

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والثانون

مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك / العدد 36 : أكتوبر 2015

✓ مع مواضع العدد 36 : أكتوبر 2015 :

- حقوق المرأة في المواثيق الدولية والتشريع.
- عقوبة العمل للنفع العام كنموذج.
- حل الرابطة الزوجية بين الشريعة والقانون.
- الحماية الجنائية للمعلومات الالكترونية.
- جريمة إفشاء السر الطبي في القانون الجزائري.
- أتر رقابة الوالي على عقد الامتياز البلدي.
- قضية تطوّر الحقوق البيئية في تونس.

Rechercher dans ce site

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والثانون

صفحة الرئيسية | المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك | الإتصال والبراسات : sldg55@gmail.com | شروط النشر | أخبار المجلة

بسم الله الرحمن الرحيم

الصفحة الرئيسية

اللجنة الاستشارية

أهداف المجلة

أخبار المجلة

اتصلوا بنا

المدير المسؤول

شروط النشر

مقالات قضائية

مقالات قانونية

مقالات مقارنة

مقالات بلغوية

حوارات علمية

تقارير حامية

المساهمون بالمجلة

إعداد المجلة

تتبعنا بالمجلة

استغلال القضاء : أهم المعوقات وطرق مالجتها إنجاز فضيلة الأستاذ الدكتور محمد مخوي أستاذ الفنون الخاص (2012/08/30)... [المزيد](#)

كتاب القانون الدولي الخاص : إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور علي خليل إسماعيل الحديوي عميد جامعة لاهاي الدولية (2012/10/21)... [المزيد](#)

إلغاء عقوبة الإعدام بين الفقه الإسلامي والتفنين المغربي : الدكتور صلاح الدين دكدك مدير مجلة الفقه والقانون (2012/10/17)... [المزيد](#)

قراءة في النظام الفترقي الموائم (قانون 02/15) : الأستاذ الدكتور الطيب بن لمقدم محام ببنية الرباط خمسات (2012/10/14)... [المزيد](#)

العدد السادس والثلاثون : أكتوبر 2015

❖ قواعد النشر وشروطه :

- المشاركة بمقالات مناسبة لتخصص للمجلة تراعى ضوابط البحث العلمي الأكاديمي.(ترسل في ملف word).
- إرسال نبذة من السيرة الذاتية لكاتب المقال.
- ألا يكون المقال قد سبق نشره على شبكة الإنترنت.
- ألا تقل صفحات المقال عن عشر صفحات (مايقارب 3000 كلمة).
- كتابة الهوامش بتقنية (word) لكل صفحة على حدة .
- إرفاق صورة لصاحب المقال.(اختياري).
- المراجعة اللغوية للمقال قبل إرساله.
- ترسل المساهمات إلى البريد الإلكتروني sldg55@gmail.com
- كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون.

❖ اللجنة العلمية الاستشارية لمجلة الفقه والقانون :

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

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

ردمد : 0615-2336

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد السادس والثلاثون : لشهر أكتوبر 2015

محتويات العدد :

✓ كلمة العدد :

1. كلمة العدد السادس و الثلاثين لشهر أكتوبر 2015 : بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور : صلاح الدين دكدك.....03

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. حقوق المرأة في المواثيق الدولية والتشريع الجزائري - "قانون الانتخابات وقانون الأسرة نموذجا" : الأستاذ الدكتور عمار بوضيف مدير مخبر دراسات البيئة والتنمية المستدامة جامعة تبسة- الجزائر- كلية الحقوق والعلوم السياسية.....05

3. بدائل العقوبات السالبة للحرية في التشريع الجزائري - عقوبة العمل للنفع العام نموذجا : الدكتورة أمحمدي بوزينة أمينة أستاذة محاضرة قسم (ب) كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة حسيبة بن بوعلي- الشلف.....25

4. حل الرابطة الزوجية دراسة تحليلية مقارنة بين الشريعة والقانون : الدكتور إسماعيل نفاذ أستاذ بجامعة الجليلي اليابس سيدي بلعباس. الجزائر.....46

5. الحماية الجنائية للمعلومات الالكترونية في اطار قانون الملكية الفكرية : بدرة عمارة أستاذة مؤقتة بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة سعيقة، الجزائر.....54

6. جريمة إفشاء السر الطبي في القانون الجزائري : الدكتورة زهدور أشواق جامعة مستغانم.....79

7. عقد الامتياز البلدي وانعكاسات رقابة الوالي عليه في الجزائر : الأستاذ عمر غول طالب دكتوراه قانون عام تخصص منازعات إدارية محام معتمد لدى المحاكم و المجالس القضائية-الجزائر.....91

8. تطوّر حقوق الجيل الثالث في تونس - الحقوق البيئية نموذجا : ليلي اليعقوبي، مساعد تعليم عالي ، تونس...113

✓ دراسات وأبحاث بالفرنسية :

9. PARTENARIATS PUBLIC – PRIVÉ ET PERFORMANCE DES INVESTISSEMENTS PUBLICS : CAS DU MAROC : Mlle. MOUDINE LAMYAA Doctorante à la Faculté de Droit des Sciences Juridiques,Economiques et Sociales -Mohammedia- MAROC.....120

ترتيب المقالات يخضع لإعباراته فنية

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

كلمة العدد السادس و الثلاثين لشهر أكتوبر 2015



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون

الدكتور : صلاح الدين دكدك

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين ، وعيدكم مبارك سعيد جعله الله فاتحة خير على الأمة الإسلامية جمعاء .

نضع بين أيديكم العدد السادس والثلاثين لشهر أكتوبر 2015 من مجلة الفقه والقانون الدولية ، وقد شمل العدد الجديد عدة مواضيع هامة على الشكل التالي :

في ما يرتبط بالحقوق نشر العدد موضوع حقوق المرأة في المواثيق الدولية والتشريع الجزائري : (قانون الانتخابات وقانون الأسرة نموذجاً) ، ثم تطوّر حقوق الجيل الثالث في تونس : (الحقوق البيئية نموذجاً).

وعلاقة بالعقوبات والجرائم ، ناقش العدد موضوع بدائل العقوبات السالبة للحرية في التشريع الجزائري : (عقوبة العمل للنفع العام نموذجاً) ، والحماية الجنائية للمعلومات الإلكترونية في إطار قانون الملكية الفكرية ، ثم جريمة إفشاء السر الطبي في القانون الجزائري .

هذا من جهة ، ومن جهة ثانية وارتباطاً بقانون الأحوال الشخصية والعقود عالج العدد الجديد موضوع حل الرابطة الزوجية بين الشريعة والقانون ، ثم موضوع عقد الامتياز البلدي وانعكاسات رقابة الوالي عليه في الجزائر. هذا فضلاً عن مواضيع أخرى باللغة الفرنسية .

مع تحيات المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك

دراسات وأبحاث بالعربية : ✓

حقوق المرأة في المواثيق الدولية والنشرية الجزائري "قانون الانتخابان وقانون الأسرة نموذجاً"



الأستاذ الدكتور : عمار بوضيف
مدير مخبر دراسات البيئة والتنمية
المستدامة جامعة تبسة - كلية
الحقوق والعلوم السياسية الجزائر

مقدمة :

• أهمية الدراسة :

لا أحد يستطيع أن ينكر أن القضايا المتصلة بالمرأة عموماً تعد من القضايا المجتمعية التي تشد اهتمام القانونيين، و السياسة، و الباحثين في علم الاجتماع، و الإعلاميين، و قادة الأحزاب، و الحكومات، و أفراد المجتمع عامة. و تعد القضايا المتصلة بالمرأة من المسائل الحيوية التي تشغل حيزاً كبيراً من النقاش و الجدل في عالمنا العربي و الإسلامي. و لا غرابة في هذا الاهتمام المتزايد طالما كانت المرأة و لا زالت تنعت بأنها نصف المجتمع، و لا يمكن دون جهد و مساهمة منها أن يعرف هذا المجتمع تطوراً على صعيد التنمية الشاملة.

وإذا كانت التنمية المستدامة تمثل في سائر الدول النامية الشغل الشاغل، و الاهتمام الأكبر لدى فئة الحكام و القادة و الأحزاب و الحكومات و رجال الإعلام و غير هؤلاء من فئات المجتمع و شرائحه. فإن العامل الأساس و الجوهري للنهوض بأعباء التنمية هو العامل البشري. إذ مهما تقدمت وسائل التطور التكنولوجي، و وسائل المعلومات و الاتصال، يبقى الإنسان هو صانع هذا التطور و مصدره، و العنصر الرئيس و الفاعل في حركة التنمية، و في مسار البناء و التغيير. و لا شك أن الحديث عن دور الإنسان في عملية البناء و التنمية يقتضي التطرق لدور المرأة باعتبارها شريكاً فاعلاً للرجل في العملية التنموية. و هو ما أكدته مؤتمرات كثيرة و بحوث و دراسات.

من أجل ذلك جاءت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة الصادرة عن الأمم المتحدة تحت عنوان كبير ورد فيه: " إن التنمية التامة والكاملة لبلد ما، ورفاهية العالم، وقضية السلم، تتطلب جميعا أقصى مشاركة ممكنة من جانب المرأة على قدم المساواة مع الرجل في جميع الميادين".

وإذا كانت القوانين العربية في القرن الماضي قد صرفت الهمة خلال عقود من الزمن لقضايا متصلة بالمرأة كقضية النساء و حمايتهن في محيط العمل، و قضية العنف ضد المرأة، و حق المرأة في التعليم، و حقوقها في قانون الأحوال الشخصية، فإن ما ميز العقد الأول من القرن الحالي هو تركيز النقاش و الجدل في العالم العربي ضمن إطار الدائرة السياسية و تحديد المشاركة السياسية للمرأة و سبل تفعيلها بهدف تمكين المرأة من المساهمة في صنع القرار السياسي.

و رغم الحضور القوي للمرأة العربية في العديد من الميادين كالإدارة العمومية، و القطاعات الاجتماعية و الثقافية، و الجيش، و الأمن و القضاء، إلا أن حضورها في البرلمان خاصة لا يزال ضعيفا، و لا يعكس مكانة المرأة العربية و قدراتها و طموحاتها و هو ما تؤكده الأرقام و الإحصاءات التي سنتناولها بالدراسة و التحليل.

و طالما تميزت البيئة العربية عموما بخصوصيات لا يمكن إنكارها تتعلق أساسا بالتنشئة الاجتماعية، و الموروث الثقافي، و العادات و التقاليد، و التي شجعت على نمو ما يسمى بالسلطة الذكورية، فإن بعض الدول العربية، و مراعاة لهذه الخصوصية، و بهدف تمكين المرأة من حقها في المشاركة السياسية لجأت إلى تخصيص مقاعد لها ضمن هيكل البرلمان و اعتماد ما يسمى بنظام الحصص أو الكوتا النسوية.

و اختلفت الدول العربية فيما بينها بشأن نمط تطبيق نظام الكوتا. فهناك من ثبته بمقتضى مادة دستورية. و هناك من أكده بموجب قانون الانتخابات. و هناك من الأنظمة العربية من تركت تنظيم هذا الأمر للأحزاب السياسية. و فضلت أنظمة عربية الاكتفاء بالنص على مبدأ المساواة بين المرأة و الرجل و إقراره دستوريا دون تمكين المرأة سياسيا من أي امتياز مقارنة بالرجل.

• دوافع الاختيار :

لما كانت حقوق المرأة موضوع تشريعات عديدة و متشعبة، فإنه يتعذر حصرها و جمعها في دراسة واحدة، ذلك أن حقوق المرأة نجدها في قانون الوظيفة العامة، و في قانون العقوبات، و في قانون الضمان الاجتماعي، و في قانون العمل، و في قانون الجنسية، و في القوانين المتعلقة بالمؤسسة العقابية، و في القوانين القطاعية لمختلف النشاطات و غيرها، بما يجعل المجال من السعة بمكان أمام كثرة المواد و تنوعها، لذا اخترنا فقط مجالين هما قانون الانتخابات باعتباره أهم تشريع يحكم الحقوق السياسية بلا منازع، و قانون الأسرة باعتبار الأسرة في حد ذاتها الخلية الأساسية في المجتمع، و تستمد المرأة من هذه المنظومة القانونية الخاصة جملة من الحقوق منها ما له طابع مالي، و منها ما له طابع معنوي أو أدبي.

• إشكالية الدراسة :

نطرح من خلال هذه الدراسة الإشكالية التالية: إلى أي مدى تضافرت جهود المجتمع الدولي من خلال المواثيق و الاتفاقيات العامة و الإقليمية بغرض ترقية حقوق المرأة؟. و هل سائر التشريع الجزائري ما هو مكرس و معتمد في هذه المواثيق و الاتفاقيات الدولية بشأن حقوق المرأة باعتبارها عنصرا فاعلا و أساسيا من عناصر التنمية داخل المجتمع؟

وهل أثرت القوانين الداخلية خاصة منها ذات الطابع السياسي كقانون الانتخابات وما يحيط به من تشريعات ايجابية على ترتيب الدولة ضمن سلم اتحاد البرلمان الدولي فيما يخص التمثيل النسوي؟. هذا ما سنحاول الإجابة عنه من خلال هذه الدراسة.

• أهداف الدراسة :

نسعى من خلال هذه الدراسة إلى تحقيق جملة من الأهداف لعل أهمها :

- تبيان الإطار الدولي لحقوق المرأة من خلال المواثيق والاتفاقيات الدولية العامة والإقليمية.
- تبيان الاطار الدستوري لهذه الحقوق في الجزائر.
- تحديد مدى ملائمة التشريع الداخلي في قانوني الانتخابات والأسرة لما هو مقرر ومكرس دوليا.

• المنهج المتبع :

فرضت طبيعة الدراسة علينا اتباع العديد من مناهج البحث العلمي و هي :

- المنهج المقارن ذو الطابع الداخلي بغرض الربط بين مختلف القوانين التي شهدتها الجزائر في مراحل عدة في مجالي الانتخابات والأسرة.
- المنهج التحليلي بغرض تحليل المواد الواردة في المواثيق الدولية والاتفاقيات الدولية و الدساتير الجزائرية و بعض القوانين ذات العلاقة بحقوق المرأة.
- و طالما اعتمدت الدراسة على بيانات إحصائية و حقائق ميدانية كان لزاما علينا الاستعانة بالتقارير و الوثائق الدولية الصادرة عن اتحاد البرلمان الدولي وبعض الدوائر الرسمية.

• خطة البحث :

قسمت الدراسة إلى خمسة مباحث :

المبحث الأول : مكانة المرأة في المواثيق والاتفاقيات الدولية.

المبحث الثاني : موقف الجزائر من المواثيق والاتفاقيات الدولية.

المبحث الثالث : مكانة المرأة في الدساتير الجزائرية.

المبحث الرابع : حقوق المرأة وقانون الانتخابات.

المبحث الخامس : حقوق المرأة وقانون الأسرة.

الخاتمة.

المبحث الأول : مكانة المرأة في المواثيق والاتفاقيات الدولية :

إن الحديث عن مكانة المرأة في المواثيق الدولية والاتفاقيات يستدعي التمييز بين النصوص الدولية العامة التي تضمنت حقوق الإنسان عامة، وأبرز مثال على ذلك الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وباقي النصوص الأخرى التي

تسير في دائرته . ونصوص دولية خاصة علجت شأنًا محددًا يتعلق بالمرأة حسب موضوع النص. نبين ذلك من خلال المطالبين التاليين :

المطلب الأول : النصوص الدولية ذات المضمون العام.

المطلب الثاني : النصوص الدولية ذات المضمون الخاص.

المطلب الأول : النصوص الدولية ذات المضمون العام.

أولاً : الإعلان العالمي لحقوق الإنسان :

ينبغي الإشارة في البداية أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 10 ديسمبر 1948 كوثيقة دولية ساهم بشكل كبير في إزالة عقبات التمييز بين الرجل والمرأة، وكان بمثابة الحجر الأساس الذي حارب كل أشكال التمييز بين الجنسين. وأرسى إطاراً دولياً للمساواة بين الرجل والمرأة. حيث جاء في المادة الأولى منه : " يولد جميع الناس أحراراً و متساويين في الكرامة والحقوق...". وجاء في المادة الثانية منه: " لكل إنسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات المذكورة في هذا الإعلان دون تمييز من أي نوع ولا سيما التمييز بسبب... الجنس".¹

ثانياً : العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية :

سار العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 16 ديسمبر 1966 على نفس النهج بالنسبة للإعلان العالمي لحقوق الإنسان. فنص في مادته 2 بأن تضمن كل دولة طرف في العهد جملة الحقوق المبينة في هذه الوثيقة دون تمييز مرده العرق أو اللون أو اللغة أو الجنس. كما كفل العهد مبدأ المساواة في مجال الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية حيث جاء في المادة 3 منه : " إن الدول الأطراف تتعهد بضمان مساواة الذكور والإناث في التمتع بجميع الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية المنصوص عليها في هذا العهد".

وتتجسد هذه الحقوق في حق العمل، وحق التمتع بشروط عادلة ومرضية، وحق تكوين نقابات والانضمام إليها، والحق في الضمان الاجتماعي، وحق الأسرة في المساعدة، والحق في معيشة كافية للشخص وأسرته، والحق في الرعاية الصحية، والحق في التعليم، والحق في المشاركة في الحياة الثقافية وغيرها من الحقوق.

ثالثاً : العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية :

جاءت المادة 25 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 16 ديسمبر 1966 لتؤكد جملة من الحقوق السياسية حيث ورد فيها : " يكون لكل مواطن دون أي وجه من وجوه التمييز بسبب المنصوص عليها في المادة 2 التي يجب أن تتاح له فرصة التمتع بها دون قيود غير معقولة:

أ- أن يشارك في إدارة الشؤون العامة مباشرة أو بواسطة ممثلين مختارين بحرية.

¹ - أنظر: المواد 4،5،6،7،12 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

ب- أن ينتخب وينتخب في انتخابات نزيهة تجرى على أساس الاقتراع العام وعلى قدم المساواة بين الناخبين.

ج- أن تتاح له فرصة تولي الوظائف العامة في بلده على قدم المساواة مع سواه."

وبذلك أرسى الاعلان العالمي لحقوق الإنسان و العهد الدولي المتعلق بالحقوق الاجتماعية والثقافية والاقتصادية، وكذلك العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية موسوعة من الحقوق المختلفة كان لها عمق التأثير الايجابي على حقوق المرأة باعتبارها إنسانا، وتجلى هذا التأثير في كل الاتفاقيات المتعلقة بحقوق المرأة.

المطلب الثاني: النصوص الدولية ذات المضمون الخاص.

أولا : تحرك 1946 وتوصية الهيئة الأيمية :

يسجل للمجتمع الدولي تحرك سنة 1946 في مجال حقوق المرأة تجسد في توصية المجلس الاقتصادي والاجتماعي بإيلاء العناية اللازمة للمرأة و إنشاء لجنة سميت بلجنة مركز المرأة، عهد إليها مهمة إعداد التوصيات، و التقارير، عن وسائل النهوض بحقوق المرأة، في المجالات الاقتصادية و السياسية و المدنية و التربوية.

ثانيا : القفزة النوعية واتفاقية الحقوق السياسية للمرأة لسنة 1952 :

خطى المجتمع الدولي خطوة نوعية حين اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة قرار تحت رقم 640 (د.7) المؤرخ في 20 ديسمبر 1952 تضمن اتفاقية الحقوق السياسية للمرأة و بدأ نفاذها بتاريخ 7 جويلية 1954.

و جاء في ديباجة هذه الاتفاقية عبارة : " رغبة منها في أعمال مبدأ تساوي الرجال و النساء في الحقوق الواردة في ميثاق الأمم المتحدة..".

و ورد في المادة الأولى من الاتفاقية الآتي نصه : " للنساء حق التصويت في جميع الانتخابات بشروط تساوي بينهن و بين الرجال دون أي تمييز".

و أقرت المادة 2 من الاتفاقية أهلية النساء للترشح لجميع الهيئات المنتخبة بشروط تساوي بينهن و بين الرجال دون أي تمييز. وأقرت حقها في تقلد الوظائف العامة بموجب المادة 3 من الاتفاقية.

ثالثا : إعلان الجمعية العامة لسنة 1967 :

بتاريخ 27 نوفمبر 1967 أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة إعلانا يتعلق بالقضاء على التمييز ضد المرأة و مما جاء فيه ديباجته : " إن الجمعية العامة يقلقها استمرار وجود قدر كبير من التمييز ضد المرأة رغم وجود ميثاق الأمم المتحدة و إذ نرى أن هذا التمييز يتنافى مع كرامة الإنسان... و يحول دون إشراك المرأة على قدم المساواة مع الرجل في حياة بلديهما السياسية و الاقتصادية و الثقافية ، و تمثل عقبة تعترض الإنماء التام...".

رابعاً: سلسلة المؤتمرات و مبدأ المساواة في الحقوق:

استمرت جهود المجتمع الدولي من أجل تكريس مبدأ المساواة بين الرجل و المرأة بعقد مؤتمرات دولية، و بهدف النهوض بحقوق المرأة. و لعل أهم المؤتمرات و اللقاءات الدولية المؤتمر العالمي للمرأة في مكسيكو عام 1975 الذي اعتمد خطة عالمية هدفها ضمان المزيد من الاندماج للمرأة في مختلف الميادين.

وينبغي التنويه أنه في الفترة بين 1959 و 1981 عقد المجتمع الدولي تحت إشراف الأمم المتحدة ما لا يقل عن عشرين مؤتمراً ذو صلة بحقوق المرأة.¹ و هذا العدد يعكس حقيقة لا يمكن إنكارها أن نشاط الأمم المتحدة يتداخل كثيراً مع قضايا المرأة و حسبنا الإشارة لمقولة الأمين العام السابق للأمم المتحدة كوفي عنان: "لا أستطيع أن أفكر في أية قضية ترتبط بمنظمة الأمم المتحدة إلا و كانت تتعرض لقضية المرأة و تتداخل معها".²

و لقد ساهمت الهيئات الدولية و على رأسها منظمة الأسكوا و الإنيفيم ومنظمة المرأة العربية بدور فاعل في ترقية حقوق المرأة في شتى المجالات و سطرت برامج و أهداف استراتيجية بغرض ضمان مشاركة فعالة للمرأة في صنع القرار مما نجم عنه تحقيق العديد من الإنجازات على صعيد الدول العربية .

خامساً: اتفاقية سيداو والقفزة النوعية في مجال الحقوق السياسية للمرأة :

بتاريخ 18 ديسمبر 1979 اتخذ المجتمع الدولي خطوة نوعية تجسدت في مصادقة الجمعية العامة للأمم المتحدة على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة. و دخلت هذه الاتفاقية حيز التطبيق في أول مارس 1985 بعد موافقة 20 دولة عليها.

و تتكون هذه الاتفاقية من 30 مادة تتضمن التدابير الواجب اعتمادها دولياً لتحقيق المساواة بين المرأة و الرجل في جميع الميادين السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية و المدنية. و تضمنت الاتفاقية مواد تلزم الدول المصادقة عليها بعدم اللجوء للتمييز بين الرجال و النساء و إلى إحداث مساواة حقيقية.³

و ورد في المادة 3 من الاتفاقية: «تتخذ الدول الأطراف في جميع الميادين و لاسيما الميادين السياسية و الاجتماعية و الاقتصادية و الثقافية كل التدابير المناسبة بما في ذلك التشريع لكفالة تطور المرأة و تقدمها الكاملين و ذلك لتضمن لها ممارسة حقوق الإنسان و الحريات الأساسية و التمتع بها على أساس المساواة مع الرجل». و بذلك يمكن اعتبار المادة 3 أعلاه بأنها المادة التي كرست نظام الكوتا على صعيد النصوص الرسمية الدولية ولو لم تستعمل هذا المصطلح.

¹ أنظر: الدكتور غازي حسن صابريني، الوجيز في حقوق الإنسان وحياته الأساسية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1995، ص 235.

² أنظر: الدكتور نهي القاطرجي، المرأة في منظومة الأمم المتحدة رؤية اسلامية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2006، ص 431. ولرصد حقوق المرأة على الصعيد الدولي أنظر: الدكتور جعفر عبد السلام، المرأة والحياة العامة في المواثيق والاتفاقات الدولية، بحث مقدم في إطار ندوة التمثيل القانوني للمرأة العربية في البرلمان وأثره على تفعيل دورها التنموي، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 8 إلى 11 مارس 2010، تونس، قرص خاص بالندوة.

³ راجع بخصوص الانتقادات الموجبة لاتفاقية CEDAW وتحفظات الدول العربية عليها: الدكتور ماري ناصيف الدبس الاتفاقية الدولية للقضاء على التمييز ضد المرأة الخلل و التحفظات و التوصيات جريدة الأفق 30 مارس 2009 الموقع الإلكتروني:

وجاءت المادة 4 من الاتفاقية معلنة صراحة أن اتخاذ الدول الأطراف تدابير خاصة مؤقتة تستهدف التعجيل بالمساواة الفعلية بين الرجل والمرأة لا يعد تمييزاً بمفهوم هذه الاتفاقية. و بذلك انتقل المجتمع الدولي من مرحلة المساواة النظرية بين المرأة والرجل كهدف إلى مرحلة المساواة كوسيلة.

ومن المفيد الإشارة أن اتفاقية سيداو لقيت العديد من التحفظات عليها من جانب بعض الدول العربية، كما لم تنضم إليها دول عربية وأخرى غربية. و لقيت من حيث موادها و مضمونها انتقاداً بحكم مخالفة بعض بنودها للشريعة الإسلامية.¹

و امتدت جهود المجتمع الدولي في عقد مؤتمرات كثيرة كمؤتمر كوبنهاجن بالدانمارك عام 1980، و مؤتمر نيوروي عام 1985، و مؤتمر بيجين 1995. و لا زال موضوع المشاركة السياسية للمرأة العربية هاجساً و مطلباً في كل اللقاءات و الاجتماعات على مستوى لجنة المرأة بمنظمة الاسكوا على الرغم من اعتماد عدد من الدول العربية نظام الكوتا و هذا ما أكدته تقرير المنظمة لسنة 2007.²

المبحث الثاني : موقف الجزائر من المواثيق والاتفاقيات الدولية "العامة والخاصة":

من المفيد الإشارة في البداية أن الجزائر وقفت موقفاً إيجابياً فيما يخص المواثيق الدولية سابقة الذكر وهو ما دلت عليه النصوص الرسمية. فبالعودة لدستور 1963 نجده قد حمل في نص مادته 11 العبارة التالية: " توافق الجمهورية على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان " فالمصادقة على هذه الوثيقة المهمة أي الإعلان العالمي لحقوق الإنسان تم بشريع أساس، ولا نص يسمو داخلياً على التشريع الأساس.

أما العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وكذلك العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية فقد تم الانضمام إليهما بموجب المادة الأولى من المرسوم الرئاسي 89-67 المؤرخ في 16 مايو 1989 والمنشور في الجريدة الرسمية العدد 20 لسنة 1989.

كما انضمت الجزائر لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن الحقوق السياسية للمرأة المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في 20 ديسمبر 1952 وهذا بموجب المادة الأولى من المرسوم الرئاسي 04-126 المؤرخ في 19 أبريل 2004 والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 26 لسنة 2004.

وانضمت الجزائر لاتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 وهذا بموجب المادة الأولى من المرسوم الرئاسي 96-51 المؤرخ في 22 يناير 1996 والمنشور في الجريدة الرسمية العدد 6 لسنة 1996 مع تسجيل تحفظ. ومن المؤكد أنه سينجم عن هذا الانضمام تعديل نصوص قانونية عديدة على الصعيد الداخلي والوطني ليتم الانسجام فيما يخص أحكامها بما هو مقرر بموجب المواثيق والاتفاقيات سابقة الذكر.

¹ أنظر: ورقة عمل الدكتورة ندى القاطرجي، قراءة إسلامية في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة مقدمة لمؤتمر أحكام الأسرة والاتفاقيات و الاعلانات الدولية 7-9-2008 جامعة طنطا منشورة كاملة على الموقع: www.soaidnet/book/11/4316.doc تاريخ الزيارة: 29 جويلية 2010.

² انظر تقرير الاجتماع الرابع للجنة المرأة منظمة الاسكوا، 14-15 مارس 2007، أبوظبي الموقع الإلكتروني: www.yemen-women.org تاريخ الزيارة: 9-8-2010.

وعلى الصعيد العربي صادقت الجزائر على الميثاق العربي لحقوق الإنسان المعتمد في تونس في مايو 2004 وهذا بموجب المرسوم الرئاسي 06-62 المؤرخ في 11 فبراير 2006 المتضمن التصديق على الميثاق العربي لحقوق الإنسان والذي تضمن 53 مادة. وتم نشره في الجريدة الرسمية رقم 8 لسنة 2006. حيث جاء في المادة الأولى من الميثاق أن من بين أهداف الميثاق وضع حقوق الإنسان ضمن الاهتمامات الوطنية الأساسية.

أما على الصعيد الإفريقي فقد صادقت الجزائر على الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان المعتمد في نيروبي 1981 وهذا بموجب المرسوم 87-37 المؤرخ 3 فبراير 1987 والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 6 لسنة 1987. حيث كرس الميثاق مبدأ المساواة أمام القانون بين جميع المواطنين. وكرست المادة 13 مبدأ المشاركة في تسيير الشؤون العامة للبلاد، ومبدأ المساواة في تقلد الوظائف العامة.

وتجدر الإشارة أن المجلس الدستوري الجزائري بموجب قرار صدر عنه رقم 1 بتاريخ 20 أوت 1989 أضفى أهمية خاصة للاتفاقيات الدولية التي تصادق عليها الجزائر مؤكدا أنها تندرج ضمن القانون الوطني وتكتسب طبقا للمادة 123 من الدستور سلطة السمو على القانون وتحويل كل مواطن جزائري أن يتذرع بها أمام الجهات القضائية.

وبتاريخ 25 مارس 2001 وبموجب المرسوم الرئاسي 01-07 المؤرخ في 25 مارس 2001 تم إحداث لجنة وطنية استشارية لترقية حقوق الإنسان. وتم نشره في الجريدة الرسمية رقم 18 لسنة 2001. وجاء في المادة 2 من المرسوم أن اللجنة مؤسسة مستقلة.

المبحث الثالث : مكانة المرأة في الدساتير الجزائرية :

يقتضي التطرق لحقوق المرأة في الجزائر وإبراز دورها في صناعة القرار، وتحديد مركزها القانوني، الانطلاق من الدستور باعتباره القانون الأسمى، حيث عرفت الجمهورية الجزائرية أربعة دساتير صدرت في ظروف سياسية واقتصادية واجتماعية مختلفة. وهي دستور 1963 ودستور 1976 ودستور 1976 ودستور 1996 المعدل والمتمم وهو الدستور الحالي للبلاد. وسنتولى فيما يلي بيان مجمل حقوق المرأة الواردة في الدساتير الجزائرية.

-دستور 1963 :

لقد صادق الشعب الجزائري على هذا الدستور في استفتاء شعبي بتاريخ 8 سبتمبر 1963 وصدر في الجريدة الرسمية تحت رقم 64 بتاريخ 10 سبتمبر 1963. وقد جاء في المادة 10 منه أن من بين أهداف الجمهورية الجزائرية هي ضمان حق التعليم ومجانته، وضمان حق العمل، وإدانة التعذيب وكل مساس مادي أو معنوي بكيان الإنسان.

وجاءت المادة 11 صريحة بإعلانها عن موافقة الجزائر على مضمون الإعلان العالمي لحقوق الإنسان. أما المادة 11 فقد نصت على مبدأ المساواة بين الجنسين في الحقوق والواجبات. وكفلت المادة 13 حق الانتخاب لكل مواطن بلغ سن 19 سنة دون أدنى ميز بين الرجال والنساء. وقدمت المادة 15 ضمانات في مجال الإيقاف والمتابعة. واعترفت المادة 16 للمواطن بحقه في حياة كريمة. أما المادة 17 فخصصت للأسرة حيث تم الإعلان بأن حمايتها من مهام الدولة. وكفلت المواد 18 و19 و20 الحق في التعليم دون تمييز بين الذكور والإناث، وبحرية التعبير وحرية الاجتماع، والحق النقابي، والحق في الإضراب، والمساهمة في التسيير.

-دستور 1976 :

لقد صادق الشعب الجزائري على هذا الدستور في استفتاء تقرر يوم 19 نوفمبر 1976 وصدر في الجريدة الرسمية رقم 94 بتاريخ 24 نوفمبر 1976.

وجاءت المادة 12 منه معلنة عن الأهداف الكبرى للدولة من بينها إقامة مجتمع متحرر من استغلال الإنسان للإنسان، وترقية الإنسان وتوفير أسباب تفتح شخصيته وازدهارها. أما المادة 39 فقد كفلت المساواة بين المواطنين في الحقوق والواجبات وصرحت بإلغاء كل تمييز قائم على أساس الجنس. وأكدت المادة 40 مبدأ المساواة أمام القانون. وجاءت المادة 41 أكثر تفصيلا بشأن مبدأ المساواة بين الجنسين حيث ورد فيها أن الدولة تتعهد بإزالة كل العقبات ذات الطابع الاقتصادي أو الاجتماعي أو الثقافي التي تحد من مبدأ المساواة بين المواطنين وتعوق ازدهار الإنسان وتحول دون المشاركة الفعلية لكل المواطنين في التنظيم السياسي والاقتصادي والاجتماعي والثقافي للدولة. وأعلنت المادة 41 أن الحقوق السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية للمرأة يضمنها الدستور. وكرست المادة 44 مبدأ التساوي في الالتحاق بوظائف الدولة لكل المواطنين من الجنسين.

-دستور 1989 :

صادق الشعب الجزائري على هذا الدستور في استفتاء تم تنظيمه بتاريخ 23 فبراير 1989 ونشر في الجريدة الرسمية رقم 9 بتاريخ 1 مارس 1989. وجاءت المادة 7 منه لتعلن عن جملة من الأهداف التي تسعى الدولة لتحقيقها من بينها القضاء على استغلال الإنسان للإنسان وحماية الحريات الأساسية. ولم يتعد هذا الدستور عن سابقه في إقراره لمبدأ المساواة أمام القانون دون أي اعتبار آخر من بينها اعتبار الجنس. وهو ما تؤكد في المادة 28. وذهبت المادة 30 في نفس التوجه معلنة عن مساواة جميع المواطنين في المشاركة في الحياة السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية وأن الدولة تتعهد بإزالة كل العقبات التي تحول دون تحقيق هذه المساواة. و عن الحريات العامة والأساسية بينت المادة 31 أنها تشكل تراثا مشتركا لجميع المواطنين. أما المادة 33 ورد فيها أن الدولة تضمن عدم انتهاك حرمة الإنسان. واعترفت المادة 47 بحق الانتخاب لكل مواطن. وكفلت المادة 48 مبدأ المساواة في الالتحاق بوظائف الدولة. وضمن نفس التوجه كفلت المواد من 50 إلى 56 الحق في التعليم والتكوين المهني لجميع المواطنين دون تمييز، والحق في الرعاية الصحية والحق في العمل والحق في الراحة والحق النقابي والحق في حماية الأسرة وفي العيش الكريم.

-دستور 1996 وتعديلاته المطبق حاليا :

لقد صادق الشعب الجزائري على هذا التشريع الأساس من خلال استفتاء تم تنظيمه بتاريخ 28 نوفمبر 1996 ونشر في الجريدة الرسمية رقم 76 بتاريخ 8 ديسمبر 1996 وخضع لتعديلين الأول في شهر ابريل 2002 والثاني في شهر نوفمبر 2008.

وقد جاءت المادة 8 منه معلنة أن غاية مؤسسات الدولة هي الوصول إلى جملة من الأهداف من بينها القضاء على استغلال الإنسان للإنسان وحماية الحريات الأساسية. وكفلت المادة 29 مبدأ المساواة بين المواطنين دون أي اعتبار آخر من بينها اعتبار الجنس. ونصت المادة 31 أن مؤسسات الدولة تضمن المساواة بين المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات بما يجب معه إزالة كل العقبات التي تحول دون مشاركة الجميع في الحياة السياسية والاجتماعية والثقافية والاقتصادية.

وبمناسبة تعديل 2008 بموجب القانون 19/08 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 تم إضافة المادة 31 مكرر وجاء فيها أن الدولة تعمل على ترقية الحقوق السياسية للمرأة بتوسيع حظوظ تمثيلها في المجالس المنتخبة. ووعده الدستور بصدر قانون عضوي يبين كيفية تطبيق هذه المادة. وفعلا صدر القانون العضوي 12-03 بتاريخ 12 يناير 2012 يحدد كيفية توسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة.¹

والحقيقة أن إضافة المادة 31 مكرر في الدستور الجزائري سنة 2008 شكل قفزة نوعية في مجال الحقوق السياسية للمرأة الجزائرية. وهو ما بعث ارتياحا لدى الأحزاب و الجمعيات النسوية والمهتمين بالدراسات القانونية وبحقوق الإنسان.

أما المادة 32 فقد اعترفت بأن الحقوق والحريات الأساسية معترف بها لكل مواطن وهي تشكل تراثا مشتركا بين الجزائريين والجزائريات. وعن الحق في الانتخاب والترشح جاءت المادة 50 مصرحة أن هذا الحق مكفول لكل المواطنين الذين تتوافر فيهم الشروط القانونية. وكرست المادة 51 مبدأ المساواة في الالتحاق بالوظائف العامة دون أدنى تمييز بين الرجال والنساء. وهو ما أكدته المادة 55. واعترف الدستور أيضا بجملة الحقوق الأخرى كالحق في الرعاية الصحية لكل المواطنين. وهو ما تضمنته المادة 54. والحق في التعليم موضوع المادة 53. والحق النقابي مضمون المادة 56. والحق في العيش الكريم لكل المواطنين وهو ما ورد في المادة 59. وصرحت المادة 58 أن الأسرة ستحظى بحماية الدولة.

ومن خلال عرض سياق النصوص الدستورية يتبين لنا بما لا يدع أي مجال للشك أن الجزائر ومن خلال قوانينها الأساسية أكدت أنها تنبذ وتقاوم كل أشكال التمييز بين الرجال والنساء، وتزيل العقبات من أجل ضمان مكانة مميزة ومشرفة للمرأة الجزائرية، والدليل أنها اعترفت للمرأة ومنذ فجر الاستقلال بحقوقها السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية، وفسحت أمامها سبل الالتحاق بوظائف الدولة بما فيها وظيفة القضاء وهذا خلافا لما جار به العمل في الكثير من الدول العربية. كما كفل الإطار الدستوري للمرأة الجزائرية سبل الالتحاق بالمجالس المنتخبة من البرلمان بغرفتيه إلى المجالس الولائية والمجالس البلدية.

ولا عجب أن يتم الاعتراف للمرأة الجزائرية بهذه المكاسب وقد ثبت يقينا مساهمتها خلال الفترة الاستعمارية في الدفاع عن الوطن والكفاح من أجل عزته وكرامته، ولم تسلم هي الأخرى من المتابعات وعمليات التعذيب والتنكيل منذ أن وطأت أقدام المستعمر أرض الجزائر. وكانت خير سند للرجل. وتخلت عن مقاعد الدراسة كما تخلت هو في 19 ماي 1956.²

وجدير بالإشارة أن المحكمة العليا في الجزائر وتكريسا لمبدأ المساواة في الالتحاق بوظائف الدولة سبق لها أن رفضت طعنا بالنقض بني على فكرة أن حكم الطلاق صدر عن محكمة ترأسها قاضية وهو ما يخالف حسب الطاعن أحكام الشريعة الإسلامية. غير أن المحكمة العليا من خلال قرارها الصادر بتاريخ 1984/06/25 رفضت هذه الحجة واعتبرت القضاء صحيحا لعدم ثبوت ما يدل على منع المرأة قانونا من تقلد القضاء.³

¹ - أنظر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد الأول لسنة 2012

² - أنظر: الدكتور عوفي مصطفى، نضال المرأة الجزائرية خلال الثورة التحريرية، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة باتنة، الجزائر، العدد 12، 2005،

ص 43 وما بعدها.

³ - أنظر المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 3، 1989، ص 41

المبحث الرابع : حقوق المرأة وقانون الانتخابات :

و يقصد بالحقوق السياسية عامة تلك الحقوق التي تثبت للشخص باعتباره عضوا في الجماعة السياسية لتمكينه من الاشتراك في حكم هذه الجماعة. و بعبارة أخرى هي الحقوق التي يقرها القانون للشخص باعتباره منتميا إلى بلد معين حتى يتمكن من الاشتراك في شؤون الحكم وإقامة النظام السياسي في بلده¹. و من أمثلتها حق الانتخاب و حق الترشح للمجالس المنتخبة البرلمانية والمحلية و الانتخابات الرئاسية و حق تولي الوظائف العامة².

وتعد الحقوق السياسية من أسمى الحقوق نظرا لتعلقها بمجال بالغ الأهمية و الحيوية و ذو حساسية خاصة، لذا قصرت مختلف القوانين ممارستها على حاملي جنسية الدولة دون سواهم³.

و لقد وصفت دراسة صادرة عن المعهد العربي لحقوق الإنسان المشاركة السياسية بأنها أرقى تعبير للمواطنة. و هي تمثل جملة النشاطات التي تمكن المواطنين و المواطنات من ممارسة السلطة السياسية في دولهم⁴.

ويتعين علينا في البداية الإشارة أن الحقوق تقسم عامة إلى حقوق مدنية وأخرى سياسية. ويقصد بهذه الأخيرة جملة الحقوق المقررة للفرد باعتباره عضوا في جماعة سياسية ألا وهي الدولة، وتشمل حق الانتخاب وحق الترشح وحق تقلد الوظائف العامة. وبواسطة الحقوق السياسية يتمكن الفرد من المشاركة في الحكم ويساهم في اتخاذ القرار على مستويات متعددة. وتمتاز هذه الحقوق أنها مقررة للوطنيين دون الأجانب، بل حتى الوطنيين منهم و يجب أن تتوافر فيهم الشروط القانونية اللازمة للتمتع بحق الانتخاب أو حق الترشح بحسب ما هو مقرر في قانون الانتخابات⁵.

وتطبيقا للمادة 50 من الدستور والتي اعترفت بحق الترشح والانتخاب لكل من الرجال والنساء على حد سواء دون أي وجه للتمييز فقد جاء القانون العضوي للانتخاب ليكرس ممارسة هذين الحقين لجميع المواطنين دون تمييز في الجنس. وكانت المرأة الجزائرية سباقة في الدخول للبرلمان الأول للبلاد المتمثل في المجلس التأسيسي سنة 1962 حيث بلغ عدد النساء داخل المجلس 10 نساء وهي نسبة جد معتبرة آنذاك كما تشير عديد الدراسات⁶. وتعاضم دورها وامتد لباقي المجالس الأخرى كالمجلس الشعبي الوطني في مراحلها المختلفة ومجلس الأمة. كما مارست المرأة المهمة الانتخابية والتمثيلية على المستوى المحلي سواء تعلق الأمر بالمجالس الشعبية الولائية على مستوى الولايات أو المحافظات أو العمالات كما كانت تسمى. وهذا منذ قانون الولاية الأول لسنة 1969 وإلى غاية قانون الولاية لسنة 2012 ساري المفعول. ومارست ذات المهمة على المستوى البلدي منذ القانون الأول للبلدية سنة 1967 وإلى غاية المرحلة الحالية أي في ظل قانون البلدية لسنة 2011 الساري المفعول. وينبغي الاعتراف أن الجزائر عاشت تجربة غير محمودة سنة 1989 في مجال الحقوق السياسية للمرأة حيث مكنت نصوص القانون 13/89 المؤرخ في 7 غشت 1989 من جهة المرأة والرجل من ممارسة حق الانتخاب بموجب المادة 3 منه. وأعلنت المادة 28 أن التصويت شخصي وسري. غير أن

¹-أنظر الدكتور نجاة البضرائي، مدخل لدراسة القانون، الطبعة الثانية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2000، ص 303.

²- أنظر في مجال الوظيفة: الدكتور عبد الله طلبة، الوظيفة العامة في دول عالمنا المعاصر، مطابع مؤسسة الوحدة، دمشق، 1981، ص 139.

³- أنظر الدكتور عبد الواحد شعير، النظرية العامة للقانون، الطبعة الأولى، مطبعة النشر المغربية، الدار البيضاء، المغرب، 2000، ص 139.

⁴- أنظر الموقع الإلكتروني :

www.aihr.org.tn.arabic/tadrib

تاريخ الزيارة 27 جويلية 2010.

⁵ - أنظر: الدكتور عمار بوضياف، النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القانون الجزائري، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 140.

⁶ - أنظر: الدكتور خالد حساني، حماية الحقوق السياسية للمرأة في التشريع الجزائري، مجلة المجلس الدستوري، العدد 2، 2013، ص 58.

المادة 50 وهي ترسم أحكام الوكالة بالتصويت ذكرت فئة القانطين بالخارج، والعمال المتقنين، والمرضى، والعجزة، وذوي العاهات، وهي كلها حالات إنسانية وقانونية تستوجب اللجوء للوكالة بغرض التصويت، إلا أن المادة ذاتها ورد فيها عبارة : (يجوز كذلك وبصفة استثنائية لبعض أفراد الأسرة ممارسة حقهم في التصويت بالتوكيل بطلب منهم¹).

وساهم هذا النص عمليا ولو لفترة قصيرة في حجب الصوت الانتخابي للمرأة، وحل محلها الرجل بتفويض قانوني عنوانه "الوكالة" موضوع المادة 50 سابقة الذكر. وضعفت طبقا لهذا القانون مشاركتها في العملية الانتخابية وفي زمن التعددية السياسية أو الحزبية.² وبذلك احتجب صوت للمرأة وحل محلها صوت الرجل دون اعتبار لشخصيتها القانونية ولكيانها المميز والمستقل. وكان لزاما تحت ضغط داخلي، تعددت مصادره، إعادة النظر في أحكام الوكالة بما يعيد الاعتبار للمرأة الجزائرية، وبما يضمن كرامتها واستقلال وجودها.

وفعلا لم تدم هذه المرحلة طويلا إذ سرعان ما عدل قانون الانتخابات لسنة 1989 بموجب القانون 06/91 المؤرخ في 2 أبريل 1991 حيث تم تعديل المادة 50 من قانون الانتخابات وضبطت أحكام الوكالة في التصويت بشكل يمكن المرأة من المشاركة السياسية والتصويت بصفة شخصية دون وساطة أو تمثيل أو وصاية من أي كان.³

و بعد المصادقة على الدستور الأخير للبلاد سنة 1996 تدخلت الحكومة وقدمت مشروع قانون عضوي للانتخابات حملته الأمر رقم 07/97 المؤرخ في 6 مارس 1997 المعدل بموجب القانون العضوي 01/04 المؤرخ في 7 فبراير 2004.⁵ حيث ذهبت المادة 62 منه للاكتفاء بالحالات القانونية والإنسانية لإقرار التصويت بالوكالة ولم تعتمد نفس نفس النظام بشأن العلاقة بين المرأة والرجل ولو كان الإطار القانوني الذي يجمع بينهما عقد زواج. وأعلنت عن إلغاء حق الرجل في التصويت وكيلا عن زوجته ليفسح للمرأة المجال أصالة عن نفسها بأن تمارس قرارها السياسي وتعبر عن خيارها دون وصي أو أي وساطة أو تمثيل ولو تعلق الأمر بأقرب الناس إليها وهو زوجها. حتى أننا شهدنا في الانتخابات المقررة بعد تعديل 1991 خروج المرأة بشكل كبير ومشاركتها في كل الاستحقاقات الانتخابية بميولها السياسية وبشخصيتها الذاتية. وقد أفاد التحقيق الذي باشرته الوزارة المنتدبة للأسرة سنة 2010 أن 60 بالمائة من النساء يصوتن بأنفسهن.⁶ وهذا رقم قياسي يحق لنا أن نفخر به، بل إنه وفي بعض الحالات كانت قناعة المرأة الجزائرية وتوجهها السياسي وخياراتها مخالفة في الاتجاه لقناعات زوجها ومنحت صوتها لقائمة أخرى أو لشخص آخر غير الذي اختاره زوجها أو أبوها أو أخوها وهذه هي الممارسة الديمقراطية ونتائجها الطبيعية.

¹ - أنظر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 50 لسنة 1989.

² - لتفصيل أكثر عن تطور النظام الانتخابي في الجزائر راجع: الدكتور ناجي عبد النور، تجربة الانتخابات في نظام التعددية السياسية، منشورات جامعة عنابة، 2008، ص 25 وما بعدها

³ - أنظر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 14 لسنة 1991.

⁴ - أنظر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 12 لسنة 1997

⁵ - أنظر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 9 لسنة 2004

⁶ - أنظر: الموقع الإلكتروني للوزارة المنتدبة المكلفة بالأسرة وقضايا المرأة

وصدر أخيرا القانون العضوي رقم 12-01 المؤرخ في 12 يناير 2012 يتعلق بنظام الانتخابات¹ وجاءت المادة 53 منه لتبين حالات اللجوء لنظام الوكالة في الانتخابات حيث ورد فيها ذكر الحالات التالية :

- حالة المرضى الموجودون بالمستشفيات و/ أو المرضى الذين يعالجون في منازلهم،

- ذوو العطب الكبير أو العجزة،

- العمال والمستخدمون الذين يعملون خارج ولاية اقامتهم و/ أو الذين هم في تنقل أو الذين يلازمون عملهم يوم الاقتراع،

- الطلبة الجامعيون الذين يدرسون خارج ولايتهم الأصلية.

- المواطنون الموجودون مؤقتا في الخارج.

- أفراد الجيش الوطني الشعبي والأمن الوطني والحماية المدنية ومستخدمو الجمارك الوطنية ومصالح السجون والحرس البلدي الذين يلازمون أماكن عملهم يوم الاقتراع.

وهي في مجملها حالات مبررة للوكالة بغرض الموازنة بين واجب العون في أداء مهامه وعدم الانقطاع عنها، وحقه في المشاركة السياسية بالإدلاء برأيه ولو بواسطة وكيل يختاره بمحض إرادته. أما عن حالة الوكالة الأسرية فلم يعد لها أي وجود في المنظومة القانونية الجزائرية.

- القانون العضوي 12-03 والقفزة النوعية في مجال الحقوق السياسية للمرأة :

مما لا شك أن الحقوق السياسية للمرأة وتطبيقا للمادة 31 من التعديل الدستوري لسنة 2008 عرفت قفزة نوعية بصدر القانون العضوي 12-03 بتاريخ 12 يناير 2012 يحدد كليات توسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة. والذي صادق عليه المجلس الشعبي الوطني بتاريخ 3 نوفمبر 2011. وصادق عليه مجلس الأمة بتاريخ 24 نوفمبر 2011.

- رأي المجلس الدستوري بخصوص المطابقة الدستورية للقانون العضوي :

تم اخطار المجلس الدستوري طبقا للمادة 165 الفقرة 2 من الدستور ليمارس رقابته السابقة على النص المصادق عليه من قبل البرلمان بغرفتيه. وفعلا تولى المجلس مهمة الرقابة طبقا للدستور في جلساته المنعقدة بتاريخ من 19 إلى

¹ - أنظر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد الأول لسنة 2012.

22 ديسمبر 2011، والتي نتج عنها ظهور الرأي الصادر عن المجلس تحت رقم 05/ر.م.د بتاريخ 22 ديسمبر 2011 والمنشور في الجريدة الرسمية العدد الأول لسنة 2012.

حيث ناقش المجلس الدستوري بعمق نص المادة 2 والنسب المتعلقة بالقوائم الانتخابية فيما خص تمثيل المرأة، ومدى تعارضها مع مبدأ المساواة المقرر بموجب المادة 29 من الدستور. ذلك أن نص المادة 2 ذكر بلديات معينة ومحددة، وهي البلديات الموجودة بمقر الدوائر، والبلديات التي يزيد عدد سكانها عن 20 ألف نسمة، هذه دون غيرها تكون ملزمة بتقديم قائمة انتخابية تحتوي على نسبة حددتها المادة 2. بينما تفادى النص ذكر باقي البلديات الموجودة خارج مقر الدائرة أو التي يقل عدد سكانها عن 20 ألف، وهي كثيرة، مما قد يوصلنا إلى نتيجة حكم أولي، أنه قد يكون في الأمر تجاوز للنصوص المقررة دستوريا.

غير أن المجلس الدستوري والذي دافع كثيرا على مبدأ المساواة في نصوص متعددة عرضت عليه بمناسبة أداء مهامه، ناقش الأمر من زاوية أخرى قد يغفل عنها البعض أن توحيد النسب في 1541 بلدية في الجزائر فيما خص التمثيل النسوي في القوائم الانتخابية، وتطبيق مبدأ المساواة بشكل مطلق، سيؤدي حتما إلى رفض القوائم في عديد المناطق لا لشيء، إلا أن النسبة المطلوبة فيما تعلق بالتمثيل النسوي غير متوفرة في القائمة. وهكذا ستعرف العملية الانتخابية شوائب وتعثرات لا يمكن انكارها.

