news that a professional may come across or have access to while performing their duties.

In Egyptian jurisprudence, the determination of professional secrecy relies on an objective criterion of its reach and the number of individuals affected. The extent to which the public

(1)- Samuel Nzakomeza, Lawyers' Professional Secrecy and Justice, *East African Journal of Science and Technology*, vol.8, issue 1, 2018.

(2)- Khalfa Samir, The Criminal Liability of the Lawyer for Disclosing Professional Secrets, *Algerian Journal of Legal and Political Sciences*, volume 60, issue 2, University of Algiers 1, 2023, p.102.

(3)- Secret Definition, on: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/secret>, last access 2024.

(4)- Hala Sayel Ahd Ghanem, *Civil Liability Resulting from Disclosing Professional Secrets: A Comparative Study*, Master's Thesis, Faculty of Graduate Studies, En-Nadjah National University, 2018, p.13.

(5)- Laurie A. Badzek et al., Administrative Ethics and Confidentiality/Privacy Issues, *Online Journal of Issues in Nursing*, vol 3, no.3, 1998.

interest is confined is directly linked to the scope of professional secrecy as defined by Egyptian law.⁽¹⁾

The definition highlights the importance of knowledge of an incident as a key factor in assessing its confidentiality. Along with this, the presence of an interest in maintaining the confidentiality of the incident and refraining from sharing it with others is also crucial. Therefore, any information that is known to others, regardless of the owner's lack of interest in keeping it confidential, may still be subject to confidentiality considerations. In such cases, the professional may not be held accountable if the information is disclosed.

Conversely, an alternative perspective from Egyptian jurisprudence characterizes secrecy as the entitlement of an individual to uphold their privacy in all aspects, be it material or moral, or in connection to their liberties, as long as it aligns with the norms and traditions of society, as well as the evolving legal framework within the community. This definition also draws upon the principles of Islamic law⁽²⁾ to further elucidate the concept of secrecy and its significance in safeguarding an individual's rights and freedoms.

The definition provided highlights the association between private life and secrecy, emphasizing that certain information or events possess a secretive quality that necessitates accountability if revealed. However, it is crucial to recognize that this secrecy does not necessarily pertain to an individual's private life. Secretiveness encompasses a wider scope and is more all-encompassing than the concept of private life, despite their proximity. Furthermore, the essence of secrecy lies in its confidentiality, contrasting with the notion of personal privacy, which can persist even in the absence of secrecy.

In a similar vein, a secret can be defined as something that pertains to an individual's personal life and has a profound impact on their sensitive emotional sphere, to the extent that its revelation would result in significant harm.⁽³⁾

This definition highlights the fact that secrets primarily pertain to natural persons rather than legal entities,⁽⁴⁾ although the latter can also be subject to secrets, such as governmental bodies and administrative organizations. Furthermore, it is important to note that secrets are not solely limited to information or facts that cause harm or affect one's emotions, as they can encompass any matter that is of concern to its owner and is deemed as something that should not be disclosed.

The term can also be described as: "A characteristic ascribed to a role, position, information, or activity, which establishes a link between this role, position, or information, in relation to the individual who has the entitlement to be informed about it, and in relation to the individual who is obligated to act upon its dissemination."⁽⁵⁾

It is important to highlight that the definition places emphasis on two key characteristics. The initial characteristic encompasses all confidential information related to a profession, whereas the second characteristic is centered on the legal and technical aspects of confidential

(1)- Hala Sayel Ahd Ghanem, *ibid.*, p.12.

(2)- Muhammad Amin & Muhammad Saeed Shafiq, Importance of Secrecy (Keeping Things Secret) in Islam: A Research Review, *Fahm-i-Islam*, vol. 1, issue 2, 2018.

(3)- Abdelli Hamza, *Criminal Liability for Disclosing Public Service Secrets*, PhD thesis, University of Algiers, 2019-2020, p.73.

(4)- Johann Claudius Knobel, *The Right to the Trade Secret*, PhD thesis, University of South Africa, 1996, p.7.

(5)- Adel Habri Mohammed Habib, *The Extent of Civil Liability for Breach of Commitment to Professional or Employment Secrecy*, first edition, Dar Al-Fikr Al-Jami'i, Alexandria, Egypt, 2023, p.17.

data or information. Nevertheless, the primary focus is on the legal aspects, particularly in terms of defining what constitutes a confidential fact.

A functional secret can also be described as a concept that instills fear if disclosed to others, resulting in potential harm or loss of a lawful interest.⁽¹⁾

This definition primarily revolves around safeguarding administrative interests and attaining optimal performance through the public institution's effective execution of its duties. The administration possesses the power to withhold any event that it perceives as detrimental to these interests, as information pertaining to the job is regarded as internal affairs that necessitate preservation and non-disclosure by the employee, regardless of personal interest.

Conversely, an alternative perspective from French jurisprudence characterizes a secret as information that necessitates concealment, regardless of whether its exposure would cause harm to one's reputation or dignity. This definition suggests that the content being kept hidden is not inherently shameful or offensive, but rather may even be considered commendable by the individual seeking to keep it confidential.⁽²⁾

I concur with this viewpoint, as it encompasses the notion that professional secrecy encompasses all professional information, regardless of whether its disclosure may harm the reputation and dignity of the owner or highlight their commendable qualities. From this perspective, it becomes evident, based on the aforementioned definitions, that certain conditions must be fulfilled for information to be regarded as a professional secret:

The employee must acquire the information through their profession or the position they hold.

The disclosure of both material and moral professional secrets by the employee to the owner is essential.

The information should not be made public to everyone, while also acknowledging the underlying significance of this secrecy for the owner of the secret.⁽³⁾

2. The legal foundation of the employee's commitment to not disclose professional secrets under Law 06-03:

Engaging in a public service provides the employee with the opportunity to gain insights and confidential information while carrying out their duties. It is crucial for the employee to exercise caution in safeguarding this information, whether within the workplace or outside of it, and to refrain from mishandling any job-related documents. Consequently, the employee should refrain from disclosing any information acquired through their professional role and should avoid engaging in any activities such as documenting, destroying, or stealing files unless absolutely necessary.

In line with the aforementioned, it will also inform about the situation of reporting in a sincere manner under the condition that it portrays the employee in a positive light, regardless of prior knowledge.⁽⁴⁾

(1)- Ahmed Ali Kacem Charhan Soudani, The Employee's Duty to Conceal Functional Secrets: A Comparative Study, *journal of the College of Law for Legal and Political Sciences*, volume 10, issue 38, University of Kirkuk, Iraq, 2021, p.134.

(2)- Hala Sayel Ahd Ghanem, Op.Cit., p.14.

(3)- Wissem Belkhir, Chastisement of an Employee for the Error of Disclosing Professional Secrets in the Algerian Public Service Law, *El-Wahat Journal for Research and Studies*, volume 14, issue 1, Ghardaia University, 2021, pp.984,985.

Conversely, it is forbidden to conceal, obliterate, misappropriate, or transfer service records for the advantage of others. This responsibility was instituted in Article 48 of Order 06-03, mandating public servants to uphold professional confidentiality by refraining from disclosing any data, paperwork, or updates they come across while executing their designated tasks. The lawmaker has exempted urgent situations or the possession of a permit issued by a competent authority⁽²⁾ allowing the disclosure of work-related secrets from the obligation of professional secrecy.

The obligation to safeguard professional confidentiality also encompasses an additional responsibility concerning the prevention of hiding administrative records. Any individual found guilty of such actions is subject to stringent disciplinary measures, akin to criminal prosecution, as outlined in Article 49/2.⁽³⁾

According to the aforementioned, it is impossible to avoid the obligation of maintaining professional confidentiality, which is regarded as the fundamental principle, unless specified otherwise by law or regulation and with written authorization from the relevant authority. It should be noted that this obligation does not terminate upon leaving the position, as the employee remains bound to non-disclosure indefinitely, particularly in matters concerning the security and welfare of the state.⁽⁴⁾

At a practical level, it is evident that Order No.06-03 is consistent with previous legislation regarding professional secrets. Unlike Law No.78-12, which explicitly outlined its provisions, Order No.06-03 does not deviate from the principles established in Order No.66-133⁽⁵⁾ and Decree No.85-59.⁽⁶⁾ Article 37⁽⁷⁾ of the law emphasizes the importance of maintaining confidentiality in departmental documents and professional information, as well as defining the scope of third parties who should not be privy to such sensitive information (natural and legal persons not expressly concerned under the law, regulations or peaceful system).

In my perspective, I advocate for the idea that the lawmaker should reassess the content of Article 48 in Order No.06-03 to precisely identify the details, occurrences, and data that are covered by professional secrecy.⁽⁸⁾

Additionally, Article 8 in Order No.21-09 addresses the safeguarding of information and official papers, prohibiting the transmission or dissemination of correspondence from the competent authorities to third parties without their consent, unless specified otherwise in a regulation.

As previously stated, it is mandatory for public employees to refrain from revealing or sharing the details and documents of inquiries and legal investigations, or passing them on to

(1)- Said Mokaddem, *The Public Service between Adaptation and Transformation from the Perspective of Human Resources Management and Professional Ethics*, Office of University Press, Ben Aknoun, Algeria, 2010, p.310.

(2)- Article 48 of Order 06-03 issued on July 15th, 2006 related to *the General Basic Law for Public Service*.

(3)- Article 48 of Order 06-03.

(4)- Guerrouf Djamel, *Public Service in Algerian Legislation*, Dar El-Houda for Printing, Publishing and Distribution, Ain Melila, Algeria, 2022, p.131.

(5)- Order No.66-133 of June 2nd, 1966, related to *the general basic law for public service*.

(6)- Decree No.85-59 related to *the model basic law for workers in public institutions and administrations*.

(7)- Article 37 of Law No.78-14 issued on August 5th, 1978, which includes *the general basic law for the worker*.

(8)- Boutabba Mourad, *The Employee System in Algerian Law - an analytical study in light of Order No.06-03 and the special laws supported by the provisions of the administrative judiciary* -, Dar Houma, Algeria, 2018, p.397.

individuals in positions of authority unless mandated by law, as outlined in Article 10 of the aforementioned regulation.

Additionally, Article 11 of the same regulation emphasizes the importance of prohibiting employees from disseminating any reproductions or visuals or sharing them with others, irrespective of the means employed, as part of their professional duties.⁽¹⁾

It is important to emphasize that in the event a public employee comes into possession of a classified document that they are not authorized to have, they are required to surrender it to the appropriate authorities while maintaining professional secrecy by not revealing its contents.

The Algerian legislator has also acknowledged, as stated in Article 15 of Order 21-09, that public employees are forbidden from engaging in or reproducing any actions involving the copying or removal of classified documents pertaining to their professional activities, unless it is necessary for the interest or nature of their work.

Additionally, Article 16 of the same order prohibits employees from sharing or revealing information or the contents of any document they have come across during their professional duties, including ongoing issues within their employing institution, unless it falls within the permitted circumstances.⁽²⁾

The duty of a public employee to keep confidential information obtained through their role or while acting on behalf of the state extends to other administrative departments that do not have access to such information. Failure to uphold this duty may result in disciplinary action by the employee's organization, as outlined in Article 180 of Order 06-03. This includes instances where disclosure is attempted, regardless of whether it is successful.⁽³⁾

In addition to highlighting the potential criminal charges he may face, it is important to acknowledge the legal consequences outlined in Article 160 of the same regulation. This article states that any neglect of professional responsibilities, breach of discipline, or mistakes committed by an employee while carrying out their duties will be considered a professional error. As a result, the individual responsible will be subject to disciplinary action, without disregarding the possibility of facing criminal prosecution if deemed necessary.⁽⁴⁾

In light of the information provided in the aforementioned articles, it is clear that the potential threat of an employee divulging confidential information is linked to the fulfillment of two primary objectives:

The initial objective: is to foster a culture of trust among subordinates and offer them psychological reassurance.

The secondary objective: is to shield the organization from the negative impact of nepotism, which can impede the effective execution of its duties with honesty and openness.⁽⁵⁾

(1)- Article 8,10,11 of Order No.21-09 of June 8th, 2021 concerns *the protection of administrative information and documents*.

(2)- Article 15, 16 of Order No.21-09 of June 8th, 2021 concerns *the protection of administrative information and documents*.

(3)- Article 180 of Order 06-03 of July 15th, 2006, Op. Cit.

(4)- Article 160 of Order 06-03 of July 15th, 2006, Op. Cit.

(5)- Hachmi Kherfi, *The Public Service in Light of Algerian Legislation and Some Foreign Experiences*, Dar Houma for Printing, Publishing and Distribution, Algeria, 2010, p.289.

Section Two: Disciplinary and criminal penalties resulting from an employee's disclosure of professional secrets

Enforcing disciplinary action against an employee who reveals confidential information is seen as a demonstration of the authority vested in the employer, who has the power to mete out penalties to staff members for violating their obligation to keep professional secrets. This action must be carried out in compliance with legal requirements, especially if the employee's position was obtained in accordance with the law. The disciplinary measures should serve as a deterrent, unless there are specific circumstances outlined by the legislator that permit disclosure of the information. Subsequently, we will delve into the disciplinary measures that can be taken against an employee who discloses confidential information, followed by the punitive actions that can be imposed on the employee for breaching professional secrecy.

1. Disciplinary penalties for an employee for disclosing professional secrets:

Disciplinary penalties for the act of disclosing secrets are confined to the workplace (service) and do not extend to freedoms such criminal sanctions, financial fines, or compensation. The Algerian legislator categorizes these penalties based on the gravity of the offense and the corresponding level of punishment.

Definition of disciplinary penalties:

The Algerian legislator has chosen to focus on specifying the disciplinary penalty for employees and trainees without providing a clear definition of what constitutes such penalties. This lack of definition leaves room for interpretation, which can lead to confusion and inconsistencies in the application of disciplinary measures. The relevant articles in Order 06-03, specifically Articles 27 and 163,⁽¹⁾ outline the disciplinary penalty as the fourth degree without further elaboration.

Referring to jurisprudential definitions, according to Dr. Saïd Boulchair, disciplinary punishment is characterized by its negative impact on the employee's job status. This can manifest through temporary or permanent suspension, as well as the complete removal of the individual from their position. Additionally, disciplinary measures may involve reducing the privileges and benefits that the employee typically enjoys while performing their job duties.⁽²⁾

In jurisprudence, disciplinary punishment is often described as a professional consequence imposed on individuals who fail to fulfill their job duties or violate the standards and dignity associated with their position. This definition underscores the importance of maintaining professionalism and upholding the integrity of the workplace environment through appropriate disciplinary actions when necessary. By understanding the various perspectives on disciplinary penalties, organizations can ensure fair and consistent application of such measures in response to misconduct or violations of workplace standards.⁽³⁾

Disciplinary action is commonly understood as: "a job penalty imposed by the competent disciplinary authority on the public employee for the disciplinary error he committed in

(1)- Guerrouf Djamel, Op.Cit., p.217.

(2)- Baali Cherif Fouzia, *Proportionality between Disciplinary Error and Disciplinary Punishment in Public Office in Algerian Legislation*, Master's thesis, Hadj Lakhdar University, Batna, 2013/2014, p.48.

- Matthew T Rheinhard et al., *Legal Privilege & Professional Secrecy*, 3rd edition, Law Business Research Ltd, London, 2018.

(3)- Khaled Salim Amine, *The Public Employee's Disciplinary Liability for His Job Errors*, Master's Thesis, Near East University, 2011, p.47.

accordance with the rules, laws, and regulations related to the public job. Therefore, disciplinary punishment is strictly defined, and must adhere to the principle: "Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege".⁽¹⁾

The authority competent to discipline an employee for disclosing professional secrets:

The disciplinary system in Algeria is a unique blend of administrative and judicial characteristics, making it quasi-judicial in nature. Operating under a presidential system, it grants the administrative presidential authority the power to both impose punishments and make appointments.⁽²⁾

Articles 162 and 165 of Order 06-03 outline that the authority to issue disciplinary decisions for third-degree errors, such as the disclosure of professional secrets, lies with the head of the administrative authority. This authority, responsible for appointments, must make a well-founded decision after considering the binding opinion of the Administrative Committee.

The Administrative Committee, acting as a disciplinary board, reviews the work error within 45 days of notification. The employee's liability for the error ceases after this period, in accordance with the provisions. Additionally, the legislator has specified penalties for the disclosure of professional secrets, which are considered a third-level disciplinary offense subject to collective decision-making.⁽³⁾

In compliance with this, the lawmaker established, as per Executive Decree No.90-99, Article 1, the appointing authority as follows:

For the central administration, the minister holds the appointing authority.

At the state (wilaya) level, the governor has the primary jurisdiction for appointments.

For regional groups, the President of the Municipal People's Council holds the appointing authority.

It is important to highlight that the Disciplinary Council, also known as the joint committee, has been given the responsibility by the legislator to serve as an advisory body in cases involving errors of the third and fourth degree. As a result, the authority responsible for imposing penalties is required to collaborate with the Disciplinary Council when making disciplinary decisions.⁽⁴⁾

The legislator's objective in implementing the quasi-judicial system is to establish a clear distinction between the disciplinary authority and the presidential authority. Additionally, it aims to safeguard the rights of employees and ensure a separation between the power to accuse and the power to make decisions. This effectively limits the exclusive control of the presidential authority over disciplinary matters and grants the disciplinary council the ability

(1)- Ziad Adel, *Appealing the Disciplinary Punishment of a Public Employee - a comparative study between Algerian and Egyptian law* -, Master's thesis, University of Tizi Ouzou, 2009/2010, p.11.

(2)- Mohammed Lakhdar Ben Omran, *The Impact of the Criminal Judgment and amnesty Procedures on Disciplinary Accountability in Algerian Legislation (Employment, Labor, and Professional)*, First Edition, Dar Jusoor for Publishing and Distribution, Algeria, 2018, p. 46.

(3)- Ammar Boudiaf, *Public Service in Algerian Legislation - A Study in Light of Order 06-03 and the Special Basic Laws Supported by the Jurisprudence of the State Council*, First Edition, Dar Jousour for Publishing and Distribution, Algeria, 2015, pp.159-160.

(4)- Article 1 of Executive Decree No.90-99 issued on March 28th, 1990 relating to the authority of appointment and administrative management for employees and agents affiliated with the central administrations, states, municipalities and public institutions of an administrative nature affiliated with them.

to impose penalties. Ultimately, this measure is intended to promote the efficient operation of public institutions while considering their best interests.

The disciplinary penalties prescribed for the crime of disclosing professional secrets:

Based on the content of Article 180 in Order 06-03, it is evident that the Algerian lawmaker views the disclosure of a professional secret, or any attempt to do so, as a specific type of third-degree offense. Additionally, Article 163 of the same order outlines the corresponding punishment for this offense, which is also categorized as a third-degree error. The penalties for such an offense include either a suspension from practicing the profession for a duration of either (04) days or (08) days, demotion by two ranks, or mandatory transfer.

It should be emphasized that the administrative body responsible for enforcing a third-degree penalty for the offense of revealing confidential professional information is the same administrative body with the power to make appointments, following the mandatory consultation of the Administrative Committee acting as a disciplinary board.⁽¹⁾

2. Criminal penalties for the employee for disclosing functional secrets:

The preservation of professional secrets is mandated by the Penal Code, which also outlines the consequences for violating this obligation. The legal concept of criminal liability for public employees arises when the essential elements of the crime are established. Consequently, we will examine the definition of criminal liability for a public employee who divulges confidential information, while also addressing the general elements of the offense. Lastly, we will elucidate the prescribed punishment for this crime.

Definition of criminal responsibility:

Criminal responsibility, in the context of the penal law, refers to the accountability an individual holds for their criminal actions. This accountability is only applicable when the individual possesses the necessary mental capacity and awareness to understand the consequences of their actions. In essence, criminal responsibility entails that if a person commits a crime, they will face legal consequences and be subject to punishment.

These definitions highlight that an individual can be held criminally accountable when engaging in actions that contravene the law, with the employee's position being identified as a contributing factor that lawmakers have outlined as a basis for the offense.⁽²⁾

The elements of the crime of disclosing functional secrets by the employee:

The physical element of the offense of revealing a confidential professional information is the action that showcases the crime to the public, thereby giving substance to the offense, changing it from a mere intention to an actual act. This is in addition to the ethical aspect, where the disclosure stems from either a good or bad intention on the part of the perpetrator, as well as the legal provision that prohibits such disclosure, as outlined in the legal aspect.

In order for criminal liability to be established, three elements must be met:

- **The legal element:** This refers to the act specified in the Penal Code or special laws, for which a penal punishment has been established⁽³⁾ by the legislator. The purpose of this

(1)- Mohammed Djabri, The obligation to conceal professional secrets in the penal public service law, *Journal of Legal and Political Research and Studies*, issue 10, University of Blida 2, p.12.

(2)- Othman Taloti, The relationship between disciplinary responsibility and criminal responsibility and their role in combating corruption, *Journal of Comparative Legal Studies*, Bachar University, volume 7, issue 2, 2021, pp.11-36.

(3)- Omar Sadi, The Criminal Liability of the Doctor for Disclosing Medical Secrets, *El-Ijtihad Journal for Legal and Economic Studies*, volume 9, issue 2, University Center of Tamanrasset, 2020, p.110.

element is to uphold the principle of legality as outlined in Article 01 and Article 301 of the Penal Code.⁽¹⁾

Therefore, the legal element of the crime of disclosing professional secrets is satisfied when an employee reveals confidential information despite the existence of a law prohibiting such actions.

- **The moral element:** The offense of disclosing professional secrets is categorized as an intentional crime, requiring a general criminal intent.

It is defined as the intention to commit a crime, encompassing all necessary elements for its commission. Consequently, the material element must be reflected in the offender's psychology.

Based on these definitions, criminal intent consists of two components: will and knowledge.

Knowledge: This is because the criminal intent necessitates that the offender possesses knowledge of all the elements encompassing the crime, whether it be the physical or moral aspect, along with the requirement that they are aware of the action they are committing, which leads to criminal liability. It is important to note that knowledge precedes intention, therefore, the whistleblower is aware of the confidential nature of the incident they are exposing.⁽²⁾

Will: The intention of the perpetrator is focused on the act of revealing the secret and the outcome of others becoming aware of it. If the person responsible for keeping the secret does not have the intention to disclose or inform others about it, then the intent is lost, similar to divulging the secret while under the influence of drugs.

- **The material element:** The act of disclosure is crucial in establishing the materiality of a crime, as it brings the criminal activity to light in the external world.

This disclosure can take on either a positive or negative form, with the positive form involving interference. This interference is typically carried out through verbal communication by the offender.⁽³⁾

From a linguistic perspective, disclosure involves revealing and disseminating information.

In terms of jurisprudence, it entails informing others about a secret and **identifying the individual to whom it pertains, with the intention of sharing this** confidential information with others or notifying the individual, regardless of the method employed, except in cases where the law permits disclosure.⁽⁴⁾

Forms of disclosure:

The legislator has not specified the specific methods of disclosing secrets. However, we have identified two main ways in which disclosure occurs:

A. Direct and indirect disclosure: Direct disclosure involves informing someone who is responsible for safeguarding the secret, allowing them to access or view it, regardless of the

(1)- Article 01 of Order 66-156 dated June 8th, 1966 containing *the amended and supplemented Penal Code* stipulates that: "There is no crime, punishment or security measures without law".

(2)- Malika Hadjadj, The Crime of Disclosing Professional Secrets - An Analytical Reading of Article 301 of the Algerian Penal Code, *Journal of Law and Political Science*, volume 14, issue 3, Zian Achour University, Djelfa, 2021, p.520.

(3)- Hettaf Djemaa Rached, Disclosing Job Secrets and Their Implications, *The Legal Journal*, volume 7, number 1, University of Cairo, 2020, p.95.

(4)- El-Amri Salha, The Penalty Resulting from a Pharmacist's Disclosure of Professional Secrets in Algerian Legislation, *Al-Mufikr Magazine*, issue 12, Mohamed Kheidar University, Biskra, 2018, p.321.

purpose.⁽¹⁾ Indirect disclosure, on the other hand, occurs when the custodian of the secret engages in behavior that indirectly leads to the secret being revealed, such as providing access to files, that contain sensitive information, by others in the same office.⁽²⁾

B. Furthermore, disclosure can be categorized as **either positive or negative**. Positive disclosure refers to situations where the act of disclosing the secret does not cause harm to the owner or anyone else. Negative disclosure, on the other hand, involves intentionally causing harm to the owner of the secret or others, and in some cases, it may even extend to the person entrusted with the secret.⁽³⁾

C. Lastly, there are two types of disclosure: **automatic and non-automatic**. Automatic disclosure happens when an employee voluntarily reveals a professional secret without being prompted by another person or party. On the contrary, non-automatic disclosure occurs when the disclosure is requested by another party who is restricted from accessing the information, even if their intention is not to harm the owner of the secret.⁽⁴⁾

Overall, understanding the various forms and categories of disclosure is crucial in determining the legal implications and consequences associated with the act of revealing secrets.

D- Explicit disclosure and implicit disclosure: we find that the Algerian legislator, through what was stated in the provisions of the Penal Code and other legal texts, intended explicit disclosure, through what the trustee discloses by virtue of the position he holds. As for implicit disclosure, when the trustee allows another party to see on documents or files in which the professional secret is recorded, this is considered an unauthorized disclosure of the professional secrecy.⁽⁵⁾

Methods for revealing professional secrecy:

Verbal disclosure refers to the act of conveying information through spoken words or written letters to individuals, regardless of their physical proximity to the employee. This could include addressing the media or communicating via phone.⁶

Disclosure by publication involves revealing a secret by making it public through scientific books or articles. Additionally, this type of disclosure can occur when a secretary privately shares the confidential information with others, even if they are careful not to openly disclose it. In this case, the act of disclosure does not require widespread publicity; it is sufficient for just one person to be aware of the secret.⁽⁷⁾

Disclosure of images encompasses various forms such as photographs, motion pictures, videotapes, cinema, television images, digital images, and maps.⁽⁸⁾

(1)- Ahmed Mosbih Koutbi, The Commitment to Confidentiality of Professional Secrets in the Criminal Public Service Law, *Journal of Legal Sciences*, volume 16, issue 2, University of Sharjah, 2019, p.314.

(2)- Abdelli Hamza, Op.Cit., p.308.

(3)- Ahmed Mosbih Koutbi, Op.Cit., p.314.

(4)- Hettaf Djema Rached, Op.Cit., p.98.

(5)- Ahmed Farouk Zaher, Criminal Protection of Professional Secrets - A Comparative Study between Emirati and Egyptian Laws, *Charia and Law Journal*, issue 58, United Arab Emirates University, 2014, p.16.

(6)- kachi Allal, Disclosing the secrets of public service and the implications of legal responsibility, *Afak Scientific Magazine*, volume 12, issue 4, 2020, p.509.

(7)- Ilhem Mohammed Kamel Abdelnaim, The punishment for disclosing professional secrets between Charia and law - a comparative jurisprudential study -, *Al-Azhar Journal*, issue 31, Al-Azhar University, Cairo, 2021, p.1540.

(8)- kachi Allal, Op.Cit., p.510.

The e-disclosure of professional secrets through electronic means of communication is facilitated by modern communication tools like email and social media platforms such as Twitter, Instagram, Facebook, and others. These channels have gained immense popularity among individuals, enabling the rapid spread of information.⁽¹⁾

3. Criminal penalties prescribed for the crime of disclosing professional secrets:

Article 301 of the Penal Code serves as the main guideline for managing and addressing professional secrets. It outlines the individuals who are required to maintain professional secrets, such as employees, stating: "... and all individuals entrusted by de facto, profession, or position." Whether permanent or temporary, secrets hold great importance.

The divulgence of confidential information pertaining to one's profession has been deemed illegal and is regarded as an offense that is subject to legal penalties. Consequently, it is obligatory for public officials to maintain strict confidentiality regarding any incidents or associated details, as this obligation is universally applicable to all employees.⁽²⁾

Article 302 of the Penal Code also states that individuals working in any institution who reveal or attempt to reveal the institution's secrets to foreigners or Algerians living abroad without authorization may face imprisonment for two to five years. Additionally, they may be subject to a fine ranging from 500 to 10,000 Algerian dinars.

If these secrets are revealed to Algerians residing in Algeria, the penalty shall be imprisonment from (3) months to (2) two years and a fine from 500 to 1,500 DZD.⁽³⁾

The article clearly indicates that the legislator broadened its scope to include both the perpetrator and the party involved in breaching professional secrecy. Committing the crime of breaching professional secrecy necessitates proving the specific element and criminal intent, as divulging secrets undermines public interests and can lead to legal consequences and criminal sanctions for the employee involved.

Conclusion:

Professional confidentiality is widely recognized as a crucial legal duty for employees, requiring strict adherence during the execution of their duties. Consequently, we have obtained a series of outcomes accompanied by a collection of suggestions, which we outline below:

First, results:

- ✓ Professional secrecy is a fundamental obligation that both legally and morally binds employees under the Basic Law of the Public Service 06/03.
- ✓ It signifies the employee's loyalty towards the organization they work for and plays a crucial role in ensuring the smooth functioning of public services. This duty is aimed at promoting the greater good of society.
- ✓ Any breach of professional secrecy can have detrimental effects on the reputation of the job. Therefore, it is essential for employees to uphold this moral value and recognize its significance.
- ✓ The principles of professional secrecy apply to maintaining public order and encompass all employees who have access to confidential information or documents as part of their job responsibilities.

(1)- Ilhem Mohammed Kamel Abdelnaim, Op.Cit., p.1541.

(2)- Malika Hadjadj, Op.Cit., pp.512-517.

(3)- Article 302 of Order 66/156 of 18 Safar 1386 corresponding to June 8th, 1966, op. cit.

✓ Failure to uphold professional secrecy can result in disciplinary actions imposed by the relevant authority, and in some cases, even criminal penalties if the disclosure constitutes a crime.

Second, recommendations:

✓ Organizing specialized workshops for employees to promote professional ethics and safeguarding confidential information.

✓ Advocating for the revision of penalties associated with the disclosure of professional secrets, considering the detrimental impact it has on both organizations and individuals.

✓ Emphasizing the need to extend the responsibility of maintaining professional secrecy to all employees, regardless of their employment status.

✓ Recognizing that mere legal regulations are insufficient to ensure professional secrecy, and emphasizing the importance of raising awareness and educating employees about their obligations in this regard, as many may be unaware of this responsibility.

References:

Official texts:

(1)- Order 66-156 dated June 8th, 1966 containing *the amended and supplemented Penal Code*.

(2)- Order 06-03 issued on July 15th, 2006 related to *the General Basic Law for Public Service*.

(3)- Order No.66-133 of June 2nd, 1966, related to *the general basic law for public service*.

(4)- Decree No.85-59 related to *the model basic law for workers in public institutions and administrations*.

(5)- Law No.78-14 issued on August 5th, 1978, which includes *the general basic law for the worker*.

(6)- Order No.21-09 of June 8th, 2021 concerns *the protection of administrative information and documents*.

(7)- Order No.21-09 of June 8th, 2021 concerns *the protection of administrative information and documents*.

(8)- Executive Decree No.90-99 issued on March 28th, 1990 relating to *the authority of appointment and administrative management for employees and agents affiliated with the central administrations, states, municipalities and public institutions of an administrative nature affiliated with them*.

Books:

(1)- Adel Habri Mohammed Habib, *The Extent of Civil Liability for Breach of Commitment to Professional or Employment Secrecy*, first edition, Dar Al-Fikr Al-Jami'i, Alexandria, Egypt, 2023, p.17.

(2)- Ammar Boudiaf, *Public Service in Algerian Legislation - A Study in Light of Order 06-03 and the Special Basic Laws Supported by the Jurisprudence of the State Council*, First Edition, Dar Joussour for Publishing and Distribution, Algeria, 2015, pp.159-160.

(3)- Boutabba Mourad, *The Employee System in Algerian Law - an analytical study in light of Order No.06-03 and the special laws supported by the provisions of the administrative judiciary* -, Dar Houma, Algeria, 2018, p.397.

(4)- Guerrouf Djamel, *Public Service in Algerian Legislation*, Dar El-Houda for Printing, Publishing and Distribution, Ain Melila, Algeria, 2022, p.131.

(5)- Hachmi Kherfi, *The Public Service in Light of Algerian Legislation and Some Foreign Experiences*, Dar Houma for Printing, Publishing and Distribution, Algeria, 2010, p.289.

(6)- Matthew T Rheinhard et al., *Legal Privilege & Professional Secrecy*, 3rd edition, Law Business Research Ltd, London, 2018.

(7)- Mohammed Lakhdar Ben Omran, *The Impact of the Criminal Judgment and amnesty Procedures on Disciplinary Accountability in Algerian Legislation (Employment, Labor, and Professional)*, First Edition, Dar Jusoor for Publishing and Distribution, Algeria, 2018, p. 46.

(8)- Said Mokaddem, *The Public Service between Adaptation and Transformation from the Perspective of Human Resources Management and Professional Ethics*, Office of University Press, Ben Aknoun, Algeria, 2010, p.310.

Theses & dissertations:

(1)- Abdelli Hamza, *Criminal Liability for Disclosing Public Service Secrets*, PhD thesis, University of Algiers, 2019-2020, p.73.

(2)- Baali Cherif Fouzia, *Proportionality between Disciplinary Error and Disciplinary Punishment in Public Office in Algerian Legislation*, Master's thesis, Hadj Lakhdar University, Batna, 2013/2014, p.48.

(3)- Hala Sayel Ahd Ghanem, *Civil Liability Resulting from Disclosing Professional Secrets: A Comparative Study*, Master's Thesis, Faculty of Graduate Studies, En-Nadja National University, 2018, p.13.

(4)- Johann Claudius Knobel, *The Right to the Trade Secret*, PhD thesis, University of South Africa, 1996, p.7.

(5)- Khaled Salim Amine, *The Public Employee's Disciplinary Liability for His Job Errors*, Master's Thesis, Near East University, 2011, p.47.

(6)- Ziad Adel, *Appealing the Disciplinary Punishment of a Public Employee - a comparative study between Algerian and Egyptian law -*, Master's thesis, University of Tizi Ouzou, 2009/2010, p.11.

Articles:

(1)- Ahmed Ali Kacem Charhan Soudani, *The Employee's Duty to Conceal Functional Secrets: A Comparative Study*, *Journal of the College of Law for Legal and Political Sciences*, volume 10, issue 38, University of Kirkuk, Iraq, 2021, p.134.

(2)- Ahmed Farouk Zaher, *Criminal Protection of Professional Secrets - A Comparative Study between Emirati and Egyptian Laws*, *Charia and Law Journal*, issue 58, United Arab Emirates University, 2014, p.16.

(3)- Ahmed Mosbih Koutbi, *The Commitment to Confidentiality of Professional Secrets in the Criminal Public Service Law*, *Journal of Legal Sciences*, volume 16, issue 2, University of Sharjah, 2019, p.314.

(4)- El-Amri Salha, *The Penalty Resulting from a Pharmacist's Disclosure of Professional Secrets in Algerian Legislation*, *Al-Mufikr Magazine*, issue 12, Mohamed Kheidar University, Biskra, 2018, p.321.

(5)- Hettaf Djemaa Rached, *Disclosing Job Secrets and Their Implications*, *The Legal Journal*, volume 7, number 1, University of Cairo, 2020, p.95.

(6)- Ilhem Mohammed Kamel Abdelnaim, *The punishment for disclosing professional secrets between Charia and law - a comparative jurisprudential study -*, *Al-Azhar Journal*, issue 31, Al-Azhar University, Cairo, 2021, p.1540.

(7)- kachi Allal, Disclosing the secrets of public service and the implications of legal responsibility, *Afak Scientific Magazine*, volume 12, issue 4, 2020, p.509.

(1)- Khalfa Samir, The Criminal Liability of the Lawyer for Disclosing Professional Secrets, *Algerian Journal of Legal and Political Sciences*, volume 60, issue 2, University of Algiers 1, 2023, p.102.

(8)- Laurie A. Badzek et al., Administrative Ethics and Confidentiality/Privacy Issues, *Online Journal of Issues in Nursing*, vol 3, no.3, 1998.