لذا انتهى المجلس الدستوري إلى رأي مؤسس ومقنع أن المادة 2 تعد دستورية وليس فيها انتهاك لمبدأ المساواة. وبرر المجلس رأيه أن المشرع لم يقصد إقصاء المرأة من حق التمثيل في المجالس المنتخبة في البلديات غير المشمولة بنص المادة 2، بل سنّها لتفادي رفض قوائم المترشحين إذا لم تتضمن القائمة الانتخابية عددا كافيا من النساء، بسبب القيود الاجتماعية والثقافية. كما انتهى المجلس في ذات الرأي إلى التصريح بعدم دستورية المادة 8 من القانون المصادق عليه، والتي تلزم الحكومة بتقديم تقرير تقييمي حول مدى تطبيق القانون العضوي المتعلق بتوسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة، معتبرا أن المشرع تجاوز اختصاصه ومس بآليات الرقابة المقرر دستوريا.¹

-مضمون القانون العضوي :

وجاءت المادة الأولى منه لتشير صراحة للنص المرجعي والأساسي لهذا القانون والمتمثل في المادة 31 المذكورة.

ونصت المادة 2 من القانون العضوي انه يجب ألا يقل عدد النساء في كل قائمة ترشيحات حرة أو مقدمة من حزب أو عدة أحزاب سياسية بحسب عدد المقاعد المتنافس عليها وبحسب ما هو مبين أدناه:

انتخابات المجلس الشعبي الوطني " الغرفة الأولى " :

- 20 % عندما يكون عدد المقاعد يساوي أربعة.

- 30 % عندما يكون عدد المقاعد يساوي أو يفوق خمسة.

- 35% عندما يكون عدد المقاعد يساوي أو يفوق نوفمبر 14 مقعدا.

¹ - أنظر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد الأول لسنة 2012، ص 45.

-40% عندما يكون عدد المقاعد يساوي أو يفوق 32 مقعدا.

- 50 % بالنسبة لمقاعد الجالية الوطنية في الخارج.

-انتخابات المجالس الشعبية الولائية :

- 30 % عندما يكون عدد المقاعد 35، 39، 43، 47 مقعدا.

- 35 % عندما يكون عدد المقاعد 51 إلى 55 مقعدا.

-انتخابات المجالس الشعبية البلدية :

30 % بالنسبة للبلديات الموجودة بمقرات الدوائر والبلديات التي يزيد عدد سكانها عن 20 ألف نسمة.

وطبقا للمادة 5 من القانون العضوي ترفض كل قائمة ترشح تخالف مضمون المادة 2 والنسب المطلوبة. ومن باب تحفيز الأحزاب السياسية على الاهتمام أكثر بالمرأة فيما خص تقديمها ضمن قوائم انتخابية، نصت المادة 7 من القانون العضوي أعلاه أنه بإمكان هذه الأحزاب أن تستفيد من مساعدة مالية خاصة من الدولة بحسب عدد المرشحات في الانتخابات البرلمانية وانتخابات المجالس الشعبية الولائية والبلدية.

ولقد أسفرت الجهود الوطنية الرامية إلى ترقية حقوق المرأة في الجزائر خاصة في المجال السياسي على تحقيق إيجابيات كثيرة يأتي على رأسها تحسين ترتيب الجزائر في سلم اتحاد البرلمان الدولي فيما خص التمثيل النسوي في البرلمان حيث احتلت الجزائر الرتبة 29 عالميا من أصل 190 دولة مدرجة في الجدول، بعدد إجمالي للنساء في الغرفة الأولى يقدر ب 146 امرأة من أصل 462 مقعد. بما أدى إلى تحسين نسبة الوجود النسوي في الغرفة الأولى ل 31.6 بالمائة وهو ما حملته تقرير اتحاد البرلمان الدولي لسنة 2015 والمنشور في الموقع الرسمي الإلكتروني.

وكان ترتيب الجزائر أقل من هذا بكثير في سنوات عدة سابقة وفق ما تؤكد التقارير السنوية لاتحاد البرلمان الدولي.¹ فلو عدنا على سبيل المثال لتقرير سنة 1997 نجد رتبة الجزائر 89 من أصل 177 دولة مدرجة في الجدول . وبلغ عدد النساء في المجلس الشعبي الوطني 12 امرأة من أصل 380 مقعد بما يمثل نسبة 3.2%.²

ونج عن انضمام الجزائر للمواثيق الدولية، ومصادقتها على الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق المرأة رسم مخططات وطنية لتنفيذ الاستراتيجية الوطنية لترقية وإدماج المرأة والتي صادقت عليها الحكومة بتاريخ 29 جويلية 2008.³ ونجم عن هذه الجهود المبذولة تحسن وضعية المرأة فصارت تتبوأ اليوم مناصب قيادية داخل الدولة من وزيرة إلى والية

¹ - أنظر: الموقع الرسمي لاتحاد البرلمان الدولي لمعرفة ترتيب الدول فيما خص التمثيل النسوي في البرلمان لسنوات عدة. وكذا معرفة الاستراتيجية المعتمدة دوليا من أجل ترقية حقوق المرأة خاصة على الصعيد السياسي.

² - لتفصيل أكثر بخصوص تقارير اتحاد البرلمان الدولي وترتيب الجزائر أنظر: الدكتور عمار بوضياف، نظام الكوتا كآلية لترقية الحقوق السياسية للمرأة وموقف التشريعات العربية منه، مجلة الفكر البرلماني، مجلس الأمة الجزائري، العدد 26، 2010، ص 47 وما بعدها.

³ - راجع: الموقع الرسمي لوزارة التضامن الوطني والأسرة وقضايا المرأة لمعرفة استراتيجية القطاع.

ورئيسة مجلس دولة وعميدة في الجيش وعميد أول في الشرطة وسفيرة وغيرها من المناصب القيادية. وهو ما ورد في تقرير الجزائر الذي رفع للجنة حقوق الإنسان العربية في شهر مارس 2011.¹

المبحث الخامس : حقوق المرأة و قانون الأسرة :

عرفت الجمهورية الجزائرية صدور أول قانون للأسرة بموجب القانون 11/84 المؤرخ في 9 يونيو 1984.²

وجاء هذا النص مقرا جملة من الحقوق للمرأة والأحكام المتعلقة بالأسرة من ذلك ما أعلنت عنه المادة 7 أن أهلية الزواج بالنسبة للمرأة حددت ببلوغها سن 18 سنة، بينما حددت أهلية الرجل بـ21 سنة. علما أن المادة 40 من القانون المدني حددت سن الرشد المدني بـ19 سنة. بما يعني تباين واختلاف أحكام الأهلية بشأن المرأة بين قانون الأسرة والقانون المدني باعتبار هذا الأخير الشريعة العامة.

ونصت المادة 9 أن الزواج يتم برضا الزوجين. وبينت المادة 10 صيغ الرضا. أما المادة 11 فنظمت أحكام الولاية في الزواج مقرة أن الذي يتولى تزويج المرأة هو أبوها فأحد أقاربها الأولين.

وبالنسبة لخيارات الزواج وحرية الزوجة في الارتباط بمن شاءت جاءت المادة 12 من القانون مشددة على الولي ألا يمنع من كانت تحت ولايته في الزواج وكان أصلح لها. وإن تم المنع فللقاضي أن يرخص بالزواج. ومنعت المادة 13 الولي من أن يجبر من تحت ولايته على الزواج فلا يبرم عقد زواج إلا برضاها وموافقتها.

وعن واجبات الزوج نحو زوجته جاءت المادة 37 من قانون الأسرة ملزمة الزوج بواجب النفقة والعدل في حالة التعدد. وتمكين زوجته من حق زيارة أهلها. وحققها في التصرف في أموالها.

وعن حالات فك الرابطة الزوجية بالتطليق جاءت المادة 53 معلنة عن هذه الحالات وحصرتها في حالة عدم الإنفاق، والعيوب التي تحول دون تحقيق أهداف الزواج، وفي الهجر في المضجع، وفي الغيبة بعد مرور سنة، وفي الحكم بعقوبة شائنة تمس بشرف الأسرة، وفي كل ضرر معترف به شرعا.

ومن باب التقليل من حالات الطلاق نصت المادة 48 أن الطلاق يثبت بحكم فلا يكفي النطق به، ويلزم القاضي بإجراء جلسة صلح لمدة ثلاثة أشهر.

أما الخلع أو المخالعة كما تسمى فقد خصص لها المشرع مادة واحدة هي المادة 54 حيث جاء فيها: (أنه يجوز للزوجة أن تخلع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صدق المثل وقت الحكم).

وعرف قضاء المحكمة العليا في غرفتها الشخصية اضطرابا في تكييف الخلع نتيجة عدم وضوح النص، وطرح السؤال الجوهري هل للقاضي سلطة في فرض الخلع على الزوج في حال رفضه، أم أن الأمر قصر على إرادة الزوج ولا يملك القاضي فرضه؟

¹ - أنظر: التقرير الذي رفعته الجزائر للجنة حقوق الإنسان العربية في شهر مارس 2011، ص 66.

² - أنظر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 24 لسنة 1984.

لقد ذهبت المحكمة العليا في بداية الأمر إلى تدعيم الرأي القائل أن الخلع عقد نابع من إرادة أطرافه، ولا يجوز للقاضي فرضه على الزوج في حال عدم موافقته عليه. ويتجلى ذلك من خلال قرارات كثيرة صدرت عن المحكمة العليا من ذلك قرارها بتاريخ 19/02/1969 حيث ذهبت المحكمة إلى القول: (من المقرر شرعا وقانونا بأن الخلع هو طلاق بإرادة الزوج المنفردة مقابل مال تدفعه له الزوجة يتم الاتفاق عليه، ومن ثم فإنه لا يجوز للقاضي الحكم به دون رضا الزوج).

وتأكد ذات التوجه في قرار آخر بتاريخ 12/03/1969 فذهبت المحكمة للقول: (ليس الخلع في القانون إلا طلاقا صادرا عن إرادة الزوج المنفردة يحصل مقابل أداء الزوجة له تعويضا يقدر باتفاق الطرفين.

غير أن عرض الزوجة الخلع لا يحولها أي حق ولا أثر له على إبقاء روابط الزوجية إذا لم يرض الزوج به).

وسارت المحكمة العليا في قرارات كثيرة مكرسة لنفس التوجه والتكييف إلى درجة أنها كيفت الخلع بأنه عقد رضائي ولا يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه. وهذا ما تجلّى في القرار المؤرخ 11/06/1984¹.

غير أن هذا الاجتهاد القضائي تغير واستقر على منح القاضي سلطة فرض الخلع ولو رفضه الزوج ويعترف له في الحكم بعوض مالي يساوي صداق المثل . وهو ما طبقتته المحكمة العليا في كثير من قراراتها كالقرار الصادر بتاريخ 21/07/1992. الملف 83603. والقرار الصادر بتاريخ 16/03/1999 الملف رقم 216239 وكلا القرارين منشورين في مجلة الاجتهاد القضائي².

واعترفت المادة 64 من قانون الأسرة للمطلقة بحقها في حضانة مولودها . وحددت المادة 65 سن الحضانة بالنسبة للذكر بـ10 سنوات وبالنسبة للأنثى بسن الزواج. كما اعترفت المادة 74 للزوجة بحق النفقة. وحققها في التعويض عن الأضرار الناتجة عن فك الرابطة الزوجية وهو ما حملته المادة 52 من قانون الأسرة. وتكريسا لمبدأ سلطان الإرادة لأطراف العقد جاءت المادة 19 معلنة أن للزوج والزوجة اشتراط ما يريانه صالحا في عقد الزواج.

-تعديل قانون الأسرة والقفزة النوعية في مجال حقوق المرأة :

عرف قانون الأسرة الجزائري تعديلا بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005³ وشمل التعديل العديد من المجالات ذات العلاقة بالمركز القانوني للمرأة وترقية حقوقها تجسيدا لالتزامات الدولة الخارجية أو الدولية خاصة بعد التصديق على اتفاقية الأمم المتحدة والمتعلقة بالقضاء على أشكال التمييز ضد المرأة.

وجاءت المادة 7 معلنة عن توحيد قواعد أهلية الزواج بين الرجال والنساء وحددتها بـ19 سنة. وقبل هذا التاريخ شهدنا اختلافا في مجال الأهلية بين الرجل والمرأة، فحدد سن 21 سنة بالنسبة للرجل وسن 18 سنة بالنسبة للمرأة. وشهد الواقع القضائي العديد من الإشكالات الناتجة خاصة عند تطبيق أحكام الترشيد، فقد يمنح القاضي رخصة لمن لم ترشد بعد للزواج، أي قبل بلوغها سن 18 سنة، وعند حدوث خلاف لا تتمكن من حق اللجوء للقضاء طالما لم

¹ - أنظر: الدكتور بلحاج العربي، قانون الأسرة معلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 286 وما بعدها

² - أنظر: مجلة الاجتهاد القضائي الصادرة عن قسم المستندات والوثائق بالمحكمة العليا 2001، ص 134

³ - أنظر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 151 لسنة 2005.

يكتمل بعد رشدھا المدني والمقرر ب 19 سنة. لأن المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية في ذلك الوقت كانت تشترط لرفع الدعوى توافر جملة من الشروط من بينها شرط الأهلية. وفسرت وقتھا بالأهلية المدنية المحددة ب 19 سنة.

ولعل من محاسن هذا التعديل أنه مكننا من إحداث نوع من الانسجام في أحكام الأهلية بين قواعد القانون المدني باعتبارھا الشريعة العامة، وبين قواعد قانون الأسرة، وهو ما بعث ارتياحا كبيرا لدى الأسرة القضائية والقانونية نتيجة هذا التوحيد.

وعلى صعيد آخر ومن باب تكريس الحماية الصحية للأسرة تدخل التعديل وفرض ضرورة تقديم وثيقة طبية قبل الزواج تثبت خلو كل من الزوج والزوجة من أي مرض يتعارض مع الزواج . وينبغي أن لا يزيد تاريخ هذه الوثيقة عن 3 أشهر. وهو ما قررته المادة 7 مكرر من التعديل المشار إليه .

وجاءت المادة 8 بعد التعديل لتضبط أحكام تعدد الزوجات باسئراط الرضا المسبق للزوجة أو الزوجات وللزوجة الجديدة. وإناطة الدور هنا لرئيس المحكمة باعتباره الجهة التي ترخص بالزواج، بعد التأكد من الموافقة والرضا، وثبوت قدرة الزوج على العدل بين الزوجات وعلى توفير الشروط الضرورية للحياة. وفي حال التدليس أو إخفاء المعلومات يحق للمرأة رفع دعوى قضائية ويفسخ الزواج قبل الدخول طبقا للمادة 8 مكرر.

وأكدت المادة 9 على تبادل الرضا في عقد الزواج. أما المادة 11 من التعديل فقد اعترفت للمرأة الراشدة بحقھا في إبرام عقد الزواج بحضور وليھا وهو الأب أو أحد أقاربھا أو أي شخص تختاره¹. وأعلنت المادة 13 أنه لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته عن الزواج ولا يجوز أن يزوجه بدون موافقتها².

ومن باب تطبيق وفرض سلطان الإرادة اعترفت المادة 19 للزوجين بأن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق له الشروط التي يريانها ضرورية ولا سيما تعدد الزواج وعمل المرأة. علما أن هذين الأمرين تسببا في العديد من حالات الطلاق وفي تشريد أعضاء الأسرة الواحدة³.

وفصلت المادة 36 في واجبات الزوجين بما يبعث استقرارا في الحياة الزوجية ففرضت المعاشرة بالمعروف، وتبادل المودة والرحمة، والتعاون المشترك، والتشاور في تسيير شؤون الأسرة، وحسن المعاملة، والحفاظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين بالحسنى وحق الزيارة للأبوين.

¹ قضت المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 30-03-1993 الملف 90468 بأن امتناع الأب عن تزويج ابنته الراشدة بدون مبرر- إذن القاضي بالزواج تطبيق صحيح القانون.

أنظر: مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، العدد الخاص، المحكمة العليا، قسم الوثائق، 2001، ص 47.

² قضت المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 12-03-2008 تحت رقم 415123 بأنه لا يمكن للقاضي حتى بعد إبرام عقد الزواج إجبار الزوجة على إتمام مراسم الدخول بھا.

أنظر: المجلة القضائية، المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الأول، 2008، ص 215.

³ قضت المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 12-04-2006 تحت رقم 358665 بأن الزوجة تقيم كقاعدة عامة حيث يقيم زوجها وبحق لها اشتراط تحديد مكان الإقامة الزوجية عند أو بعد إبرام عقد الزواج.

أنظر: المجلة القضائية، المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الأول، 2006، ص 491.

واعترفت المادة 37 للمرأة بحقها في ذمة مالية مستقلة باعتبارها شخصية قانونية تتمتع بانفصال عن الرجل ولها كيان مستقل . ولا يمنع هذا الاستقلال من الاتفاق حول الأموال المشتركة بين الزوجين التي يتم اكتسابها خلال مسار الحياة الزوجية.

وتقليلا من حالات فك الرابطة الزوجية جاءت المادة 49 في صياغتها الجديدة معلنة أن حكم الطلاق لا يصدر إلا بعد إجراء محاولات صلح من جانب القاضي الشخصي¹ وكان النص القديم في صياغته اللفظية يتحدث عن محاولة صلح.

وأقرت المادة 52 بعد تعديلها أنه إذا تبين من خلال وقائع الدعوى تعسف الزوج حكم عليه القاضي بالتعويض جبرا للضرر الذي يلحق بالمطلقة. وهذا ما تدعمه القواعد العامة في مجال المسؤولية.

وفصلت المادة 53 بعد التعديل في حالات التطليق معترفة للمرأة بحقها في فك الرابطة الزوجية في حالة عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بثبوته ما لم تكن الزوجة على علم بإعسار الزوج وقت الزواج. كما اعترفت للمرأة بحقها في التطليق عند ثبوت العيوب التي تحول دون تحقيق الزواج، وهجر المضجع لمدة تتجاوز 4 أشهر، والحكم على الزوج في جريمة تمس بشرف الأسرة، والغيبة بعد مرور سنة دون عذر ولا نفقة، والشقاق المستمر بين الزوجين.

أما عن الخلع فجاءت المادة 54 واضحة بإقرارها أن الخلع لا يحتاج إلى موافقة الزوج، بل يدخل في صميم السلطة التقديرية للقاضي بناء على طلب الزوجة.² وتميز الخلع قبل التعديل بالغموض الكبير، الأمر الذي ترتب عليه اضطراب وعدم استقرار فيما تعلق بجتهادات المحكمة العليا في غرفتها الشخصية كما رأينا. فتارة تؤكد أنه لا يجوز للقاضي فرض مبدأ الخلع على الزوج في حال رفضه له. وتارة أخرى تؤكد أنه يجوز للقاضي فرض الخلع على الزوج ولو لم يرض به. ومن مزايا التعديل وضوح سلطة القاضي ومركز كل من الزوج والزوجة.³

وجاءت المادة 57 في شكلها الجديد لتكرس نوعا من الدعاوى الشخصية من ذلك الدعاوى المتعلقة بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن، وهي في مجملها ساهمت في بعث تقدم كبير على صعيد حقوق المرأة عامة وحقوق المرأة المطلقة خاصة.

¹ قضت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والموارث بتاريخ 18-06-1991 الملف 75141: بأن الحكم بالطلاق دون إجراء محاولة الصلح خطأ في تطبيق القانون. فقضاة الموضوع الذين قضوا بالطلاق بين الزوجين دون القيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

أنظر: المجلة القضائية، المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الأول، 1993، ص 65.

ونصت المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأن محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية.

² قضت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والموارث بتاريخ 14-06-2006 تحت رقم 258613 بأن طلب الخلع حق للزوجة بعد الدخول وليس قبل الدخول.

أنظر: المجلة القضائية، المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الثاني، 2006، ص 421.

³ قضت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والموارث بتاريخ 21-07-1991 الملف 83603 بأن تطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج تطبيق صحيح القانون.

أنظر: مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، قسم الوثائق العدد الخاص، 2001، ص 134.

وأنظر قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 16-03-1999 ملف 216239 منشور في نفس العدد، ص 138.

وقرارها الصادر عن ذات الغرفة بتاريخ 11-06-1984 تحت رقم 33652 منشور بالمجلة القضائية، المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الثالث، 1989، ص 38.

وعن مسقطات الحضانة أعلنت المادة 67 في صياغتها الجديدة أن عمل المرأة لا يمكن أن يشكل سببا موجبا لإسقاط الحضانة. وضمن سياق الأحكام الجديدة للحضانة ألزم الأب بأن يوفر للحضانة سكنا ملائما، وإن تعذر عليه ذلك ألزم قانونا بدفع بدل الإيجار. وهذا ما نصت عليه المادة 72 من قانون الأسرة.

وجدير بالذكر أن جملة التعديلات التي عرفها قانون الأسرة سنة 2005 والجاري بها العمل اليوم على مستوى المحاكم والمجالس القضائية والحكمة العليا جاءت بالأساس لترجم التزامات الجزائر الدولية وتجسيدها خاصة لمضمون المادة 16 من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالقضاء على أشكال التمييز ضد حقوق المرأة.

الخاتمة :

لعله تبين لنا مما سبق ذكره وبيانه أن النصوص الدولية أولت عناية خاصة بحقوق المرأة باعتبارها إنسانا أولا، وعاملا أساسيا من عوامل التنمية. وتجلت هذه العناية في كثير من المواثيق يأتي على رأسها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ثم العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

وتجلت القفزة النوعية للمجتمع الدولي خاصة في إقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ولاتفاقيات كثيرة أخرى ذات الصلة بقضايا وشؤون المرأة عموما.

ودعما للجهود الدولية انضمت الجزائر كما بينا من خلال هذه الدراسة لمجموع هذه المواثيق والاتفاقيات وصادقت عليها بموجب نصوص رسمية داخلية. وهو ما استوجب تعديل تشريعات قائمة، منها قانون الأسرة لسنة 1984 وكذلك قانون الجنسية لسنة 1970 وتشريعات أخرى ذات الصلة بقضايا المرأة. كما استدعى الانضمام لاتفاقية سيداو تحديدا العمل على ترقية حقوق المرأة خاصة من الناحية السياسية وهو ما برر ظهور القانون العضوي الصادر في يناير 2012 المتعلق بتوسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة كالمجلس الشعبي الوطني والمجالس الولائية والمجالس البلدية حيث فرضت على القوائم نسب محددة من التمثيل النسوي وإلا عدت قائمة الترشح الحرة أو الحزبية مرفوضة شكلا.

بدائل العقوبات السالبة للحرية في التشريع الجزائري

(عقوبة العمل للنفع العام نموذجا)

*Sentences of imprisonment alternatives in the Algerian legislation
(Penalty Public utility work model)*



إعداد الدكتورة أمحمدي بوزينة أمنة

أستاذة محاضرة قسم (ب) كلية الحقوق

والعلوم السياسية جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف

Email : amna_bouzina@yahoo.fr

ملخص :

أثبتت التجربة العملية عدم جدوى العقوبة السالبة للحرية في تحقيق الردع والتأهيل والإصلاح، على اعتبار أن هذه الأخيرة تتميز بالقسوة وسلب الحرية من الفرد؛ إذ تشير الإحصائيات إلى أن جرائم العود في تزايد مستمر، وأن السجون أصبحت لا تحتمل استيعاب العدد الهائل والمضطرد من المجرمين، فقد اهتمت السياسة العقابية المعاصرة بالبحث عن بدائل عقابية تحل محلها، وتعتبر عقوبة العمل للنفع العام في الوقت الحالي من أهم هذه البدائل، حيث تعاقبت التشريعات المقارنة على الأخذ بها كوسيلة لإصلاح وتأهيل المحكوم عليهم وإعادة إدماجهم في المجتمع، ولقد حذا المشرع الجزائري حذو التشريعات الأخرى التي تبنت هذه العقوبة وأخذ بها في سنة 2009 كعقوبة بديلة لعقوبة الحبس النافذ المنطوق بها والتي لا تتجاوز السنة، وقد حاولنا من خلال هذه الدراسة تسليط الضوء على كل ما يتعلق بهذه العقوبة وما يميزها بإبراز الدور الإيجابي لعقوبة العمل للنفع العام كبديل للعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة.

الكلمات الدالة : العقوبة السالبة للحرية، بدائل العقوبة، العمل للنفع العام.

Abstract : Proven practical experience of the futility of negative punishment of freedom to achieve deterrence, rehabilitation and reform, on the grounds that the latter is characterized by cruelty and deprivation of liberty of the individual; the statistics indicate that the lute crimes continues to increase, and that the prison has become unbearable accommodate the huge number and the steady criminals, has It focused on punitive politics of contemporary search for punitive alternatives to replace them, and considered the death to work for the public benefit at the moment of the most important of these alternatives, where successive legislation

comparison introduced as a means of reform and rehabilitation of sentenced persons and re-integration into society, and I have followed the Algerian legislature the example of other legislation that adopted This penalty and took in the year 2009 alternative punishment to imprisonment in force operative and which does not exceed the year, we have tried through this study to shed light on all matters relating to the death penalty and what distinguishes it by highlighting the positive role of the death work public utility as an alternative for negative punishment short of freedom period.

Key words : Negative punishment for freedom, alternatives to punishment, public utility work.

مقدمة :

أظهرت التجربة في كل العصور أن العقوبات القاسية لم تمنع الأشخاص من اقتراف الجرائم، وهذا يعزز الاعتقاد بأن قسوة العقوبة، فلا يحدث أثره في النفس البشرية بقدر ما تحدده مدة العقوبة؛ لأن النفس البشرية تتأثر بشكل عميق ودائم بالانطباع الخفيف إذا كان متكررا ومستمرا أكثر من تأثرها بالفعل الفظيع لكنه مؤقت وسريع، وبالتالي فمن الضروري البحث عن آليات جديدة تضمن ردع وتأهيل وإصلاح الجاني وتقلل من اللجوء للعقوبات السالبة للحرية إن لم نقل تعويضها بما يسمى بدائل العقوبة، لذلك؛ فإن أهمية هذه الدراسة تكمن في تبيان القيمة العملية والعلمية للقواعد القانونية التي يمكن تشريعها لوضع هذا النظام، أي العقوبة البديلة، في إطار تشريعي يؤدي الغرض منه بحيث يتيح المجال الأكبر شريحه من المحكوم عليهم للاستفادة من هذا النظام؛ اذا توافرت شروط تطبيقه عليهم، وبالتالي الوصول إلى اصلاح وتأهيل المحكوم عليه بواسطة العقوبة البديلة للعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة لما لهذا النظام من فوائد لكل من المجتمع والمحكوم عليه، ومن تحقيقها للكرامة الانسانية للمحكوم عليه، وبذات الوقت تحقيقها للهدف الكامن خلف العقوبة السالبة للحرية وهو الزجر الخاص والعام وصولا لاصلاح وتأهيل المحكوم عليه.

وبعد العمل للنفع العام في الوقت الحالي من أهم بدائل النظام العقابي التقليدي التي تبنتها السياسة العقابية المعاصرة كبديل للعقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة وتعاقبت التشريعات المقارنة على الأخذ بها كوسيلة لإعادة التأهيل وإدماج المحكوم عليهم، وذلك بعدما كان العمل في الماضي يحمل صفة العقوبة وكان يستعمل كوسيلة لزيادة إيلاام سلب الحرية أين كانت شدة العمل وقسوته مرتبطة بشدة العقوبة، لكن مع تطور الدراسات العقابية نحو إنسانية العقاب أصبح ينظر إلى العمل على أنه وسيلة إعادة تأهيل الجانحين وإصلاحهم دون سلب حريتهم وقد أصبح بذلك بديلا فعالا للعقوبة السالبة للحرية.

ومن بين أهم التشريعات التي تبنت هذا النوع من العقوبات البديلة نجد التشريع الأمريكي عام 1970 وكذلك للتشريع الإسكتلندي عام 1978، والتشريع الفرنسي عام 1983، وقد انتهج المشرع الجزائري نهج العديد من التشريعات المقارنة في محاولتها قلب نظام العقوبات السالبة للحرية إلى نظام تقليص الحرية؛ وذلك بإدراج عقوبات بديلة للعقوبة السالبة للحرية منها عقوبة العمل للنفع العام، فنص على العقوبات البديلة بموجب القانون رقم 04/05 المؤرخ في 6 فيفري 2005 المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، وتبعاً لذلك نص على عقوبة العمل للنفع العام بموجب القانون 01/09 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المعدل والمتمم للأمر رقم 156/66 المتضمن قانون العقوبات وتحديدا في المواد من 5 مكرر 1 إلى 5 مكرر 6.

وحرصا على التطبيق السليم لهذه العقوبة البديلة، صدر المنشور الوزاري رقم (02) الصادر في 2009/4/21 المتضمن كفايات تطبيق عقوبة العمل للنفع العام، الذي اعتبر هذه العقوبة تعريزا للمبادئ

الأساسية للسياسة الجنائية والعقابية التي تركز على احترام حقوق الإنسان، وتحقيق إعادة الإدماج الاجتماعي للمحكوم عليه.

وفي ظل عجز عقوبة الحبس قصيرة المدة عن ردع المحكوم عليه وإصلاحه وإعادة إدماجه في المجتمع، نتساءل ماذا نعني ببدايل العقوبة السالبة للحرية؟ وهل أن المشرع الجزائري قد وفق بإستبدال العقوبات السالبة للحرية بوسائل أكثر إصلاحاً للمحكوم عليه؟ وهل تعتبر عقوبة العمل للنفع العام كبديل للعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة أداة فعالة لإعادة تأهيل وإصلاح المحكوم عليه؟

ذلك ما نحاول معالجته من خلال هذا البحث وفقا للخطة التالية :

المبحث الأول : بدائل العقوبة السالبة للحرية.

المطلب الأول : المقصود بدائل العقوبة السالبة للحرية وأنماطها.

المطلب الثاني : أنماط بدائل العقوبة السالبة للحرية.

المبحث الثاني : عقوبة العمل للنفع العام كعقوبة بديلة للحبس القصير المدة.

المطلب الأول : مفهوم عقوبة العمل للنفع العام.

المطلب الثاني : آليات تطبيق عقوبة العمل للنفع العام.

المبحث الأول : المقصود بدائل العقوبة السالبة للحرية وأنماطها :

لقد أثبت الفقه الجنائي وكذا الإحصاء الجنائي الضرورة الملحة لتطوير نظام العقوبات بما يتماشى والحد من ظاهرة الجريمة المستفحلة في المجتمع، من خلال الحد قدر الإمكان من آثار العقوبة السالبة للحرية؛ وهذا ما تبنته التشريعات المختلفة والتشريع الجزائري تماشيا والسياسة الجنائية المعاصرة.

المطلب الأول : تعريف بدائل العقوبة السالبة للحرية :

هو نظام يتيح إحلال عقوبة من نوع معين محل عقوبة من نوع آخر قضائيا؛ سواء تم الإحلال ضمن حكم الإدانة أو بعده، ويتم ذلك عند تعذر تنفيذ العقوبة الأصلية؛ أو قيام احتمال تعذر تنفيذها أو إذا كانت العقوبة البديلة أكثر ملائمة من حيث التنفيذ بالقياس إلى العقوبة المحكوم بها بداية منظورا في ذلك حالة المتهم.

والسياسة الجنائية الحديثة تهدف إلى مكافحة الجريمة عن طريق إيجاد بدائل للعقوبة السالبة للحرية والتي

يمكن تصورها على نطاقين:

أ- على المستوى التشريعي: وذلك من خلال الحد من اللجوء إلى السجن كعقوبة في بعض الجرائم.

ب- على مستوى المؤسسات العقابية: من خلال خلق فرص لعقوبات بديلة للسجن نظرا لظروف الجاني، ويمنح التقرير فيها قاضي تنفيذ العقوبة؛ وبالتالي فإن النظام البديل يمنح للقاضي نوعا من المرونة في تطبيق الجزاء بما يكفل إصلاح وتأهيل الجاني بحيث تتجلى أهمية بدائل العقوبة السالبة للحرية في تكريس السياسة الجنائية الحقيقية والفاعلة في إصلاح الجاني من خلال تعليمه حرفة يمتنها في إطار المنفعة العامة؛ فيخدم بذلك نفسه والمجتمع في أن واحد.

الفرع الأول : المقصود بدائل العقوبة السالبة للحرية :

يمكن تعريف العقوبة البديلة بأنها فرض عقوبة غير سالبة للحرية ضد المحكوم عليهم. وقد عرفها البعض بأنها مجموعة من البدائل التي يتخذها القاضي تتمثل في ابدال عقوبة السجن بخدمة يؤديها السجن لفئة من فئات المجتمع، أو لموقع خيرى أو الالتحاق بمرفق تعليمي يستفيد منه السجن بهدف اصلاحه وحمائته من الاذى وتقديم خدمة لمجتمعه.

يقول الدكتور كامل السعيد في تعريفه للعقوبة البديلة (لا يختلف تعريف العقوبة البديلة عن تعريف العقوبة الأصلية من حيث كونها عقوبة يفرضها الشارع الجزائي على من ارتكب الجريمة أو ساهم فيها بدلا من العقوبة الأصلية المتمثلة في الحبس لمدة قصيرة الهدف منها هو الحيلولة دون من يحكم عليه بها دخول السجن، أو مركز الإصلاح، فهي تخضع لكافة المبادئ التي تخضع لها العقوبة الأصلية).

وقد عرفها آخرون بأنها قيام المحكوم عليه بعمل دون أجر موجه لفائدة عامة الشعب بدلا من وضعه في المؤسسة العقابية؛ إذا توفرت شروط معينة حددها القانون، أو هي استخدام عقوبات غير سجنية بدلا من العقوبات السجنية⁽¹⁾.

كما عرفها البعض، بأنها الجزاءات الأخرى التي يضعها المشرع أمام القاضي لكي تحل بصيغة ذاتية أو موازية محل العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، فهي تفترض إذا إتخذ الإجراءات الجنائية وصدور حكم من القضاء، ولكن بدلا من صدور هذا الحكم بعقوبة سالبة للحرية، فإنه يصدر بعقوبة أو تدبير آخر لا ينطوي على سلب حرية المحكوم عليه⁽²⁾، ومثلها وقف تنفيذ العقوبة المنصوص عليه في المادة 284 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3 لسنة 2001، وتحويل عقوبة الحبس للغرامة المنصوص عليها في المواد 2\26 و2\100 من قانون العقوبات الاردني رقم 6 السنة 60 الساري في فلسطين؛ إذا لم تزد مدة العقوبة عن ثلاثة اشهر فيما خلا حالة التكرار بواقع نصف دينار عن كل يوم على أن يكون القرار القاضي بذلك معللا تعليلا سليما.

عرف بعض الباحثين بدائل السجن بأنها: "إتخاذ عقوبات غير سجنية ضد المذنبين"⁽³⁾، أو هي "استخدام عقوبات غير سجنية بدلا من العقوبات البديلة السجنية".

والملاحظ أن التعريف الثاني يخرج العقوبات المقيدة للحرية عموماً من مفهوم الإجراءات البديلة عن الحبس وأن التعريف الأول يحصر البدائل في عقوبة المذنبين، ولكي تشمل "الإجراءات البديلة عن الحبس" ما هو عقوبة وما ليس بعقوبة، فالأولى أن تعرف بأنها: "إتخاذ وسائل وعقوبات غير سجنية بدلا من استعمال السجن سواء كانت تلك الإجراءات المتخذة قبل المحاكمة أو أثناءها أو بعدها".

ويشير أحمد الحويطي إلى أن الاتجاه العام سواء على المستوى الدولي أو الإقليمي يتجه نحو استخدام الإجراءات البديلة عن الحبس، خاصة في الجرائم البسيطة، إلا أن هذا التوجه لا يزال محدودا من الناحية العملية⁽⁴⁾.

يتضح من هذه التعاريفات أنه لا يوجد تعريف واحد لمعنى العقوبة البديلة شأنها في ذلك شأن كافة المصطلحات في مجالات العلوم الانسانية التي تتشعب فيها التعاريف لمصطلحاتها؛ إلا أنها في النهاية تتفق في مضمونها على معنى واحد، وهو ذات الشيء بالنسبة لمعنى العقوبة البديلة الاصطلاحي؛ إذ أنه وبالرغم من أن التعريفات لهذا المعنى قد تشعبت؛ إلا أننا في نهاية المطاف نجد أنها قد اتفقت جميعها على أنها احلال العقوبة البديلة أيا كان نوعها محل العقوبة الأصلية السالبة للحرية القصيرة المدة وفي كل الحالات يكون الهدف منها تحقيق ذات هدف العقوبة الأصلية، وهو الزجر العام والزجر الخاص.

وهو الأمر الذي لا بد من خلاله أن نستطيع التوصل إلى تعريف للعقوبة البديلة بأنه: "العقوبة التي يفرضها القضاء على المحكوم عليه عوضا عن العقوبة الأصلية السالبة للحرية، والتي يجب أن تتفق معها في الهدف، وهو تحقيق الزجر العام والخاص، وأن يكون من شأنها إصلاح المحكوم عليه وتأهيله".

ولقد اتجهت السياسة الجنائية الحديثة في غالبية دول العالم إلى الاخذ بهذا النظام، فقد عقدت العديد من المؤتمرات الدولية في القرن التاسع عشر بغية حصر اللجوء إلى السجن، خصوصا عندما يكون المقصود بها الأحداث هؤلاء الذين يكونون محلا للعقوبات السالبة للحرية قصيرة الأجل، ويأتي في مقدمتها المؤتمر العقابي الدولي الثالث

في روما عام 1885 والذي عقد بغية الإجابة على التساؤل الثاني، ألم يكن من الأجدى أن يحل محل العقوبة بس عقوبة أخرى مقيدة للحرية مثل العمل بمنشآت عامة بدون حبس أو الحظر المؤقت في مكان محدد وأيضاً توجيه اللوم في حالة الخطأ اليسير.

وما لبثت أن أثرت مشكلة العقوبات البديلة مرة أخرى بمناسبة انعقاد مؤتمر (Petersburg saint) عام 1890 حيث طرح المشاركون فيه السؤال التالي، أي نوع من الجرائم في قانون العقوبات، وتحت أي شروط وإلى أي مدى يمكن قبول ما في التشريع⁽⁵⁾؟

وقد عقدت تحت رعاية الأمم المتحدة العديد من المؤتمرات التي كان هدفها منع وقوع الجريمة، وعلاج أسبابها، وقد أجريت العديد من الأبحاث منذ أكثر من نصف قرن في مختلف أنحاء العالم حول هذا الموضوع، ومن هذه المؤتمرات المؤتمر السابع للأمم المتحدة المنعقد في ميلانو في عام 1985 الذي إعتد على وجوب إتخاذ كافة التدابير والإجراءات الناجمة لمعالجة ظاهرة الاكتظاظ لدى السجناء والاستعاضة بقدر المستطاع عنها بالتدابير البديلة، وذلك من أجل إعادة تأهيل ودمج المحكوم عليهم في المجتمع، باعتبارهم جزء لا يتجزأ من النسيج الاجتماعي، وذلك من أجل إعادتهم أعضاء فاعلين في المجتمع، ففي توصيته رقم (16) شدد على وجوب إتخاذ التدابير اللازمة لعلاج ظاهرة تكديس السجناء، والاستعاضة ما أمكن عن عقوبة السجن بالتدابير البديلة والمؤهلة لإعادة دمج المحكوم عليهم في الحياة الاجتماعية كأعضاء فاعلين، وإذ يؤكد أن الإجراءات التي لا تشترط الحبس تمثل طريقة إنسانية لتسهيل جهود إعادة التأهيل التي تبذل بشأن الأفراد المحكوم عليهم فقد أوصى بما يلي :

1. يوصى بأن تعمل الدول الأعضاء على زيادة جهودها الرامية إلى الحد من الآثار السلبية للسجن.
2. يوصي الدول الأعضاء كذلك بتكثيف البحث عن الجزاءات المعقولة التي لا تشترط الحبس كوسيلة لتخفيض إعداد السجناء.

3. يطلب من لجنة منع الجريمة ومكافحتها أن تقوم بدراسة مسألة الجزاءات التي لا تشترط الحبس والتدابير الرامية إلى الاندماج الاجتماعي للمجرمين مع مراعاة جملة أمور.

ومن القواعد التي تولي الأمم المتحدة أهمية خاصة بها هي قواعد الأمم المتحدة الدنيا النموذجية للتدابير غير الاحتجازية (قواعد طوكيو) التي صدرت في الجلسة (68) في 14 كانون الأول 1990 التي يجب أن يهتم بها الباحثون، ويستفاد منها في دراساتهم وكذلك في حالة تبني هذا نظام العقوبات البديلة على المشرعين الأخذ بها، وتتضمن مبادئ لا يستغنى عنها في مجال العقوبات البديلة وهنا أشير إلى القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء والمبادئ الأساسية لمعاملة السجناء التي تطرقت أيضاً إلى معاملة السجناء كإنسان وأن يتمتع بكامل حقوق الإنسان والحفاظ على كرامته⁽⁶⁾.

ومن المفيد التأكيد كما سبقت الإشارة إليه أن القضاء عندما يلجأ إلى تقييد حرية المحكوم عليه، فإن ذلك يكون على خلاف الأصل العام وهو حرية الإنسان، وهو لا يقوم بذلك من أجل ايذائه، وإنما من أجل المحافظة على النظام العام والحفاظ على حرية كافة أفراد المجتمع، وأن هذا المبدأ يشمل جميع العقوبات الأخرى التي يلجأ إليها القضاء في بعض الحالات.

لذلك فاننا نرى أنه يمكن تعريف العقوبة البديلة بأنها إبدال عقوبة غير سالبة للحرية بعقوبة سالبة للحرية ينص عليها النظام القانوني اذا توافرت شروط معينة يرجع تقدير توافرها لقاضي الموضوع.

أما أهمية النظام البديل وتبنيه من قبل التشريعات المختلفة فيغني عن المحاولات المتكررة لملائمة السجن المغلق وتقريبه من الحياة الواقعية، كي يستطيع المحكوم عليه بعد الإفراج عليه التعايش مع الواقع، فبديل العقوبة السالبة للحرية قد يكون عمل في وسط مفتوح ووفق شروط معقولة بما يسمح بحماية حق المجتمع وحقوق الأفراد. إضافة إلى أن بدائل العقوبة تمثل اقتصادا في الجهد، والتكاليف بخلاف نظام السجون الذي بات محل سخط وقلق المؤسسات الحقوقية العالمية، كما أن نظام بدائل العقوبة يتماشى ومبدأ حق الفرد في حرته، حيث أن تطبيقه يتضمن الردع والتأهيل في أن واحد، بحيث يدرك المستفيد من هذا النظام مدى جرمه على اعتبار أن قاضي العقوبة له السلطة التقديرية في تقرير النظام البديل للعقوبة السالبة للحرية.

المطلب الثاني : أنماط بدائل العقوبة السالبة للحرية :

لقد عرفت التشريعات الحديثة أشكالا مختلفة للعقوبات والتدابير البديلة عن عقوبة الحبس قصير المدة وتتميز هذه البدائل في كون بعضها من داخل النظام الجنائي وبعضها من خارج النطاق الجزائي، والتي تتمثل في ما يلي :

الفرع الأول : البدائل من داخل النظام الجنائي :

تتميز هذه البدائل في كون بعضها من داخل النظام الجنائي نفسه أي من الأنظمة العقابية المنصوص عليها في قانون العقوبات أو هي أنظمة جديدة تم استحداثها وأدخلت كعقوبات مثل عقوبة النفع العام⁽⁷⁾ ، وعليه سنفصل فيها على النحو التالي :

1. العقوبات المالية : هي تلك التي تمس المدان في ذمته المالية، وتعد من مصادر الإيرادات للخزينة العمومية، حيث يتمثل الإيلاء في إلزام المحكوم عليه بدفع مبلغ من النقود وفي حالة اللجوء إليها كوسيلة لتفادي العقاب بالعقوبة السالبة للحرية فإن التشريعات قد أوجدت بعض الحلول لمشكلة إعسار المحكوم عليه وعدم قدرته على دفع الغرامة ومن هذه الوسائل : تأجيل تنفيذ الغرامة، تقسيط مبلغها، استبدال الحبس الإكراهي لعد الدفع بالشغل خارج السجن بعمل يدوي أو صناعي.

2. العمل للمنفعة العامة : هو قيام المحكوم عليه بعمل للنفع العام بدون أجر، بدلا من دخوله المؤسسة العقابية، وقد عرفت المادة (131) من قانون العقوبات الفرنسي في الفقرة الثامنة العمل للمصلحة العامة بأن العمل بلا مقابل لمصلحة شخصية معنوية عامة أو جمعية مخولة مباشرة أعمالا للمصلحة العامة، وهو نفس المفهوم الذي أعطاه له المشرع الجزائري في المادة (05) مكرر 1 من القانون رقم (01/09)⁽⁸⁾.

3. التعهد والكفالة بحسن السلوك : وهو أن تحكم المحكمة على المدان بأن يقدم تعهدا بحسن السلوك لمدة معينة - إذا كانت الجريمة جنحة - على أن يودع المحكوم عليه في صندوق المحكمة مبلغا من المال، تراعي المحكمة في تقديره حالته المالية، ولا يرد له في حال إخلاله بتعهده.

4. الإلزام بإزالة الأضرار وتعويض المجني عليه : بحيث يجوز للمحكمة بناء على طلب من المجني عليه أن تحكم على الفاعل بإزالة الأضرار التي أحدثتها جريمته، وتعويض المجني عليه، وفي حالة رفض المحكوم عليه تطبيق العقوبة، ويصب ذلك فيما يعرف بالصلح القانوني حسب المشرع الجزائري المادة (06) فقرة (04) قانون الإجراءات الجزائية.

5. المراقبة الالكترونية : تطرح كوسيلة للحد من العقوبة السالبة للحرية وهي طريقة لتنفيذ بعض العقوبات السالبة للحرية خارج السجن ويجري استعمال هذه الوسيلة في كل من كندا وأمريكا وهولندا وسويسرا وفرنسا ونيوزيلاندا وسنغافورة وأستراليا، وقد أقرها المشرع الفرنسي بالبيثة للعقوبات السالبة للحرية والتي لا تزيد مدتها على سنة.

وتتمثل في إلزام المحكوم عليه بالإقامة في مكان معين لمدة محددة وتتم مراقبة عم طريق جهاز إلكتروني يشبه الساعة يلزم بجملة ويمكن من ضبط الاتصال بت ومتابعته⁽⁹⁾.

6. نظام تحويل الدعوى الجنائية إلى الطريق الغير جنائي : هو أسلوب حديث يسمح بتفادي الحبس في أحوال معينة بالنسبة للمحكوم عليهم، ويطبق هذا النظام بصورة كبيرة في الولايات المتحدة في متابعة المدمنين على المخدرات والكحول؛ خاصة إذا رأى القاضي أن الطريق الجنائي لن يجدي نفعاً.

الفرع الثاني : البدائل من خارج النظام الجنائي :

هي البدائل التي تعتمد عليها الحكومات في سياستها الجنائية لكنها ليست مستمدة من النظام الجنائي نفسه نذكر منها :

1. العقوبات المقيدة للحقوق :

العقوبات السالبة أو المقيدة للحقوق تعني سلب أو تقييد بعض حقوق المحكوم مما يضيق من مجال نشاطه في المجتمع وهذا السلب أو التقييد للحقوق بسبب إيلاام المحكوم عليه لأنه يدينه دون سواه في المجتمع بسلب ثقة المجتمع فيه كذلك فإن تضيق مجال نشاطه في المجتمع يضعف إمكانية استغلال المحكوم عليه لإمكاناته مما ينقص ما يحظى بت من مغام أديبة أو مادية⁽¹⁰⁾.

وقد أخذ القانون الفرنسي بالعقوبات السالبة أو المقيدة للحقوق كعقوبات أصلية بديلة للحبس قصير المدة مند التشريع الصادر في 11 يوليو عام 1975، حيث نص هذا التشريع على عدة بدائل للحبس سالبة أو المقيدة لحقوق المحكوم عليه وذلك تجنباً لتعرضه لمساوئ الحبس قصير المدة، وقد حصرت المادة (131-6) من قانون العقوبات الفرنسي إحدى عشرة عقوبة سالبة أو المقيدة للحقوق مختلفة الجسامه وهذه العقوبات ما يلي :

- وقف ما يملكه الجاني من سيارة أو عدة سيارات بحد أقصى سنة.
- إلغاء رخصة قيادة الجاني المصاحب بحظر تسلّم رخصة جديدة بحد أقصى خمس سنوات.
- مصادرة ما يملك الجاني من سيارة أو عدة سيارات.
- حظر قيادة الجاني لسيارات معينة بحد أقصى خمس سنوات.
- سحب رخصة الصيد المصاحب بحظر تسليم رخصة جديدة بحد أقصى خمس سنوات.
- حظر حمل أو حيازة لسلاح واجب الترخيص بحد أقصى خمس سنوات.
- مصادرة ما يملكه الجاني من سلاح أو أكثر أو ما يكون له من حق التصرف فيه.
- المنع من مزاولة نشاط اجتماعي أو مهني بحد أقصى خمس سنوات.
- حظر إصدار شبكات بحد أقصى خمس سنوات.
- مصادرة ما تم استخدامه أو كان معداً لاستخدامه في ارتكاب الجريمة ومصادرة ما يتحصل من الجريمة باستثناء جرائم الصحافة من هذه المصادرة⁽¹¹⁾.

2. نظام وقف التنفيذ :

يقصد بنظام وقف تنفيذ العقوبة ذلك النظام الذي بمقتضاه ينطق القاضي بالعقوبة ويأمر بوقف تنفيذها لمدة معينة⁽¹²⁾، فإذا لم يرتكب المحكوم عليه أية جريمة تعبر عن خطورته الإجرامية وأثبت بذلك حسن سلوكه خلال تلك المدة سقط الحكم بالعقوبة واعتبر كأن لم يكن، أما إذا ارتكب جريمة خلال تلك المدة أمكن إلغاء وقف التنفيذ بحيث تنفذ عليه العقوبة المحكوم بها⁽¹³⁾، أو هو ذلك النظام الذي يرمي إلى إصلاح المجرم المحكوم عليه بإدانتته وعقابه عن

طريق تهديد بالحكم الصادر بالعقوبة فترة من الزمن تكون بمثابة فترة تجربة بحيث يعتبر هذا الحكم كأن لم يكن إذا مضت هذه الفترة دون أن يثبت ارتكاب المحكوم عليه لجريمة أخرى⁽¹⁴⁾.

فوقف التنفيذ إذا هو ثبوت ارتكاب الجريمة وتوافر كافة أركانها واستحقاق مرتكبها للعقاب، ولكن قدر المشرع في حدود معينة عن طريق السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي أن يعفي المحكوم عليه من تطبيق العقوبة خلال فترة محددة تكون بمثابة اختبار للمحكوم عليه⁽¹⁵⁾، وذلك بأن يفرج عن المتهم دون أن يوضع تحت الإشراف أو الرعاية، فإن أنقضت هذه المدة بغير صدور أحكام على المتهم سقط الحكم واعتبر كأن لم يكن، وإلا نفذت العقوبة الموقوفة إلى جانب عقوبات الأحكام التي ألغت وقف التنفيذ⁽¹⁶⁾.

3. الوضع تحت الاختبار:

يقصد بالوضع تحت الاختبار كعقوبة سالبة للحرية فرض مجموعة من الالتزامات على المحكوم عليه مع خضوعه لبعض تدابير الرقابة والمساعدة لمدة معينة تحددها العقوبة الصادرة ضده فإذا ما أحل بهذه الالتزامات أو التدابير تحولت العقوبة إلى عقوبة سالبة للحرية في الوسط المغلق⁽¹⁷⁾.

فالوضع تحت الاختبار نظام عقابي يستهدف تأهيل نوع من المجرمين المنتقلين بتجنبيهم دخول السجن مع تقييد حريتهم بفرض مجموعة من الالتزامات، بالإضافة إلى تقديم المساعدة الإيجابية لهم تحت التوجيه والإشراف والرقابة، فإن ثبت فشلهم سلبت حريتهم وبهذا يقوم نظام الوضع تحت الاختبار على أمرين:

الأول: هو تجنيب دخول الخاضعين له السجن واستبداله بتقييد حريتهم بفرض مجموعة من الالتزامات عليهم مع مساعدتهم ورقابتهم⁽¹⁸⁾.

والثاني: التجربة التي سيخضع لها المحكوم عليه من خلال الالتزامات والواجبات المفروضة عليه التقييد بها واحترامها طوال مدة العقوبة وإلا وقع تحت طائلة العقوبة السالبة للحرية من جديد باعتباره اثبت فشله في الإصلاح عن طريق العقوبة البديلة، مما يجعل إخضاعه لبرنامج علاجي داخل المؤسسة العقابية ضروريا⁽¹⁹⁾.

وتتمثل القيمة العقابية لنظام وضع الاختبار فيما يلي:

1. أن نظام وضع الاختبار يعتبر بديلا مهما للحبس القصير المدة، إذ أنه يجنب المحكوم عليه مساوئ الحبس القصير المدة، بالإضافة إلى أن هذا النظام يلائم بعض الطوائف من المجرمين الذين لا يكفي لإصلاحهم مجرد تفادي دخول السجن مع التهديد بذلك، بل يضيف إلى ذلك إخضاع المحكوم عليهم لتدابير رقابة ومساعدته وإشراف اجتماعي بما يكفل تأهيلهم وإصلاحهم على أكمل وجه.

2. يساعد الوضع تحت الاختبار الجاني على سرعة تأهيله اجتماعيا بتركه يعيش في وسط المجتمع ويتصل به مباشرة.

3. يمنح الوضع تحت الاختبار الجاني كثيرا من الحرية مع حماية المجتمع في ذات الوقت من أي سلوك غير سوى للجاني بما يحقق مصلحة الجاني والمجتمع في ذات الوقت.

4. يخفض الوضع تحت الاختبار من تكاليف مكافحة الإجرام التي يتحملها المجتمع بالمقارنة بتكاليف حبس الجاني وتحمل عبء مصاريفه، حيث ذكرت هيئة المحامين الأمريكية أن تكاليف الوضع تحت الاختبار تقل عن تكاليف الحبس من 10 إلى 13 مرة.

وقد أدخلته دول كثيرة في تشريعاتها مثل التشريع السويسري عام 1937، والتشريع البولندي عام 1932، والتشريع الألماني عام 1953 والتشريع الفرنسي عام 1958، حيث وصلت أمام محكمة الجنح في ذلك عام 1980

إلى (29243) حكماً وعام 1986 إلى (22490) حكماً، وعام 1987 إلى (22545) حكماً، وعام 1993 إلى (36589) حكماً⁽²⁰⁾.

ولتطبيق نظام الوضع تحت الاختبار كعقوبة سالبة للحرية، شروط تتعلق بالحكوم عليه وشروط تتعلق بالجريمة.

1. شروط تتعلق بالحكوم عليه : وتتمثل أساسا وقبل اللجوء إلى هذه العقوبة كبديل للعقوبة السالبة للحرية ينبغي أن تتعرف المحكمة على جميع جوانب الخاصة بشخصية الجاني وكذلك العوامل التي دفعته إلى ارتكاب الجريمة ودرجة الخطورة الإجرامية من خلال تقرير يعده المختصون.

2. شروط يتعلق بالجريمة : تقضي بعض التشريعات بحصر مجال تطبيق العقوبة البديلة الوضع تحت الاختبار فقط في بعض الفئات من الجرائم دون غيرها وان كانت تتفق في أن اللجوء لمثل هذه العقوبة يكون أساسا في مادة الجرح المتعلقة بالقانون العام دون غيرها⁽²¹⁾.

المبحث الثاني : عقوبة العمل للنفع العام كعقوبة بديلة للحبس القصير المدة :

تعد عقوبة العمل للنفع العام إحدى صور العقوبات البديلة المعاصرة التي اهتمت بها السياسة الجنائية الحديثة، وتجهت مختلف التشريعات الحديثة إلى تبني عقوبة العمل للنفع العام كعقوبة بديلة للعقوبة السالبة للحرية قصيرة الأمد مواكبة للتشريعات العالمية، وعليه سوف نقف على مدلول هذه العقوبة وآليات إعمالها في التشريع الجزائري.

المطلب الأول : مفهوم عقوبة العمل للنفع العام :

إن بيان مفهوم عقوبة العمل للنفع العام يمثل مقدمة للخوض في كل ما يتعلق بها، باعتبارها نظام عقابي يقوم على توفير معاملة عقابية تنطوي على التهذيب والإصلاح، وبالتالي سنحاول من خلال هذا المطلب الوقوف على تعريف بعقوبة العمل للنفع العام، من خلال ما يلي :

الفرع الأول : تعريف عقوبة العمل للنفع العام

سنحاول الوقوف على المقصود بعقوبة العمل للنفع العام، وبيان الطبيعة القانونية لهذه العقوبة البديلة، وأهميتها، من خلال ما يلي :

أولا : المقصود بعقوبة العمل للنفع العام :

يقصد بالعمل للنفع العام، العقوبة التي تصدرها جهة قضائية مختصة، تتمثل في القيام بعمل من طرف المحكوم عل للنفع العام بدون أجر، بدلا من إدخاله إلى المؤسسة العقابية لقضاء العقوبة السالبة للحرية، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة (5 مكررا1) من القانون رقم (01/09) المعدل والمتمم للقانون رقم (156/66) المتضمن قانون العقوبات⁽²²⁾.

كما يقصد بها قيام المحكوم عليه بعمل دون أجر موجه لفائدة عامة الشعب، بدلا من وضعه في المؤسسة العقابية في توفر شروط حددها القانون.

وقد لقي العمل للنفع العام كبديل للعقوبة قصيرة الأمد القبول في المؤتمرات الدولية لمكافحة الجريمة، حيث أكد المؤتمر الثاني للأمم المتحدة المنعقد في لندن سنة 1960 على أن الحل السليم للمشكلة المذكورة - الجريمة - يكون بالإقلال من توقيع العقوبة والسعي لاستبدالها بالعمل خارج الأسوار.

وقد عملت بذلك مجموعة من الدول منها سويسرا عام 1990 كمرحلة تجريبية، ثم أصبح العمل للنفع العام عقوبة أصلية مستقلة قائمة بذاتها منذ 2007 في قانون العقوبات السويسري.

في بلجيكا تم تطبيقها سنة 1994 وهو إما عقوبة تبعية لعقوبة الحبس، أو كشرط لانقضاء الدعوى العمومية. بعد ذلك عدل قانون العقوبات البلجيكي لتصبح عقوبة العمل للنفع العام عقوبة أصلية إذا كانت الجريمة لا تتجاوز عقوبتها خمس سنوات.

أما فرنسا، فقد تبنت ذلك بموجب القانون المطبق سنة 1984 وهي إما عقوبة أصلية وإما عقوبة تبعية لعقوبة الحبس قصير المدة.

أما المشرع الجزائري، فبموجب مشروع تعديل قانون العقوبات لاسيما المادة (5 مكرر1) منه، أين تم تحديد شروط وكيفية العمل بهذه العقوبة، فقد ذهب إلى اعتبار العمل للنفع العام كعقوبة بديلة للحبس تتمثل في قيام المحكوم عليه بعمل للنفع العام بدون أجر لدى شخص معنوي من أشخاص القانون العام أو جمعية مؤهلة لهذا الغرض⁽²³⁾.

فقد جاء في نص المادة (5 مكرر1) من قانون العقوبات الجزائري التي جاءت في الفصل الأول مكرر من الباب الأول من الكتاب يمكن للجهة القضائية أن تستبدل عقوبة «: الأول تحت عنوان: العقوبات وتدابير الأمن فإنه الحبس المنطوق بها بقيام المحكوم عليه بعمل للنفع العام بدون أجر، لمدة تتراوح بين أربعين (40) ساعة وستمئة (600) ساعة، بحساب ساعتين (2) عن كل يوم حبس في أجل أقصاه ثمانية عشر (18) شهرا، لدى شخص معنوي من القانون العام (4) وذلك بتوافر الشروط الآتية.....».

ويقصد بعقوبة العمل للنفع العام بأنها عقوبة مقيدة لحرية المحكوم عليه، وتكون بموافقة من أجل إنجاز عمل بدون أجر ذو نفع عام للجماعة⁽²⁴⁾.

وعرفت كذلك بأنها إلزام المحكوم عليه بأن يقوم بأداء أعمال مفيدة لمصلحة المجتمع، خلال عدد معين من الساعات وهذه الأعمال، يتم تحديدها سلفا وتؤدي مجانا وقت فراغ المحكوم عليه من أعماله المهنية أو الدراسية⁽²⁵⁾. وعرفها كذلك التشريع الإماراتي بأنها «: تكليف المحكوم عليه أداء العمل المناسب في إحدى المؤسسات أو المنشآت الحكومية التي تصدر بقرار من وزير العدل بالإتفاق مع وزيرى الداخلية والشؤون الإجتماعية»⁽²⁶⁾.

كما يقصد بهذه العقوبة إلزام المحكوم عليه بالقيام بعمل للمصلحة العامة لدى شخص معنوي من القانون العام (كالبلدية أو المؤسسات العمومية والإدارية) بدون مقابل خلال مدة تعيينها المحكمة⁽²⁷⁾.

ومن هنا يتضح أن عقوبة العمل للنفع العام جاءت كعقوبة بديلة لعقوبة الحبس قصير المدة، والهدف الأساسي منها هو تفادي مساوئها وبالخصوص بالنسبة للمجرمين الذين يتبين للقاضي من شخصيتهم أنهم غير خطرين، وبالتالي يتفادى إختلاطهم بغيرهم من المجرمين عن طريق إلزامهم بتأدية عمل لخدمة المجتمع، مع فرض بعض التدابير الخاصة بالرقابة والإشراف من طرف الجهات المختصة⁽²⁸⁾.

وتشير الإحصائيات أن المستفيدين من عقوبة العمل للنفع العام في تزايد مستمر منذ أن دخلت حيز النفاذ العام 2010، وتستبشر وزارة العدل خيرا بهذا الجزاء البديل الذي ساهم في تقليص فرص العودة إلى الإجرام، وكان هذا في الملتقى الدولي الذي نظمته وزارة العدل يومي 05 و 06 أكتوبر 2011⁽²⁹⁾.

ثانيا: أهمية عقوبة العمل للنفع العام:

لقد تبنت بعض التشريعات الحديثة ومنها التشريع الجزائري في مشروعه لتعديل قانون العقوبات عقوبة العمل للنفع العام كعقوبة بديلة للعقوبة السالبة للحرية قصيرة الأمد، نظرا للانتقادات الموجهة لعقوبة الحبس في كونها لم تعد مجدية وليست فعالة ومضرة بالمحكوم عليه الغير مسبوق قضائيا، وإضرارها بالعملية العقابية في مجموعها

وبصرف القائمين عليها عن متطلبات التقرير والإصلاح، إضافة إلى الإنفاق الزائد الذي تتكبده الخزينة العمومية، وكلها انتقادات تصب في مصلحة العقوبة البديلة ألا وهي عقوبة العمل للنفع العام. وقد وضعت هاته العقوبة للعديد من الأسباب من أهمها:

- أن يعاد إدماج المحكوم عليه اجتماعياً، حيث أن حبس الشخص وتقييد حريته بكل وسائل الإكراه لم يعد يجدي نفعاً في إصلاحه أي المحكوم عليه، فالمحكوم عليه الذي لم يحترف مهنة من قبل؛ إذ أن مرتكب السرقة البسيطة عاطل عن العمل في أغلب الحالات ولا يقدر قيمة العمل، ومن ثم فالعقوبة البديلة بالنسبة له فرصة يعالج بها النقص الموجود لديه ويساعد نفسه بنفسه في إعادة التأهيل.

- وتعد هذه العقوبة بديلاً هاماً عن عقوبة الحبس قصير المدة، إذ تجنب المحكوم عليه أضرار الاختلاط بغيره من السجناء داخل المؤسسة العقابية وتخضع لمطلق السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع، فقد يترأى لهذه الأخيرة بحسب وقائع الدعوى وشخصية الجاني أن التزام هذا الأخير بالعمل مع فرض بعض الالتزامات عليه يكفي لإصلاحه وإعادة تأهيله اجتماعياً⁽³⁰⁾.

- إن عقوبة العمل للنفع العام ليست حقاً للمحكوم عليه، إلا أن التشريعات الحديثة نصت عليها لما رأت فيه من أهمية، فزيادة على ما سبق ذكره فقد رأى المشرع السويسري أن العمل بالعقوبة البديلة للحبس من شأنه أن يشجع عملية الإدماج الاجتماعي للمحكوم عليه، ومن جهة أخرى تستفيد الدولة من تلك الطاقات بدل من بقائها حبيسة المؤسسات العقابية، وكذلك المشرع البلجيكي الذي رأى في هذا النوع من العقوبة طريقاً سليماً للتقليل من العقوبات السالبة للحرية التي تكلف خزينة الدولة أموالاً باهظة دون مقابل، فالأجدر النفع والاستنفاع.

أما المشرع الفرنسي، فقد ارتأى العمل بهذه العقوبة البديلة كونها تعويض للمجتمع عما لحق به من ضرر جراء الجرم المرتكب من المحكوم عليه، وأن المحكوم في بعض الأحيان لا تفيد معه عقوبة الحبس، كون الوقائع المنسوبة له لا تنم عن خطورته، وبالتالي العمل للنفع العام أصلح له من العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدى.

لذلك فإن السياسة الجنائية المعاصرة أصبحت تقرر بأهمية تطبيق وتفعيل التدابير الجزرية ذات الصبغة الإنسانية والإصلاحية بتأهيل من الجناة، فبات العقاب إنسانياً غير مؤلم، إلا بالقدر الذي يحقق أغراضه الإصلاحية، وتم تكريس مفاهيم جديدة للعقاب وإدماج نوع جديد من العقوبات الأصلية⁽³¹⁾.

أما في الجزائر، وباعتبار العقوبة البديلة جاءت بموجب القانون رقم (09-01) المؤرخ في 25 فيفري 2009 المعدل والمتمم لقانون العقوبات، في باب العقوبات المطبقة على الأشخاص الطبيعية بما يسمى "العمل للنفع العام" والتي تضمنته المواد من (5 مكرر1) إلى غاية (5 مكرر6) من قانون العقوبات.

ولكن يرجى من هذا التعديل أن يقلل الضغط على المؤسسات العقابية، وأن يساهم في إعادة تأهيل المحكوم عليه، كما تكون لهذه العقوبة البديلة دور في صيانة كرامة المحكوم عليه الغير مسبوق قضائياً والذي قد يقع في الجريمة خطأً كجريمة القتل الخطأ.

الفرع الثاني : شروط تطبيق العمل للنفع العام كعقوبة بديلة :

هناك اختلاف بسيط بين التشريعات المقارنة حول الشروط الواجب توفرها للعمل بهذه العقوبة البديلة⁽³²⁾؛ فالمشرع الجزائري حسب مشروع تعديل قانون العقوبات، لاسيما المادة (5 مكرر1) منه، وعملاً بأحكام هذه المادة فإن عقوبة العمل للنفع العام تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، إلا أن تطبيقها يتطلب احترام الإجراءات والشروط التي تم النص عليها ضمن نفس المادة، بالنظر لخصوصية العمل للنفع العام كعقوبة بديلة، وتتمثل الشروط المطلوبة في المتهم للحكم عليه بعقوبة النفع العام، فيما يلي:

- أن لا يكون المحكوم عليه مسبقا قضائيا، إذ يشترط لتطبيق عقوبة العمل للنفع العام أن يكون المتهم مجرما مبتدئا، بحيث لم يسبق الحكم عليه بجناية أو جنحة.
- أن لا تتجاوز عقوبة الجريمة المرتكبة 03 سنوات حبسا، حيث اشترطت المادة (05 مكرر1) من قانون العقوبات الجزائري، بأن لا تتجاوز عقوبة الحبس المقررة للفعل الذي ارتكبه الجاني ثلاث سنوات، حتى يستطيع القاضي الحكم بعقوبة العمل للنفع العام، ويتجه قصد المشرع هنا إلى إمكانية استبدال عقوبة الحبس بعقوبة العمل للنفع العام التي تخص الجرائم البسيطة دون غيرها⁽³³⁾.
- أن لا تتجاوز العقوبة المنطوق بها عليه عاما حبسا، غير أن للمحكمة أن تقضي به إذا كانت العقوبة المحكوم بها لا تتجاوز سنة واحدة حبسا⁽³⁴⁾، ومؤدى ذلك أنه لا يجوز للمحكمة أن تأمر بهذا التدبير إذا حكمت على الجاني بالسجن كما لا يجوز لها أن تأمر بت إذا كانت العقوبة المحكوم بها إعمالا للظروف المخففة تتجاوز سنة حبسا⁽³⁵⁾.
- أن لا يقل سن المحكوم عليه عن 16 سنة وقت ارتكاب الوقائع المنسوبة إليه، أشارت المادة 5 مكرر 1 من قانون العقوبات الجزائري، أن لا يقل سن المحكوم عليه عن سن 16 سنة وقت ارتكاب الفعل المجرم المنسوب إليه، وهو نفس السن المقرر كحد أدنى لسن العمل في الجزائر بموجب القانون رقم 11/90 المتعلق بعلاقات العمل⁽³⁶⁾، مع أنه تجب الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يضع حدا أعلى لسن المحكوم عليه المراد شموله بعقوبة العمل للنفع العام، وقد يكون المعني متقاعدا لبلوغه السن القانوني أو لسبب آخر، ولا يستبعد أن يكون السن كمانع من إفادة المحكوم عليه بالعمل للنفع العام، وقد يستعاض عنها بوقف تنفيذ العقوبة، متى توافرت شروطه على أن تمتع المعني بالدخل التقاعدي سيجعله في وضع مريح عند تنفيذ العمل للنفع العام بحقه⁽³⁷⁾.
- أن لا يطبق العمل للنفع العام، إلا بعد صيرورة الحكم أو القرار نهائيا.
- الموافقة الصريحة للمحكوم عليه، وذلك ما يستوجب حضوره جلسة النطق بالعقوبة، لاستطلاع رأيه بالموافقة أو الرفض، ومؤدى ذلك أنه لا يجوز الحكم بهذا التدبير إذا كان المتهم غائبا عن الجلسة أو إذا رفضه والحكمة من هذا الشرط أن تنفيذ هذه العقوبة يتطلب قدرا من التعاون بين المحكوم عليه وبين الأجهزة المشرفة على تنفيذ العقوبة وهو الأمر الذي لا يتحقق الا بقبول المتهم هذا النوع من العقوبة⁽³⁸⁾.
- وقد ورد هذا الشرط في المادة 5 مكرر 1 من قانون العقوبات الجزائري، حيث جاء فيها: "يتم النطق بعقوبة العمل للنفع العام في حضور المحكوم عليه ويتعين على الجهة القضائية قبل النطق بهذه العقوبة إعلامه بحقه في قبولها أو رفضها، على أن ينوه إلى ذلك في الحكم بما يعني أن عقوبة العمل للنفع العام لا تتعلق بالأحكام التي تصدر غيابية أو حظورية إعتبارية؛ إذ لا ينسجم أي منها مع لزوم إبداء المحكوم عليه لرأيه في قبول أو رفض العقوبة البديلة للحبس، هذا ما أكدته الفقرة الأولى من المنشور الوزاري رقم (2) لسنة 2009 بقول واضعيه: "وذلك ما يستوجب حضوره جلسة النطق بالعقوبة لاستطلاع رأيه بالموافقة أو الرفض"، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد سائر أغلب التشريعات العقابية التي أولت أهمية كبرى لرضا المحكوم عليه قبل الحكم بهذه العقوبة وتجب إكراهه على قبولها⁽³⁹⁾.
- إذا كانت عقوبة الحبس المنطوق بها، موقوفة النفاذ جزئيا، ومتى توافرت الشروط المذكورة أعلاه، يمكن للقاضي الحكم بهذه العقوبة، لتأتي المادة 5 مكرر 2 على ذكر أنه في حالة إخلال المحكوم عليه بالتزامات تنفيذ العقوبة، فإنه سينفذ عليه العقوبة المستبدلة، لعقوبة العمل للنفع العام⁽⁴⁰⁾، ويبقى تنفيذ وسيرورة تطبيق العقوبة تحت رقابة القاضي، للنظر في أي إشكال ينتج عنها والفصل فيه، كما يمكنه توقيفها أيضا لأسباب صحية أو عائلية أو اجتماعية، وهذا ما نصت عليه المادة 5 مكرر1 من قانون العقوبات الجزائري.

وغني عن البيان أنه يشترط أيضا - رغم عدم النص على ذلك - أن يكون المحكوم عليه قادرا على أداء العمل الذي تقرر أن يقوم به، ويتطلب هذا بدهاءة أن لا يكون مصابا بمرض يعجزه عن ذلك أو أن يكون مصابا بمرض يكون مصدر خطر بالنسبة لغيره من العمال⁽⁴¹⁾.

المطلب الثاني : آليات تطبيق عقوبة العمل للنفع العام :

بغرض توضيح وتوحيد آليات تطبيق عقوبة العمل للنفع العام وتفعيلها عمليا، صدر منشور وزاري رقم (2) مؤرخ في 21 أبريل 2009، المتعلق بكيفيات تطبيق عقوبة العمل للنفع العام، الذي يهدف إلى تبيان دور كل من قاضي الحكم والنيابة العامة وقاضي تطبيق العقوبات وكذا مختلف مصالح الجهات القضائية المعنية بمتابعة تنفيذ هذه العقوبة، فضلا على إبراز دور الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام المستقبلية للأشخاص المحكوم عليهم نهائيا بهذه العقوبة البديلة⁽⁴²⁾.

إن المشرع الجزائري، في مشروع تعديله لقانون العقوبات بنص المادة 05 مكرر الفقرة 2، على أن النيابة العامة بعد إخطارها من طرف قاضي تطبيق العقوبات بحالة إخلال المحكوم، عليه بالالتزامات المترتبة عن عقوبة العمل للنفع العام دون عذر جدي، وأن تطبق في هذه الحالة عقوبة الحبس⁽⁴³⁾.

كل هذه النقاط سنتعرض لها على النحو التالي :

أولا - تقدير مدة عقوبة العمل للنفع العام :

ومدة العمل للنفع العام أيضا تختلف من تشريع لآخر، وحسب المادة (5 مكرر1) من قانون العقوبات الجزائري؛ فإن المدة المقررة للعمل للنفع العام هي: بالنسبة للبالغين تتراوح ما بين 40 إلى 600 ساعة بحساب ساعتين عن كل يوم حبس وعلى المحكمة أن تحدد المدة التي يجب خلالها تنفيذ العمل للنفع العام بحيث لا تتجاوز 18 شهرا ومن الممكن وقف تنفيذ هذه العقوبة مؤقتا لأسباب صحية أو عائلية أو اجتماعية، أما الأحداث فالمشرع الجزائري دائما يخصصهم باستثناءات فالفترة التي تبلغ من العمر ما بين 16 إلى 18 سنة حددت مدة العمل لديهم بين 20 ساعة إلى 300 ساعة، أما أجل تنفيذ هذه العقوبة فهو 18 شهر كأقصى حد للفئتين البالغين والأحداث، بعد أن يصبح الحكم نهائيا⁽⁴⁴⁾.

أما في شأن من هم المعنيون بهاته العقوبة، فإن المشرع الجزائري لم يتركها هكذا بل وضع لذلك شروط تضمنتها المادة (5 مكرر1)، بدراسة هذه المادة نجد أن المشرع أعطى للقاضي سلطة تقديرية في تحديد مدتها.

ومن الناحية العملية، فإن القاضي يصدر حكمه بالعقوبة الأصلية ثم يعرض على المحكوم عليه إمكانية استبدال عقوبة الحبس المنطوق بها بعقوبة العمل للنفع العام، ويفترض هنا أن يكون القاضي قد توقع، خلال المداولة، فرضية قبول المحكوم عليه بالعقوبة البديلة وذلك مع مراعاة ما يلي :

- أن تتراوح مدة العمل للنفع العام بين 40 و 600 ساعة بالنسبة للبالغ.
- تطبق المدة بموجب ساعتين عن كل يوم حبس في حدود 18 شهرا.
- تتراوح مدة العمل للنفع العام بالنسبة للقصر بين 20 و 300 ساعة⁽⁴⁵⁾.

ثانيا - مضمون الحكم أو القرار الذي يقضي بعقوبة العمل للنفع العام :

إضافة إلى البيانات الجوهرية الأخرى التي يتضمنها الحكم أو القرار القضائي، يتعين ذكر ما يلي :

- العقوبة الأصلية في منطوق الحكم،

- استبدال عقوبة الحبس بعقوبة العمل للنفع العام،

- الإشارة إلى حضور المتهم في الجلسة مع التنويه إلى أنه قد أعلم بحقه في قبول أو رفض عقوبة العمل للنفع العام،

- تنبيه المحكوم عليه إلى أنه في حالة إخلاله بالالتزامات المترتبة عن عقوبة العمل للنفع العام تطبق عليه عقوبة الحبس الأصلية.

ثالثا- دور النيابة العامة :

يعهد في المجلس قضائي إلى نائب عام مساعد، بالإضافة لمهامه الأصلية، مهمة القيام بإجراءات تنفيذ الأحكام والقرارات التي تقضي بعقوبة العمل للنفع العام، على النحو الآتي :

1- التسجيل في صحيفة السوابق القضائية :

تطبيقا لأحكام قانون الإجراءات الجزائية لاسيما المواد 618 و 626 و 630 و 632 و 636 منه :

أ- تقوم النيابة العامة بإرسال القسيمة رقم (1) تتضمن العقوبة الأصلية مع الإشارة إلى أنها استبدلت بعقوبة العمل للنفع العام.

علما أنه إذا تضمنت العقوبة الأصلية، إلى جانب الحبس، عقوبة الغرامة، فإن هذه الأخيرة تنفذ بكافة الطرق المقررة قانونا، وكذا الشأن بالنسبة للمصاريف القضائية⁽⁴⁶⁾.

ب- يجب أن تتضمن القسيمة رقم (2) العقوبة الأصلية وعقوبة العمل للنفع العام.

ج- تسلم القسيمة رقم (3) خالية من الإشارة إلى العقوبة الأصلية وعقوبة العمل للنفع العام المستبدلة⁽⁴⁷⁾.

د- عند إخلال المحكوم عليه بالالتزامات المفروضة عليه في مقرر العمل للنفع العام، الذي يصدره قاضي تطبيق العقوبات، ترسل بطاقة لتعديل القسيمة رقم (1) للمعني لتنفيذ بصورة عادية كعقوبة حبس نافذة، مع تقييد ذلك على هامش الحكم أو القرار القضائي.

2- إجراءات تطبيق عقوبة العمل للنفع العام :

- بمجرد صيرورة الحكم أو القرار المتضمن عقوبة العمل للنفع العام نهائيا، ترسل نسخة من الحكم أو القرار النهائي بالإضافة إلى مستخرج منهما إلى النيابة العامة المختصة للتنفيذ.

- تقوم النيابة العامة في نفس الوقت بإرسال نسخة من الحكم أو القرار النهائي بالإضافة إلى مستخرج منهما إلى قاضي تطبيق العقوبات ليتولى تطبيق العقوبة⁽⁴⁸⁾.

رابعا- دور قاضي تطبيق العقوبات :

لقد أسندت المادة (5 مكرر3) من قانون العقوبات لقاضي تطبيق العقوبات مهمة السهر على تطبيق عقوبة العمل للنفع العام، ولهذا الغرض يقوم بما يلي :

1- إجراءات تطبيق عقوبة العمل للنفع العام :

بمجرد توصله بالملف من طرف النيابة العامة، يقوم قاضي تطبيق العقوبات بما يلي :

- استدعاء المعني بواسطة محضر قضائي في عنوانه المدون بالملف، وبنوه في هذا الاستدعاء إلى أنه في حالة عدم حضوره في التاريخ المحدد تطبق عليه عقوبة الحبس الأصلية⁽⁴⁹⁾.

- فعند الاقتضاء، لاسيما بسبب بعد المسافات، يمكن لقضاة تطبيق العقوبات، وفقا لبرنامج محددة سلفا، التنقل لمقرات المحاكم التي يقيم بدائرة اختصاصها الأشخاص المحكوم عليهم، للقيام بالإجراءات الضرورية التي تسبق شروعاتهم في تطبيق عقوبة العمل للنفع العام.

أ- في حالة امتثال المعني للاستدعاء :

* يقوم قاضي تطبيق العقوبات باستقبال المحكوم عليه ليتأكد من :

- هويته كما هي مدونة في الحكم أو القرار الصادر بإدانتته،

- التعرف على وضعيته الاجتماعية والمهنية والصحية والعائلية.

يمكن لقاضي تطبيق العقوبات الاستعانة بالنيابة العامة، للتأكد من صحة المعلومات التي يدلي بها المعني.

- عرض المعني على طبيب المؤسسة العقابية بمقر المجلس القضائي أو بمقر المحكمة، حسب الحالة، لفحصه وتحرير تقرير عن حالته الصحية لتمكين قاضي تطبيق العقوبات من اختيار طبيعة العمل الذي يتناسب وحالته البدنية، وعند الاقتضاء ولنفس الغرض، يمكن عرض المعني على طبيب آخر.

بناء على ذلك، يجرى قاضي تطبيق العقوبات بطاقة معلومات شخصية، تضم إلى ملف المعني.

* وبعد أن يكون قد كون فكرة عن شخصية المعني ومؤهلاته، يختار له عملاً من بين المناصب المعروضة التي تتلاءم وقدراته، والتي ستساهم في اندماجه الاجتماعي دون التأثير على السير العادي لحياته المهنية والعائلية⁽⁵⁰⁾.

أما بالنسبة لفئتي النساء والقصر ما بين 16 و18 سنة، يتعين على قاضي تطبيق العقوبات مراعاة الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بتشغيلهم وعدم إبعاد القصر عن محيطهم الأسري والاستمرار في مزاولة دراستهم عند الاقتضاء⁽⁵¹⁾.

وبالنسبة للمحكوم عليه بعقوبة العمل للنفع العام والذي كان رهن الحبس المؤقت، وعملاً بأحكام المادة (13) من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، تخصم مدة الحبس المؤقت التي قضاهما بحساب ساعتين عمل عن كل يوم حبس ثم تستبدل المدة المتبقية من عقوبة الحبس الأصلية ليؤديها عملاً للنفع العام.*
إثر ذلك يصدر القاضي مقررًا بالوضع يعين فيه المؤسسة التي تستقبل المعني وكيفيات أداء عقوبة العمل للنفع العام، ويجب أن يشمل هذا المقرر على الخصوص :

- الهوية الكاملة للمعني،

- طبيعة العمل المسند إليه،

- التزامات المعني،

- عدد الساعات الإجمالي وتوزيعها وفقاً للبرنامج الزمني المتفق عليه مع المؤسسة،

- الضمان الاجتماعي،

- التنويه إلى أنه في حالة الإخلال بالالتزامات والشروط المدونة في مقرر الوضع ستنفذ عقوبة الحبس الأصلية المحكوم بها عليه.

- يذكر على هامش المقرر تنبيه المؤسسة المستقبلية على ضرورة موافقة قاضي تطبيق العقوبات بطاقة مراقبة أداء عقوبة العمل للنفع العام وفقاً للبرنامج المتفق عليه وتبليغه عند نهاية تنفيذها، وكذا إعلامه فوراً عن كل إخلال من طرف المعني في تنفيذ هذه الالتزامات

يبلغ مقرر الوضع إلى المعني وإلى النيابة العامة وإلى المؤسسة المستقبلية وإلى المصلحة الخارجية لإدارة السجون المكلفة بإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين⁽⁵²⁾.

ب - في حالة عدم امتثال المعني لاستدعاء قاضي تطبيق العقوبات :

بحلول التاريخ المحدد وعند عدم حضور المعني رغم ثبوت تبليغه شخصياً بالاستدعاء ودون تقديم عذر جدي من قبله أو من نيوبه، يقوم قاضي تطبيق العقوبات بتحرير محضر بعدم المثول يتضمن عرضاً للإجراءات التي تم إنجازها - تبليغ الشخص، عدم تقديم عذر جدي - يرسله إلى النائب العام المساعد الذي يقوم بإخطار مصلحة تنفيذ العقوبات التي تتولى باقي إجراءات التنفيذ بصورة عادية بالنسبة لعقوبة الحبس الأصلية.

2- الإشكالات المتعلقة بتنفيذ عقوبة العمل للنفع العام :

عملا بأحكام المادة (5 مكرر3) من قانون العقوبات، تعرض جميع الإشكالات التي يمكن أن تعيق التطبيق السليم لعقوبة العمل للنفع العام على قاضي تطبيق العقوبات الذي يمكنه في هذا الصدد إتخاذ أي إجراء للفصل في إشكالات التي تعيق التطبيق السليم لعقوبة العمل للنفع العام وله في ذلك إتخاذ جميع الإجراءات اللازمة لحل هذه الإشكالات بتعديل البرنامج المحدد للعمل كتغيير أيام العمل أو الساعات المحددة وكذا تغيير المؤسسة المستقبلية.

3- وقف تطبيق عقوبة العمل للنفع العام :

وفقا لأحكام المادة (5 مكرر3) من قانون العقوبات الجزائي، يمكن قاضي تطبيق العقوبات، من تلقاء نفسه أو بطلب من المعني أو من ينوبه، أن يصدر موقفا بوقف تطبيق العقوبة إلى حين زوال السبب الجلي، متى استدعت ذلك الظروف الاجتماعية أو الصحية أو العائلية للمعني، على أن يتم إبلاغ كل من النيابة العامة والمعني والمؤسسة المستقبلية والمصلحة الخارجية لإدارة السجون المكلفة بإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، بنسخة من هذا المقرر يمكن لقاضي تطبيق العقوبات، عند الاقتضاء، إجراء كل التحريات، بمعرفة النيابة العامة، للتأكد من جدية المبرر المقدم⁽⁵³⁾.

4- إشعار بانتهاء تنفيذ عقوبة العمل للنفع العام :

بعد توصل قاضي تطبيق العقوبات بإخطار من المؤسسة المستقبلية بنهاية تنفيذ المحكوم عليه للالتزامات التي حددها مقرر الوضع، يحرر إشعارا بانتهاء تنفيذ عقوبة العمل للنفع العام يرسله إلى النيابة العامة لتقوم بدورها بإرسال نسخة منه إلى مصلحة صحيفة السوابق القضائية للتأشير بذلك على القسيمة رقم (1)، وعلى هامش الحكم أو القرار⁽⁵⁴⁾.

على أنه تلتزم الهيئة التي يعمل المحكوم عليه بها بمراقبة مدى التزامه بالعمل وكذا احترامه للتوقيت وإعداد تقارير القاضي المشرف على تنفيذ العقوبات وذلك لاخذ ما يراه مناسبا بشأن استمرار العقوبة من عدمه وتشمل التقارير أيضا سلوك الشخص داخل المؤسسة في فترات العمل.

وما تجب الإشارة إليه أنه لا تقتصر عقوبة العمل للنفع العام على وضع المحكوم عليه في مؤسسة عمومية وتكليفه بعمل معين فقط، وإنما يمكن بالموازاة مع ذلك إخضاع المحكوم عليه لبرنامج إعادة تأهيل إضافي، تحت إشراف الجهة المختصة بالتنفيذ العقابي، متى أثبت التقرير حاجة المحكوم عليه لمثل هذا البرنامج، وذلك لا يتعارض مع العقوبة المحكوم بها وإنما يكون مكملا لها لإصلاح الشخص المنحرف.

ويكون العمل الذي يكلف به المحكوم عليه مقابل أجر يتناسب مع طبيعته كعقوبة وتخصص منه نسبة 50% وتوضع في صندوق خاص توجه بالأساس إلى إصلاح الأضرار التي نجمت عن الجريمة، وتعويض ضحايا تلك الجريمة، وجزء آخر يخصص لتمويل البرامج الإصلاحية لإصلاح وتأهيل المحكوم عليهم⁽⁵⁵⁾.

الخاتمة :

لقد اجتهدت التشريعات في إيجاد بدائل للعقوبات السالبة للحرية وأدرجتها ضمن قوانينها وطبقتها عمليا، إلا أن الواقع الذي تعرفه المجتمعات من تزايد هائل للجريمة، سيؤدي إلى البحث عن بدائل أخرى للعقوبات السالبة للحرية يكون من شأنها الحد من الجريمة، ولعل عقوبة العمل للنفع العام من أنجع التطورات التي توصلت إليها السياسة الجنائية المعاصرة، حيث يهدف العمل بها إلى تعزيز المبادئ الأساسية للسياسة الجنائية والعقابية التي تركز بالأساس على احترام حقوق الإنسان وتحقيق إعادة الإدماج الاجتماعي للمحكوم عليهم، وهو المبتغى الذي لم يعد يرتكز على حبس الأشخاص فقط، بل أضحى تحقيقه يتوقف من جهة، على مدى احترام مبدأ تشخيص العقوبة عند

النطق بها، ومن جهة أخرى على إمكانية مساهمة العقوبة في إصلاح المحكوم عليهم نهائياً دون اللجوء المفرط لوسائل الإكراه التي قد تنجر عنها آثار سلبية على مختلف جوانب حياتهم، فضلاً على أن هذه العقوبة البديلة تحقق هذه الغاية كما تسمح بإشراك الهيئات والمؤسسات العمومية في عملية إعادة الإدماج.

ولكنها كأى عقوبة من شأنها أن يكون سلاح ذو حدين، بحيث لا يمكن التماهي في تطبيقها وهو السبب الذي جعل المشرع ينص على أنه سلطة بيد القاضي وليست حقاً مكتسباً للمتهم، وعليه ولتفعيل تطبيق وتنفيذ عقوبة النفع العام، نقدم الاقتراحات التالية :

1. تطوير العاملين المؤهلين على تطبيق عقوبة النفع العام وذلك للقيام بعملية إصلاح المتهم المحكوم عليه بها و النجاح في تأهيله حتى لا يعود إلى الإجرام مرة أخرى.

2. تشجيع عقد الندوات والملتقيات وفتح دورات تكوينية للقائمين على تطبيق عقوبة النفع العام بما في ذلك القضاء وضباط الشرطة وأعوان المؤسسات العقابية وحتى المحامين لأن من شأن إحاطة هؤلاء بطبيعة هذه العقوبة وقيمتها القانونية والهدف المرجو من ورائها أن يعمل على إنجاح سياسة المشرع من وراء وضع هذه العقوبة وهو الإصلاح الكلي للمتهم المطبقة عليه.

3. وضع منشورات توزع على المؤسسات من شأنها زيادة الوعي بأهمية دور عقوبة النفع العام في تحقيقي إعادة الإدماج الاجتماعي.

4. الاطلاع على تجارب الدول المتقدمة في ميدان عقوبة النفع العام وذلك للاستفادة من تلك التجارب وذلك بتبادل المعارف من خلال فتح دورات تبادل معارف في الجانب المتعلق بالسياسة العقابية.

5. الحرص على بلوغ الهدف الأساسي الذي تسعى التشريعات العقابية لبلوغه والذي يتمثل في إصلاح وتأهيل وإعادة إدماج المجرم في المجتمع، وذلك من خلال الحرص عند تطبيق مثل هذه العقوبة أن تكون الأعمال المكلف بها المعنى ملائمة لسنه وجنسه ووضعه الصحي، كما يجب أن تكون الأعمال متناسبة مع جسامة وطبيعة الجريمة التي قام بارتكابها، حتى لا تفقد العقوبة نجاعتها وتصبح بعيدة عن تحقيق هدفها.

6. زيادة توسيع الإطار القانوني للنصوص المتعلقة بعقوبة النفع العام وذلك بإضافة ضمانات جديدة وكذا شمل الشخص المعنوي بمثل تلك العقوبة خاصة في ظل اتساع وتطور جرائم الأعمال التي في معظمها لا يتسع المجال لإيقاع عقوبات بدنية على الشخص القائم بها نظراً للطبيعة الخاصة للشخص المعنوي التي تمنع من إيقاع مثل تلك العقوبات عليه وهنا تعتبر عقوبة النفع العام البديل الأمثل.

الهوامش :

(1) - محمد عبد الله ولد محمد الشنقيطي، أنواع العقوبات البديلة التي تطبق على الكبار، ملتقى الاتجاهات الحديثة في العقوبات البديلة، السبت 17-1432/11/19هـ المملكة العربية السعودية، ص 6.

(2) - جاسم محمد راشد الخديم العنتلي، بدائل العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة، دار النهضة العربية، 2000م، ص 115.

(3) - أحمد الحويطي، أسلوب تطوير العمل الإصلاحية والتهنيزي في الدول العربية، الفكر الشرطي، أبو ظبي، الإمارات العربية، المجلد (4)، العدد (2)، 1993م، ص 124.

(4) - سعداوي محمد صغير، العقوبة وبدائلها في السياسة الجنائية المعاصرة، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012/1433هـ، ص 116-115.

(5) - أحمد فتحي سرور، المشكلات المعاصرة للسياسة الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 1983، ص 427.

(6) - بهزاد علي آدم، مفهوم العقوبة البديلة، الحوار المتمدن، العدد (3873)، بتاريخ 7 أكتوبر 2012، ص 03، منشور على الموقع التالي :

- (7) - سعداوي محمد صغير، المرجع السابق، ص 66.
- (8) - نفس المرجع السابق، ص 79.
- (9) - باسم محمد راشد الخديم، بدائل العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدّة، دار النهضة العربية القاهرة، 2000، ص 238.
- (10) - سعداوي محمد صغير، المرجع السابق، ص 115-116.
- (11) - Ports et Francis Gunehec, Le Nouveau Droit Pénal Economical, N °780, 1997, p 594. Frédéric Des-
- (12) - رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، دار الفكر العربي، 1979، ص 195.
- (13) - مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، 1979، ص 637.
- (14) - علي راشد، القانون الجنائي، المدخل وأصول النظرية العامة-، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974، ص 653.
- (15) - عمر سالم، ملامح جديدة لنظام وقف التنفيذ في القانون الجنائي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، 2007-2008، ص 9_10.
- (16) - سعداوي محمد صغير، المرجع السابق، ص 129.
- (17) - عثمانية خميسي، السياسة العقابية في الجزائر على ضوء المواثيق الدولية لحقوق الانسان، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 358.
- (18) - Haward Abdinsky, Probation and Parole, Theory and practice, new jersy, 1977, p 120-121.
- (19) - عثمانية خميسي، المرجع السابق، ص 358.
- (20) - سعداوي محمد صغير، المرجع السابق، ص 125.
- (21) - عثمانية خميسي، المرجع السابق، ص 360.
- (22) - القانون رقم 09-01، المؤرخ في 25 فيفري 2009، المعدل والمتمم لقانون العقوبات الجزائري.
- (23) - باسم شهاب، عقوبة العمل للنفع العام في التشريع الجزائري، مجلة الشريعة والقانون، العدد (56)، الجزائر، 2013، ص 90.
- (24) - Martine Hetzow - evens, Droit de L'exécution des peins, Dalloz, France, 2012, p 422.
- (25) - ميموني فايزة، العقوبات البديلة في النظام الجزائري، دراسات قانونية، دورية فصلية تصدر عن مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، العدد (11)، 2011، ص 41-42.
- (26) - باسم شهاب، المرجع السابق، ص 92.
- (27) - عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات الجزائري (القسم العام: نظرية الجريمة -نظرية الجزاء الجنائي)، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 289.
- (28) - درياس زيدومة، عقوبة العمل للنفع العام بين إعتبرات السياسة العقابية المعاصرة والواقع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد (4)، الجزائر، 2011، ص 139.
- (29) - باسم شهاب، المرجع السابق، ص 93.
- (30) - عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص 289.
- (31) - العقوبات البديلة العمل للنفع العام، دورة دراسية بالمعهد الأعلى للقضاء، بتنظيم من وزارة العدل وحقوق الإنسان، الجمهورية التونسية، يوم 13 نوفمبر 2003، ص 2.
- (32) - شروط تسليط هذه العقوبة في التشريعات المقارنة لاسيما التشريع الفرنسي، فالمادة (747) فقرة 1 و2 من قانون الإجراءات الجزائية، الفرنسي نصت على أن العمل للنفع العام يكون لمؤسسة تابعة للدولة، وتطبق العقوبة على من تزيد أعمارهم عن 16 سنة، والعقوبة قد تكون أصلية في حالة العقوبة مع وقف التنفيذ، وقد تكون عقوبة إضافية لعقوبة حبس، وفي كلتا الحالتين لا يمكن النطق بالعقوبة بحضور وموافقة المعني، ويكون على الهيئة التي ينفذ العمل لفائدتها أن تدفع مصاريف النقل والأكل، وأن تعقد تأميناً على المسؤولية، إلا أن المشرع الفرنسي تناول مسألة البحث الاجتماعي، إذ أن القاضي بإمكانه أن يجري بنفسه أو بواسطة أحد أعضاء المحكمة أو بواسطة الضبطية القضائية أو الموظفين الاجتماعيين البحث الاجتماعي للمتهم وذلك لمعرفة شخصيته وبالأخص درجة خطورته، مكان إقامته، ظروف العمل بالنسبة له من حيث البطالة أو مصدر رزقه، كل ذلك لأجل تحديد وتشخيص مقدار

ساعات العمل لأجل النفع العام كعقوبة بديلة، وأغلب التشريعات تشترك في كون المتهم يجب أن يكون غير مسبوقا قضائيا، وأن يبلغ من العمر 16 سنة أو أكثر، وأهم شرط هو رضا المحكوم عليه الذي لا بد من حضوره أثناء جلسة النطق بالعقوبة البديلة.

(33) - بن سالم محمد لخضر، بن سالم محمد لخضر، العمل للنفع العام في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2010-2011، ص 60.

(34) - عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص 289.

(35) - عثمانية لخميسي، المرجع السابق، ص 357.

(36) - المادة (15) من القانون رقم (11/90) المؤرخ في 1990/4/21 المعدل والمتمم بالأمر رقم (22/91) المتعلق بعلاقات العمل، حيث جاء فيها: "لا يمكن حال من الأحوال أن يقل السن الأدنى للتوظيف عن 16 سنة إلا في الحالات التي تدخل في عقود التمهين".

(37) - باسم شهاب، المرجع السابق، ص 139.

(38) - عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص 289.

(39) - باسم شهاب، المرجع السابق، ص 140 - 141.

(40) - عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص 290.

(41) - القانون رقم 09-01، المؤرخ في 25 فيفري 2009، المعدل والمتمم لقانون العقوبات، المنشور في الجريدة الرسمية رقم (15) بتاريخ 18 مارس 2009.

(42) - المنشور الوزاري رقم (02) المؤرخ في 2009/4/21 المتضمن كينيات تطبيق عقوبة العمل للنفع العام.

(43) - أما المشرع الفرنسي فقد جعل الدور الرئيسي للقاضي تنفيذ العقوبة، عندما تصدر محكمة الجناح أو محكمة المخالفات عقوبة العمل للنفع العام فإن القاضي يقوم بإبلاغ المحكوم عليه بمضمون التزاماته والعمل المقرر له، كما أنه يجدد أساليب المتابعة ويرسلها لمصلحة السجون، وبناء على مقترحات المصلحة العقابية يقوم القاضي بتحديد العقوبة وكيفية تنفيذها. أما القانون البلجيكي للعقوبات فقد نصت المادة (37) الفقرة 03 منه أن القاضي الجزائي هو الذي يجدد مدة العمل للنفع العام، على أن تتم مراقبة تنفيذ عقوبة العمل للنفع العام من قبل لجنة المراقبة الاجتماعية الكائنة بمقر إقامة المحكوم عليه.

(44) - عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص 290.

(45) - القانون رقم 09-01 المؤرخ في 25 فيفري 2009، المعدل والمتمم لقانون العقوبات الجزائري.

(46) - بن سالم محمد لخضر، المرجع السابق، ص 72.

(47) - منشور رقم (2) مؤرخ في 21 أبريل 2009، وزارة العدل، المرجع السابق، ص 5-8.

(48) - بن سالم محمد لخضر، المرجع السابق، ص 74.

(49) - محمد لمعيني، عقوبة العمل للنفع العام في التشريع العقابي الجزائري، مجلة المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 7، 2010، ص 184.

(50) - بن سالم محمد لخضر، المرجع السابق، ص 74.

(51) - سليج شريف، محاضرة حول عقوبة العمل للنفع العام على ضوء العقوبات، يوم دراسي بمجلس قضاء البويرة، 2013/12/22، ص 12.

(52) - أغلب المحكوم عليهم بعقوبة العمل للنفع العام يتم توظيفهم لدى الهيئات التابعة لوزارة العدل من محاكم، مجالس قضائية مؤسسة إعادة التربية وغيرها وهذا بسبب رفض بعض المؤسسات العمومية استقبالهم لأنهم محكوم عليهم لارتكاب جريمة، وهذا ما يشكل عائقا لدى قضاة تطبيق العقوبات باعتبار أن الهيئات التابعة لوزارة العدل لديها فائض بشري من هذا النوع من العمال، أنظر: درياس زيدومة، المرجع السابق، ص 167 .

(53) - درياس زيدومة، المرجع السابق، ص 157.

(54) - نفس المرجع، ص 158.

(55) - عثمانية لخميسي، المرجع السابق، ص 356.

قائمة المراجع :

أولا : المراجع باللغة العربية :

أ- الكتب :

1. أحمد فتحي سرور، الاختبار القضائي (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969.
2. باسم محمد راشد الخديم، بدائل العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة، دار النهضة العربية القاهرة 2000.
3. جاسم محمد راشد الخديم العنتلي، بدائل العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة، دار النهضة العربية، 2000م.
4. رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، دار الفكر العربي، 1979.
5. سعادوي محمد صغير، العقوبة وبدائلها في السياسة الجنائية المعاصرة، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1433هـ/2012م.
6. عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات الجزائري (القسم العام: نظرية الجريمة - نظرية الجزاء الجنائي)، دار هومة، الجزائر، 2010.
7. عثمانية خميسي، السياسة العقابية في الجزائر على ضوء المواثيق الدولية لحقوق الانسان، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
8. علي راشد، القانون الجنائي، المدخل وأصول النظرية العامة-، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974 .
9. عمر سالم، ملامح جديدة لنظام وقف التنفيذ في القانون الجنائي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، 2007-2008.
10. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، 1979.

ب- المقالات والمجلات :

1. أحمد الحويطي، أسلوب تطوير العمل الإصلاحي والتهدبي في الدول العربية، الفكر الشرطي، أبو ظبي، الإمارات العربية، المجلد4، العدد 2، 1993م.
2. أحمد فتحي سرور، المشكلات المعاصرة للسياسة الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 1983.
3. باسم شهاب، عقوبة العمل للنفع العام في التشريع الجزائري، مجلة الشريعة والقانون، العدد 56، الجزائر، 2013.
4. بهزاد علي آدم، مفهوم العقوبة البديلة، الموقع الالكتروني الحوار المتمدن، العدد: (3873)، بتاريخ 7 أكتوبر 2012، منشور على الموقع التالي :
<http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=327319>
5. درياس زيدومة، عقوبة العمل للنفع العام بين إعتبرات السياسة العقابية المعاصرة والواقع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد (4)، الجزائر، 2011.
6. ميموني فايزة، العقوبات البديلة في النظام الجزائري، دراسات قانونية، دورية فصلية تصدر عن مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، العدد 11، 2011.
7. محمد لمعيني، عقوبة العمل للنفع العام في التشريع العقابي الجزائري، مجلة المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 7، 2010.

ج- المذكرات والرسائل :

بن سالم محمد لخضر، العمل للنفع العام في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2010-2011.

د- النصوص القانونية :

1. القانون رقم 09-01، المؤرخ في 25 فيفري 2009، المعدل والمتمم لقانون العقوبات، المنشور في الجريدة الرسمية رقم 15 بتاريخ 18 مارس 2009.

2. المنشور الوزاري رقم 02 المؤرخ في 21/4/2009 المتضمن كفاءات تطبيق عقوبة العمل للنفع العام.

ه- الندوات والملتقيات :

1. العقوبات البديلة العمل للنفع العام، دورة دراسية بالمعهد الأعلى للقضاء، بتنظيم من وزارة العدل وحقوق الإنسان، الجمهورية التونسية، يوم 13 نوفمبر 2003.

2. سليج شريف، محاضرة حول عقوبة العمل للنفع العام على ضوء العقوبات، يوم دراسي بمجلس قضاء البويرة، 2013/12/22.

3. محمد عبد الله ولد محمد الشنقيطي، أنواع العقوبات البديلة التي تطبق على الكبار، ملتقى الاتجاهات الحديثة في العقوبات البديلة، السبت 17-19/11/1432هـ، المملكة العربية السعودية.

ثانيا : المراجع باللغة الأجنبية :

A. -Haward Abdinsky, Probation and Parole, Theory and practice, New Jersey, 1977.

B. -Frédéric Des Ports et Francis Gunehec, Le Nouveau Droit Pénal Economical, N °780, 1997.

C. -Martine Hetzow –evens, Droit de L'exécution des peins, Dalloz, France, 2012.

حل الرابطة الزوجية : دراسة تحليلية مقارنة بين الشريعة والقانون



إعداد : الدكتور إسماعيل نقاز

أستاذ بجامعة الجيلالي اليابس

سيدي بلعباس الجمهورية الجزائرية

Email : nmaknaci@gmail.com

تمهيد :

تعتبر الأسرة أهم دعامة باشرتها النصوص القانونية في التنصيب على مختلف المجالات المتعلقة بالزواج والطلاق ومسائل الحضانة والموارث، وقد أولى التشريع الإسلامي ابتداء هذه المؤسسة، وجاءت اجتهادات الفقهاء ثرية ومتعددة، للوقوف على كل المستجدات والإجراءات التي تخص الأسرة، وفي هذا الصدد نقدم إطلالة عميقة على الإجراءات التشريعية والقضائية في حل الرابطة الزوجية، في دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، حيث إن هنالك فرقا بين التنظير والممارسة، ثم لا بد من خلال هذه الورقة أن نفتح على مختلف الاجتهادات الفقهية والقانونية المختلفة من أجل الوصول إلى عدالة تقترب من الطرفين (الزوج/ الزوجة) على حد سواء دون إجحاف وظلم، وتأتي هذه الورقة مسطرة الضوء على إجراءات القاضي في الطلاق بمختلف صيغته. إضافة إلى معرفة دائرتي الثوابت والمتغيرات في أحكام الطلاق، حتى يتسنى للفقهاء والقانونيين فسحة يتحرك من خلالها عبر مختلف الاجتهادات الملائمة في تحقيق المصلحة الشرعية المعتمدة شرعا وقانونا.