(9)- Malika Hadjadj, The Crime of Disclosing Professional Secrets - An Analytical Reading of Article 301 of the Algerian Penal Code, *Journal of Law and Political Science*, volume 14, issue 3, Zian Achour University, Djelfa, 2021, p.520.

(10)- Mohammed Djabri, The obligation to conceal professional secrets in the penal public service law, *Journal of Legal and Political Research and Studies*, issue 10, University of Blida 2, p.12.

(11)- Muhammad Amin & Muhammad Saeed Shafiq, Importance of Secrecy (Keeping Things Secret) in Islam: A Research Review, *Fahm-i-Islam*, vol. 1, issue 2, 2018.

(12)- Omar Sadi, The Criminal Liability of the Doctor for Disclosing Medical Secrets, *El-Ijtihad Journal for Legal and Economic Studies*, volume 9, issue 2, University Center of Tamanrasset, 2020, p.110.

(13)- Othman Taloti, The relationship between disciplinary responsibility and criminal responsibility and their role in combating corruption, *Journal of Comparative Legal Studies*, Bachar University, volume 7, issue 2, 2021, pp.11-36.

(14)- Samuel Nzakomeza, Lawyers' Professional Secrecy and Justice, *East African Journal of Science and Technology*, vol.8, issue 1, 2018.

(15)- Wissem Belkhir, Chastisement of an Employee for the Error of Disclosing Professional Secrets in the Algerian Public Service Law, *El-Wahat Journal for Research and Studies*, volume 14, issue 1, Ghardaia University, 2021, pp.984,985.

Websites:

(1)- Secret Definition, on: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/secret>, last access 2024.

Mechanisms of International Cooperation in the Implementation of Foreign Criminal Sentences

آليات التعاون الدولي في تنفيذ الأحكام الجنائية الأجنبية

zohra belhaouari , doctoral student *

Abdelatif fasla , professor

Oran 2 University Mohamed ben Ahmed

Oran 2 University Mohamed ben Ahmed

belhaouari.zohra@univ-oran2.dz

fasladz@yahoo.fr

The date of Submission: 2024-04-01

The date of acceptance: 2024-05-25

Abstract:

The subject of implementing foreign criminal judgments is considered one of the most important topics of private international law, due to the development that the world is witnessing in all areas of life, as crime is no longer limited to the borders of one country, but its impact has extended to affect the entire international community. Therefore, we must keep pace with this development and modernize the mechanisms for combating crime in accordance with the development of the phenomenon of crime. International cooperation in implementing foreign criminal judgments is considered one of the highest manifestations of this development. The importance of the issue is evident in the fact that the territorial borders of the state are not an obstacle between the criminal and the application of punishment to him, and that there is a reconciliation between the independence of each state in exercising its penal jurisdiction within the borders of its territory and the necessity of exercising its right to punishment on the one hand, and combating crime at the international and national levels on the other hand.

Keywords : International cooperation , execution , Foreign criminal judgement , border .

الملخص:

تنفيذ الأحكام الجنائية الأجنبية يعتبر من المواضيع المهمة في القانون الدولي الخاص ، وهذا نتيجة التطور الذي يشهده العالم في جميع مجالات الحياة ، فتأثير الجرائم لم يعد مقتصرًا على حدود إقليم واحد و إنما امتد أثره ليشمل جزءًا كبيرًا منه ، وهذا ما يستدعي إيجاد آليات تتوافق مع جسامة هذه الأفعال ، ويتجلى التعاون فيما بين السلطات العليا بأن لا تكون الحدود الإقليمية حائلًا بين المجرم وتطبيق العقوبة عليه وكذلك الاستقلالية في ممارسة الاختصاص الجزائي و بين ضرورة ممارسة الحق في العقاب ومكافحة الجريمة على الصعيد الدولي والوطني .

الكلمات المفتاحية : تعاون دولي ، تنفيذ ، حكم جنائي أجنبي ، حدود .

* belhaouari zohra

Introduction:

Cooperation is considered an essential element in building relationships and achieving success in life, whether from a personal, national or international perspective. This has resulted in the emergence of a complete set of rules and applications for conflict. This is the result of achieving a balance between the various services in pursuing criminal judicial extension outside the headquarters. The movement and travel of individuals prompted the international community to search for new mechanisms that are compatible with the nature of the developments that occur in committing crimes and the multiplicity of methods of committing them. This resulted in signing many international treaties that criminalize many illegal activities, and work to follow them up and to control them and achieve their goals as a manifestation of assistance among them, how is this done and what are the means that have been harnessed to achieve the goal?

To answer this problem, we will address:

First: The nature of the foreign criminal ruling

Definition:

It is the order that is issued by a non-national court¹¹ that is functionally and objectively specialized and is issued in the name of that sovereignty regardless of the nationality of the opponents or the place of its issuance. Therefore, in order for it to be achievable, a set of characteristics must be present, which are as follows:

1-1- It must be a judicial act:

Jurists differed among themselves regarding its applicable nature². Some of them believe that it is obligatory to issue it by the courts, whether due to a dispute or not, and that it has the force of a res judicata. Others see it as decisive for the dispute in whole or in part and definitive, and they justify their position by relying on who issued it. What is noted is that despite the agreement on its issuance by a judicial body, there is a discrepancy regarding its

¹ - Baraa Moundher Kamal Abdellatif, Mouwaffak Ali Obaid, Implementing Foreign Rule in Iraq, a comparative study, Tikrit Journal, Human Sciences, Volume 15, Issue 11, Iraq, 2008 , p 201.

² - Hicham Sadik Ali Sadik, Hafida Sayyid Al-Haddad, Principles of Private International Law, Nationality and Foreigners' Status, Conflict of Laws and Conflict of Jurisdiction, University Press House, Alexandria, Egypt, 2001 , p 144.

authority. There are those who see it as possessing the authority of the *res judicata* before it includes the executive formula, and there are those who believe that it does not gain authority until after it is finalized¹.

1-2- It must be issued by a non-national court:

This criterion means that it is issued in the name of the sovereignty of the state other than the one in which it will be applied, and it does not matter the nationality of the judges who issued it or the place where it was issued. This is the standard adopted in the European countries¹.

2- Procedures for achieving it:

There are two systems that are relied upon to complete this type of imposed punishment:

2-1- The new lawsuit system:

This means that in order for it to have an effect outside the scope in which it was issued, the person in whose favor it was issued must file a request before the national judiciary to claim again the right that the latter has approved as conclusive evidence of its validity², so that what was issued in the case by the national courts is capable of being performed in the state in every case in which it is not achievable under a treaty.

This means that everyone who has a final decision granted to him within a framework that adopts this system must take it as a conclusive argument before the judiciary in which he wants to achieve it, so that he has no choice but to enable him to do so in his territory and without opposition, and in order for the judge to rely on it and consider it conclusive evidence, these elements must be present:

2-2- Execution order system³

It means that every person who has an interest and seeks to resort to the judiciary in order to issue the order, according to which he is given a local advantage, and this system is adopted by both European and Arab countries including Algeria.

¹ - Abdenour Ahmed, Problems of Implementing Foreign Judgments, A Comparative Study, A Memorandum , for Obtaining a Master's Degree in Private International Law, Tlemcen, 2009 , p 08.

² - Duson. Kitic . Droit International Privé .Ellipses. Paris.2003, p 121.

A- Methods of following it up:

This work is subject to a set of steps, the aim of which is to prevent it from containing content that violates public order in the country in which it is to be implemented¹. As a result, either the review system or the monitoring system is adopted, and the latter is based on providing two interests:

- The first interest is based on providing what one wants. Every state enables the oppressed to have his right without obstacles and ensures that it is provided for him.
- As for the second interest, it relates to the entity in whose territory the act is committed. Here, the extent to which it fulfills only the formal conditions that differ from one region to another is monitored either by increase or decrease.

In this regard, the Algerian legislator allowed investigation by judicial institutions after it was registered in the executive form¹ without addressing the issue, and this is an application of the monitoring system².

B- How to submit it to the governing bodies:

To fulfill this element, there must be a lawsuit that is limited only to it without entering into disputes, and its issuance does not mean that it has become national. This requires the presence of two opponents, a plaintiff and a defendant, because it is not permissible to claim it except from those who were a party to the original dispute, that is, from the obligated parties. or who replaced them³.

As for its consecration in Algeria, it is granted this status by the courts held at the headquarters of the judicial councils in which the residence of the executed person or the place of enforcement is located, and the civil department is responsible for this even if what was issued from abroad is related to a commercial case, personal status, or a criminal case. This is done through a petition submitted by the concerned person, whether from the lawyer or in his presence, where the clerk of the court is responsible for writing a report and this is

¹ - Saleh Jad Al-Manzalawi, Jurisdiction in International Disputes and Recognition of International Restrictions on Foreign Judgments, New University House, Alexandria, Egypt, 2008 , p 193

² - Okacha Mouhamed Abdel-Al, Private International Law, International Jurisdiction in the Enforcement of Foreign Judgments, New University Publishing House, Alexandria, Egypt, 1996 , p 287.

³ - Amara Belghith, Implementation of Foreign Judgments, Institute of Legal and Administrative Sciences, Annaba University, Algeria, research to obtain a master's degree in 1989 , p 82

when the actions stipulated by the law are respected, after which he is treated in a normal manner and is marked with the executive form so that it is completed in accordance with what is applicable. In case he is not granted this right, it may be appealed in accordance with the established general rules¹.

3- Conditions of its implementation :

In order for it to be implemented on the ground, it must be appropriate to its legal system and consistent with the public order, but there is a difference between countries in this possibility and this is according to their own systems.

In this regard, many agreements were concluded that regulate this issue and included main conditions governing this process, which are as follows

3-1-Preserving state sovereignty²:

It is fulfilled by achieving two important principles:

B-The principle of reciprocity:

The judge before whom these cases are brought must treat them in the same way as national judgments, i.e. apply the monitoring system. However, if the foreign country whose sentences are to be signed follows the implementation order system, this will be taken into consideration. This is what we find in the letters exchanged between Algeria and France regarding the amendment of the Algerian-French judicial protocol, which stipulated respect for this principle, as well as Tunisian law, Iraqi law, Kuwaiti law, Libyan law, Syrian procedural law, Bahraini law, and Jordanian law, all of which stipulated it.

C-It does not violate public order:

Public morals differ from one country to another and from one time to another, and their primary purpose lies in protecting the internal system from any threat that affects or

¹ - Mohemd Issad .Exécution des décisions étrangères en droit algériens .Recueil Pénal 1974,p275.

² - Miteb ben Abdoullah Sanad, International Cooperation in Implementing Foreign Criminal Judgments and its Impact on Achieving Justice, a thesis submitted in fulfillment of the requirements for obtaining a master's degree in criminal justice, Riyadh, 2011, p 79.

undermines its foundations. Whenever these sentences contradict the components of Algerian society, they are not applied.

C-It does not conflict with sentences previously issued by the Algerian judiciary:

What is issued by the Algerian courts is an indication of the truth guaranteed by the validity of the *res judicata*, and it is forbidden to confess anything that contradicts this truth because it is considered a waste of national sovereignty.

D-Controlling its legitimacy:

Two basic conditions must be met to control legitimacy:

• **Issued from abroad:**

In this case, the judge is not obligated to consider whether the body from which it was issued is competent, qualitatively or regionally, unless that jurisdiction makes it invalid, and therefore he orders its implementation whenever it is issued by a competent court.

• **Possessing the power of *res judicata*:**

This means that when the ordinary and extraordinary methods of appeal have been exhausted and it becomes final, it can be activated.

• **Decision must be decisive¹:**

This means that we will not be able to complete the obligations if the matter is related to decisions that are not decisive in the matter, they must be acquittal or conviction with completion, postponement or suspension. However, there are exceptions to this that require urgent action in order to obtain evidence or seize funds to prevent their smuggling, arrest suspects, hear a witness, or seize bank accounts. For example, if there is a verdict to confiscate items, it is subject to the procedures stipulated in the European document signed on May 28th, 1970².

¹ - Huet et Koering-r . joulin .op .p247.

² - Djamel Saif Fares, International Cooperation in the Implementation of Foreign Criminal Judgments, A Comparative Study, Dar Al-Nahda Al-Arabi, Cairo, Egypt, 2003

Second: Methods of implementation

They are the means used to combat crime, which are as follows:

1- Extradition of criminals:

It means any act whereby the State extradites an accused or convicted person competent to the country competent to try him, prosecute him criminally, or punish him¹, and this is according to the following:

1-1 The seriousness of the crime:

It is determined either by relying on the numerical method, through which the names of crimes are included in international clauses or in special texts related to extradition, or by the exclusion method, which determines the crimes by the minimum or maximum penalty prescribed for them and for which extradition is requested. It was introduced for the first time in the era of international criminal law signed in 1899 in the city of Monte Vido.

1-2- Dual criminality:

This means that the act for which extradition is requested is criminal in both countries, and in this regard, the Algerian legislator has permitted it in:

- All cases punishable by law with a felony penalty.
- All acts punishable by law with a misdemeanor penalty not exceeding a maximum of two years and a minimum of two months.

1-3- Place where the incidents were committed:

This means that the public lawsuit is for the crime committed by the person whose extradition is requested, and the penalty issued against him is still valid and has not been dropped or expired for any reason of expiry. If it is not fulfilled, extradition loses its importance and becomes useless.

¹ - Djanhi Hisn Abdoul Amir, Extradition of Criminals in Iraq, first edition, Baghdad Foundation for Legal and Constitutional Books and Publications, Baghdad, Iraq, 1988 ,p 51.

1-4- It is not permissible to extradite nationals:

It is not permissible to extradite nationals, whether they are indigenous or naturalized regardless of the nature of the acts committed and attributed to them.

1.5 Non-extradition of those who have been tried for the crime for which extradition is sought:

It is forbidden to transfer persons who are under investigation and trial for the same acts for which their transfer is sought, in order to avoid being sentenced to a double penalty.

1-6- Delivery procedures:

It means the method that must be followed in transporting criminals.

What the bodies requesting extradition do:

The latter, through the prosecution and indictment authorities at the competent judicial council, issues a petition in which it explicitly expresses its desire to receive the criminal, attached to a file containing all the documents supporting it, and this is done through diplomatic channels in Algeria¹. In Egypt, this petition is prepared by the prosecution and accusation authority of the office of the first public defender in accordance with the Article 1712 of the instructions of the Public Prosecution. In the United States of America, this assignment is submitted by the state courts, by its public defender, or by a private local representative. In France, it is written by the indictment agent, who in turn sends it to the Public Prosecutor, and the latter sends it to the Ministry of Foreign Affairs, which in turn sends it to its embassy, with its pledge not to pursue and try him for a previous crime or to extradite him to a third country except after the approval of the country that extradited him and to do so in a capacity Fair and impartial, while providing guarantees for his defense³.

C- What the country from which extradition is requested does:

After receiving this request, an investigation will be carried out, evidence will be collected, he will be arrested, interrogated, and he will be detained in pretrial detention, or

¹ - Information card about the National Symposium on International Judicial Cooperation in the Criminal Field in the Arab World, held by the International Institute for Postgraduate Studies in Criminal Sciences in Siracusa, Italy from 05 to 11 December 1993, p01.

he will be released with or without bail, while preventing him from leaving the country until the matter is decided. Then, after such acts, the application is decided either by admissibility and a decision is issued containing the type of crime for which the person was extradited or a decision is made by refusal.

• **International judicial rogatory¹:**

What is meant is the decision issued by the competent investigating judge, and this is within the framework of the investigation of a file open before him regarding facts that constitute a crime, and the latter is directed to foreign parties in order to obtain information or to conduct an investigation complementary to the case and related to it, and this is due to the impossibility of interrogating him because he is outside the district or In order to view relevant documents, and this is a result of the development witnessed in the commission of crimes in the global forum, which hinders the normal course of trials and the follow-up of criminals, this summons shall be signed, dated, and stamped with the seal of the concerned authorities.

• **Its legal basis:**

Its performance is not binding on the assigned mandate⁵ except when it is a party to a charter, whether bilateral or multilateral, and this is out of respect for the principle of sovereignty. Its role is limited to conducting an investigation, such as hearing witnesses or carrying out inspections, as well as providing expert information and carrying out inspection and examination of objects.

• **Hearing witnesses:**

They are people whose testimony has an impact on the course of the case². Hearing them enables the truth to be revealed, and when it is necessary to hear them, a petition is submitted to the relevant authorities, and this is in accordance with the laws regulating that. Whenever they are summoned, they are obliged to attend to give their statements and

¹ - Faiza Younes Al-Bacha, Organized Crime under International Agreements and National Laws, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, Egypt, 2001, p 151.

² - Benouda Nabil, an article entitled Criminal Judicial Delegation in the Penal Field, Abdelhamid Benbadis University, Journal of International Law and Development, Volume 7, Issue 02, year 2019, Mostaganem ,p 151.

take the legal oath. Accordingly, every witness summoned to hear his testimony during a judicial delegation must attend, take the oath, and give his testimony.

- Carrying out inspections:

After obtaining permission to search homes and people, judicial police officers (the investigating authority) move to the homes of these suspects and search them. This is in accordance with the text contained in Module 2B3 of the Manual on International Cooperation in criminal matters to combat terrorism issued by the United Nations Office on drugs and crime in 2009¹.

- Providing expertise information³:

This work is carried out by every technically competent person regarding an incident that has an impact on the merits of the case. He must assign experts in the field of investigation to enable accurate information to be obtained that cannot be revealed by anyone.

• Interpol's role in its implementation:

The International Police seeks to strengthen its means of confronting private organized crime in the light of technological developments, as its role lies in supporting the subject under study and disseminating it on the largest scale. This is through preparing systems that limit the fight against actions that violate legal frameworks cross borders through:

- Organizing international conferences and seminars²:

This is in order to exchange experiences in the field of investigation and combating criminals.

¹ - Guide to International Cooperation in Criminal Matters to Combat Terrorism, United Nations Office on Drugs and Crime, Vienna, New York, 2009, viewed online, on 12/12/2022 .

² - Halima Kharaz, International Criminal Police Organization and its Role in Combating Terrorism, Journal of Comparative Legal Studies, Faculty of Law and Political Sciences, Abdelhamid Benbadis University, Mostaganem, Algeria, Volume 2, First Issue, 2015, p 150.

-Training judicial police officers:

This is done by conducting courses for directors of police institutes as well as employees of the states who are member of the organization, where they are taught information and techniques that are in line with the development of the committed crimes.

- Verifying the identity of criminals¹:

When a criminal escapes from the punishment assigned to him, the first thing he does is change his name and appearance. Here, great efforts are made to identify him and verify his name, especially in the case of death and if the body is unknown.

- Extradition of violators of the law:

It is one of the most prominent tasks carried out by this cell.

- Searching for and retrieving lost items:

The general secretary publishes bulletins containing numbers and specifications for missing items such as weapons and passports.

- Announcement of crime statistics:

This work takes place once every two years and explains the goals of crime and ways to combat it in various sectors. These reports are prepared by the police agencies which in turn send them to the national central offices, and then it is delivered to the general secretary of Interpol.

Conclusion:

The primary goal of the union lies in working to establish the foundations of international law, the basis of which is to support the achievement of security and peace and the common international interest. Since any law is hoped to be effective and respected in its sentences, the ratification by governments of treaties that confer a criminal character on acts committed by individuals is in itself a mechanism for cooperation in combating crimes as well as the exchange of experiences.

However, there are difficulties that prevent achieving the goal. This appears in the lack of general agreement among the parties regarding some crimes and the way of execution against their perpetrators. What is considered permissible in one place is considered

criminal in the other as well as the lack of communication channels whose goal is to collect evidence and confront crimes committed by certain criminals and specific penalties are applied to them. The existence of what is known as dual criminality as well. There are some actions committed in one country that are criminalized in a certain way, while they are criminalized in another country in a different way. An example of this is crimes committed by relying on means of communication and the Internet.

Among the difficulties also the lack of approval by the provinces on some sentences included in the treaties as the condition of respecting human rights, many governments refuse to participate in case this conflicts with article three of the United Nations convention against torture, neither party may expel a person, return him or extradite him to another country. In this context, it is possible to do the following:

- Prepare a charter in which viewpoints are unified among countries concerning the issue of jurisdiction conflict with regard to penalty execution, as well as tracking down perpetrators and keeping abreast of the developments that occur and the various violations that occur.
- • Interpol Police organize training courses and seminars during periods of time to train policemen from various centers in order to develop their competencies and provide them with the latest developments in the field, as well as introduce to them advanced and innovative means of committing violations.
- • Call the states to adopt domestic legislation that includes effective means to combat international crimes.
- Collect information on criminals and crimes across the territories of member states to form an integrated archive that can be consulted.
- • Strengthening solidarity in the fight against crime by providing all relevant documents or copies of them, exchanging data, locating people, and conducting searches and inspections.
- • Encouraging mutual assistance between criminal police authorities within the limits of applicable laws.
- • Getting rid of the idea of borders without infringing on territorial sovereignty, because these crimes are committed in one country and achieve results in another country, especially what is known as cybercrime.

List of references:

Laws:

- Order No. 66/155 of 18 Safar 1386 corresponding to June 8, 1966, which includes the Code of Criminal Procedure amended and supplemented by Law 18/06 of 06/10/2018, Official Journal, No. 34 - Algeria.

Books:

- 1- Arab Belkacem, Algerian Private International Law, Houma Publishing House, Algeria, 2009
- 2- Al-Fadil Mouhamed, International Cooperation in the Field of Combating Crime, Fourth Edition, Khaled Ben Al-Walid Press, Damascus, Syria
- 3- Djamel Saif Fares, International Cooperation in the Implementation of Foreign Criminal Judgments, A Comparative Study, Dar Al-Nahda Al-Arabi, Cairo, Egypt, 2003
- 4- Djanih Hisn Abdoul Amir, Extradition of Criminals in Iraq, first edition, Baghdad Foundation for Legal and Constitutional Books and Publications, Baghdad, Iraq, 1988
- 5- HoussamEddine Fathi Lassef, The National Judicial Oversight System for Foreign Judgments, A Comparative Study, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Egypt, 2009
- 6- Hassanein Al-Mohammadi Boudi, The Principles of Public International Law, International Community, Part One, University Culture Foundation, Alexandria, 1979
- 7- Soulaïman AbdelMoneim, Problematic Aspects of the Legal System for Extraditing Criminals, a comparative study, New University Publishing House, Alexandria, 2007
- 8- Mamoun Mouhamed Salama, Criminal Procedure Code, commenting on jurisprudence and cassation sentences in accordance with the latest amendments and rulings, Dar Salam for Publishing and Distribution, Egypt, 2018
- 9- Mouhamed Mansour Al-Sawy, Sentences of International Law Related to Combating Crimes of an International Nature in the Field of Combating International Drug Crimes, University Press House, Alexandria, without the year of publication.
- 10- Mahmoud Nadjib Hosni, Explanation of the Penal Code, General Section, University Press House, eighth edition, Egypt, 2017
- 11- Saleh Jad Al-Manzalawi, Jurisdiction in International Disputes and Recognition of International Restrictions on Foreign Judgments, New University House, Alexandria, Egypt, 2008

- 12-Faiza Younes Al-Bacha, Organized Crime under International Agreements and National Laws, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, Egypt, 2001
- 13-Fouad AbdelMoneim Riad and Samia Rached, Mediator in Waiver of Laws and Conflicts of International Jurisdiction, Dar Al Nahda Al Arabiya, Cairo, Egypt, 1987
- 14-Abdelmalek Djoundy, The Criminal Encyclopedia, Part Two, Dar al-Kutub Press, Cairo, Egypt, 2010.
- 15-Okacha Mouhamed Abdel-Al, Private International Law, International Jurisdiction in the Enforcement of Foreign Judgments, New University Publishing House, Alexandria, Egypt, 1996
- 16-Okacha Mouhamed Abdel-Al, Judicial Delegation within the Scope of International Private Relations, a comparative analytical study in Egyptian law and comparative law, University House, Alexandria, 1992
- 17-Hicham Sadik Ali Sadik, Hafida Sayyid Al-Haddad, Principles of Private International Law, Nationality and Foreigners' Status, Conflict of Laws and Conflict of Jurisdiction, University Press House, Alexandria, Egypt, 2001
- 18-Ziad Ibrahim Chiha, International Judicial Prosecution in Criminal Matters and the Scope of International Private Relations, Arab Nahda Publishing and Distribution House, Cairo, 2015

Journals:

- 1- Baraa Moundher Kamal Abdellatif, Mouwaffak Ali Obaid, Implementing Foreign Rule in Iraq, a comparative study, Tikrit Journal, Human Sciences, Volume 15, Issue 11, Iraq, 2008
- 2- Benouda Nabil, an article entitled Criminal Judicial Delegation in the Penal Field, Abdelhamid Benbadis University, Journal of International Law and Development, Volume 7, Issue 02, year 2019, Mostaganem
- 4- Halima Kharaz, International Criminal Police Organization and its Role in Combating Terrorism, Journal of Comparative Legal Studies, Faculty of Law and Political Sciences, Abdelhamid Benbadis University, Mostaganem, Algeria, Volume 2, First Issue, 2015

Dissertations and theses:

- 1- Abdenour Ahmed, Problems of Implementing Foreign Judgments, A Comparative Study, A Memorandum for Obtaining a Master's Degree in Private International Law, Tlemcen, 2009
- 2- Amara Belghith, Implementation of Foreign Judgments, Institute of Legal and Administrative Sciences, Annaba University, Algeria, research to obtain a master's degree in 1989
- 3- Miteb ben Abdoullah Sanad, International Cooperation in Implementing Foreign Criminal Judgments and its Impact on Achieving Justice, a thesis submitted in fulfillment of the requirements for obtaining a master's degree in criminal justice, Riyadh, 2011
- 5- Siraj Abdelfattah Mouhamed, The General Theory of Extradition, Analytical and Fundamental Study, Doctoral Thesis, Mansoura University, Egypt, 1999

Conferences:

- 1- Information card about the National Symposium on International Judicial Cooperation in the Criminal Field in the Arab World, held by the International Institute for Postgraduate Studies in Criminal Sciences in Siracusa, Italy from 05 to 11 December 1993
- 2- Guide to International Cooperation in Criminal Matters to Combat Terrorism, United Nations Office on Drugs and Crime, Vienna, New York, 2009, viewed online, on 12/12/2022

References in French:

- 1-Duson. Kitic . Droit International Privé .Ellipses. Paris.2003
- 2-Mouhamed Issad. Exécution des Décisions Etrangères en Droit Algériens .Recueil Pénal 1974

Conditional release as a mechanism for rehabilitation outside the closed environment in Algerian legislation (Legal - statistical study)

الإفراج المشروط كآلية لإعادة التأهيل خارج البيئة المغلقة في التشريع الجزائري
(دراسة قانونية – إحصائية)

KOUACHI NADJOUA

Human Security Laboratory - University of Batna 1 (Algeria)
kouachi.nedjoua@univ-khenchela.dz

The date of Submission: 2024-04-01

The date of acceptance: 2024-05-25

Abstract:

The policy of social rehabilitation of prisoners is considered, one of the most important policies recently adopted by Algeria within the framework of reforming the justice sector, as part of a large reform plan in the field of penal institutions. This policy aims to establish mechanisms to support prisoners, rights while fully respecting human rights. These new policies fall within the precise respect for the international treaties ratified by Algeria, especially those related to human rights.

Conditional release system is considered one of the most crucial of these mechanisms, as a remedy for the negatives and flaws of reform and rehabilitation in closed environments, especially for long-term sentences, and as a means to avoid direct transition from a life of confinement to a life of freedom. The legislator has adopted this system based on trust between the penal establishment and the prisoner, allowing for a transitional process based on the prisoner, personality and its virtues and capabilities. Compliance with this system is a criterion for submission to it, and this only happens if this trust is not violated. Hence, the success of the conditional release system in the social rehabilitation of Prisoners and reducing the crime rate.

Keywords: Conditional Release; Closed Environment; Open Environment; Prisoner 's Rehabilitation; Penal policy

المخلص:

تعتبر سياسة إعادة التأهيل الاجتماعي للمساجين أحد أهم السياسات التي انتهجتها الجزائر مؤخرا في إطار إصلاح قطاع العدالة، ضمن خطة إصلاح واسعة في قطاع المؤسسات العقابية، وترمي هذه السياسة إلى وضع آليات لدعم حقوق المساجين في ظل الاحترام الكامل لحقوق الإنسان، وتندرج هذه السياسة الجديدة ضمن الاحترام الدقيق للمعاهدات الدولية التي صادقت عليها الجزائر لا سيما المتعلقة بحقوق الانسان.

ويعتبر نظام الافراج المشروط أحد أهم هذه الآليات، فتداركا لما يحمله الإصلاح والتأهيل من سلبيات وعيوب في البيئة المغلقة، خاصة في ظل العقوبات طويلة المدة، وتفاديا للانتقال المباشر من حياة الاعتقال إلى حياة الحرية، فقد اعتمد المشرع هذا النظام القائم على الثقة بين الإدارة العقابية والمحبوس، والذي يسمح بالانتقال المرحلي على اعتبار شخصية السجين وما تحمله من محاسن وقدرات، معيارا للخضوع لهذا النظام، وهذا لا يتأتى إلا إذا لم تخرق هذه الثقة، وبالتالي نجاح نظام الافراج المشروط في إعادة التأهيل الاجتماعي للمحبوسين وتقليل نسبة الاجرام.

الكلمات المفتاحية: الافراج المشروط؛ البيئة المغلقة؛ البيئة المفتوحة؛ اعادة تأهيل المساجين؛ السياسة العقابية

Introduction:

Combating and reducing the criminal phenomenon in any society is considered one of the basic goals that modern penal policies have sought to enshrine in their laws.

Perhaps the success of the penal policy within the state is the basic criterion that depends on either achieving or failing this goal. The penal policy is considered as the treatment given to the patient.

If the real and far-reaching goal of criminal punishment lies in combating crime, i.e., in protecting the rights and interests that the criminal legislator deems worthy of penal protection, this far-reaching goal of punishment is, however, achieved through objectives and purposes closely related to it.

The primary objective of punishment in the past has been to inflict pain on the convict in order to achieve deterrence, both general and specific. After that, the purposes of punishment evolved to become a means of rehabilitation and reform, influenced particularly by the modern social defense movement's advocacy for the necessity of focusing on the criminal's person and reintegrating him or her as a productive member of society after their release from prison.

In fact, penal treatment in all its forms occurs not only within penal institutions but also in another different type that takes place outside of them.

If the rehabilitation process within punitive institutions is carried out following specific methods to achieve certain goals, then this process takes place outside closed environments, employing different means and mechanisms overseen by various bodies.

Among these methods is the parole system, which allows for the release of the incarcerated individual before the completion of their sentence, so they do not transition directly from a closed environment to freedom, but rather this transition is gradual. Just as the legislator gradually infringes upon this freedom, they also gradually restore it, so after being confined in a closed environment, the individual is then placed in an open environment where their freedom is restricted.

Conditional release is considered a transitional period during which the prisoner does not directly transition to a life of absolute freedom, which exposes them to what is known as the shocks of freedom.¹

Therefore, it requires a gradual process of lifting the restrictions imposed on the convicted individual by imposing obligations and constraints on them after release, the purpose of which is to ensure that they do not return to crime again.

How successful is the conditional release system in the social rehabilitation of prisoners in Algerian legislation?

In order to answer this question, we approach the topic through two main themes:

the first addresses the legal system of conditional release

the second discusses the role of external interests in activating the conditional release.

¹ Asmahan Abdel Razzaq, "The Conditional Release and the extent of reliance on criminal risk as a criterion for judgment", Journal of Human Sciences, University of Constantine1, Issue 39, Jun 2013, P1

1. The Legal System of Conditional Release

In this chapter, we will address the definition of conditional release, its characteristics and the conditions related to it. After that, we will shed light on the bodies charged with granting it, the obligations of the released person, and finally the effects and annulment of the release decision.

1.1 Conditional Release: definition

The Algerian legislator did not provide a definition of the Conditional Release System either in Order No. 72/02 regulating prisons and prisoner rehabilitation or in Law 05/04 regulating prisons and social reintegration of detainees. Instead, it sufficed to mention the prisoner's eligibility for this system when certain conditions are met, as stated in Article 134 of the Prison Regulation Law, similar to the approach taken by the French legislator, which only mentioned in Article 729 of the French Code of Criminal Procedure that the purpose of parole is the reintegration of the convicted individual and preventing their return to criminal activities. It stipulates that⁽¹⁾: " La libération conditionnelle tend à la réinsertion des condamnés et à la prévention de la récidive."

On the other hand, we find that the Egyptian legislator defined the conditional release as: "Releasing the individual sentenced to a custodial sentence before the expiration of their full sentence, subject to conditions that entail obligations imposed on them, restricting their freedom, with such freedom contingent upon fulfilling those obligations"(²)

Conditional release, also known as parole or release on conditions in some legislations, refers to the release of a convicted or incarcerated individual before the completion of their full sentence, provided certain conditions are met, and they comply with the procedures that restrict their freedom during the remaining period of their sentence.⁽³⁾

Conditional release is a system that allows the convict to be released prior to the expiration of his sentence under the conditions.⁽⁴⁾

It is an ancient system that emerged in the late 18th century, and this system has French origins, where the jurist Bonneville de Marsagny coined it since 1848, and then the Law of 14 of 1885 gave it its place in the legislation by the French de Marsani.

It was preceded by England in 1803, and then moved to Portugal and Germany as well as the Austrian Empire⁽⁵⁾. It later spread to encompass most legislation, regardless of their

religious doctrines and political systems. Consequently, the conditional release system is currently applied in most modern legal systems, benefiting both the offender and the society of which they are a part.

The conditional release system is considered one of the trust-based systems that connect the prisoner with the administrative detention.

⁽¹⁾ Ibrahim Babbah, "Conditiona Release Mechanism for the Reintegration of Prisoners in the Algerian legislation", Professor Researcher Journal for Legal and Political Studies, University of M'sila, Volume1, Issue 9, March 2018, P163.

⁽²⁾ Ibid, P165.

⁽³⁾ Ali Abdelkader Al-Qahwaji, Penal Code: General Section, Book Two: Liability and Criminal Punishment. University Press House, Alexandria, 1998, p320

⁽⁴⁾ Ahsan Bousaqiaa, The brief in General Penal Law, Dar Houma, Algeria. 4th ed, 2007 , p354

⁽⁵⁾ Fattouh Abdullah Al-Shadli, Basics of Criminology and Punishment, Al-Halabi Legal Publications, Beirut, 1st ed, 2007, p574

The Algerian legislator has adopted the parole system since the issuance of Order No. 72/02 dated February 10, 1972, regulating prisons and prisoner rehabilitation, where it was allocated a complete chapter (Chapter Two, Section Three). Similarly, it was included in the new Prison Regulation Law, Law No. 0/04 dated February 6, 2005, regulating prisons and social reintegration of prisoners, where it was also given a complete chapter (Chapter Three, Section Six).

Through these definitions, we conclude that parole has several characteristics.

1.2.Conditional Release: characteristics

1.2.1 Non-final release

In other words, it is subject to revocation, which means that the convicted individual may be returned to imprisonment. Therefore, the decision for conditional release does not imply a final release, as the parole period is included within the overall sentence duration. Conditional release can also be revoked at any moment if the parolee violates any of the conditions imposed upon them during its period, as despite being released on a condition, the convicted individual remains subject to certain restrictions and obligations outside the prison walls⁽¹⁾.

1.2.2.Conditional Release : Privileged by the Reintegration of Incarcerated Individuals Conditional release is considered a privilege rather than an assured right for every inmate present in the penal institution. The Algerian legislator has granted the authority to bestow this privilege to the inmate who has demonstrated uprightness and good conduct⁽²⁾.

1.2.3. Conditional Release : a Method of Penal Treatment

According to modern penal perspective, conditional release is considered one of the penal treatment methods that have yielded positive results, by reintegrating prisoners into society, refining their behavior, and aligning it with the law, thereby mitigating their criminal risk.

1.2.4. Conditional Release Does not End the Sentence

The conditional release cannot be relied upon if it is acknowledged as a reason for the termination of the sentence.