ومسألة الثابت والمتغير في أحكام الأسرة قضية مهمة لا يمكن أن نحيد عنها أبدا، خاصة إذا تعلق الأمر بنص تشريعي قطعي فلا بد أن نراعي هذه الثوابت، أما دائرة المتغيرات فاعتبارها واختيار أوسطها يكون بقدر قربها من مقاصد التشريع، وتحقيق المصلحة المعتمدة من دون إجحاف لطرف على حساب الآخر.

وفي هذا المقام فإننا في هذه الورقة نقتصر على قانون الأسرة الجزائري المعدل، ونفتح على مختلف المدونات العربية حول قانون الأسرة إذا اقتضى ذلك. كما أننا لا نكتفي في الدراسة المقارنة بين مفردات الفقه المالكي فحسب؛ بل نفتح على كل المذاهب الإسلامية، ونستهدي إلى أقربها في تحقيق المصلحة الشرعية المعتمدة التي تغيها الشارع الحكيم سبحانه وتعالى.

ودراسة مسائل حل الرابطة الزوجية في ورقتي لا تشمل كل الجزئيات والمسائل، وإنما أركز على المسائل المشكّلة والمستجدة فقط. إضافة إلى إقامة مسحة لكل مسائل حل الرابطة الزوجية في تحديد دائرة الثابت والمتغير في أحكام الطلاق، أي أننا نقوم باستقراء كل المسائل القطعية الواضحة التي حققت إجماعاً لدى فقهاءنا، واستقر عليها النص دون زيادة ولا نقصان، وهذه التفاتة لا بد أن نؤكد عليها، خاصة وأن معظم التشريعات العربية عامة والتشريع الجزائري خاصة يستمد أحكامه القانونية من الفقه الإسلامي، فهذه خطوة نحو تحديد الثوابت والمتغيرات التي توفر مساحة للقاضي فيعرف أين يجتهد ويستعين بمختلف المذاهب التي تقترب من المصلحة الشرعية، وأين يقف على النص التشريعي القطعي دون المساس بمضمونه.

فهذه مسألة مهمة إذا أردنا فعلاً أن نستقي من العقل الفقهي الموسوعي الذي لم يترك شاردة وواردة إلا أتى على بيانها ودراستها، وفي هذا المقام فأسبقية التشريع الإسلامي ومراعاته للمصلحة المعتبرة، يحتوي على ترسانة كبيرة في تنظيم الأسرة وتحديد مسائلها. وتشتمل على ما هو قطعي لا بد أن نقف دونه من دون تغيير، وفيها ما هو ظني يحتاج إلى اجتهاد وتدبير الواسع في استلهاهم مقصود الشارع الحكيم منه.

وتأتي محاور هذه الورقة في ثلاث مسائل تتعلق بمهية الطلاق وأنواعه، ثم إجراءات القاضي في التعامل مع مختلف أنواع الطلاق والمدونات القانونية، في دراسة تحليلية ونقدية لذلك. إضافة إلى عملية رصد للثابت والمتغير في أحكام الطلاق المختلفة:

– مفهوم إنهاء الرابطة الزوجية وطرائقه.

– إجراءات القاضي في أنواع حالات الطلاق.

المطلب الأول: مفهوم إنهاء الرابطة الزوجية وطرائقه:

يطلق معنى إنهاء الرابطة الزوجية ويقصد به الطلاق والخلع، أما الطلاق فهو إنهاء الرابطة الزوجية بين الزوجين بلفظ الطلاق صراحة أو ضمناً.

وعرفه فقهاء الحنفية والحنابلة بأنه رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مشتق من طلق، أو ما في معناه، مما يفيد ذلك صراحة أو دلالة، صادر من الزوج أو ممن يقوم مقامه، فيرتفع قيد النكاح بالطلاق في الحال إذا كان بائناً أو في المآل إذا كان الطلاق رجعيًا⁽¹⁾.

وعرفه فقهاء المالكية، بأنه صفة حكمية ترفع حلية تمتع الزوج بزوجه، موجبا تكررها مرتين زيادة على الأولى للتحريم⁽²⁾.

وعرفه قانون الأسرة الجزائري في المادة 48: بأنه يحل عقد الزواج بالطلاق⁽³⁾.

أما الخلع فهو اتفاق الزوجين على الطلاق نظير عوض تدفعه الزوجة لزوجها إذا كرهت العشرة، والعيش مع زوجها، ولهذا أجاز لها الشارع الحكيم أن تفدي نفسها رفعاً للحرَج الذي أصابها⁽⁴⁾.

ينظر إلى أقسام حل الرابطة الزوجية بنظرين اثنين: الأول الجهة التي تقوم بالطلاق وهذا سنتناوله في المطلب الموالي، والثاني أنواعه من حيث الصفة التي حدث فيها، وهنا ينقسم إلى ثلاثة أقسام:

1/ الطلاق الرجعي 2/ الطلاق البائن إما بينونة صغرى أو بينونة كبرى

(1) ابن الهمام، شرح فتح القدير، دارالكتب العلمية، لبنان/ بيروت، ط1: 1995، 21/3. الهوتي، كشاف القناع، دارالفكر، بيروت/ لبنان، 1982م، ص 232/5.

(2) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مطبعة الحلبي، مصر، 1952م، ص 347/2.

(3) بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دارالخلدونية، الجزائر، ص 172.

(4) محمد علي المحجوب، الأسرة وأحكامها في الشريعة الإسلامية، (دار الحرية، القاهرة، 1983)، ص 429.

1/ الطلاق الرجعي: الأصل أن كل طلاق يوقعه الزوج أو القاضي يعد رجعيًا إلا ما استثني من ذلك، لم ينص القانون الجزائري على أي حالة من هذه الحالات طالما أنه لا يعتد إلا بحكم القاضي في الطلاق، وبالتالي كل حكم طلاق يصدره القاضي فهو بائن على حد بيان المادة 50: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد"⁽¹⁾.

فالطلاق الرجعي هو كل طلاق يوقعه الزوج حيث يبقى الرابطة الزوجية ما لم تخرج الزوجة من عدتها، ولا يكون إلا بعد الدخول. أي بعد أن يدخل عليها ثم يطلقها طليقة واحدة أو اثنان، فيحق له إرجاعها ما دامت في عدتها، فإذا خرجت من عدتها أصبح بائنا. ويترتب عليه ما يلي:

– الطلاق الرجعي ينقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج.

– يعطي للزوج الحق في مراجعة زوجته في العدة دون عقد ومهر جديدين.

– يعطي للزوجة الحق في النفقة والسكن ما دامت في عدتها.

– يعطي للزوجة الحق في الميراث إذا توفي عنها زوجها وهي في عدتها ما لم يكن هناك مانع من الميراث، كأن تتسبب هي في قتله أو غيرها من الموانع.

2/ الطلاق البائن بينونة صغرى:

وهو الطلاق الذي لا يمكن للزوج أن يراجع فيه زوجته إلا بعد عقد ومهر جديدين، وذلك لانتهاء عدتها أو طلقها قبل الدخول. ويترتب عليه ما يلي:

– يزيل الرابطة الزوجية بين الزوجين.

– ينقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج.

– لا توارث بين الزوجين لانقطاع العلاقة الزوجية بينهما.

– لا تستطيع الزوجة العودة إلى زوجها إلا بعد عقد جديد.

– يكون لها الحق في مؤخر الصداق إذا لم يتم دفعه كاملاً.

3/ الطلاق البائن بينونة كبرى:

وهو الطلاق الذي استنفذ فيه الزوج جميع عدد الطلقات، ويترتب عليه ما يلي:

– يزيل الرابطة الزوجية في الحال.

– تحرم العودة إلى بعضهما بحكم الشرع والقانون إلا بعد أن تنكح زوجا غيره، فإن طلقها بعد الدخول أو مات عنها جاز لهما ذلك.

– لا يثبت التوارث بينهما ولو ما زالت في عدتها، إلا في حال طلاق الفرار، حيث يعامل بنقيض مقصوده.

وقد نص القانون الجزائري على الطلقات الثلاث التي توجب الحكم، لكنه لم يحدد المقصود من الطلقات الثلاث، حيث تنص المادة 51: " لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره، وتطلق منه، أو يموت عنها بعد البناء"⁽²⁾. ولم تحدد هل تشمل المادة الطلاق الثلاث بلفظة واحدة أم لا.

لأن الطلاق الثلاث بلفظ واحد قد اختلف فيه الفقهاء، حيث إن جمهورهم على القول بوقوعه، لكن ما اختاره المتأخرون عن بعض المتقدمين هو وقوعه مرة واحدة .

وهذه مجمل الأحكام التي نص عليها التشريع الإسلامي، ولا نجد لها وجودا في القانون المعدل. إلا النزر القليل.

⁽¹⁾ شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، 221.

⁽²⁾ شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، 222.

المطلب الثاني: إجراءات القاضي في أنواع حالات الطلاق.

قبل الخوض في إجراءات القاضي في الطلاق لا بد أن نشير إلى أن الطلاق إما أن يكون بإرادة منفردة يقوم بها الزوج إذا استحالت العشرة من دون تعسف ولا ظلم، أو هو بالتراضي بين الزوج والزوجة فيقوم القاضي بإنفاذه بعد جلسات الصلح، أو هو تطليق ويكون ذلك عن طريق طلب الزوجة الطلاق فيقوم القاضي نائباً عنها لأنها لا تملك عصمة الطلاق فيسمى تطليقاً، وهذا خاضع لشروط ستأتي.

1/ ثبوت الطلاق

تنص المادة 49: بما يلي "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة 3 أشهر، ابتداء من تاريخ رفع الدعوى..."
هذه المادة معدلة بغيرها والجديد فيها محاولات الصلح التي يجريها القاضي في حدود 3 أشهر، لكن هناك عدة ملاحظات على هذه المادة:

هل يمكن اعتبار الإرادة المنفردة للزوج في الطلاق أم لا؟، وهل حكم القاضي بالطلاق يعد تصريحاً بالطلاق أم إنشاء له. هنا إشكال لأن الفقهاء يتفقون على أن للزوج الإرادة المنفردة في إنشاء الطلاق، وبالتالي فالقاضي هنا يعد مصرحاً بالحكم لا منشئاً، وإذا جئنا إلى القانون فإن هنالك تناقض بعض الشيء فتارة تثبت إرادة الزوج وتارة لا تثبت، حيث إنه اعترف بطلاق الزوج في المراجعة كما هي المادة 50: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد.

لكنه في المادة 49 أنفاً لا يكون الطلاق إلا بحكم القاضي. وهنا أهم إشكال يواجهنا هو العدة، فالقاضي حدد مدة الصلح بثلاثة أشهر، ربما إشارة إلى مدة العدة، لكن إذا كان طلاق الزوج معتبراً فالعدة تبدأ من يوم تلفظه، وإذا كان غير معتبر فلا عدة، لأن حكم القاضي يصبح به الطلاق بائناً لا يجوز مراجعتها، وهذا تناقض حيث من جهة يعترف القانون بإرادة الزوج بدليل أنه سمح له بالرجوع قبل انتهاء محاولة الصلح، ومن جهة أخرى منعه من الرجوع بعد انتهاء المدة إلا بعد عقد جديد.

فمن جهة تعتبر إرادة الزوج فيجوز له المراجعة، ومن جهة أخرى يعتبر حكم القاضي منشئاً⁽¹⁾، وإذا كان منشئاً المفروض أن العدة تبدأ من حكم القاضي. أي منذ صدور الحكم.

وكذلك ما استشكل في هذه النقطة مسألة العدة خاصة إذا كانت الزوجة حامل، فقد تجاهل القانون تماماً ذلك؛ حيث إنه في التشريع الإسلامي لا يقع الطلاق إلا بعد الولادة، أي أن حق المراجعة موجود، والزوجة لا زالت في بيت الزوجية طالما أنها لم تضع مولودها، وهذا لم نجد له ذكراً، مع أن المسألة متفق عليها في نصوص الشرع الحكيم. وقد استشكل بن شويخ الرشيد هذا التناقض واقترح للخروج منه إعادة الصياغة كالاتي:

للخروج من إشكال الإرادة المنفردة أو عدمها لا بد أن تكون الصيغة كالتالي أو ما في معناها
_ لا يقع الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح من طرف القاضي خلال مدة ثلاثة أشهر.

_ إذا تبين للقاضي أن الزوج أوقع الطلاق يثبته من تاريخ وقوعه.

_ على كل زوج تلفظ بالطلاق بالإرادة المنفردة تسجيل طلاقه لدى المحكمة خلال أسبوع من تاريخ التلفظ.

فالزوج هنا بين حالين إما أنه يبلغ طلب الطلاق برفع الدعوى إلى المحكمة وهنا لا إشكال فالمادة المعدلة تشملته حيث إن القاضي يعتد بتاريخ طلب الدعوى مع مراعاة العدة.

(1) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ص 282.

لكن الإشكال يكون عندما يتلفظ بلفظ الطلاق، لكن لا يرفع الدعوى، وهنا موافقة لنصوص التشريع الإسلامي، فإن القاضي ملزم بمراعاة تاريخ التلفظ في إصدار حكمه، وليس تاريخ رفع الدعوى. مع مراعاة العدة دائماً، لأن في كل هذه الحالات تبدأ العدة من تاريخ التلفظ بالطلاق من طرف الزوج سواء تزامن مع تاريخ رفع الدعوى أم لا

أما للخروج من إشكال العدة وأجل الصلح فهي كالاتي: " من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، بشرط عدم انتهاء العدة، إذا راجع بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد بشرط انتهاء العدة".
2/ الطلاق المكمل للثلاث:

لقد نصت المادة القانونية 51 على مسألة عدد الطلقات المكمل للثلاث، حيث نصت على مايلي: "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء". وهذه المادة كما نعلم مستمدة من النص القرآني الواضح الذي ينص على عدد الطلقات التي تحدد بهم الزوجية، انطلاقاً من قوله تعالى «فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره»⁽¹⁾. وقد اختلف الفقهاء في مسألة إذا أجرى الطلاق بلفظ الثلاث في مجلس واحد⁽²⁾، سواء تعددت الطلقات بأن قال "أنت طالق" "أنت طالق" "أنت طالق"، أو قال "أنت طالق ثلاثاً"، فالجمهور على أنها تقع ثلاثاً أي طلاقاً بائناً بينونة كبرى، وبالتالي تشمله الآية الأنفة الذكر.

واجتهد بعضهم مثل ابن تيمية وبعض المالكية المعاصرين إلى أنه يقع طليقة واحدة فقط، أما المادة التي نص عليها القانون الجزائري فلم توضح ما المقصود بـ " طلقها ثلاث مرات متتالية"، هل يعني بالتالي أن يطلقها على دفعات مختلفة المجلس أم تشمل ما كنت بمجلس واحدة، فاللبس هنا واقع. لكن ومن خلال الإجراءات القضائية فإن الطلاق يكون بحكم، وبالتالي تتابع الطلقات لا بد أن يكون منفصلاً، كل طليقة بحكم مستقل، ويقتضي تباعد الطلقات وليس في مجلس واحد.

ثم هنالك تباين بين التشريع الإسلامي وبين القانون في هذه المسألة، نظراً لاختلافهم في تصور جهة الطلاق، حيث إن التشريع الإسلامي يعزو الطلاق بإرادة الزوج وحده، فنشا الطلاق منذ تلفظه، لكن القانون لا يعتبر تلفظ الزوج إلا بعد صدور الحكم من القاضي بذلك. وهنا نساء ما مصير الطلقات التي يطلقها الزوج دون أن يتوجه إلى المحكمة، ويتم الصلح خارج نطاقها ويراجعها؛ هل يحتسب القانون تلك الطلقات التي لم يحكم عليها أم لا؟ فإذا أردنا أن نجتهد في تسوية هذه المسألة إما أن المحكمة تلزم تسجيل الطلاق الذي يحدثه الزوج وتاريخ المراجعة إن وجد، وهذا بعيد، وإما أن نمنع من إيقاع الطلاق من طرف الزوج إلا بحكم المحكمة، وهذه صعبة أيضاً. أولاً إذا أردنا توجيه المادة توجيهاً سديداً لمنع اللبس لا بد أن نضيف إليها: " والطلاق بلفظ الثلاث لا يقع إلا مرة واحدة"

أما الإشكال الثاني فهو يرجع إلى الإرادة المنفردة هل تكفي دون أن تكون مشفوعة بحكم المحكمة (القاضي)، وبالتالي تحتسب عدد الطلقات السابقة ولو لم تكن مسجلة، أم أنها لا تكفي وبالتالي غير معتبرة، وبالتالي لا يقع الطلاق بالإرادة المنفردة إلا إذا كان متبوعاً بحكم قضائي.

(1) سورة البقرة، الآية:230.

(2) ينظر تفصيل المذاهب وأدلتهم في الأحوال الشخصية لأبي زهرة، ص206.

3/ الطلاق التعسفي:

يحدد القانون مادة 52 المتعلقة بالطلاق التعسفي، حيث تنص على أنه " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر".

مسألة الضرر هذه نسبية، بل وحتى تكييف التعسف، وتقديره لا يمكن، حيث رب سبب طلق الزوج من أجله يعد في نظره وجيهاً، ويعد في نظر الزوجة ظلماً وتعسفاً في استعمال الحق، ولهذا لا بد للقاضي من اتخاذ التدابير اللازمة والإجراءات المناسبة بعد تكييف القضية من عدة جوانب.

ثم كذلك تكييف الضرر مسألة كذلك نسبية على حسب الحال، وهنا تحضر السلطة التقديرية، وفي نظري القانون الجزائري قد أصاب عندما جعل السلطة التقديرية للقاضي هي الفيصل في مثل هذه القضايا المشتبهة، على عكس بعض التشريعات العربية التي حددت مثل قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة 117 حيث حددت التعويض عن الضرر بالنفقة على المطلقة لمدة 3 سنوات بعد عدة الطلاق⁽¹⁾.

وهنا كذلك لا بد أن نفرق بين التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي، وبين التعويض عن الضرر نتيجة التطليق من القاضي، بعد ثبوت الإهمال في النفقة. والسلطة التقديرية في كلا الحالتين تختلف⁽²⁾.

وقد توجهت مدونة الأسرة في مصر كذلك في تحديد قيمة التعويض عن الضرر، في المادة 18 من القانون، حيث حددت التعويض بستتين نفقة على الأقل.

وفي نظري أن هذا التحديد يضر بالزوج بالدرجة الأولى، خاص بأن هذا التحديد يفتح سبيل التحايل، وذلك بجعل الطلاق تعسفاً مقابل نيل هذه النفقة.

ولعل الأوسط في ذلك كله هو السلطة التقديرية للقاضي، حيث تتركز قيمة الضرر، بحقيقة التعسف أو التعسف الحقيقي، وليس مجرد دعوى التعسف.

3/التطليق بطلب من الزوجة:

لقد ذكر قانون الأسرة الجزائري في المادة 53 المعدلة الأسباب الحقيقية التي تخول للزوجة طلب التطليق عن طريق القاضي، وهي مجملها أسباب مادية لا بد من ثبوتها حتى يحكم القاضي لها، وقد حصرتها المادة في مايلي:

1_عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه، إذا لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج:

المعروف أن النفقة واجبة على الزوج تجاه الزوجة بمجرد العقد، ويتأكد وجوبه بعد الدخول، وهنا لا بد من إرسال إعدار إلى الزوج من طرف القاضي، بمجرد ثبوته، يلزمه بالنفقة،

وإلا تعرض للمتابعة، وهنا للزوجة الحق في طلب الطلاق أي التطليق عن طريق القاضي.

وقد حدد النص القانوني ذلك بعدم علم الزوجة بالعسر وقت الزواج، أما إذا علمت بذلك فليس لها الحق في المطالبة، لأنها رضيت بحالته عند العقد.

لا بد دائماً في تطبيق القانون أن لا نركز دائماً على حرفيته، بل يجب الأخذ بروح القانون لا بظاهره، حيث إن مسألة العلم هذه تعد نسبية، هذا إذا لم نأخذ في الاعتبار وجوب النفقة، وإلا حتى ولو كان الزوج معسراً فلا يمكن أن نتصور زواجا تغامر فيه الزوجة بأن تعتقد أنه لا نفقة دائماً، وهذا لا يتصور. ولهذا فاعتبار العلم بالعسر من عدمه هذه مسألة نسبية، وقد يكون فيها ظلم وإجحاف بحق المرأة، وبالتالي لا علاقة بعلم العسر من جهله.

(1) شرح قانون الأسرة المعدل، ص 170.

(2) نبيل صقر، قمرأوي عز الدين، قانون الأسرة نصاً وتطبيقاً، دار الهدى، الجزائر، ص 66.

إلا أنه لا بد من القول من أن طلب التطلاق عن طريق الإعسار، لا يكون بمجرد حدوثه، بل لا بد أن يتحقق الإعسار.

وقد اتجه الفقه الإسلامي في تصور المسألة والحكم عليها ثلاثة اتجاهات⁽¹⁾ :

حيث ذهب الأحناف إلى عدم جواز طلب التطلاق في حالة العجز أو الامتناع، وهذا مذهب بعيد عن تحقيق العدالة ومنع الظلم.

وذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة، إلى أن للزوجة الحق في طلب التطلاق لذلك مع تفصيل بينهم وهناك اتجاه ابن القيم، حيث جعل المسألة مرتبطة بالتغير من عدمه.

لكن الراجح من الأقوال مذهب الجمهور حيث أعطوا للزوجة الحق في طلب التطلاق، لأنه كفيلاً بإنصافها.
2_ العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج:

من أهم محاسن قانون الأسرة الجزائري هو عدم تحديده للعيوب بصفة شكلية محددة، وإنما علقها بأمرين إما أن تكون عيوب جنسية أو عيوب جسمانية أخرى، المهم كل ما ثبت أنه عيب وعاهة، يعد مطلباً في طلب الطلاق، فقد أصاب القانون في أنه لم يقدم لائحة محدودة، لكونه العيوب تتغير، ومنها ما يمكن الاستشفاء منه، ولو بعد مدة، فقد فعل حسناً عندما أطلق ذلك ولم يحدده⁽²⁾.

3_ الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر:

لقد ذكر التشريع الإسلامي نوعان من الهجر في الفراش وهما مختلفان تماماً، حيث إن هنالك هجر متعلق بالتأديب وذلك عند النشوز ورفض الاستجابة لمقتضيات الزوجية، فيحق للزوجة تأديباً أن يهجرها في الفراش، قوله تعالى: «واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن»⁽³⁾، وهناك هجر آخر ألا وهو الإيلاء، أي الهجر المصحوب بالقسم، حيث نصت عليه الآية كذلك بقوله تعالى: «للذين يولون من نسائهم تربص أربعة أشهر، فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم»⁽⁴⁾.

والقانون الجزائري لم يحدد معنى الهجر سوى قوله: "الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر"، لكن المقصود بذلك الإيلاء، ولو لم يصحبه قسم، لكن لا بد من الأخذ بعين الاعتبار التفريق بين الهجر بغرض التأديب، والهجر المحجف.

4_ الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستهيل معها مواصلة العشرة، والحياة الزوجية.

5_ الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.

6_ مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه.

7_ ارتكاب فاحشة مبينة.

8_ الشقاق المستمر بين الزوجين.

9_ مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

10_ كل ضرر معتبر شرعاً.

(1) محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007م، ص78.

(2) شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ص192.

(3) سورة النساء: 34.

(4) سورة البقرة: 224.

4/ الطلاق بواسطة الخلع :

لقد نصت المادة 54 المعدلة من قانون الأسرة على ما يلي: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم"

لقد أجاز التشريع الإسلامي للمرأة أن تفدي نفسها بقوله تعالى: «فإن خفتن ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به»⁽¹⁾.

والخلع هو الصورة المقابلة للإرادة المنفردة للزوج، فإذا كرهت العشرة معه جاز لها أن تطلب الخلع مقابل مال على ذلك يتفقان عليه، فإن تنازعا رجع القاضي إلى صداق المثل.

وهنا قد أصاب القانون عندما جعل الخلع بالمقابل ولو دون موافقة الزوج، لأن عدم الموافقة مقابل الفدية، أي المال، ولا يمكن أن نعد هذا خلعا إلا إذا كان كذلك .

هذه أهم الإجراءات التي عرضناها في بحثنا مع مناقشة لبعض المواد القانونية التي تحتاج إلى تعديل، وإعادة صياغة حتى تستوعب المسائل، وتخرج من مختلف الإشكالات خاصة ما كان مصادما للنصوص القطعية للشريعة الإسلامية. وما يمكن قوله في هذا الصدد هو أن السلطة التقديرية للقاضي، تجعله يغوص نحو روح القانون، ولهذا وجدنا من أهم ما جادت به المدونة القانونية في الجزائر، هو إعراضها عن الفصل في بعض المسائل المشبهة، وهي المسائل التي لا يتحقق وجه المصلحة فيها إلا بالتسديد والمقاربة.

⁽¹⁾سورة البقرة: 229.

الحماية الجنائية للمعلومات الإلكترونية في إطار قانون الملكية الفكرية



بدرية عمارة : أستاذة مؤقتة

من جامعة سعيدة - الجزائر

كلية الحقوق والعلوم السياسية

تعتبر المعلومات مرد لا يقل ولا ينضب ، تتزايد دوما ولا تتناقص بالاستخدام ترتبط بالزمان والمكان وتتفاعل بالتطور فهي في الحقبة المعاصرة مفتاح للموارد الأخرى وسلعة او خدمة تباع وتشتري ومصدر قوة اقتصادية وسياسية لمن يجمعها وتنسيقها واستخدامها، وتوصف الطفرة المعاصرة في نمو المعلومات وتكاثرها بالثورة المعلوماتية.

ومع هذه الثورة وما نجم عنها من تحولات تزايد استخدام الحاسب الآلي والاعتماد عليه بصورة كبيرة في تسيير شؤون المجتمعات ، كما شهد الالم في الوقت الراهن تطورا هائلا تجلت ابرز مظاهره في التكنولوجيا الجديدة للمعلومات والاتصالات بحيث تقدم للدول ولأجهزتها الامنية الكثير من التسهيلات والإمكانيات التي تسهم في رفع كفاءتها وتطوير قدرتها على التصدي للجريمة إلا ان هذا التطور ادى ويؤدي الى تطوير وتحديث الجريمة من حيث الاساليب والمضامين.

ونتيجة لهذا التطور وضعت مختلف التشريعات نظم حمائية مختلفة تتراوح بين البعد الوقائي بوضع انظمة مراقبة وكذلك وضع قوانين ردعية كقوانين المسؤولية المدنية -المسؤولية التقصيرية -وكذا المسؤولية الجزائية عن أي تقصير او ضرر.

وفي هذا السياق ستكون دراستنا حول ما تم التطرق اليه في نطاق نصوص الملكية الفكرية، حيث قام الاهتمام بمعرفة أي من نظامي الملكية الادبية والفنية، والملكية الصناعية اكثر ملائمة لهذا الانتاج الذهني، فذهبت بذلك تشريعات عدة الى ادراجها ضمن نطاق حق المؤلف دونما أي تردد، غير أن التطور الحاصل في الضفة الأخرى من العالم الغربي كان له أثر على الرؤية التشريعية الملائمة للحماية التي انقلبت في هذا الجزء من العالم الى نظام براءات الاختراع نتيجة لمبررات وعوامل خاصة بها.

ومن هنا سنستعرض فيما يلي نظامي براءة الاختراع وقانون المؤلف كبيئتين لحماية البرامج بتبيان أي النظامين انجع لذلك مستشفين موقف المشرع الجزائري.

لظالما ارتبطت الملكية الفكرية بالخلق الذي هو الإبداع، والذي خص به الله عز وجل البشر أصحاب العقل المبدع حق التمتع به دون سواهم من خلقه¹.

وتشكل الملكية الفكرية مجموعة من قسمين، فالقسم الأول منها يشمل الآثار الأدبية والفنية بتشعباتها المختلفة، والقسم الثاني منه يقسم الابتكارات الصناعية بأبوابها: براءة الاختراع، النماذج الصناعية، العلامات التجارية، الأسماء التجارية.

وعند الحديث على الحقوق، فلا يمكن تصور حقوق مهما تنوعت أو اختلفت طبيعتها القانونية أو علت مرتبتها دون صيانة أو حماية، وثمة أي اعتداء يطرأ عليها فان كان حماية الحقوق يشكل أمرا واردا بالطبيعة، فالأولى صيانة وحماية انتاجات العقل البشري، لما لها من تميز على غير صعيد وبخاصة الثقافي والاقتصادي.

ولقد اعترف المشرع الجزائري بضرورة حماية حقوق الملكية الفكرية، فأصدر الأمر رقم 73-14 المؤرخ في 08-04-1973 المتعلق بحقوق المؤلف والذي عدل بموجب الأمر 97-10 المعدل والمتمم بالأمر 03-05 المتعلق بحق المؤلف والحقوق المجاورة² وكذا اصدار الأمر 03-07 المؤرخ في 19-07-2003 المتعلق ببراءة الاختراع³ المعدل للأمر 93-17 المؤرخ في 07-12-1993 المتعلق بحماية الاختراعات المعدل للأمر 66-54 المؤرخ في 03-03-1963 المتعلق بشهادة المخترعين وإجازات الاختراع.

أما على الصعيد الدولي، فنجد اتفاقية باريس للعام 1883 الخاصة بالملكية الصناعية المعدلة في 02-10-1979، واتفاقية برن الخاصة بحماية المصنفات الأدبية والفنية المؤرخة في 09-09-1896، والتي تم تطويرها في ديسمبر 1996 من قبل المنظمة العلمية للملكية الفكرية⁴ wipo بحيث وضعت حماية جديدة أكثر فاعلية للأعمال الفنية التمثيلية والانتاجية للتسجيلات الصوتية، والتي انضمت إليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 97-341 المؤرخ في 13-09-1997⁵.

غير أن طبيعة الابداعات الحديثة المحمية بقوانين الملكية الفكرية، لم تعد ذاتها في ظل العالم الرقمي الحديث وتكنولوجيا المعلومات، حيث أنها في الحالات العادية العادية والتقليدية ذات اطار قانوني جامد ومحدد، أما في تكنولوجيا المعلومات فإنها تعتمد وبشكل علمي معقد على تحويل المعلومة أيا كان حجمها الى أرقام.

وبهذا التأثير للتقنية المعلوماتية على نظام الملكية الفكرية، ولعله الأوسع الذي حظي من بين آثار التقنية بأوسع اهتمام وبلاستجابات الأسرع من قبل المؤسسات التشريعية الوطنية والمنظمات الدولية⁶، حيث أفرزت هذه التقنية أنماطا وأنواعا جديدة من مصنفات الإبداع الفكري أو ما يعرف بمصنفات تقنية المعلومات والتي كانت برمجيات

¹ - نسيب ايليا، حقوق الملكية الفكرية وتكنولوجيا المعلومات، الندوة العلمية المتخصصة في المعلوماتية القانونية والقضائية في جرائم المعلوماتية والتجارة الإلكترونية وحماية الملكية الفكرية، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، بيروت، الفترة من 28-09-2009 الى 30-09-2009، ص 02

² - الأمر رقم 03-05 الصادر بتاريخ 19-09-2003 المتعلق بحق المؤلف والحقوق المجاورة ج.ررقم 44 في 19-07-2003

³ - الأمر 03-07 الصادر بتاريخ 19-09-2003 المتعلق ببراءة الاختراع ، ج.ررقم 44 في 19-07-2003

⁴ - انشئت منظمة wipo عام 1967 في باريس حماية لحقوق المؤلف ، وتدير هذه المنظمة مجموعة اتحادات مثل اتحاد باريس واتحاد برن. أنظر في ذلك: عمر محمد ابوبكر بن يونس، الجرائم الناشئة عن استخدام الانترنت، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2004، ص 495

⁵ - المرسوم الرئاسي رقم 97-341 المؤرخ في 13-09-1997 المتضمن الانضمام مع التحفظ الى اتفاقية برن، ج.ررقم 61 المؤرخة في 14-09-1997

⁶ - يونس عرب، نظام الملكية الفكرية لمصنفات المعلوماتية، بحث منشورة على الموقع <http://-agmhmahshlh.maktoobblog.com> ، تاريخ الاطلاع: 25-03-2012

الحاسوب اكثر اصنافها ظهور على الساحة التقنية والأكثر جدلا على المستوى القانوني في مدى بسط الحماية الجنائية عليها، وتم وجب تحديد طبيعة هذه البرامج من اعتبارها اختراعا صناعيا أم مصنفا أدبيا، وسيتم دراسة ذلك من خلال:

المطلب الأول : مدى خضوع برامج الحاسب لنصوص الملكية الصناعية.

المطلب الثاني : مدى خضوع برامج الحاسب لنصوص الملكية الأدبية والفنية.

المطلب الأول : مدى خضوع برامج الحاسب لنصوص الملكية الصناعية :

أولت كل التشريعات اهتمامها بالمبتكرات والاختراعات الجديدة بشتى أنواعها ، فنجد المشرع الجزائري الذي بسط حمايته على هذه الابتكارات والاختراعات والتي تكون نتيجتها منتج جديد وطريقة جديدة ذات تطبيق صناعي¹، فأصدر المرسوم التشريعي رقم 93-17 المؤرخ في 07-12-1993 وكذا الأمر 03-07 السابق الإشارة اليه.

ولما كان ما يهمننا بصدد أموال الاعلام الآلي هو حمايتها من خلال براءة الاختراع، وجب دراسة مدى امكانية امتداد نصوص هذا القانون لتشمل حماية برمجيات الحاسوب وذلك بتبيان شروط اضافة صفة الاختراع الفرع الأول ثم تحديد مدى انطباق هذه الشروط على منتوجات الاعلام الآلي او البرامج الفرع الثاني.

الفرع الأول : الشروط الواجب توافرها في الاختراع :

ان نظام براءات الاختراع في المعنى الضيق لمصطلح النظام، أي مجموعة القواعد القانونية المطبقة والمنظمة لبراءة الاختراع، وشروط منحها، وإجراءات ذلك وكل ما يتعلق بهذه الأحكام².

أما براءة الاختراع، فهي عبارة عن وثيقة تمنحها الدولة للمخترع فتخول له حق استغلاله ماليا والتمتع بالحماية القانونية المقررة لهذا الغرض، وذلك لمدة محددة وبشروط معينة³.

أما بخصوص الاختراع، فقد عرف على انه: (الفكرة التي يتوصل اليها المخترع والتي تمكنه عمليا من ايجاد الحل لمشكلة معينة في المجال التكنولوجي)⁴، فهو كل جديد في مجال العلم أو البحث، قابل للاستغلال سواء كان متعلقا بمنتجات صناعية جديدة أو بوسائل مستخدمة، او بهما معا.

كما عرفه المشرع الجزائري في الأمر 03-07 بأنه فكرة لمخترع تسمح عمليا بإيجاد حل لمشكل محدد في مجال التقنية⁵.

كما نص ايضا في مادته الثالثة على الشروط الواجب توافرها في الاختراع حتى يحظى بالحماية: يمكن أن تقع تحت حماية براءة الاختراعات الجديدة الناشئة عن نشاط اختراعي والقابلة للتطبيق صناعيا.

¹-عكاشة معي الدين، محاضرات الملكية الأدبية والفنية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2001، ص 37

²-خثير مسعود، الحماية الجنائية لبرامج الكمبيوتر، الطبعة ال أولى، دار الهدى، ميلة، سنة 2010، ص 68

³- محمد حسنين، الوجيز في الملكية الفكرية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، ص 127

⁴- المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) <http://www.wipo.int-pct-ar-treaty-about.html> تاريخ الاطلاع: 2012-04-24

⁵- المادة 02 الفقرة 02 من الأمر 07-03 المؤرخ في 19-07-2003، ج.ر.رقم 44، ص 28

وعليه فان قانون الملكية الصناعية، يضيفي حمايته عن طريق براءة الاختراع، حيث لابد من توافر شروط معينة في الاختراع تتمثل فيما يلي :

1- شرط الجدة :

بحيث يجب أن يكون الاختراع جديدا ولم يسبق للجمهور أن تعرف عليه من قبل، ولقد اخذ المشرع الفرنسي بمبدأ الجدة المطلقة الى أبعد حدود الاطلاق بشأن براءات الاختراع، فيكفي لإسقاط حماية أن يثبت أنه قد سبق اختراعه في أي مكان في العالم، وفي أي وقت وبأي وسيلة، ونفس المنهج انتهجه المشرع الجزائري بصدد الجدة¹.

2- شرط القابلية للتطبيق الصناعي :

أي أن تكون الفكرة قابلة للتطبيق الصناعي وفي متناول أي صانع انجازها بمجرد توفر الوسائل اللازمة لذلك، أي يعتبر الاختراع قابلا للتطبيق الصناعي اذا كان موضوعه قابلا للصنع أو الاستخدام في أي نوع من الصناعة، وهذه القابلية للاستخدام الصناعي والتطبيق العملي فيها هي التي تضيفي للاختراع الصفة الصناعية سواء سنحت الفرصة أم عزت.

3- شرط عدم البديهية والخطوة الابتكارية :

بأن لا تكون الفكرة المخترعة بديهية تخطر على بال أي إنسان، ويتطلب الأمر أن تكون ناتجة عن نشاط ابتكاري طبق في مختلف القوانين العلمية، ولم يكن ناجما بداهة من الحالة التقنية.

ولكن هذا الطرح يمكن أن ينتفي اذا تمكن شخص ما من استثمار احد القوانين أو الظواهر في غرض صناعي معين كمن يستعمل نظرية قوة دفع البخار في دفع نورمات المياه أو المحركات، ويعد ذلك استثناء هاما لهذا الشرط².

ولقد اتفق فقه القانون التجاري الذي تناول موضوع براءة الاختراع كموضوع من موضوعاته على كون الاختراع ذو طبيعة مادية، لذلك يتضح من الشروط الواجب توافرها في الاختراع حتى يتمتع بالحماية القانونية التي تقرها نصوص قانون براءة الاختراع، والتي لا تنطبق إلا على الأشياء المادية الملموسة، سواء كان منتجا أو وسيلة خاصة اذا لاحظنا أن كل ذلك في اطار شرط القابلية للاستغلال الصناعي، ليتبين لنا أنه يحتوي بعدا ماديا، وهذا ما يفرق على أساسه الفقه التجاري بين الابتكار الصناعي والمصنفات الأدبية.

وبناء على ذلك فان أحكام براءة الاختراع يمكنها أن تنطبق على المكونات المادية للحاسب متى توافرت فيها الشروط التي يتطلبها هذا القانون.

أما المكونات غير المادية للحاسب، فنظرا لانتفاء الطابع المادي لها، فانه لا يمكن أن تنطبق النصوص الخاصة ببراءة الاختراع عليها وبالتالي لا تخضع لحمايتها، وستتناول فيما يلي مدى انطباق الشروط الخاصة بمنح البراءة للاختراع على برمجيات الحاسوب .

الفرع الثاني : مدى انطباق الشروط الخاصة بالاختراع على برامج الحاسب الالي :

¹ - حيث نصت المادة (04) في فقرتها (01) من الامر 07-03 على أنه: "يعتبر الاختراع جديدا اذا لم يكن مدرجا في الحالة التقنية وتتضمن هذه الحالة كل ما وضع في متناول الجمهور عن طريق وصف كتابي أو شفوي أو أي وسيلة اخرى عبر العالم، وذلك قبل يوم ايداع طلب الحماية أو تاريخ المطالبة الأولية بها".

² - عكاشة معي الدين، المرجع السابق، ص56

تمثل برامج الحاسوب مجموعة من التعليمات المتتالية يطلق عليها في الاصطلاح المعلوماتي "بالخوارزميات"¹ ، موجهة من الإنسان إلى الآلة والتي بنقلها على دعامة مادية مقروءة من الآلة، يؤدي إلى تحقيق نتيجة معينة والحصول على وظيفة محددة عن طريق آلة تستطيع معالجة المعلومات، وهي وإن كان فكرة جديدة أو تطبيقا جديدا مقارنة ومستوى التقنية الموجودة، لا تبدو اختراعا وفق المعنى الكلاسيكي لهذا المصطلح، والذي يضع شروطا محددة وجب توافرها في الاختراع ليحظى بالحماية .

وقبل التطرق الى مدى انطباق هذه الشروط على البرامج، لا بد والإشارة الى رأي الفقه في هذا الصدد.

أولا : الفقه القائل بتوافقية شروط منح البراءة مع طبيعة برامج الحاسوب :

حيث ذهب أنصار هذا الرأي الى امتداد الحماية بقانون براءة الاختراع على البرامج المعلوماتية، وذلك لما يمتاز به من مواصفات، وهي أن الحماية تبدأ من تاريخ إيداعه أو إعلانه الى جانب أنها تتعلق بالطرق وليس بالنتائج وكذا مدتها المتوسطة نسبيا².

ان البرامج تستعمل بالأساس للتعامل ليس مع الإنسان، بل مع مجموعة من الآلات والأجهزة في الحاسوب، لإدارتها وتوجيهها للقيام بعمل معين أو لتقديم خدمة محددة للمستخدم.

وما دامت هذه البرامج لصيقة بالآلة وهذه الأخيرة محمية وفق مقتضيات براءة الاختراع، ولأن الفرع يتبع الأصل، فمن الواجب أن تنسحب البراءة أيضا على برامج الحاسوب باعتبارها جزءا من الآلة التي تستخدمها³.

وعليه، فالبرامج كأبي اختراع تتضمن أفكارا منطقية على إبداع فكري جديد. بمعنى آخر، البرامج وفق هذا الاتجاه، طريقة صناعية جديدة، تجعل آلات وأجهزة الحاسوب تؤدي خدمة معينة، فهي تؤدي غرضا جديدا يصلح لاستغلاله وتطبيقه صناعيا. وبذلك تكون برامج الحاسوب، اختراعا ابتكاريا جديدا قابلا للتطبيق الصناعي. فالبراءة تعني الصناعة، والبرامج كذلك.

ولقد أسس هذا الفقه مبرراته على جملة الحجج التالية :

- 1- إن تطبيق قانون المؤلف على البرمجيات سيؤدي إلى عدم انصافها في عدة مجالات منها⁴ :
 - نظرا لطبيعتها وهندستها الداخلية، يتعذر اعتبارها كمصنفات أدبية وفنية، علما أن البرمجية تمر بمراحل قبل تأليفها ووضعها في شكلها النهائي، فهنا تثار مسألة تحديد تأقيت بداية الحماية، وأي مرحلة تستحق الحماية.
 - مدة الحماية المقررة للمصنفات الأدبية طويلة نسبيا، وهو ما يساهم في كبح الإبداع وتطور صناعة البرامج
- 2- إن سياسة الحماية التي يعتمدها قانون حق المؤلف هي سياسة دفاعية، حيث أن مجرد القول بوجود الحماية لا يكفي لتحقيقها مبدئيا ما لم يتعرض حق من حقوق المؤلف للهجوم أو المساس به.

وهي بذلك تختلف اختلافا كبيرا عن نظام براءة الاختراع الذي يخول الحماية القانونية والميدانية لأصحابها.

¹ - الخوارزميات: هي مجموعة من الخطوات الرياضية والمنطقية والمتسلسلة اللازمة لحل مشكلة ما.

² - خثير مسعود، المرجع السابق، ص71

³ - بشرى النية، برامج الحاسوب وقواعد الملكية الصناعية: تناغم أم تنافر؟، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، العدد7، 2005، ص81

⁴ - خثير مسعود، نفس المرجع، ص72

3- إن براءة اختراع البرمجيات تلعب دورا مهما في تأمين الأصول غير المادية للمؤسسات المبدعة، وكذا في المفاوضات الاتفاقية للتعاون بين كبريات المؤسسات الاقتصادية.

4- ان براءة الاختراع تمثل السبيل الوحيد لإمكانية تغطية المصاريف التي تكبدتها المؤسسة المطورة للبرامج في سبيل صناعتها وإخراجها للسوق.

ومن هنا هذا النظام كنظام ممتاز لحماية البرامج في كل من الولايات المتحدة الأمريكية واليابان، ولم يكن حكرا عليهم وحدهم بل لجأت شركات أوروبية للولايات المتحدة من أجل الحصول على براءات اختراعاتها، ومنها شركة بريتش تيليكوم BT التي حصلت على براءة اختراع " نظام النقر على الارتباط التشعبي système de chic sur le lien hypertexte والمستعمل بكثرة في الأنترنت¹.

نستنتج مما سبق أن أنصار قابلية البرمجيات الخضوع لشروط براءة الاختراع ينشدون أهدافا رأسمالية احتكارية تحت غطاء اقتصادي.

ثانيا: الفقه القائل بعدم توافقية شروط منح البراءة مع طبيعة برامج الحاسوب :

على الرغم من مزايا الحماية التي توفرها قوانين براءة الاختراع، إلا أنه توجد عدة أسباب تحول دون امتداد نصوص براءة الاختراع إلى المكونات غير المادية للحاسب يمكن بلورتها فيما يلي :

حيث يرى المختصون في الميدان أنه من الصعب توفير حماية ناجعة للبرمجيات بالرجوع الى قانون الملكية الصناعية، ويتعلق الأمر خاصة بشرطين لا بد من توافرها في العمل الإبداعي، لكي يظفر صاحبه بالبراءة.

1- بالنسبة لشروط الجدة :

وهذا الشرط لا يكون من الهين تحقيقه في البرمجيات ولا من الهين إثباته إذ يجب للتقرير بتوافر هذا الشرط أن يكون لدى الجهة التي تقوم بفحص طلبات البراءة، قدرا معقولا من الدراية لكي تقرر ما إذا كان قد سبق تقديم اختراعات مشابهة للاختراع المقدم الطلب بشأنه أم لا²، الأمر الذي يتطلب أن تكون هذه الجهة على درجة عالية من الكفاءة والتمييز في مجال البرمجيات الالكترونية.

كما أنه و إن كانت مجموع التعليمات المركب منها البرنامج جديدة. فما يركز عليه للقول بأنها متضمنة لعنصر الجدية، هو المفهوم المعطى للاختراع لكي يحصل أي ابتكار على البراءة. وبذلك برنامج الحاسوب من حيث تركيبته من مجموعة تعليمات لا تتوفر فيه الشروط المطلوبة لمنحه صفة اختراع، وبالتالي القول ببراءته. ويبدو للوهلة الأولى، أن شرط الجدة في برنامج الحاسوب لا يمكن تطبيقه إلا في حالة البرنامج في صفته الأولى، كفكرة أساس (Idée-base) لابتكار البرنامج، أي البرنامج-المصدر الذي يمكن أن يقترب نوعا ما من مفهوم الاختراع³. وتقرير جدة الاختراع في معظم الأحيان يكون أمرا جزافيا، لما تتميز به من طابع ذهني بحت، قد يكون صعبا على المبرمجين ذاتهم، فكيف يكون الوضع بالنسبة للقاضي عند عرض هذه المسألة عليه.

¹ - محمد حسن عبد الله علي، حماية برامج الحاسب الآلي بقانون براءة الاختراع في الولايات المتحدة الأمريكية، مجلة الشريعة والقانون، القاهرة، العدد 47، سنة 2011،

² - آمال قارة، الحماية الجنائية للمعلوماتية في التشريع الجزائري، الطبعة الثانية، دارهومة، الجزائر، سنة 2007، ص 66

³ - بشرى النية، المرجع السابق، ص 88

2- بالنسبة لقابلية الكيان غير المادي للاستغلال الصناعي :

إن الحديث عن الاستغلال الصناعي يفترض أن يكون الاختراع ذا صفة مادية، ويجب أن يؤدي استغلاله إلى منتج صناعي أو يمكن من الوصول إلى نتيجة صناعية، وكل هذه الأمور تتناقض والطابع الذهني أو المعنوي للبرمجيات.

ويظهر أن التشريعات المعاصرة بصفة عامة تستبعد البرامج المعلوماتية من مجال الحماية بواسطة براءة الاختراع لأحد سببين أساسيين هما¹ :

- إما تجرد برامج المعلوماتية من أي طابع صناعي، وهذا ما أثبتته الإحصائية التي أجرتها المنظمة العالمية للملكية الفكرية عام 1978، والتي جاء فيها ان 01% فقط من البرامج يستوفي شرط القابلية للاستغلال الصناعي

- وإما صعوبة البحث في مدى جلة البرنامج لتقدير مدى استحقاق البرنامج للبراءة .

ويمكن استثناء الحصول على براءة الاختراع بخصوص برامج الإعلام الآلي في حالتين :

- أن يكون البرنامج جزءا من ذاكرة الحاسب نفسه مثال ذلك: البرنامج المبنى.

- أن يستخدم البرنامج في تحقيق إحدى مراحل وسيلة صناعية جديدة وهي التي ينصب عليها طلب البراءة.

فالحماية اذن تبقى رهينة توفر الشرطين المذكورين، وقد ثبت صعوبة توفرهما، وبالنتيجة ثبت تعذر الحماية.

اضافة لذلك يظهر التحفظ العملي لمنتجي برامج الحاسبات على استعمال قوانين براءة الاختراع ويتمثل هذا التحفظ في الاجراءات المعقدة للحصول على البراءة والتكلفة العالية والمدد الطويلة التي يستغرقها هذا التسجيل².

ثالثا : موقف التشريعات من مدى خضوع البرامج للحماية وفقا لقانون براءة الاختراع :

تم تشكيل العديد من اللجان وذلك عن طريق المنظمة العالمية للملكية الفكرية من أجل أن تقوم هذه اللجان بوضع حماية لهذه البرامج، وأول ما درست هذه اللجان هو مدى إمكانية تطابق نظام براءات الاختراع مع هذه البرامج حتى تشملها الحماية القانونية، ولكن سرعان ما رسي الأمر على عدم تطبيق هذا النظام على البرامج.

وأخذت الاتفاقية الأوروبية بشأن براءات الاختراع المنعقدة في (ميونخ) في 5 أكتوبر سنة 1973 بمبدأ عدم اعتبار البرامج التي يتم إعدادها عن طريق عملية تجميع البيانات من قبيل الاختراعات، وكذلك أيضا فإن المشرع الفرنسي والدول الأوروبية قد نصت صراحة على عدم إخضاع برامج الحاسب الآلي للحماية عن طريق قانون براءات الاختراع، حيث نص المشرع الفرنسي في قانون 01 يوليو 1982 في شأن براءات الاختراع صراحة على ذلك في نص المادة (10) فقرة (02) بند (03)³.

¹ - أمال قارة، الحماية الجنائية للمعلوماتية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 68

² : Merv Matson, Protection des oeuvres numériques - Droit d'utilisation versus droit d'auteur , IEEE Canadian Review, Summer - Été 1999,p04.

³ - غسان خالد، الحماية القانونية لبرامج الحاسب الآلي، رسالة ماجستير، جامعة النجاح، نابلس، فلسطين، سنة 2008، ص24

أما على الصعيد الأوروبي، فقد نصت المادة 52 في فقرتها الثانية من الاتفاقية الأوروبية بخصوص براءات الاختراع، أن البراءة لا تستبعد بالنسبة إلى برامج الحاسب الآلي إذا لم ينصب طلب البراءة على البرنامج نفسه¹.

أما بالنسبة إلى الولايات المتحدة الأمريكية فإن حماية برامج الحاسب الآلي عن طريق قانون براءات الاختراع شهد تزايداً ملحوظاً ولاقى اهتماماً كبيراً، وللتدليل على ذلك الحكم الصادر من المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية

في قضية (Dimond-v-diehr)²، فقد حكمت بأن الاختراع لا يمكن حرمانه من الحماية عن طريق نظام براءات الاختراع بسبب أنه يستخدم برنامج الحاسب الآلي، وصدر في هذا المجال العديد من الأحكام القضائية.

أما عن موقف المشرع المصري فإن القانون رقم 132 لسنة 1949، لبراءات الاختراع لم يتطرق إلى مدى شمول الحماية القانونية لبراءات الاختراع لبرامج الحاسب الآلي، ويلاحظ أنه يوجد هناك قانون معدل للقانون السابق وهو قانون 82 لسنة 2002³.

وعلى الرغم من ذلك فيوجد هناك جانب من الفقهاء المصريين ذهبوا إلى إمكانية منح البراءة عن وسيلة صناعية جديدة ومبتكرة، ولو قامت في إحدى مراحلها على برنامج الحاسب الآلي.

ولم يستثنى التشريع الجزائري من الأخذ بهذا الموقف، فقد استبعد هو الآخر البرامج المعلوماتية صراحة في مجال الحماية بواسطة براءات الاختراع وذلك طبقاً للمادة (07) من الأمر 03-07 المتضمن براءة الاختراع⁴.

¹ - Article 52 alinéa 2 : « Ne sont pas considérés comme des inventions au sens du paragraphe 1 notamment :

- a) les découvertes, les théories scientifiques et les méthodes mathématiques .
- b) les créations esthétiques .
- c) les plans, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles, en matière de jeu ou dans le domaine des activités économiques, ainsi que les programmes d'ordinateur.
- d) les présentations d'informations. »

- de la Convention sur le brevet européen, 14e édition, Office européen des brevets, août 2010,p107

² - حيث قررت المحكمة العليا منح براءة اختراع لمعالجة مطاط صناعي بواسطة برنامج حاسب، طالما أن الجوانب المبتكرة للاختراع ليست واقعة كلياً في البرنامج، حيث تضمنت العملية استعمال لوغاريتم رياضي لتحسين أسلوب قولبة "صب" المنتجات المطاطية، فقررت المحكمة أن طالب البراءة لم يطلب براءة الاختراع للوغيترم المستخدم، وإنما لعملية معالجة المطاط وهي عملية تتفق والمفهوم القانوني للعملية processor القابلة لأن تكون محلاً لبراءة الاختراع. أنظر: محمد حسن عبد الله علي، المرجع السابق، ص140

³ - قانون رقم 82 لسنة 2002 المتعلق بحماية حقوق الملكية الفكرية، الجريدة الرسمية العدد 22 مكرر في 2 يونيو 2002.

⁴ - حيث تنص المادة 07 من الأمر 03-07 على أنه: " لاتعد من قبيل الاختراعات بمفهوم هذا الأمر:

(1) ...

(6) برامج الحاسوب ..."

ونظرا لاستبعاد نظام براءات الاختراع في حماية البرامج للأسباب السالفة الذكر، ونظرا لصعوبة استحداث تشريع خاص بالبرمجيات، تبنى المشرع الجزائري نظام الحماية وفقا لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة ، وهو ما سارت عليه غالبية التشريعات والاتفاقيات الدولية.

المطلب الثاني : مدى خضوع برامج الحاسب لنصوص الملكية الأدبية والفنية :

لقد ساهم انتشار الحاسب منذ سنة 1946 بظهور IBM¹360 وتزامن تسويق البرامج في سوق موازية لتسويق الحاسوب، الأمر الذي أدى إلى ظهور دراسة في الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1969، بحث من خلالها الفقيه BANZHOF على حماية مصنفات الحاسوب بواسطة حق المؤلف²، وواكب ذلك شروع المصلحة المشرفة على حماية حقوق المؤلف بتسجيل مصنفات الحاسوب.

هذه الدراسة كان لها الأثر الواضح على المنظمة العالمية للملكية الفكرية ، حيث تبنت مبدأ اعتبار برامج الحاسوب مصنفات أدبية وذلك سنة 1979، وكانت الفلبين أول دولة أدرجت برامج الحاسب ضمن المصنفات الأدبية والفنية إثر تعديلها لقانونها سنة 1972.

أما في فرنسا فقد صدر القانون رقم 85-66 بتاريخ 03-07-1985 في شأن بعض الأحكام الخاصة بحق المؤلف، وبمقتضى المادة الأولى منه اضيفت برامج الكمبيوتر دون تخصيص إلى التعداد الوارد في المادة (03) من قانون حق المؤلف الصادر في 11-03-1957 ضمن المصنفات المحمية بموجب هذا القانون³.

وقد عدل المشرع الفرنسي قانون حقوق الملكية الفكرية وذلك بموجب القانون¹ الصادر بتاريخ 10-05-1994، حيث تم تعديل ثلاثة مواد من السبعة المخصصة لحماية برامج الكمبيوتر وتم الإبقاء على المادة 123-5 لكي يتفق القانون الفرنسي مع التوجه الأوروبي والتشريعات الأوروبية.

¹ - IBM360: آلة حاسبة تم اختراعها سنة 1966 من قبل الشركة الدولية لتجارة الآلات، هذه الآلة تحتوي على عدة ابتكارات تطويرية، حيث كان لها نجاحا في الوقت الحالي، وسلسلة 360 كان لها الدور الفعال في وضع أجهزة الكمبيوتر في المجال العلمي ومجال الأعمال

² - آمال قارة، الحماية الجنائية للمعلوماتية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 69

³ - Article. 1er. - I. « Dans le même article, après les mots: <<aux sciences>> sont insérés les mots: << les logiciels, selon les modalités définies au titre V de la loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle>> »

—LOI n° 85-660 du 3 juillet 1985 , Relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle, JORF 4 juillet 1985, p 7495

أما بالنسبة للمشرع الجزائري وإن كان لم يدرج برامج الكمبيوتر صراحة ضمن المصنفات الخاضعة لحماية حق المؤلف، فإن هذا التعدد قد ورد على سبيل المثال لا الحصر في الأمر 73-14 المتعلق بحقوق المؤلف.

فنص المادة (02) من الأمر 73-14، إن كانت لم تذكر صراحة الحاسوب ضمن المصنفات المحمية بحق المؤلف، إلا أن صياغتها قد جاءت في صورة عامة، وما يؤكد ذلك المادة 07 من الأمر رقم 96-16 المتضمن أحكام الإيداع القانوني للمصنفات الأدبية².

وبعد تعديل الأمر 73-14 بموجب الأمر 97-10 المعدل والمتمم بالأمر 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، نجد أن المشرع وسع قائمة المؤلفات المحمية بإدماجه تطبيقات الإعلام الآلي ضمن المصنفات المحمية، حيث نص في المادة (04) من هذا الأمر على أنه: " تعتبر على الخصوص كمصنفات أدبية و-أو محمية ما يأتي: المصنفات الأدبية المكتوبة مثل... وبرامج الحاسوب... "

ولم يرد ذكر قواعد البيانات سواء في معاهدة برن³ أو في معاهدة المنظمة العالمية للملكية الفكرية في شأن حقوق الطبع، وإنما جاء النص في الفقرة (05) من المادة (02) من معاهدة برن على تمتع: " مجموعات المصنفات الأدبية والفنية لدوائر المعارف والمختارات الأدبية التي تعتبر ابتكارا فكريا بسبب اختيارها وترتيب محتوياتها".

ورغم ذلك ظل الاختلاف في الفقه والتشريع قائما بين مؤيد ومعارض لاعتبار البرامج كمصنفات خاضعة للحماية المقررة في قانون الملكية الأدبية والفنية، وعليه سنفصل ذلك من خلال دراسة مدى اعتبار البرامج كموضوع من موضوعات حق المؤلف (الفرع الأول)، ثم نتطرق إلى مدى امكانية حماية المعلوماتية وفق نصوص جرائم التقليد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مدى اعتبار البرامج كموضوع من موضوعات حق المؤلف :

يخضع المصنف لقانون حماية حق المؤلف إذا ما توافر فيه شرطين أساسيين، وهما شرط موضوعي جوهرى وهو شرط الابتكار، وآخر شكلي وهو الوجود أو التعبير عن المصنف ومن تم وجب بيان إمكانية تحقق هذين الشرطين في برامج الحاسب حتى يحظى بالحماية المقررة في قانون حق المؤلف.

أولا: الابتكار في برامج الحاسب :

¹ - LOI no 94-361 du 10 mai 1994 portant mise en oeuvre de la directive (C.E.E.) no 91-250 du Conseil des communautés européennes en date du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur et modifiant le code de la propriété intellectuelle (1), JORF n°109 du 11 mai 1994, p 6863

² - حيث نصت هذه المادة على أنه: "تخضع للإيداع القانوني، الوثائق المطبوعة والصوتية والمرئية والسمعية البصرية أو التصويرية، وبرامج الحاسوب بكل أنواعها، أو قواعد المعطيات. وذلك مهما تكن الدعامة التي تحملها وتقنية الانتاج والنشر والتوزيع"، الأمر رقم 96-16 المؤرخ في 16 صفر عام 1417 الموافق 02 يوليو سنة 1996 والمتعلق بالإيداع القانوني، ج رقم 41 الصادرة بتاريخ 03-07-1996، ص 07

³ - وقعت هذه الاتفاقية في 9 سبتمبر سنة 1886 وكملت في باريس في 4 مايو سنة 1896 وقد جرى عليها تعديل ببرلين في 13 نوفمبر 1908 ببرن في 20 مارس سنة 1914، والمعدلة بروما في 2 يونيو سنة 1928 وفي بروكسل في 26 يونيو سنة 1948 و ستوكهولم في 14 يوليو سنة 1967 وأخيرا في باريس في 24 يوليو سنة 1971.

فلا بد لكي يخضع المصنف لقانون حماية حق المؤلف أن يكون مصنف مبتكر، ويعرف الابتكار بأنه: " بصمة المؤلف الشخصية على المصنف والتي تسمح للجماهير بالنطق باسمه بمجرد مطالعة المصنف إذا كان من المشهورين أو بالقول بانتهاء نسب هذا المصنف إلى مؤلف لديه قدرة ابتكارية على التعبير عن أفكاره"¹.

اذ أن حق المؤلف إنما هو ثمرة من ثمار فكر الإنسان وابتكاراته، ولا يراد بالابتكار أن يكون ابداعاً رائعاً، بل يكفي أي قدر من الابتكار أياً كانت قيمته، فالمهم أن يكون شيئاً لم يعهد من قبل، وقد ابتدعه فكر الإنسان².

وبخصوص برامج الحاسب الآلي، فلقد اختلف الفقه حول احتوائها على عنصر الابتكار بين مؤيد ومعارض على النحو التالي :

1- الفقه المعارض :

إن عنصر الابتكار هو العنصر الأساسي الذي يجعل المصنف مشمول بالحماية، فالبرمج سلطته في الاختيار بين الحلول المختلفة محدودة بأهداف معينة واعتبارات تقنية محددة بحيث لا يمكن أن نرى بصمة المبرمج على البرنامج أي اضافة الطابع الشخصي له.

فالبرمج أمامه هدف معين حدده له المستخدم أو رب العمل يجب عليه أن يصل إلى هدف، اذ لو تعدد معدي البرنامج أمام مشكلة واحدة فلا بد أن يصلوا جميعاً إلى نفس الحل وإن كان من الممكن أن تختلف طرق الوصول إلى حل المشكلة من مبرمج لأخر³.

ويؤيد بعض القضاء هذا الاتجاه، حيث ذهبت محكمة EVRY في حكمها الصادر في 11-07-1985 إلى أن برنامج الكمبيوتر هو مصنف لغوي (une œuvre de langage) وأن لغة الجبر المستخدمة في برنامج الكمبيوتر لا تعد مجالاً للابتكار، ولا يمكن أن تحمل الطابع الشخصي للمؤلف⁴.

ومما لا شك فيه أن هذا الاتجاه يتعارض مع موقف أغلب التشريعات التي أدرجت هذه البرامج تحت نطاق حماية حق المؤلف، ذلك أن انتفاء شرط الابتكار بصدها يعني انتفاء أهم شرط للحماية.

2- الفقه المؤيد :

حيث يرى أن برامج الكمبيوتر غالباً ما تحتوي على عنصر الابتكار، وبالتالي تخضع لأحكام القانون، فلا ينصرف معنى الابتكار فقط إلى الخلق الذهني الجديد الذي لم يتوصل إليه البشر، بل يمتد ليشمل كل إنتاج ذهني ينطوي على قدر معين من الابتكار، فلا يلزم لإسباغ الحماية القانونية أن يكون المصنف من تأليف صاحبه وإنما يكفي أن يكون عمل واضعه حديثاً من نوعه

ويتميز بطابع شخصي خاص مما يضيفي عليه وصف الابتكار⁵، وقد أكدت اغلب الاتفاقيات والتشريعات على ضرورة وجوب توافر هذا الشرط في برنامج الكمبيوتر.

¹ محمد أمين الرومي، جرائم الكمبيوتر والانترنت، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، سنة 2004، ص 79

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، الجزء الثامن، دار احياء التراث العربي، بيروت، 1952، ص 451

³ غسان خالد، المرجع السابق، ص 24

⁴ خثير مسعود، المرجع السابق، ص 82

⁵ محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 86

وهو ما ذهبت إليه التوجيهية الأوروبية المتعلقة بالحماية القانونية لبرامج الكمبيوتر¹ بالقول إن الدول الأعضاء تحمي برامج الكمبيوتر كونها أعمالاً أدبية بالمعنى المعطى لها في معاهدة برن الخاصة بحماية الأعمال الأدبية والفنية. ونفس المفهوم تبنته اتفاقية GATT الموقعة في إطار الاتفاقية العامة للتعريف والجمارك: "إن برامج الكمبيوتر سواء كانت ملحوظة في إطار نظام أو موضوع تعتبر أعمالاً أدبية بمقتضى اتفاقية برن"². وهو ما أكده المشرع الفرنسي حيث أوجب توافر الابتكار في المصنف بغض النظر عن الشكل الذي يتخذه أو قيمته أو نوعه.

هذا ونجد المشرع الجزائري، وإن لم ينص صراحة على وجوب توافر شرط الابتكار، فقد أشار إلى كلمة الأصلية أو الأصالة في معرض حديثه في أكثر من موضع في قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة، حيث نصت الفقرة (02) من المادة (05): "تكفل الحماية لمؤلف المصنفات المشتقة دون المساس بحقوق مؤلفي المصنفات الأصلية"، فعبارة - مؤلفي المصنفات الأصلية - جاءت صريحة، وهي قرينة مباشرة على وجوب بروز و اشتمال برامج الكمبيوتر على نوع من الأصالة، بحيث تبرز من خلالها شخصية المؤلف.

ثانياً: التعبير عن البرنامج (الوجود)

لقد جاء في المادة (92) من القانون المدني الجزائري على أنه: "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً أو محققاً"، بمعنى أن يكون محل الالتزام موجوداً أو قابلاً للوجود في المستقبل، ليطمئن التعاقد أو تفرغ ارادة المتعاقدين المنصبة على هذا المحل.

وفي مجال حماية المصنفات، لا يتصور أن تنصب هذه الحماية على الشيء المستقبلي أو على مجرد الأفكار، بل لابد أن يفرغ المصنف في صورة مادية يحقق من خلالها الوجود المادي ويكون معداً للنشر³. فتكون أصول المصنف المكتوب مثلاً ليست الا مجرد مشروع لا يزال قيد التنقيح والتبديل بل يجب أن تكون هذه الأصول قد أخذت وضعها النهائي وأصبحت معدة للطبع والنشر، ولا يهم بعد ذلك نوع المصنف أو طريقة التعبير عنه، لأن طرق التعبير عن المصنفات تتعدد بحسب تنوعها⁴.

هذا ما أشارت إليه في الفقرة (02) من المادة (03) من الأمر 03-05 الصادر بتاريخ 19-07-2003 المتعلق بحق المؤلف والحقوق المجاورة: "تمنح الحماية مهما يكن نوع المصنف ونمط تعبيره ودرجة استحقيقه ووجهته بمجرد ايداع المصنف سواء أكان المصنف مثبتاً أم لا بأية دعامة تسمح بإبلاغه إلى الجمهور". ومن هذا المنطلق نجد أن المشرع الجزائري قد فرض حماية المصنفات الأدبية والفنية التي تفرغ في قالب أو في صورة معينة، وعليه فإن برامج الحاسب تكتسي طابع المصنف عندما يقوم واضع البرنامج بصياغتها ووضعها في ثوبها النهائي بحيث تصبح قابلة للاستعمال والاستغلال، وفق ما وضعت له هذه البرمجية . فلا يمكن الاستفادة منها وهي مجرد أفكار موجودة في الأذهان أو مكتوبة على ورق، إذ تبدأ الاستفادة منها حين توضع في شكل مادي كأسطوانة معدنية أو بلاستيكية تمكن الجهاز التعامل معها⁵.

¹ - Directive Du Conseil du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (91-250-CEE), Source www.europa.eu.int - Journal officiel n° L 122 du 17-05-1991 p. 0042 - 0046.

² محمد حسام محمود لطفي، الشروط الجوهرية لحماية حق المؤلف، موسوعة الفكر القانوني، العدد الثالث الجزائر، سنة 1993، ص 212، نقلاً عن: خثير مسعود، المرجع السابق، ص 83

³ صلاح الدين محمد مرسي، الحماية القانونية لحق المؤلف في التشريع الجزائري، رسالة الدكتوراه، جامعة الجزائر، 1991، ص 245

⁴ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 291

⁵ غسان خالد، المرجع السابق، ص 20

ومما لا شك فيه أن البرمجيات في وضعها الأول باعتبارها مجموعة معلومات أو أوامر موضوعة بشكل منطقي، أو باعتبارها مجموعة خوارزميات لا يمكن الاستفادة منها إلا إذا وضعت في دعامة مادية، يمكن التعامل معها بواسطة الجهاز.

وعليه نجد أن المشرع الجزائري قد بسط حمايته على برامج الحاسب الآلي، مدرجا إياها تحت نطاق حقوق المؤلف تماشيا واتفاقية برن الدولية، حيث أضفى على هذه البرامج حماية قدرها 50 سنة ابتداء من مطلع السنة الميلادية التي تلي تاريخ نشر المصنف¹.

غير أن ما يلاحظ هو مبالغة المشرع الجزائري بإعطاء البرمجيات ذات المدة المقررة لباقي المصنفات الأدبية والمتعلقة بالحماية، إذ كان من الأجدر تخفيف هذه المدة لاعتبارات عدة أهمها، أن هناك تطورا دائما في المجال التكنولوجي، الأمر الذي يلزم إصدار وإدخال تعديلات بصفة شبه يومية على البرامج. وهذا الاتجاه يتفق وما جاءت به اتفاقية برن، والتي نصت في الفقرة (04) من المادة (07) على أنه: "يجب أن لا تقل مدة حماية هذه المصنفات عن 25 سنة من تاريخ إنجاز المصنف"².

ويلاحظ مما سبق، أن المشرع الجزائري قد اعتمد وبشكل واضح على المستجدات الدولية في نطاق حماية الملكية الأدبية والفنية، وكان أهمها انضمام الجزائر للمنظمة العالمية للتجارة³ وكذا المصادقة على اتفاقية برن بموجب المرسوم الرئاسي 97-341 السابق الإشارة إليه.

الفرع الثاني : حماية البرامج وفق نصوص جرائم التقليد :

لقد استطاع المشرع حسم الخلاف، بتوفير الحماية الجزائية لمصنفات الاعلام الآلي بعد ادماجها صراحة ضمن المصنفات تطبيقا لبند اتفاق جوانب الملكية الفكرية المتعلقة بالتجارة (TRIPS)⁴، بهدف الانضمام للمنظمة العالمية للتجارة.

وعدد المشرع مجموعة من الأفعال الماسة بالمصنفات وبحقوق مؤلفيها وجرمها، وجعل مرتكبيها يشكلون خرقا لحقوق المؤلف تجب معاقبة من يقترفها، ولعل هذه الأفعال هي المكونة لجريمة التقليد والجرائم الملحقة بها.

وهذا ما سيتم بيانه مع تحديد أهم العقوبات التي نص عليها القانون.

أولا : جريمة تقليد برامج الحاسب الآلي.

¹ - حيث نصت المادة (54) من الأمر 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة على أنه: "تحظى الحقوق المادية لفائدة المؤلف طوال حياته ولفائدة ذوي حقوقه مدة خمسين (50) سنة، ابتداء من مطلع السنة المدنية التي تلي وفاته".

² - Article 7 alinéa-4 « Est réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de régler la durée de la protection des œuvres photographiques et celle des œuvres des arts appliqués protégées en tant qu'œuvres artistiques; toutefois, cette durée ne pourra être inférieure à une période de vingt-cinq ans à compter de la réalisation d'une telle œuvre. », Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques

³ - تعد المنظمة العالمية للتجارة (WTO)، منظمة دولية يقع مقرها في جنيف عاصمة سويسرا، وقد تأسست في 1-01-1995 نتيجة مفاوضات دورة أورغواي الممتدة من 1986 إلى 1994، وكان ذلك في مدينة مراكش المغربية، انخرطت في هذه المنظمة حتى 11 نوفمبر 2011 155 بلدا. - عياشي قويدرو إبراهيمي عبد الله، آثار انضمام الجزائر الى المنظمة العالمية للتجارة بين التفاؤل والتشاؤم، مجلة اقتصاديات شمال افريقيا، العدد 2، جامعة حسيبة بن بوعلوي بالشلف، الجزائر، سنة 2005، ص 56

⁴ - اتفاق جوانب الملكية الفكرية المتعلقة بالتجارة، اتفاق بين المنظمة الدولية للملكية الفكرية والمنظمة العالمية للتجارة، ابرم في 15-04-1994 وساري المفعول منذ 01-01-1995، راجع في ذلك: غنام محمد غنام، دور قانون

إن غالبية التشريعات والقوانين لم تضع تعريفاً محدد وواضحاً لجريمة التقليد، فعرفها الفقه على أنها: " نقل مصنف لم يسقط في الملك العام من غير اذن مؤلفه"¹، وعرفت كذلك: " القيام بعمل لا يقوم به سوى المؤلف أو من يرخص له"².

وقد عرفت منظمة (الويبو) بأنها " استنساخ للمصنفات المنشورة أو الفوتوغرافية بأي طريقة مناسبة من أجل توزيعها على الجمهور وإعادة إذاعة البرامج الإذاعية دون أي تصريح"³.

أما المشرع فقد اكتفى بتعداد الأفعال المشكلة للجرائم الموصوفة بالتقليد، واختلفت هذه الأفعال باختلاف النظرة ومدى تطور حقوق المؤلف، وهذا ما ذهب اليه المشرع الجزائري حيث نص في المادة (151) من الأمر 03-05 السابق الإشارة اليه ، بقوله : " يعد مرتكباً لجريمة التقليد كل من يقوم بالأعمال الآتية :

-الكشف غير المشروع للمصنف أو المساس بسلامة المصنف أو أداء فنان أو مؤد أو عازف.

-استنساخ مصنف أو أداء بأي أسلوب من الأساليب في شكل نسخ مقلدة".

وعليه فإنه لقيام هذه الجريمة يستلزم توافر ركنين أساسيين هما الركن المادي والركن المعنوي وهذا ما سيتم دراسته على النحو التالي.

1-الركن المادي :

ان الاعتراف لبرامج الحاسب الآلي بصفة المصنف المحمي، يستدعي امكانية خضوعه للنشاط الإجرامي في جريمة التقليد، أي الاعتداء على حق من حقوق المؤلف دون موافقته، وهذا النشاط يظهر في احدى الصور التالية:

أ- الكشف غير المشروع عن البرمجية :

حيث يتمتع مؤلف برنامج الحاسب وحده بحق الكشف عنه باسمه أو باسم مستعار، وله أن يخول هذا الحق إلى الغير، كما يعود هذا الحق إلى ورثته بعد وفاته، فلهم الحق وحدهم في الكشف عن المصنف، وهذا ما جاء في نص المادة (22) من الأمر 03-05⁴.

وبالتالي فإن أي عملية للكشف عن البرمجية وإظهارها للعلن من قبل الغير الذي لم يحال له هذا الحق، يعد اعتداء غير مشروع ويدخل تحت نطاق التجريم.

¹ نواف كنعان، حق المؤلف، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 1992، ص428. نقلا عن: غسان خالد، المرجع السابق، ص 81

² - leger ropic richard,protection du logiciel et autre ouvres original en vertu de la loi sur le droit d'auteur et convention usuelle en ce domaine,site,www.robic.ca,106، ص المرجع السابق ، الجريمة المعلوماتية ، المرجع السابق، ص106

³ - اللجنة الحكومية الدولية المعنية بالملكية الفكرية والموارد الوراثية والمعارف التقليدية والفولكلور، مسرد بالمصطلحات الرئيسية المتعلقة بالملكية الفكرية والموارد الوراثية والمعارف التقليدية وأشكال التعبير الثقافي التقليدي، الدورة العشرون، جنيف، من 14 إلى 22 فبراير 2012، ص06

⁴ - حيث تنص المادة (22) على أنه : " يتمتع المؤلف بحق الكشف عن المصنف الصادر باسمه الخاص أو تحت اسم مستعار، ويمكنه تحويل هذا الحق للغير.

يعود الكشف عن المصنف بعد وفاة مؤلفه إلى ورثته ما لم تكن هناك وصية خاصة.."

وعليه فإن للمؤلف وحده الحق في اختيار الوقت والطريقة التي تتم بها إذاعة أو نشر برنامجه، وأي عمل من الأعمال السابقة تم في غير الوقت الذي يراه المؤلف ملائما أو بطريقة غير تلك التي يراها مناسبة له، يشكل اعتداءا على حقه¹.

وقد قضي تطبيقا لذلك أن انتهاك المتصرف اليه في البرنامج لشروط العقد الذي يربطه بمؤلف البرنامج - والتي بمقتضاها يحظر على الأول إعادة التصرف في الحقوق التي انتقلت اليه على البرنامج ولو عن طريق منح تراخيص في الباطن - يعد مساسا بالحق الأدبي للمؤلف².

ويلاحظ أن طرق الكشف عن البرمجيات أصبحت كثيرة ومتنوعة، وذلك بسبب تطور تكنولوجيات كسر الحماية بالموازاة مع تطور طرق حماية البرمجيات.

وتتمثل هذه الطرق أساسا في كسر حماية البرمجيات عن طريق الحصول على الشفرة السرية (craquage) التي تسمح بالدخول للبرمجية واستغلالها كمتعمل مرخص له أو كصاحب حق عليها، ومن الطرق أيضا قرصنة الرقم التسلسلي (numéro de série) للنسخة من البرمجية، وهو رقم تضعه الشركة المصنعة للبرمجية من أجل ضمان عدم تقليد برمجياتها أو استنساخها بطريقة غير مشروعة³.

وفي هذا الشأن أدانت المحكمة الاصلاحية لمدينة ميتز-METZ - الفرنسية شاين قرصانين، بسبب قيامهما بالهندسة العكسية والنسخ لبرمجيات ألعاب وكشفهما عنها في ذات اليوم الذي كانت الشركة المنتجة قد قررت الاطلاق التجاري لها⁴.

ب- المساس بسلامة البرمجية :

اذ يحمي المشرع جنائيا - إلى جانب حق المؤلف في إذاعة أو نشر مصنفه وطريقة هذا النشر - حق المؤلف في التعديل أو التحوير أو تغيير أو حذف أو اضافة ترد على البرنامج من شخص آخر دون إذن المؤلف، فمن يرتكب أحد الأفعال السابقة يتوافر في حقه النشاط الإجرامي لجريمة التقليد، ومثال ذلك من يشتري برنامجا لاستغلاله في نشاط معين فيحوره لاستغلاله في نشاط آخر بدون إذن المؤلف.

غير أنه يمكن لمؤلف البرنامج التعديل فيه دون التغيير، دون الإخلال أو المساس بمصالح من يجوز البرنامج من العملاء حيازة شرعية، اذ التحويرات الطفيفة اللازمة للاستعمال العادي والمشروع للبرنامج مثل تصحيح الأخطاء الواردة به⁵، أو تحديثه عن طريق إدخال التعديلات عليه لكي يواكب التطورات التشريعية الحديثة أو التطورات

¹ - آمال قارة، الحماية الجنائية للمعلوماتية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 85

² - علي عبد القادر القهوجي، الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي، المرجع السابق، ص 24

³ - خثير مسعود، المرجع السابق، ص 90

⁴ - مشار اليه لدى : خثير مسعود، نفس المرجع، ص 90

⁵ - علي عبد القادر القهوجي، الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي، المرجع السابق، ص 28

العلمية التي ترتبط بالعرض الأصلي من استخدامه لا تدخل في نطاق التجريم، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة (89) من الأمر 03-05¹.

كما انه لا يمكن لأي كان أن يدخل تعديلات على المصنف بتصحيح أو اضافة او تعديل أو حذف، إلا بموافقة المؤلف وهذا ما نصت عليه المادة (90) من ذات الأمر²، إلا أنه واستثناءا على هذه المادة وهو المنصوص عليه في المادة (25) من هذا الأمر التي نصت على أنه :

" يحق للمؤلف اشتراط احترام سلامة مصنفه والاعتراض على أي تعديل يدخل عليه أو تشويهه أو افساده إذا كان ذلك من شأنه المساس بسمعته كمؤلف أو بشرفه أو بمصلحه المشروعة".

وبمفهوم المخالفة أنه إذا لم يكن من شأن هذه التعديلات المساس بسمعة المؤلف أو شرفه أو بمصلحه المشروعة، فإنه لا يمكن الاعتراض عليها من طرفه.

وقد ذهبت التوجيهية الأوروبية إلى هذا، حيث نصت في الفقرة(01) من المادة(05)، على أن المؤلف لا يستطيع أن يمنع تعديل أو تحوير البرنامج طالما كان ذلك ضروريا لتمكين الحائز الشرعي من استغلال هذا البرنامج على النحو الذي يتلاءم مع الغرض المعد له³.

وعلى ذلك فإنه لا يوجد ما يمنع من تعديل البرنامج ليتلاءم مع المتطلبات الشخصية للحائز الشرعي لهذا البرنامج، بما يساير المستجدات التشريعية، أو الشخصية أو اللائحية، أو أي نوع آخر من المستجدات، طالما كان هذا التعديل لازما للحفاظ على القيمة الاقتصادية والعلمية لهذا البرنامج، في حدود الحقوق المتنازل عنها أو الممنوحة لمستغل البرنامج.

ج- استنساخ البرنامج بأي أسلوب من الأساليب في شكل نسخ مقلدة :

يأشر مؤلف برنامج الحاسب الآلي حقه في استغلال برنامجه إما في صورة النسخ وإما في صورة الاستعمال وإما في صورة الترجمة إلى لغة أخرى من لغات البرامج، ويعتبر مكونا لجريمة التقليد أي اعتداء يقع على أي صورة من صور الاستغلال السابقة⁴.

ويعد هذا السلوك الإجرامي من أشهر وأخطر عمليات التقليد والقرصنة المعلوماتية لسهولة القيام بها وقلة تكاليفها وارتفاع مداخيلها.

¹ - حيث تنص الفقرة (01) من المادة (89) : "يحق للمؤلف ادخال تعديلات أثناء الشروع في عملية صنع الدعامة التي تسمح باستنساخ المصنف، شريطة أن لا تؤدي هذه التعديلات إلى تغيير نوع المصنف، وغايته بالقياس إلى الالتزام الذي دفع الناشر إلى ابرام العقد".

² - المادة (90): "لا يمكن الناشر أن يدخل تعديلات على المصنف بتصحيح أو اضافة أو حذف إلا بموافقة من المؤلف"

³ - article 05 alinéa 01 : "sauf dispositions contractuelles spécifiques ,ne sont pas soumis à l'autorisation du titulaire les actes prévus à l'article 4 points a) et b) lorsque ces actes sont nécessaires pour permettre à l'acquéreur légitime d'utiliser le programme d'ordinateur d'une manière conforme à sa destination, y compris pour corriger des erreurs." Directive Du Conseil du 14 mai 1991concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur.

⁴ - علي عبد القادر القهوجي، الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي، المرجع السابق، ص 29

غير أن التساؤل المطروح هو : هل أن الاستنساخ المقصود يتمثل فقط في إجراء نسخة طبق الأصل للبرمجية من مصدرها إلى وسيلة أو دعامة مشابهة، كمثال: نسخ قرص مضغوط إلى آخر أم كل استنساخ كيفما كان سواء من دعامة إلى أخرى أو غيرها؟

إن المقصود من الاستنساخ هو كل عملية الهدف منها الاعتداء على البرامج محل الحماية بأي طريقة كانت¹، وتبقى مسألة توسيع نطاق هذه السلوكيات أو تصنيفها من اختصاص المصالح الأساسية للشركات أو الأفراد المعنيين بها.

وعلى سبيل المثال تقرر شركة microsoft ، بأن المستعمل يجري نسخة عن برنامج الكمبيوتر كلما قام بما يلي² :

- تحميل البرنامج إلى الذاكرة المؤقتة (RAM) بتشغيله في قرص مرن أو ثابت أو مضغوط أو أي وسيلة تخزين أخرى.

- نسخ البرنامج إلى وسائط أخرى مثل القرص المرن أو القرص الثابت للجهاز.

- تشغيل البرنامج على الكمبيوتر من ملقم شبكة اتصال حيث يوجد البرنامج، أو حيث يتم تخزينه.

واعتبرت أن النسخ غير مشروع إذا تم دون إذن مالك الحقوق.

هذا وغالبا ما تحدد اتفاقية الترخيص التي ترافق معظم البرمجيات ذات الانتشار العالمي، شروط لاستخدام ما يعد مشروعا ومالا يعد مشروعا بالنسبة للاستنساخ.

ويدخل في حكم الاستنساخ تثبيت البرمجية (l'installation) على القرص الصلب (dur) disque للحاسوب، باعتبار أن عملية التثبيت تستدعي بالضرورة نقل الملفات الموجودة في المصدر الأصلي للبرمجية إلى موقع التثبيت³.

ويدخل تثبيت البرمجية في جهاز آخر غير المرخص به للتثبيت في حكم الاستنساخ غير المشروع، حيث قضت المحكمة الاصلاحية لمدينة (Cusset) الفرنسية في قضية شركة قام رئيسها رفقة أحد المديرين بتثبيت برمجية مرخص بها لجهاز واحد في باقي أجهزة المؤسسة، وتمت ادانته بناء على تفتيش من فرقة الدرك الفرنسية المتخصصة⁴.

لقد اعتبر المشرع الجزائري في الفقرة (02) من المادة (27) من الأمر 03-05 المتعلق بحق المؤلف والحقوق المجاورة، أن المؤلف أو مالك الحقوق المادية على المصنف هو الوحيد المخول دون غيره بإجراء نسخ من المصنف، وبأي وسيلة كانت.

¹ - خثير مسعود، المرجع السابق، ص 92

² - الدعم الفني microsoft ، نقلا عن: خثير مسعود، نفس المرجع، ص 93

³ - علي حسن الطوالبة، جرائم الاعتداء على نظم الحاسب الآلي ضمن قانون حماية حق المؤلف، بحث منشور على الرابط: <http://www.policemc.gov.bh>

reports-2011-March-31-3-2011-634371828853378047.pdf ، تاريخ الاطلاع: 15-04-2012

⁴ - Un directeur informatique condamné pour contrefaçon de logiciels, TC Cusset (Allier), 12.04.1996, http://www.auracom.fr-ctl-legalnet_ippolis.html#directeur; aperçut le 06-05-2012.

غير أن هذا التحويل ليس على إطلاقه، فقد أورد على الأمر السابق استثناءات عدة في أكثر من موضع تمكن من استنساخ المصنفات دون إذن صاحبها أو مؤلفها، وارتبطت معظم هذه الاستثناءات فيما أورده المشرع في نص المادة (52) من ذات الأمر : "يعد عملا مشروعاً، بدون ترخيص المؤلف أو من أي مالك آخر للحقوق، قيام المالك الشرعي لبرنامج الحاسوب باستنساخ نسخة واحدة من هذا البرنامج أو اقتباسه شريطة أن يكون كل من النسخة أو الاقتباس ضرورياً لما يأتي :

استعمال برنامج الحاسوب للغرض الذي اكتسب من أجله ووفقاً للشروط التي كانت قائمة عند اكتسابه.

تعويض نسخة مشروعة الحياة من برنامج الحاسوب لغرض التوثيق في حالة ضياعه أو تلفه أو عدم صلاحيته للاستعمال".

كما نصت المادة (53) منه على أنه: "ينبغي أن تقتصر الاستعمالات على استنساخ نسخة واحدة من برنامج الحاسوب أو اقتباسه على الأوجه المنصوص عليها في المادة 52 أعلاه، يجب تدمير كل نسخة مستنسخة من برنامج الحاسوب أو مقتبسة منه عند انقضاء مشروعية الحياة".

وبهذا فالمشرع الجزائري قد فصل جيداً حدود الاستنساخ بالنسبة للبرمجيات وحددها في حالات استثنائية معينة، إضافة إلى توافر سلوك من السلوكيات السابقة الذكر، لا بد كذلك وان يصحب هذا السلوك عدم موافقة المؤلف.

ولما كان للمؤلف حق التنازل عن برنامجه، أو عن حق من حقوقه المادية المخولة له في المادة (27) من الأمر 03-05 أي توافر الإذن من قبله، فإن هذا الأخير يعد بمثابة عنصر أساسي لقيام هذه الجريمة، فبتخلفه توجد الجريمة وتوافره تنتفي الجريمة¹.

ولعل ما ذهب إليه الدكتور علي عبد القادر القهوجي² في عدم تأييد الرأي الذي يعتبر الإذن سبباً من أسباب الإباحة توجه سديد ومنطقي، حيث أشار إلى ذلك في قوله: "ويستند مؤيدو هذا الرأي إلى أن المشروع في قانون حماية حق المؤلف قد منح المؤلف سلطة التصرف في هذا الحق ونقله إلى الغير".

مما يعني أن رضاه أو إذن المؤلف يعد سبباً لإباحة أفعال الاعتداء السابقة، وأعتقد أن هذا الرأي غير سليم لأن الرضاء هنا ليس مجرد ظرف موضوعي يعاصر أفعال الاعتداء التي يتكون منها الركن المادي للجريمة، إنما هو أحد عناصر هذا الركن الذي يتخلف بتخلفه وعلى ذلك يعتبر عدم رضاه المؤلف باستغلال برنامجه عنصراً في الركن المادي لجريمة التقليد.

كما يلاحظ اشتراط المشرع ضرورة وجود الإذن الكتابي من المؤلف يتنازل به عن حقوقه المادية وهو ما نصت عليه المادة (62)³ من الأمر 03-05 ، وبالتالي فإن الكتابة هنا تعتبر شرط وجود لا شرط اثبات، كما أن الإذن اللاحق لا يمكن أن يأخذ حكم الإذن السابق، وبالتالي فإن موافقة المؤلف بعد تمام الجريمة لا يحول دون متابعتها.

¹ - خثير مسعود، المرجع السابق، ص 95

² - علي عبد القادر القهوجي، الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي، المرجع السابق، ص 38

³ - حيث تنص المادة 62 من الأمر 03-05: "يتم التنازل عن حقوق المؤلف المادية بعقد مكتوب..."

1-الركن المعنوي :

وهو توافر القصد الجرمي لدى الفاعل وذلك بأن تكون نيته قد اتجهت لهذا الفعل، وقد ذهب بعض الفقهاء¹ إلى أنه لا يكفي لقيام جريمة التقليد توافر القصد الجرمي العام من علم وإرادة فقط، بل لا بد من توافر القصد الجرمي الخاص وهو سوء النية لدى المتهم على اعتبار أن هذه الجريمة هي من جرائم القصد الخاص التي يشترط فيها علم المقلد بأنه يقوم بتقليد مصنف واجب الحماية بموجب القانون ولمنفعته الخاصة.

غير أن الرأي الراجح هو توافر القصد الجرمي العام من علم وإرادة فقط الذي يعد كاف لقيام جريمة التقليد، ففوق الركز المادي من المتهم دليل على نية الغش والتدليس لديه، وعليه أن يقوم بإثبات أن ما ارتكبه لم يكن بقصد التقليد أي أنه حسن النية²، وأن اثبت المتهم حسن نيته فإن ذلك لا يحول من الحكم عليه بالتعويض عن الأضرار التي ترتبت على عدم احتياطة.

ثانيا : الجنح الملحقة بالتقليد.

نصت على هذه الجرائم الفقرات الثالثة والرابعة والخامسة من الامر 03-05 المتعلق بحق المؤلف والحقوق المجاورة.

1-الركن المادي :

فلتوافر الركن المادي للجرائم الملحقة بجريمة التقليد لا بد وان يقع سلوك من السلوكات التالية :

- استيراد او تصدير نسخ مقلدة من مصنف او أداء.
- بيع نسخ مقلدة او أداء.
- تأجير أو وضع رهن التداول لنسخ مقلدة لمصنف أو أداء.
- كما وأضافت المادتين 154-155 جرمي :
- المشاركة في التقليد.
- فرض عمدا دفع المكافأة المستحقة للمؤلف.
- أ-الاستيراد و التصدير:

ويستشف من هذه الفقرة أن المشرع الجزائري قد بسط حمايته على جميع البرامج الحمية سواء بقانون الدولة الجزائرية، أو بقانون دولة أجنبية بشرط أن يكون متمتعا بالحماية في دولته، وبالتالي فيستوي بذلك أن يكون مؤلف البرنامج جزائري أو أجنبي، كما يستوي أن يكون الجاني جزائري الجنسية أم أجنبي كذلك، وهو خروج عن مبدأ الإقليمية³

¹ علي المتيت أبو اليزيد ، حقوق المؤلف الأدبية، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، سنة 1960 ، ص 79. نقلا عن : غسان خالد ، المرجع السابق، ص82

² - تنص المذكرة الايضاحية للقانون المصري في صدد القصد الجنائي: " ولم يشترط القانون قصدا جنائيا خاصا، وإنما يجب توافر القصد الجنائي العام الذي يشمل بطبيعة الحال علم البائع بتقليد المصنف غذ أن ذلك العلم يدخل في إدراك المتهم للوضع الإجرامي المشترط في القصد الجنائي" ، عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق. ص 420

³ - صلاح الدين محمد مرسى، المرجع السابق ، ص 283

كما يشترط لقيام هذه الجريمة كذلك عدم موافقة المؤلف، وهي بذلك تشترك مع جرائم التقليد في ذلك كون أن الموافقة الضمنية أو الشفوية أو الموافقة اللاحقة كذلك لا تغني عن المتابعة.

ب- بيع برامج أو تأجير أو وضع رهن التداول البرامج المقلدة :

يظهر الركن المادي لهذه الجريمة في حالة التعامل في البرامج المقلدة سواء بالبيع أو بالإيجار أو بالتداول، ويكون البرنامج مقلداً إذا كان مشابهاً للبرنامج الأصلي المحمي من طرف القانون، والعبارة في ذلك بأوجه الشبه لا بأوجه الاختلاف بحيث يكون من شأنه أن ينخدع به الجمهور في المعاملات¹.

وكما أشرنا أن المشرع الجزائري نص على ثلاث حالات رئيسية للتعامل في البرنامج المقلد، وذلك بالبيع والمقصود من ذلك نقل حق استغلال البرنامج إلى الغير مقابل ثمن معين، وسواء كان هذا الاستغلال ينطوي على نشر أم استعمال أم ترجمة للبرنامج المقلد.

أما بالنسبة للتأجير فيقصد منه وضع البرنامج المقلد أو نسخ منه لدى الغير -المستأجر- قصد تمكينه من استعمالها لمدة معينة مقابل دفع أجر مالي محدد.

أما التداول فيقصد به وضع البرنامج بين يدي الغير لاستعماله سواء بمقابل أو بغير مقابل، أو الانتفاع بها سواء لمدة محددة أو غير محددة.

ج- المشاركة في تقليد البرنامج :

وتعد هذه الصورة من التقليد تطبيقاً للقواعد العامة بمعاينة الشريك وهو الشخص الذي يساهم في أداء هذه الجريمة سواء بعمله أو بوسائله.

د- رفض دفع المكافأة المستحقة عمداً لمؤلف البرنامج :

يقوم الركن المادي لهذه الجريمة في حالة امتناع الشخص المكلف بدفع المكافأة المستحقة لمؤلف البرنامج عمداً²، وتكون هذه المكافأة في أغلب الأحوال من جراء تنازل مؤلف البرنامج عن حق من حقوقه المادية سواء كلية أو بصفة مؤقتة³.

2- الركن المعنوي :

القصد الجنائي بالنسبة لهذه الجرائم مفترض ، بحيث يقوم الركن المعنوي من مجرد اتجاه إرادة الجاني إلى القيام بسلوك من السلوكيات السابقة، فهو مرتبط بتوافر الركن المادي، والشروع متصور في أغلب هذه الجرائم، وبالتالي فالقصد المتطلب في هذه الجرائم هو القصد العام فقط، عدا جريمة التصدير والاستيراد للبرامج المقلدة التي تتطلب إلى جانب القصد العام توافر القصد الخاص، إذ لا بد أن تتجه إرادة الجاني إلى فعل من هاذين الفعلين المذكورين "الاستيراد والتصدير".

¹ - علي عبد القادر القهوجي، الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي، المرجع السابق، ص 36.

² - أنظر المادة (95) من الأمر 03-05.

³ - خثير مسعود، المرجع السابق، ص 98.

ثالثا : الجزاءات المقررة لجرائم التقليد :

لقد ربط المشرع الجزائري الحماية بتاريخ الانتهاء من الابتكار أو تاريخ النشر أو التوزيع لأول مرة، حيث أصبحت الدعوى الجزائية أو المدنية مقبولة حتى ولو لم يتم الإيداع¹.

وتجدر الإشارة أنه بالإضافة إلى الطرق التقليدية لتحريك الدعوى العمومية، فإن المادة (160) من الأمر 03-05 تنص على حق مالك الحقوق المحمية ومن يمثله بتقديم شكوى الجهة القضائية المختصة محليا في حالة ما إذا كان ضحية الأفعال المنصوص والمعاقب عليها في الأمر 03-05

ونشير إلى أن المشرع قد خول لصاحب المصنف المعتدى عليه إجراء تحفظيا يتمثل في عملية حجز التقليد وهو إجراء يسهل إثبات عملية التقليد.

1- عملية حجز التقليد :

هذا الإجراء التحفظي يمكن بواسطته حجز الوثائق والنسخ الناتجة عن الاستنساخ غير المشروع أو التقليد، وذلك حتى في غياب ترخيص قضائي مسبق، وقد حدد الأمر 03-05

الجهات المخول لها القيام بإجراء الحجز وهي² :

- ضباط الشرطة القضائية.

- الأعيان الخلفون التابعون للديوان الوطني لحقوق المؤلف.

هؤلاء الموظفون مؤهلون للقيام بحجز النسخ المقلدة من المصنفات أو من دعائم المصنفات أو الاداءات الفنية بشروط³ :

- أن تكون النسخ موضوعة تحت حراسة الديوان الوطني لحقوق المؤلف.

- الإخطار الفوري لرئيس الجهة القضائية المختصة بناء على محضر مؤرخ وموقع قانونا يثبت النسخ المقلدة المحجوزة.

وعلى الجهة القضائية المختصة الفصل في طلب الحجز التحفظي في خلال ثلاثة أيام على الأكثر من تاريخ إخطارها، والمقصود بالجهة القضائية المختصة طبقا للفقرة (07) المادة (40) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري⁴ هي محكمة المكان الذي تم فيه الحجز.

الملاحظ أن دور رئيس المحكمة مهم في هذا الإجراء، فإذا كانت العريضة مختصرة فإنه يوافق على الحجز دون تحديد التدابير التي يجب القيام بها بينما يمكن أن تحتوي عريضة المؤلف على عدة طلبات يجب على المحكمة الفصل فيها، إذ

¹- أمال قارة، الحماية الجنائية للمعلوماتية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 89

²-أنظر المادة(145) من الأمر 03-05

³-أنظر المادة (146) من الأمر 03-05

⁴- قانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية، ج رعدد 21، 23 أبريل سنة 2008

يكن للمالك الحقوق أن يطلب من رئيس الجهة القضائية اتخاذ تدابير تحفظية أي دعوى مرفوعة بصفة تحفظية، يمكن أن يأمر فيها رئيس الجهة القضائية بتأسيس كفالة من قبل المدعي.

وللقاضي سلطة اتخاذ إحدى التدابير الآتية¹ :

- إيقاف كل عملية صنع جارية ترمي إلى الاستنساخ غير المشروع للمصنف أو للأداء المحمي أو تسويق دعائم مصنوعة بما يخالف حقوق المؤلفين والحقوق المجاورة.

- القيام ولو خارج الأوقات القانونية بحجز الدعائم المقلدة والإيرادات المتولدة من الاستغلال غير المشروع للمصنفات والأداءات.

- حجز كل عتاد استخدم أساسا لصنع الدعائم المقلدة.

للقاضي الاستعجالي سلطة رفع اليد أو خفض الحجز أو حصره أو رفع التدابير التحفظية أو تعيين حارس لمراقبة عمليات إعادة الصنع أو إعادة التمثيل أو إعادة المؤلفات وذلك بطلب من المتضرر من هذه الأخيرة في خلال الثلاثين يوما من تاريخ صدور الأمر بالحجز التحفظي²، لكن يكون ذلك لقاء إيداع الطرف المتضرر مبالغ مالية كافية لتعويض مالك الحق في حالة ما إذا كانت دعواه مؤسسة.

وللقاضي الاستعجالي سلطة رفع التدابير التحفظية بناء على طلب المتضرر ودون إيداع هذا الأخير مبالغ، وذلك إذا لم يقم المستفيد من التدابير خلال 30 يوما ابتداء من تاريخ الأمرين الواردين في المواد 146-147 بإخطار الجهة القضائية المختصة³.

2- الجزاءات المقررة لجرمة التقليد :

قبل صدور قانون حماية حق المؤلف كان التعدي على الملكية الأدبية والفنية تحكمه المواد 390 إلى 394 من قانون العقوبات الجزائي، إلا أن أحكام هذه المواد ألغيت بمقتضى المادة 151 من الأمر 97-10، كما وألغي هذا الأمر كذلك بموجب الأمر 03-05، حيث تضمنت المواد: 153، 156، 157، 158، 159 والتي قسمت بدورها العقوبات إلى قسمين: عقوبات أصلية، وعقوبات تكميلية وذلك على النحو التالي :

¹ - أنظر المادة (147) من الأمر 05-03

² - أنظر المادة (148) من الأمر 05-03

³ - أنظر المادة (149) من الأمر 05-03

أ-العقوبات الأصلية :

من استقراء نصوص قوانين حماية الملكية الفكرية، نلاحظ أن هناك اتجاه نحو وضع معدل موحد للغرامات المترتبة على الاعتداء فمعظم هذه القوانين تحدد معدلات للغرامة بحد أدنى وحد أقصى.

أما بالنسبة لعقوبة الحبس، فإنها على عكس عقوبة الغرامة، إذ لا تلقى قبولا في جميع القوانين، ففي حين يعاقب بعضها مرتكب الجريمة بالغرامة والحبس معا، أو بإحدى هاتين العقوبتين وفقا لتقدير القاضي، فإن بعضها الآخر يكتفي بفرض عقوبة الغرامة فقط في حالة الجريمة الأولى للتقليد، ولا يفرض عقوبة الحبس إلا على المقلد العائد¹.

كما يلاحظ أن قوانين الملكية الفكرية لا تتشدد في عقوبة الغرامة، لأن الحد الذي تفرضه لا يتناسب مع جسامة الاعتداء الذي قد يترتب عليه آثار خطيرة، سواء بالنسبة لصاحب الحق وسمعته، أو بالنسبة للثقافة والمصلحة العامة وأمام هذه الوضعية، بدأت البلدان المتقدمة والنامية تدرك خطورة الاعتداء على حق الملكية الفكرية، فعملت على تشديد التدابير المتخذة لمكافحة القرصنة، عن طريق تعديل النصوص القانونية الخاصة بعقوبات الغرامة والحبس.

وبناء على ذلك قام المشرع الجزائري بتحديد عقوبة لجنحة التقليد قدرها بالحبس من 06 أشهر إلى ثلاث سنوات والغرامة من خمسمائة إلى مليون دينار جزائري²، وبالتالي فالقاضي لا يملك سلطة تقديرية في فرض الغرامة مع الحبس أو الحبس وحده، بل لا بد من الجمع بينهما، إلا أن هذا لا يمنع من القول بوجود سلطة تقديرية للقاضي في تحديد مدة العقوبة المتناسبة مع الفعل الإجرامي، وهذه السلطة بدورها ليست مطلقة لأنها بدورها تخضع لرقابة المحكمة العليا.

كما نص المشرع على معاقبة الشريك في ارتكاب جريمة التقليد سواء بأعماله أم بالوسائل التي يجوزها للمساس بحقوق المؤلف بذات العقوبات المقررة للفاعل الأصلي³، وذات العقوبة تقرر بالنسبة لمن يتمتع على دفع المكافأة المستحقة للمؤلف.

كما وقد قسم العقوبات الأصلية كذلك إلى عقوبات مشددة وذلك بنص الفقرة(01) من المادة (156) من الأمر 03-05 والتي تضمنت حالة العود بحيث قرر المشرع مضاعفة العقوبة المنصوص عليها في المادة (153) السابق الإشارة إليها.

ب-العقوبات التكميلية :

وأنه بالإضافة إلى العقوبات الأصلية السابقة هناك عقوبات اضافية الهدف منها إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل الاعتداء، والحصول على التعويض العادل من المعتدي .