Conditional release means serving the remaining portion of the sentence outside the penal institution, which implies that the convicted individual during this period must adhere to the obligations imposed upon them, such as deprivation of residence in a specific place and refraining from giving testimony except as evidence.

In light of modern punitive policy, the concept of parole has evolved to become a means of individualized treatment for convicted individuals.

The French legislator issued a decree on April 1, 1952, specifying the particular conditions to which a parolee may be subject, and notably introduced for the first time the establishment of parole assistance committees. Thus, this decree affirmed the rehabilitative role of the parole system⁽³⁾.

⁽¹⁾ Karim Masoudi, "The conditional release system in Algerian legislation", Approaches, University of Djelfa, Volume 2, Issue 28, January 2016, p 350

⁽²⁾ Amal Zouaoui, "Conditional release in Algerian legislation" Notebooks of Politics and Law, Kasdi-Merbah Universit, Volume 13, Issue 03, June 2021, p 193.

⁽³⁾ Omar Khoury, "Conditional release as a means of social reintegration of imprisoned persons", Algerian Journal of Economic Legal Sciences, University of Algiers, Issue 01, 2009, p50.

Parole reflects the status of the convicted individual who serves the remaining portion of the custodial sentence in the community, after having complied with certain imposed conditions. However, it serves as a punitive treatment method aimed at reintegrating the offender socially.

The legal nature of conditional release has raised several issues, ranging from considering it a grant or reward granted to the convicted individual for good conduct and behavior within the penal institution, to being a stage in the execution of the custodial sentence, or an independent measure of assistance aimed at reintegrating into society. However, for us, it remains a method of penal treatment⁽¹⁾.

We endorse this opinion, as conditional release is considered a method of penal treatment and a system of trust that allows for the gradual transition from loss of liberty to full freedom.

1.3. Conditional Release : conditions

The Algerian legislator has adopted the system of conditional release and considered it a means to assist in the rehabilitation and social reintegration of incarcerated individuals. This objective is evident through discussions about the conditions and measures of this system, which include:

1.3.1. Formal Conditions

1.3.1.1. Basic Documents Constituting the Conditional Release file⁽²⁾

- Application or proposal or penal status of the prisoner.
- Criminal record certificate N2.
- A copy of the verdict.
- Non-appeal certificates.
- Summary of the facts of the committed crime.
- A voucher for payment of judicial expenses and fines imposed, as the case may be, or a receipt proving that.

The failure to pay these fines is considered an obstacle preventing the convicted individual from benefiting from this system, and the state endeavors to find legal solutions to this problem, such as installment payments, for example:

- The fulfillment of the civil compensations imposed on the party concerned, or evidence of the civil party's waiver thereof.
- The prison warden's report on the situation, conduct, and behavior of the detainee during their period of incarceration, as well as the completed tasks and certificates obtained during this period.

Therefore, conditional release is considered a method that allows for the modification of the punishment enforcement system, based on the prisoner's response to penal treatment methods within the penal institution.

⁽¹⁾ AbdelHafid Tashour, The Role of the Judge Implementing Criminal Judgments in the Social Rehabilitation Policy, Office of University Publications, Algeria, 4th ed, 2001, p117

⁽²⁾ People's Democratic Republic of Algeria, Ministry of Justice, Circular No. 05-01 Dated 05 June 2005, regarding how to decide on conditional release files, p3

1.3.1.2.Examination of Applications and Adjudication Deadlines

The Parole Board deliberates on the cases presented to it in the presence of at least two-thirds of its members and decisions are made by a majority vote. In the event of a tie, the chairman's vote prevails⁽¹⁾.

The decision made by the Parole Board judge shall conform to the opinion of the Parole Board in accordance with the provisions of Article 138 of the Law on the Organization of Prisons and the Social Reintegration of Prisoners, and Article 7 of Executive Decree No. 05/180 concerning the composition of the Parole Board and its procedures.

Based on the committee meeting minutes, the committee secretary shall draft a resolution approving the granting of conditional release according to the standard form. This resolution shall be signed by the sentence enforcement judge, and the secretary of the committee shall deliver it along with a copy of the file to the public prosecutor pursuant to a notification record, indicating its immediate receipt through registration of notifications between the committee's secretariat and the public prosecution.

In the event of the refusal of the release request, the detained individual concerned shall be notified of the committee's resolution denying conditional release, pursuant to a notification record signed by the detainee, who shall also place their fingerprint in the detainees' notification register. In case of refusal to sign, the secretary shall indicate with the statement "(Refusal to Sign)".

If the application is rejected, the detainee may not submit a new application before 03 months from the date of notification of the refusal decision⁽²⁾.

If it is revealed to the committee, during its review of the file, that it does not contain the essential documents, with the exception of what is provided for in paragraph two of Article 13 of Executive Decree No. 05/180 dated May 17, 2005, which specifies the formation of the Parole Board and its procedures, the committee may postpone its decision to a subsequent session, provided that the postponement does not exceed one month.

In the event of no appeal filed by the Public Prosecutor against the decision of conditional release, a copy thereof shall be sent to the director of the correctional institution for execution, and another to the Public Prosecutor at the Judicial Council in whose jurisdiction the beneficiary's place of residence falls, for inclusion of the decision in the judicial record. The original copy shall be filed with the concerned individual's file at the secretariat of the Parole Board.

The files of conditional release, whose jurisdiction for decision rests with the Minister of Justice, shall be prepared in the same manner as described above, accompanied by other documents according to the reasons for the conditional release request (health or reward reasons). We will detail these two types of release when discussing the authorities responsible for granting conditional release.

⁽¹⁾ Article 07, Executive Decree 05-180, May 17, 2005, specifies the composition of the Sanctions Implementation Committee and the modalities of its operation.

⁽²⁾ Article 09, Executive Decree 05-180, May 17, 2005, determines the composition of the Sanctions Implementation Committee and the modalities of its operation.

1.3.1.3. Appealing against Conditional release Decisions and its Effects

In case of an appeal against the decision of conditional release, its execution shall be suspended until it is decided upon by the Sentence Adjustment Committee established by Article 143 of the Prison Organization and Social Reintegration Law for Detainees.

-The Public Prosecutor shall file the appeal with a statement of reasons before the committee within eight days from the date of notification, which shall be recorded in the designated register. The file, accompanied by the appeal statement, shall then be forwarded by the Public Prosecutor to the Sentence Adjustment Committee within a period of 15 days from the date of registration of the appeal⁽¹⁾.

-The Sentence Adjustment Committee shall adjudicate on the appeal filed against the decision to grant conditional release within a period of 45 days from the date of the appeal. Failure to render a decision within this period shall be deemed as rejection of the appeal⁽²⁾.

-In case of rejection of the appeal, the decision of rejection issued by the Sentence Adjustment Committee shall be communicated to the sentencing judge overseeing its execution by the Public Prosecutor. If the appeal is accepted, the decision to grant conditional release shall be annulled, and the secretary of the committee shall register the decision in the designated register. If the decision to grant conditional release issued by the sentencing judge is annulled, a new request for conditional release cannot be submitted until a period of three (3) months has elapsed from the date of the Sentence Adjustment Committee's decision⁽³⁾.

For reference only, Article 141 of Law 05-04 grants exclusive right to the Public Prosecutor to appeal, within eight (8) days from the date of notification, the decision of conditional release before the Sentence Adjustment Committee. These are the formal procedures mandated by the legislature for conditional release.

1.3.2. Objective Conditions

As conditional release represents an exceptional pathway aimed at maintaining the principle of continuous enforcement of the sentence from its inception to its completion in prison, the legislature has suspended its application under certain conditions, including: the individual being subject to a custodial sentence, having completed the probationary period, exhibiting good conduct, and providing serious guarantees of rectitude, as expressed by the Algerian legislature in Article 134 of the Prison Organization Law (05-04). Furthermore, this system is nothing but a means to alter the manner of criminal punishment execution, primarily transitioning from confinement in a closed environment to open environment, through the gradual transition represented by conditional release.

After reviewing Articles 134 to 136 included in the third chapter of the Prison Organization Law (05-04), it is evident that the Algerian legislature has established several objective conditions for benefiting from this system, which can be summarized as follows:

1.3.2.1. The Prisoner Must Have Been Sentenced to a Custodial Sentence

Conditional release may be granted to a detainee sentenced to one of the custodial penalties, as mentioned in the Penal Code, including primary penalties for crimes such as death penalty, life imprisonment, imprisonment ranging from 05 to 20 years, as well as

⁽¹⁾ Article 12, Decree 05-180.

⁽²⁾ Article 11, Executive Decree 05-181, May 17, 2005, establishes the Committee for Adaptation, Organization, and Operation of Sanctions.

⁽³⁾ Article 11, Executive Decree 05-181.

primary penalties for misdemeanors such as imprisonment exceeding two months to 5 years, and so forth⁽¹⁾.

In this manner, conditional release is applicable to one of these penalties, with the exception of the death penalty, which cannot be benefited from, provided that the individual is actually detained in a correctional facility. It does not apply to other penalties such as complementary penalties or security measures, which constitute the second form of criminal sanction, even if they are custodial penalties. Therefore, regarding the scope of conditional release, upon examining Article 134 of Law No. 05-04, we find that the legislator has left the door open for detainees to benefit from this system, considering the nature of the custodial penalty, regardless of the nature of the committed crime, even if it involves terrorist offenses or those threatening state security.

1.3.2.2. Spending the Probationary Period of the Sentence in a Penal Institution

Most penal legislations require that the convicted individual serve a certain period of their sentence in the penal institution before a decision is made to grant them parole. Based on this period, the behavior of the detainee in the penal institution and their response to punitive measures within the institution are assessed to determine eligibility for this trust-based system. This period represents a certain proportion of the sentence duration, which varies among legislations. For instance, the French Code of Criminal Procedure sets it at half of the sentence duration, and two-thirds for recidivists (Article 739). Both English and German laws set it at two-thirds of the sentence duration, while Egyptian law specifies it as three-quarters of the sentence duration (Article 52 of the Egyptian Prison Organization Law)⁽²⁾.

We find that the Algerian legislator has specified the probationary period in penal institutions, taking into account the circumstances of the convicted individual. If the individual is a first-time offender, the probationary period is set at half of the sentence imposed on them, as stipulated in Article 134, paragraph two. However, if the individual is a recidivist, this period is set at two-thirds of the sentence imposed on them, as per Article 134, paragraph three of Law 05-04, provided that this period does not fall below one year.

Serving a period of 15 years applies to detainees sentenced to life imprisonment, and if the legal conditions are met, the sentencing judge issues the conditional release order - as previously mentioned - after obtaining the opinion of the Sentence Adjustment Committee, if the remaining sentence equals or is less than twenty-four (24) months. However, if the remaining sentence exceeds this duration, the authority lies with the Minister of Justice, as per Article 141 of Law 05-04.

1.3.2.3. Good Conduct and Serious Guarantees of Integrity

This condition is revealed through the examination period stipulated by the legislator for the utilization of this system. The legislator has specified it in Decree No. 72-02, as well as in Law 05-04 without any alteration to its content. The emergence of the conditional release has always been associated with a fundamental condition, namely the good conduct and behavior of the detainees.

⁽¹⁾ Mohamed Ahmed Larid, "The position of the Algerian legislator on the conditional release system", Journal of Research in Law and Political Science, Ibn Khaldun University of Tiaret, Issue 06, May 2017, p17.

⁽²⁾ Fawzia Abdel Sattar, Principles of Criminology and Punishment, Dar Al-Nahda Al-Arabi, Beirut, 4th ed, 1978, p423.

The conditional release, considering this condition, is not an acquired right for detainees, but rather a grant issued by the legislator and made as a disciplinary reward to be given to the prisoner who meets certain conditions, as Professor Ahsen Bouskia stated. It is an optional measure and a temporary procedure subject to review, reflecting the success of the punishment in achieving its rehabilitative and reformatory purpose.

This condition holds significant importance, as it is impermissible to release the convicted individual before the expiration of the examination period stipulated by the legislator. It appears that this period is sufficient to assess their behavior, which in itself serves as an indicator for the cessation of the individual's criminal risk and their rehabilitation

Due to its close proximity to the convicted individual, the penal administration is more capable than others of observing the development of their personality and assessing their eligibility for placement within this system through evaluating their behavior and response to disciplinary treatment⁽¹⁾.

This criterion is considered vague, especially the criterion of demonstrating serious guarantees of rectitude. For this reason, we find that some legislation have not adopted this condition, such as Italian, German, and Belgian legislation. While others believe it to be a necessary condition, this can only be achieved through the report prepared by the director of the penal institution regarding the detainee's situation and their accomplishments, as well as through the certificates obtained and the assessment of the psychologist in the penal institution, along with the social assistance report, which is considered one of the essential documents included in the file.

1.4.Bodies Responsible for Granting Conditional Release

Legislations have not followed a unified approach in determining the competent authority for conditional release assessment. Some legislations have delegated this matter to the executive authority represented by the officials responsible for penal execution. This is evident in the approach adopted by the Egyptian legislator, which entrusts the authority for conditional release to the Director General of Prisons (Article 53 of the Prison Organization Law). Furthermore, Article 63/3 of the same law grants the Public Prosecutor the authority to consider complaints regarding conditional release and take appropriate action. Therefore, conditional release in Egyptian law has an administrative character.

Some legislations have opted to empower a specialized judge in the execution field with the authority to issue decisions regarding conditional release, as in the Brazilian Criminal Procedure Code⁽²⁾.

As for the Algerian legislator in Law 05-04 regulating prisons, he entrusted this task to both the sentencing judge and the Minister of Justice, linking it to the remaining duration of the imposed sentence as a criterion for determining these powers.

1.4.1.The Sentence Enforcement Judge

It can be said that the Algerian legislator has entrenched the granting of conditional release by expanding the authorities competent to grant such a decision, whereby the sentence

⁽¹⁾ Ibtissam Ramadani, "The impact of the Social Defense Movement on penal policy in Algeria", LMD doctoral thesis, University of Khenchela, Faculty of Law and Political Science, Department of Law, 2020-2021,p250

⁽²⁾ Omar Khoury, Punitive Policy in Algerian Law: A Comparative Study, Dar Al-Kitab Al-Hadith, Cairo, 1st ed, 2009,p 410.

enforcement judge now has the authority to make the decision within the framework of the Conditional Release Board. In contrast, under Decree No. 72-02 dated 10/02/1972, which includes the Prison Law and Prisoners' Rehabilitation, the authority was limited to proposing before the Minister of Justice as per Article 181 of this Decree. This unequivocally indicates the legislator's concern for the rights of prisoners, especially considering that the judicial body represents a genuine protection for the rights and freedoms of individuals.

The Law No. 05-04 dated February 6, 2005 accorded significant importance to the role of the sentence enforcement judge by granting them broad powers and legal mechanisms to assist in the performance of their duties as outlined by this law. One of the most important mechanisms is stipulated in Article 24 of the aforementioned law and further elaborated upon in Executive Decree No. 05-180 dated May 17, 2005. This includes the establishment of a Conditional Release Board chaired by the sentence enforcement judge. This board, headquartered in penal institutions, serves as an effective means to facilitate the rehabilitation and social reintegration of detainees. Among its key tasks is the examination of requests for conditional release. To ensure the smooth functioning of this board, it has been equipped with a secretariat overseen by a registrar appointed by the Public Prosecutor from among the court clerk⁽¹⁾.

In case the legal conditions are met, the sentence enforcement judge issues the decision of conditional release, after consulting the Parole Board, if the remaining sentence is equal to or less than 24 months, pursuant to Article 141 of the aforementioned Law 05-04.

1.4.2. Minister of Justice

The Minister of Justice is competent to adjudicate on requests for conditional release in the following cases:

- If the remaining duration of the sentence exceeds 24 months, in which case the Sentencing Adjustment Committee may express its opinion on the files presented to the Minister of Justice within a period of 30 days from the date of their receipt, in accordance with Article 10 of Executive Decree No. 05-181 specifying the composition, organization, and procedures of the Sentencing Adjustment Committee.
- If the request for conditional release constitutes a reward for the detainee, which is the case referred to in Article 135 of Law 05-04, it concerns a detainee who informs the competent authorities about a serious incident before its occurrence that could compromise the security of the penal institution, or provides information to identify the perpetrators, or generally discloses criminals and facilitates their arrest. This is known as exceptional conditional release, in which the detainee is exempted from the requirement of the examination period stipulated by the legislator to benefit from this system.
- If the detainee is afflicted with a serious illness or permanent disability that is incompatible with their continued detention, in which case the detainee is also exempted from the requirement of the duration or examination period, and this condition would continuously and progressively adversely affect their physical and mental health, then the jurisdiction is vested in the Minister of Justice. In this case, the sentence enforcement judge compiles the file, which must include, in addition to a detailed report from the prison physician, a medical or

⁽¹⁾ See Articles 03 to 13 of Executive Decree 05-04.

psychological expertise report prepared by three specialist doctors in the relevant illness who are appointed for this purpose (Articles 148-149 of Law 05-04).

It is worth noting that the Algerian legislator has established a Sentencing Adjustment Committee in this regard, pursuant to Executive Decree No. 05-181 dated May 17, 2005. This committee is responsible for studying requests for conditional release, the adjudication of which falls under the jurisdiction of the Minister of Justice. The committee expresses its opinion before decisions are issued regarding these requests (Articles 10 to 15 of the aforementioned Executive Decree No. 05-181).

1.5.Obligations of the Released Individual and their Supervision

According to Article 145 of Law (05-04), the sentence enforcement judge may include specific obligations and monitoring measures in the conditional release order.

1.5.1.Special obligations

The conditional release system is considered a conditional means of implementing the deprivation of liberty penalty. It aims to apply the deprivation of liberty penalty in a more lenient environment. Therefore, the legislator imposes conditions and restrictions, which are represented by specific obligations which are included in the conditional release order. It is worth noting that Law 05-04 did not specify the meaning of specific obligations, despite being mentioned in Article 145, unlike Decree No. 72-02, which specified these obligations in Articles 186 and 187, namely⁽¹⁾:

- Signing a special register maintained by the police or gendarmerie. With the introduction of external services by the legislator, this register is now located at their level.
- To be deported from the national territory for foreigners.
- To undergo monitoring and treatment measures for the purpose of eliminating toxicity specifically.
- To be lodged in a reception center or in a qualified institution for receiving parolees.
- Not to drive certain vehicles classified in driving licenses.
- Not to frequent certain places such as drinking establishments or other public places, and not to associate with certain convicted individuals, especially those who collaborated in the crime, and not to receive or harbor in their residence certain individuals, especially those harmed by the crime.

The Algerian legislator's decision not to limit these obligations for conditional release may be justified by his desire to grant broad powers to the authorities responsible for granting conditional release, such as external services that oversee the parolee under certain conditions. These services have discretionary authority to impose any obligation they deem appropriate for the detainee, such as not allowing them to leave their residence after 9:00 PM and before 7:00 AM, and not associating with undesirable companions.

However, it would have been more appropriate for the legislator to at least mention some obligations, even as examples. This would have been recognition of the principle of legality upon which criminal law is based, especially considering that these obligations restrict the freedom of the parolee and limit their movement. Additionally, it is important to recognize that parole is not final; it is merely a modification of how the remaining sentence is carried out, with the authority for its implementation granted to the sentence enforcement

⁽¹⁾ Articles 186 and 187 of Order 72-02, containing the Prison Organization and Prisoner Reeducation Law.

judge. He is entrusted with ensuring the legitimacy of the implementation of the deprivation of liberty penalties and alternative penalties when necessary, as well as ensuring the proper application of punishment individualization measures. This is in accordance with Article 23 of Law 05-04 dated February 6, 2005.

These obligations are considered specific commitments that the detainee agrees to in the event of a conditional release proposed by the sentence enforcement judge or the prison director.

1.5.2. Monitoring and Assistance Measures

We begin by noting that these measures are aimed at preventing the conditionally released prisoners from committing future crimes.

The Prison Organization Law 05-04 did not specify monitoring measures and assistance contrary to what was stated in Article 185 of Decree 72-02, which defined monitoring measures. It also remained silent on assistance measures. Similarly, Article 186 of Decree

72-02 mentioned the possibility of supervising the released individual conditionally and monitoring them through a set of measures, including:

- Residence at the designated location according to the conditional release order: This is stipulated in Article 144 of Law 05-04, where the sentence enforcement judge or the Minister of Justice, depending on the situation, may request the opinion of the governor of the province where the prisoner intends to reside. The competent security authorities are notified of the conditional release location. Therefore, the released prisoner is obligated to reside at the location specified in the parole order and cannot leave without written permission from the sentencing judge. The released prisoner must provide necessary information about the new residence, the reason for the move, the duration of stay, individuals residing or in contact with them. The discretionary power to grant this permission remains with the judge⁽¹⁾.

In fact, the location of conditional release execution is the same as the residence of the released prisoner before being sentenced and entering the penal institution.

- Compliance with the summons of the sentencing judge and social assistance is required. If the beneficiary of the conditional release chooses a residence within the jurisdiction of the sentencing judge's workplace, then monitoring can be conducted without any issue. However, a problem arises if the parolee resides elsewhere outside the jurisdiction of the sentencing judge. In such a case, monitoring and ensuring compliance with the imposed conditions and obligations become challenging. So, how is the monitoring process conducted and to what extent is compliance with the conditions and obligations imposed on him?

In fact, with the establishment of external agencies by the legislator, these agencies also have the task of monitoring and following up on conditional release. This, of course, is done in coordination with the judge overseeing the execution of the sentence, who is the judge of the place of residence specified in the conditional release decision.

Accepting visits from social assistance and providing them with all the information and documents allowing for the monitoring of the means of livelihood of the released individual. This is also done under the supervision of the external agency for reintegration, where the released individual is committed to accepting these visits conducted by social assistance to his

⁽¹⁾ Ibrahim Babbah,, op cit, 183.

place of residence or work, in order to identify his problems and attempt to resolve them. This is stipulated in Article 90 of the Prison Organization Law.

In any case, benefiting from the parole system remains contingent upon the condition that the detainee settles judicial expenses, fines imposed on them, as well as civil compensations, unless the civil party renounces them. This is stipulated in Article 136 of the Prison Organization Law.

This condition poses an obstacle to granting conditional release, although the legislator attempts to find a solution to this issue. If judicial expenses can be paid through the establishment of a file at the external services called the "needs file", within the framework of the assistance system, then the solution for compensations would be to pay them in installments. This indicates the efforts made by the state to activate this mechanism to alleviate overcrowding in correctional facilities on one hand, and to reduce the crime rate and prevent detainees from recommitting crimes on the other.

1.6.Revocation of the Conditional Release Decree and its Consequences

The prisoner's release represents the immediate effect of the conditional release decision, which is the first step in implementing what was stated practically. However, it remains subject to review in the event of a new conviction, where the new crime reflects the failure of parole as a means of rehabilitation outside the penal institution to achieve its goal. Moreover, a breach of the obligations specified in the parole decision constitutes grounds for its revocation and the return of the convicted person to the penal institution to complete the remaining sentence. The period spent outside the prison is counted towards the sentence already served, as stipulated in Article 147 of the Prison Organization Law 05-04. Conversely, in the opposite case, the parole becomes final upon its success.

One of the most important reasons for revoking a conditional release decision is the released person's violation of the obligations and conditions imposed on them, or the issuance of a new conviction before the expiration of the sentence for which the convict benefited from the conditional release

Upon revocation of the conditional release decision for the convicted individual, the full sentence imposed on them shall be served, after deducting the time spent in prison or in an open environment prior to the issuance of the conditional release decision. This means that this period is taken into account.

In case of revocation of the conditional release decision for any of the reasons mentioned in Article 147 of Law 05-04, the revocation decision issued by either the judge in charge of implementing the sentence, or by the Conditional Release Adaptation Committee in accordance with Article 161, or by the Minister of Justice, shall be served to the beneficiary. The beneficiary must automatically return to the correctional facility where they were serving their sentence. Failure to do so will result in the judge in charge of implementing the sentence sending a copy of the decision to the public prosecutor's office, which has jurisdiction over their place of residence, for enforcement through public force.

Upon the individual's re-incarceration, the director of the correctional facility must immediately notify the judge responsible for implementing the sentence or the Minister of Justice, depending on the situation. In case of any dispute regarding the implementation of

these procedures, the matter is escalated to the General Directorate for Prison administration⁽¹⁾.

In conclusion, if it is possible to avoid short-term sentences through alternative penalties, conditional release represents the optimal means to reduce long-term custodial sentences and prevent their transformation into life sentences, wherein the convict would spend the remainder of their life. This is particularly significant as it leads to a reduction in the sentence once the convict serves a portion of their punishment.

In fact, according to statistics from the General Directorate of Prison Administration, from 2005 to 2018, 23,000 detainees benefited from parole⁽²⁾.

2. The Role of External Services in Activating the Conditional Release

In this axis, we will discuss the role of external services, as well as their establishment as an authority overseeing and monitoring parole, along with the statistical aspect related to Conditional Release

2.1.External Services : definition, role and function

2.1.1.Definition

The External Affairs Department has been established in accordance with the provisions of Article 113 of Law No. 05-04 dated 27 Dhu al-Hidjah 1425 AH corresponding to February 6, 2005 AD, pursuant to Executive Decree No. 07/67 dated 1st Safar 1428 AH corresponding to February 19, 2007 AD. This decree specifies the procedures for organizing and operating the External Affairs Department for the management of prisons, responsible for the social reintegration of detainees⁽³⁾.

Article 113 of Law 05-04 stipulates the establishment of external departments under the management of prisons tasked with collaborating with relevant state and local authorities to implement programs for the social reintegration of detainees. These departments are referred to as the External Affairs for Reintegration.

Through this article, it can be inferred that the General Directorate of Prisons and Rehabilitation seeks to establish an external department within the jurisdiction of each judicial council. According to statistics provided by this directorate, the number of external departments has reached 11 as of December 2014 and 30 as of the present day⁽⁴⁾.

This means that there are judicial councils where these external departments have not been established yet, and when necessary, branches can be established in accordance with a decision from the Minister of Justice.

In this field, it is noted that the Algerian penal system has witnessed significant development in the field of penal reform since the end of the 2000s until the present day. The General Directorate of Prisons and Rehabilitation was established by virtue of Executive Decree No. 98-202 dated June 2, 1998, which includes the creation of the General Directorate of Prisons and Rehabilitation and its organization. Its tasks were defined to reform the sector of penal institutions, aiming to contribute to the success of penal policy by reforming the Algerian penal system. The method of penal reform was detailed in Article 2 of Executive

⁽¹⁾ Hamdi Pasha Omar, The Prison Organization Law: Regulatory Texts Taken for its Implementation, Dar Houma, Algeria, 1st ed, 2006, p75.

⁽²⁾ <https://dgapr.mjustice.dz/> Conditional Release

⁽³⁾ People's Democratic Republic of Algeria, Official Gazette, No. 13, 02/21/2007, p5

⁽⁴⁾ <https://www.mjustice.dz/ar/penitentie-2-2-2>

Decree No. 04-393 dated December 4, 2004, which regulates the General Directorate of Prisons and Rehabilitation.

In the same context and parallelly, the National Committee for Justice Reform was established in October 1999 AD. Its main task was to carry out a comprehensive reform process for the justice sector, including the penal system¹.

Aspects of this reform include the rehabilitation of the prison sector and the expansion of penal institutions. This expansion may be a result of Algeria's ratification of numerous international treaties and agreements in this field. What we observe is that this reform, particularly starting from the year 2008 AD, has addressed the issue of overcrowding that penal institutions were facing by opening additional penal institutions.

2.1.2 Role

According to Article 3 of Executive Decree No. 07-67 dated February 19, 2007, the External Services for Reintegration, which falls under the Ministry of Justice, is supposed to be present within the jurisdiction of each judicial council. This department operates in coordination with the probation judge at the level of this council.

Referring back to this article, these external departments are tasked with implementing the approved programs in the field of social reintegration of detainees, within the framework of Law 05-04, and in accordance with its provisions in this regard. They specifically undertake:

- Monitoring the situation of detainees placed under various regimes, including parole, conditional release, semi-liberty, and pre-trial detention pending the execution of the sentence.
- Ensuring the monitoring of social reintegration programs for released detainees upon their request.
- Taking all appropriate measures and assisting in the rehabilitation of all individuals under their care, providing all necessary information to the probation judge, either upon request or on their own initiative. This information enables the judge to take appropriate measures, based on their discretionary authority like other judges.

According to Article 4 of Decree 07/67, this department operates in cooperation with the relevant authorities, including the judiciary, other relevant state agencies, local authorities, public institutions and organizations, as well as members and organizations of civil society. This is done within the framework of raising awareness among these institutions that detainees must reintegrate into society as productive individuals to prevent recidivism. This is the ultimate goal pursued by penal policies in most countries.

Lastly, the key observation to note in this regard is that this represents one aspect of the influence of modern social defense movement on Algerian legislation. The department can establish a network to coordinate with associations, in cooperation with penal institutions.

2.1.3.Function

(¹) Aisha Abdel Hamid, , "The legal system of conditional release as a mechanism for the reintegration of detainees under Algerian penal legislation, ", Academic Journal for Research and Scientific Publishing, fifteenth issue, July 2020,p 348.

Initially, we point out that the Algerian legislature has taken effective steps in the development of penal policy by establishing external departments at the level of the jurisdiction of judicial councils. This is within the framework of reforming the justice sector, particularly focusing on penal institutions.

According to Article 8 of Executive Decree 07-67, detainees who have remained in custody for a maximum of six months from the date of their release receive visits from personnel of the department. This is intended to prepare them for the post-release phase. Furthermore, each detainee has the right, upon their request, to benefit from a visit by personnel of the department. During these visits, they are informed about the steps they can take to facilitate their social and vocational rehabilitation, as well as the organizations that can provide assistance and support.

The External Affairs may conduct social investigations concerning convicted or accused individuals, and monitor the situation of individuals placed under judicial supervision to ensure their compliance with obligations, duties, and conditions, especially those related to parole. This includes all elements related to monitoring the obligations or conditions imposed on the detainee according to Article 11 of Executive Decree No. 07-67 concerning the establishment of External Affairs.

According to Article 14 of Decree 07-67, the head of the department shall, upon the completion of each year, send a report detailing the activities carried out by the department to the Minister of Justice. Additionally, a copy of this report shall be sent to the Prosecutor General at the level of the judicial council to which the department is attached, as well as to the probation judge responsible for supervising the implementation and monitoring of criminal judgments.

In conclusion, while these departments carry out their tasks, they may request assistance from any external party to aid in their duties, particularly civil society, which can provide effective assistance in the context of social reintegration of detainees. The External Affairs for Reintegration play a central role in partnership relations at the local level, serving as a key link for partnership with civil society. They are simultaneously connected to penal institutions, probation judges, state authorities, local communities, and civil society. From this position, they represent a cornerstone in coordinating various entities responsible for the social reintegration of detainees.

3.The Conditional Release in Algeria: statistical study

It is worth noting that these parole statistics were provided to the researcher by the General Directorate of Prisons and Rehabilitation, under the Ministry of Justice, through the External Affairs for Prison Management responsible for social reintegration of detainees, affiliated with the Judicial Council of Khenchela. These statistics are national and cover the period from 2020 to 2023.

Before analyzing these statistics, let's understand the External Affairs for Prison Management responsible for the social reintegration of detainees affiliated with the Judicial Council of Khenchela.

3.1.Defining the External Services of the Prison Administration Responsible for the Social Reintegration of Detainees in Khenchela

The external services affiliated with the Judicial Council of Khenchela started its activities in December 2015. It is located in Ain El Karmah neighborhood (opposite to the

regional radio station) on the Batna-Khenchela road. This department operates within the framework of conditional release and carries out the following tasks⁽¹⁾:

- Reception of detainees subject to conditional release.
- Opening a file containing elements related to monitoring obligations or conditions imposed on the individual, especially regarding the terms of eligibility and the conditional release license.
- Reminding to the individual of the obligations imposed on them according to the terms of eligibility.
- Setting a schedule that includes dates for the individual's appearance before the department.
- Members of the department may visit the workplaces of beneficiaries of this system, their residences, or any other location to ensure the individual's compliance with the obligations imposed on them.
- Notifying the sentence enforcement judge about any breach of the obligations imposed on the individual based on a report.
- Sending the end-of-monitoring report to the sentence enforcement judge.

3.2.Presentation and Analysis of Statistics Related to the Conditional Release

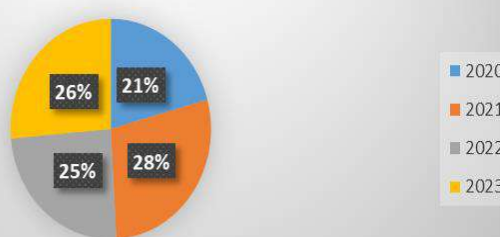
Before delving into the analysis of the statistical data provided by the General Directorate of Prisons and Rehabilitation, it is worth noting that the number of beneficiaries of the parole system since the issuance of the Prison Organization Law, Law 05-04 dated February 6, 2005, until 2018 amounted to 2300 detainees nationwide². As for the number of prisoners benefiting from this system between 2020 and 2023, it is recorded in the table below.

Table 1: The Number of detainees Benefited from Conditional Release in Algeria from 2020 to 2023.

Year	Number of the Benifited Prisoners	Percentage
2020	1318	%21
2021	1813	%28
2022	1563	%25
2023	1681	%26
Total	6375	%100

Source: General Directorate of Prison Administration and Reintegration (Ministry of Justice) - People's Democratic Republic of Algeria

Figure 01: The Number of Prisoners Benefiting from Conditional Release in Algeria Nationwide from 2020 to 2023



⁽¹⁾ An interview with the director of the department in charge of the social reintegration of detainees.

⁽²⁾ [https:// dgapr.mjus](https://dgapr.mjust.gov.dz/)

Based on the figures shown in the above table, it is evident that there is a slight fluctuation in the number of beneficiaries of the conditional release system at the national level during the period from 2020 to 2023. This fluctuation varies from year to year over the four-year period, and it may be attributed to the number of applications filed. It can be said that the increase and decrease in the number of incarcerated individuals benefiting from the parole system is attributable to the rise in the number of prisoners in penal institutions and its variation from year to year based on the number of crimes committed each year.

The Algerian legislature's obligation for the settlement of judicial costs, fines, and civil compensations may be the cause behind this. Even though there are other requirements, this one prevents the beneficiaries from using the system. In addition, as stated in publication number 05-01 about the processes for deciding parole requests, the lack of proper documentation and formal requirements are obstacles to using this system.

Conclusion

The conditional release system has been implemented by the Algerian legislator as a means of assisting prisoners with their social rehabilitation. This is part of a larger reform program that the legislator has approved under Law 05-04. This follows Algeria's ratification of multiple human rights treaties and international agreements. We have arrived at the following conclusions after scrutinizing the legal texts included in this statute and the statistics pertaining to the application of this system by prisoners:

- The Algerian legislature established the Parole system, which functions as a transitional phase between incarceration and total freedom, within the context of a graduated system.
- The prisoner's inability to pay court costs, fines, and civil damages will prevent them from being eligible for this system.
- The legislator has stipulated that there must be substantial protections for morality, behavior, and good conduct. This criterion is used to evaluate how well a detainee complies with the criminal justice system.
- The legislator increased the authority of the judge who imposed the sanctions by extending the conditional release powers, which had previously only been available to the Minister of Justice.
- The legislator stipulated the requirement to seek the opinion of the Sentence Adjustment Committee on matters falling within the jurisdiction of the Minister of Justice. However, it did not clarify whether this opinion is advisory or mandatory.
- By establishing external services for reintegration, the Algerian legislator has made a significant contribution to activating this system.

- The eligibility for and granting of conditional release to prisoners is governed by a combination of factors related to the rate of committed crimes, the number of prisoners in penal institutions, the duration of the imposed sentence in these institutions, and the number of applications submitted.

Based on these results, we suggest the following:

- It is imperative to address the issue of judicial fees, fines, and civil compensations.
- There is a necessity to expand the authority of the judge responsible for applying penalties without restriction on the duration, considering their role as a representative of the judiciary in supervising the execution of criminal judgments and safeguarding rights and freedoms.
- Amendment of Article 10 of Executive Decree No. 05-181 to clarify whether its role is advisory or mandatory for the Minister of Justice.
- Organizing conferences and scientific seminars to raise awareness among members and organizations of civil society about the importance of accepting detainees as productive members of society.