¹ - علي حسن الطوالة، المرجع السابق، ص21

² - أنظر المادة (153) من الأمر 03-05

³ - أنظر المادة (154) من الأمر 03-05

ولقد حددها المشرع الجزائري فيما يلي :

- الحكم بمصادرة الأدوات المخصصة للنشر أو الإنتاج غير المشروع ومصادرة جميع النسخ المقلدة¹.
- الحكم بإتلاف النسخ المقلدة والأدوات المستخدمة في التقليد، ويكون الحكم خاضع لسلطة التقديرية للقاضي.
- الحكم بإغلاق المؤسسة التي ارتكبت فيها الجريمة لمدة لا تتعدى ستة أشهر، ولها أن تقرر الغلق النهائي ، ويكون ذلك خاضع لسلطة التقديرية للقاضي².
- الحكم بنشر الحكم الصادر بالإدانة على نفقة المحكوم عليه بإحدى الصحف اليومية المحلية، مرة واحدة أو أكثر ويكون ذلك خاضع لسلطة التقديرية للقاضي.

خاتمة :

من خلال ما تقدم معنا في هذا البحث، نجد أن كل من نظامي براءة الاختراع وحق المؤلف تجاذبت برامج الكمبيوتر لإدخالها تحت مظلتها، غير أن هذا النظام الأخير كان له الحظ في ذلك، حيث نجد أن أغلب التشريعات انحازت إلى إدخال برامج الكمبيوتر تحت نطاق الحماية بموجب قانون حق المؤلف، إلا أن هذا لا يمنع من القول بإدخالها تحت نطاق براءة الاختراع ، لما تمتاز به هذه البرامج من بعض سمات الاختراع³.

ولعل هذا التوجه هو ما ذهبت إليه العديد من التشريعات الأنجلوساكسونية مؤخرًا، وما أصبحت الآراء تتوجه إليه كذلك، وإن كانت تنتابه بعض الصعوبات من الناحية العملية وهو السبب الرئيسي الذي جعل الكفة راجحة لصالح قانون حق المؤلف⁴، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري على اعتبار أن البرامج من قبيل المصنفات الأدبية، إلا أنه ورغم اعترافه لبرامج الإعلام الآلي وقواعد البيانات بصفة المصنف المحمي إلا أنه لا يخفى علينا أن الحماية الجزائية للبرامج من خلال حق المؤلف تنصب بصفة أساسية على شكل البرنامج، ولهذا السبب كان البحث عن نوع آخر من الحماية ينضم إلى الحماية السابقة من الحماية الجزائية لهذه البرامج في مثل هذه الحالات.

قائمة المراجع :

- 1- نسيب ايليا، حقوق الملكية الفكرية وتكنولوجيا المعلومات، الندوة العلمية المتخصصة في المعلوماتية القانونية والقضائية في جرائم المعلوماتية والتجارة الإلكترونية وحماية الملكية الفكرية، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، بيروت، الفترة من 28-09-2009 الى 30-09-2009
- 2- عمر محمد ابو بكر بن يونس، الجرائم الناشئة عن استخدام الانترنت، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2004
- 3- يونس عرب، نظام الملكية الفكرية لمصنفات المعلوماتية، بحث منشورة على الموقع :

¹ - أنظر المادة (157) من الأمر 03-05

² - أنظر المادة (156) من الأمر 03-05

³ - خثير مسعود، المرجع السابق، ص102

⁴ - علي عبد القادر القهوجي، الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي، المرجع السابق، ص77

http/ agmhmahrshlh.maktoobblog.com تاريخ الاطلاع: 25-03-2012

- 4- عكاشة محي الدين، محاضرات الملكية الأدبية والفنية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2001
- 5- خثير مسعود، الحماية الجنائية لبرامج الكمبيوتر، الطبعة ال أولى، دار الهدى، ميله، سنة 2010
- 6- محمد حسنين، الوجيز في الملكية الفكرية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985
- 7- بشرى النية، برامج الحاسوب وقواعد الملكية الصناعية: تناغم أم تنافر؟، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، العدد7، 2005
- 8- انطوان بطرس ، موسوعة الكمبيوتر الميسرة، طبعة ثانية، مكتبة لبنان، لسنة 1994
- 9- محمد حسن عبد الله علي، حماية برامج الحاسب الآلي بقانون براءة الاختراع في الولايات المتحدة الأمريكية، مجلة الشريعة والقانون، القاهرة، العدد47
- 10- آمال قارة، الحماية الجنائية للمعلوماتية للمعلوماتية في التشريع الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، سنة 2007
- 11- غسان خالد، الحماية القانونية لبرامج الحاسب الآلي، رسالة ماجستير، جامعة النجاح، نابلس، فلسطين، سنة 2008
- 12- محمد أمين الرومي جرائم الكمبيوتر والانترنت، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، سنة 2004
- 13- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، الجزء الثامن، دار احياء التراث العربي، بيروت، 1952
- 14- صلاح الدين محمد مرسي، الحماية القانونية لحق المؤلف في التشريع الجزائري، رسالة الدكتوراه، جامعة الجزائر، 1991
- 15- علي حسن الطوالبه، جرائم الاعتداء على نظم الحاسب الآلي ضمن قانون حماية حق المؤلف، بحث منشور على الرابط : <http://www.policemc.gov.bh-reports-2011-March-31-3-2011-634371828853378047.pdf> ، تاريخ الاطلاع: 15-04-2012
- 16- علي عبد القادر القهوجي، الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي، طبعة أولى، الدار الجامعية، بيروت، سنة 1999
- 17- Merv Matson, Protection des oeuvres numériques - Droit d'utilisation versus droit d'auteur , IEEE Canadian Review, Summer - Été 1999

جريمة إفشاء السر الطبي في القانون الجزائري



إعداد الدكتورة زهدور أشواق

جامعة مستغانم - الجزائر

ملخص :

لقد أصبح السر الطبي في الوقت الحاضر أهم الضمانات الأساسية للإنسان لاتصاله بأنبيل المهن الإنسانية حيث يعد السرّ الطبي أحد الأركان الأساسية في ممارسة مهنة الطب و أحد المبادئ الأخلاقية التي يجب على الطبيب أن يتحلى بها، لذا حرصت مختلف التشريعات على توفير الحماية للسر الطبي الذي يطلع عليه الطبيب و من يعملون في الحقل الطبي و اعتبرت إفشائه جريمة، فخطأ الطبيب لا يكون في كل الحالات نتيجة ظروف غير إرادية فقد يقوم الطبيب و رغم المكانة التي يحتلها و سمو الرسالة التي يؤديها بأفعال مجرمة منتهكا بذلك الأصول التي تقوم عليها مهنة الطب و منها إفشاء السر الطبي.

Abstract :

De nos jours, le secret médical est devenu l'un des principes garantis à l'être humain quant à sa relation avec la plus noble des fonctions humaines qu'est la médecine. Effectivement le secret médical est l'une des principales clauses de l'exercice médical et l'un des principes moraux dont chaque médecin doit avoir.

D'ailleurs, c'est pour cela que les différentes législations ont tenu à fournir toute la protection au secret médical élaboré par le médecin et le corps médical et ont considérées sa divulgation une infraction. L'erreur que commet le médecin n'est pas toujours due à des raisons involontaires car malgré sa grande valeur et la noblesse de la mission qu'il exerce, il peut enfreindre les valeurs qui constituent la fonction du médecin qu'est, divulguer le secret médical.

إن الطبيب أثناء ممارسته لعمله الطبي قد يرتكب أخطاء متنوعة من شأنها المساس بجسم المريض أو حياته فيسأل عنها جزائياً، قد تكون أفعالاً ناتجة عن خطئه أثناء تدخله الطبي دون قصد نتيجة مخالفته للأصول العلمية و الفنية المتبعة في مهنة الطب بصفة عامة ، كما قد تكون أخطاء عمدية تعمد الطبيب القيام بها مخالفاً بذلك النصوص العقابية مما يترتب عنها جرائم عمدية.

فترتب المسؤولية الجزائية للطبيب إما عن خطئه الطبي غير العمدي و إما عن خطئه العمدي فخطأ الطبيب لا يكون في كل الحالات نتيجة ظروف غير إرادية فقد يقوم الطبيب و رغم المكانة التي يحتلها و سمو الرسالة التي يؤديها بأفعال مجرمة يجد نفسه من خلالها معرضاً لعقوبة جزائية.

ولا شك أن الاحتفاظ بالسر الطبي يعد واجباً أخلاقياً قبل أن يكون التزاماً قانونياً على الأطباء الالتزام بالصمت ليس فقط لما يؤتمنون عليه من أقوال تعتبر من الأسرار بالنسبة للمرضى، بل كذلك بالنسبة لجميع ما يمكنهم رؤيته أو سماعه أثناء ممارستهم مهنتهم¹ ، و مرد ذلك ثقة المريض بطيبه و أنه لن يخونه أو يدفعه إلى الإفشاء عن أسراره و خصوصيته.

لقد أصبح السر الطبي في الوقت الحاضر أهم الضمانات الأساسية للإنسان لاتصاله بأنبال المهن الإنسانية حيث يعد السرّ الطبي أحد الأركان الأساسية في ممارسة مهنة الطب و أحد المبادئ الأخلاقية التي يجب على الطبيب أن يتحلى بها، لذا حرصت مختلف التشريعات على توفير الحماية للسر الطبي الذي يطلع عليه الطبيب و من يعملون في الحقل الطبي و اعتبرت إفشائه جريمة، و كان لزاماً البحث في هذا الموضوع ذلك أن إفشاء الأسرار الطبية الخاصة بالمريض قد يترتب عليها مساس بمركزه الإجتماعي و شرفه و كرامته. و عليه فإذا كان السر الطبي يعد أحد ركائز الأعمال الطبية فهل يجوز للطبيب كسر هذه الركيزة؟ و هل يعد إفشاء هذا السر في كل الحالات فعلاً مجرماً في التشريع الجزائري؟ و ما هي الأركان المتطلبية لقيام جريمة إفشاء السر الطبي و بالتالي مسؤولية الطبيب؟ وهل أجاز القانون الجزائري للطبيب البوح بهذه الأسرار إذا تطلبت الضرورة ذلك؟

المبحث الأول: مفهوم السر الطبي.

إن أساس التعامل بين الطبيب و المريض هي ثقة هذا الأخير التامة و المطلقة بطيبه، فغالبا ما يطلع الطبيب على حقائق تخص المريض و حياته الشخصية، بل و قد يضطر الطبيب إلى استجواب مريضه عن حقائق و أسرار حياته² فيعتبر ما حصل عليه الطبيب من معلومات و حقائق عن مريضه من ممتلكات المريض الشخصية و التي لا يحق للطبيب أن يبوح بها لشخص آخر، لذلك فإن آداب مهنة الطب تحتم على الطبيب أن يكون أميناً على أسرار المريض التي يطلع عليها من خلال مزاولته لمهنة الطب و هو ما يعرف بسر المهنة أو السر الطبي.

¹ إيمان محمد الجابري، المسؤولية القانونية عن الأخطاء الطبية، دراسة مقارنة للقوانين، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية 2011، ص 131.

² أمير فرج يوسف، خطأ الطبيب العمدي و غير العمدي و أحكام المسؤولية المدنية و الجنائية و التأديبية، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية ، 2010، ص

غير أن السر الطبي من الأمور الغامضة التي لا يمكن تحديد مفهومها لأنه يختلف باختلاف الزمان و المكان و الأشخاص و طبيعة الوقائع و الأحداث¹ فما يكون سرا في زمان و مكان ما لا يكون كذلك في زمان و مكان آخر، و ما قد يكون سرا بالنسبة لأشخاص لا يكون كذلك بالنسبة لأشخاص آخرين.

المطلب الأول: ماهية السر الطبي.

لم تضع أغلب التشريعات تعريفا للسر الطبي طبقا لما جرى عليه العرف و التشريع في عدم وضع تعريفات لبعض الجمل القانونية و ترك ذلك لاجتهاد الفقه و القضاء، كما اشترط الفقه مجموعة من الشروط الواجب توافرها في السر الطبي حتى يحمل هذا الوصف.

الفرع الأول: تعريف السر الطبي.

هناك عدة تعريفات للسر الطبي فيقصد به " كل واقعة أو صفة ينحصر نطاق العلم بها في عدد محدود من الأشخاص إذا كانت ثمة مصلحة - يعترف بها القانون - لشخص أو أكثر من أن يظل العلم بها محصورا في ذلك النطاق"² أو هو " كل ما يصل إلى علم الطبيب من معلومات أيا كانت طبيعتها تتعلق بحالة المريض و علاجه و الظروف المحيطة بذلك سواء حصل عليها من المريض نفسه أو علم بها أثناء أو بمناسبة أو بسبب ممارسة مهنته"³.

و يمكن تعريف السر الطبي بأنه: " كل ما يصل إلى علم الطبيب أثناء قيامه بعمله أو بسببه و كان في إفشائه ضرر للمريض أو عائلته مع مراعاة الظروف و الأحوال التي أحاطت بالموضوع"، كما يعرف بأنه " كل واقعة أو أمر يعلم به الطبيب سواء أفضى به إليه المريض أو الغير أو علم به نتيجة الفحص أو التشخيص أثناء أو بمناسبة ممارسته لمهنته أو بسببها و كان للمريض أو أسرته أو الغير مصلحة مشروعة في كتمانها"⁴.

و ما تجدر ملاحظته أن جميع التعريفات لم تعط تعريفا للسر الواجب كتمانها و إنما وجود واقعة مقصور معرفتها على بعض الناس بحيث لا يصح إذاعتها على العامة.

و قد اختلف الشراح في تحديد نطاق السر، فيرى بعضهم أنه يجب أن يرجع في تحديده إلى العرف و ظروف كل حادثة على انفراد، و يرى البعض الآخر أن نطاقه ينحصر في كل ما يضر إفشائه بسمعة و كرامة مودعه أو هو كل أحداث الحياة التي يحرص الناس على كتمانها.

و قد ساد في الفقه الفرنسي نظريتين فيما يتعلق بنطاق الأسرار أولهما النظرية التقليدية في إيداع الثقة و الائتمان و ثانيهما نظرية الأسرار بطبيعتها.

أما النظرية الأولى فيستند أصحابها إلى ما جاء النص عليه في قانون العقوبات الفرنسي الذي ألزم المهنيين بكتمان الأسرار التي يطلعون عليها بحكم وظيفتهم، حيث يعتبر الأمر سرا و لو لم يكن ماسا بالشرف أو الكرامة،

¹ علي محمد علي أحمد، إفشاء السر الطبي وأثره في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ص 199.

² علي محمد علي أحمد، نفس المرجع، ص 159.

³ علي حسين نجيد، التزامات الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة العربية، 1992، ص 149.

⁴ موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء السر المهني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998، ص 68.

و لو لم يكن من شأن إفشائه أن يضر بسمعة مودعه أو كرامته فلا يشترط عنصر الضرر حتى يكون الأمر سرا و إنما يكفي إيداع الثقة و الائتمان.

أما نظرية الأسرار بطبيعتها فيرى أنصارها أنه لا يشترط أن يكون السر قد عهد به إلى الطبيب و ألا يكون قد تلقاه على أنه سر و طلب منه كتمانها و إنما يعد سرا كل أمر يكون بطبيعته أو بحسب الظروف المحيطة به و لو لم يشترط صاحب السر كتمانها صراحة¹.

و يرى بعض الفقه أن الطبيب ليس هو صاحب السر حتى تمنح له سلطة تقدير آثار إفشائه أو إمساكه و إنما المريض هو نفسه صاحب السر و هو الذي يمكنه تقدير ذلك و بالتالي فإن وصف السر يتوقف على نظرة المريض له بغض النظر عما يراه الطبيب خاصة و أن القانون فرض حماية مطلقة للسر الطبي دون تحديد لنطاقه.

الفرع الثاني: شروط السر الطبي.

اشترط الفقه ثلاث شروط يجب توافرها في السر الطبي حتى تتوافر فيه هذه الصفة و تتمثل هذه الشروط فيما يلي²:

أولاً: أن يكون الطبيب قد وقف على الواقعة أو المعلومة بسبب مهنته :

فالتزام الطبيب بكتمان السر الطبي لا يقتصر على ما أفضى به المريض إليه فقط، و إنما يشمل كل ما حصل عليه أثناء مباشرته لمهنته أو بسببها أي أن يكون من شأن طبيعة مهنة الطبيب الإطلاع عليها.

ثانياً: أن يكون للمريض مصلحة في إبقاء الأمر سرا :

يشترط في السر المراد حفظه أن يكون للمريض مصلحة في جعله سرا مهما كانت طبيعة هذه المصلحة سواء كانت مادية أو أدبية، فإذا كان للمريض مصلحة و لو أدبية في كتمان المعلومة أو الواقعة فإن صفة السر تحفظها من الإفشاء.

ثالثاً: أن تكون المعلومات أو الوقائع ذات صلة به كطبيب :

لا يكفي أن تكون المعلومات أو الوقائع التي وقف عليها الطبيب من تلك التي تستلزم مصلحة المريض جعلها سرا، و أن يكون قد اطلع عليها أثناء أو بسبب ممارسته لمهنته و إنما يجب زيادة على ذلك أن تكون لتلك المعلومات أو للوقائع علاقة بالطبيب كطبيب، فالطبيب ليس ملزماً بكتمان السر إذا تلقاه بصفته صديقاً أو ناصحاً ليس بصفته طبيباً³.

¹ موفق علي عبيد، نفس المرجع ، ص 74-75.

² علي حسين نجيد، المرجع السابق، ص 156-164.

³ إيمان محمد الجابري، المرجع السابق، ص 140.

المطلب الثاني : الأساس القانوني للالتزام بالسر الطبي.

اختلف الفقه في أساس الالتزام بالسر الطبي فمنهم من رأى أن أساس الالتزام هو العقد و منهم من رأى أن أساس الالتزام هو النظام العام، و فيما يلي عرض لكل واحدة من هاتين النظريتين¹.

الفرع الأول : نظرية العقد كأساس للالتزام بالسر الطبي.

يرى أنصار هذه النظرية و هم فقهاء القانون الجنائي القديم أن أساس الالتزام بالسر الطبي هو العقد المبرم بين الطبيب و المريض و الذي اعتبروه عقد وديعة، حيث يلتزم الطبيب بكتمان سر المريض الذي أودعه لديه أيا كان هذا السر سواء كان موضوعه الحالة الصحية للمريض أو العلاج الذي تتطلبه حالته.

غير أن هذا الالتزام بالكتمان لا يخل بحق المريض في الحصول على شهادة بحالته الصحية أو إعفاء الطبيب من التزامه بالكتمان.

و لاقت نظرية العقد نقدا شديدا أهم ما تضمنه أن عقد الوديعة من العقود التبرعية التي محلها أشياء منقولة و هو ما لا ينطبق على السر، لأن محل العقد أمر معنوي و ليس مادي، كما أنه لا يمكن استرداد السر الطبي من الطبيب على خلاف الأشياء التي تكون محلا لعقد الوديعة و التي يمكن استردادها.

كما يرى أنصار هذه النظرية أن ما يترتب على الأخذ بالنظرية العقدية كأساس للالتزام بالسر الطبي أن الالتزام بالسر الطبي يعد التزاما نسبيا و ليس التزاما مطلقا بالكتمان، و أن رضا صاحب السر بالإفشاء يعد سببا لإباحة الإفشاء فيستطيع إعفاء الطبيب منه أو إسقاطه عنه و له الحق في إعطائه الحرية الكاملة في إفشائه، غير أن هذا المنطق يجافي الحقيقة لأن رضا صاحب السر بإفشائه لا ينفي صفة الجريمة عن الفعل لإضراره بالمجتمع، فالإفشاء يمس مصلحة اجتماعية تتعلق بالنظام العام و من أجل ذلك جرم المشرع فعل الإفشاء.

الفرع الثاني : نظرية النظام العام كأساس للالتزام بالسر الطبي :

نظرا للانتقادات الموجهة للنظرية السالفة بحث الفقه عن أساس آخر للالتزام بالسر الطبي حيث رأوا أن هذا الأخير يتعلق بالنظام العام الذي يتحدد مصدره في المصلحة الاجتماعية أي تحقيقا للمصلحة العامة التي تقضي أن يجد المريض طبيبا أميناً يودعه أخص أسراره كي يتمكن من علاج مرضه.

و يرى أنصار هذه النظرية أن ما يترتب على الأخذ بنظرية النظام العام كأساس للالتزام بالسر الطبي اعتبار السر الطبي واجبا مطلقا و مستمرا و التزام عام على الأطباء لتعلقه بالنظام العام، كما أنه لا يجوز للمريض إعفاء الطبيب من التزامه بعدم إفشاء السر لأن الحق في الكتمان مقرر لمصلحة المجتمع و المريض معا.

و كغيرها من النظريات لاقت هذه النظرية مجموعة من الانتقادات كون أنصارها لم يحددوا مفهوم النظام العام الذي يختلف باختلاف التطورات الاقتصادية و الاجتماعية و السياسية و الأخلاقية و اختلاف الزمان و المكان. كما أن هذه النظرية تعطي الأولوية للحق في الكتمان على الالتزام به مما يعطي للطبيب فرصة الإفلات من المسؤولية عندما

¹ موفق علي عبيد، المرجع السابق ، ص 78-87.

يكون متهما بارتكاب خطأ مهني، و بالتالي تخرج هذه النظرية عن الهدف الذي تقرر من أجله حماية السر و هو حماية المصلحة العامة.

الفرع الثالث : الأساس القانوني للالتزام بالسر الطبي في القانون الجزائري :

يرجع أساس الالتزام بالسر الطبي في القانون الجزائري إلى ما نص عليه المشرع في المواد من 1/206 إلى 5/206 ق ح ت¹ و كذا المواد من 36 إلى 41 م أ ط، حيث تنص المادة 1/206 ق ح ت على ما يلي : " يضمن احترام شرف المريض و حماية شخصيته بكتمان السر المهني الذي يلزم به كافة الأطباء و جراحو الأسنان و الصيدالة". أما المادة 36 م أ ط² فقد جاء فيها : " يشترط في كل طبيب أو جراح أسنان أن يحتفظ بالسر المهني المفروض لصالح المريض و المجموعة إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك".

كما تناول المشرع في المادة 235 ق ح ت الجزاء المطبق على الطبيب في حالة ارتكابه جريمة إفشاء السر الطبي طبقا لما هو منصوص عليه في المادة 301 ق ع.

المبحث الثاني : قيام المسؤولية الجزائية للطبيب عن جريمة إفشاء السر الطبي.

بعد دراسة المفهوم العام للسر الطبي سواء من حيث تعريفه و شروطه و بيان الأساس القانوني للالتزام به، نتناول في هذا المبحث الأركان الواجب توافرها لقيام جريمة إفشاء السر الطبي ثم الأسباب التي تبيح للطبيب إفشاء أسرار مريضه و بالتالي إعفائه من المسؤولية.

المطلب الأول : أركان جريمة إفشاء السر الطبي.

تناول المشرع الجزائري مبدأ الالتزام بالسر الطبي في المادة 235 من قانون حماية الصحة و ترقيتها كما نص في المادة 301 ق ع³ على الجزاء المطبق في حالة مخالفة مبدأ الالتزام بالسر، حيث يظهر من خلال هاتين المادتين أن جريمة إفشاء السر الطبي تقوم على أربع أركان هي: ركن السر الطبي، الركن المادي و هو فعل الإفشاء، و ركن ثالث و هو صفة مفشي السر بأن يكون أمينا و أخيرا الركن المعنوي أي القصد الجزائي.

الفرع الأول : ركن السر الطبي.

كي تتحقق المسؤولية الجزائية للطبيب يجب أن يكون ما تم إفشاؤه سرا طبيًا، و سبق القول أن المشرع لم يعرف ما المقصود بالسر الطبي لا في قانون حماية الصحة و ترقيتها و لا في قانون العقوبات، و انتهينا من خلال التعريفات الفقهية أنه يقصد بالسر الطبي كل واقعة أو أمر يعلم به الطبيب سواء أفضى به إليه المريض أو الغير أو علم به نتيجة الفحص أو التشخيص أثناء أو بمناسبة ممارسته لمهنته أو بسببها و كان للمريض أو لأسرته أو الغير مصلحة مشروعة في كتمانها.

¹ القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16-02-1985 ، المتضمن قانون حماية الصحة و ترقيتها المعدل و المتمم، ج ر عدد 08 لسنة 1985.

² المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 06 يوليو 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج ر عدد 52 لسنة 1992.

³ الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08-06-1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم ج ر عدد 49 لسنة 1966.

و قد ثار التساؤل حول ما إذا كانت جميع الأمراض لها طابع السر؟ فيرى جانب من الفقه أن العرف يقضي باعتبار بعض الأمراض كالبرص و الجذام و الزهري من الأمراض التي لا يجوز إفشاء سرها لأنها بطبيعتها أمراض تدعو إلى النفور من المصاب بها، و لا يغير من ذلك أن يكون لهذه الأمراض أعراضها الظاهرة لأن معرفة هذه الأعراض قد تفوت على الناس و إن لم تفتهم فقد لا يعرفون مآتها¹ ، أما مرض البواسير فهو لا يعد سرا خصوصا إذا كان المريض به من الرجال.

غير أن غالبية الفقه لا يؤيد هذه التفرقة لأنها تؤدي إلى ترك تقدير الأمور لإرادة الطبيب مع أنه لا يستطيع أن يتنبأ مقدما بما سوف يترتب عن الإفشاء من آثار بالنسبة للمريض، و بالتالي فإن جميع الأمراض تعتبر سرية مهما كانت طبيعتها لأنها من العورات التي يجب سترها و لو كانت صحيحة لما يترتب على إفشائها من إساءة إلى المرضى و إضراراً بمصالحهم² خاصة حينما يتعلق الأمر بالأمراض التي تتطلب الكتمان كالإيدز و السل و الضعف الجنسي، فهذه الأمراض تسبب أضراراً لمن يحملها الأمر الذي يترتب عليه عدم إفشائها.

و السر الطبي لا يقتصر على المعلومات الخاصة بنوع المرض أو الإصابة التي يعاني منها المريض، و إنما يشتمل على كل ما يتصل بالعمل الطبي من فحص و تشخيص كإجراء التحاليل و الأشعة و غيرها، أما المعلومات و البيانات التي لا تتعلق بالعمل الطبي ذاته فليس لها صفة السر و بالتالي لا تعد من قبيل الأسرار الطبية كأسعار الخدمات المقدمة للمريض³. كما ينطبق السر الطبي كذلك على الملفات و التقارير الطبية فيلتزم الطبيب بكتمان سر المريض المدون في الملف الطبي الخاص به إلا إذا كان هناك أمر قضائي يقضي بالتفتيش، ففي هذه الحالة يعفى الطبيب من الكتمان و هو ما نص عليه المشرع في المادة 2/206 فقرة أخيرة ح ت و ما أكدته كذلك المادة 39 م أ ط.

الفرع الثاني: فعل الإفشاء.

يقصد بالإفشاء إطلاع الغير على السر و الشخص الذي يتعلق به فهو نقل المعلومات و نوع من الإخبار تتحد عناصره بأمرين: موضوعه أي السر، و الشخص الذي يتعلق به⁴. و لا تهم الوسيلة التي يتم بها إطلاع الغير على السر فقد تكون بالكتابة أو شفاهة أو الإشارة أو أية طريقة أخرى من طرق الإفشاء⁵، و ليس بالضرورة أن ينطق باسم الشخص صاحب السر فيكفي أن يذكر صفاته أو يصف شكله أو مكان عمله بحيث يمكن بسهولة من خلال هذا الوصف معرفة المريض⁶.

أما لو قام الطبيب بذكر تفاصيل المريض في بحث أو دراسة يعدها دون أن يصف أو يذكر اسم المريض فلا يكون مسؤولاً عن جريمة إفشاء السر الطبي و هو ما أكدته المادة 40 من مدونة الطب.

و لا تشترط العلانية في هذه الجريمة فالإفشاء يتم بمجرد إطلاع شخص واحد أو عدة أشخاص عليه، كما يعتبر إفشاء و لو حصل لفرد واحد و طلب الطبيب منه كتماناً أو الاحتفاظ به، و لا عبرة لصلة الطبيب بهذا الفرد

¹ محمد فائق الجوهري، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، رسالة دكتوراه، دار الجوهري للطبع و النشر، مصر، 1951 ص 473.

² موفق علي عبيد، المرجع السابق، ص 94.

³ عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء و الصيادلة و المستشفيات المدنية و الجنائية و التأديبية، مطبعة نور السلام، ط2 الاسكندرية، 2000، ص 300.

⁴ أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص 207.

⁵ موفق علي عبيد، نفس المرجع، ص 99.

⁶ إيمان محمد الجابري، المرجع السابق، ص 138.

الواحد حتى و لو كان زوج الطبيب فيعتبر الفعل إفشاء للسر الطبي و لو طلب الطبيب من زوجه كتمان ذلك السر¹ . كما لا يشترط أن ينصب الإفشاء على جميع السر الطبي و إنما تقع الجريمة و لو اقتصر الإفشاء على جزء من السر الواجب كتمانها، كما لو أفضى الطبيب إلى الغير بواحد من أمراض عديدة يعاني منها المريض و إن لم يخطره بسبب إصابته.

و ينصرف الالتزام بالسر الطبي حتى بعد وفاة المريض حيث يبقى الطبيب ملزما بكتمان السر الطبي الخاص بمرضه و هو ما نصت عليه المادة 41 م أ ط بقولها: " لا يلغى السر المهني بوفاة المريض إلا لإحقاق حقوق". و يستوي أن يكون الإفشاء صريحا أو ضمنيا، فقد يكون صريحا و هو الصورة المعتادة له أو أن يكون ضمنيا كما لو سمح الطبيب لشخص بأن يطلع على الأوراق التي دون فيها أسرار مرضاه.

و تجب الإشارة إلى أنه فيما يتعلق بالشهادات الطبية الخاصة باللياقة من عدمها فإن التزام الطبيب بواجب الكتمان لا يحول دون إبلاغ رب العمل بمدى صلاحية العامل للعمل بشرط عدم الإفصاح عن طبيعة المرض أو نوعه الذي يعاني منه المريض و إلا اعتبر مفشيا لسر المهنة².

الفرع الثالث : صفة مفشي السر.

إن جريمة إفشاء السر الطبي لا بد من أن يقتربها شخص أمين على السر، فمن استقراء نص المادة 301 ق ع يتضح أن الأمين على السر هو كل من يتصل عمله بالمهن الطبية فيشمل الأطباء و الجراحين و الصيدال و القابلات و مساعدي الأطباء و كل شخص يؤتمن بحكم الواقع أو المهنة على أسرار أدلى بها إليهم كالإداريين بالمستشفيات و العاملين بها و طلبة كلية الطب، فلا بد أن تتوافر صفة خاصة في الأمين على السر فلا يجوز أن يقترب جريمة إفشاء السر الطبي أي شخص لكون هذه الصفة مستمدة من المهنة التي يزاولها الفرد.

و يلتزم كل هؤلاء بالسر الطبي سواء كانوا يمارسون عملا حرا أم لا فالالتزام لاصق بصفتهم و أيا كان مجال الرعاية الطبية التي يطلعون بها لأن مصلحة المريض لا تختلف³ . و العلة في تطلب هذا الركن - صفة الطبيب أو من في حكمه - أن جوهر الجريمة هو إخلال بالتزام ناشئ عن المهنة و ما يتفرع عنها من واجبات، بالإضافة إلى الحرص على السير السليم المنتظم لمهنة الطب.

غير أنه تجب الإشارة إلى أن نص المادة 301 ق ع لا يقتصر فقط على الأشخاص الذين لهم علاقة بالمهن الطبية و إنما كل شخص يفترض فيه ائتمانه على السر بحكم وظيفته كالحامين مثلا و القضاة و المحاسبين.

الفرع الرابع : القصد الجزائي.

لا يعاقب القانون على إفشاء الأسرار إلا إذا كان صادرا عن قصد جزائي فيجب أن يتوافر لدى الطبيب أو من في حكمه القصد العام، بمعنى أن يكون متعمدا إفشاء سر المريض و هذا القصد يتكون من عنصرين هما العلم و

¹ محمد فائق الجوهري، المرجع السابق، ص 476.

² أمير فرج يوسف ، المرجع السابق، ص 208.

³ علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص 176.

الإرادة فيتعين أن يعلم الطبيب بأن للواقعة صفة السر و أن لهذا السر الطابع المهني و أنه يعلم أن مهنته تجعله آمينا على السر و يعلم أن المريض غير راض بإفشاء السر.

كما يتعين أن تتجه إرادة الطبيب إلى الفعل الذي يمكن الغير أن يعلم بالواقعة¹، فإذا اعتقد الطبيب أن المريض لا يمانع من إخبار الآخرين أو ظن أنه ليس للسر صلة بمهنته فأفشى سر المريض فإن القصد الجزائي ينتفي لعدم توافر عنصر العلم، إذ لا بد أن تنصرف إرادة الطبيب أو مؤتمن السر إلى إفشاء السر و إلى النتيجة التي تترتب عليها².

و عليه فمتى توافرت أركان جريمة إفشاء السر الطبي طبقت على الطبيب أو من في حكمه العقوبات المنصوص عليها في المادة 301 ق ع و هي الحبس من شهر إلى 6 أشهر و غرامة مالية تتراوح بين 20000 دج و 100000 دج.

المطلب الثاني : أسباب إباحة إفشاء السر الطبي.

بالرجوع إلى نص المادة 301 ق ع نرى أن المشرع الجزائري نص على حالتين اثنتين في هذه المادة أين يجوز للطبيب و من في حكمه عدم الالتزام بالسر الطبي و إفشائه و ذلك في حالة ما إذا أوجب القانون عليهم إفشائه و صرح لهم بذلك طبقا للفقرة الأولى من المادة أعلاه، أما الحالة الثانية فتتعلق بإدلاء الشهادة أمام القضاء حول جريمة الإجهاض ففي هذه الحالة يعفى الطبيب و من في حكمه من التقيد بالسر المهني.

أما بالرجوع إلى قانون حماية الصحة و ترقيتها و في المواد المتعلقة بالالتزام بالسر الطبي نجد أن المشرع نص على بعض الحالات التي يجوز فيها للطبيب عدم التقيد بالسر الطبي و ذلك في المواد 2/206 إذا تعلق الأمر برضا صاحب السر بإفشائه، و المادة 3/206 إذا تعلق الأمر بسوء معاملة الأطفال و الأشخاص المحرومين من الحرية، فيجب على الطبيب التبليغ عن سوء هذه المعاملة، و كذا من خلال المادة 4/206 حينما يتعلق الأمر بإدلاء شهادة أمام القضاء أو أداء خبرة معينة.

الفرع الأول : تنفيذ أمر القانون و استعمال حق يصرح به.

أوجب المشرع على الأطباء في نصوص قانونية متعددة الالتزام بإفشاء سر المهنة تحقيقا للمصلحة العامة سواء تلك التي تستهدف حسن سير العدالة و مكافحة الجرائم أو التي تتعلق بالصحة العامة، و فيما يلي سرد لبعض الحالات.

أولا : التبليغ عن الأمراض المعدية : يظهر من نص المادة 54 ق ح ت أن المشرع الجزائري أمر كل طبيب يقوم أثناء تشخيصه لمرض معين بوجود مرض معدٍ بإخبار المصالح المعنية بذلك، و من ثم كيف الأمر على أنه أداء لواجب قانوني أمر به القانون و بالتالي يخرج الفعل عن نطاق التجريم و لا يعتبر الطبيب مرتكبا لجريمة إفشاء السر الطبي.

ثانيا : التبليغ عن الولادات: اهتمت جميع الدول بتنظيم سجلات خاصة بالمواليد لما تقتضي به ضرورة معالجة جميع المسائل و المشاكل المتعلقة بها، و قد نص المشرع الجزائري في المادة 62 من قانون الحالة المدنية³ على وجوب أن يتم

¹ شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي و التعويض عنها، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية 2005، ص 108-109.

² إيمان محمد الجابري، المرجع السابق، ص 141.

³ الأمر رقم 70-20 المؤرخ ب 19-02-1970، المتضمن قانون الحالة المدنية، ج ر عدد 21 لسنة 1970.

التصريح بالولادة من قبل الأب أو الأم و في حالة ما إذا تعذر ذلك من قبل الطبيب، فإن كان هذا النص يؤدي إلى إفشاء الطبيب للسر الذي يطلع عليه بحكم مهنته إلا أن هذا الإفشاء يعد مباحا بنص القانون و يعد من قبيل أداء الواجب لما في الإخبار عن الولادات من تحقيق للمصلحة العامة و لما في إهمالها من إهدار لهذه المصلحة. بل و أكثر من ذلك فقد اعتبر المشرع الجزائري الطبيب الذي حضر الولادة و لم يقدم الإقرار في الميعاد المحدد مرتكبا لجريمة عدم الامتثال لأوامر تسخير السلطة العمومية و هو ما أشارت إليه المادة 236 ق ح ت .

ثالثا : التبليغ عن سوء معاملة القصر و الأشخاص المحرومين من الحرية : تنص المادة 3/206 ق ح ت على ما يلي :
" يجب على الأطباء أن يبلغوا عن سوء معاملة الأطفال القصر و الأشخاص المحرومين من الحرية التي لاحظوها خلال ممارسة مهنتهم".

وبالرغم من أن التزام الطبيب بالسر الطبي ينصرف إلى كل ما يتصل بالعمل الطبي فإنه في حالة ما إذا عين الطبيب أثناء قيامه بمهامه أن الطفل القاصر يعامل معاملة سيئة أو كان الشخص المريض محروم من حريته فإنه يلزم بالتبليغ عن هذه الإساءة و هذا الحرمان حتى و إن كان ملزما بكتمان السر الطبي، طالما أن القانون منحه سلطة الإخبار صراحة و لا يعد ذلك إفشاء للسر الطبي.

رابعا : التبليغ بقصد منع الجرائم: طبقا للمادة 181 ق ع فإنه يجب على كل شخص إعلام السلطات بالشروع في جناية أو بوقوعها فعلا و إلا عد مرتكبا لجريمة عدم الإبلاغ عن الجرائم.

و بالتالي فإنه يستنتج أن الطبيب كذلك شأنه شأن أي شخص عادي ملزم بالإخبار عن الجناية التي وقعت أو التي يشرع فيها و يعلم بها وقت مزاولته مهنته، و إخلاله بهذا الالتزام يترتب عليه مسؤوليته الجزائية، و بالتالي يستطيع الطبيب إفشاء السر الذي حصل عليه بحكم مهنته إذا كان المقصود هو التبليغ عن جناية وقعت أو شرع فيها.

و قد نص المشرع بنص صريح على جريمة الإجهاض في الفقرة 2 من المادة 301 ق ع حيث أعفى المشرع صراحة الطبيب من الالتزام بكتمان السر الطبي إذا استدعي للمحكمة من أجل الإدلاء بشهادته بشأن جريمة الإجهاض.

الفرع الثاني : رضاه صاحب السر بالإفشاء.

من المستقر عليه في الفقه الجنائي أن رضاه المجني عليه لا يحو الصفة غير المشروعة عن الفعل ذلك أن القوانين الجنائية تتعلق بالنظام العام كما أن السلطة في العقاب من حق المجتمع و من ثم لا يمكن للفرد أن يعفي الشخص من العقاب عن جريمة ارتكبتها¹ أما في الجرائم التي يكون الحق للمعتدى عليه هو حق الفرد فلا عقاب عليها إذا رضي صاحبه بالاعتداء و يكون عدم العقاب نتيجة لتخلف الركن الشرعي².

غير أنه بالرجوع إلى قانون حماية الصحة و ترقيتها نجد أن المشرع الجزائري نص على أن رخصة المريض تعفي الطبيب من التزامه بالسر الطبي و هو ما يفهم من نص المادة 2/206 فقرة أولى بقولها : " ماعدا الترخيص القانوني

¹ إيمان محمد الجابري، المرجع السابق، ص 158.

² موفق علي عبيد، المرجع السابق، ص 137.

يكون الالتزام بكتمان السر المهني عاما و مطلقا في حالة انعدام رخصة المريض الذي يكون بدوره حرا في كشف كل ما يتعلق بصحته...".

فيظهر من خلال هذه المادة أنه حتى و إن كان واجب كتمان السر مقرر للمصلحة العامة فإن رضا صاحب السر بإفشائه يرفع عن حامله واجب الكتمان، فتصرف صاحب السر بسرّه هو استعمال للحق و بالتالي فإنه إذا أجاز صاحب السر للطبيب إفشاءه عدّ هذا الطبيب مستعملا لحق هو الآخر.

الفرع الثالث : أداء الشهادة أمام القضاء.

إن أداء الشهادة واجب مفروض على كل إنسان في سبيل العدالة لذلك جرت مختلف التشريعات على عقاب كل من يمتنع عن أداء الشهادة لغير سبب شرعي¹ و في هذا الصدد تنص المادة 97 ق إ ج على ما يلي : " كل شخص استدعي لسماع شهادته ملزم بالحضور و حلف اليمين و أداء الشهادة مع مراعاة الأحكام القانونية المتعلقة بسر المهنة...".

و بالرجوع إلى قانون حماية الصحة و ترقيتها نجد المشرع نص في هذا الصدد في المادة 5/206 على ما يلي : " لا يمكن الطبيب أو جراح الأسنان أو الصيدلي المدعو للإدلاء بشهادته أمام العدالة أن يفشي الأحداث المعنية بالسر المهني إلا إذا أعفاه مريضه من ذلك".

يتضح من نص هذه المادة أنه إذا لم يصدر رضاء من صاحب السر فيمنع على الطبيب أن يؤدي الشهادة في شأن الوقائع التي تعتبر سرا مهنيا، و بالتالي إذا أدى الطبيب الشهادة كانت شهادته إفشاء للسر مرتبة بذلك قيام مسؤوليته، بل و أكثر من ذلك فإنه عند إدلاءه بشهادته أمام القضاء عليه أن يقتصر فقط على المعاينات المتعلقة فقط بالأسئلة المطروحة عليه، و عليه كتمان ما توصل إلى معرفته من خلال مهنته و هو ما أكدته كذلك المادة 4/206 فقرة 2 ق ح ت.

الفرع الرابع : أعمال الخبرة.

تعتبر الخبرة من المهن المهمة التي تساعد القاضي للبحث في المسائل القانونية الدقيقة التي تتطلب دراية علمية و فنية². و من المستقر عليه ألا يكون الطبيب الخبير هو الطبيب المعالج للشخص موضوع الفحص، فليس للطبيب المعالج الكشف عن سر المريض إلى الخبير حتى و لو كان الطبيب المعالج هو المتهم أو المسؤول عن الحقوق المدنية³ و هو ما أكدته المادة 97 م أ ط .

إلا أن الطبيب الخبير ملزم كذلك بالمحافظة على السر المهني مع مراعاة أمرين اثنين : أولهما أنه يتوجب عليه ألا يكشف عن سر الفحص لأية جهة خارج الجهة التي أسندت إليه مهمة الخبرة - الجهة القضائية ذاتها -⁴ ، و ثانيهما أنه يلزم بعدم الكشف عن كل ما يصل إلى علمه بتفاصيلها و هو ما يستشف من نص المادة 4/206 فقرة 1 ق ح ت.

¹ محمد فائق الجوهري، المرجع السابق، ص 506.

² إيمان محمد الجابري، المرجع السابق، ص 146.

³ عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 307.

⁴ شريف الطياخ، المرجع السابق، ص 113.

خاتمة :

في ختام هذه الدراسة يمكن القول أن السر الطبي يعد من أهم الواجبات المهنية الملقاة على عاتق الأطباء بصفة عامة سواء كانوا تابعين للقطاع العام أو القطاع الخاص و تخلفهم عن هذا الواجب يترتب عليه وقوع جريمة جزائية مخالف على ارتكابها و وقوعها يؤدي إلى توقيع الجزاء على الطبيب، فحتى و إن كان الميدان العملي لم يبرز لنا المسؤولية الجزائية للطبيب عن إفشاء هذا السر حيث تعتبر نادرة القضايا التي يتابع و يحاكم فيها الأطباء من أجل ارتكابهم جرائم إفشاء السر الطبي إلا أن الغاية من هذه الدراسة هي تنوير الرأي العام بأهمية السر الطبي و الأثر المترتب عن إفشائه.

قائمة المراجع :

أولا : المؤلفات.

- 1- أمير فرج يوسف، خطأ الطبيب العملي و غير العملي و أحكام المسؤولية المدنية و الجنائية و التأديبية، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية ، 2010.
- 2- إيمان محمد الجابري، المسؤولية القانونية عن الأخطاء الطبية، دراسة مقارنة للقوانين، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية 2011.
- 3- شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي و التعويض عنها، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ، 2005.
- 4- عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء و الصيدالة و المستشفيات المدنية و الجنائية و التأديبية، مطبعة نور السلام، ط 2 الاسكندرية، 2000.
- 5- علي حسين نجيده، التزامات الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة العربية، 1992.
- 6- محمد فائق الجوهري، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، رسالة دكتوراه، دار الجوهري للطبع و النشر، مصر 1951.
- 7- موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء السر المهني، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن 1998.

ثانيا: النصوص القانونية.

- 1- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08-06-1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم ج ر عدد 49 لسنة 1966.
- 2- الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19-02-1970، المتضمن الحالة المدنية، ج ر عدد 21 لسنة 1970.
- 3- القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16-02-1985 ، المتضمن قانون حماية الصحة و ترقيتها المعدل و المتمم، ج ر عدد 08 لسنة 1985.
- 4- المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 06 يوليو 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج ر عدد 52 لسنة 1992.

عقد الامتياز البلدي وانعكاسات رقابة الوالي عليه في الجزائر



الأستاذ عمر غول طالب دكتوراه

قانون عام تخصص منازعات إدارية

محام معتمد لدى المحاكم بالجزائر

Email : m.ghomar@yahoo.fr

ملخص :

مرت الجزائر منذ فجر الاستقلال بعدة مراحل تدرجت فيها الدولة الجزائرية من نظام مركزية التسيير إلى التسيير اللامركزي بغرض تلبية حاجات المجتمع. فإذا كانت التنمية المحلية تعتمد على مبدأ البناء القاعدي للمجتمع من الأسفل للوصول إلى التنمية الشاملة في جميع المجالات، فإن ذلك لا يتحقق إلا في وجود هيئة قاعدية هي البلدية التي تعد البنية الأساسية في التنظيم الإداري الجزائري، كما أنها تحتل مكانة متميزة نظرا لاتصالها الدائم و المباشر بالجمهور و تعدد اختصاصاتها التي تمس مختلف مجالات الحياة.

إن التنمية المحلية بمنظورها الحديث تعكس أساس الديمقراطية التشاركية التي تعني إشراك جميع شرائح المجتمع بما فيها القطاع الخاص في إعداد مخططات التنمية المحلية و الإشراف على تنفيذها و بالتالي مساهمة جميع عناصر المجتمع المحلي في تجسيد وظيفة البلدية تطبيقا لآليات الحكم الراشد.

فلكي تنهض البلدية بوظائفها المتعددة لتحقيق التنمية الشاملة و دفع عجلة التنمية لا بد من افساح المجال أكثر للقطاع الخاص بهدف المساهمة في الحياة الاقتصادية، حيث اتخذت مساهمة القطاع الخاص أشكالا عديدة نجد من بينها "عقد الامتياز البلدي"، لكن من ناحية أخرى بما أن المجلس الذي يشرف على تسيير البلدية هو جهاز منتخب فقد حرصت السلطة المركزية من باب الاشراف و التنسيق ما بين هذه المجالس على أن تربطها في جل شؤونها

بمثلي السلطة المركزية و على رأسهم "الوالي"، لذلك فإن من بين أعمال المجالس البلدية التي تخضع للرقابة الوصائية من طرف الوالي نجد إبرام عقود الامتياز البلدية مع الغير حيث تتم المصادقة على العقود المبرمة في هذا الصدد بموجب قرار من طرف الوالي بعد التأكد من أن جميع مراحل إبرام عقد الامتياز البلدي قد تمت وفقا لنصوص القانون ذات العلاقة.

فعلى هذا الأساس و بما أن لكل أمر مزاياه و عيوبه فإن لرقابة الوالي على عقد الامتياز البلدي مزايا تجلت من الناحية السياسية، و من الناحية الإدارية، و من الناحية المالية. كما أن لهذه الرقابة عيوبها من خلال نظرة السلطة المركزية إلى عقد الامتياز البلدي و تحديد طبيعته، ثم من خلال النصوص القانونية المنظمة لرقابة الوالي على عقد الامتياز البلدي، و على مستوى تطبيق هذه النصوص المنظمة لهذه الرقابة، لكن ما ثبت أن لهذه الرقابة تأثيرا على استقلالية المجالس البلدية إذ تحولت من رقابة وصائية إلى شكل من أشكال الرقابة الرئاسية التي أصبح الوالي فيها يسير أكثر مما يراقب.

مقدمة :

إذا كانت رقابة الوالي على عقد الامتياز البلدي تشمل جميع مراحل إبرام هذا العقد ابتداء من اختيار أسلوب الملتزم إلى غاية إعداد دفتر الشروط و اتفاقية الامتياز من طرف الجهة الإدارية مانحة الامتياز (أي البلدية) فلا بد من تقدير رقابة الوالي في هذا المجال بالتطرق إلى مزايا هذه الرقابة و عيوبها و معرفة مدى تأثير هذه الرقابة على استقلالية المجالس البلدية عند إبرامها لعقود الامتياز، حيث يكون ذلك من خلال مبحثين:

المبحث الأول : مزايا رقابة الوالي على عقد الامتياز البلدي.

المبحث الثاني : عيوب رقابة الوالي على عقد الامتياز البلدي.

المبحث الأول : مزايا رقابة الوالي على عقد الامتياز البلدي.

من خلال هذا المطلب يتم التعرض إلى مزايا رقابة الوالي من الناحية السياسية، ثم من الناحية الإدارية، ثم من الناحية المالية.

المطلب الأول : من الناحية السياسية.

إن وجود نظام رقابي محكم وفعال على المستوى المحلي يؤدي إلى ضمان تجسيد وتطبيق فكرة دولة القانون وحماية حقوق وحرقات المواطن والمصالح الحيوية في نفس الوقت⁽¹⁾، لذلك فإن لرقابة الوالي على عقد الامتياز البلدي ضمن هذا الإطار عدة مزايا من الناحية السياسية تتمثل فيما يلي :

أولا : الحفاظ على الوحدة السياسية للدولة.

تهدف رقابة الوالي على عقد الامتياز البلدي إلى الحفاظ على وحدة الدولة السياسية ذلك أن الاستقلال المطلق للمجالس البلدية يهدد كيان الدولة ويؤدي إلى عدم التجانس والانسجام ما بين السلطة المركزية من خلال تمثيلها على المستوى المحلي (أي الولاية) و المجالس البلدية⁽²⁾، ومن ثم تكون للرقابة التي يباشرها الوالي في هذا المجال أهمية بالغة لتبقى المجالس البلدية مرتبطة بكيان الدولة وتخضع في إبرامها لعقود الامتياز للسياسة العامة في الدولة، فالرقابة إذن سلاح في يد الوالي لمنع اعتداء المجالس البلدية على وحدة الدولة⁽³⁾، مما يدعم هذه الوحدة من الناحية السياسية.

ثانيا : تغليب المصالح الوطنية على المصالح المحلية.

وُجدت المجالس البلدية لإشباع الحاجات المحلية لسكان هذه البلدية، كما أن هناك حاجات وطنية تهتم سكان الدولة ككل⁽⁴⁾، إلا أنه نظرا لفتح المجال أمام المجالس البلدية لإبرام عقود امتياز مع الغير وعقد اتفاقات توأمة وغيرها

¹ - الأستاذ الدكتور عمار عوابدي، عملية الرقابة البرلمانية ودورها في الدفاع على حقوق المواطن، مجلة الفكر البرلماني، العدد الأول ديسمبر 2002، ص 48. أنظر أيضا:

- كواشي عتيقة، اللامركزية الإدارية في الدول المغاربية (دراسة تحليلية مقارنة)، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة ورقلة، السنة الجامعية 2010/2011، ص 38.

² - الدكتور محمد علي الخلايلة، الإدارة المحلية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، طبعة 2009، ص 113.

³ - فريدة مزباني، المجالس الشعبية المحلية في ظل نظام التعددية السياسية في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، السنة الجامعية 2005، ص 253. أنظر أيضا:

- الدكتور: مسعود شهبوب، اختصاصات الهيئات التنفيذية للجماعات المحلية، مجلة الفكر البرلماني العدد الثاني، منشورات مجلس الأمة، مارس 2003، ص 26.

⁴ - فريدة مزباني، مرجع سابق، ص 254.

من خلال التوجه الجديد الذي كرسه المشرع الجزائري في قانون البلدية 10/11 وغيره من النصوص القانونية ذات العلاقة فإنه قد يحدث تعارض بين المصالح المحلية التي تسعى لتحقيقها هذه المجالس البلدية والمصلحة الوطنية للدولة مما قد يؤدي بهذه المجالس إلى تغليب هذه المصالح المحلية وإعطائها الأولوية على حساب المصلحة الوطنية ذات الأهمية الحيوية للدولة ككل وذلك لتحقيق مكاسب حزبية أو استمالة لجمهور الناخبين خاصة وأن جميع أعضاء المجالس البلدية بما فيهم رئيس المجلس هم منتخبون.