In conclusion, despite the criticisms directed towards this system since its inception, due to its encroachment on the sanctity of the judgment, the principle of separation of powers, and despite the achievements of this system in developing punitive policy, it remains an effective mechanism for assisting detainees in transitioning from confinement to freedom. Nevertheless, change stems from the psyche of individuals, as Allah Almighty does not change the condition of a people until they change what is within themselves

List of references:

I- Legal texts:

1. Law 05-04 of February 6, 2005, which includes the law on organizing prisons and the social reintegration of detainees.02
2. Order No. 72-02 of February 10, 1972, containing the Prison Organization and Prisoner Reeducation Law.
3. Executive Decree No. 05-180 of May 17, 2005 determines the composition of the Sanctions Implementation Committee and the modalities of its operation.
4. Executive Decree No. 05-181 of May 17, 2005 determines the composition, organization and functioning of the Air Conditioning Committee.
5. Circular No. 05-01, dated June 5, 2005, relating to how to decide on parole files.
6. The People's Democratic Republic of Algeria, Official Gazette, No. 13, 02/21/2007.

II- Books

7. Abdelhafid Tashour, , The Role of the Judge Implementing Criminal Judgments in the Social Rehabilitation Policy, Office of University Publications, Algeria, 4th edition, 2001.
8. Ahsan Bousaqia, The brief in General Penal Law, Dar Houma, Algeria, 4th edition, 2007.



9. Ali Abdelqader al-qahwaji, Penal Code: General Section, Book Two: Liability and Criminal Punishment, University Press House, Alexandria, 1998.
10. Fattouh abdallah al-Shadli, Basics of Criminology and Punishment, Al-Halabi Legal Publications, Beirut, 1st edition, 2007.
11. Fawzia abdelSattar, Principles of Criminology and Punishment, Dar Al Nahda Al Arabiya, Beirut, 4th edition, 1978.
12. Hamdi Pasha Omar, Prison Organization Law: Regulatory Texts Taken for its Implementation, Dar Houma, Algeria.
13. Omar Khoury, Punitive Policy in Algerian Law: A Comparative Study, Dar Al-Kitab Al-Hadith, Cairo, 1st edition, 2009.

III- University Theses and Dissertations

14. Ibtissam Ramadani, The impact of the Social Defense Movement on penal policy in Algeria, LMD doctoral thesis, University of Khenchela, Faculty of Law and Political Science, Department of Law, 2020/2021.

IV- Journals

15. Aisha Abdel Hamid, "The legal system of conditional release as a mechanism for the reintegration of detainees under Algerian penal legislation", Academic Journal of Research and Scientific Publishing, fifth edition, July 5, 2020.
16. Amal Zouaoui, "Conditional release in Algerian legislation", Notebooks of Politics and Law, Kasdi-Merbah University, Volume 13, Issue 03, June 21, 2021.
17. Asmahan Abdel Razzaq, "Conditional release and the extent to which criminal dangerousness is adopted as a criterion for sentencing", Journal of Human Sciences, Constantine University 1, Issue 39, June 30, 2013.
18. Ibrahim Babbah, "Conditional release is a mechanism for the reintegration of detainees into Algerian legislation ", Journal of the Research Professor for Legal and Political Studies, University of M'sila, , Volume 01, Issue 09, March 1, 2018.
19. Karim Masoudi, "The conditional release system in Algerian legislation", Approaches, University of Djelfa, , Volume 2, Issue 28, January 28, 2016.
20. Mohamed Ahmed Larid, "The position of the Algerian legislator on the conditional release system", Journal of Research in Law and Political Science, Ibn Khaldun University of Tiaret, Issue 06, May 26, 2017.
21. Omar Khoury, "Conditional release as a means of social reintegration of imprisoned persons", Algerian Journal of Economic Legal Sciences, University of Algiers, Issue 01, 2009.

V- Interviews

22. An interview with some employees of the external department of the prison administration in charge of the social reintegration of detainees in Khenchela, at the department's headquarters, on: 02/15/2024, at 1:30 p.m.

VI – Websites

23. [https:// dgapr.mjustice.dz/?q= Conditional Release](https://dgapr.mjustice.dz/?q=Conditional+Release)
24. [https:// www.mjustice.dz/ar/penitentie-2-2-2](https://www.mjustice.dz/ar/penitentie-2-2-2)

The development of the local investment path at the municipal level

تطور مسار الاستثمار المحلي على مستوى البلديات

Iraïn houda *

Assistant Professor - B - University Center Mers El-Abdullah, Faculty of Law and Political Science

houdairain@gmail.com

The date of Submission: 2024-04-07

The date of acceptance: 2024-05-25

Abstract:

Due to the worsening economic conditions and the difficulty in facing some economic and social problems at the present time, it has become necessary for the Algerian state to adopt a policy of local investment at the level of local communities, within the framework of what is known as the economic reform policy adopted by it.

This comes with the aim of creating a local economic alternative by relying on local entities represented in the states and municipalities, especially as stipulated in Municipal Law 11-10, through which the Algerian legislator granted these entities many economic and social powers to strengthen investment at the local level, to promote the local economy, and enhance local development.

Keywords: local communities, municipal, market economy, investor, local investment, local development.

الملخص:

نظرا لتفاقم الأوضاع الاقتصادية و صعوبة مواجهة بعض المشاكل الاقتصادية و الاجتماعية في الوقت الحالي ، أصبح من الضروري على الدولة الجزائرية أن تتبنى سياسية الاستثمار المحلي على مستوى الجماعات المحلية ، في إطار ما يعرف بسياسة الإصلاح الاقتصادي المعتمدة من قبلها.

جاء هذا بهدف خلق بديل اقتصادي على المستوى المحلي من خلال الاعتماد على الجماعات المحلية المتمثلة في الولايات و البلديات بشكل خاص المنصوص عليها في قانون البلدية 10-11 ، و الذي من خلاله منح المشرع الجزائري لهذه الأخيرة العديد من الصلاحيات الاقتصادية و الاجتماعية من أجل تدعيم الاستثمار على مستوى المحلي ، للنهوض بالاقتصاد المحلي و تعزيز التنمية المحلية .

الكلمات المفتاحية: الجماعات المحلية، البلدية، اقتصاد السوق، المستثمر، الاستثمار المحلي، التنمية المحلية.

* Corresponding Author.

Introduction:

The world is witnessing radical economic changes and significant challenges facing various countries in terms of development issues. This requires a reevaluation of some traditional development concepts in the context of these transformations and the search for solutions, prompting all entities in all their forms to keep pace with these changes to address development issues in the face of financial crises, population growth, and geographical expansion.

Municipalities emerge as financially and administratively independent institutions, serving their local areas comprehensively and managing population affairs by providing them with basic services and developing them on social, health, economic, political, educational, and environmental plans.

Based on this foundation, municipalities must seriously reconsider changing this traditional concept of local development to enhance their performance and increase their economic capacity, leading to increased financial income and wealth development through a comprehensive investment plan. This will allow them to improve the quality of their services, become self-reliant, and achieve the prerequisites for development in the region.

Therefore, the topic of local investment has become one of the most important issues raised for discussion at the internal policy level of most global countries, considering that it is one of the fundamental factors in developing the overall economy of any country and a key pillar for achieving and sustaining the development process at various local levels, such as municipalities.

Like other countries, Algeria has adopted a policy of economic openness after the 1990s, which was an effective means to create and develop local and foreign investment policies. It also worked on implementing these policies by issuing numerous laws and regulations, mostly focusing on granting guarantees in the form of benefits and incentives to investors. In addition, the state sought to involve all active institutions and bodies in the process, including local communities represented in municipalities, as reflected in Law 11/10 related to municipalities. This law, theoretically, constitutes one of the basic guarantees for creating and attracting local investments, granting municipalities numerous powers in this field, and providing various facilities to embody a policy of encouraging and supporting local investment at the regional level, based on the economic and financial powers granted within the regulatory framework.

To what extent do municipalities contribute to strengthening local investment in Algeria, based on the economic powers granted to them by the Algerian legislator? And are these contributions considered genuine and effective in achieving local development and implementing it in reality?

Therefore, we have opted to divide this research paper into two sections:

First Section: Economic Development of Municipalities in the Context of Economic Openness

Second Section: Local Investment in the Context of Law 11-10 Municipalities.

1. First Section: Economic Development of Municipalities in the Context of Economic Openness

Local administration in administrative organization is considered one of the most successful and effective methods in achieving the aspirations of the people through direct state participation in the management of local affairs. It is also considered one of the most tangible methods of implementing the principle of decentralization advocated by most governments worldwide. Local administration involves the distribution of administrative functions within the state between its central apparatus in the capital and independent local bodies, thus representing a method of government administrative organization aimed at achieving administrative decentralization¹.

1.1. First Subsection: Municipalities and Local Economic Development

Through this subsection, we will attempt to address the constitutional basis for municipalities and their legal foundation since the issuance of the first municipal law in 1967 until the latest law issued in 2011.

1.1.1. First Branch: Constitutional Basis for Municipalities

Algeria is among the countries that have adopted local administration as a fundamental unit in its organizational structure. Article 1 of Order No. 67-24 issued on January 18, 1967, regarding municipalities stipulates that a municipality is a regional political, administrative, economic, social, and cultural entity... established by law, and its administrative boundaries are defined and determined by decree issued by the President of the Republic based on a report from the Minister of the Interior².

Algeria has seen several constitutions, starting from the 1963 constitution, then the 1976 constitution, followed by the 1989 constitution, and finally the 1996 constitution. These constitutions addressed municipalities as a fundamental unit in local communities, and the definitional texts varied.

- The 1963 constitution, dated September 10, 1963, stated in Article 09 that "the republic consists of administrative units whose extent and jurisdiction are defined by law, and the municipality is considered the fundamental territorial, economic, and social unit." ³
- The 1976 constitution, dated November 22, 1976, stated in Article 36 that "the regional units are the wilaya (province) and the municipality. The municipality is the fundamental political, administrative, economic, social, and cultural unit at the base." ⁴
- The 1989 constitution, dated February 32, 1989, stated in Article 15 that "the regional units of the state are the wilaya and the municipality. The municipality is the basic community." ⁵
- The 1996 constitution, dated December 7, 1996, stated in Article 15 that "the regional units of the state are the wilaya and the municipality. The municipality is the basic community." ⁶

1.1.2. Second Branch: Legal Basis for Municipalities

¹ - Hamdi Amine El Hadi, Contemporary Arab Public Administration: Its Principles and Comparative Applications, Cairo, Arab Thought House, 1977, p. 116.

² - Article 1 of the Municipal Law of 1967, dated January 18, 1967, related to municipalities, Vol. R, p. 6.

³ - The Algerian Constitution of 1963, dated September 10, 1963, Vol. R, p. 64, for the year 1963.

⁴ - The Algerian Constitution of 1976, dated November 22, 1976, Vol. R, p. 84, issued on November 24, 1976.

⁵ - The Algerian Constitution of 1989, dated February 23, 1989, Vol. R, p. 09, issued on March 01, 1989.

⁶ - The Algerian Constitution of 1996, dated December 07, 1996, Vol. R, p. 76.

The laws regulating municipalities have been diverse, and their concept has varied according to the political, economic, and social circumstances that characterized each period. For example:

- Law No. 67-24 on municipalities, dated January 18, 1967, defined the municipality as "the basic political, administrative, economic, social, and cultural regional unit," reflecting the multifaceted functions of the municipality at that time under the socialist approach¹.
- Law No. issued on April 7, 1990, defined the municipality in Article 01 as "the fundamental regional unit with legal personality and financial independence, established by law²," indicating a clear emphasis on granting the municipality an important position in Algerian administrative organization.
- Law No. 11/10 dated July 22, 2011, defined the municipality in Article 01 as "the basic regional community of the state, enjoying legal personality and financial independence, established by law."³

Considering that the municipality forms the institutional framework for local democracy, the same law also stated that "the municipality is the regional base for decentralization and the place for citizen participation, forming the framework for citizens' involvement in public affairs."⁴

1.2. Second Requirement: Manifestations of Local Economy at the Municipal Level

In this requirement, we will attempt to address how to promote the local economy before the 1990s and then local investment after the 1990s.

1.2.1. First Branch: Promoting the Local Economy Before the 1990s

The practice of local economic development began in the 1970s because governments realized the rapid movement of capital between entities with legal authority, which meant that the economy of local communities, and therefore the employment base, was at risk of contraction. By actively examining their economic base and understanding the obstacles to growth and increased investment, and through strategic planning of programs and projects to overcome obstacles and facilitate investment, these local governments sought to achieve growth for their economic base. One of the most important and effective activities that municipal governments can undertake is to improve the operations and procedures that business people should carry out within the local authority itself, thereby improving the business environment and making it known as a business-friendly environment⁵.

1.2.2. Second Branch: Local Investment After the 1990s

As part of the trend aimed at encouraging local investment and attracting more foreign capital, the supervisory authorities in Algeria, since the early 1990s, have adopted a series of measures and procedures aimed at reducing structural distortions, achieving balance in

¹ - Law 67/24, dated January 18, 1967, related to municipalities, Vol. R, p. 15, issued on the same date.

² - Law 90/08, dated April 07, 1990, related to municipalities, Vol. R, p. 15, issued on the same date.

³ - Law 11/10, dated July 22, 2011, related to municipalities, Vol. R, p. 37, issued on the same date.

⁴ - Article 02 of Law 11/1 related to municipalities.

⁵ - Economic and Local Development Unit of the World Bank, "Economic Development at the Local Level," accessed on December 25, 2019, at the following link: <http://www.siteres.worldbank.org/intd/led-pompkletarbik.p3>

monetary and financial variables, liberalizing economic activities, rehabilitating economic institutions, and updating the legislative framework regulating investment, along with other legislative and regulatory texts.

1.2.3.Third Branch: The Position of Local Investment in the Market Economy System

The goal of the market economy is to increase investment in a way that ensures more profits for all parties, thereby encouraging more people to enter this field, including the state and its regional communities as investors with their own funds, not as monopolists. Every individual and institution is a target of investment. Investment also relies on expansion and the careful use of all possible tools to increase consumption and inject more capital into investments. The more this happens, the stronger the economic recovery, leading to increased financial returns for individuals, local communities, and the state¹.

The role of the state and regional communities is important from an economic perspective. State intervention in market reform does not contradict the free market economy based on promoting the private sector. The state's role in market economies is determined around three axes: improving the investment climate to prepare the market for investors, improving the attractive legislative environment for investments, and supervision, which includes the state's right to intervene at any time to protect and reform the market. Freedom does not mean a market without regulation².

These factors enhance the attraction of national, local, and foreign investments alike.

1.2.4.Fourth Branch: Developments of Local Investment in Light of Law 11-10 Municipalities

Local communities are defined as basic regional communities with legal personality and administrative and financial independence, playing a fundamental role in achieving social and economic development through the application of the state's policy of economic openness adopted by the Algerian state. This enables municipalities to promote their economy. Local municipalities must create investments at the local level by utilizing productive energy, labor, human resources, and financial resources³.

As a result of the Algerian state's adoption of the policy of economic openness, the legislator in Law 11-10 concerning municipalities has defined new powers for the president of the municipal people's council. These powers aim to create investments to achieve social and economic development. The law also addresses the conditions for the president's election and prioritizes young voters in the event of a tie, in addition to defining the municipality's work, funding sources, and its governance⁴.

¹ - Ahmed Mohamed Moustafa Nasir, *The Role of the State in Investment and Its Historical Development*, Vol. 1, Cairo, Arab Renaissance House, 2010, p. 139.

² - Same reference, same page.

³ - Farida Meziani, "The Role of Local Communities in the Field of Investment," *Judicial Ijtihad Journal*, Issue 6, (Research Paper at the Fifth International Forum on "The Role and Status of Local Communities in the Maghreb Countries," University of Biskra, May 2009), p. 54.

⁴ - Hacina L, "The New Municipal Law in Effect, 08-12-2011," then accessed on September 25, 2018, at the following link: <https://www.djazairress.com/elmassa/50638>

2. Second Section: Local Investment Under Law 11-10 Municipalities

Due to the vitality and effectiveness of investment in driving economic momentum, it has become a subject of interest for many researchers due to its positive aspects, such as increasing the productivity of economic sectors, providing employment opportunities, achieving

profits for productive projects, and more. It is also one of the most important pillars on which national and local development plans are based .

2.1. First Requirement: Conceptual and Legal Foundations of Local Investment in Algeria

Several definitions have been presented regarding investment and local investment, whether from a jurisprudential or legal perspective. Therefore, we preferred to address the definition of investment and then local investment.

2.1.1. First Subsection: Definitions of Investment

First: Definition of Investment

There have been multiple and diverse jurisprudential definitions of investment, which often share similarities and are useful to define. "Investment is a modern economic term that refers to the deployment of capital to stimulate a specific economic project, which results in material benefit for the project owners and has a positive impact on the national economy¹ .

The term also indicates an economic variable that seeks to optimize the capital owned by a specific entity, aiming to achieve material returns and substantial profits through modern and unprecedented economic methods and approaches." According to Professor Guiton,² investment involves multiplying existing energy resources, and it is a sacrifice to ensure the future, striking a balance between the present and the future. Investment also involves using capital in production, either directly by purchasing machinery,³ equipment, and raw materials, or indirectly through the purchase of stocks and bonds, which represents a financial commitment aimed at achieving gains expected over the long term in the future⁴ . Algerian legislator defined investment as :

- Acquisition of assets within the framework of creating new activities, or allocation of production capacities, or rehabilitation, or restructuring;
- Contribution to the capital of an institution in the form of cash or in-kind contributions ;
- Revival of activities within a partial or total privatization framework⁵ .

Secondly: Definition of Local Investment

Before providing definitions of local investment, it is important to note that this term is not new in its meaning, as it is used to indicate the connection of investment with the relevant administration. It varies depending on the location where the investment is intended to be

¹ - Wasaf Saadi, Kaidar Mohammed, "The Reality of Investment Climate in Algeria, Between Incentives and Obstacles," Journal of Economic Sciences and Management, Issue 8, 200, p. 40.

² - DZ Research and Information Encyclopedia, "The Concept of Investment," accessed on 16-10-2020, at the following link: <http://bit.ly/3Lkqiqo>

³ - Abu Bakr Miloudi, "Investment Selection and Project Evaluation," Algeria, Afak Publishing House, p. 12.

⁴ - Qasim Mayf Alwan, "Investment Management between Theory and Practice," Jordan, Culture Publishing and Distribution House, 2006, p. 14.

⁵ - Article 02 of Order No. 01/03 related to Investment Development, dated August 20, 2001.

present, based on the nature of the location, whether that administration is national when discussing the legal dimension, or local when discussing the national dimension¹.

Here, local investment refers to investment in which regional communities play a prominent role, regardless of any aspect. It is investment that is linked to its geographic region or is subject to its authority, and reflects material or moral benefits for the investor, the state in general, irrespective of the ownership or nationality of the investor, the nature or duration of the activity, unless there is a legal provision to the contrary². The scope of local investments includes all opportunities available for investment in the local market, regardless of the type of investment instrument used. All funds invested within the country by an individual or an institution residing in the country, regardless of the investment instrument used, are considered local investments³.

2.1.2. Second Subsection: Legal Framework for Foreign Investment in Algeria under Economic Reforms

After the collapse of fuel prices since 1986 and the increase in external debt, the Algerian state initiated reforms in all aspects, especially in the economic field, starting in 1990. These reforms led to the issuance of a series of laws, including the following⁴.

First: Law No. 90/10 on Currency and Credit

This law was introduced to solidify the principle of openness to direct foreign investment by regulating the foreign exchange market and capital movements⁵. It also introduced a clear distinction between residents and non-residents, ensuring a set of principles, including the elimination of differences between the public and private sectors. It also shifted the licensing of investments from the authority of the National Investment Committee to the Central Bank, simplifying the investment acceptance process and creating a balance in the foreign exchange market⁶.

Second: Decree No. 01/03 dated August 20, 2001

This decree is related to the development of investments, including the establishment of new projects by the national or foreign private sector and participation in existing or anticipated investment projects through financial and in-kind contributions. To implement this, two bodies were established: the National Investment Council and the National Agency for Investment Development (ANDI)⁷.

¹ - Mansouri Al-Zain, "Mechanisms for Encouraging and Promoting Investment as an Economic Development Tool," Ph.D. thesis, University of Algiers, 2005, p. 24.

² - Same reference, p. 25.

³ - Mohammed Matar, "Investment Tool: The Theoretical Framework and Scientific Applications," Wael Publishing House, Jordan, 2006, p. 75.

⁴ - Naji Hussein, "An Analytical Study of the Investment Climate in Algeria," Ph.D. thesis, University of Constantine, 2007, p. 115.

⁵ - Law No. 90-10, dated April 14, 1990, related to credit and loans, Official Gazette No. 14, issued on April 18, 1990, repealed by Order No. 03-11, dated August 26, 2003, related to credit and loans, Vol. R, p. 52, issued on August 27, 2003.

⁶ - Fella Hamdi, Mariam Hamdi, "Foreign Direct Investment in Algeria Between Legal Incentives and Obstacles Obstacles in Reality," Al-Mufakir Journal, Issue 10, Biskra, 2014, p. 337.

⁷ - Zahia Shahrazad, "Foreign Direct Investment in Algeria: Reality and Prospects," Journal of Humanities Sciences, Issue 8, University of Mohamed Khider, Biskra, February 2005, p. 17.

Third: Decree No. 16/09 dated August 3, 2016 on Investment Promotion

This law aims to define the system applied to national and foreign investments in economic activities¹, production of goods and services. It arranges privileges according to the importance of the activity sector and emphasizes the need to reconstruct the national investment encouragement system to modify privileges according to the country's economic policy, simplifying and expediting procedures. It also establishes mechanisms for various existing incentive agencies with the establishment of a rule that allows investors to benefit from more privileged incentives in the case of similar privileges, and it supports the industrial sector with privileges that are only applied if the activity has an economic base or is concentrated in the south or the highlands. The law also removes obstacles to investment, such as preventing investors from importing used equipment while allowing foreigners to import the same equipment under a temporary admission system. This equipment must be renewed when imported as part of international leasing, and so on².

2.2.Second Requirement: Guarantees of Local Investment under Law 11-10

Law 11/10 grants local municipalities in Algeria a set of powers based on a group of principles represented by the mechanisms expressed in the legal texts, demonstrating the extent to which this law is implemented at the practical level.

2.2.1.First Branch: Mechanisms to Strengthen Local Investment under Law 11-10

There are several mechanisms and privileges granted by the Algerian legislator to municipalities to promote the local economy and create local investments capable of developing it socially, economically, and environmentally. These include the following:

First: Principles of Municipal Intervention in Strengthening Local Investment

1- Legal Basis: The Algerian legislator has granted municipalities, as a fundamental entity, a set of economic, social, and other powers to be exercised according to their discretionary authority while respecting the condition of suitability and minimal burden. The legislator has also granted additional powers to this administrative body, considering it as an intermediary between the people and the political authority, enabling it to contribute, particularly with the state, in the management and development of the region, economic, social, and cultural development, as well as the preservation and improvement of the citizens' living environment³.

2- Economic Basis: Considering that investment aims to develop economic activity, municipalities, through the municipal council, have sought to appreciate any initiative that contributes to economic development through their development plan, which aims to encourage economic operators and expand their capabilities in various environmental, tourism, and other fields. Municipalities have allocated capital in the form of privileges granted to the contribution funds belonging to local municipalities.

¹ - Article 1 of Order 16-09 related to Investment Promotion.

² - Chamber of Commerce and Industry of Tassili, "The Issuance of the New Investment Law," accessed on 13-09-2018, at the following link: <https://bit.ly/3iBWct3>

³ - Article 03 of Law 11/10 related to municipalities.

They also have the authority to establish public economic institutions (industrial or commercial, whether in traditional or modern industries) with legal personality and financial independence to manage their interests and contribute to local development ¹.

3 -Social Basis

According to some national measures and projects, municipalities undertake numerous projects aimed at improving the living environment of citizens. For example, they are involved in the construction of dams, the establishment of primary and secondary education institutions, providing school transportation, and taking measures to encourage education. They also engage in maintaining healthcare facilities and upgrading the municipal council to serve citizens. They take initiatives to support underprivileged social groups in the areas of health, employment, and housing. Municipalities also establish healthcare centers and treatment rooms and maintain them, as well as maintaining facilities for youth, culture, sports, and entertainment. They also work on maintaining cultural centers within the municipal territory.

In addition to the above, municipalities play a very important role in the housing sector by creating conditions for public and private real estate development, participating in the establishment of real estate institutions through investors ².

Second: Forms of Municipal Support for Local Investments

Through careful reading of the municipal law, three forms of municipal support for local investments can be distinguished:

1- Support for Investments under Municipal Ownership: This aims to increase and diversify the municipality's financial resources through direct exploitation, participation, or the establishment of public industrial or commercial institutions. The municipality itself engages in these investments as stipulated by the law³.

2- Support for Private Investments: Municipalities are legally responsible for supporting private investments by facilitating the establishment of private investments and creating a favorable environment for their implementation, without providing financial contributions. These private investments also bring economic and social benefits to the municipality⁴.

Partnership between the Public and Private Sectors to Support Local Investment: According to Article 111 of Law 11-10 concerning municipalities, the municipal council takes all necessary actions to stimulate and promote economic activities that align with the municipality's potential and its development plan. The municipal council also contributes, particularly with the state, in managing and developing the region, economic, social, and cultural development⁵, as well as preserving and improving the living environment of citizens⁶.

¹ - Farida Meziani, same reference, p. 50.

² - Same reference, same page.

³ - Articles 19-117 of Law 11/10 related to municipalities.

⁴ - Ahmed Mohamed Moustafa Nasir, same reference, p. 264.

⁵ - Article 111 of Law 11/10 related to municipalities.

⁶ - Article 03 of Law 11/10 related to municipalities.

According to the Algerian Regional Development Law, the implementation of plans and development contracts, especially in areas requiring development, may involve development contracts involving the state, regional communities, and economic partners¹.

Third : Ways to Support Local Investments: Municipalities have worked to encourage local investment as the main actor in local development and activation at the regional level in partnership with the state through:

1- Creating an Investment-Friendly Environment: This refers to the overall conditions and circumstances that influence the flow and utilization of capital, including political and economic dimensions, as well as the efficiency and effectiveness of administrative organizations that should be suitable for attracting and encouraging local and foreign investments².

2- Creating an Economic Environment: Municipalities focus on preserving their real estate assets and prioritizing them for public infrastructure programs and economic investment. They can also contribute to preparing areas designated for economic, commercial, or service activities³.

"And works on improving the educational infrastructure and taking the necessary measures within the framework of legislation and regulation, including measures aimed at promoting preparatory, cultural, and technical education⁴ .

Providing financial resources and security incentives: The municipality must ensure the availability of the financial resources allocated to cover the burdens and tasks legally assigned to it in every field accompanying each new task entrusted to the municipality or transferred to it by the state. Providing the necessary financial resources to cover these tasks permanently must compensate for any reduction in municipal revenue resulting from measures taken by the state, including tax exemptions, reductions, or cancellations, resulting in a fiscal loss equal to at least the amount of the difference in collection⁵ .

The president of the municipal people's council, within the framework of the applicable laws and regulations, takes all necessary measures and precautions to ensure the safety and protection of individuals and property in public places where any disaster or accident may occur.

Within the framework of respecting the rights and freedoms of citizens, the president of the municipal people's council is specifically responsible for ensuring the maintenance of public order and the security of individuals and property⁶.

Article 13 of Municipal Law 11/10 stipulates the participation of individuals, stating, "The president of the municipal people's council, whenever municipal affairs require it, may consult with any local personality, expert, or representative of a legally recognized local

¹ - Article 59 of Law No. 01-20, dated December 12, related to the development and sustainable development of the region.

² - Bounoua Shaib and Fatima Zahra Arab, "The Implications of the Government's Role in Creating an Investment Climate on the Reality of Investment (Local and Foreign) in Algeria," Journal of Studies and Development Research, Issue 3, December 2015, p. 59.

³ - Article 117 of Law 11/10 related to municipalities.

⁴ - Article 122 of Law 11/10 related to municipalities.

⁵ - Articles 4-5 of Law 11/10 related to municipalities.

⁶ - Articles 89-94 of Law 11/10 related to municipalities.

association who can provide any useful contribution to the work of the council or its committees by virtue of their qualifications or the nature of their activities." ¹

3-The utilization of international cooperation and twinning agreements, and the use of expertise: The legislator in Municipal Law 11-10 indicated that municipalities may resort to the services of experts or consultants through contracting to accomplish urgent tasks according to the specified conditions in the applicable legislation and regulations².

Algerian municipalities must be qualified to enter into cooperation agreements with municipalities in foreign countries to benefit from the experiences, expertise, and assistance of foreign municipalities. Joining international organizations can enable them to benefit from their services in the field of international law³.

4-Solidarity and local cooperation among municipalities: This occurs within the framework of the relationship between the municipal people's councils of two or more municipalities, deciding to participate in a joint public institution between the municipalities to provide services, facilities, or common interests, seeking to develop the local administration system and create cooperation between the local councils to implement and manage joint service projects⁴

The work carried out within the framework of mutual cooperation between municipalities is completed under an agreement or contracts approved through negotiations⁵.

5-Involvement of civil society in enhancing local investments: Relying on civil society in decision-making and monitoring their implementation is the correct approach to generate the moral energy and spiritual charge without which development cannot be achieved. This is achieved by providing opportunities for citizen participation in public facilities, schools, hospitals, and other public bodies⁶.

The Algerian legislator has given importance to this point in Municipal Law 11/10, where the municipal people's council takes all measures to inform citizens about their affairs and consult them on options and priorities for development, economic and cultural development, according to the specified conditions in this law⁷.

2.2.2.The second section: The reality of local investment under Law 11-10

It's true that the Algerian legislator has done well by amending Law 11-10 related to municipalities in several areas, including local investment and expanding the pace of economic activity and driving local investment. However, the limits of this contribution remain narrow, in terms of the possibility of granting municipalities full and effective powers in creating and enhancing investments and making the municipality a real economic partner, due to the clear disparity between reality and legislation, as evidenced by :

¹ - Article 60 of Law 11/10 related to municipalities.

² - Article 132 of Law 11/10 related to municipalities.

³ - Farida Meziani, same reference, p. 64.

⁴ - Farida Meziani, same reference, p. 64.

⁵ - Article 216 of Law 11/10 related to municipalities.

⁶ - Abdullah Ghalem Walid, "Achieving Independent Local Development Based on Self-Reliance as an Alternative Model in Algeria to Establish the Foundations of Local Governance," Journal of Research and Development Studies, Issue 3, December 2015, p. 59.

⁷ - Article 11 of Law 11/10 related to municipalities.

1- The lack of financial independence for municipalities is unfortunate, as long as they do not derive their financial resources from their local economy¹. Therefore, how can they create local investments at the regional level while being granted limited powers?

2- Changing the management mindset and methods and reviewing the laws. In this regard, the head of the Committee for Urban Planning and Housing in the Provincial People's Council called on public authorities to unleash individual initiatives, thereby empowering responsibility at the local level and reconsidering a set of laws that have limited the powers of mayors. This includes changing the mindset of citizens and integrating them into local economic activities, involving the private sector and assigning it responsibility to play its role, even for small businesses, for which the facilitation of utilization procedures is necessary to generate income, employ youth, and create dynamism at the local level².

3- Obstruction by the authorities in approving projects received by municipalities related to building factories or profitable ventures, often resulting in a negative outcome with the rejection or prolonged response to the projects, causing the project owner to lose hope and determination³.

4- The problem of municipalities' inability to collect their dues: Municipalities value their properties and demand their dues (such as rent for municipal premises and buildings), but they have not been paid for years. The bills have reached seventy million for a single shop or residence, and others have exceeded this. The issue becomes more serious due to the collision between the mayor and the harsh reality. When the mayor requests his dues from his properties and does not receive a response, he resorts to the police to expel the negligent individuals. However, the police often refrain from intervening to maintain security and stability and out of fear of popular protests. Mayor Reimani Jilali of Douira considered in a statement to "Al-Massa" that requiring municipalities to seek self-financing sources is a sound idea, which initially requires searching for properties to host investment projects. He questioned how municipalities can attract investors when they do not have the freedom to act in real estate⁴.

Conclusion:

In conclusion, the recent developments have shown us that the Algerian state has worked on encouraging local investment and engaging local communities in the development process by issuing a series of laws regulating the economic openness policy, whether related to promoting or developing investment.

The legislator has also redefined a new legal framework for Municipal Law 11-10 by making local investment an effective economic tool contributing to social and economic development at the local level. They attempted to address the legal gaps that plagued previous laws. However, in comparison to the realities on the ground, it becomes evident that this law, like its predecessors, did not meet expectations. The legislator worked to entrench the old idea

¹ - Nabilah Ben Youssef, "The Municipality Between State Support and the Demands for Revolutionary Change," African Journal of Political Science, accessed on 25-03-2019, at the following link: <https://www.maspolitiques.com/ar/index.p1>

² - Zahia Sh, same reference, p. 32.

³ - Nabilah Ben Youssef, same reference, p. 52.

⁴ - Zahia, same reference, p. 33.

of maintaining the central authority's control in a decentralized system. Additionally, this law no longer aligns with the current economic reality of the country, which requires moving away from dependence on oil-based economy and focusing more on the municipality as a fundamental unit in creating, attracting, and enhancing local investment policies.

Based on this analysis, we present a set of recommendations:

- The necessity of revising the legal system and regulatory framework specific to municipalities and making it more in line with granting actual powers to municipalities to strengthen local investment.
- Reforming local taxation and enacting legal texts that work on creating wealth and opening the door for banks to create investments, support municipalities, and provide them with expertise and financial support.
- Bringing administration closer to citizens and facilitating administrative procedures for investors at the local level.
- Encouraging entrepreneurship, valuing municipal resources, and establishing a genuine partnership between municipalities and the private sector.
- Enhancing solidarity between municipalities within the framework of mutual benefit from available resources and benefiting from international expertise through twinning agreements between municipalities.

If you need further assistance with anything else, feel free to ask!

List of the references

Law

1. The Algerian Constitution of 1963, dated September 10, 1963, Vol. R, p. 64, for the year 1963.
2. The Municipal Law of 1967, dated January 18, 1967, related to municipalities, Vol. R
3. The Algerian Constitution of 1976, dated November 22, 1976, Vol. R, p. 84, issued on November 24, 1976.
4. The Algerian Constitution of 1989, dated February 23, 1989, Vol. R, p. 09, issued on March 01, 1989.
5. Law No. 90-10, dated April 14, 1990, related to credit and loans, Official Gazette No. 14, issued on April 18, 1990, repealed by Order No. 03-11, dated August 26, 2003, related to credit and loans, Vol. R, p. 52, issued on August 27, 2003.
6. The Algerian Constitution of 1996, dated December 07, 1996, Vol. R, p. 76.
7. Order No. 01/03 related to Investment Development, dated August 20, 2001.
8. Law No. 01-20, dated December 12, related to the development and sustainable development of the region.

Books

1. Ahmed Mohamed Moustafa Nasir, The Role of the State in Investment and Its Historical Development, Vol. 1, Cairo, Arab Renaissance House, 2010.
2. Hamdi Amine El Hadi, Contemporary Arab Public Administration: Its Principles and Comparative Applications, Cairo, Arab Thought House, 1977
3. Mohammed Matar, "Investment Tool: The Theoretical Framework and Scientific Applications," Wael Publishing House, Jordan, 2006.
4. Qasim Mayf Alwan, "Investment Management between Theory and Practice," Jordan, Culture Publishing and Distribution House, 2006.

Journal

1. Abdullah Ghalem Walid, "Achieving Independent Local Development Based on Self-Reliance as an Alternative Model in Algeria to Establish the Foundations of Local Governance," Journal of Research and Development Studies, Issue 3, December 2015.
2. Abu Bakr Miloudi, "Investment Selection and Project Evaluation," Algeria, Afak Publishing House.
3. Bounoua Shaib and Fatima Zahra Arab, "The Implications of the Government's Role in Creating an Investment Climate on the Reality of Investment (Local and Foreign) in Algeria," Journal of Studies and Development Research, Issue 3, December 2015.
4. Farida Meziani, "The Role of Local Communities in the Field of Investment," Judicial Ijtihad Journal, Issue 6, (Research Paper at the Fifth International Forum on "The Role and Status of Local Communities in the Maghreb Countries," University of Biskra, May 2009).
5. Fella Hamdi, Mariam Hamdi, "Foreign Direct Investment in Algeria Between Legal Incentives and Obstacles in Reality," Al-Mufakir Journal, Issue 10, Biskra, 2014.
6. Wasaf Saadi, Kaidar Mohammed, "The Reality of Investment Climate in Algeria, Between Incentives and Obstacles," Journal of Economic Sciences and Management, Issue 8, 200.
7. Zahia Shahrazad, "Foreign Direct Investment in Algeria: Reality and Prospects," Journal of Humanities Sciences, Issue 8, University of Mohamed Khider, Biskra, February 2005.

Websites

1. Economic and Local Development Unit of the World Bank, "Economic Development at the Local Level," accessed on December 25, 2019, at the following link: <http://www.siteres.worldbank.org/intd/led-pompklet-arbik>.
2. DZ Research and Information Encyclopedia, "The Concept of Investment," accessed on 16-10-2020, at the following link: <http://bit.ly/3Lk1qo>
3. Chamber of Commerce and Industry of Tassili, "The Issuance of the New Investment Law," accessed on 13-09-2018, at the following link: <https://bit.ly/3iBWct3>
4. Nabilah Ben Youssef, "The Municipality Between State Support and the Demands for Revolutionary Change," African Journal of Political Science, accessed on 25-03-2019, at the following link: <https://www.maspolitiques.com/ar/index>.
5. Hacina L, "The New Municipal Law in Effect, 08-12-2011," then accessed on September 25, 2018, at the following link: <https://www.djazairiss.com/elmassa/50638>

University theses

1. Mansouri Al-Zain, "Mechanisms for Encouraging and Promoting Investment as an Economic Development Tool," Ph.D. thesis, University of Algiers, 2005.
2. Naji Hussein, "An Analytical Study of the Investment Climate in Algeria," Ph.D. thesis, University of Constantine, 2007

The Role of Precautionary Principal in Protecting Consumers from Food Additives Damages

دور مبدأ الاحتياط في حماية المستهلكين من أضرار المضافات الغذائية

BELMERDACI RAFIKA, Lecturer Class "A" * DR.

University Badji Mokhtar, Algeria

E-mail: Rafii23@hotmail.com

The date of Submission: 2024-02-29

The date of acceptance: 2024-05-25

Abstract:

Despite the emergence of the principle of precaution initially in the field of the environment, however it has been adopted in the area of private law as a transition to the field of private law, specifically the law on consumer protection and the suppression of fraud, as the Algerian legislator did not hesitate to set the general framework for consumer protection from pollutants allowed to be used in food, even with scientific uncertainty in line with the concept of food safety. Specified in Executive Decree No. 15-172 of June 25, 2015, which defines the conditions and modalities applied in the field of microbiological properties of foodstuffs, especially the use of food additives.

Keywords : Food, precautionary principle, food additives, potential harm, scientific uncertainty.

الملخص:

بالرغم من ظهور مبدأ الاحتياط بداية في مجال البيئة إلا أنه عرف انتقالاً إلى مجال القانون الخاص و بالتحديد قانون حماية المستهلك وقمع الغش، إذ لم يتوان المشرع الجزائري في وضع الإطار العام لحماية المستهلك من الملوثات المسموح باستعمالها في المادة الغذائية بما يتلاءم مع مفهوم السلامة الغذائية المحدد في المرسوم التنفيذي رقم 15-172 المؤرخ في 25 جوان 2015 الذي يحدد الشروط والكيفيات المطبقة في مجال الخصائص الميكروبيولوجية للمواد الغذائية، خاصة استعمال المضافات الغذائية، وهو ما يوجب داخلنا تساؤلاً حول كنه الارتباط بين مبدأ الاحتياط والسلامة الغذائية فيما يتعلق بمجال المضافات الغذائية تحديداً

الكلمات المفتاحية: الغذاء، مبدأ الاحتياط، المضافات الغذائية، الضرر المحتمل، عدم اليقين العلمي.

* DR. BELMERDACI RAFIKA.

Introduction:

The use of food additive in the field of food industry is so indispensable despite of their damages they can cause to human health in the medium and long term .this has push jurists to support legal protection with a relatively new principle called precautionary principle .

This recent concept was legally formulated to face special damages characterized by their dangericy ,irreparable through proactive measures able to protect the environment , but the jurist reached that they can transfer this principle to the private law and specially to consumer protection law and suppression of fraud ,because of its great importance also common points between environmental damages and damages result from food additives which represents a strong reason push the Algerian legislator to established it.

From this point of view , appears the practical importance of the subject of our research specially with huge interest to the theme of food additives and its negatives multidimensional impacts , and it is so important to highlight these issues and focus on the new creating by jurisprudence and judiciary in order to find the answer for the following question :

What is the role of precautionary principle in protecting consumers from the food additives damages?

We have adopted the analytical approach in analyzing different texts to determine the meaning of prevention from additives food damages

To answer this important question we divided our research as follows :

- 1-the concept of precautionary principle.
- 2- aspects of applications of the precautionary principle in the field of food additives.

1. The concept of precautionary principle :

The precautionary principle appeared initially in the comparative law, then it was established in Algerian legislation with many texts.

1-1-the precautionary principle in comparative law :

The necessity of suppression of the environmental damages irreversible with a different way from the classical one , create a new legal concept which It is necessary to trace the historical evolution of this legal concept , and also without doubt define its conditions .

1-1-1 : the appearance of Precautionary principle historically :

The appearance of the term precautionary principle was at the first time in the global charter of nature ,and it was firstly formulated in 1987,including the second legally seminar of north sea¹ where the countries decided to protect the north sea from the most dangerous effects using precautionary approach, after that in the nineties this concept was adopted from several international texts like Rio declaration in the closing of earth summit in 1992,and Kyoto protocol in 1997, It should be noted that the precautionary principle appeared the first time in German jurisprudence in the end of seventies under the name Vorsorgeprinzip²

¹ The precautionary principle has formulated the french policies in the environmental field and also in health, starting from Barnier law in february 1995,concerning protection of environment and it was also established in 5th article of the constitution.

² Natural ressource economics society conference,Manly ,Newsouth Wales 8-10,february 2006,P4,available on the web site : pc.gov.au,15/06/2023 at 17 :01.and also: presidential Decree 96-53 of January 22, 1992 containing Algeria's ratification of the United Nations Convention on the Law of the Sea, No. 6.

The precautionary principal appear in Rio De Janeiro declaration in 1992, which contains 27 principles, related to protect global environment and development. Its purpose was to search for a special model for sustainable development as an economic and social model of development that aims to ensure the perpetuation of the earth's natural heritage and responds to the needs of present and future generations¹

in the 15th principle, which based on the prevention from environmental issues before it happened to face irreversible damages with proactive measures. So we don't wait the damages until it happened, because it is without benefit because of the nature of this damages, and in European level this principle was confirmed in the article 174-R from Maastricht convention

1-1-2 : Definition of the Precautionary Principle:

The precautionary principle as proposed by Cooney (2005), emphasizes the proactive approach nations should adopt to safeguard against potential harm, particularly in cases where there is a risk of significant or irreversible damage to the environment. This principle asserts that lack of absolute scientific certainty should not hinder the implementation of cost-effective measures aimed at preventing environmental degradation. Despite its adoption by countries like Sweden and Denmark into their environmental and public health policies, there remains a lack of universal consensus on its interpretation and application within the legal community, despite the accumulation of case law.

The precautionary principle, as broadened during the Wingspread conference in Racine, Wisconsin, USA in 1998, asserts that in cases where an activity poses potential harm to human health or the environment and the cause-and-effect relationships are not fully scientifically established, precautionary measures should be taken.²

So the precautionary principle is a notion which refforts taking protective action before there is complete scientific proof of a risk, that is action should not be delayed simply because full scientific information is lacking. The farther of the precautionary approach is Hippocrates, who said "As to diseases make a habit of two things help, or at least, to do no harm"³.

¹ BEN CHAABANE Faouzi, The Legal and Jurisprudence Consecration of Precautionary Principle in The Field and political science, vol 60, N 3, 2023, p352. of environment Protection, Algerian Journal of Legal We must know that the principle of precaution is enshrined in many international and regional agreements, including the Barcelona convention of 1976 on the protection of Mediterranean sea, the convention of the law of the sea in Jamaica on December 10, 1982, also the Vienna convention of 1985 on the Ozone layer as well as the Framework convention on climate change in 1992, and the framework convention on biodiversity in 1992, see: MAIZI Khalidia, Applications of the Precautionary Principle in Algerian Journal of Law and Political Science, Vol 6, N 1, 2021, p 663, and also BIZAT Sonia, The Legal Value of the precautionary principle and its applications, works of the International Virtual Forum on the legal consecration of the principle of precaution and its applications, on April 12, 13, 2021, available on site web: fdsp.univ-boumerdes.dz, and also: BELHOUT Ibrahim, The Standard Value of The Principle of Precaution, The Works of the International Virtual Forum on the legal consecration of the principle of precaution and its applications, p71, available on site web: fdsp.univ-boumerdes.dz.

² The United States is not alone in North America to initiate the precautionary principle, Canada has developed a precautionary framework policy that was formally approved by the Canadian government in August 2003; Wallace Hayes, the precautionary principle archives of industrial Hygiene and toxicology, p164, available on the site web: researchgate.net, in 18/08/2023, at 18:19. Archives of Icelandic legal journal, 1996, vol 49.

³ Development Asia Bank, the precautionary principle, available on website: Events.development.asia, in 15/08/2023 at 18:31.

1.1.3: The conditions of application of precautionary principle :**• Unceirtainty :**

The definition states that uncertainty arises from a lack of information or unknown factors. Smithson (1989) provides a typology of sources of ignorance, wherein "uncertainty" is categorized as one of them. He further divides uncertainty into three distinct categories: vagueness, probability, and ambiguity. Vagueness relates to a range of possible values along a continuum, probability involves the principles of chance, and ambiguity pertains to a finite number of distinct possibilities.¹

It is crucial to distinguish between two terms, namely risk and uncertainty, as per the economic perspective of "Knight Franks." Risk refers to a scenario where precise and specific damages can be identified. On the other hand, uncertainty denotes a potential danger that cannot be scientifically determined. In the case of risk, preventive measures can be taken, whereas in situations of uncertainty, precautionary measures become imperative², it should also be noted that "CFC was considering as one of the most safety and healthy product until discovering that it can destroy Ozone layer and the same about DDT", which is insecticides³

• Seriousness of damages :

Precautionary responsibility cannot be established in cases of minor damage; it necessitates the presence of serious harm. This condition is paramount in various legal frameworks. Additionally, we must acknowledge that minor damage, if left unaddressed over time, can escalate into significant harm.⁴

• Economic cost Acceptability :

The application of the precautionary principle requires the presence of significant environmental damages and a justifiable economic cost to mitigate potential harm. This balance is essential for safeguarding both the environment and the freedom to engage in economic and industrial activities while ensuring public health is preserved.⁵

1-2 the precautionary principle in Algerian legislation:

Algeria, like many countries, adopted the precautionary principle through various international conventions and is in the process of incorporating it into its national legal system. In Algerian law, the precautionary principle is defined as the proactive approach taken to prevent environmental harm and protect public health in the face of scientific uncertainty. Its conditions include the requirement for evidence of potential harm, the feasibility of preventive measures, and the consideration of economic and social factors , so what is the definition of precautionary principle in Algerian law, and what are it conditions? .

¹ COMEST, the precautionary principle, unisco 2006, available on website : doc.unesco.org in 15/08/2023 at 18:58 . Wheeler, D.M and others, uncertainty, What is it?, Conference nutrient managment in farmed landscapes at Palmerston north Volume 33, available on website :

Firc. Massey.ac.nz, in15/08/2023 at 19:59

² FOURCANS André, un principe à manier avec précaution, revue risques. Fr, n 57, mars 2004, p94, consulte le 26/03/2022 à 18:13.

³FOURCANS André ,opcit,p84

and also: BHIANG Rathbun, uncertain about uncertainty, understanding the multiple meanings of crucial concept in international Relations Theory, international studies quarterly (2007), p538.

⁴ Robert V.Percival, who's afraid of the precautionary principle?, p15, available on website : the.digitalcommons.Law.u.maryland.edu, in 15/08/2023,at 21 :08.

⁵Deborah .C.Peterson, ,opcit,p10.

1-2-1 the definition of precautionary principle in Algerian law

Under the new legislative direction to protect environment in Algeria, Algerian legislator established many new principles in the law 03-01 dated in 15/07/2003 related to protect environment in the framework of Sustainable development, As the article 3 states¹, and also with the article 8 from the law 04-20 related to prevention from huge dangers and catastrophes in the framework of sustainable development², Algeria adopted precautionary measures after authentication on many international agreements of repression of pollution and cooperation in this field³.

1-2-2 the conditions for applying the precautionary principle in Algerian legislation:

In addition to the General conditions previously mentioned, the Algerian legislator also stipulated the severity of the damage according to the law 20-04 related to prevention from huge dangers and catastrophes management in the framework of sustainable development, where he describes the huge danger as any potential threat on human and their environment. perhaps can happen because of exceptional dangers or/and because of human activities and he mentioned many of these dangers in the article 5 by saying:

" the Protection from huge dangers in the provisions of article 5 concerning the following dangers:

- earthquakes and geological dangers, floods, dangers.
- fires of forests.
- Energetical and industrial dangers.
- Radiological and nuclear dangers.
- dangers related to human health.
- Dangers related to animal and plants health.
- Multiple forms of pollution " Air, land sea or Water
- the disasters resulting from population gatherings" .

So the plan for the prevention from the industrial and energy dangers represents a many measures and procedures to prevent and limit from the danger of explosions and gas emission and to limit also from dangers related to dangerous product basing on the article 23 of the law 20-04 previously mentioned.

2- the applications aspects of the precautionary principle in the field of food additives:

The importance of precautionary principle and its effective role in the suppression of special damages make the jurists integrate this principle with its multiple dimensions in the field of consumers protection law and suppression of fraud especially in food additives

¹ the law 03-10 dated 19 July 2003 related to the protection of environment in the work frame of sustainable development, official journal n 43 dated 20 July 2003.

² the law n 04-20 related to the huge dangers dated 25/12/2004, official journal n 84.

³ A part of the jurisprudence tends to consider it as a principle of legal nature based on principles of customary international law, and there are those who see it as an independent legal rule, while another side considers it as a new ethics of responsibility, and a fourth trend sees it as an extension of the precautionary principle previously found in civil law, CABE Amel, The Legal Framework for the Precautionary Principle, an intervention at an international forum entitled The Legal Consecration of the Precautionary Principle and its Applications, an international forum on 12 and 13 April 2021, University of Bumerdes. Available on the website: fdsp.univ-boumerdes.dz, viewed on 19/01/2024.

area which reinforces the food safety with a several rules align with the special damages resulting of breaking rules of food additives.

In order to clarify this point , we must study the food additives from legal perspective first, then We move on to the impact of precautionary principle in creating a new rules to protect consumer from the food additives harms.

2-1: The food additives from Legal perspective:

The necessity of using food additives impose the sureness of establishing a legal framework control its use and confront to responsibility resulting , So what is the meaning of food additives, terminologically and legally ?.

The use of food additives in food industry is indispensable despite its damages, So How do we classify the food additives? and how do we use them legally ?.

Food additives are substances incorporated into our food for specific purposes. The term originates from the word "add" and functions as an adjective. However, food encompasses anything that can nourish our bodies through consumption, including both food and beverages.¹

, However, the term "food" is used to describe any substance that humans can consume for sustenance, whether it be plant-based, animal-derived, liquids like water, or other beverages. Its purpose is to provide the necessary energy to sustain and support human life².

2 -2-1 the legal definition of food additives :

To clarify this point, we must study food additives at international level first , then define them in Algerian law.

• The international definition :

The first international definition of food additives was in 1956, means any substance the intended use of which results, or may responsibly be expected to result directly or indirectly, in its becoming a component or otherwise affecting the characteristics of any food³.

Food additives, nutraceuticals and dietary supplements functional ingredients that are either are intentionally added to food for specific function or are used in dietary formulations to supplement the intake of nutrients in a normal diet. Although its definition is still evolving the term "functional food" ingredients is increasingly being used to describe nutraceuticals or bioactives that have been in to a food for health-related function⁴.

A food additive, as defined in European Community (EC) legislation, is "any substance not normally consumed as food in itself... the intentional addition of which to food serves a technological purpose.". The legal definition of food additives is undergoing change due to the introduction of a new list of authorized flavorings by the EU in 2011. This list permits

¹ Food English meaning, Combridge Dictionary, available on website: www.dictionary.Combridge.org, in 16/08/2023 at 17 :10.

² Ontologie-birseit.edu, in 01/10/2021, and Almaany.com, in 01/10/2023 at 17:10.

³ J.E Hoadley, in functional food, 2011, p201 available on website: sciencedirect.Com, in 17/08/2023, at 17:15.

⁴ M.A. Augustin, L. Sanguansri, Encapsulation technologies and Delivery systems for food ingredients and Nutriceuticals, Nissim Ganti, D. Julian McClements, 2012, p90, available on website: science direct.com, in 12/08/2023, at 17:15, Ben Mephram, food additives : an ethical evalution,university of Nottingham, UK, 2 july 2011, P9, available on website :academic.oup.com, in 17/08/2023 at 17:50 academic.oup.com.

around 5000 artificial flavorings, largely based on criteria similar to the US Food and Drug Administration's designation of "generally recognized as safe" (GRAS). It's important to note that the term "additive" generally excludes substances added to food unintentionally, such as packaging migrants, agrochemicals used in crop production, or drug residues resulting from the treatment of farm animals. Although these substances often raise ethical concerns, they are not considered food additives. Algeria has adopted international classifications for food additives, known as INS.¹

- **Food additives définition in Algerian législation:**

The Algerian legislation had also defined food additives through the third article from the executive decree n° 12-214 dated in 15 may 2014 related to conditions and Methods of use food additives for human consumption, and also the same executive decree confirmed that the food additives must be permissible, it means allowed according Islamic legislation².

It should be noted that Algerian legislator distinct between food additives and food polluter in the article 3 in executive decree n°12-214 previously mentioned ,The use of food additives aims to achieve several goals, the most important of which are:

- preserving the nutritional value of food.

- Considering as indispensable in the diet food.

- to improve conserving food without change the nature of food³ , so The use of food additives related to an important concept called food safety stated in the article 4 in the executive decree n° 15-172 dated in 25 June 2015 define conditions and Methods in the field of microbiological characteristic food⁴ so, food additives is considering as a new technological technique in the food world.

2-2 Protection of consumers from food additives harms

We must study first, How to protect consumers with obligation of information, and what are the precautionary measures .?

2-2-1Protect Consumers through information obligation :

No matter how many jurisprudential definitions there are through which jurists have tried to give an accurate definition of the obligation to inform, its content cannot deviate from the necessity for the professional to provide all the information related to the product clearly without leaving place to ambiguity, which allows the consumer, after getting to know it and on its basis, to choose the product, especially the food that will be entered into Its body, which is what was stated in Article 10 of Executive Decree No. 12-203 relating to the rules applied in the field of product security⁵.

we can browse the website of Algerian ¹ To know about the SIN "international classification for food additives", commercial ministry : www.commerce.gov.dz

²Article 3 of Decree No. 05-484 of 22 December 2005 amending and supplementing Decree No. 90-367 of 10 November 1990 on the labelling of food commodities. defines food as any processed, partially processed, or raw material intended for human or animal nutrition, including beverages, chewing gum, and all materials used in food manufacturing, preparation, and processing, with the exception of materials used only in the form of medicines or cosmetics, or tobacco materials.

³ Article 8 in the executive decree 12-214 previously mentioned.

⁴ Article 3 in the law 03-09 related to consumers protection and repression of fraud , dated in 25 february 2009, journal official journal n 15.

⁵ Dated on 06-05-2012, Official journal No. 28 , See also : Zayed Mohammed, Commitment to informing in the Consumer Contract, Afaq Scientific Magazine, Volume 12, N 04, 2020, p. 541.

The obligation to inform is considered the clearest aspect of good faith, and it expresses the necessity of informing the parties to the contractual relationship of a minimum of information about the product being consumed, especially the components of the product. The matter becomes more serious and important when the product is food, which exposes human health to damage that may reach the point of being irreparable. The obligation to label the product in its positive aspect is coupled with a negative obligation, which means refraining from providing any information that might create confusion among the consumer, which is what Article 60 of Executive Decree No. 13-378 stated¹.

Ethiquette is one of the most important legal way to inform consumers by all the components of any product, according the article 17 of law 03-09 related to protection of consumers states that every Economic intervening must inform consumers by every information related to product by labeling product or any other appropriate way, food labeling is describe food by : determine characteristics by writings, signals, signs, symbols, food², The term characteristics" means according to the executive decree 13-378- related to conditions and ways to inform consumers³, every important information includes Product identification, Producer, product nature. the satisfy consumers clearly includes product identification, producer, product nature, the component, security information, price, term of service contracts⁴.

According the applicable law in Algeria, all that information must be writing in Arabic language, and the producer can use also any other foreign language easy to understand, Readable and legible⁵.

Defining the components of the food product clearly and clearly allows the consumer, with a sound will, to choose what he will consume. According to the third paragraph of Article 3 of the Consumer Protection and Fraud Suppression Law, spoilage is considered an integral part of the commitment to advertising and plays a dual role, which is firstly to protect the food item from Pollution, and secondly, informing the consumer of its ingredients, provided that the type of product is taken into account in the packaging process. Food products are packaged with specifications that differ from non-food products⁶.

¹Issad Fadila, The producer's commitment to informing the consumer in light of the Consumer Protection Law and Executive Decree No. 13-378 of November 9, 2013 specifying the terms and conditions related to consumer information, Journal of Human Sciences, No. 48, 2017, Volume A, p. 245.

² Article 3 in law 03.09 related to protection previously mentioned. The Algerian legislator distinguished between labeling related to food items and labeling related to non-food items through the text of Article 02 of Executive Decree 90-366 regarding the labeling and display of non-food items, dated November 10, 1990 in the Official journal No. 50.

³ Executive decree 13-378 dated in 09 November 2013 related to conditions and ways to informe cosumers, official journal n 58 dated in 18 November 2013.

⁴Article 3 in the excecutive decree n° 13-378 previously mentioned.

⁵ Article 18 in the law 03-09 related to cosumers protection and respresion of fraud previosly mentioned.

⁶ BACHIR Salim, Commitment to Informing and methods of implementing it in accordance with the provisions provisions of the Consumer Protection and Fraud Suppression Law 03-09, Journal of Rights and Liberties, vol 4, April 2017, p. 38. There are many words that indicate commitment to information, including renseignement, which means information, the term information, which means informing, the term notification, which means notification, the term advise, which means notice, and the term give information, which means providing knowledge. To know more details about the topic, see: BENADIDA Nabil, Commitment to the media and its consequences in the field of consumer law, Doctoral thesis, University of Oran, 2018, p. 12.

The commitment to inform has undergone significant evolution influenced by the precautionary principle, now extending to suspected hazards, as evident in specific legal provisions regarding the labeling of genetically modified foods or food additives. Moreover, this commitment has broadened to encompass public disclosure, including unconventional scientific opinions deemed credible. Furthermore, the precautionary principle has expanded the scope of monitoring obligations, requiring stakeholders to continue monitoring product safety even after market introduction and to inform consumers of any emerging risks, regardless of their prior knowledge upon circulation, as outlined in Article 5 of Decree No. 12-203 concerning the regulations governing product safety.¹

2-2-2 precautionary Measures

Despite that precautionary principle appear in environment field, but it transferred to consumer law through finial or temporary rejection of the imported product and temporary withdrawal.

- **The temporary or finale rejection to of imported product**

The agents mentioned in the article 25 in the law 03-09 related to consumer protection and repression of fraud refuse temporary the entrance of imported product when they doubt about conforming the product to the specifications legally required, and after doing careful investigations they can decide the final rejection to the imported product²

- **temporary withdrawal:**

Temporary withdrawal means that every product is put up for consumption if it is too suspected of non-conformity, waiting for investigations results especially analyzes or tests or deep experiment and the republic agent must be informed³.

Suppose the case of conformity, in this time the sample will be compensated according to the justiciable record, The Algerian legislator also mentioned another case of finally withdrawal without prior license from republic agent in the article 67 in the law 03-09 related to consumers protection and respression of fraud which states the following:

- The products proven unfit for consumption.
- Counterfeit products.
- things and devices using forgery.
- every product can be used in forgery.

However, when the non- conformity is improved, The agents must destroy the products and also decide a temporary suspension of the enterprise, then the consumers must be informed with different ways to avoid dangers related to the product under withdrawal⁴. It is noteworthy that the precautionary principle and its implications in

And to know about the several definition of the obligation of informing see : BENADIDA Nabil, Ibid ; p 13.

¹ "Boularas Mukhtar, Civil Protection for Consumer Protection from the Harm of Food Products in Algerian Legislation, Master's Thesis, University of Adrar, 2015, p. 25"

And also : Executive Decree 12-203 dated May 6, 2012, concerning the regulations applied in the field of product safety, Official journal No. 28.

² Article 54 in the law 03-09 related to consumers protection and respression of fraud previously mentioned.

³ Article 61 in the law 03-09 related to consumers protection and respression of fraud previously mentioned.

⁴ BEN AZOUZ, Applying the principle of precaution in the field of food security, an intervention at an international forum entitled The Legal Consecration of the Precautionary Principle and its Applications, an

consumer protection alone constitute a significant tool. Therefore, the legislator has coupled it with stringent regulatory measures.¹

The Algerian legislator has not explicitly stipulated the penalties for violating the provisions regarding the use of food additives. However, since food additives are part of the obligation of ensuring food safety, Article 71 of Law 09-03 on Consumer Protection and repression Fraud imposes a financial penalty ranging from two hundred thousand Algerian dinars to five hundred thousand Algerian dinars on anyone who violates the obligation of food safety specified in Articles 4 and 5 of the law.

The Algerian legislator has settled for imposing a financial fine on violators of the law without imposing any custodial penalties. Moreover, the value of the fine is considered minimal and therefore not sufficient as a deterrent punishment. Therefore, there is an emphasis on the legislator to increase the value of the financial penalty².

Conclusion:

The precautionary principle first appeared in comparative law, and subsequently, the Algerian legislator established it in numerous texts and implemented various necessary measures. This was particularly evident in cases involving irreversible damages and severe effects on health and the environment. Consequently, it became imperative to apply this crucial principle in the field of consumer protection to address the harms caused by food additives, which are among the most prevalent pollutants legally permitted.

Results: We can conclude the following results:

- 1- Food additives are any substances that cannot be used as food but are used to achieve technological purposes in preparation, fabrication, or backing.
- 2- Algeria adopted the international classification of food additives, established through Executive Decree No. 12-214 dated May 15, 2014, related to the conditions and methods of using food additives for human consumption.
- 3- It is essential to distinguish between food additives and complementary nutrition based on their roles in the human body.
- 4- It is necessary to draw a line between food additives and food contaminants when the Algerian legislator adopts a double standard by using Algerian qualifications. In their absence, we resort to international qualifications.
- 5- The obligation to inform is considered the clearest aspect of good faith, expressing the necessity of informing the parties to the contractual relationship of at least the minimum information about the product being consumed, especially its components.
- 6- Ethics is one of the most important legal ways to inform consumers about all components of any product. According to Article 17 of Law 03-09 related to the protection of consumers, every economic intervenor must inform consumers of all information related to the product by labeling the product or any other appropriate means. Food labeling

international forum on April 12 and 13, 2021, University of Boumerdes. available on the website: fdsp.univ-boumerdes.dz, Browsed on 19/01/2024.

"Definition of food non-conformity: It is the response of each product offered for consumption to the conditions contained in the technical regulations and to its own health, environmental, safety, and security requirements." , see "Boularas Mukhtar, Civil Protection for Consumer Protection from the Harm of Food Products in Algerian Legislation, Master's Thesis, University of Adrar, 2015, p. 25.

¹ Bayat Fatihah. "Legal Guarantees for Protecting the Safety of Food Products in Algerian Legislation." Doctoral Thesis, University of Algiers, 2015, p 52.

² Amal Bouhantala, Legal Controls of the Use of Food Additives, Journal of Law and Human Sciences, Volume 5, N 2• 2022, p 488.



describes food by determining characteristics through writings, signals, signs, symbols, and food.

7- The Algerian legislator has implemented a series of conservative procedures, which are considered a clear reflection of the precautionary principle to protect consumers from harm resulting from food additives. The precautionary principle manifests in consumer protection through many conservative measures, especially the temporary rejection of imported products and the final rejection after conducting careful investigations.

Recomendations :

1- We recommend that the Algerian legislator increase measures taken against the damages caused by food additives, particularly in manufacturing and storage stages.

2- We urge the Algerian legislator to establish separate rules to clarify their application.

3- Unhealthy food additives must be prohibited in the food industry, and their overall usage should be reduced gradually.

4- There is a need to raise awareness at both consumer and industrial levels, utilizing technological methods, with cooperation between the Ministry of Industry and the Ministry of Health. This will benefit both individuals and society. The implementing of the precautionary principle in protecting consumers from the harms of food additives will have positive outcomes for both individuals and society as a whole. It implies that safeguarding consumers from potential risks associated with food additives will not only protect their health and well-being but also contribute to the overall welfare and advancement of society.

Bibliography:

Articles:

1-Bouhantala Amal , Legal Controls of the Use of Food Additives, Journal of Law and Human Sciences, Volume 5, N 2, 2022.

2-Bayat Fatihah, "Legal Guarantees for Protecting the Safety of Food Products in Algerian Legislation", Doctoral Thesis, University of Algiers, 2015.

3- Bohentalah Amal, "Legal Regulations for the Use of Food Additives." Journal of Law and Humanities Sciences, Volume 15, N 2, 2022.

4-BEN CHAABANE Faouzi, The Legal and Jurisprudence Consecration of Precautionary Principle in The Field of Environment Protection ,Algerian Journal of Legal and political science, vol 60 ,N 3, 2023, p352.

5-BHIANG Rathbun, uncertain about uncertainty, understanding the multiple meanings of crucial concept in international Relations Theory, international studies quarterly (2007), p538.

6- BACHIR Salim, Commitment to Informing and methods of implementing it in accordance with the provisions of the Consumer Protection and Fraud Suppression Law 03-09, Journal of Rights and Liberties, vol 4, April 2017.

7- Ben Mephram, food additives : an ethical evaluation, university of Nottingham, UK, 2 July 2011, available on website :academic.oup.com, in 17/08/2023 at 17:50 academic.oup.com.

8-COMEST, the precautionary principle, unisco 2006, available on website : doc.unesco.org in 15/08/2023 at 18:58 .

9-Deborah.C.Peterson,Precaution principle and practice in australian environmental and natural resource economics society conference.Manly ,NewsouthWales 8-10,february 2006,available on the website :pc.gov.au,15/06/2023 at 17 :01.

10--Development Asia Bank, the porecautionary principle, available on website: Events.development, asia , in 15/08/2023 at 18:31.

11-FOURCANS André, un principe à manier avec précaution, revue risques. Fr, n 57, mars 2004, p94, consulte le 26/03/2022 à 18:13.

11- Issad Fadila, The producer's commitment to informing the consumer in light of the Consumer Protection Law and Executive Decree No. 13-378 of November 9, 2013 specifying the terms and conditions related to consumer information, Journal of Human Sciences, No. 48, 2017.

12- James Cameron, Juli Abouchar , A fundamental principle of law and policy of The protection of the globale environment, available on website : taylorfrancis.com, in 15/08/2023 for at 19:31.

13-J.E Hoadley, in functional food, 2011, p201 available on website: sciencedirect. Com, in 17/08/2023, at 17:15.

14-M.A. Augustin, L. Sanguansri, Encapsulation technologies and Delivery systems for food ingredients and Nutraceuticals, Nissim Ganti, D. Julian McClements, 2012, p90, available on website: science direct.com, in 12/08/2023, at 17:15.

15-MAIZI Khalidia, Applications of the Precautionary Principle in Algerian Law and Political Science , Vol 1, N 1,2021,p 663 .

16-Robert V.Percival, who's afraid of the precautionary principle?, p15, available on website : the digitalcommons. Law. u maryland.edu, in 15/08/2023,at 21 :08.

17-Wheeler, D.M and others, uncertainty, What is it?, Conference nutrient managment in farmed landscapes at Palmerston north Volume 33, available on website : Firc. Massey.ac.nz, in15/08/2023 at 19:59.

18-Wallorce Hayes, the precautionary principle archives of industrial Hygiene and toxicology,p164, available on the site web : researchgate. net, in 18/08/2023, at 18:19. Archives of Icelandic legal journal ulfljotur, 1996, vol 49.

19- Zayed Mohammed, Commitment to informing in the Consumer Contract, Afaq Scientific Magazine, Volume 12, N 04, 2020.

Thesis:

1-BENADIDA Nabil, Commitment to the media and its consequences in the field of consumer law, PhD Doctoral thesis, University of Oran, 2018.

2- Boularas Mukhtar, Civil Protection for Consumer Protection from the Harm of Food Products in Algerian Legislation, Master's Thesis, University of Adrar, 2015, p. 25.

National and international forums:

1- BEN AZOUZ , Applying the principle of precaution in the field of food security , an intervention at an international forum entitled The Legal Consecration of the Precautionary Principle and its Applications, an international forum on April 12 and 13, 2021, University of Boumerdes.available on the website: fdsp.univ boumerdes.dz, Browsed on 19/01/2024.

2- BIZAT Sonia,The Legal Value of the precautionary principle and its applications, The Business of the International Virtual Forum on the legal consecration of the principle of caution and its applications , on April 12,13,2021, available on site web: fdsp.univ-boumerdes.dz.

3- BELHOUT Ibrahim, The Standard Value of The Principle of Precaution, The Business of the International Virtual Forum on the legal consecration of the principle of caution and its applications, available on site web: fdsp.univ-boumerdes.dz.

4- CABE Amel, The Legal Framework for the Precautionary Principle, an intervention at an international forum entitled The Legal Consecration of the Precautionary Principle and its Applications, an international forum on April 12 and 13, 2021, University of Boumerdes.available on the website: fdsp.univ boumerdes.dz, Browsed on 19/01/2024.

Laws :

1- the law 03-10 dated 19.july 2003 related to the ptotection of environment in the workframe of sustainable development , official journal n 43 dated 20 july 2003.

2- the law n 04-20 related to the huge dangers dated 25/12/2004, official journal n 84.

3- the law 03-09 related to consumers protection and respression of fraud , dated in 25 February 2009, journal official journal n 15.

4- Presidential Decree 96-53 of January 22, 1992 containing Algeria's ratification of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea, No 6.

5- Executive decree 13-378 dated in 09 November 2013 related to conditions and ways to inform consumers, official journal n 58 dated in 18 November 2013.

6- Executive decree12-214 dated in 15 may 2014 related to conditions and methods of use food additives for human consumption, official journal n 30 dated in 16 may 2012.

7- Executive decree15-172 dated in 25 june 2015 related to conditions and methods in , official journal n 37 dated in 08 july 2012.

8- Executive Decree No. 05-484 of December 22, 2005 relating to, amends and supplements Executive Decree No. 90-367 of November 10, 1990 relating to the labeling of food commodities .

9- Executive Decree 90-366 regarding the labeling and display of non-food items, dated November 10, 1990 in the Official journal No. 50 .

10- Executive Decree 12-203 dated May 6, 2012, concerning the regulations applied in the field of product safety, Official journal No. 28.

Website :

1-www.commerce.gov.dz

2- Ontologie-birseit.edu , in 01/10/2021.