لذلك يتجلى دور رقابة الوالي على المجالس البلدية خاصة في مجال إبرام عقود الامتياز في الحرص على تغليب المصلحة الوطنية للدولة على المصالح المحلية في حالة التعارض بينهما⁽¹⁾.

المطلب الثاني : من الناحية الإدارية.

لا تقتصر مزايا رقابة الوالي على عقد الامتياز البلدي على الجانب السياسي فقط بل تمتد إلى الجانب الإداري وفقا لما يلي :

أولا : تأكيد وحدة السياسة الإدارية في الدولة.

رغم أن المجالس البلدية تتمتع بالاستقلالية في مباشرة صلاحياتها الإدارية بما فيها إبرام عقود الامتياز مع الغير إلا أن ذلك يكون في حدود السياسة الإدارية العامة في الدولة التي تتولى رسمها السلطة المركزية وبالتالي تعين على جميع الهيئات اللامركزية بما فيها المجالس البلدية أن تكون كل أعمالها وتصرفاتها في حدود هذه السياسة أي لا يجوز لها مخالفتها والخروج عنها، ففي هذا المعنى يؤكد الدكتور فؤاد مهنا⁽²⁾: "أن اللامركزية الإدارية لا يجوز أن تمس وحدة الدولة السياسية كما لا يجوز أن تؤثر على وحدة السياسة الإدارية العامة، أو وحدة الاتجاه الإداري العام".

إذن فوجود رقابة الوالي على عقد الامتياز البلدي باعتباره ممثلا للسلطة المركزية على المستوى المحلي أمر ذو أهمية حيوية وذلك للعمل على التوفيق والتنسيق بين عمل السلطة المركزية والمجالس البلدية عند إبرامها لعقود الامتياز مع الغير بما يظهر نوعا من الوحدة والانسجام بين الأنشطة الإدارية المختلفة في الدولة الواحدة، ونظرا لأن المجالس البلدية تعمل على تطبيق التشريعات العامة على المستوى المحلي بما يترتب عليه من احتمال تعدد التفسيرات

¹- رابعي إبراهيم، استقلالية الجماعات المحلية (الضمانات والحدود)، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عنابة، السنة الجامعية 2005، ص110.

²- مشار إليه: فريدة مزباني، مرجع سابق، ص255.

والتأويلات لهذه التشريعات لذلك تبرز مهمة رقابة الوالي ضمن هذا الإطار لأنها تؤدي إلى الوحدة في تفسير النصوص القانونية بما يتفق وهدف التشريع⁽¹⁾.

ثانيا : ضمان شرعية ما تبرمه المجالس البلدية من عقود امتياز :

تعد رقابة الوالي في هذا المجال وسيلة ضرورية لإلزام المجالس البلدية على احترام القانون والتقييد بأحكامه⁽²⁾، وبالتالي ضمان شرعية ما تبرمه من عقود امتياز مع الغير من خلال التزام هذه المجالس بالإجراءات التي حددها القانون بدء من المراحل التمهيديّة للتعاقد وانتهاء بالتنفيذ⁽³⁾.

ومن ناحية أخرى تضمن رقابة الوالي عدم وقوع المجلس البلدي في الانحراف أو التعسف الذي يؤثر على تطبيق مبدأي " الشفافية والمنافسة " عند إبداء رغبته في التعاقد مع الغير عن طريق الامتياز، وكما قال السيد "دحو ولد قابلية" بأن : " الامتياز البلدي سيقيد بدفتر شروط حتى تستطيع السلطة المحلية المسؤولة مراقبة وتصحيح الأمور إن اقتضت ذلك في كل مراحل التسيير"⁽⁴⁾ ويقصد بالسلطة المحلية المسؤولة هنا جهة الوصاية أي الوالي.

وبالتالي تهدف رقابة الوالي على عقد الامتياز البلدي إلى التحقق من شرعية هذا العقد وعدم مخالفته للصالح العام إلا أنه لا يجوز للوالي باعتباره جهة وصاية أن يلجأ لاستعمال وسائل لتحقيق أغراض غير التي حددها المشرع إذا كان يفرض عليه أغراض أو أهداف معينة وإلا يكون الوالي قد انحرف و أساء استعمال سلطاته مما يتيح الطعن في قراره من طرف المجلس البلدي⁽⁵⁾.

المطلب الثالث : من الناحية المالية.

تضمن رقابة الوالي على عقد الامتياز البلدي قيام المجالس البلدية المبرمة لهذه العقود بأداء واجباتها بفعالية وبنزاهة، وعدم تبديد الأموال المحلية على مشروعات وأعمال لا تخدم سكان الإقليم الذي تشرف عليه أو قد لا تكون ذات جدوى اقتصادية⁽⁶⁾.

¹- رابعي إبراهيم، مرجع سابق، ص111.

²- فريدة مزباني، نفس المرجع، ص256.

³- الدكتور حسين عبد العال محمد، الرقابة الإدارية على الجهاز الإداري للدولة، مجموعة رسائل الدكتوراه، دون سنة، ص99-100.

⁴- مداخلة السيد دحو ولد قابلية (الوزير المنتدب لدى وزير الداخلية والجماعات المحلية مكلف بالجماعات المحلية) بعنوان الأسس السياسية لمشروع القانون الجديد للإدارة المحلية بمناسبة الندوة الفكرية حول "مدى تكيف الإدارة المحلية الجزائرية مع الحقائق الوطنية الجديدة (مجلس الأمة، الخميس 17 أكتوبر 2002)، مجلة الفكر البرلماني، العدد الأول، ديسمبر 2002، ص87.

⁵- رابعي إبراهيم، مرجع سابق، ص125.

⁶- الدكتور محمد علي الخلايلة، مرجع سابق، ص113.

كما تساعد رقابة الوالي على عقد الامتياز المبرم من طرف المجلس البلدي على تنفيذ خطط التنمية، فإذا كانت السلطة المركزية تضع خطة عامة للتنمية الاقتصادية على المستوى الوطني توضح فيها بدقة دورها ودور المجالس المحلية بما فيها المجالس البلدية في كيفية تنفيذها، بالإضافة إلى وضع خطة لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية في نطاق كل اقليم⁽¹⁾ بالتشاور مع كل مجلس من هذه المجالس، فإن لرقابة الوالي هنا باعتباره ممثلا للسلطة المركزية على المستوى المحلي أهمية في كونها تساعد المجالس البلدية في كيفية إعداد خطط للتنمية المحلية وتنفيذها باتباع أساليب أكثر نجاعة لتسيير المرافق العامة المحلية، ومن بين هذه الأساليب إبرام عقود الامتياز مع الغير بشرط تأكد الوالي بصفته جهة وصاية من أن هذه الخطط لا تتعارض مع الخطة الوطنية من خلال التنسيق فيما بينها من أجل تحقيق التنمية الاقتصادية الشاملة.

وبالتالي يجب على البلدية المدعمة أن تترك المكان للبلدية المؤسسة حيث تقاس فاعليتها بقدرات التسيير المحلي والتحليل الاجتماعي إضافة إلى التحكم في المالية المحلية والتنمية الاقتصادية. هذا هو الهدف الذي تسعى لتحقيقه السلطة المركزية أي تحضير المجالس البلدية للتحويل الجذري برفعها من مرتبة الجماعة المحلية المدعمة المسيرة لبرامج الدولة إلى جماعة مؤسسة مسؤولة عن التهيئة والتنمية وتسويق إقليمها⁽²⁾.

وما صدور التعليمات الوزارية 842/3.94 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها إلا خير دليل على ذلك⁽³⁾. إذ حثت المجالس البلدية على اتباع الأساليب الأكثر نجاعة في تسيير المرافق العامة المحلية من خلال الامتياز والتأجير.

المبحث الثاني : عيوب رقابة الوالي على عقد الامتياز البلدي.

كما أن لرقابة الوالي على عقد الامتياز البلدي مزايا سبق التطرق لها فإن لهذه الرقابة عيوباً يتم التعرض لها وفقاً لما يلي :

- من خلال نظرة السلطة المركزية إلى عقد الامتياز البلدي وتحديد طبيعته.
- على المستوى النظري بناء على النصوص القانونية المنظمة لرقابة الوالي على عقد الامتياز البلدي.

¹ - فريدة مزباني، مرجع سابق، ص 257. أنظر أيضاً:

- مسعود شهبوب، اللامركزية الإقليمية بالجزائر، (المبدأ والتطبيق)، رسالة ماجستير في القانون العام، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة قسنطينة، السنة الجامعية 1983، ص 164-165.

² - الأستاذ عبد القادر خليل، البلدية في مواجهة تحدي التسيير والهندسة الإقليمية، دار القصبية للنشر، دون طبعة، ص 15، 14.

³ - أنظر الملحق رقم 01.

- على مستوى تطبيق هذه النصوص المنظمة لرقابة الوالي على عقد الامتياز البلدي.

المطلب الأول : من خلال نظرة السلطة المركزية إلى عقد الامتياز البلدي وتحديد طبيعته.

أولا : من حيث نظرة السلطة المركزية إلى عقد الامتياز البلدي.

إن الامتياز البلدي كأسلوب لتسيير المرافق العامة المحلية قد استُخدم أولا من طرف السلطة المركزية لربط العلاقة بين الدولة والبلديات باعتبارها هي صاحبة الامتياز وذلك غداة الاستقلال حيث صدرت العديد من المراسيم في هذا المجال نذكر منها المرسوم 53-67 المتضمن منح الامتياز للبلديات من طرف الدولة لاستغلال المحلات التجارية للعرض السينمائي⁽¹⁾، وكذلك المرسوم 16-68 المتضمن منح امتياز استغلال المنشآت الرياضية للبلديات من طرف الدولة والواقعة في مناطقها⁽²⁾.

فكل هذه المراسيم قد صدرت عقب ظهور القانون البلدي لسنة 1967⁽³⁾ حيث اعترفت للبلدية كهيئة عمومية بممارسة الامتياز⁽⁴⁾، كما صدر الأمر 130-67 المتضمن تنظيم النقل البري⁽⁵⁾ والذي اعترف صراحة بموجب المادة "22" منه بأن الأولوية في مجال النقل البري تُعطى للقطاع الاشتراكي أو للبلديات أو للأشخاص المعنوية العامة وبصفة استثنائية تعطى لأشخاص طبيعيين، وبالتالي ما تجدر ملاحظته حول هذه الامتيازات التي تحمل طبيعة خاصة أنها كانت مجرد أسلوب للتسيير وأن الملتزم فيها دائما شخص عام⁽⁶⁾، فليس لهذا الأخير مناقشة شروط هذه الامتيازات لأن ذلك من اختصاص الدولة التي تحددها وتنظمها في شكل مراسيم⁽⁷⁾.

لكن بعد ذلك عرف هذا الأسلوب تقهقرا نظرا للاستبدال التدريجي للمؤسسات العمومية بالمؤسسات الاشتراكية⁽⁸⁾ التي تولت تسيير المرافق العامة بما فيها المرافق المحلية، حيث انصب عمل السلطة المركزية بعد سنة

¹ - مؤرخ في 17 مارس 1967، ج.ر.ر. 26 مؤرخة في 28 مارس 1967.

² - مؤرخ في 23 يناير 1968، ج.ر.ر. 08 مؤرخة في 26 يناير 1968.

³ - أمر 24-67 مؤرخ في 18 يناير 1967 يتضمن القانون البلدي، ج.ر.ر. 06 مؤرخة في 18 يناير 1967.

⁴ - الأستاذ الدكتور عمار بوضياف، عقد الامتياز ودوره في تطوير العلاقة بين الإدارة المحلية والقطاع الخاص، مجلة الفكر البرلماني العدد 25، منشورات مجلس الأمة، أفريل 2010، ص 181.

⁵ - مؤرخ في 22 يوليو 1967، ج.ر.ر. 63 مؤرخة في 04 أوت 1967.

⁶ - بن مبارك راضية، التعليق على التعليم رقم 842/3.94 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2001/2002، ص 04.

⁷ - بودياب بدره هاجر، عقد امتياز المرافق العامة وتطبيقاته في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أم البواقي، السنة الجامعية 2009/2010، ص 15.

⁸ - الدكتور ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، دار المجدد للنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة، ص 223.

1971 مع انطلاق الثورة الزراعية على إبعاد وتهميش كل الأساليب والطرق التي تتعارض مع الاختيار الاشتراكي في تسيير مصالحها ومرافقها العامة، وبالمقابل فيما يتعلق بالمرافق العامة المحلية فقد ألزمت المجالس المحلية بما فيها المجالس البلدية بالدرجة الأولى على اتباع الأساليب الكلاسيكية في التسيير ألا وهي: "الاستغلال المباشر، والمؤسسة العامة" اللذان يجسدان التدخل المباشر للإدارة في تسيير مرافقها⁽¹⁾. إذن فقد بقي الامتياز البلدي ضمن هذه الحقبة أسلوبا استثنائيا كما تم توضيحه من خلال نص المادة "220" من القانون البلدي لسنة 1967.

إلا أنه نتيجة للعجز الذي أصاب المجالس البلدية وفشلها في تسيير المرافق العامة المحلية لضمان ديمومة الخدمات وإشباع الحاجات العامة للسكان نظرا لقلّة الكفاءات ونقص الموارد البشرية والمالية الضرورية، لذلك كان لزاما مراجعة جميع سياسات إدارة المرافق العامة المحلية وإيجاد أساليب أخرى للتسيير تكون أكثر نجاعة من أساليب التسيير الكلاسيكية التي أثبتت بالتجربة فشلها لأنها قامت أساسا على تدخل الدولة في جميع النشاطات والميادين وفرض أنماط موحدة على جميع المرافق العامة⁽²⁾.

ومن أجل ذلك كان لزاما انتظار صدور القانون 83-17 المتضمن قانون المياه⁽³⁾ لإعادة اكتشاف الامتياز كأسلوب للتسيير، حيث نصت المادة "20" منه على أنه: "يؤدي استعمال الملكية العامة للمياه في جميع الحالات إلى إنشاء امتياز".

وبعد أن شهدت الدولة الجزائرية دستورا جديدا سنة 1989 أفرغ من الجانب الإيديولوجي⁽⁴⁾ جاء قانون البلدية رقم 90-08 ليكرس عقد الامتياز البلدي بموجب المادة "138" منه لكن ما تجدر ملاحظته أن نظرة السلطة المركزية لأسلوب الامتياز البلدي لم تتغير بحيث ظل طريقة استثنائية لإدارة المرافق العامة المحلية بالرغم من تخلي الدولة عن النهج الاشتراكي وتبني الانفتاح الاقتصادي الذي يتوافق مع هذا الأسلوب مما يفتح المجال أمام العديد من التناقضات بين ما هو منصوص عليه قانونا وبين النهج الجديد الذي تبنته الدولة الجزائرية والأهداف التي تسعى لتحقيقها من خلال إعادة رسم العلاقة مع القطاع الخاص والحد من تدخل الدولة بصفة عامة خاصة في المجال الاقتصادي.

¹ - بودياب بدره هاجر، مرجع سابق، ص 24.

² - أنظر الصفحة الثانية (02) من التعليمات الوزارية 842/3.94 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية و تأجيرها الصادرة عن وزارة الداخلية والجماعات المحلية، مؤرخة في 07 سبتمبر 1994 (غير منشورة).

³ - مؤرخ في 16 يوليو 1983، ج. ر. ر. 30 مؤرخة في 19 يوليو 1983.

⁴ - الأستاذ الدكتور: عمار بوضياف، عقد الامتياز ودوره في تطوير العلاقة بين الإدارة المحلية والقطاع الخاص، مرجع سابق، ص 181.

وقد ظلت هذه النظرة إلى غاية صدور التعليمات الوزارية 842/3.94 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتوجيهها من طرف وزير الداخلية والجماعات المحلية آنذاك التي اعتبرت أن الامتياز هو الطريقة الأكثر ملاءمة لتسيير المرافق العامة المحلية، وبالرغم من أن التعليمات الوزارية المذكورة لا ترقى إلى مستوى النصوص القانونية والتنظيمية، إلا أنه يتعين الاعتراف بأنها الأولى من نوعها التي وضعت نظاما قانونيا للامتياز البلدي ولم يسبقها في ذلك أي نص قانوني آخر وهذا ما يزيد من أهميتها⁽¹⁾.

ورغم أن التعليمات الوزارية السالفة الذكر قد أشارت بصريح العبارة أنه: "... تجدر الإشارة إلى أن السلطة التقديرية ترجع للجماعات المحلية في تقدير أهمية المرافق العامة الواجب إنشاؤها وطرق تسييرها مع مراعاة المصلحة العامة وتلبية الاحتياجات الضرورية للمواطنين..."⁽²⁾ إلا أن نفس التعليمات قد حثت هذه الجماعات المحلية بما فيها المجالس البلدية على اتباع أسلوب الامتياز كمبدأ في تسيير المرافق العامة المحلية، وهذا ما أكده السيد عبد الرحمان مزبان شريف وزير الداخلية الأسبق في كتابه الجماعات المحلية تسيير وتطور حيث قال: "... اللجوء إلى طرق تسيير غير المباشرة، أكثر ليونة ونجاعة مثل الامتياز والتأجير لا يجب أن يكون الاستثناء بل القاعدة".

وبالتالي فإن حث هذه التعليمات الوزارية المجالس البلدية على اتباع أسلوب الامتياز خاصة تلك التي تعاني من مشاكل كبيرة من خلال طريقة الإقناع التي انتهجتها، والإشارة إلى عدم فعالية أساليب التسيير التقليدية من استغلال مباشر أو عن طريق المؤسسة العامة يعتبر كل ذلك وسيلة للتأثير على اختيار هذه المجالس البلدية وانعكس سلبا على استقلاليتها مما أدى في الأخير إلى نقل سلطة الاختيار من يد المجالس البلدية إلى السلطة المركزية هذه الأخيرة التي فرضت نمطا من التسيير (الامتياز أو التأجير) مع أن التعليمات الوزارية سالفة الذكر قد جاءت لمكافحة فرض أنماط موحدة من التنظيم على جميع المرافق العامة المحلية والذي يعد منافيا لنظام اللامركزية⁽³⁾.

كما أنه وفقا لقانون البلدية 11-10 لا سيما المواد "150" و"155" و"156" منه فقد أكد المشرع على المنحى الذي ذهبت إليه التعليمات الوزارية 842/3.94 من خلال جعل أسلوب الامتياز البلدي وأساليب تفويض

¹ - ذيب أمينة، النظام القانوني لعقد الامتياز (التزام المرافق العامة)، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عنابة، السنة الجامعية 2011/2012، ص 38. أنظر أيضا:

- عزيز عبد القادر، آليات تفعيل دور البلدية في إدارة التنمية المحلية بالجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة ورقلة، السنة الجامعية 2009/2010، ص 56-57.

- حسين عبد القادر، الحكم الراشد في الجزائر وإشكالية التنمية المحلية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2011/2012، ص 205، 206.

² - أنظر الصفحة الخامسة (05) من التعليمات الوزارية 842/3.94.

³ - بن مبارك راضية، مرجع سابق، ص 29، 30.

المرافق العامة المحلية الأخرى كالتأجير وغيرها في نفس المرتبة مع الأساليب الكلاسيكية المتعارف عليها (الاستغلال المباشر، المؤسسة) بنزع الطابع الاستثنائي عنها وفي المقابل إعطاء حرية أكبر للمجالس البلدية حتى تختار الأسلوب الأنجع لتسيير هذه المرافق كل على حدا.

لكن بالعودة إلى نفس المواد المذكورة سابقا ضمن قانون 10-11 بالبلدية يتضح أن هيمنة السلطة المركزية في مجال إبرام عقود الامتياز البلدية قد بقيت على حالها لم تتغير بتغير القوانين نظرا لبقاء آلية المصادقة الممنوحة للوالي باعتباره جهة وصاية وممثلا للسلطة المركزية على المستوى المحلي واعتبارها إجراء ضروريا وجوهريا لنفاذ عقد الامتياز البلدي مما يؤثر على إرادة المجلس البلدي باعتباره جهة إدارية مألحة للامتياز البلدي، وإرادة الملتزم، بالإضافة إلى فرض دفاتر شروط نموذجية من قبل السلطة المركزية لا يمكن للمجالس البلدية أن تحيد عنها أو أن تعدل فيها إذ لا بد لعقد الامتياز البلدي أن يكون موافقا لهذه الدفاتر حتى يصادق عليها الوالي.

ثانيا : من حيث تحديد طبيعة الامتياز البلدي وفق المنظور الجزائري.

بداية يمكن القول أنه بالرجوع إلى التعلية الوزارية 842/3.94 وعرضها لمحتوى عقد الامتياز البلدي نجد أن هذا الأخير يغلب عليه الطابع التنظيمي الشيء الذي يناقض الطبيعة المزدوجة لعقد الامتياز في القانون المقارن وذلك وفقا لما يلي :

- إنطلاقا من تعريف عقد الامتياز من كونه اتفاق واعتباره في البداية ضمن شروطه التعاقدية يخضع لقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" أي إلى تفاوض مسبق على إبرامه، لكنه وفق المنظور الجزائري ليس إلا تعاقدًا ذو طابع تنظيمي نظرا لما ورد في التعريف نفسه بأنه اتفاق بين الطرفين طبقا لما ينص عليه دفتر الشروط وليس طبقا لما اتفقت عليه إرادة المتعاقدين⁽¹⁾.

- إن الشروط التعاقدية ليس لها أي أثر تعاقدية بما أن الجهة الإدارية مألحة الامتياز البلدي تقوم بإعداد دفتر الشروط قبل إجراء عملية الاتفاق، حيث يقع على الملتزم الالتزام بهذه الشروط التعاقدية الواردة في دفتر الشروط دون إتاحة المجال له بالتفاوض.

إذن فالالتزام بهذه الشروط من قبل الملتزم هو نفسه مهما كانت طبيعة هذه الشروط سواء كانت تنظيمية أو تعاقدية مما يعكس في الحقيقة الالتزام بما أعدته الجهة الإدارية مألحة الامتياز البلدي بصفة منفردة والتي لها الحق

¹ - بودياب بدره هاجر، مرجع سابق، ص 37.

بتعديله بشكل منفرد أيضا، فعلى هذا الأساس يكون الاتفاق الذي ذكر في تعريف الامتياز البلدي مفرغا من محتواه مما أدى إلى انتفاء وصف العقد على هذا الامتياز⁽¹⁾.

لذلك لا يمكن الحديث عن الامتياز بصفة عامة في الجزائر بالصورة التي تم الاستقرار عليها في القانون المقارن، كون أن أعمال الإدارة الجزائرية وإن كانت تتلاءم مع الأعمال اللائحية فهي تتنافى والأعمال الاتفاقية، فكيف يمكن الحديث عن الإجراءات الاتفاقية لإدارة جزائرية مازالت تستعمل الأمر والنهي والأنظمة وحيدة الجانب في حين أن الامتياز بصورة عامة يفترض الإثنين أي الجانب اللائحي والجانب الاتفاقية هذا الأخير الذي يعد الحاضر الغائب.

فلطالما عبرت العقود الإدارية بما فيها الامتيازات البلدية وفق المنظور الجزائري عن فكرة العقود التنظيمية⁽²⁾، باعتبارها تصرفا إداريا يميل إلى مفهوم العمل الإداري المنفرد⁽³⁾. هذا التوجه والمضمون بقي على حاله لم يتم التراجع عنه وفقا لما أكدته القوانين ذات العلاقة خاصة قوانين البلدية 08-90 و 10-11 إضافة إلى المراسيم المختلفة الصادرة في هذا المجال⁽⁴⁾ دون أن ننسى التعليمات الوزارية 842/3.94 سالفة الذكر.

المطلب الثاني : من خلال النصوص القانونية المنظمة لرقابة الوالي على عقد الامتياز البلدي.

لقد كانت البلديات غداة الاستقلال حديثة العهد خاصة بعدما أدخل عليها المشرع عدة تغييرات بخفض عددها وتغيير حدودها⁽⁵⁾. كما أنها عانت الكثير من النقص في مواردها المالية، المادية، والبشرية في حين أنها كانت الجهات التي وقع على عاتقها مهمة التنمية المحلية، فكيف لها وهي في هذا الوضع أن تحقق ذلك؟

لذلك لم تجد السلطة المركزية آنذاك بدا من التدخل لتوجيه الجماعات المحلية بما فيها البلديات والإشراف عليها مستعملة في ذلك تقنية الرقابة الوصائية على أن تكون هذه الرقابة الوصائية الشديدة كمرحلة انتقالية فقط تصبح بعدها هذه البلديات ناضجة وقادرة على القيام باختصاصاتها على أكمل وجه.

¹ - بودياب بدره هاجر، نفس المرجع، ص38.

² - الدكتور بن علي حמיד، إدارة المرافق العامة عن طريق الامتياز (دراسة التجربة الجزائرية)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، عدد 2009/03، ص147.

³ - بن علي حמיד، مفهوم العمل الإداري المركب في القانون الإداري الجزائري (تحول النشاط الإداري في الجزائر)، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2006، ص229.

⁴ - أنظر على سبيل المثال: المرسوم التنفيذي 08-54 المؤرخ في 9 فبراير 2008 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للتزويد بماء الشرب، ج.ر. 08 مؤرخة في 13 فبراير 2008.

⁵ - قامت الحكومة سنة 1963 بخفض عدد البلديات من 1535 بلدية إلى 676 بلدية، مشار إليه الدكتور عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، دار جسر للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية 2007، ص272.

غير أن هذه المرحلة الانتقالية ما فتئت أن امتدت في الزمن وتم تدعيمها بمختلف النصوص القانونية ابتداء من ميثاق البلدية الذي تردد بصدد الاستقلال المحلي نظرا لتردد المشرع آنذاك وتخوفه من الاستقلال، وكذلك خلطه بين مفهوم الاستقلال الإداري والاستقلال السياسي الذي يهدد فعلا وحدة الدولة⁽¹⁾، لذلك جاءت النتائج معاكسة تماما لما كان مرجوا حيث أصبح تدخل السلطة المركزية مبدأ عاما وتحولت البلديات إلى مجرد هيئات تابعة لها⁽²⁾، وهو ما تجلّى أيضا في الأمر 67-24 المتضمن قانون البلدية⁽³⁾ وما تبعه من تعديلات التي عكست طبيعة تلك المرحلة والنظام السائد الذي قام على احتكار الدولة لجميع الأنشطة الاقتصادية بالموازاة مع تسليط رقابة وصائية شديدة على المجالس البلدية، كما أن الامتياز البلدي كأسلوب لتسيير المرافق العامة المحلية قد غاب في هذه المرحلة ولم يتم استخدامه إلا لربط العلاقة بين الدولة والمجالس البلدية مما شدد من الرقابة الوصائية على هذه الأخيرة⁽⁴⁾.

أما قانون البلدية 90-08 وإن جاء تنويجا لبداية عهد جديد اتسم بالانفتاح الاقتصادي وتوجه الدولة نحو اقتصاد السوق خاصة بعد صدور دستور 1989 كما تم الإشارة إليه سابقا، حيث أعاد قانون البلدية المذكور لعقد الامتياز البلدي مكانته التي فقدتها ضمن الحقبة الاشتراكية باعتباره أسلوبا من أساليب تسيير المرافق العامة المحلية إلا أن نفس القانون ضمن نفس المادة⁽⁵⁾ قد أضفى طابعا استثنائيا على هذا الأسلوب مما يعكس بقاء تخوف المشرع من إشراك القطاع الخاص في تسيير المرافق العامة المحلية، كما أنه من ناحية أخرى حافظ على رقابة الوالي الوصائية على عقد الامتياز البلدي من خلال المصادقة على الاتفاقيات التي حررت لهذا الغرض بموجب قرار إذا كانت مطابقة لنماذج الاتفاقيات المعمولة.

¹ - جاء في ميثاق البلدية: "... إن اللامركزية البلدية لا تعني نوعا من الاستقلال الداخلي ... إن دولتنا هي دولة واحدة ..." مشار إليه: مسعود شهبوب، اللامركزية الإقليمية بالجزائر، مرجع سابق، ص 220 (في الهامش).

- كما جاء في بيان أسباب الأمر 24-67 المتضمن قانون البلدية: "... فالبلدية إذن باعتبارها الخلية الأساسية للأمة هي وحدة مدمجة في الدولة ومن واجها -بهذا الاعتبار- أن تكون في خدمتها..."، ج. ر. ر. 06 مؤرخة في 18 يناير 1967، ص 92.

² - بوشامي نجلاء، مرجع سابق، ص 213. أنظر أيضا:

- مسعود شهبوب، اللامركزية الإقليمية بالجزائر، نفس المرجع، ص 220.

³ - أنظر جريدة رسمية رقم 06، مؤرخة في 18 يناير 1967.

⁴ - أنظر على سبيل المثال المرسوم 68-16 المؤرخ في 23 يناير 1968 المتضمن منح امتياز استغلال المنشآت الرياضية للبلديات من طرف الدولة والواقعة في مناطقها، ج. ر. ر. 08 مؤرخة في 26 يناير 1968.

⁵ - أنظر المادة 138 من القانون 90-08 المتعلق بالبلدية مؤرخ في 07 أبريل 1990، ج. ر. ر. 15 مؤرخة في 11 أبريل 1990.

وبالتالي فإن قانون 90-08 المتعلق بالبلدية قد أدخل فقط بعض التعديلات الثانوية في الرقابة الوصائية المفروضة من طرف الوالي⁽¹⁾ دون أن يتطرق لجوهر ومفهوم هذه الرقابة الذي ظل على حاله⁽²⁾، وما يؤكد هذا التوجه ما صدر من نصوص أخرى لاحقة لقانون البلدية المذكور لا سيما المرسوم التنفيذي 94-215⁽³⁾ التي تمكنت بمقتضاه جهة الوصاية (الوالي أو من يمثله) من استعادة نفس الصلاحيات التقليدية فيما يتعلق بالرقابة على عقد الامتياز البلدي، هذا ما كرسه في مادته العاشرة (10) التي جاء فيها: "يتولى رئيس الدائرة في إطار القوانين والتنظيمات المعمول بها وتحت وصاية الوالي وبتفويض منه على الخصوص ما يلي: "... يصادق على مداوالات المجالس الشعبية البلدية حسب الشروط التي يحددها القانون والتي موضوعها ما يأتي: ... - المناقصات والصفقات العمومية والمحاضر والإجراءات..."

ورغم الصلاحيات التي أوكلها المرسوم التنفيذي المذكور إلى رؤساء الدوائر إلا أن الواقع يثبت تهرب هؤلاء من تحمل المسؤوليات المتعلقة بالمداوالات لا سيما المداولة المتضمنة القرار بالتعاقد عن طريق الامتياز، ويكتفون فقط بإحالتها للولاية حتى يصادق عليها الوالي بنفسه، وهنا تثار التساؤلات عن جدوى الصلاحيات التي يتمتع بها رئيس الدائرة إذا كان غير قادر على تحمل مسؤولية المصادقة على المداوالات إلا بعد استشارة الوالي، ومن هذا المنطلق أصبحت الدائرة مجرد حجر عثرة أمام الردود السريعة المتعلقة بالمداوالات خاصة المداولة المتضمنة القرار بالتعاقد في عقد الامتياز البلدي سواء كان الرد بالقبول أو الرفض لأن محضر هذه المداولة يرسل إلى الدائرة ورئيس الدائرة يقوم بتحويلها إلى الولاية مما يتطلب وقتا إضافيا للمصادقة عليها⁽⁴⁾.

وقد تم تكريس ما جاء به المرسوم التنفيذي 94-215 ضمن مشروع جوان 1999 لقانون البلدية الذي اعتبر حسب رأي الأستاذ نصر الدين بن طيفور⁽⁵⁾ تراجعاً عما حققه قانون 90-08 المتعلق بالبلدية من مكتسبات وأنا أوافق هذا الرأي لأنه ضمن هذا المشروع تم توسيع نطاق المداوالات التي تخضع لمصادقة جهة الوصاية، فإذا كان

¹ - حُددت المداوالات التي تستلزم التصديق الصريح في نوعين من المداوالات فقط (الميزانيات والحسابات، إحدات مصالح، ومؤسسات عمومية بلدية) عكس ما كان عليه الحال ضمن الأمر 67-24 المتضمن قانون البلدية المعدل والمتمم الذي اتسم بالتوسع في المداوالات التي تتطلب التصديق الصريح (أنظر المادة 107 منه ، ج.ر. 06 مؤرخة في 18 يناير 1967).

² - بوشامي نجلاء، المجلس الشعبي البلدي في ظل قانون البلدية 08/90: أداة للديمقراطية (المبدأ والتطبيق)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، السنة الجامعية 2006/2007، ص214. أنظر أيضاً:

- غزير محمد الطاهر، مرجع سابق، ص66.

³ - مرسوم تنفيذي رقم 94-215 المؤرخ في 23 يوليو 1994 يحدد أجهزة الإدارة العامة في الولاية وهيكلها، ج.ر.ر. 45 مؤرخة في 27 يوليو 1994.

⁴ - بن ناصر بوطيب، الرقابة الوصائية وأثرها على المجالس الشعبية البلدية في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، السنة الجامعية 2010/2011، ص65.

⁵ - أنظر مقال الأستاذ نصر الدين بن طيفور، أي استقلالية للجماعات المحلية الجزائرية في ظل مشروع جوان 1999 لقانوني البلدية والولاية، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، 2001، العدد 22، ص5 إلى 24.

قانون البلدية 90-08 قد أخضع نوعين فقط من مداوات المجلس البلدي للمصادقة الصريحة وهي "الميزانيات والحسابات، وإحداث مصالح ومؤسسات عمومية محلية" إلا أن مشروع قانون البلدية المذكور أضاف حالات أخرى وردت في المادة 44 من بينها: "... منح امتياز المصالح العمومية..." وغيرها من الحالات الأخرى⁽¹⁾، والملاحظ أن أغلبية هذه الحالات سبق للسلطة التنفيذية أن منحتها سنة 1994 لرئيس الدائرة بموجب المرسوم التنفيذي 94-215.

أما قانون 10/11 المتعلق بالبلدية⁽²⁾ فرغم أنه لم يشير إلى منح الامتياز ضمن المادة "57" التي أشارت إلى المداوات التي تخضع لمصادقة الوالي الصريحة، إلا أنه قد أشار إلى ذلك ضمنا من خلال نص المادة "155" التي تناولت الامتياز البلدي وذلك بذكرها أنه يخضع للتنظيم الساري المفعول، كما يخضع لدفتر شروط نموذجي يحدد عن طريق التنظيم، فربط نص هذه المادة مع مختلف النصوص التنظيمية⁽³⁾ لا سيما المرسوم التنفيذي 94-215 المشار إليه سلفا⁽⁴⁾ الذي لم يبلغ وبقي العمل به ساريا لذلك يتضح التواجد الدائم والمطلق لجهة الوصاية⁽⁵⁾ (الوالي أو من من يمثله). وتأثيرها على المجالس البلدية عند إبرامها لعقود الامتياز.

وما يؤكد ذلك أيضا ما أتت به التعليمات الوزارية 842/3.94 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها التي صنفها الدكتور شريف بن ناجي ضمن التعليمات التي أطلق عليها تسمية " les circulaires préformels " وذلك بسبب تمهيدها لنصوص قانونية ذات قيمة أكبر في الهرم القانوني، وكذا لانفرادها بتحديد نظام الامتياز المحلي من جميع جوانبه بما فيه الامتياز البلدي⁽⁶⁾ قد أشارت بصريح العبارة أن الامتياز المبرم بين البلدية والملتزم لا ينعقد إلا إذا صادق عليه الوالي المختص إقليميا عليه بموجب قرار⁽⁷⁾.

¹- إن الحالات الواردة في المادة 44 من مشروع جوان 1999 لقانون البلدية تتمثل في ما يلي :

" التصويت بسحب الثقة من المجلس الشعبي البلدي؛- النظام وجدول المستخدمين؛ - إنشاء، إلغاء وتعديل الحقوق والرسوم؛- التمليك، الاقتناء أو تبادل العقارات؛- قبول الهبات والوصايا الممنوحة للبلدية والمؤسسات العمومية والمصالح البلدية؛- منح امتياز المصالح العمومية؛ - توزيع السكنات الاجتماعية؛ - توزيع قطع الأراضي المخصصة للبناء." مشار إليها: الأستاذ نصر الدين بن طيفور، نفس المرجع، ص 17.

²- أنظر الجريدة الرسمية رقم 37 مؤرخة في 3 يوليو 2011.

³- أنظر على سبيل المثال المرسوم التنفيذي 07-149 المؤرخ في 20 مايو 2007 الذي يحدد كفاءات منح امتياز استعمال المياه القذرة المصفاة لأغراض السقي وكذا دفتر الشروط النموذجي المتعلق بها لا سيما المواد 4 و 5 منه، ج. ر. ر. 35 مؤرخة في 23 مايو 2007.

⁴- فقد أشارت المادة 10 من المرسوم التنفيذي 94-215 في فقرتها الثانية إلى عقد الامتياز بذكرها المناقصات والصفقات العمومية والمحاضر والإجراءات، ج. ر. ر. 48 مؤرخة في 27 يوليو 1994.

⁵- مسعود شهبوب، اللامركزية الإقليمية بالجزائر، مرجع سابق، ص 223. أنظر أيضا:

- الأستاذ الدكتور عمر فرحاتي، مكانة المجالس الشعبية البلدية في الجزائر، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق جامعة بسكرة، العدد السادس، ص 12.

⁶- بن مبارك راضية، مرجع سابق، ص 14.

⁷- أنظر الصفحة السادسة (06) في التعليمات الوزارية 842/3.94.

وبالتالي فالنتيجة المتوصل إليها أن المشرع الجزائري مازال يكرس لنفس التوجه حتى في ظل قانون 10-11 المتعلق بالبلدية فيما يتعلق بإبرام عقود الامتياز البلدية حتى وإن اختلف أسلوبه من التصريح إلى التضمين بالمقارنة مع قانون 08-90 المتعلق بالبلدية⁽¹⁾ حيث جعل المصادقة من أهم الكيفيات التي من خلالها يمكن التدخل في الشؤون ذات الطابع المحلي عموما وإبرام عقود الامتياز البلدية مع الغير خصوصا، فالبلديات الجزائرية لا تزال مجبرة على أخذ الإذن من الوالي حتى ينعقد عقد الامتياز، فأصبحت سلطة المصادقة إذن عبارة عن حق "فيتو" يعكس تلك الرقابة المسبقة والمشددة لجهة الوصاية على أعمال المجالس البلدية مما يجعل من هذه الأخيرة صورة من صور عدم التركيز الإداري لا جهة إدارية محلية تتمتع بالاستقلالية، هذا ما جعل الحركة التنموية فيها تراوح مكانها على عكس البلديات في باقي الدول والنظم المقارنة⁽²⁾. كما هو الحال في فرنسا.

المطلب الثالث : على مستوى تطبيق النصوص المنظمة لرقابة الوالي على عقد الامتياز البلدي.

إن عيوب رقابة الوالي على عقد الامتياز البلدي لم تتعلق فقط بالنصوص القانونية المنظمة لها والتي كانت ركيزة لهيمنة جهة الوصاية على هذه المجالس بل تعلقت أيضا بالجانب التطبيقي لهذه النصوص، حيث أن كل الصلاحيات الموكلة للوالي باعتباره جهة وصاية قد استعملت بطرق مجانبة لما نص عليه القانون، فحسب رأي السيد "عبد الرحمان بلعياط" وأنا أؤيده فيما ذهب إليه بأن هناك إجحافا وتعديا على صلاحيات المجلس البلدي من طرف جهة الوصاية سواء أكانت أصيلة متمثلة في الوالي أو موكلة ممثلة في رئيس الدائرة، أو في المصالح الأخرى التي تتبع الوصاية (المصالح الخارجية للوزارات).

وبالتالي لابد من معالجة هذا الانزلاق والانحراف، أو هذا التسبب والإفراط في السلطة⁽³⁾ لأن الرقابة الوصائية للوالي خاصة في مجال إبرام عقود الامتياز البلدية أصبحت في واقع الأمر ومن حيث تطبيقها وكأنها مظهر

¹ - قارن بين المادة 138 من قانون البلدية 08-90، والمادة 155 من قانون البلدية 10-11 اللذان أشارا إلى الامتياز.

² - بن ناصر بوطيب، مرجع سابق، ص 72. أنظر أيضا:

- بن مبارك راضية، نفس المرجع، ص 28.

- Kanoun / Taleb Nacira, la dualité au sein de la wilaya : réalité ou fiction, revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, faculté de droit, université d'Alger, Nouvelle série N° 04, 2010, p 66-67.

³ - عبد الرحمان بلعياط (نائب رئيس مجلس الأمة)، نظرة حول حقيقة كرونولوجيا نظام الإدارة المحلية، مداخلة بمناسبة الندوة الفكرية حول مدى تكيف نظام الإدارة المحلية الجزائرية مع الحقائق الوطنية الجديدة (مجلس الأمة: الخميس 17 أكتوبر 2002)، مجلة الفكر البرلماني، العدد الأول، ديسمبر 2002، ص 81.

projet de code de la wilaya, Revue Algérienne des sciences juridiques -- Rachid Khelloufi, Réflexions sur la décentralisation à travers l'avant économiques et politiques, faculté de droit université d'Alger, Volume 42 N° 01/2005, p 79.

من مظاهر السلطة الرئاسية نظرا لتدخل الوالي في كل المجالات العائدة للمجالس البلدية بما فيها إبرام عقود الامتياز مع الغير فهو يسير أكثر مما يراقب.

كما تخضع المجالس البلدية لإشراف تقني من جهة الوصاية (المصالح الخارجية للوزارات) يفتح المجال لرقابة الملاءمة ويلغي كل روح مبادرة للبلدية. إذن فقبل إبرام عقود الامتياز على المجالس البلدية أن تحترم كل التعليمات التي تتلقاها من الوالي مباشرة أو من وزير الداخلية بطريقة غير مباشرة، كما أنها مجبرة على طلب الاستشارة والحصول على الرأي التقني من المصالح التابعة للدولة⁽¹⁾. كل ذلك أدى إلى سلب المجالس البلدية استقلالها ومنعها من المبادرة والتفاعل مع وسطها ومواطنيها⁽²⁾.

والغريب في الأمر أن أعضاء المجالس البلدية بما فيهم الرئيس لم يجرؤوا ساكنا أمام هذه الرقابة الوصائية الخانقة بل على العكس فهم يستحسنون هذه الرقابة المفروضة عليهم من جهة الوصاية وكأنها رعاية، إذ يفضل هؤلاء الانتظار للحصول على موافقة صريحة من جهة الوصاية (الوالي أو من يمثله) تكون كضمان لصحة عقد الامتياز الذي أبرمه المجلس البلدي مع الغير، وكأنه يفترض عدم شرعية هذا العقد إلى حين إثبات العكس بمصادقة جهة الوصاية⁽³⁾.

إن أشكال الرقابة التي تخضع لها المجالس البلدية في الجزائر عند إبرامها لعقود الامتياز مع الغير هو ما جعل استقلاليتها مصابة بالتشويش والتشوه، وهو ما يعبر عن العلاقة العمودية بين السلطة المركزية والمجالس البلدية والتي جعلت من هذه السلطة وصية وليست مجرد مطلعة على أعمال هذه المجالس⁽⁴⁾ خاصة في مجال إبرام عقود الامتياز مما يدعوا إلى التساؤل عن انتهاء المرحلة الانتقالية التي استندت عليها السلطة المركزية غداة الاستقلال لفرض رقابة وصائية مشددة على البلديات آنذاك أو بالأحرى حتى تقرر جهة الوصاية بلوغ المجالس البلدية مرحلة الرشد؟

¹ - بوشامي نجلاء، مرجع سابق، ص 215. أنظر أيضا:- الأستاذ أعراج سليمان، الديمقراطية التشاركية من أجل تفعيل دور الجماعات المحلية في التنمية، مجلة الفكر البرلماني، العدد 29 أبريل 2012، ص 110.

² - مصطفى دريوش، الجماعات المحلية بين القانون والممارسة، مجلة النائب، منشورات المجلس الشعبي الوطني، العدد الأول 2003، ص 49. أنظر أيضا:- الدكتور حسين عبد العال محمد، مرجع سابق، ص 148.

- Saïd Benaïssa, L'aide de l'état aux collectivités locales, thèse de doctorat Tome 2, institut de droit des sciences politiques et administratives, université d'Alger, p 267-268.

³ - بوشامي نجلاء، مرجع سابق، ص 218. أنظر أيضا:- بن ناصر بوطيب، مرجع سابق، ص 70.

⁴ - الأستاذ أعراج سليمان، الديمقراطية التشاركية من أجل تفعيل دور الجماعات المحلية في التنمية، مجلة الفكر البرلماني، العدد التاسع والعشرون، منشورات مجلس الأمة، أبريل 2012، ص 111. أنظر أيضا:

- Nachida Bouzidi, La problématique du développement en Algérie : Le rapport Etat-Collectivités locales, revue de L' E.N.A, N°26/2003, p 112-113.

إذا كانت حجة السلطة المركزية لتبني الرقابة الوصائية المشددة منهجا هو توجيه البلديات حديثة العهد غداة الاستقلال، وحثتها للاستمرار فيها هو سوء التسيير للمرافق العامة المحلية الذي تشهده أغلب بلديات الوطن، فكان الأحرى بهذه السلطة المركزية الرجوع إلى العوامل التي أدت إلى سوء التسيير من طرف هذه البلديات، وأن تكون لها الإرادة في معالجتها، حيث نذكر من هذه العوامل: "النمط المتبع في انتخاب أعضاء المجالس البلدية، ضعف تكوين المنتخبين وجهلهم بالإجراءات القانونية، ضعف التأطير وغيرها" ولا يكون الحل بالتوجه نحو توسيع الرقابة الوصائية على المجالس البلدية خاصة في مجال إبرام عقود الامتياز مع الغير، وبقاء النظرة التي أدت إلى تمادي السلطة المركزية في ممارسة الرقابة الوصائية والخروج عن الحدود التي رسمها المشرع⁽¹⁾.

إلا أنه رغم الرقابة الممارسة من طرف السلطة المركزية عن طريق ممثلها على المستوى المحلي (أي الوالي) على المجالس البلدية في مجال إبرام عقود الامتياز فإن ما تطالعنا به الصحف كل يوم من أخبار عن الفضائح المالية من اختلاسات وصفقات مشبوهة وغيرها من الأفعال ذات الطابع الجزائي يؤكد عدم فاعلية هذه الرقابة الوصائية رغم شدتها وتنوعها⁽²⁾.

خاتمة :

إذا كانت مزايا رقابة الوالي على عقد الامتياز البلدي تتجلى من الناحية السياسية بالحفاظ على الوحدة السياسية للدولة، من الناحية الإدارية من خلال ضمان خاصة شرعية ما تبرمه المجالس البلدية من عقود امتياز، و من الناحية المالية عن طريق ضمان فعالية المجالس البلدية عند القيام بدورها التام عند إبرام عقود الامتياز مع الغير وعدم تبديد الأموال العمومية على مشروعات عديمة الجدوى اقتصاديا.

فإن عيوب رقابة الوالي على عقد الامتياز البلدي فقد ظهرت خاصة من خلال نظرة السلطة المركزية إلى عقد الامتياز البلدي وتحديد طبيعته حيث أن هذا العقد يغلب عليه الجانب التنظيمي أكثر من الجانب الإنفاقي مما يطرح التساؤل حول طبيعته كعقد، كما أن السلطة المركزية مترددة من حيث الوثوق في مشاركة القطاع الخاص لتسيير المرافق العامة المحلية ضمن هذا العقد ظهر في النصوص القانونية المنظمة لرقابة الوالي على عقد الامتياز البلدي.

وما زاد الوضع تعقيدا وسلبية انعكست على استقلالية المجالس البلدية خاصة عند إبرامها لعقود الامتياز هو ممارسة الرقابة من طرف جهة الوصاية (الوالي أو من يمثله) أي على مستوى تطبيق النصوص المنظمة

¹ - بوشامي نجلاء، مرجع سابق، ص 214. أنظر أيضا :

- مسعود شهبوب، اللامركزية الإقليمية بالجزائر، مرجع سابق، ص 87-88.

² - غزير محمد الطاهر، مرجع سابق، ص 85.

لرقابة الوالي على عقد الامتياز البلدي، حيث مورست هذه الرقابة الوصائية بطرق مجانية لما نص عليه القانون الذي كرس أصلاً لهيمنة السلطة المركزية على حساب استقلالية المجالس البلدية.

قائمة المصادر و المراجع :

أولاً: قائمة المصادر:

أ- الأوامر و القوانين :

- 1- الأمر رقم 67-24 المؤرخ في 18 يناير 1967 المتضمن قانون البلدي، ج.ر.ر 06 مؤرخة في 18 يناير 1967.
- 2- الأمر رقم 67-130 المؤرخ في 22 يوليو 1967 المتضمن تنظيم النقل البري، ج.ر.ر 63 مؤرخة في 04 أوت 1967.
- 3- القانون رقم 83-17 المؤرخ في 16 يوليو 1983 المتضمن قانون المياه، ج.ر.ر 30 مؤرخة في 19 يوليو 1983.
- 4- القانون رقم 90-08 المؤرخ في 07 أبريل 1990 المتضمن قانون البلدية، ج.ر.ر 15 مؤرخة في 11 أبريل 1990.
- 5- القانون رقم 11-10 المؤرخ في 22 يونيو 2011 المتضمن قانون البلدية، ج.ر.ر 37 مؤرخة في 03 يوليو 2011.

ب- النصوص التنظيمية :

- 1- المرسوم رقم 67-53 المؤرخ في 17 مارس 1967 يتعلق بالامتياز الممنوح للبلديات لاستغلال المحلات التجارية للعرض السينمائي، ج.ر.ر 26 مؤرخة في 28 مارس 1967.
- 2- المرسوم رقم 68-16 المؤرخ في 23 يناير 1968 يتضمن منح الدولة للبلديات بطريق الامتياز حق استغلال بعض المنشآت الرياضية الواقعة في مناطقها، ج.ر.ر 08 مؤرخة في 26 يناير 1968.
- 3- المرسوم التنفيذي رقم 94-215 المؤرخ في 23 يوليو 1994 يجدد أجهزة الإدارة العامة في الولاية و هياكلها، ج.ر.ر 45 مؤرخة في 27 يوليو 1994.

- 4- المرسوم التنفيذي رقم 07-149 المؤرخ في 20 مايو 2007 يحدد كفاءات منح امتياز استعمال المياه القذرة المصفاة لأغراض السقي و كذا دفتر الشروط النموذجي المتعلق بها، ج.ر.ر 35 مؤرخة في 23 مايو 2007.
- 5- المرسوم التنفيذي رقم 08-54 المؤرخ في 9 فبراير 2008 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للتزويد بماء الشرب، ج.ر.ر 08 مؤرخة في 13 فبراير 2008.
- 6- التعليمات الوزارية 842/3.94 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية و تأجيرها الصادرة عن وزارة الداخلية و الجماعات المحلية، مؤرخة في 07 سبتمبر 1994 (غير منشورة).

ثانيا : قائمة المراجع باللغة العربية :

أ- الكتب :

- 1- الأستاذ الدكتور عمار بوضياف ، الوجيز في القانون الإداري ، دار جسور للنشر و التوزيع، الطبعة الثانية 2007.
- 2- الأستاذ عبد القادر خليل، البلدية في مواجهة تحدي التسيير و الهندسة الإقليمية، دار القصبه للنشر، دون طبعة.
- 3- الدكتور محمد علي الخلايلة، الإدارة المحلية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، طبعة 2009.
- 4- الدكتور ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، دار المجدد للنشر و التوزيع، الطبعة الرابعة.

ب- المقالات :

- 1- الأستاذ أعراج سليمان، الديمقراطية التشاركية من أجل تفعيل دور الجماعات المحلية في التنمية، مجلة الفكر البرلماني، العدد التاسع و العشرون، منشورات مجلس الأمة، أبريل 2012.
- 2- الدكتور بن علية حميد، إدارة المرافق العامة عن طريق الامتياز (دراسة التجربة الجزائرية)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، عدد 2009/03.
- 3- الأستاذ الدكتور عمار بوضياف، دور عقد الامتياز في تطوير العلاقة بين الإدارة المحلية و القطاع الخاص، مجلة الفكر البرلماني العدد 25، منشورات مجلس الأمة، أبريل 2010.
- 4- الأستاذ الدكتور عمار عوابدي، عملية الرقابة البرلمانية و دورها في الدفاع على حقوق المواطن، الفكر البرلماني، العدد الأول، منشورات مجلس الأمة، ديسمبر 2002.

5- الأستاذ الدكتور عمر فرحاتي، مكانة المجالس الشعبية البلدية في الجزائر، مجلة الإجتهد القضائي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بسكرة، العدد السادس.