3-Almaany.com in 01/10/2021 at 17.10.

4-Food English meaning, Combridge Dictionary, available on website:

www.dictionary. Combridge.org

in 16/08/2023 at 17 :10.

E-Commerce as an application of E-Government**التجارة الالكترونية تطبيق من تطبيقات الحكومة الالكترونية**

kawtar kantar *

University of 20 August 1955 Skikda (Algeria)

E-mail: k.kantar@univ-skikda.dz

Amjed Muflih Ghanem Alhamad

Irbid National University (Jordan)

E-mail: a.rheme@inu.edu.jo

The date of Submission: 2024-03-04

The date of acceptance: 2024-05-25

Abstract:

Governments, with the technological advancements, have come to rely on the internet in various fields. This has led to the emergence of what is known as e-government, and its applications have had an impact on the economic and commercial sector. E-commerce is considered one of the most important applications of e-government, especially in terms of mechanisms and methods for concluding electronic contracts between the administration and government bodies on one side, and the private sector on the other. Despite the significant development in the internet field, its use in e-commerce generates several risks, necessitating the protection of the interests of various parties. It also poses a set of challenges that countries must overcome by providing a strong infrastructure, ensuring sufficient information security, and offering a cohesive electronic environment for conducting e-commerce

Keywords : E-commerce, E-government, Application**الملخص:**

أوضحت الحكومات مع التطور التكنولوجي الحاصل تعتمد على شبكات الإنترنت في مختلف المجالات. فظهر ما يعرف بالحكومة الالكترونية وانعكست تطبيقات هذه الأخيرة على المجال الاقتصادي والتجاري. وتعتبر التجارة الالكترونية اهم تطبيقات الحكومة الالكترونية خصوصا ما تعلق باليات وطرق ابرام العقود الالكترونية بين الإدارة وهيئات الحكومة من جهة والقطاع الخاص من جهة اخرى، ورغم التطور الكبير في مجال الأنترنت، إلا أنّ استعماله في التجارة الالكترونية يتولد عنه العديد من المخاطر مما يستدعي حماية مصالح مختلف الأطراف كما أنه يفرض على الدول جملة من التحديات يجب أن تتغلب عليها وتوفر بنية تحتية قوية وتحقق امن معلوماتي الكافي وتوفر بيئة الكترونية متناسقة للقيام بالتجارة الالكترونية.

الكلمات المفتاحية: التجارة الالكترونية، الحكومة الالكترونية ، تطبيق .

* kawtar kantar.

Introduction:

The technological development in the field of technology, the emergence of computers, and the expansion of the Internet network and its advantages have led governments to shift from providing public services and transactions from traditional methods to electronic methods through the Internet. This is known as e-government, which means providing administrative work in an electronic technical form by connecting government administration with each other and providing services, information, and accomplishing government tasks in electronically available ways for everyone. We are facing an e-government when the government decides to adopt computer applications and Internet technologies and use them in executing their routine work and providing services to the public, where government institutions are connected with each other and provide an electronic window available to all⁽¹⁾.

The applications of e-government have expanded and invaded various economic, social, and cultural fields, expanding as the segment of people dealing with communication and information technologies expanded. From here, it reflected on e-commerce, becoming one of the applications of e-government.

The importance of researching e-commerce as an application of e-commerce lies in the current widespread use of e-commerce and governments' desire to transition to e-government and e-administration due to the significant advantages it offers.

The research aims to highlight the legal and technical environment that must be available to establish e-commerce and to know the difficulties and obstacles that hinder its establishment.

E-commerce is considered one of the most important applications of e-government, especially in terms of mechanisms and methods of concluding various electronic contracts. The government's desire to achieve better results in less time and transition to an e-government has played a significant role in developing the e-commerce field.

Study problem:

The problem of this study can be formulated in the following main question:

How does e-commerce contribute to the development of e-government?

To answer the above problem, we followed an analytical and descriptive approach. The analytical approach is based on interpreting information and the current situation and is most suitable for this study. We also used the descriptive approach, which relies on describing the phenomenon or incident and extracting conclusions of significance and meaning concerning the research problem.

In line with the research methodology, we divided the plan into two sections. The first section dealt with the relationship between e-commerce and e-government. The second section addressed the obstacles to practicing e-commerce between the environment and e-government.

1. The relationship between E-Commerce and E-Government

E-commerce emerged in the mid-19th century when the first contract was made via telegraph or telephone. However, the term e-commerce is used when relying on computers and modern communications, especially the Internet and the digital space⁽²⁾. E-commerce has

⁽¹⁾ Osama Al-Munaassa, Jalal Mohammed Al-Zu'abi, Electronic Government: Between Theory and Practice, Dar Al-Thaqafa, Jordan, 2013, pp. 22-23.

⁽²⁾ Alan Davidson, The Law of Electronic Commerce. Cambridge University Press, United Kingdom, 2009, p. 1.

spread and is considered one of the most important applications of e-government, especially in terms of mechanisms and methods of concluding electronic contracts between the administration and government bodies on one side and the private sector on the other. The process relies on technical means that take computer applications and other communication systems as a means of execution, unlike the traditional trade situation previously relied upon. The government's reliance on the newly introduced technical transformation to execute and provide its services via communication system technology makes the transition to electronic contracting through the same means of communication with the public a clear necessity. To clarify the relationship between e-commerce and e-government, this section will address:

1.1- The Nature of E-commerce

E-commerce refers to all commercial transactions based on electronic transactions and the processing and transfer of data, including text, images, and sound. It includes internet transactions, electronic fund transfers, and electronic data exchange at one level. To understand the nature of e-commerce, this requirement will discuss the concept of e-commerce and its characteristics.

1.1.1- The Concept of E-commerce

To grasp the concept of e-commerce, we will look into its definition and its importance.

1.1.1.1- Definition of E-commerce

E-commerce is the practice of all commercial transactions, including buying, selling, exchanging products, services, and information, financial settlements, banking transactions, and delivery using electronic media and commercial networks⁽¹⁾. Thus, it is an electronic system that allows dealing in various products and services digitally and executing various contracts related to these products and services.

Through this definition, it becomes clear that e-commerce contains the following elements:

- Electronic means, as there can be no e-commerce without electronic means.
- In addition to products and services, the field of e-commerce includes the processes of designing, producing, presenting, distributing products, and settling payment operations.
- E-commerce, like traditional commerce, is conducted both domestically and internationally.

1.1.1.2- The Importance of E-commerce

E-commerce is of great importance in the transition to an e-government, summarized as follows⁽²⁾:

- Reducing inventory of goods as production can be organized to match purchase offers, thereby reducing production costs.
- Reducing the volume of paperwork and office work by using computers to store information, monitor production, warehouse operations, and provide commercial records and books, which allows for better labor direction.

⁽¹⁾ Mohammed Said Ahmed Ismail, Legal Protection Methods for Electronic Commerce Transactions: A Comparative Study, Al-Halabi Legal Publications, Beirut, 2009, p. 38.

⁽²⁾ Osama Abu Al-Hassan Mujahid, Legal Aspects of Electronic Commerce, Supreme Council of Culture, Cairo, 2003, p. 102.

- Connecting devices and branches of various institutions and bodies at lower cost through establishing a communication system for issuing decisions and monitoring execution between the main company and its branches or among various government devices, leading to faster decision-making and execution.

1.1.2- Characteristics of E-commerce

E-commerce is characterized by a set of features that differentiate it from traditional commerce and give it a unique aspect. These characteristics can be summarized as:

-Lack of direct relationship between the parties to the contract: The meeting of contract parties occurs through the communication network⁽¹⁾, and this feature facilitates and simplifies the trading process.

- Reduction of expenses, costs, and effort: The merchant, consumer, intermediary, and goods are located in one place and through one gateway, creating new patterns of inspection and payment to complete the transaction or obtain the goods or service without significant effort, costs, or time wastage. Moreover, the expenses of opening markets and establishing electronic stores are less than those of traditional markets and stores⁽²⁾.

- Speed in accomplishing business and eliminating many of the office papers that accompany the process of selling, buying, and shipping goods. However, the security element in sending messages is still a problem that has not been completely overcome⁽³⁾.

- Expansion of the e-commerce field: E-commerce includes all operations that occur between companies with each other, between companies and their customers, and between companies and governments⁽⁴⁾.

- Globality: E-commerce is conducted on a scale that exceeds the boundaries of a single state, surpassing geographical borders. Hence, its importance for both the merchant and the consumer. The merchant presents his goods through the electronic market to the entire world, not just to the audience of a specific country. The consumer can purchase any goods or product from any merchant, even if they are outside the borders of their country⁽⁵⁾. Due to the global nature of e-commerce, the information provided to the public is dense because it targets a wide audience with different habits, beliefs, and tastes, unlike traditional commerce, which is less dense and its audience shares habits and beliefs because they belong to the same geographical area.

1.2- Categories of E-commerce

Due to the nature of e-commerce, it can be divided into several categories based on the perspective from which it is viewed. It can be divided according to the type of transaction and according to the contracting parties.

1.2.1- Division of E-commerce According to the Type of Transaction

There are several forms of e-commerce, depending on the type of product, the process, and the intermediaries. Any good can be tangible or digital, and any agent can be tangible or digital; any process can be tangible or digital. Accordingly, e-commerce can be divided into

⁽¹⁾ Abu Al-Ala Ali, Abu Al-Ala Al-Namr, Practical and Legal Issues in Electronic Commerce, Dar Al-Nahda Al-Arabiyya, 2004, p. 22.

⁽²⁾ Osama Al-Munaassa, Jalal Mohammed Al-Zu'abi, Op. Cite, pp. 125-126.

⁽³⁾ Osama Abu Al-Hassan Mujahid, Op. Cite, p. 100.

⁽⁴⁾ Abu Al-Ala Ali, Abu Al-Ala Al-Namr, Op. Cite, p. 25.

⁽⁵⁾ Jabal Freeze, Smart Shopping Online, Arab Scientific Publishers, Lebanon, 2001, p. 21.

pure e-commerce and partial e-commerce. We are facing the first category when the agent is digital, the good is digital, and the process is digital. We are facing the second category if one of the three elements is digital and the rest are tangible, resulting in a mix between traditional commerce and e-commerce. For example, if you buy a book from Amazon, the type of commerce is partial e-commerce because the company will send you the book by mail. However, if you buy software from Amazon, the type of commerce is pure e-commerce because the company will send you the software via the Internet⁽¹⁾.

1.2.2- Division of E-commerce According to the Contracting Parties

E-commerce can be classified according to its parties into transactions between government agencies, transactions between government agencies and companies, transactions between government agencies and citizens, transactions between companies and government agencies, transactions between companies and consumers, and transactions between companies.

1.2.2.1- Transactions Between Government Agencies

Transactions between government agencies include information exchange and coordination, as well as commercial operations like leasing land and apartments by one ministry to another⁽²⁾.

1.2.2.2- Transactions Between Government Agencies and Companies

In transactions between government agencies and companies, the government uses the internet to send and receive information from and to companies, such as tax and customs information⁽³⁾.

1.2.2.3- Transactions Between Government Agencies and Citizens

In transactions between government agencies and citizens, the citizen is enabled to request and receive services, goods, and information provided by the government at any time and from any place⁽⁴⁾, including participating in auctions, tenders, and concluding electronic administrative contracts⁽⁵⁾.

1.2.2.4- Transactions Between Companies and Consumers

Transactions between companies and consumers are conducted through various offers provided by the institution to consumers on the internet⁽⁶⁾, what is known as internet marketing centers, where all kinds of goods and services are offered, and payment is usually made through the network, while receipt depends on the nature of the goods and the terms of the agreement.

1.2.2.5- Transactions Between Companies

In transactions between companies, these companies use communication networks and information technology to settle their transactions, such as placing purchase orders with their suppliers, delivering invoices, and making payments through various electronic financial transfers, in addition to the electronic transfer of information. This form is the most common

⁽¹⁾ Fatima Zahra Gendouz, E-commerce: Its Challenges and Prospects in Algeria. Thesis submitted for the degree of Doctor of Economic Sciences and Management Analysis. Faculty of Economic Sciences, Management Sciences, and Business Sciences, Algeria: University of Algiers 3, p. 49.

⁽²⁾ Mustafa Youssef Kafi, Electronic Commerce. Dar and Raslan Foundation, Damascus, 2010, p. 13.

⁽³⁾ Ibid, p 13.

⁽⁴⁾ Osama Al-Munaassa, Jalal Mohammed Al-Zu'abi, Op. Cite, p. 123.

⁽⁵⁾ Mustafa Youssef Kafi, Op. Cite, p. 14.

⁽⁶⁾ Fatima Zahra Gendouz, Op.Cit, p 40.

type of e-commerce in the world, accounting for about 30 percent of the total volume of e-commerce⁽¹⁾

2. Obstacles to practicing E-Commerce between the environment and E-Government

Practicing e-commerce faces many obstacles, some of which originate from the nature of e-commerce and its fundamentals, while others originate from e-government and its novelty and the principles it is based upon. To clarify these obstacles, this section will discuss the issues raised by e-commerce in the first requirement, and then the challenges faced by e-commerce in the second requirement.

2.1- Issues Raised by E-commerce

Due to its nature, e-commerce presents several issues, leading to various risks which necessitate governments and states to provide appropriate mechanisms to protect the interests of parties involved in the electronic market.

2.1.1- Risks of E-commerce

Practicing e-commerce entails a series of risks and problems not present in traditional commerce. These risks include intellectual property infringement, information security, threats to company security systems, global competition in the local market, difficulty in integrating the physical and electronic site of the company, and finally, the lack of seriousness in transactions.

2.1.1.1- Intellectual Property

Infringement Electronic companies use digital economy methods and capabilities based on zero or near-zero cost to reproduce digital informational products, thus expanding free versions as a means of promotion and penetration⁽²⁾, which means bypassing intellectual property rights in patents and copyrights and facing the risk of violations and piracy.

2.1.1.2- Information Security

Security, trust, transparency, and credibility are the foundations of transactions. Customers and consumers are asked to provide information related to their credit cards or bank accounts, etc., which, if misused, can lead to significant losses. Then, there are requirements to protect electronic sites conducting electronic market transactions from hacking or technical assault of any kind, falling within legal issues related to identifying unlawful behaviors and devising criminal templates for them through clear criminal texts and imposing deterrent penalties⁽³⁾.

2.1.1.3- Threats to Company Security Systems

Using e-commerce exposes companies to many serious threats, including hackers trying to infiltrate the company's information bases and tamper with its resources, such as in financial companies and banks. Unauthorized individuals may penetrate the electronic systems of the electronic company to access and exploit customer information or plant viruses that could

⁽¹⁾ Ibid, p 50.

⁽²⁾ Najm Aboud Najm, Management and Electronic Knowledge, Dar Al-Yazardi, Amman, Jordan, 2019, p. 56.

⁽³⁾ Osama Al-Munaassa, Jalal Mohammed Al-Zu'abi, Op. Cite, p. 131.

threaten to stop the core software that allows the company to connect with its customers and partners⁽¹⁾.

2.1.1.4- Global Competition in the Local Market

E-commerce has removed geographical boundaries and restrictions in front of various businesses, thus turning competition to a global level and placing companies before challenges of global quality and competitive pricing. Consumers can compare various offers, favoring the buyer over the seller⁽²⁾, causing companies to struggle with achieving real returns and actual profitability.

2.1.1.5- Difficulty in Integrating the Physical and Electronic Site of the Company

With the emergence and spread of e-commerce, some companies remained either traditional physical or digital, while others attempted to combine the two. Some companies failed to merge the two, as such a combination requires significant efforts in managing the electronic site for traditional business and substantial efforts in employing web capabilities in interacting with suppliers and customers to reduce costs and expand markets for electronic business⁽³⁾. This incapacity to reconcile and merge the two systems exposes the company to significant losses.

2.1.1.6- Lack of Seriousness in Transactions

Transactions in e-commerce occur between parties who do not know each other, without the need for direct contact, creating the possibility of non-serious transactions in terms of spreading incorrect information by the seller or customer. Transactions are merely electronic data exchanged between parties without any means to verify their accuracy or the identity of the parties.

2.1.2- Protecting Interests in E-commerce

Governments and states must ensure the safe practice and development of e-commerce, which reflects positively on e-government and its development, by providing sufficient legal and technical mechanisms to protect the interests of the electronic consumer, electronic signature, domain names, and data encryption.

2.1.2.1- Protecting the Electronic Consumer

To realize the dream of e-commerce, sellers and buyers must trust that the products they purchase and the companies they deal with online are represented honestly, that they will receive what they pay for, and that they can resort to legal action if not. Governments have worked to encourage consumer confidence through necessary laws and regulations to protect consumers from fraud in the tangible world, but developing policies for the electronic world has become an increasingly important priority. To address consumer protection issues, the European Union issued a directive on information society services, which addresses e-commerce and clarifies the regulatory framework, protects consumer rights, and harmonizes rules to ensure that citizens can⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Samia Demash, Electronic Commerce: Reality and Practice in Algeria, A thesis submitted as part of the requirements for obtaining a Master's degree in Economics, Faculty of Economics and Management Sciences, Mentouri University Constantine, 2010-2011, p. 62.

⁽²⁾ Ibid, p 63.

⁽³⁾ Najm Aboud Najm, Op. Cite, pp. 56-57.

⁽⁴⁾ Fatima Zahra Gendouz, Op. Cite, pp. 78-79.

2.1.2.2- Protecting the Electronic Signature

The technology of electronic signatures has been adopted to enhance security and privacy for internet users. Through electronic signatures, the identity of the sender and receiver is verified electronically, ensuring the authenticity of people and information, that it remains unchanged, and is not tampered with by professionals or amateurs in network hacking. This signature also maintains the confidentiality of information and prevents its circulation, especially concerning competing companies.

2.1.2.3- Protecting the Domain Name

The domain name holds significant importance in the internet world as the key and cornerstone for any activity on the internet. To ensure the stability and development of e-commerce, it is essential to protect it from infringement and piracy. With the beginning of e-commerce in the late 20th century (1996), some companies were surprised to find their electronic trademarks used by others, known as electronic pirates, who realized the significant role the internet would play in e-commerce and saw this as an opportunity for profit without effort⁽¹⁾. Since electronic piracy is an international problem, protecting the domain name is not only a domestic issue but also an international one. For this purpose, governmental bodies and international organizations have aimed to address and find suitable solutions.

2.1.2.4- Data Encryption

Encryption is an effective and successful means of protecting the e-commerce system, which relies on information systems that exchange processed data and information of significant economic value, in addition to the commerce funds themselves being exchanged through an information system that can be breached⁽²⁾. Hence, encryption is crucial as a protective measure for the funds of e-commerce.

2.2- Challenges Faced by E-commerce

The implementation and development of e-commerce face several challenges, including technological, security, and legal challenges.

2.2.1- Technological Challenges

The spread of e-commerce is surrounded by numerous technological obstacles, which stem from various reasons such as the weakness of electronic communication means like the quality and speed of telecommunications and the transfer of electronic information, and the availability of information technology tools like computers, magnetic chips, digital phones, etc. These tools are essential for accessing the internet and practicing e-commerce. Moreover, many individuals in society lack the financial capability to provide the necessary infrastructure for e-commerce, such as purchasing electronic devices, updating software, and connecting to the internet. Additionally, electronic communication means can suffer from technical malfunctions, or those engaging in e-commerce might commit unintended errors, or e-commerce means may become targets for cybercrimes⁽³⁾.

⁽¹⁾ Khaled Al-Talahmah, Conflicts Between Trademarks and Domain Names on the Internet, An-Najah University Journal for Research, Volume 9, Issue 02, 2005, p. 567.

⁽²⁾ Abdul Fattah Bayoumi Hajazi, Legal System for Protecting Electronic Commerce, Dar Al-Fikr Al-Jami, Alexandria, 2002, pp. 210-211.

⁽³⁾ Mohamed Majid Karim Al-Ibrahimi, Obstacles to Electronic Commerce and the Legal System Requirements to Confront Them: A Comparative Study, Al-Muhakkak Al-Hali Journal of Legal and Political Sciences, Faculty of Law, University of Babylon, Volume 09, Issue 02, 2017, p. 679.

2.2.2- Security Challenges

Despite the availability of security and protection programs for information systems and e-commerce, such as encryption and digital certificates, this has not prevented the occurrence of fraud, extortion, account hacking, money laundering, and counterfeit goods, which increases the apprehension of both consumers and institutions alike⁽¹⁾, weakening e-commerce.

2.2.3- Legal Challenges

Although Algeria enacted an e-commerce law in 2018, which included issues of cross-border commercial transactions⁽²⁾, regulation of e-commerce practice, payment methods in e-commerce, and defined behaviors considered as crimes and their punishments, Jordan had preceded Algeria in this field by issuing the Electronic Transactions Law in 2011⁽³⁾, which was repealed in 2015 and replaced with Law No. 15 of 2015⁽⁴⁾. This law included contracting and electronic signature, the establishment of a specialized authority for documentation, and the legal validity of electronic documents, as well as defining behaviors considered as crimes and their due punishments. However, these laws are still incomplete and do not keep pace with the ongoing and rapid developments in the field of e-commerce.

Conclusion:

Through our study of e-commerce as an application of e-government, we have reached a number of results and suggestions summarized as follows:

Results

- Electronic transactions conducted between administrations, between administrations and companies, between administrations and citizens, and between companies and administrations are the most reflective categories of e-commerce of the concept of e-government.
- Despite the developments in the field of e-commerce, it still faces many risks that affect its development.
- The difficulty in taxing e-commerce prevents determining the real size of e-commerce and inhibits its expansion and development.
- The lack of appropriate mechanisms to verify the seller's identity.
- The lack of consumer awareness on how to deal in e-commerce.

Suggestions

- Amend the Jordanian Electronic Transactions Law and the Algerian E-commerce Law to align with the developments in e-commerce.
- Establish a legal electronic environment that suits and responds to technological developments.
- Achieve high information security to gain the trust of stakeholders.
- Provide a strong infrastructure for e-commerce, which allows for the development of e-government.

⁽¹⁾ Karima Seraa, The Reality and Prospects of Electronic Commerce in Algeria, A thesis submitted as part of the requirements for obtaining a Master's degree in Commercial Sciences, Faculty of Economics and Management Sciences and Business, University of Oran, 2013-2014, p. 176.

⁽²⁾ Law No. 18-05 dated May 10, 2018, concerning the Electronic Commerce Law (Algeria).

⁽³⁾ Law No. 85 of 2001 concerning Electronic Transactions (Jordan).

⁽⁴⁾ Law No. 15 of 2015 concerning Electronic Transactions (Jordan).



List of references:**1-Books:**

- Osama Al-Munaassa, Jalal Mohammed Al-Zu'abi, Electronic Government: Between Theory and Practice, Dar Al-Thaqafa, Jordan, 2013.
- Alan Davidson, The Law of Electronic Commerce. Cambridge University Press, United Kingdom, 2009.
- Mohammed Said Ahmed Ismail, Legal Protection Methods for Electronic Commerce Transactions: A Comparative Study, Al-Halabi Legal Publications, Beirut, 2009.
- Osama Abu Al-Hassan Mujahid, Legal Aspects of Electronic Commerce, Supreme Council of Culture, Cairo, 2003.
- Abu Al-Ala Ali, Abu Al-Ala Al-Namr, Practical and Legal Issues in Electronic Commerce, Dar Al-Nahda Al-Arabiyya, 2004.
- Jabal Freeze, Smart Shopping Online, Arab Scientific Publishers, Lebanon, 2001.
- Mustafa Youssef Kafi, Electronic Commerce. Dar and Raslan Foundation, Damascus, 2010.
- Najm Aboud Najm, Management and Electronic Knowledge, Dar Al-Yazardi, Amman, Jordan, 2019.
- Abdul Fattah Bayoumi Hajazi, Legal System for Protecting Electronic Commerce. Dar Al-Fikr Al-Jami, Alexandria, 2002.

2-Thesis:

- Fatima Zahra Gendouz, E-commerce: Its Challenges and Prospects in Algeria. Thesis submitted for the degree of Doctor of Economic Sciences and Management Analysis. Faculty of Economic Sciences, Management Sciences, and Business Sciences, Algeria: University of Algiers 3.
- Samia Demash, Electronic Commerce: Reality and Practice in Algeria, A thesis submitted as part of the requirements for obtaining a Master's degree in Economics, Faculty of Economics and Management Sciences, Mentouri University Constantine, 2010-2011.
- Karima Seraa, The Reality and Prospects of Electronic Commerce in Algeria, A thesis submitted as part of the requirements for obtaining a Master's degree in Commercial Sciences, Faculty of Economics and Management Sciences and Business, University of Oran, 2013-2014.

Journals:

- Khaled Al-Talahmah, "Conflicts Between Trademarks and Domain Names on the Internet", An-Najah University Journal for Research, Volume 9, Issue 02, 2005.
- Mohamed Majid Karim Al-Ibrahimi, "Obstacles to Electronic Commerce and the Legal System Requirements to Confront Them: A Comparative Study", Al-Muhakkak Al-Hali Journal of Legal and Political Sciences, Faculty of Law, University of Babylon, Volume 09, Issue 02, 2017.

Laws:

- Law No. 18-05 dated May 10, 2018, concerning the Electronic Commerce Law (Algeria).
- Law No. 85 of 2001 concerning Electronic Transactions(Jordan).
- Law No. 15 of 2015 concerning Electronic Transactions(Jordan) .

Nushuz and Sheqaq in the Islamic jurisprudence and the Algerian family law

النشوز والشقاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

PhD. Falek Ismahane *

Pr. Zouagri Taher

University of Larbi Ben Mehidi in Oum El Bouaghi

University of Abbas Laghrour in Khenchla

falek.ismahane@univ-khenchela.dz

Doyendroit-zouagri@univ-khenchela.dz

The date of Submission: 2024-05-24

The date of acceptance: 2024-06-14

Abstract:

Nushuz and Shiqaq are significant factors contributing to marital instability, and understanding their treatment within legal and religious spheres is crucial for promoting marital harmony. This study aims to examine the concepts of Nushuz (disobedience) and Sheqaq (marital discord) within the framework of Islamic jurisprudence and their implementation in Algerian family law. By analyzing relevant Islamic principles and provisions in Algerian family law, specifically Article 53-08 and Article 55, this research investigates the effectiveness of legal and religious frameworks in addressing Nushuz and preventing its escalation into Sheqaq. The study employs analytic method to explore the practical application of these frameworks and their impact on resolving marital conflicts. The findings shed light on the role of early intervention for Nushuz, facilitated by Article 55, in preventing Sheqaq. However, challenges arise in the effectiveness of reconciliation efforts under Article 53-08 due to a lack of comprehensive support mechanisms.

Keywords : Sheqaq, Nushuz, divorce, harm, separation.

المخلص:

يعتبر النشوز والشقاق من أبرز ما يعكر صفو الحياة الزوجية، وقد بينت الشريعة الإسلامية وكذا قانون الأسرة الجزائري صور كل منهما، فإذا وقع الخروج عن الطاعة والارتفاع في التعامل من أحد الزوجين اتجه الآخر اعتبر ذلك نشوزاً، أما إذا كان التعالي والعصيان من كليهما اعتبر ذلك شقاقاً. وقد أكدت الشريعة الإسلامية على علاج النشوز، وجعلت له وسائل للحد منه قبل أن يستفحل ليصبح شقاقاً. أما قانون الأسرة الجزائري فقد أقر لكل من الزوجين الحق في طلب الطلاق والتعويض في حالة نشوز أحدهما، تبعا لنص المادة 55. أما إذا اشتد الخصام (الشقاق) و لم يثبت الضرر، بعث القاضي الحكيم للتوفيق بينهما بموجب المادة 56، كما أقر للزوجة المتضررة من الشقاق الحق في طلب التطليق للشقاق المستمر حسب المادة 53/08، بالموازاة مع حقها المقرر في طلب الطلاق للنشوز حسب المادة 55.

الكلمات المفتاحية: الشقاق؛ النشوز؛ التطليق؛ الضرر، التفريق.

* Corresponding Author.

Introduction:

Society has long been a subject of research and studies, guided by divine laws that seek to organize and regulate it, ensuring its stability and longevity. At the heart of a righteous society lies the family, which plays a crucial role in its strength and stability. The goal is to nurture well-rounded individuals capable of fulfilling the responsibilities of marriage and achieving its objectives. This understanding stems from the belief that the family and the individual are the fundamental building blocks of society.

Justice, with its wise guidance and sound laws, forms the foundation for establishing a righteous society throughout history. The law ensures individuals' freedom, protects them from oppression or infringement upon their rights, regardless of their gender, and shields them from harm and injustice. In turn, society has responsibilities towards the family, providing support and enabling them to fulfill their duties and obligations. Neglecting or exceeding these responsibilities holds the family accountable before the Almighty Legislator, as the famous saying goes, "You are a shepherd responsible for your family."

Marriage, a topic of utmost importance in the field of social studies, requires a comprehensive examination of existing family issues. The aim is to identify appropriate solutions, whether psychological, moral, or social, in order to prevent factors that may lead to family breakdown and societal crises. The increasing prevalence of divorce and various social phenomena witnessed today serve as reminders of the consequences of neglect and the absence of timely and effective solutions to family problems. These issues have become sources of concern for science, society, and religion.

It is crucial to address these challenges and seek proactive measures to strengthen families and promote harmonious relationships. By doing so, we can contribute to the well-being of individuals, the stability of families, and the overall prosperity of society. In this context, Quran says that God created man and woman for each other to share love and compassion¹. However, some obstacles may face the marital life and affect the marital relationship, such as the Sheqaq and Nushuz.

The two parts may fight and reach a Nushuz, and, then, the Nushuz may increase to become a Sheqaq, leading to the impossibility of the marital life. Thus, the Algerian family law² tackled this question in Articles 53/08, 55, and 56. Nevertheless, it did not show the difference between the Nushuz and Sheqaq, and when to refer to these articles. In the light of the vagueness and the number of the problematics that surround the Nushuz and Sheqaq in the Algerian family law, we decided to shed light on the concepts and aspects of both in the Islamic sharia and the Algerian family law. In so doing, we raise the following question, "what is meant by Nushuz and Sheqaq in the Islamic jurisprudence and the Algerian family law? And what is the difference between them?"

From this question, sub-questions arise, as follows:

- Did the Islamic sharia and the Algerian family law clearly tackle Nushuz and Sheqaq?
- Does the Algerian law make a clear difference between Nushuz and Sheqaq cases? E.g., is Nushuz a primary phase of Sheqaq? Or, does each have a definition and procedures?

¹ Surratt al-Rum, verse 21.

² Law 84-11 of 09 July 1984 on the family law, supplemented and complemented by order 05-02 of 27 February 2005, official gazette 15 of 27 February 2005.

- When can the spouses resort to the justice in case of Nushuz and Sheqaq?
- How does the Algerian family judge determine whether the case is Nushuz or Sheqaq?

When is it necessary to send arbitrators to reconcile the couple?

To answer these questions, we used the analytical descriptive method because the nature of the study requires description and analyses of the legal rules, the jurisprudents views, and the take of the Algerian legislator in the issues of Nushuz and Sheqaq. Hence, we divided the study into a chapter for the concepts of Nushuz and Sheqaq and another for their aspects.

Conflict and discord within marital life, known as "nushuz" and "shiqaaq," are considered among the prominent issues that can disrupt marital harmony and threaten its stability. Nushuz refers to one spouse disobeying or showing disrespect to the other, while shiqaaq signifies arrogance and disobedience from both spouses. Islamic Sharia and civil laws, such as the Algerian Family Law, have attached great importance to addressing this phenomenon due to its serious effects on the family and society.

Research Objectives:

The significance of studying the subject of nushuz and shiqaaq within marital life lies in the fact that it represents a significant threat to the stability and cohesion of the family. Nushuz and shiqaaq can lead to the disintegration of the family structure and the collapse of the familial foundation, adversely impacting children and society as a whole. Therefore, addressing this problem and mitigating its effects is crucial for protecting the family unit and preserving its stability. This research aims to achieve the following:

- Shed light on the concepts of nushuz and shiqaaq in Islamic jurisprudence and Algerian Family Law.
- Study the causes of nushuz and shiqaaq and their effects on marital life.
- Review the methods of addressing nushuz and shiqaaq in Islamic jurisprudence and Algerian Family Law.
- Conduct a comparison between Islamic jurisprudence and Algerian Family Law in dealing with nushuz and shiqaaq issues.
- Provide recommendations and proposals for addressing nushuz and shiqaaq in light of Islamic jurisprudence and Algerian law.

Research Methodology:

The research will adopt a descriptive-analytical approach to study the concepts of nushuz and shiqaaq, their causes, and effects in both Islamic jurisprudence and Algerian Family Law. The comparative method will be used to compare the treatment of these issues from a religious and legal perspective. Authentic sources in Islamic jurisprudence and Algerian law will be consulted, along with relevant studies and research.

Chapter one: the concepts of Nushuz and Sheqaq:

Nushuz and Sheqaq have different meanings, which we shall focus on in this chapter. We shall tackle the Nushuz first and, then, move to the Sheqaq.

Section one: definition of Nushuz:

It is the act of insubordination and the wife's action against obeying her husband, or vice versa. For example, the wife may not respond to the husband when he calls her, unless bluntly, and the husband may show rejection of the wife and uninterest. Thus, it is the refusal of obedience. However, if it is mutual from both sides, it becomes a Sheqaq because both

show the same behavior. From this simple definition, we find that Nushuz may be from the husband or the wife, and Sheqaq is from both sides at the same time.¹

- Nushuz terminologically refers to the act of a husband expelling his wife from the marital home without a valid reason, leading to the termination of the marriage.
- This term specifically denotes the husband's action of forcing his wife out of their shared residence without a legitimate cause, as outlined in Islamic jurisprudence.
- Nushuz is a concept rooted in Islamic law and is considered a form of marital discord or breakdown, where the husband unjustly evicts his wife from their home, disrupting the marital relationship.
- The termination of the marriage due to nushuz is a significant issue addressed in Islamic legal texts and discussions, highlighting the importance of maintaining mutual respect and rights within the marital union.
- In Islamic jurisprudence, nushuz is viewed as a breach of the husband's responsibilities towards his wife and is subject to legal and ethical considerations within the framework of Islamic family law.

Defining these terms accurately is essential for understanding the concept of "nushuz" in the context of Islam and its application to marital problems. It allows for a clear distinction between the different types of disobedience and neglect that can occur within a marriage, and it provides a framework for addressing these issues in a way that is consistent with Islamic principles.

Section two: definition of Sheqaq:

In the Arabic language, Sheqaq is the disaccord between two parts. It is derived from the root "shik", which literally means side; i.e., each part is on his side². Besides, it refers to the acute anger³, and to other various meanings that revolve around disaccord and hostility. Practically speaking, it refers to the severe disagreement and discord that occur between the spouses⁴. Its examples include the hatred, petulance, humiliation, and the mistreatment⁵. The interpretation of the concept implies two aspects⁶; that each side made what the other hates, or that each one is on a side far from the other emotionally and mentally⁷. In addition, Sheqaq is derived from the Arabic root "yashuqu", which literally means making what is difficult, i.e., making what is difficult to accept by the other side⁸.

- Nashouz, terminologically, refers to the disobedience of a wife towards her husband, which is a dangerous phenomenon addressed by Islamic Sharia jurists.
- It is a concept that is treated by referring to the Holy Qur'an and the noble Prophetic hadiths, where Islamic Sharia provides guidance on how to handle it .

¹ Abi Abdullah Ben Abi Baker al Qurtubi, al Jamii li Ahkam al Quran, al-Rissala Institution, Beirut, Lebanon, Vol. 01, 2006, Vol. 06, pp. 282-283.

² Mohamed Majd al-Dine Abi al -Saadat Ibn al Athir, Fi Gharib al Hadith wa al Athar, KSA, Ibn al Jawzi house for publication and distribution, 1421 h, Vol. 01, p. 916.

³ Ibid, p. 487.

⁴ Mohamed Metwali al-Shaarawi, Tafsir al Shaarawi, Akhbar al Yawm (administration of the books and libraries), Cairo-Egypt, n.d., Vol. 01, p. 2203.

⁵ Wahba al Zehili, al Fikeh al Islami wa Adillatuh, thought house, Damascus, Syria, Vol. 02, 1985, Vol. 07, p. 527.

⁶ Abi al Hassan Ali al Mawardi, al Hawi al Kabir, Beirut, Lebanon, thought house, 1994, Vol. 12, p. 245.

⁷ Al Qurtubi, op. cit., p. 419.

⁸ Abu Jaafar Mohamed Ben Jarir, Tafsir al-Tabari min Kitabihi Jamia al Bayan an Taawili al Quran, edited by Bechar Aouad Maaruf & Issam Fares al Harstani, Beirut, Lebanon, al-Rissala institution, 1994, Vol. 02, p. 454.

- Nushouz involves actions such as marital disobedience, beating, desertion, and disciplining the wife, and it is discussed in the context of Sharia and law, focusing on its ruling, legitimacy, causes, and manifestations.

- This disobedience is a significant issue within marital relationships, and Islamic teachings provide frameworks for addressing and resolving such conflicts to maintain harmony within the family unit .

Section three: causes of nushuz and shiqaaq:

Both Nushuz and Shiqaaq can significantly strain a marriage and lead to marital discord. Here's a breakdown of the possible causes for each:

- Poor character and a lack of displaying good morals by one or both spouses, such as insults, verbal or physical abuse, which is considered nushuz according to Article 74 of the Algerian Family Law.

- Excessive jealousy or constant doubt regarding the partner's trustworthiness, which can lead to marital tension and a lack of trust, endangering the marital life.

- Excessive interference from the families of either spouse in their private affairs. Article 36 of the Family Law emphasizes the need to respect the independence of the marital home and prohibits interference from the families without the consent of the spouses.

- Financial disagreements and economic problems, such as the husband's failure to spend on the wife or the marital home, or the wife spending her own money without the husband's permission (Article 78), which can lead to conflicts and nushuz.

- Non-fulfillment of marital rights by either party, such as the husband's refusal to provide financial support (Article 78) or the wife's disobedience to the husband (Article 74), which is considered nushuz.

- Neglecting or failing to fulfill marital duties, such as the wife neglecting her household and children or the husband neglecting his duty to maintain a good relationship and marital companionship (Article 39).

It's important to note that each marriage is unique, and the causes of nushuz and shiqaaq can vary from one couple to another. It is crucial to work on communication, mutual understanding, and seeking peaceful resolutions to address marital conflicts and preserve harmony within the marriage.

Chapter 02: the aspects of Nushuz and Sheqaq in the Islamic jurisprudence and the Algerian family law:

Based on the above definitions, we find that Nushuz and Sheqaq take three aspects, the Nushuz of the wife, of the husband, and of both (Sheqaq).

Section one: the Nushuz of the wife:

We shall first tackle this issue from the perspective of the Islamic jurisprudence, and, then, of the Algerian family law. The Nushuz of the wife, in Islamic terminology, refers to a wife's disobedience towards her husband in fulfilling her marital obligations. This disobedience can manifest in various ways, some of the most common being:

First: the Nushuz of the wife from the perspective of the Islamic jurisprudence:

God says in Quran: “Righteous wives are devout and guard what God would have them guard in their husbands’ absence. If you fear high-handedness from your wives, remind

them (of the teachings of God), then ignore them when you go to bed, then hit them. If they obey you, you have no right to act against them: God is most high and great”¹ This verse shows the wife’s Nushuz and how to deal with it.

In Islamic jurisprudence, the concept of "Nushuz" refers to a state of marital discord or disobedience on the part of the wife. It is important to approach this topic with a balanced understanding, taking into account the broader principles of Islam that emphasize justice, compassion, and respect within marital relationships.

The Quran addresses the issue of Nushuz in a specific context and provides guidance on how to address it. In Surah An-Nisa (4:34), Allah says, "Men are the protectors and maintainers of women because Allah has given the one more strength than the other, and because they support them from their means. Therefore, the righteous women are devoutly obedient and guard in the husband's absence what Allah would have them guard. As to those women on whose part you fear disloyalty and ill-conduct, admonish them, refuse to share their beds, and beat them lightly. But if they return to obedience, seek not against them means of annoyance. Indeed, Allah is ever Exalted and Grand."

It is crucial to understand the context of this verse and the principles of interpretation within Islamic jurisprudence. Scholars emphasize that the verse does not promote or encourage violence against women. Rather, it offers a series of progressive steps to address marital discord, with the ultimate goal of reconciliation and maintaining a harmonious relationship.

The first step mentioned is advising or admonishing the wife. This is an opportunity for the husband to engage in open and respectful communication, reminding both partners of their responsibilities and encouraging them to rectify any issues in their relationship.

If the advising does not yield positive results, the verse suggests the husband should distance himself from his wife in bed. This is a symbolic action aimed at expressing his displeasure and seeking her attention. It is not intended as a means of psychological punishment but rather as a wake-up call for the wife to reflect on her behavior and take steps towards reconciliation.

Physical chastisement, which is the final step mentioned, is highly controversial and subject to differing interpretations among scholars. It is important to note that many scholars argue that this step should be understood in its mildest form, as a symbolic gesture rather than a literal act of physical harm. They emphasize that it should not cause any physical or emotional harm to the wife.

Furthermore, it is crucial to consider the overall teachings of Islam, which promote kindness, compassion, and respect within marital relationships. The Prophet Muhammad (peace be upon him) is reported to have said, "The best of you are those who are best to their wives."

In summary, addressing the issue of Nushuz in Islamic jurisprudence involves a gradual approach seeking reconciliation and harmony in the marital relationship. It is essential to understand the broader principles of Islam, including compassion, respect, and the emphasis on maintaining healthy and loving relationships between spouses.

¹ Surratt al-Nissa, verse 34.

Thus, God ordered to resort to the good preach, which includes a smooth discourse that touches the hearts and spirits¹. If it does not work, the man leaves the wife in the bed to psychologically punish her and touch her femininity². This aims at pushing the wife to stop Nushuz. In case this does not work, the man beats her slightly. The following lines detail the steps of remedying Nushuz.

1. The preach:

It is the first method to deal with the disobedient wife. The preach must include good discourse, as God states in Quran that “Invite to the way of your Lord with wisdom and fair preaching, and argue with them with that which is best”³. This makes the wife feel that the husband is attached to her, wants the good, and fears God’s anger against her due to her disobedience to him. In Islamic jurisprudence, the first method to address a disobedient wife is through good preaching and wise discourse. The Quran advises believers to invite others to the path of their Lord with wisdom and fair preaching. This approach emphasizes the importance of using kind and persuasive words to convey the husband's concerns and to remind the wife of her duties and responsibilities. The purpose of this preaching is not to belittle or demean the wife but rather to express genuine care and concern. By using gentle and respectful language, the husband can demonstrate his attachment to his wife and his desire for her well-being. This approach fosters an atmosphere of understanding and encourages the wife to reflect on her behavior, recognizing that her actions may be displeasing to God.⁴

In addition, the husband must consider the psychological state of the wife and use the method that affects her and deters the Nushuz. In this context, preach had better be when the husband feels the time is suitable and that the wife may listen to him. Preach is a sign of attachment. It is important for the husband to choose an appropriate time and place for the preaching, considering the psychological state of the wife. By selecting a moment when she is more likely to be receptive, the husband increases the chances of effective communication and understanding. This approach recognizes the individuality of the wife and acknowledges that different methods may be more impactful for different individuals.

The goal of the preaching is to deter the wife from engaging in disobedience (Nushuz) and to promote reconciliation within the marital relationship. It is crucial to approach this step with empathy, understanding, and the intention of guiding the wife back to a path of righteousness. The husband should strive to create an environment where the wife feels valued, respected, and motivated to rectify any issues that may have caused the disobedience. It is worth noting that the use of good preaching as the first method does not negate the importance of subsequent steps, such as distancing oneself in bed or, in rare cases, a symbolic

¹ Mohamed Rachid al Qabbani, who has the right for divorce, PhD thesis, Cairo- Egypt, University of Al Azhar, Faculty of Sharia and Laws, 1975, p. 84-86.

² Ibid.

³ Surratt al-Nahl, verse 125.

⁴ Abi Bakr Mohamed ben Abdullah, Ahkam al Quran li Ibn al Arabi, Beirut, Lebanon, scientific books house, n.d., Vol. 01, p. 533.

See also: Imad Ammouri Jalil al-Zahedi, al Wassail al Qurania fi Iladji al-Nushuz wa Aqwal al Fuqaha Fiha, journal of the Faculty of the Islamic Sciences, Vol. 08, No° 15/02, 2014, pp. 11-12.

and mild physical chastisement. However, it is essential to prioritize the steps in a progressive and compassionate manner, aiming for reconciliation rather than inflicting harm.¹

2. Leaving the wife in bed:

In addition to the method of good preaching, there are various interpretations regarding how a husband may distance himself from his disobedient wife when addressing Nushuz. These interpretations provide additional guidance on practical actions that can be taken within the context of the relationship. It is important to note that these interpretations may vary among scholars, and individual circumstances should be taken into consideration. Here are four interpretations:²

1. Turning his back to her in bed: According to the interpretation of Ibn Abbas, the husband may physically demonstrate his displeasure by turning away from his wife in bed. This action symbolizes his emotional withdrawal and serves as a reminder to the wife that her behavior is causing a strain in the relationship.

2. Avoiding communication and physical contact: The interpretation of Ikrima and Abu Duha suggests that the husband refrains from speaking to or physically touching his wife. By creating a temporary distance, the husband communicates his dissatisfaction and encourages the wife to reflect on her actions.

3. Sleeping separately: According to the interpretation of Ibrahim, al-Shaabi, Qatada, al Hassan al Basri, and Ibn Wahab quoting Ibn Qacem quoting Malik, the husband may choose to sleep in a separate bed or separate quarters until the wife ceases her disobedience. This physical separation serves as a means of expressing disapproval and highlighting the seriousness of the wife's behavior.

4. Engaging in communication and intimacy with hostility: As per the interpretation of Abu Sufyane, the husband may continue to speak to and have sexual relations with his wife but with a sense of hostility in his tone and manner. This approach aims to convey the husband's dissatisfaction and serves as a reminder to the wife to rectify her behavior.

It is important to note that these interpretations should be understood within the broader principles of Islam, emphasizing kindness, justice, and reconciliation. They should not be seen as a license for abuse or mistreatment. The ultimate goal remains the restoration of harmony and the reestablishment of a healthy marital relationship. Each interpretation represents a different approach that may be suitable depending on the specific circumstances and the dynamics between the husband and wife.

3. The slight beating:

It does not break her, shed blood, or affect her body parts such as the face. Despite beating is allowed, it is better to avoid it, because the story tells that men asked the permission from the Prophet Mohamed peace be upon him to beat their wives, then, almost 70 women complained to him in one night about their husband's behaviors³. Therefore, beating is allowed, but with limits⁴. In this regard, Imam al Qurtubi says "know that God did not explicitly order to beat women unless in Nushuz and the big mistakes. Thus, he put the wife

¹ Metwalli al-Shaarawi, op. cit., p. 2200.

² Ibn al Arabi, op. cit., p. 533.

³ Abi Bakr Ahmed ben al Hussein al Bayhaqi, al-Sunan al Kubrah, Beirut- Lebanon, scientific books house, 2003, Vol. 03, p. 496.

⁴ Ibid, p. 420.

Nushuz with the big mistakes and trusted men with women”¹. Hence, when beating women, the husbands must consider the Prophet’s advice, “I advise you to treat women kindly, for the woman was created from a rib and the most crooked part of the rib is its uppermost part. If you try to straighten it, you will break it; and if you leave it, I will remain crooked. So treat women kindly”²

The Islamic jurists agree on beating the women slightly, and that avoiding it is better, as the prophet Mohamed says, “Do not beat your women as slaves and, then, sleep with them”³. Moreover, Aisha said “The prophet peace be upon him never beat a woman or anything”⁴. Therefore, the jurists set conditions for beating the wife, as follows:

1. The beating must be slight.
2. It must not be with a whip or a wooden stick because the aim is stopping Nushuz, not torturing.
3. It must not be in the sensitive parts such as the face, the tummy, the head, etc.
4. It must not exceed 10 beats because the Prophet peace be upon him said, “Do not beat people more than 10 beats, unless they violate the limits of God”⁵.

The Islamic jurists disagreed about the order of these methods (preach, leaving in bed, and beating) and gave two interpretations:

- The first group sees that the methods must be in order (preach, leaving in bed, and, then, the slight beating). This is according to the Hannafids, the Malikis, and the Hanbalis⁶. They inspired the order from the order of Quran in verse 34 of Surratt al-Nissa.
- The second group includes the Shafiis⁷. They see no order, and that the husband may leave the wife in bed and beat her simultaneously when she shows Nushuz. Besides, he may use only one method according to his choice⁸.

As far as we are concerned, we believe it is better to order the methods, as it is more efficient and peaceful, and because God gave this order.

Second: the Nushuz of the wife from the perspective of the Algerian family law:

The Algerian legislator did not define Nushuz or show its aspects. Rather, he provided in Article 55 that when Nushuz is shown by one of the spouses, the judge rules the divorce and compensation to the harmed part. Thus, we find that the legislator is aware that the Nushuz may be from both sides, but neither showed its aspects and cases, nor spoke about the

¹ Al Qurtubi, op. cit., pp., 287- 288.

² Ahmed Ben Ali Ibn Hajar al Asqalani, Fateh al Bari bi Shareh Sahih al Bukhari, the national library of King Fahed, 2001, Vol. 09, p. 161.

³ Ibid., p. 2013.

⁴ Muslim Bin Hajaj al Qeshiri, Sahih Muslim, Arabic books revival house, n.d, Vol. 04, p. 1814.

⁵ Muslim Bin Hajaj al Qeshiri, Sahih Muslim, Arabic books revival house, n.d, Vol. 03, p. 1333.

⁶ Ala Dine Abi Bakr Ben Messaoud al Kassai, Badaai al-Sana'i fi Tartib al Sharaii, Beirut-Lebanon, scientific books house, 1986, Vol. 02, p. 334.

See also Abi Abdullah Mohamed al Kharshi: al Kharshi ala Mukhtassari Khalil, the big printing house, Polak Egypt the Emiral reservation, 1317, Vol. 02, p. 07.

Mufuk al Dine Abi Mohamed Abdullah Ibn Qadata, al Mughni, Riyadh-KSA, books world house, 1997, Vol. 03, p. 256.

Ibn Hazm al Andalussi, al Muhalla bi al Athar, Beirut, Lebanon, scientific books house, 2003, Vol. 01, p. 176.

Abu al Qacem Najm al- Dine Jaafar Ben al Hassan, Sharai al Islam fi Massail al Halal wa al Haram, al Qari house, Beirut, Lebanon, 2004, Vol. 11, p. 577.

⁷ Abu Abdullah Ben Idris al Shafii, al Om, Amman- Jordan, the international ideas house, n.d, p. 961.

⁸ Abu al Qacem Najm al- Dine Jaafar Ben al Hassan, op. cit., p. 577.

methods of treatment and prevention as Sharia did, despite that Sharia is the basic reference for all the family issues. Besides, he showed that the judge rules divorce and compensation for the harmed part in case of Nushuz. In the light of the vague attitude of the Algerian legislator towards the Nushuz, some decisions of the Algerian supreme court discussed some cases of Nushuz, as follows:

“The loss of the wife’s right to the alimony takes place when the husband proves she had been notified about the final decision of the judge to go back to the husband house, but abstains to abide by the ruling. Besides, she loses the right to appeal. However, if the wife asks for a separate house far from the family of the husband to avoid the harm and problems, the judge finds for her and does not consider her in Nushuz and, thus, keeps her right to alimony. Therefore, she can make grounded appeals. In case the husband provides the house, her appeal is refused”¹.

This decision shows the relation of the alimony and Nushuz. In this context, as long as the judge rules for a separate house for the wife and she refuses to go back to her husband in this house, she is in Nushuz. In the same context, another decision stated that “legally speaking, the divorce pronounced by the wife is not valid, regardless the diverse expressions, and Nushuz is not valid unless the judge rules for the wife to go back to the husband house and she refuses. Based on the provision that proves that the husband did not submit an explicit divorce request and that he has the right to, the marital bond was dissolved and the wife is deprived of the right to alimony as long as she does not submit a grounded appeal”².

Hence, these two decisions explicitly revolved around an aspect of Nushuz, namely the refusal to go back to the husband house after the judge rules so. The judges can rely on this case to rule the wife Nushuz, according to Article 55. In return, the wife who refuses to go back to the husband is not in Nushuz as long as the husband does not respect her requests, such as the separate house. Besides, another decision provides that “not any wife who refuses to go back to her husband is in Nushuz and deprived of her legal rights. In addition, Nushuz is not grounded unless the husband provides all the demands of the wife. Thus, the ruling that does not consider these two principles is a violation of the legal rights. Hence, since the husband did not provide a separate house for his wife based on a previous ruling, the judges of the council who ruled she was in Nushuz violated the legal rules”³

Another decision states, “The wife’s refusal to go back to the husband in case he does not provide a separate house is not Nushuz”. In this case, the appellant shows the abstention report that shows that the wife absolutely abstains to go back to the husband. However, the court replied to him “with reference to the abstention report of 19/04/2008, the appellant did not provide a separate furnished house to the wife according to the case of 27/02/2008. Moreover, ruling the Nushuz is based on the discretion of the competent judges, and that thinking that they violated the law is not true”⁴.

Generally, the wife in Nushuz is the one who disobeys her husband illegally⁵, such as leaving the house without valid reason¹, refusing the return to the house after the judge ruling,

¹ File 33762 of 09/07/1984, judicial magazine 04, 1989.

² File 40428 of 21/04/1986, judicial magazine 04, 1993, p. 69.

³ File 45311 of 09/03/1987, judicial magazine 03, 1990, p. 61.

⁴ File 653323 of 10/11/2011, judicial magazine 02, 2012, p. 234.

⁵ Belhadj al Arbi, al Wajiz fi Sharhi Qanun al Usra al Jazairi (al Zawaj wa al-Talaq), Ben Aknoun-Algiers, University publications office, 2005, Vol. 04, p. 309.

ruling, or refusing the husband in the house². In addition, we believe that the wife is in Nushuz when she commits a crime that affects her husband, house, and reputation, travels without the permission of the husband, and works outside without the acceptance of the husband as long as she did not mention this condition before marriage, according to Article 19 of the family law.

Section two: the husband Nushuz:

We shall focus on the Nushuz of the husband according to the Islamic jurisprudence and, then, according to the Algerian family law.

First: the Nushuz of the husband according to the Islamic jurisprudence

The husband Nushuz takes place when he puts a distance between him and his wife, mistreats her in actions and verbs or both³, or does not speak to her⁴. Quran states: "If a woman fears indifference or neglect from her husband, there is no blame on either of them if they seek 'fair' settlement, which is best"⁵. In addition, al Tabari says that the part "If a woman fears indifference or neglect from her husband" refers to when she feels arrogance and hatred due to her shape, age, etc, and a refusal to do his duties towards her⁶. In this context, Imam Shaarawi says about the part "If a woman fears indifference or neglect from her husband" that the Nushuz did not happen, but the wife fears it. Thus, the verse speaks about the fear of Nushuz, not the act of Nushuz per se⁷. He adds, "God wants to end this discord before it takes place. Therefore, he wants the wife to look for the possible causes of Nushuz, as she may be old or sick while the husband is still young. Besides, another woman may have attracted him so much that he wants to marry her. Hence, the wife must rationally handle the issue to reach reconciliation"⁸.

Aisha, the wife of the prophet peace be upon him, commented on the verse saying that the woman can ask the husband to keep her if he wants divorce, and accept him to marry a second wife, because he is the provider for her. Thus, God called for reconciliation and negotiation. In this context, Sawda, the wife of the prophet peace be upon him, feared he would divorce her and said "keep me and do not divorce me, and go to Aisha on my day". Thus, the verse "there is no blame on either of them if they seek 'fair' settlement, which is best"⁹ was revealed to the prophet. The good wife must be patient to maintain her house and children, as God ordered. In so doing, she can give money, waive some rights, and must show patience towards some actions as long as she can support because divorce has bad effects on children, family, and society as a whole.

Second: the Nushuz of the husband according to the Algerian family law:

We said that Article 55 explicitly tackles the Nushuz and that it may be from the husband or the wife as long as the case is legally grounded. However, the Article did not show the aspects of Nushuz. After investigating the decisions of the Algerian supreme court

¹ File 33762, supreme court, 09/07/1984 (unpublished).

² Belhadj al Arbi, op. cit., p. 309.

³ Mohamed Rachid Ragheb al Qabbani, op. cit., p. 79.

⁴ Al Qurtubi, op. cit., p. 161.

⁵ Surah al-Nissa, verse 128.

⁶ Ibn Jaafar Mohamed Ben Jarir al Tabari, Tafsir al-Tabari min Kitabihi Jamii al Bayan an Tafsiri Ayi al Quran, edited by Abdullah Ben Abd al Mohcen al Turki, 2003, Vol. 01, p. 548.

⁷ Mohamed Metwalli al Shaarawi, op. cit., p. 2682.

⁸ Mohamed Metwalli al Shaarawi, op. cit., p. 2684.

⁹ Ibn Hajar al Asqalani, op. cit., p. 215.

regarding Nushuz, we did not find any decision that explicitly speaks about it. Nevertheless, studying some articles of the family law, mainly those on the marital rights in Article 36¹, and on the coercive divorce in Article 53², we can deduce some cases of Nushuz of the husband. These cases include the husband leaving the house, refusal of the legal duties, the mistreatment, the refusal to care for children, the refusal to provide a separate house far from his family after the court rules so, the refusal to take the wife back to the house, leaving the wife in bed for 04 months, going back home late, and the long absence without excuse or alimony.

Thus, Nushuz includes all the violations of the duties towards the wife, which harm her. To prove it in the Algerian family law, a judicial provision ruling the Nushuz of one of the spouses is needed³.

Section three: the Nushuz of the two parts (Sheqaq):

The term Nushuz changes into Sheqaq when the Nushuz is mutual. In this regard, if the previously mentioned measures to stop Nushuz do not work, we face a state of Sheqaq. We shall shed light on it from the perspective of the Islamic jurisprudence and, then, of the Algerian family law.

First: Sheqaq in the Islamic jurisprudence:

God says “If you fear a breach between the two, appoint an arbitrator from his people and an arbitrator from her people. If they both want to set things right, Allah will bring about reconciliation between them. Allah knows all, is well aware of everything”⁴. This means that when the Nushuz between the spouses occurs, and is from both of them, or the one in Nushuz is not known, two readings emerge. The first is the reading of the Malikis, the Shafiis, the Hanbalis, and the Zaydis⁵. They see that if both claim that the other part shows mistreatment, a third party known with honesty is appointed to control them and find out the truth; before sending two arbitrators. In case the arbitrators are sent, they should not separate the spouses if they cannot reconcile them, unless the partners allow them with a proxy⁶.

The second reading is that of Hannafids, Dhahiris, some Malikis, some Hanbalis, al Kharqi, Ibn Taimia, and al-Tabari⁷. They believe that if both accuse each other of mistreatment, there is no need to send a third party; rather, it is necessary to directly send the arbitrators, in compliance with the verse that says “send an arbitrator from his family and an arbitrator from her family”. In addition, they see that the arbitrators decide to divorce them or

¹ Order 05/02 of 27/02/2005 on the family law.

² Ibid.

³ Journal of the supreme court, no° 02, 2008, pp. 317-320.

⁴ Surah al-Nissa, verse 35.

⁵ Abi Isehak Ibrahim al Fairouz Abadi al-Shirazi, al Muhadhib fi Fikeh al Imam Malik, 1959, Vol. 02, 2nd Edition, p. 71.

Shams al-Dine Mohamed Arfa al-Nassuqi, Hashiatu al-Dassuki ala al-Shareh al Kabir, Arabic books revival house, Vol. 02, p. 340.

Shams al-Dine al-Sharbini, Mughni al Muhtaj ila Maarifati Maani Alfadh al Minhaj, Beirut-Lebanon, scientific books house, 2000, p. 425.

⁶ Abi Isehak Ibrahim al Fairouz Abadi al-Shirazi, op. cit, p. 442.

Ibn Qudama, op. cit., p. 264.

⁷ Ibn Hazm al Andalussi, op. cit., pp. 246-247.

Ala al-Dine Abi Bakr Bin Massaoud al Kassani, op. cit., p. 334.

Abi al Hassan Ali al Mawardi, op. cit., p. 249.

Ibn Jazi al Kalbi, al Qawanine al Fikehiya, p. 142.

not without the permission or approval of the spouses or the ruler because they cannot reconcile them¹.

From these two readings, we believe that the two arbitrators can decide to keep or dissolve the marital bond, even without proxy of the two partners, as God named them arbitrators². If the husband mistreats the wife, they separate them, and if the wife mistreats the husband, they separate them provided that she pays part of her dowry without causing her harm. Thus, the two arbitrators can divorce them because they failed to reconcile them³. As for the criteria of the two arbitrators, they must be Muslims, knowledgeable, having good conduct, and be of their families.

Second: Sheqaq in the Algerian family law:

The Algerian legislator tackled the Sheqaq in Article 56 of the family law, which provides that “if the discord between the two spouses increases without proving the harm, it is necessary to send two arbitrators to reconcile them. The judge appoints one of the family of the husband and another from the family of the wife. They must provide a report about their task within two months”. In this regard, the legislator used the term “discord” not “Sheqaq”, as in Article 53/8. However, in Article 56, the meaning is the same as in Article 35 and in Surah al-Nissa.

Moreover, the legislator granted the wife in Article 53/8 the right to ask for divorce due to the continuous Sheqaq. Articles 53, 55, and 56 show that the legislator sometimes uses the term Sheqaq, some other times uses Nushuz, and some other times discord. However, he did not show their meanings and how to prove them. Furthermore, Article 53/08 on Sheqaq did not show the criteria and amount of Sheqaq. The legislator should have conditioned the disconfirmation of the harm; otherwise, it is necessary to resort to paragraph 10 of Article 53, which revolves around the legally considered harm instead of paragraph 08 on the continuous Sheqaq. In case of Sheqaq, the legislator insisted on sending two arbitrators to reconcile them for a period of two months. If they fail and prove the harm, the husband can ask for divorce according to Article 55, and so does the wife according to Article 53/08⁴.

Some decisions of the supreme court state that:

“The principle: appointing the arbitrators is optional” “the judge is not obliged to appoint two arbitrators in case the discord increases and the harm is proven. The decisions show that the judge ruled the divorce based on the continuous and long Sheqaq, using his discretion and jurisdiction to examine the dispute and the harm that hinder the continuity of the relationship”⁵. Besides, the legislator adopted the view of the Malikis regarding the separation of the spouses, mainly regarding the harm. Thus, the wife has the right to ask for divorce based on the harm that is legally recognized in Article 53/10. Among the most important aspects of harm in the marital life is the continuous Sheqaq. A decision was issued by the supreme court on 24/09/1996 ruling the increase of Sheqaq between the spouses and allowing requesting the legal separation. The decision states that, “it is agreed that the increase of Sheqaq between the spouses leads to legal separation. Because, in this case, the

¹ Ibn Jazi al Kalbi, op. cit., p. 142.

² Mahfoudh Ben Seghir, op. cit., p. 660.

³ Ait Shawesh Dalila, ending the marital bond based on the request of the wife (comparative study), PhD thesis in laws, Tizi Ouzou, Algeria, Faculty of Laws and Political Sciences, 2014, p. 235.

⁴ Ait Shawesh Dalila, op. cit., pp. 228-227.

⁵ No° 01, file 620084, judicial magazine, 2012, p. 299.

defendant was harmed by the long increasing discord, leading to neurological diseases and the impossibility of the marital life, the judges deciding to divorce them applied the right decision; thus, the appeal is refused”¹

Another decision on 15/06/1999 stated that, “it is legally agreed upon to divorce the wife when the discord increases, lasts long, and causes the legal harm. Since, in this case, the wife has been harmed by the long discord with the husband, who is responsible for the harm and did not abide by the judicial decision to provide a separate house, the wife is right in asking for compensation and the judges rule the divorce due to the long discord. In addition, they find for the wife and consider any appeal as void”². Moreover, another decision states that “the continuous Sheqaq is proven from the judicial disputes between the two parts. The apparent discord in the reconciliation session is not enough to prove the continuous Sheqaq and use it for divorce. The decision says that the appealed provision shows that the court grounded its divorce ruling on the personal declarations of the two parts that they are in continuous Sheqaq. Thus, the divorce is legally grounded. In this context, this does not respect Article 53/08 of the family law that states that the wife has the right to ask for divorce due to the continuous Sheqaq. Nevertheless, the court should have shown how it knew about the Sheqaq case and that the events of the reconciliation session are not enough to rule the continuous Sheqaq, because the latter manifests in the marital life and the judicial disputes. Hence, the contested decision does not show that the court pointed to it, because regarding the considerable absence as in the contested decision, the court neither saw it nor showed how it discovered it. Therefore, these two faces are grounded and do not cancel the contested decision”³.

Based on what was said, we find that divorce for Sheqaq needs proving the continuity of Sheqaq for a long time, the impossibility of the marital life, and the harm. However, the Algerian legislator did not provide for this in the family law and just pointed to the existence of Sheqaq without discussing who causes it and who is harmed by it. This contradicts with the aims of marriage⁴.

Conclusion:

Since the human soul is changeable, it may find what it did not expect, and aversion may prevail between the man and his wife, and what may disrupt the relationship between the spouses may arise, which leads to ill-treatment between them, and this turns into continuous discord that corrupts married life. There is no doubt that discord is caused by one of them encroaching upon the rights of the other. In the end, Nushuz and Sheqaq are two legal terms that refer to a state of discord between the partners. They affect the family and the society, and may be from the husband or the wife. They have different causes and provisions. In this regard, Sheqaq is more severe than Nushuz because it is from both sides and needs the intervention of the justice or two arbitrators from their families to reconcile them. Findings show that:

¹No° 02, file 624622, judicial magazine, 1997, p. 66.

² Special issue, file 224655, judicial magazine, 2001, p. 129..

³ No° 02, file 624622, judicial magazine, 2012, p. 227.

⁴ Mahfud Ben Seghir, the legal jurisprudence in the Islamic jurisprudence and its applications in the Algerian family law, PhD thesis in jurisprudence and its origins, Batna-Algeria, University of al Hadj Lakhder, faculty of Sociology and Islamic Sciences, Department of Sharia, 2008/2009, p. 650.

1. Sheqaq comes from Nushuz, and is mutual from both sides. On the other hand, if it is from one part, it is called Nushuz.

2. Sheqaq and Nushuz have three aspects. The 1st is the wife Nushuz, when she disobeys her husband wrongfully. This should be remedied with preach, ignorance in bed, and slight beating, as God ordered.

3. The 2nd is the husband Nushuz, when he mistreats the wife in speech or action, or both, and puts a distance. It is remedied by paying money, waiving one of the rights, or showing patience. In this regard, God said, "If a woman fears indifference or neglect from her husband, there is no blame on either of them if they seek 'fair' settlement, which is best". The 3rd aspect is called Sheqaq, when both disobey each other. The solution is sending two arbitrators, as God said, "If you fear a breach between the two, appoint an arbitrator from his people and an arbitrator from her people. If they both want to set things right, Allah will bring about reconciliation between them. Allah knows all, is well aware of everything". As for the Algerian family law, the legislator tackled Nushuz and Sheqaq in Articles 55, 56, and 53/08 and did not show their aspects, leaving them for the jurisprudence. However, he clearly provided in Article 55 that in case of Nushuz, the judge rules the divorce on behalf of the harmed party with compensation. If the dispute increases without proving the harm, Article 56 provided for sending two arbitrators to reconcile them, and to submit a report about their mission within two months. In case the arbitrators fail to reconcile them, the harmed party has the right to ask for divorce due to the continuous Sheqaq, according to Article 53/08.

4. In case of Sheqaq, Article 53/08 granted the wife an exclusive right to ask for divorce for Sheqaq, because the continuity of Sheqaq is seen by the supreme court as harmful for her.

5. Paragraph 08 of Article 53 on the continuous Sheqaq should have mentioned disproving the harm so that it differs from divorce for harm, according to paragraph 10 of the same article. After amending Article 53/08, it is better for the wife to ask for divorce on the grounds of continuous Sheqaq, not the dispute mentioned in Article 56.

Recommendations:

To remove the vagueness of the issues of Sheqaq and Nushuz in the Algerian family law, we suggest abolishing Article 56 of the family law and integrating it with Article 53/08 of the same law, as follows:

"The wife has the right to ask for divorce on the grounds of continuous Sheqaq in these two cases:

- If the dispute increases without proving the harm, or when the husband did not respect the court decisions on behalf of the wife.

- If the Sheqaq continues and lasts long, without proving the harm, or the divorce case is repeated on the grounds of harm.

In these two cases, the judge appoints two arbitrators to reconcile the partners, one from the wife's family and the other from the husband's family. The arbitrators must submit a report about their mission within two months.

- When ruling divorce for the wife in the previous cases, the judge rules the suitable compensation for her"

Many marital disputes are often caused by ignorance of spousal rights and a failure of either spouse to fulfill their responsibilities towards each other. The discord between spouses

can be attributed to the wife's nushuz, which refers to her disobedience and failure to obey her husband, or it can be due to the husband's nushuz and his resentment towards his wife. In some cases, both spouses may exhibit nushuz simultaneously, contributing to the conflict within the marriage.

Nushuz can manifest in various forms, such as verbal abuse, neglect of marital duties, financial misconduct, or refusal to fulfill conjugal rights. It is important for both spouses to understand their rights and obligations within the marriage in order to avoid misunderstandings and conflicts. Islamic teachings emphasize the importance of mutual respect, cooperation, and fulfilling spousal obligations. Clear communication, seeking knowledge about marital rights and responsibilities, and practicing patience and understanding are essential in addressing and resolving conflicts within the marriage.

It is worth noting that seeking guidance from religious scholars, marriage counselors, or legal professionals can provide valuable assistance in resolving nushuz and shiqaaq issues, promoting understanding, and restoring harmony within the marital relationship.

List of references:

Quran Karim.

Law:

1. Law 84-11 of 09 July 1984 on the family law, supplemented and complemented by order 05-02 of 27 February 2005, official gazette 15 of 27 February 2005.

Books:

1. Abi al Hassan Ali al Mawardi, al Hawi al Kabir, Beirut, Lebanon, Dar al Fikr, 1994.
2. Abi Abdullah Ben Abi Baker al Qurtubi, al Jamii li Ahkam al Quran, al-Rissala Institution, Beirut, Lebanon, Vol. 01, 2006, Vol. 06.
3. Abi Bakr Ahmed ben al Hussein al Bayhaqi, al-Sunan al Kubrah, Beirut- Lebanon, Dar al Kutub al Ilmiyah, 2003.
4. Abi Bakr Mohamed ben Abdullah, Ahkam al Quran li Ibn al Arabi, Beirut, Lebanon, Dar al Kutub al Ilmiyah, n.d.
5. Abi Isehak Ibrahim al Fairouz Abadi al-Shirazi, al Muhadhib fi Fikeh al Imam Malik, 1959, Vol. 02, 2nd Edition.
6. Abi Jaafar Mohamed Ben Jarir, Tafsir al-Tabari min Kitabihi Jamia al Bayan an Taawili al Quran, edited by Bechar Aouad Maaruf & Issam Fares al Harstani, Beirut, Lebanon, al-Rissala Institution, 1994.
7. Abi Jaafar Mohamed Ben Jarir, Tafsir al-Tabari min Kitabihi Jamii al Bayan an Tafsiri Ayi al Quran, edited by Abdullah Ben Abd al Mohsen al Turki, 2003.
8. Ala Dine Abi Bakr Bin Messaoud al Kassani, Badaii al-Sanaii fi Tartib al Sharaii, Beirut-Lebanon, Dar al Kutub al Ilmiyah, 1986.
9. Ahmed Ben Ali Ibn Hajar al Asqalani, Fateh al Bari bi Shareh Sahih al Bukhari, The National Library of King Fahd, 2001.

10.Ibn Hazm al Andalussi, al Muhalla bi al Athar*, Beirut, Lebanon, Dar al Kutub al Ilmiyah, 2003.

11.Mohamed Majd al-Dine Abi al-Saadat Ibn al Athir, Al Nihaya Fi Gharib al Hadith wa al Athar, KSA, Ibn al Jawzi House for Publication and Distribution, 1421 h.

12.Mohamed Metwali al-Shaarawi, Tafsir al Shaarawi, Akhbar al Yawm (Administration of the Books and Libraries), Cairo-Egypt, n.d.

13.Shams al-Dine Mohamed Arfa al-Nassuqi, Hashiatu al-Dassuki ala al-Shareh al Kabir, Dar Ihya al Kutub al Arabia.

14.Shams al-Dine al-Sharbini, Mughni al Muhtaj ila Maarifati Maani Alfadh al Minhaj, Beirut-Lebanon, Dar al Kutub al Ilmiyah, 2000.

15.Wahba al Zehili, al Fikeh al Islami wa Adillatuh, Dar al Fikr, Damascus, Syria, Vol. 02, 1985, Vol. 07.

Theses:

1.Ait Shawesh Dalila, Ending the Marital Bond Based on the Request of the Wife (Comparative Study), PhD thesis in laws, Tizi Ouzou, Algeria, Faculty of Laws and Political Sciences, 2014.

2.Mahfoudh Ben Seghir, The Legal Jurisprudence in the Islamic Jurisprudence and Its Applications in the Algerian Family Law, PhD thesis in jurisprudence and its origins, Batna-Algeria, University of al Hadj Lakhder, Faculty of Sociology and Islamic Sciences, Department of Sharia, 2008/2009.

3. Mohamed Rachid al Qabbani, Who Has the Right for Divorce, PhD thesis, Cairo- Egypt, University of Al Azhar, Faculty of Sharia and Laws, 1975.

Journals and Scientific Magazines:

1.Imad Ammouri Jalil al-Zahedi, al Wassail al Qurania fi Iladji al-Nushuz wa Aqwal al Fuqaha Fiha, Journal of the Faculty of Islamic Sciences, Vol. 08, No° 15/02, 2014.

Legal Orders and Official Documents:

1.File 33762, Supreme Court, 09/07/1984 (unpublished).

2.File 33762 of 09/07/1984, Judicial Magazine 04, 1989.

3.File 40428 of 21/04/1986, Judicial Magazine 04, 1993.

4.File 45311 of 09/03/1987, Judicial Magazine 03, 1990.

5.File 653323 of 10/11/2011, Judicial Magazine 02, 2012.

6.No° 01, File 620084, Judicial Magazine, 2012.

7.No° 02, File 624622, Judicial Magazine, 1997.

Extradition Process and the Legal Grounds for its Refusal**الأسس القانونية لرفض إجراء التسليم**

Dr, Mouats Madjid *

Faculty of Law and Political Science, University 20 August 1955 Skikda

E-mail: Madjiddoctorat@hotmail.fr

The date of Submission: 2024-04-12

The date of acceptance: 2024-05-25

Abstract:

The paper addresses the topic of extradition of offenders as an efficient international tool used in the framework of cooperation between States to fight transnational crime and crimes of international concern. However, this mechanism is governed by international law, and made effective in virtue of national legislations, bilateral and multilateral treaties ensuring the common interest of the world community and preserving the fundamental rights of the alleged offender.

In the same context, the author explores the most important grounds for denying extradition requests wherever there is a risk that the basic human rights of the defendants may be breached or where extradition collide with the requested State vital national interests or where extradition requests fall in contradiction with international rules and customs. The paper examines the extradition process and on what grounds the request of extradition can be refused and the legitimacy of the refusal.

Keywords: extradition, requesting State, Requested State, alleged offenders, grounds for refusal.

الملخص:

يعالج المقال موضوع تسليم الجناة كأداة دولية فعالة يتم اللجوء إليها في إطار التعاون بين الدول لمحاربة الجريمة المنظمة والجرائم الدولية محل اهتمام المجتمع الدولي. لكن يستوجب أن تكون هذه الآلية محكمة بموجب القانون الدولي، ويتم تفعيلها بموجب التشريعات الوطنية والمعاهدات الثنائية والمتعددة الأطراف لكفالة المصلحة المشتركة للمجتمع الدولي، دون المساس بالحقوق الجوهرية للجاني المشتبه به.

في ذات السياق، يتناول المؤلف أهم أسس رفض طلبات التسليم حيثما كان هنالك اشتباه بانتهاك الحقوق الأساسية للمدعى عليهم أو في حالة المساس بالمصالح الوطنية الأساسية للدولة المطلوب منها التسليم، أو عندما تكون طلبات التسليم تنطوي على خرق للقواعد الدولية والعرفية. يتناول المقال بالدراسة إجراء التسليم و الأسس المستند عليها لرفض التسليم ومشروعية هذه الأسس.

الكلمات المفتاحية: التسليم، الدولة الطالبة، الدولة المطلوبة، المشتبه بهم، أسس الرفض.

* Corresponding Author.

Introduction

Following the escalation of transnational organized crime such as drug trafficking, terrorism, illicit migration, cyber-criminality...etc and as interactive technology becomes within the grasp of nearly every individual, and as mobility is constantly increasing, the States have decided to come together as a block to combat organized crime and crimes of international concern such as genocide, crimes against humanity and crimes of war. One of the mechanisms adopted to give effect to the determination to address these grave violations is international legal frameworks on extradition and relevant domestic legislations with the objective of bringing to justice suspected offenders who find refuge abroad in search of safe havens.

In this context, extradition is defined according to the United Nations Office on Drugs and Crime in its "Model Law on Extradition" as: "the surrender of any person who is sought by the requesting State for criminal prosecution for an extraditable offence or for the imposition or enforcement of a sentence in respect of such an offence". Doctrinal definitions agree to define extradition as a legal procedure by which a State requests the surrender of a person accused or convicted of a crime for trial or enforce the verdict against him ⁽¹⁾. The request is initiated due to a crime committed within the territory of the requesting State.

It is worth noting that in virtue of the principle of sovereignty, a State is not bound to surrender a person unless there is an extradition treaty or under the reciprocity principle, and as long as the process meets criteria enshrined in its legislation. In this framework, the paper explores the foundational grounds of extradition (part1) and seeks to examine the grounds for refusing extradition.

1. Foundational Grounds of Extradition

As a rule, a State is not bound to surrender a fugitive to another country unless it is subjected to do so in virtue of binding rules.

Extradition as a legal process and a judicial cooperation tool between States rests on some grounds recognized by international law. These grounds are deemed to be binding tools for the requesting and requested states. The sources of extradition can be divided into fundamental and non-fundamental sources. International treaties and municipal legislation are recognized as fundamental sources of extradition, whereas, customary law and the principle of reciprocity are identified as non-fundamental sources.

1.1.The Legal Basis for Extradition (Fundamental Sources of Extradition)

The fundamental sources of extradition are international treaties and national legislation. In this portion of the paper, we try to explore these two legal grounds in turn, which the requesting and the requested States refer to when addressing extradition issues.

1.1.1. International Treaties for Extradition

As regards international treaties, States have ratified and acceded to multilateral and bilateral treaties, which means that they have deliberately accepted to be legally bound by the provisions laid down in the treaties addressing extradition issues.

Multilateral treaties refer to both universal and regional instruments enshrining extradition as one of the efficient mechanisms adopted to fight impunity. This conventional

¹ - د. علي جميل حرب، نظام تسليم و استرداد المطلوبين (تسليم المجرمين في القانونين: الدولي و الوطني)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت، 2015، ص 25.

framework aims to set up cooperation tools between States for the purposes of addressing transnational organized crimes. The author tries to explore some of them as a basis for extradition.

The United Nations Model Treaty on Extradition is the best reference. It is a model treaty on extradition enhancing effective international cooperation; it was adopted for inspiring States to come together in the framework of specific arrangements in view of extraditing offenders to hold them accountable for their acts and in the perspective of fighting crimes affecting social order and security.

The General Assembly of the United Nations invites Member States to establish treaty relations with other States on extradition and revise existing treaty relations, taking into account whenever doing so, the Model Treaty on Extradition. It also urges Member States, within the framework of their national legal systems, to enact effective extradition legislation and invites them to consider taking steps to conclude extradition treaties and comply with their provisions.⁽²⁾

In the same context, it urges the States to revise bilateral and multilateral law enforcement cooperation arrangements as an integral part of the effort to effectively combat constantly changing methods of individuals and groups engaging in organized transnational crime. In addition, the General Assembly encourages them to use the Model Treaty on Extradition as a basis in developing treaty relations at the bilateral, regional and multilateral levels as appropriate for the purpose of combating new and complex forms of crime.

United Nations Convention against Transnational Organized Crime is meant to fight transnational organized crime which is a criminal entity that comprises a variety of heinous activities carried out for profit by organized criminal groups. It uses violence and corruption in its activities. Deeply concerned by the odious prejudices caused by the organized crime and the growing links with terrorist organizations, and in view of addressing these challenges which threaten the peace, security and well-being of the world, the United Nations General Assembly adopted United Nations Convention against Transnational Organized Crime which was the first international treaty to receive universal adherence. By joining the Convention, the State Parties committed themselves to enhancing international cooperation, prevent and combat such grave crimes at the national, regional, and international levels.

One of the efficient tools to deny safe havens for the offenders is Article 16 which provides for extradition of the perpetrators of the offences covered by the convention⁽³⁾, such as money laundering, corruption, migrant smuggling, illicit trafficking in persons and other serious crimes. Pursuant to the adherence to this Convention, the State Parties have a binding obligation to take it as the legal basis for cooperation in matters of extradition or they can seek, where appropriate, to conclude bilateral, regional or multilateral treaties on extradition with other State Parties for the purposes of addressing organized criminal activities.

2 - United Nations General Assembly, resolution 45/116, subsequently amended by the General Assembly resolution 52/88, Preamble of the Model Treaty on Extradition.

3 - Article 16 paragraph (1) of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, Resolution adopted by the General Assembly in its fifty fifth session, 55/25, 15 November 2000. It States: This article shall apply to the offences covered by this convention or in cases where an offence referred to in article 3, paragraph 1(a) or (b), involves an organized criminal group and the person who is the subject of the request for extradition is located in the territory of the requested State Party, provided that the offence for which extradition is sought is punishable under domestic law of both the requesting State Party and the requested State Party.

In 2002, Algeria ratified the United Nations Convention on Transnational Organized Crime by virtue of the presidential decree 02/55 dated on the 05th of February 2002 to join the global efforts to fight dangerous criminal activities, and one of the mechanisms to avoid granting safe havens to offenders is extradition process as set out in the aforementioned Convention.

The UN Model Treaty on Extradition call upon States Parties to join in regional treaties as an efficient mechanism to fight and prevent grave offences. The Economic Community of West African States Convention on Extradition, the European Convention on Extradition and its additional protocols, and the Inter-American Convention are regional treaties on Extradition having dealt with extraditing suspected or convicted persons. As far as Arab States are concerned, they concluded an agreement for judicial cooperation on 6th April 1983. This Arab Convention devoted Part 6 to extradition of accused or convicted persons under some rules and conditions laid down in this part. It encompasses provisions about the right to deny extradition of nationals, obligation to extradite individuals charged with committing acts punishable by the laws of the requesting and requested States, crimes not subject to extradition, method of submitting extradition requests, detention of the person whose extradition is requested, release of the person to be extradited, deciding on extradition requests, it also comprised provisions about requests to extradite an individual under investigation or being tried and trying a person for a crime other than that for which he was extradited.

It is worth noting that the only extradition treaty between Arabs is the Arab Union States Treaty on Extradition of offenders concluded in 1953 in Cairo-Egypt, adopted by the founding States: Egypt-Lebanon-Jordan-Syria-Iraq-Yemen and Saudi Arabia. Later on the Treaty was ratified by all Arab States. The treaty needs to be revised and updated to go in line with recent developments in extradition provisions recognized by the international community.

Bilateral treaties on extradition are bipartite arrangements negotiated and ratified only by two consenting States are an important tool in mutual cooperation and assistance between States in the fight against serious and heinous crimes, and in criminal matters in general. The United Nations Convention against Transnational Crime encourages Member States to conclude bilateral treaties on extradition in order to implement Article (16) provisions related to extradition procedure. The limited number of States involved in bilateral treaties make the conventions more efficient and more effective and less obstacles stand in the way of their application.

The United Nations Model Treaty on Extradition recalled in its Preamble the States Parties of resolution 1 of the Seventh Congress, on organized crime, in which Member States were urged, inter alia, to increase their activity at the international level to combat organized crime, including, as appropriate, entering into bilateral treaties on extradition and mutual legal assistance.

In this context, Algeria has concluded bilateral conventions with many States with the aim of overcoming the borders' obstacles so as to bar criminals from having a safe location and enhance responses to transnational criminality. It has concluded treaties in penal and extradition matters with Tunisia, Morocco, Libya, Mauritania, Bulgaria, France, Belgium, and many other States.

1.1.2. National Legislation as a Fundamental Source for Extradition

National legal systems promote the development of legislation and institutions related to extradition, to that effect, they quote principles and provisions on extradition from the United Nations Model Treaty on Extradition, multilateral and bilateral treaties which provide an important tool for the development of international cooperation.

The national provisions on extradition are incorporated in States' Criminal Law Procedure Codes. With regard to Algeria, the conditions, the procedure and effects of extradition are governed by articles 694 till 720 of the Algerian Code of Criminal Procedure, unless otherwise provided in international treaties. National extradition laws try to make a balance between domestic sovereign interests and the requirements of international cooperation and mutual assistance in addressing criminal activities that threaten peace, security and welfare worldwide.

It should be noted that the United Nations General Assembly encourages Member States, within the framework of their national legal systems, to enact effective extradition legislation, and calls upon the international community to give all possible assistance in achieving that goal.⁽⁴⁾

1.2. The Legal Basis for Extradition (Non-Fundamental Sources of Extradition)

As referred to above, the non-fundamental sources of extradition are customary international law and the principle of reciprocity. These two grounds are to a large extent effective in interstate relations as legal bases for both the requesting and the requested States.

1.2.1. Customary International Law

Customary international law consists of norms deduced from practices performed by States in a repeated and consistent way, and on a large scale over a considerable period of time. These norms are accepted as binding rules holding accountable States breaching them. The Statute of International Court of Justice refers to it as evidence of general practice accepted as law.

It is generally agreed that the existence of a rule of customary international law requires the presence of two elements: namely State practice and a belief that such practice is required, prohibited or allowed, depending on the nature of the rule, as a matter of law. In the assessment of State practice, two separate issues need to be addressed: namely the selection of practice that contributes to the creation of customary international law and the assessment of whether this practice establishes a rule of customary international law. Both physical and verbal acts of States constitute practice that contributes to the creation of customary international law.⁽⁵⁾

The material element of customary international law refers to preceding practices and occurrences repeatedly carried out by States during a reasonable period of time. Nowadays, the period of time criteria is less required because of the impressive revolution in technology communication. The moral element consists of the fact that subjects of international law believe that the repetitive practice becomes a binding rule that must be observed and respected.

4 - Model Treaty on Extradition, Op.Cit, p.127.

5- Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald Beck, Customary International Law, Volume 1: Rules, ICRC, Cambridge University Press, United Kingdom, 2009, p. 39.

State practice with regard to requesting, surrendering and where appropriate, denying extradition, has established some rules as norms of customary international law as the conduct has occurred in a repetitive and consistent manner. It should be recalled that the major source governing international relations has been customary law, and this is applicable to relations between States regarding extraditable offences. Having this status, States resort to customary law in the absence of extradition treaties or domestic legislation to carry out extradition procedures.⁽⁶⁾

It is well-established for example that customary rules prohibit the surrender of foreign high-ranking officials as they enjoy immunity under international rule. In addition to that, precedents deny extradition of certain categories enjoying diplomatic immunity.

Some treaty rules originated from customary law, such as the denial of extradition of nationals of States of refuge and prohibition of handing persons enjoying the status of refugees, moreover, offences are not extraditable unless they are criminalized in both the requesting and requested States. And finally, political offences are not extraditable from customary law perspective.

1.2.2. The Principle of Reciprocity

In the absence of treaty-based provisions, the principle of reciprocity can be referred as basis to extradite requested persons. It provides that every act of favour, respect, benefit or penalty that a country bestows on the citizens or legal entities of another country, should be returned (reciprocated) in the same manner. It provides for the mutual expression of international support. As far as extradition is concerned, the principle of reciprocity implies that the territorial State must extradite the accused persons or convicts in exchange for any diplomatic kindness shown by the requesting State. Such diplomatic kindness may be any act, ranging from tariff relaxations or enforcement of foreign judgments to military or economic aid. This principle may also operate for the mutual extradition of accused persons or convicts of the respective countries.⁽⁷⁾

The decisive element propelling States to extradite is the reciprocity underpinning international relations: States need to extradite if they wish to obtain extradition from other States in the future. In his 'rationalist' construction of international institutions, Keohane classifies reciprocity as one of the "principal guarantors of compliance with commitments", and divides it into two essential dimensions, namely "threats of retaliation" and "promises of reciprocal cooperation". It is primarily the latter that is manifesting itself here. States assuredly have an interest in extraditing because they have an interest in obtaining extradition.⁽⁸⁾

6- محمد عبيد، المصادر القانونية لنظم تسليم المجرمين، دراسات سياسية، المعهد المصري للدراسات، تركيا، 2019.

7 - Jerusha Melanie, Extradition in International Law, published by Rachit Garg, India, June 13, 2022.

8 - Miguel Joao Costa, Extradition Law: Reviewing Grounds for Refusal from the Classic Paradigm to Mutual Recognition and Beyond, doctoral thesis, Maastricht University, 2019, p. 18.

2. Grounds for Refusal of Extradition Requests

In spite of the necessity to surrender suspects and convicted persons, either for prosecution or enforcement of sentences, extradition is deemed by international and customary law as a sovereign act as the State has legal authority over people on its territory. Consequently, States may decline to grant extradition on considerations related to the offence and the nature of penal sanctions or on grounds related to the person or on grounds related to human rights considerations and finally on factors related to jurisdiction, clause Discrimination and Refusal on Grounds of Immunity of the Person from Prosecution or Punishment Because of Lapse of Time and Amnesty.

2.1. Refusal of Extradition on Grounds connected to the Offence and Nature of Penal Sanctions

The requested State may refuse the extradition request on the basis of the nature of the offence and on grounds of the penalties stipulated for the offences which are not applicable in the State of refuge, or which are considered disproportionate and harsh enough.

2.1.1. Refusal of Extradition Related to the Offence

The State requested to extradite a person allegedly accused of committing an offence in the territory of the requesting State may decline to grant extradition grounded on some motives relating to the offence.

The double-criminality principle (dual criminality) is the first bar to extradition; it allows the requested State to deny an extradition request unless the offence in question is criminalized under the domestic legal system of the requested State as well as in the requesting State.

The dual criminality principle is stipulated in Article 697 of the Algerian Criminal Procedural Code setting out that extradition request is not granted if the offence is not punishable under Algerian law.

It should be recalled in this respect that it does not matter whether the extraditable offence is classified under the same category or in different categories, under penal laws of both requesting and requested States.

Developments occurred in Europe in this matter; a recent framework decision adopted by the Council of the European Union removes the principle entirely in certain types of crimes. The United Kingdom ruled the principle of dual criminality out by enacting the extradition act in 2003⁽⁹⁾.

Besides the aforementioned bar, political offence may be invoked for Refusal of extradition requests. Nearly all domestic legislations provide that extradition may be denied if the offence for which extradition is requested is of a political nature. It is noteworthy that there is not a consensual definition related to political offences either from legal or doctrinal point of views. In particular circumstances, it is conceived as a political offence, in others, it is a terrorist offence; it depends on States' interests and visions.

However, some define the political offence as the acts aiming to overthrow the government in place in order to establish a new political system proposed as an alternative by

9 - Gavan Griffith and Claire Harris, Recent Developments in the Law of Extradition, Melbourne Journal of International Law, Vol 6, p. 9.

the opponents using unconstitutional methods or causing prejudice to the public social order or harming the independence and territorial integrity of a State.

The political offender in general uses forcible and coercive ways to change the political regime, he steps away from legal and legitimate paths for achieving his political aspirations, that is why, his deeds are deemed to be pernicious and prejudicial for the security and stability of the country, and thus, the political authorities seek his extradition for the purpose of prosecution. Wherever there is a divergence in view as to whether the behavior is a political offence or not, the requested State is entitled to determine whether it is political in nature or not. But the best option for the Contracting States is to agree on a unified definition with regard to political offences.

The approach in effect till now, is that the political offences are not extraditable, as the motivation is not cupidity or gaining material profits, but the motivation is to do reforms and achieve political goals based on ideological beliefs. In this context, Article 03 of the Model Treaty on extradition states that extradition shall not be granted if the offence for which extradition is requested is regarded by the requested State as an offence of a political nature.

Countries tend to agree on the exclusion of conducts such as acts of violence, serious offences involving an act of violence against the life, physical integrity or liberty of political leaders or persons having official quality or against their wives and children from the concept of political offence; that is to say; in the application of the provisions pursuant to extradition, the following crimes, even when they have a political purpose, shall not be considered crimes of a political nature: assault on kings and presidents of the contracting parties or their wives or their ascendants or their descendants and assault on crown princes and vice-presidents⁽¹⁰⁾.

Military offence is set out in bilateral and multilateral treaties as a basis for refusal of extradition request. It is a violation of military duties, such as desertion from military service, disobedience of orders emitted by superiors. Extradition is denied for offences under military law of the requesting State as they are not criminalized under ordinary criminal law because they are not prohibited in criminal laws.

In my view, individuals alleged to have committed grave military offences must be extradited to the requesting State. Some military offences are harmful enough to put in danger the security and public order of the requesting State, such as communicating with the enemy and providing him with confidential information, serving within the armed forces of the enemy ...etc.

2.1.2. Extradition Refusal on Grounds of the Penalties

As political offences are perceived as dangerous crimes since they jeopardize the territorial integrity, stability and threaten the political authorities, many States tend to impose capital punishment to this category of offences. As Human Rights organizations have started to require the abolition of death penalty, in 1989, the U.N General Assembly adopted the Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights acknowledging a worldwide effort to abolish capital punishment for all purposes and

10 - See Article (41) of Riyadh Arab Agreement for Judicial Cooperation adopted on 6th April 1983, and

obligating each State Party to “take all necessary measures to abolish the death penalty within its jurisdiction.”⁽¹¹⁾

In furtherance of the policy to abolish capital punishment, in 1999 the General Assembly of the Organization of American States adopted the Protocol to the American Convention on Human Rights to abolish the death penalty; the Protocol obligates States that are parties to it not to apply the death penalty in their territory to any person subject to their jurisdiction.

States having abolished death penalty never surrender offenders incurring such punishment. However, Islamic countries must maintain this type of penalty as it is stipulated in the Holy Koran for some specific serious wrongdoings.

Denial of extradition shall be decided by the requested State in case the alleged offender has already served the sentence because a deeply rooted principle recognized and enshrined in international instruments, as well as in national legal systems, provides that a person shall not be punished twice for the same offence.

2.2.Rule of Speciality as a Basis for Refusal of Extradition

The rule of speciality is a standard in international law: it means that the individual is handed over to the requesting State to be prosecuted or tried for the specific crimes mentioned in the extradition request. This principle allows a nation to require the requesting State to limit prosecutions and trials to declared offences. The doctrine of speciality forces the requesting State to punish the surrendered individual just for offences for which the requested State allowed the extradition⁽¹²⁾.

The Rule of Speciality is justified by the fact that some States may refer to extradition mechanism to achieve illegitimate purposes, such as, trying an individual for offences not included in the extradition request or for ethnic and political considerations. The Rule of Speciality is thus, a protection offered for the extradited person against cheating.

It is worthy to emphasize that even though it is not mentioned in the documents exchanged by the requesting and the requested States, the requesting States have to abide by this rule, since it has become a well-established customary rule.

2.3.Refusal on Grounds related to Human Rights Breaches

Extradition requests may be rejected when the requesting state is known to have a bad record in practicing torture against its own people as a method of punishment. Torture is prohibited under international human rights law and national legislations, it is considered as a dehumanizing sanction, amounting to crimes that shock public conscience. In this regard, the Convention against Torture, inhuman or Degrading Treatment adopted on 10 December 1948, stipulates in Article 3 that no State Party shall expel, return or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture.

In the same connection, Articles 5 and 7 of the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights, both of which assert the fact that

11 - Ved P. Nanda, Bases for Refusing International Extradition Requests: Capital Punishment and Torture, Fordham International Law Journal, Volume 23, Issue5, 1999, P. 1373.

12 - Renuwati Rajpurohit, Extradition in International Law: a Critical Study, a thesis submitted for the award of Doctor of Philosophy, Faculty of Law, Jai Narain Vias University, Jodhpur (Rajasthan), India, 2021, pp.43-44.

no one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.

Given the above-mentioned penal sanctions that are seen as inhuman and heinous universally, torture, capital punishment and inhuman treatment are increasingly accepted as legal and acceptable grounds for refusal to surrender individuals having fled to seek safe havens.

2.4. Refusal of Extradition Related to the Requested Person

The person whose extradition is requested is one of the most important pillars in the extradition regime. He or she is the person who has perpetrated the criminal offence or who is accused by the requesting State to be the author of the offence. The requested person is a natural person and cannot be a moral person. As far as the latter is concerned, an applicable legal and customary regime is in force in most multilateral and bilateral treaties, as well as, in most domestic legislations. The requested States generally refuse to extradite their nationals, and decline as well, extradition requests on the basis of the official positions of the requested persons.

2.4.1. Refusal of Extradition on Grounds of the Nationality of the Individual

Denying extradition of a national is a widely enshrined rule in customary law, as well as in treaty law, it is equally codified in national legal systems. States refuse to hand over the person sought by the requesting because he or she has the nationality of the requested State, and it does this, pursuant to the personal jurisdiction principle. The refusal is also related to the sovereignty principle. But it is worthy to note that at the request of the requesting State, the requested State, may bring the suspect or the convicted person before its competent courts for prosecution. And even, without request, the requested State can prosecute the offender on the basis of active-nationality principle.

This is set out in the Model Treaty on Extradition adopted by the United Nations stating that extradition may be refused if the person whose extradition is requested is a national of the requested State, and stipulates that where extradition is refused on this ground, the requested State shall, if the other State so requests, submit the case to its competent authorities with a view to taking appropriate action against the person in respect of the offence for which extradition had been requested.⁽¹³⁾ The nationality of the person charged with, or convicted of having perpetrated the offence shall be determined as on the date on which the criminal offence for which extradition is requested was committed.

Similarly, passive-nationality jurisdiction is increasingly accepted, as it is embodied in a growing number of domestic legal systems. It refers to the fact that if an offence is perpetrated against one of the nationals of the requested State, and if the latter can secure in custody the offender, the State from which extradition is requested can prosecute the offender, even if the offence is committed outside the requested State territory.

Some multilateral and bilateral treaties highlight the need that the requested State shall bring the suspect before its competent judicial organs to hold him accountable for his acts, in view of barring those responsible for criminal offences from escaping punishment. The Riyadh Arab Agreement for Judicial Cooperation signed in 1983 encompasses the same provision. It provides that “each of the Contracting Parties may refuse to extradite its nationals provided

13- See Article (4/a) of the Model Treaty on Extradition, adopted by the General Assembly resolution 45/116, subsequently amended by General Assembly resolution 52/88, 68th plenary meeting, 14th December 1990.

that it undertakes within the limits covered by its jurisdiction to charge such national who has committed crimes punishable by law in the territories of any other Contracting Party...".⁽¹⁴⁾ It is equally enshrined in many treaties binding Algeria with foreign States.

2.4.2. Refusal of Extradition on the Basis of the Official Status of Individuals

From ancient times, certain categories of individuals enjoy some immunities with regard to their functions in order to ensure the efficient performance of their missions. These immunities have increasingly become established rules, as evidence of general practice accepted as binding law.

International custom and inherited international traditions grant sitting presidents and high-ranking government officials immunity from being extradited to a State having requested them for prosecution. However, the International Criminal Court sets out in Article 27 that immunities which may be attached to the official status of a person shall not bar the ICC from exercising its jurisdiction. In spite of this provision some States stick to the custom and refuse extradition requests on this ground.

Refusal of extradition shall be notified to the requesting State where the request targets members of the diplomatic staff. This practice has been deeply rooted in States' behaviors from remote times. The immunities and privileges accorded to these persons are embodied and recognized by Vienna Convention on Diplomatic Relations 1961. In the same context, staff members of international organizations, and particularly United Nations Staff enjoy in the territory of each of its members such privileges and immunities as are necessary for the fulfilment of its purposes as stipulated in Article 105 of the UN Charter, and that representatives of States Parties of the UN and officials of the Organization shall as well be granted these immunities in order for them to perform their functions independently.

As a consequence, officials of the United Nations shall not be handed over to a requesting State for prosecution as they are immune from legal process in respect of words spoken or written and all acts performed by them in their official capacity⁽¹⁵⁾. Regional governmental organizations also enjoy immunity from extradition and legal process, such as the League of Arab States members and members of the European Union...etc.

2.5. Refusal of Extradition on Grounds of National Criminal Jurisdiction of the Requested State

Denial of extradition may occur where national criminal courts have jurisdiction to prosecute cases based on territorial or universal jurisdiction, as well as on grounds of the protective principle of criminal jurisdiction, which is regarded as a procedural constraint with reference to extradition. These norms are to a large extent accepted in national legislations and in international treaties governing the extradition process, and this is linked to "aut dedere, aut judicare" principle which is to say "prosecute or extradite".⁽¹⁶⁾

14 - See Article (39) of Riyadh Arab Agreement for Judicial Cooperation, signed by the Council of Arab Ministers on the April 6th 1983, ratified by Algeria on 11th February 2001.

15 - See Article 5 Section 18/a of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations adopted on 13 February 1946.

16 - بن زحاف فيصل، تسليم مرتكبي الجرائم الدولية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الدولي والعلاقات السياسية الدولية، جامعة وهران، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية: 2011-2012، ص 328.

2.5.1. Territorial jurisdiction

It refers to the authority that a State has to prosecute offences occurring within its territory.

2.5.2. Universal jurisdiction

Any State has the right to prescribe rules to punish certain heinous crimes in the absence of ordinary connections linking the offence to that State, in order to prosecute criminal acts committed outside its territorial sovereignty, by anyone, anywhere in the world, on the motivation that these crimes are atrocious and deeply shock the conscience of humanity. Universal jurisdiction is strongly motivated by States' willingness to fight the most serious crimes of concern to the international community that threaten international order.

2.5.3. The protective principle of criminal jurisdiction

It entitles States to prosecute certain offences committed by non-citizen nationals outside their territories which harm their national fundamental interests, such as crimes relating to counterfeit currency, cybercrime, terrorism, money laundering, migrant smuggling, piracy ...etc.

2.6. Refusal of Extradition on Grounds of Clause Discrimination

Discrimination against other people because of their race, ethnicity, religion is a doctrine of some particular political or social entities that consider that others are inferior. It usually involves the idea that a particular human entity is superior and thus, is entitled to exercise domination on groups with different identities and maintain them in a state of submission, which is totally unjustified socially and morally.

To shed light on the question, it is worth reminding that Article (1) of the Universal Declaration of Human Rights states that all human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood. In the same context Article (2) provides that everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion...etc

Pursuant to the above cited criteria, when the requested State is convinced that the request for extradition is grounded on discriminatory motives, it is bound under international law provisions not to extradite. Non-extradition in this particular case is universally accepted as a fundamental principle of the law of extradition. The person in question shall enjoy a refugee status. The mobile behind non-extradition is the fear that the person whose extradition is requested may be victim of persecution.

The Convention for the protection of refugees of 1951 and its protocol of 1969 assert the right of individuals fleeing persecution not to be extradited as they fear threat to their life or freedom.

International treaties enshrine extradition refusal on ground of discrimination, such as the Model Treaty on Extradition urging States to decline extradition if they consider there are substantial grounds for believing that the requesting State seeks the surrender of the offender for the purpose of prosecuting or punishing him/her on account of race, religion, nationality, ethnicity, origin, political opinions, sex or status, or that the person's position may be prejudiced for any of those reasons. In this situation, criminal justice is not sought, which is considered legally a reprehensible behavior.

2.7. Extradition Refusal on Grounds of Immunity of the Person from Prosecution or Punishment Because of Lapse of Time and Amnesty

It is widely asserted in international instruments relating to extradition as well as in national legal systems, that the request for extradition may be denied if the person is immune from punishment because of lapse of time or amnesty.

The above-mentioned limitations are enshrined in most domestic and international treaties, the lapse of time principle grants rights to the requested person not to be prosecuted or punished because of neglect of pursuing prosecutorial measures or execution of the sentence. Therefore, after a certain period since the criminal offence was perpetrated, according to the prescriptive laws of the requesting State, the surrender can be refused by the requested State.

The alleged perpetrators are immune from extradition pursuant to the principle of expiration of public lawsuit if the prosecution has not been initiated and maintained, and the limitation period established in the penal law of the requesting State is run. However, the most serious breaches of international criminal law such as, the genocide, the crimes against humanity, the crime of aggression and war crimes are not subject to any statute of limitations, this provision is plainly mentioned in Article 29 of Rome Statute. As far as the Algerian Code of Penal Procedures is concerned, the expiry of public lawsuit is stipulated in Article 6. With respect to the limitation periods relating to contraventions, misdemeanors and felonies, they are referred to in Articles 613, 614 and 615 of the Algerian Code of Criminal Procedures.

Conclusion:

In the global fight against transnational crime and crimes of international concern, the States have undertaken to conclude treaties relating to extradition to prevent granting safe havens to offenders. Extradition refers to the handing over of defendants and convicted persons to the requesting State, in view of preserving social order and common values in contracting States.

As a legal tool, it shall be implemented in accordance with the provisions contained in national legal systems, bilateral and multilateral treaties governing extradition process. It should be noted in this respect that offences are extraditable, only if they are penally prohibited under the legal systems of both the requesting and requested States, and if the offence has been perpetrated within the territory of the appealing State. The latter ought to transmit to the requested State a transcript request, together with supporting documents.

In spite of the significant role of extradition in the battle against grave violations of law, the request may be declined if it doesn't meet the requirements as set out in most treaties and enshrined in international instruments. When the double criminality principle is not met, and when the punishment imposed for a particular offence is death penalty or considered inhuman, cruel and degrading treatment, extradition request may be refused. Refusal of extradition can be decided on grounds of territorial jurisdiction where the offence is committed on the territory of the requested State as jurisdiction is essentially territorial. It can equally be denied if the alleged offender flees his home country because of persecution, and consequently, he acquires a refugee status.

Similarly, extradition may not be granted if the person sought is accused of having committed political or military offences, as these types of offences are not extraditable under national and international legal rules. It may also be declined if the individual requested for

extradition holds the nationality of the requested State. Other reasons may be invoked to refuse extradition, such as clause discrimination and immunity of the Person from Prosecution or Punishment Because of Lapse of Time and Amnesty and for considerations and risks linked to human rights abuses.

The author urges States to conclude more bilateral and multilateral treaties relating to extradition of offenders, as they cannot address singlehandedly transnational crime. But the extradition norms should be brought into consonance with core social and cultural values of the requested State, for the purposes of stability and public order, and prevention of intense security concerns. Islamic States shall not surrender Muslims for acts in congruence with their religious beliefs, as extradition depends to a large extent on the supreme interests of the requested State. As for dual criminality principle, requested State may extradite even though the offence is not criminalized in its legal system, where the alleged acts are intolerable to the social consciousness and seen as heinous and immoral, this behavior consolidates the requesting and requested States empathy.

The author suggests that serious disproportionality between the alleged acts and the penal sanction applicable in the requesting State is worth being a ground to refuse extradition. Wherever there are plausible reasons that dignity and worth of person would be infringed by the requesting State, this could be a legitimate and legal foundation for denial of extradition, as disregard and contempt for human rights are universally reprehensible.