6- الدكتور مسعود شيهوب، إختصاصات الهيئات التنفيذية للجماعات المحلية، مجلة الفكر البرلماني العدد الثاني، منشورات مجلس الأمة، مارس 2003.

7- مصطفى دريوش، الجماعات المحلية بين القانون و الممارسة، مجلة النائب، منشورات المجلس الشعبي الوطني، العدد الأول 2003.

8- الأستاذ نصر الدين بن طيفور، أي استقلالية للجماعات المحلية الجزائرية في ظل مشروع جوان 1999 لقانوني البلدية و الولاية، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، 2001، العدد 22.

ج- المداخلات :

1- مداخلة السيد عبد الرحمن بلعياط (نائب رئيس مجلس الأمة) بعنوان: " نظرة حول حقيقة كرونولوجيا نظام الإدارة المحلية" بمناسبة الندوة الفكرية حول "مدى تكيف نظام الإدارة المحلية الجزائرية مع الحقائق الوطنية الجديدة" (مجلس الأمة، الخميس 17 أكتوبر 2002)، مجلة الفكر البرلماني، العدد الأول، ديسمبر 2002.

2- مداخلة السيد دحو ولد قابلية (الوزير المنتدب لدى وزير الداخلية و الجماعات المحلية مكلف بالجماعات المحلية) بعنوان: "الأسس السياسية لمشروع القانون الجديد للإدارة المحلية" بمناسبة الندوة الفكرية حول "مدى تكيف نظام الإدارة المحلية الجزائرية مع الحقائق الوطنية الجديدة" (مجلس الأمة، الخميس 17 أكتوبر 2002)، مجلة الفكر البرلماني، العدد الأول، ديسمبر 2002.

د- الرسائل و المذكرات الجامعية :

1- بن عليّة حميد، مفهوم العمل الإداري المركب في القانون الإداري الجزائري (تحول النشاط الإداري في الجزائر)، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2006.

2- حسين عبد العال محمد، الرقابة الإدارية على الجهاز الإداري للدولة، مجموعة رسائل الدكتوراه، دون سنة.

3- مزياني فريدة، المجالس الشعبية المحلية في ظل نظام التعددية السياسية في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، السنة الجامعية 2005.

- 4- مسعود شيهوب، اللامركزية الاقليمية بلجزائر (المبدأ و التطبيق)، رسالة ماجستير في القانون العام، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة قسنطينة، السنة الجامعية 1983.
- 5- إبراهيم رابعي، استقلالية الجماعات المحلية (الضمانات و الحدود)، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عنابة، السنة الجامعية 2005.
- 6- بوشامي نجلاء، المجلس الشعبي البلدي في ظل قانون البلدية 08/90: أداة للديمقراطية (المبدأ و التطبيق)، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قسنطينة، السنة الجامعية 2007/2006.
- 7- بن مبارك راضية، التعليق على التعليم رقم 842/3.94 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية و تأجيرها، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2002/2001.
- 8- بودياب بدره هاجر، عقد امتياز المرافق العامة و تطبيقاته في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أم البواقي، السنة الجامعية 2010/2009.
- 9- بن ناصر بوطيب، الرقابة الوصائية و أثرها على المجالس الشعبية البلدية في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة ورقلة، السنة الجامعية 2011/2010.
- 10- ذيب أمينة، النظام القانوني لعقد الامتياز (التزام المرافق العامة)، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عنابة، السنة الجامعية 2012/2011.
- 11- حسين عبد القادر، الحكم الراشد في الجزائر و إشكالية التنمية المحلية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2012/2011.
- 12- غزير محمد الطاهر، آليات تفعيل دور البلدية في إدارة التنمية المحلية بلجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة ورقلة، السنة الجامعية 2010/2009.
- 13- كواشي عتيقة، اللامركزية الإدارية في الدول المغاربية (دراسة تحليلية مقارنة)، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة ورقلة، السنة الجامعية 2011/2010.

A-Les articles :

- 1- Nachida Bouzidi, la problématique du développement en Algérie : le rapport état-collectivités locales, revue de l'Ecole Nationale d'Administration, N° 26, 2003.
- 2- Rachid Khelloufi, réflexions sur la décentralisation à travers l'avant- projet de code de la wilaya, revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, faculté de droit, université d'Alger, volume 42 N° 01, 2005.
- 3- Kanoun/ Taleb Nacira, la dualité au sein de la wilaya : réalité ou fiction, revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, faculté de droit, université d'Alger, Nouvelle série N° 04, 2010.

B-La thèse:

- Saïd Benaïssa, l'aide de l'état aux collectivités locales, thèse doctorat, Tome 2, institut de droit, des sciences politiques et administratives, université d'Alger, sans année.

نظور حقوق الجيل الثالث في تونس : الحقوق البيئية نموذجا



ليلي اليعقوبي ، مساعد تعليم عالي ، تونس

Email : sellamileyla@yahoo.fr

تنتمي الحقوق البيئية للجيل الثالث لحقوق الإنسان وهي الحقوق القائمة على فكرة التضامن بين مختلف الدول لتكريسها وضمان احترامها، كالحق في البيئة السليمة، والحق في الماء والحق في التنمية المستدامة وغيرها من الحقوق الأخرى. وهي حقوق حديثة نوعا ما حيث أنّ وجودها كان ضمنا في النصوص وتحقيقها يتم بصورة غير مباشرة من خلال تحقيق حريات وحقوق أخرى تندرج ضمنها، فالحق في بيئة سليمة كان يُستدلّ عليه من مجرد الإقرار بالحق في الحياة الذي كرّسه المادة 3 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أو الحق في الحصول على ظروف عيش ملائمة للإنسان وتحسن "البيئة الصحية والصناعية" له¹.

ودخلت الحقوق البيئية مرحلة أخرى مرّت فيها من كونها كماليات إلى أساسيات للإنسان منذ انعقاد مؤتمر ستوكهولم للبيئة سنة 1972 والذي تضمّن حقّ الإنسان في "بيئة ذات نوعية تتيح العيش في حياة كريمة مرفهة" مانحا بذلك هذا النوع من الحقوق بُعدا جديدا من حيث ترسيخه في الوعي الفردي والجماعي على مستوى وطني ودولي. وكان هذا المؤتمر ضربة البداية لسباق نحو تكريس الحقوق البيئية على مستوى النصوص والآليات التي ترجمتها على أرض الواقع في إطار قانون دولي للبيئة جعل من الإنسان "مواطننا عالميا" لا ينحصر حقه في العيش في بيئة نظيفة وسليمة على رقعة جغرافية بعينها ، ويعطيه امتدادا في الزمان من حيث الحفاظ على حقوق الأجيال القادمة في الثروات الطبيعية والموارد القابلة للنضوب أو الأجناس المهددة بالانقراض.

وقد وجد هذا القانون أهم مبادئه المتمثلة في الحق في البيئة السليمة والحق في التنمية المستدامة في إعلان ريو دي جينيرو الصادر سنة 1992 وإعلان جوهانسبورغ الصادر سنة 2002، ثم تمت ترجمته على صعيد وطني لأغلب الدول بدسترة عديد الحقوق البيئية على غرار الدستور الإسباني الصادر سنة 1978 والدستور البرازيلي الصادر سنة 1988 والدستور الأرجنتيني الصادر سنة 1994 والدستور المغربي لسنة 2011 ، كما تمّ تنقيح وتعديل

¹ المادتين 11 و 12 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

بعض الدساتير الأخرى في اتجاه تبني الحقوق البيئية وإكسابها قيمة دستورية كتعديل القانون الأساسي الألماني سنة 1994 وإدراج "ميثاق البيئة" في الدستور الفرنسي سنة 2005.

وانخرطت تونس في هذا التوجّه من خلال المشاركة في المؤتمرات البيئية منذ سنة 1992 والمصادقة على أغلب المعاهدات الدولية المتعلقة بحماية البيئة، كما تمّ تكريس أغلب هذه الحقوق في العديد من النصوص القانونية¹ كمجلة التهيئة الترابية والتعمير الصادرة سنة 1994 أو قانون البلديات الذي وقع تعديله في سنة 2006 في اتجاه تكريس الحق في البيئة السليمة والنظام العام البيئي والجمالي واعتبارها من عناصر وظيفة الضبط العام المحلي التي يتمتع بها رئيس الجماعة المحلية، وغيرها من النصوص.

غير أن مسألة حماية البيئة لم تكن ضمن أولويات المؤسس الدستوري عند وضعه لدستور الجمهورية الأولى في غرة جوان 1959 ، رغم تضمّن توطئته لإشارات متباعدة للحقوق الإنسانية العالمية مثل "التمسك بالقيم الإنسانية المشاعة بين الشعوب التي تدين بكرامة الإنسان" وكذلك "حقّ المواطنين في الصحة" بما فيه من اعتراف ضمنيّ وإشارة غير مباشرة للحقّ في البيئة السليمة والذي نستشفّه من العلاقة بين الحقّ في الصحة وسلامة البيئة والمحيط. ثمّ تطوّر التبنّي الدستوري للحقوق البيئية مع تعديل الدستور في 2002 بالانخراط في عوامة حقوق الإنسان إجمالاً والحقّ في البيئة تحديداً.

ووضع دستور الجمهورية الثانية الصادر في 27 جانفي 2014 حدّاً لتلمّس المنظومة القانونية طريقها نحو بناء متين للحقوق البيئية بأن كرّسها صراحة صلب عديد الفصول² وفي التوطئة، مدعماً بذلك تطوّر حقوق الجيل الثالث دون أن يتغافل عن توفير الضمانات التي تكفل ممارستها وعدم الإخلال بها . وذلك ما سنفصله في المبحثين التاليين :

المبحث الأول : مظاهر تدعيم الحقوق البيئية :

تضمّنت أحكام الدستور التونسي تكريسا واضحا للحقوق البيئية من خلال تعميمها وإعطائها طابعا شموليا من حيث الفحوى والمضمون(1) دون الإقتصار في ذلك على الأجيال الحاضرة بل مدّها في الزمان لتشمل الأجيال القادمة (2) .

1 توسيع الحقوق البيئية من حيث النطاق :

وقع تضمين البعد البيئي في دستور 2014 منذ التوطئة حيث أكدت على "ضرورة المساهمة في سلامة المناخ والحفاظ على البيئة سليمة بما يضمن إستدامة مواردنا الطبيعية وإستمرارية الحياة الآمنة للأجيال القادمة"، وتواصل الاعتراف بالحقوق البيئية ضمن مجموعة من الفصول والملاحظ أن واضعي دستور الجمهورية الثانية حاولوا استيعاب أهم حقوق الجيل الثالث المعترف بها عالميا فجاءت الحقوق البيئية المكرسة بالدستور الجديد متنوعة المضمون ومتعددة

¹ يعدّ القانون المؤرّخ في 2 أوت 1988 أول نصّ قانوني كرّس الحماية الشاملة للبيئة والآليات الكفيلة بحماية الحقوق البيئية، ثم تلتها نصوص أخرى تدعم حق الإنسان في بيئة سليمة كالأمر الصادر في 1993 والمتعلق بإحداث اللجنة الوطنية للتنمية المستدامة والقانون المتعلّق بنوعية الهواء الصادر سنة 2007 وكذلك قانون 2009 المتعلق بالمحميات البحرية ونصوص أخرى.

² ينصّ الفصل 12 من الدستور على أنّ الدولة تسعى إلى "تحقيق العدالة الإجتماعية، والتنمية المستدامة، والتوازن بين الجهات، إستنادا إلى مؤشرات التنمية وإعتمادا على مبدأ التمييز الإيجابي. كما تعمل على الإستغلال الرشيد للثروات".

الأبعاد إذ تمّ التأكيد على العلاقة الوطيدة بين الحق في الحياة¹ والحق في البيئة السليمة والتنمية المستدامة التي تتحقق بإقرار سيادة الشعب على ثرواته الطبيعية²، كما وقع تكريس بعض الحقوق المتفرعة عنها كالحق في الصحة والحق في الماء³، إضافة لحق الأجيال القادمة في الحفاظ على الموروث الثقافي⁴.

والملاحظ أن أحكام الدستور المتعلقة بالحقوق البيئية قد وسّعت في نطاقها على الصعيد الشخصي من خلال البعد الشمولي والكوني لها حيث ينتفع بها الإنسان عامة بوصفه كائن مُكرّم بغضّ النظر عن عرقه أو جنسه أو دينه أو لغته، وهو ما يتضح خاصة في الحق في الصحة⁵، أمّا فيما يتعلق بالحق في بيئة متوازنة وسليمة فلم يقع التّنصيب على المنتفعين به⁶ مما يعني شموليتها في إطار التمشي العام للدستور، وإقتصر الحق في الماء على المواطن لكونه مرفق عام توفّره الدولة عن طريق مؤسسات عمومية بمقابل ولأنّه ثروة وطنية ترتبط بإقليم الدولة وبسيادة الشعب على ثرواته الطبيعية. وتجدر الإشارة إلى أنّ تشريعات أخرى مقارنة أعطت للحقوق البيئية قيمة دستورية فعلية من خلال تعميمها على الناس دون اشتراط رابطة المواطنة، كما هو الحال في فرنسا حيث تمّ التّنصيب على الحق في العيش في بيئة سليمة لكل شخص صلب الميثاق البيئي المضمّن بالدستور، والتوجه ذاته نجده في دستور البرازيل (الفصل 225) والبرتغال (الفصل 66) بينما أسند الدستور الإسباني الحق في التمتع ببيئة مناسبة " لكل إنسان ".

وقد تناول دستور 2014 الحقوق البيئية في أبعادها الاقتصادية والاجتماعية والثقافية فربطها اجتماعيا بتحقيق العدالة والتوازن بين الجهات، واقتصاديا بترشيد استغلال الثروات وثقافيا بحماية الموروث الثقافي للأجيال القادمة .

2) إمتداد الحقوق البيئية في الزمان :

أصبحت الحقوق البيئية حلقة وصل بين الأجيال الحاضرة والقادمة في إطار التنمية المستدامة التي ترمي لضمان تمتع الأجيال الحاضرة بالثروات دون الإضرار بحق الأجيال القادمة فيها، على معنى تقرير "Brundtland" لسنة 1987، وبدأ التّنصيب في الدستور على حقّ الأجيال القادمة في بيئة سليمة منذ التوطئة⁷ التي تضمّنت ضرورة "الحفاظ على البيئة سليمة بما يضمن استدامة مواردنا الطبيعية واستمرارية الحياة الآمنة للأجيال القادمة" وتدعمت الدّسترة في الفصل 12 الذي جعل من واجبات الدولة السّعي " إلى تحقيق العدالة الاجتماعية والتنمية المستدامة..."، ولا يبدو أنّ الإطار القانوني الحالي يوفر ضمانات كافية للأجيال القادمة للتمتع بالثروات الحالية خاصة الطاقات غير المتجدّدة، وتجدر الدولة نفسها في إطار التنمية المستدامة ملزمة بالتوفيق بين ثلاثي متنافر العناصر في غالب الأحيان، فالتنمية الإقتصادية ليست سهلة التحقيق دون الإضرار بجانب من البيئة رغم محاولة تكريس "الإقتصاد الأخضر"، كما أنّ التّنقيص منها يمسّ من التنمية الإجتماعية خاصة فيما يتعلق بالتشغيل، لذا تواجه الدّول صعوبات في ضمان الحقوق البيئية بالتوازي مع التنمية في مفهومها المباشر.

¹ " الحق في الحياة مقدّس" كما ورد بالفصل 22 من الدستور وهو يرتبط وثيق الارتباط بسلامة البيئة ونظافة المحيط والحصول على قدر كاف من الثروات والموارد الطبيعية.

² نصّ الفصل 13 من الدّستور على أنّ: "الثروات الطبيعية ملك للشّعب التونسي، تُمارس الدّولة السيادة عليها بإسمه".

³ ورد بالفصل 44 من الدّستور أنّ "الحق في الماء مضمون. المحافظة على الماء وترشيد إستغلاله واجب على الدّولة والمجتمع".

⁴ جاء بالفصل 42 من الدّستور أنّ الدولة " تحمي (..) الموروث الثقافي وتضمن حق الأجيال القادمة فيه".

⁵ ينص الفصل 38 من الدستور على أنّ "الصحة حق لكل إنسان" ووسّع من مفهومه من خلال عدم اشتراط توفّر صفة المواطن للتمتع به.

⁶ وذلك على خلاف ما ورد في مسودة مشروع الدستور الصادرة في 14 ديسمبر 2012 حيث أقر الفصل 33 منها الحق لكل شخص في بيئة سليمة ومتوازنة.

⁷ تُعتبر "توطئة هذا الدّستور جزء لا يتجزأ منه" على معنى الفصل 145 .

وهذا الوضع دفع بالعمل على سنّ مجلّة للبيئة لتوفّر إطارا قانونيا كفيلا بحماية حق الإنسان في بيئة سليمة، وقد إنطلقت الأشغال في هذا الخصوص منذ 2010 للتنقيص أساسا على حقوق الأجيال القادمة وحماية الثروات الطبيعية ببلادنا من خلال التركيز على مبدأ الحيطة والوقاية والقضاء البيئي.

وتجدر الإشارة إلى أنّ ضمان تمتع الأجيال القادمة بالحقوق البيئية مبنيّ على التزامات أدبية من الأفراد بالوعي بأهميتها وإستدامتها والتحسيس بأن العولة والشمولية لا تقتصر على الحقوق والحريات بل تشمل أيضا الواجبات والإلتزامات، خاصة مع تنامي دور المجتمع المدني في مجال الحقوق.

المبحث الثاني : ضمانات الحقوق البيئية :

لا تكمن أهمية الحق في ماهيته في حدّ ذاته ولا في تكريسه على مستوى النص بل خاصة في الضمانات التي تتوفر لممارسته وإحترامه من قبل الغير سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو معنويين، ولا تُعدّ الحقوق البيئية إستثناء من هذا المبدأ حيث أن دسترتها ليست كافية لذا تمّ تعزيزها بوسائل وآليات تكفل إحترامها سواء يجعلها هدف لتدخل السلط العمومية لحمايتها في إطار النظام العام البيئي، أو بإقرار نظام زجري في الغرض.

1) وحدة الإطار: النظام العام البيئي :

ينصّ الفصل 45 من الدّستور التونسي على أنّ الدّولة " تضمن (..) الحقّ في بيئة سليمة ومتوازنة والمساهمة في سلامة المناخ. وعلى الدّولة توفير الوسائل الكفيلة بالقضاء على التلوّث البيئي"، ممّا يجعل الحقوق البيئية ضرورة للإنسان تستوجب تكريسها وضمّانها من الدّولة في إطار نظام عام بيئي يرمي لتحقيق الصالح العام في هذا المجال من خلال تحميل الدّولة واجب ترشيد إستغلال الثروات الطبيعية وذلك بفرض آليات رقابة مسبقة على الإستثمار في مجال الطاقة والثروات الطبيعية. وفي هذا الإطار إقتضى الدّستور في فصله الثالث عشر أن " تُعرض عقود الإستثمار المتعلقة بها (الثروات الطبيعية) على اللّجنة المختصة بمجلس نواب الشعب. وتُعرض الإتفاقيات التي تُبرم في شأنها على المجلس للموافقة"، وذلك من منطلق أنّ هذه الثروات ملك للشعب التونسي. لكن هذه الأحكام الدستورية رغم أهميتها لا تُخفي صعوبة تحقيق محتواها على المستوى الفعلي والتطبيقي فالواجب المحمول على الدولة من حيث ضمان "الحقّ في بيئة سليمة ومتوازنة والمساهمة في سلامة المناخ" نسبي التحقيق لعدّة أسباب منها تواضع الإمكانيات المتاحة للجماعات المحلية فيما يتعلق بالنّظافة ورفع الفضلات، إرتباطه بالمنظومة الإقتصادية والمناخية الدّولية فثقب طبقة الأوزون وما له من تأثير على المناخ يتجاوز حدود الدولة الواحدة كما أنّ الدّول المتقدّمة والمصنّعة بنت إقتصادها على حساب البيئة والمحيط في البلدان الأخرى التي تلوّثت مياهها وتربتها عن طريق كطمر النفايات السامة في أراضيها، وهو ما حدا بالدول الغنية لعولة الحقوق البيئية والتضامن مع الدول الفقيرة للحدّ من الأضرار البيئية الحاصلة بها.

ومن جهة أخرى أوّلت الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين عبارة «تسعى الدولة» بأنّها التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية ممّا يُصعب على الدّولة قيامها بهذا الواجب، ولهذا السّبب تمّ توسيع قائمة الملزمين بحماية البيئة وما فيها من ثروات لتشمل المجتمع حيث أنّ "المحافظة على الماء وترشيد إستغلاله واجب على الدّولة والمجتمع" (الفصل 44) مما يعني تبني المقاربة التشاركية في مجال البيئة بين مختلف الفاعلين خاصة على المستوى

الخلي¹. ويمكن القول بناء على ما تقدم أن نية المؤسس الدستوري وروح الأحكام التي تمت صياغتها² تفوق ما يمكن تنفيذه، وهو ما يتضح من مقارنة هذه الأحكام بما ورد في دساتير بلدان مقارنة كفرنسا التي كرس ميثاق البيئة فيها جملة من الأسس الموضوعية والعملية المرتبطة بالحقوق البيئية على غرار التربية البيئية والتحسيس بأهمية المحيط والتي نص عليها الفصل الثامن من الميثاق مبدأ التوقي ومبدأ الحيطة الذي يكتسي طابعا إستباقيا وقائيا بأن أوجب الامتناع عن القيام بفعل أو نشاط ما أو تقييده إلى حين التأكد من عدم إضراره بالبيئة، ومبدأ "من يلوث يدفع" (pollueur/payeur)³ والذي تم تكريسه بالمادة 16 من إتفاقية ريو دي جينيرو.

(2) تعدد الضمانات :

إحتوى دستور 2014 على جملة من الضمانات لإحترام مقتضيات النظام العام البيئي سواء بصفة مسبقة لممارسة الحقوق البيئية أو بالتوازي أو بصورة لاحقة. فالضمانات المسبقة تبتدئ بإدراج حق العيش في بيئة سليمة ومحيط نظيف صلب الدستور وهو تطور في القيمة القانونية للحق، بالإضافة إلى التنصيص على إحداث "هيئة حقوق الإنسان" التي تُراقب "إحترام الحريات وحقوق الإنسان وتعمل على تعزيزها وتقترح ما تراه لتطوير منظومة حقوق الإنسان وتُستشار وجوبا في مشاريع القوانين المتصلة بمجال اختصاصها" (الفصل 128)، ويُضاف للجانب المؤسساتي التنصيص على إحداث "هيئة التنمية المستدامة وحماية حقوق الأجيال القادمة" التي تُستشار في مشاريع القوانين المتعلقة بالمسائل الاقتصادية والاجتماعية والبيئية وفي مخططات التنمية، ولها أن تُبدي رأيها في المسائل المتصلة بمجال اختصاصها لا يعود إلى هذه الهيئة إلا صلاحيات استشارية فقط بحيث تُستشار في مشاريع القوانين المتعلقة بالمسائل الاقتصادية والاجتماعية والبيئية وفي مخططات التنمية (الفصل 216)، فدورها إستشاري بحت وليس تقريريا بما يجعلها تؤثر بصفة غير مباشرة في إتخاذ القرارات من السلط المختصة في مجال البيئة والمحيط ولها تأثير على السلطة التشريعية عند النظر في مشاريع القوانين المتعلقة بالبيئة مما يوفر رقابة مسبقة في هذا المجال خاصة وأن الدستور (الفصل 65) أسند إلى السلطة التشريعية اختصاص وضع المبادئ الأساسية للبيئة والتهيئة الترابية والعمرائية⁴.

وتوفر المنظومة القانونية ضمانات أخرى موازية تتمثل أساسا في الأداءات البيئية والحفاظ على آلية التراخيص الإدارية في ممارسة الأنشطة المضرة بالبيئة والمؤثرة في المحيط مع ما تحتويه من سلطة تقديرية موسعة تمنح السلط المعنية حق سحب التراخيص متى ثبت تهديد النشاط للبيئة وأخل بحق الغير في العيش في بيئة سليمة. أما الضمانات اللاحقة فتصب في خانة القضاء بمختلف أنواعه ودرجاته، حيث "تتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك"⁵ دون وجود قاض مختص في مجال البيئة (على عكس بلدان أخرى كفرنسا والمغرب)، فحماية الحقوق عامة والبيئية منها تحديدا تتم بدءا بالقضاء الدستوري الذي يضمن علوية الدستور الذي

¹ أقر الفصل 136 من الدستور اعتماد الجماعات المحلية لآليات الديمقراطية التشاركية ومبادئ الحوكمة المفتوحة لضمان مساهمة المواطنين والمجتمع المدني في إعداد برامج التنمية والتهيئة الترابية ومتابعة تنفيذها .

² نص الفصل 146 من الدستور على أن أحكامه "تُفسر (..) ويُؤول بعضها البعض كوحدة منسجمة".

³ تجدر الإشارة إلى نسبة جدوى هذا المبدأ حيث إنقلب إلى مبدأ "من يدفع يلوث" (principe payeur pollueur) نتيجة تواضع قيمة الغرامات التي تحددها النصوص كعقوبة مالية للمساس بالبيئة والمحيط خاصة وأن المعنيين بها غالبا من رجال الأعمال الذين لا يتأثرون ماديا بالغرامة المفروضة في مقابل الأرباح التي يتم تحقيقها.

⁴ نص الفصل 65 من الدستور على أنه "تتخذ شكل قوانين عادية النصوص المتعلقة بـ" (..) الصحة العمومية والبيئة والتهيئة الترابية والعمرائية والطاقة"

⁵ الفصل 49 من الدستور.

تكرس أحكامه الحقوق البيئية ويحميها من تدخل السُّلْط الأخرى والتشريعية منها خاصة، مروراً بالقضاء العدلي وصولاً للقضاء الإداري.

وقد أصبح القضاء العدلي منذ صدور قانون 1988 المتعلق بالوكالة الوطنية لحماية المحيط، خاصة أن معظم الاعتداءات على البيئة تكون متأتية من الخواص، وهو ما أدى إلى تطوير سريع للنزاع البيئي العدلي على أساس هذا القانون سواء مدنياً أو جزائياً. فإختصاص القاضي المدني ينبنى على القواعد العامة للنظر في المسؤولية المدنية الناتجة عن الأضرار البيئية، ويختص القاضي الجزائي بالنظر في الملفات التي تحيلها عليه النيابة العمومية عند وجود فعل مُجرّم ألحق أضراراً بالمحيط والبيئة.

ولا تصدر الأضرار بالبيئة من الأفراد فقط بل أيضاً من الإدارة وأشخاص القانون العام من خلال الأفعال القانونية الصادرة عنهم والمتمثلة في القرارات الانفرادية كتلك التي تمنح بمقتضاها ترخيصاً في ممارسة نشاط يضرّ بالبيئة وبحقوق الغير في العيش في محيط سليم، مما يستوجب تدخل القاضي الإداري لحماية الحقوق والحريات وإلغاء القرار الإداري لعدم شرعيته.

خاتمة :

وإجمالاً يمكن القول أن إدراج حقوق الجيل الثالث وخاصة البيئية منها صلب الدستور هو خطوة هامة بوصفها الوسيلة وسيلة لضمان تمتع الإنسان بحق العيش في بيئة سليمة لا فقط على المدى القصير أو المتوسط بل على مستوى بعيد يحترم حق الأجيال القادمة في الثروات الحاضرة ويعطي للتنمية المستدامة مضموناً حقيقياً وفعالاً.

✓ دراسات وأبحاث بالفرنسية :

PARTENARIATS PUBLIC – PRIVÉ ET PERFORMANCE DES INVESTISSEMENTS PUBLICS : CAS DU MAROC



Mlle. MOUDINE LAMYAA

Doctorante à la Faculté de Droit des Sciences

Juridiques, Economiques et Sociales -Mohammedia- MAROC

Sommaire :

Le Maroc a actuellement un besoin énorme en matière de services et d'infrastructures économiques et sociales, mais il rencontre encore des contraintes de financement très importantes. Certes, le PPP permettra au Maroc d'alléger ses dépenses publiques, l'augmentation de sa capacité de financement, le développement de ses infrastructures. Cependant, il serait important d'analyser le PPP, dans ses différentes dimensions, ses impacts dans un pays comme le Maroc, et d'analyser dans quelle mesure cette politique pourrait lui être opportune sachant qu'elle a fait preuve de réussite que d'échecs dans d'autres pays qui ont accumulé une large expérience dans ce domaine depuis des années.

Summary :

Morocco has currently a huge need for services and economic and social infrastructure, but it still faces funding constraints very important. While the PPP will allow Morocco to ease public spending, increasing its ability to finance the development of its infrastructure. However, it is important to analyze the PPP in its various dimensions, its impact in a country like Morocco, and analyze to what extent this policy could be appropriate knowing that he has demonstrated that success of failures in other countries that have accumulated extensive experience in this field for years.

Spécification des mots-clés :

Partenariat public privé, dialogue compétitif, value for money, partage des risques, l'offre la plus avantageuse.

Quelques indications bibliographiques :

- J-C DOUENCE, La dévolution contractuelle du service public local, Dalloz, Collection locale, 1993, n° 6190-5.
- Claudie BOITEAU, Les techniques contractuelles : les partenaires public-privé, Revue Française de Finances Publiques, n° 109, 2010.
- Nour-Eddine BOUTAYEB, symposium sur les partenariats public privé, 21 mai 2008 à Rabat ;
- Ali KAIROUANI, La corrélation entre développement et partenariat public privé au Maroc, REMALD, n°116, Mai-Juin 2014.
- Abdellatif LAAMRANI, Le partenariat public privé au Maroc, quel avenir ?, REMALD, n°116, Mai-Juin 2014.
- Frédéric MARTY, Sylvie TROSA, Arnaud VISION, Les partenariats public privé, éd. La Découverte, Paris, 2006.
- Raphaël POLLET, Kim MORIC, Manuel pratique des partenariats public-privé constructifs en région Wallonne, Confédération Construction Wallonne, édition 2010.
- Sylvie WEIL, Véronique BIAU, Comprendre les pratiques européennes : Le développement de la procédure de PPP/PFI en Grande-Bretagne, rapport d'enquête du novembre 2003.

Introduction :

Le Maroc a actuellement un besoin énorme en matière de services et d'infrastructures économiques et sociales, mais il rencontre encore des contraintes de financement très importantes, et ce malgré les recettes qu'il avait déjà drainé des opérations de privatisation pour le financement des projets économiques et sociaux à caractère structurel, elles restent insuffisantes pour remédier à ce besoin¹, face à la rareté des biens publics et l'intérêt de faire

¹ « Les opérations de privatisation ont engendré une recette globale d'environ 94 Milliards de DH entre 1993 et 2006. » données publiées par le Ministère de l'Economie et des Finances du Maroc.

appel à des compétences privées, les personnes publiques se retrouvent dans l'obligation de recourir souvent à des coopérations avec le secteur privé¹.

C'est dans ce contexte, que le Maroc a adopté depuis 2010, une nouvelle approche de la commande publique qui est le Partenariat Public Privé (PPP), considérée comme étant une nouvelle formule de financement des infrastructures, ainsi qu'un outil d'amélioration des services publics et d'optimisation des dépenses de l'Etat.

Ce partenariat revêt l'esprit d'une coopération générant de la valeur ajoutée², et ce à travers la valorisation au mieux des savoir-faire respectifs des secteurs public et privé dans un rapport gagnant-gagnant³. En effet, la personne publique noue un contrat à long terme avec le partenaire privé qui se charge d'une mission globale et complexe, nécessitant une grande expertise et une énorme capacité de financement, et que la personne publique ne peut les assurer avec un simple marché classique, le partenaire privé en contrepartie de ses prestations perçoit une rémunération « loyer »⁴.

Le PPP est une politique développée en Grande-Bretagne, connu auparavant sous le nom de Private Finance Initiative (PFI), elle est mise en place en 1992 par le Gouvernement de John Major au moment où il a succédé au Gouvernement de Margaret Thatcher qui avait à l'époque engagé de nombreuses privatisations largement critiquées et mal accueillies par l'opinion. L'objectif de cette politique c'est de maintenir les dépenses publiques en dessous de la barre des 40% du PIB et la réduction de déficit budgétaire à 3% du PIB, et ce conformément à l'obligation faite aux États-membres de l'Union Européenne prévue par le traité de Maastricht.

Le PFI a permis au Grande-Bretagne grâce aux capitaux privés le financement de grands projets structurants dans les différents secteurs, ainsi que leur construction et leur équipement, notamment les prisons, les aéroports, les réseaux routiers, les établissements scolaires et hospitalières et ce, sans alourdir le budget public étant donné que la dépense publique est étalée sur plusieurs décennies sous forme de paiements mensuels ou annuels pour la fourniture des services, elle sera donc considérée comme une dépense de fonctionnement et non plus

¹ Ali KAIROUANI, La corrélation entre développement et partenariat public privé au Maroc, REMALD, n°116, Mai-Juin 2014, p. 157.

² Frédéric MARTY, Sylvie TROSA, Arnaud VISION, Les partenariats public privé, éd. La Découverte, Paris, 2006, p. 3.

³ Ali KAIROUANI, op.cit., p. 163.

⁴ OCDE, Les Partenariats Public Privé : Partager les risques et optimiser les ressources, 2008, p. 3.

d'investissement¹. Aujourd'hui, le Royaume-Uni est le pays qui signe le plus de contrats PFI, avec en moyenne de 48 contrats signés par an².

Certes, les PPP permettront au Maroc d'alléger ses dépenses publiques qui seront étalées sur plusieurs années³, l'augmentation de sa capacité de financement, le développement de ses infrastructures et l'amélioration de la qualité des services. Cependant, il serait important d'analyser cette approche partenariale dans ses différentes dimensions, ses impacts dans un pays comme le Maroc, et d'analyser dans quelle mesure cette politique pourrait lui être opportune sachant qu'elle a fait preuve de réussite que d'échec dans d'autres pays qui ont accumulé une large expérience dans ce domaine depuis les années 90 afin d'en tirer les enseignements (I), cette analyse nous permettra par la suite de ressortir les préconisations nécessaires pour le cas du Maroc (II).

I- Etude des avantages et des inconvénients du partenariat public privé :

A- Avantages des Partenariats Public Privé :

Parmi les avantages des PPP, ce qu'ils amènent les autorités publiques à raisonner en termes de résultat et d'efficacité que la réalisation d'un simple actif⁴, dans la mesure où le partenaire privé ne sera rémunéré que sur la base de sa performance durant la vie du contrat et l'effectivité du service qu'il fournit.

Le mode de calcul de cette rémunération est fixé en arrêtant des indicateurs de performance, cela nous paraît très avantageux pour l'amélioration de la qualité de service public au Maroc et pour satisfaire au mieux les besoins des citoyens. Au cas où le partenaire privé ne respecte pas ce qui a été convenu dans le contrat, il risque de subir des pénalités. En revanche, il peut

¹ D'après le Partnerships UK, les projets relatifs au transport recensés comme PFI sont pour la région de Londres notamment:

- Northern Line Trains : un contrat "design, build, finance and maintain" passé en 2000 entre London Underground Limited et Alstom pour le renouvellement du matériel roulant (106 rames) sur une durée de 20 ans et pour un montant de 409 millions de livres.

- Docklands Light Railway extension to City Airport (East London) : un contrat "design, build and maintain" de l'infrastructure passé en 2005 entre DLR et le consortium City Airport Rail Enterprises sur une durée de 30 ans et pour un montant de 165 millions de livres.

- Docklands Light Railway extension to Lewisham (London) : un contrat de conception et construction de l'infrastructure (4,2 km de ligne nouvelle) comprenant un tunnel sous la Tamise, un viaduc et 7 stations, passé en 1999 entre DLR et le consortium City Greenwich Lewisham Rail Link sur une durée de 24,5 ans et pour un montant de 202 millions de livres.

² Sylvie WEIL, Véronique BIAU, Comprendre les pratiques européennes : Le développement de la procédure de PPP/PFI en Grande-Bretagne, rapport d'enquête du novembre 2003, p. 7.

³ Pierre SADRAN, Le partenariat public privé comme outil de modernisation de la gestion publique, Revue Internationale des Sciences Administratives, n° 2, 2004, p.253.

⁴ En termes du rapport coût avantage (Value For Money), et ce dans les différentes phases du cycle du projet.

percevoir des primes s'il apporte des solutions nouvelles qui dépassent le niveau de performance convenu dans le contrat, par exemple lorsqu'il apporte des économies au profit de la personne publique sur l'utilisation de l'énergie.

Ainsi, l'un des avantages des PPP, ce que la rémunération n'est pas immédiate elle est différée¹, la personne publique ne commence à verser le loyer à son partenaire que lorsqu'il s'assure que le projet est effectivement opérationnel et ce, justement après la livraison et la délivrance d'une attestation de conformité, afin qu'elle incite son partenaire privé à respecter aussi bien les délais que la qualité convenus dans le cahier des charges.

Par ailleurs, le recours au PPP permettra la réalisation des projets de grande complexité par le secteur privé, les missions qui seront confiées au partenaire privé ne font pas nécessairement partie du cœur de métier de la personne publique, il serait donc avantageux pour elle de lui transférer ces missions, car le partenaire privé est le plus apte à les prendre en charge de la façon la plus efficace et optimisée, cela n'empêche bien sûr que la responsabilité de service public reste toujours à la charge de la personne publique².

En outre, selon les bonnes pratiques un projet de partenariat public privé réussi, nécessite une meilleure gestion des risques entre les parties durant la durée du contrat, lorsqu'ils sont identifiés par les parties, ils doivent être partagés de la façon la plus optimisée et équilibrée, dans la mesure où chacun des risques est pris en charge par la partie qui le maîtrise le mieux et avec le moindre coût.

Ainsi, un des avantages des PPP, ce que le recours à l'évaluation préalable du projet faite par les soins de la personne publique est obligatoire, car c'est une phase déterminante pour la réussite d'un projet d'une grande complexité et qui engage le budget de l'Etat à long terme, grâce à cette évaluation la personne publique aura plus de visibilité et d'éléments de prise de décision, notamment quant au mode optimal de la réalisation du projet, en mode PPP ou simplement un marché classique, cela dépend des résultats ressortis de l'étude comparative

¹ Claudie BOITEAU, Les techniques contractuelles : les partenaires public-privé, Revue Française de Finances Publiques, n° 109, 2010, p. 97.

² Voir l'alinéa 1^{er} de l'article 27 de la constitution marocaine.

figurant dans l'évaluation préalable notamment le « *Public Sector Comparator* »¹.

C'est une grave erreur, de réaliser des projets PPP à la hâte, avec peu de moyens financiers ou d'aide technique, une solide étude de faisabilité, réalisée par des experts en PPP qui couvre tous les aspects de la viabilité du projet est nécessaire pour s'assurer que le PPP est le modèle adéquat de réalisation du projet.

En outre, l'une des pratiques internationales innovantes largement utilisée en matière de PPP, c'est le recours au dialogue compétitif, considéré comme un outil qui permet à la personne publique de définir au mieux les moyens pouvant répondre à ses besoins, et ce en se basant sur les propositions faites par le secteur privé.

Il faut souligner que les PPP n'est pas une solution miracle ou une baguette magique qui transforme un mauvais projet en un bon projet, leur élaboration et leur mise en œuvre prennent du temps. A cet effet, il est préférable de gagner beaucoup de temps et d'éviter des déconvenues entre les parties à l'avenir en consacrant un maximum d'efforts dans la phase d'évaluation préalable.

B- Inconvénients des Partenariats Public Privé :

Comme tout autre instrument, le PPP présente également des inconvénients mais ils sont gérables à notre égard si on est conscients de leur existence et on prend toutes les précautions nécessaires.

C'est tout d'abord l'impact du caractère durable du contrat PPP et de l'engagement de la personne publique à long terme souvent autour de 30 ans et parfois même plus², une durée suffisante pour amortir les investissements. Cependant, il y a le risque que le contrat ne suit pas l'évolution des besoins de la personne publique et le changement des conditions économiques. Cet engagement à long terme, risque également de tuer les PME qui sont incapables d'assurer la

¹ « l'étude comparative contient, entre autres, la comparaison du coût global du projet selon le scénario PPP avec le coût global du projet si il se réalise selon des modes traditionnels de réalisation, pour la réalisation d'un projet en mode PPP , l'étude comparative doit révéler que c'est le mode le plus intéressant» Sylvie WEIL, Véronique BIAU, Rapport d'enquête : Comprendre les pratiques européennes : le développement de la procédure de PPP/PFI en Grande-Bretagne, Novembre 2003.

² En France, la ligne TGV Tours Bordeaux sera construite puis exploitée par Vinci pendant cinquante ans. Un contrat au montant record de 7,8 milliards euros. Moins spectaculaire, Spie Batignolles va construire et gérer trois piscines dans le bassin d'Arcachon. Pour chacune, le groupe touchera une redevance annuelle de 300.000 euros.

charge de ces contrats au long cours¹. Cela en conséquence, nécessite souvent des renégociations entre les parties pour suivre cette évolution du contrat PPP dans tous ses aspects financier, économique et technique.

C'est aussi, le caractère coûteux du contrat PPP qui présente un inconvénient majeur, dans un marché classique les organismes publics peuvent emprunter à des taux d'intérêt inférieurs à ceux qui sont accordés aux entreprises du secteur privé dans un PPP, le taux d'emprunt convenu avec les banques est souvent plus élevé que le taux d'emprunt octroyé au Gouvernement qui profite du haut niveau de concurrence entre les banques.

Il faut noter que l'augmentation du taux d'emprunt répercute systématiquement sur le coût du contrat de partenariat public privé, le PPP devient donc plus coûteux qu'une formule classique de financement des projets et de ce fait il favorise l'endettement public².

Les praticiens témoignent au PPP le caractère coûteux, dans la mesure où les loyers versés au secteur privé reviennent au final à payer deux à trois fois plus cher le coût initial, ainsi étant que les contrats PPP est d'une extrême complexité et comprenant souvent plusieurs milliers de pages, à ce nombre correspond des coûts élevés associés aux négociations contractuelles, il s'agit notamment des coûts afférents aux honoraires des consultants retenus par les secteurs public et privé³.

Il faut noter que, les coûts élevés d'un PPP ont un effet sur la capacité financière des organismes publics qui risquent de trouver une grande difficulté d'honorer leurs engagements vis-à-vis leurs partenaires privés, ces difficultés rencontrées par ces organismes risquent de provoquer à tout moment des coupures de service, ce qui est déconseillé.

Il est à souligner aussi que les difficultés de paiement existent par tous, même en Grande Bretagne, comme cela s'est produit dans certains hôpitaux britanniques construits sous le mode PPP, les paiements mensuels pour les PPP sont plus élevés que ceux que les organismes publics

¹ Alain rousset, porte parole de François Hollande pour l'industrie, l'innovation et les PME, dans une déclaration avait vivement critiqué les partenariats public-privé (PPP), estimant qu'ils généraient de l'endettement et massacraient les PME.

² Raphaël POLLET, Kim MORIC, Manuel pratique des partenariats public-privé constructifs en région Wallonne, Confédération Construction Wallonne, édition 2010, p.27.

³ Le loyer annuel de 39 millions perçu par Eiffage pour assurer la maintenance et des services annexes à l'hôpital sud Francilien fait polémique. De même, les 154 millions annuels que devrait toucher Bouygues pour construire et gérer le siège du ministère de la défense à Balard, à Paris, font grincer des dents. En tout, le groupe toucherait plus de quatre milliards en ayant investi 1,8 milliard.

feraient si le financement venait de l'État, les exemples sont multiples, dans le secteur de la santé le projet d'hôpital «Queen Elizabeth Hospital» et dans le secteur de l'éducation « University College Hospital » à Londres ¹.

Par ailleurs, la titrisation des créances des dettes de PPP provoque aussi des inquiétudes vis-à-vis ce mode de réalisation des projets, cette titrisation qu'était l'origine de la crise des subprimes déclenchée en 2007, elle consiste classiquement à transférer à des investisseurs des actifs financiers en titres financiers émis sur le marché des capitaux à travers une société ad hoc.

L'un aussi des inconvénients des contrats PPP, ce que les études préalables prennent souvent beaucoup de temps et nécessite un budget énorme pour financer les expertises externes effectuées. Tous ce temps nous paraît raisonnable pour éviter le risque d'engager la personne publique dans un contrat mal étudié mais ces dépenses alourdissent gravement le budget de l'Etat.

La solution la plus adéquate à notre égard, c'est d'éviter de s'engager dans des évaluations pour certains projets, si leurs caractéristiques présentent au préalable une incompatibilité avec le mode PPP notamment l'absence du caractère complexe du projet. A cet effet, il est donc nécessaire de créer une institution interministérielle chargée d'étudier les projets susceptibles d'être réalisés en mode PPP et de décider quant à l'approbation de l'évaluation préalable.

II- Préconisations pour le cas du Maroc :

A- L'expérience marocaine en matière de partenariat public privé :

Au Maroc, les rapports entre le secteur public et le secteur privé ne sont pas naissants, il est à souligner que le Maroc dispose déjà d'une grande expérience aussi bien en matière de concessions, acquise en application de la loi n° 54-05 relative à la gestion déléguée des services publics et des lois sectorielles régissant certains secteurs d'activités tels que les ports et l'eau, que dans le domaine de partenariats public-privé notamment pour la production de l'électricité, l'irrigation et le transport urbain².

En revanche, les secteurs non marchands tels que l'éducation et la santé ne connaissent pas encore le même développement que connaissent les autres secteurs marchands. Le Maroc conscient de l'importance des PPP en matière de croissance des infrastructures économiques et

¹ Le financement des hôpitaux en PPP coûte plus cher que leur financement à partir de fonds publics.

² J-C DOUENCE , La dévolution contractuelle du service public local , Dalloz , Collection locale , 1993, n° 6190-5.

sociales et de fourniture de services publics, a pris toutes les mesures nécessaires pour accélérer le rythme de croissance, afin de répondre au mieux aux attentes des citoyens et de favoriser le climat des affaires.

Ces mesures portaient en premier temps, sur la création d'une Cellule dédiée aux PPP au sein du Ministère de l'Economie et des Finances, qui se charge notamment d'apporter son appui aux différents organismes publics intéressés par les projets PPP ainsi que son assistance technique, financière et juridique. L'objectif de création de cette Cellule, c'est de mettre en place un centre de veille et d'expertise qui accumule les expériences et qui diffuse les bonnes pratiques en matière de PPP.

Cette Cellule devrait avoir un statut qui lui procure la possibilité de jouer le rôle de conseiller des différents départements ministériels du Gouvernement sur tous les aspects afférents aux projets de partenariat public privé et d'assurer également la coordination et la centralisation des informations sur lesdits projets permettant donc de bénéficier du retour d'expérience, cela n'empêche que les personnes publiques concernées demeurent les seules responsables de leurs projets, et que le rôle de la Cellule se limite à leur procurer de l'accompagnement.

Le processus de dynamisation du recours aux PPP a été entamé par le Ministère de l'Economie et des Finances marocain depuis 2010 avec l'appui de plusieurs organismes internationaux.

Tout d'abord, la coopération était avec la Banque Mondiale (IFC) et l'unité du Royaume Uni Infrastructure (IUK) pour la revue de l'environnement juridique et institutionnel relatif aux projets PPP au Maroc, la création des capacités et le développement de l'expertise en matière de PPP par l'identification et la réalisation de projets pilotes et la mise en place d'une Cellule dédiée au projets PPP au sein du Ministère de l'Economie et des Finances, qui se chargera d'apporter l'assistance technique aux différentes administrations et établissements et entreprises publics pour l'identification, le montage et le suivi des projets PPP¹.

Ainsi, il y avait une coopération avec le Ministère de l'Economie et de la Technologie Allemand et le groupement des entreprises du secteur public de l'Irlande du Nord dans le cadre du projet de jumelage institutionnel pour la formation sur le cycle projet PPP et les bonnes pratiques en matière de conduite des projets PPP, l'élaboration d'un manuel des bonnes

¹ Voir le rapport d'activité de la Direction des Entreprises Publiques et de la Privatisation relevant du Ministère de l'Economie et des Finances, 2010, p.40.

pratiques en la matière, un guide des clauses minimales dans un contrat PPP et sur l'aspect « Value for Money ».

En outre, le Maroc a établi une coopération avec la Banque Européenne d'Investissements (BEI) pour effectuer une étude comparative sur les textes législatifs et réglementaires des PPP de certains pays de l'Union Européenne afin de proposer un dispositif juridique marocain sur les PPP adapté au contexte institutionnel et aux standards internationaux en la matière.

Par ailleurs, le Maroc aura besoin d'un schémas institutionnel bien organisé pour conduire ce chantier et donnant plus de visibilité aux différentes parties prenantes, notamment à travers l'établissement d'une commission suprême composée par des membres permanents nommés choisis en raison de leur compétence en matière juridique, économique, financière et sociale de même que la commission des transferts en matière de privatisation.

Ainsi, il est préférable que le Maroc se dispose d'un cadre juridique unifié pour tous les modes d'attribution des contrats publics, et ce à travers la mise en place d'un code de la commande publique qui rassemble la réglementation sur les marchés publics, les concessions et les partenariats public privé, et ce pour donner plus de visibilité aux investisseurs.

En matière de PPP, le cadre juridique qui devrait régir ce mode d'attribution des contrats, doit être claire et incitatif pour les praticiens et toutes les parties prenantes, il doit également offrir ainsi les garantis d'une concurrence saine et un équilibre des relations entre les secteurs public et privé.

A cet effet, le Maroc a élaboré une loi n°86-12 relatif aux contrats PPP ¹ qui va contribuer, à coté des autres textes existants, à développer davantage l'attractivité des investissements étrangers du pays et constituera en un outil important dans l'amélioration du climat des affaires au Maroc.

B- Les innovations apportées par la loi n° 86-12 relatif au partenariat public privé :

La loi n° 86-12 relatif au partenariat public privé, a été établie sur la base des enseignements tirés de l'expérience marocaine acquise dans le cadre des projets de partenariat et de concession déjà réalisés, ainsi que sur la base des meilleures pratiques internationales en la matière.

¹ Dahir n° 1-14-192 du 1^{er} rabii I 1436 (24 décembre 2014) portant promulgation de la loi n° 86-12 relative aux contrats de partenariat public privé.

La loi est basée dans sa philosophie sur les principes de la bonne gouvernance consacrés par la nouvelle Constitution, il a pour objectif de renforcer les principes de concurrence, de transparence et d'introduire de nouveaux procédés dans la gestion de la commande publique, notamment l'évaluation préalable des projets, le dialogue compétitif pour le montage des projets complexes, la rémunération sur la base de la performance, le partage optimisé des risques et le contrôle strict des engagements contractuels.

Le Partenariat Public-Privé est défini par ladite loi comme une forme de coopération par laquelle l'Etat, les établissements publics de l'Etat et les entreprises publiques confient à des partenaires de droit privé dit « partenaire privé », à travers un contrat de durée déterminée dénommé « contrat de partenariat public-privé », la responsabilité de réaliser une mission globale de conception, de financement de tout ou partie, de construction ou de réhabilitation, de maintenance et/ou d'exploitation d'un ouvrage ou infrastructure nécessaire à la fourniture d'un service public.

On dégage une différence par rapport à la définition apportée par la législation française, ce que le cocontractant de la personne public n'est qu'un « tiers », cela implique toute personne physique ou morale relevant de droit privé ou même de droit public. En revanche, La loi marocaine en matière de partenariat public privé, tranche dès le départ cette question en prévoyant que le contrat PPP est un contrat entre un partenaire public et un partenaire privé.

En ce qui concerne le champ d'application de la loi sur les contrats PPP, on remarque une volonté du législateur d'impliquer tous les acteurs publics dans cette approche partenariale, chose qui n'est pas remarqué dans la loi sur la gestion déléguée dont le champ n'intègre pas les contrats conclus par l'Etat¹. Cependant, les collectivités locales ne peuvent entrer dans le champ d'application du projet de loi sur les contrats PPP, qu'après l'entrée en vigueur de la loi organique qui régit le régime financier des régions et des autres collectivités locales².

Ainsi selon la loi, tout projet PPP doit assurer un partage optimal des risques, dans la mesure où c'est à la partie la mieux à même de les assumer efficacement et avec le moindre coût de les

¹ Voir article 1^{er} Dahir n° 1-06-15 du 15 moharrem 1427 (14 février 20 06) portant promulgation de la loi n° 54-05 relative à la gestion déléguée des services publics qui prévoit : « La présente loi s'applique aux contrats de gestion déléguée de services et d'ouvrages publics passés par les collectivités locales ou leurs groupements et par les établissements publics. »

² Voir l'article 146 de la constitution marocaine.

prendre en charge. En outre, la rémunération des services rendus dépend de leur effectivité et en fonction de performance du partenaire privé¹.

Ainsi, le recours à un contrat PPP au terme des dispositions de la loi, doit répondre à un besoin dûment défini par la personne publique concernée, et exige également une évaluation préalable ayant pour objet notamment de démontrer dans quelle mesure serait-elle opportune pour l'organisme public la réalisation du projet en mode PPP par rapport aux autres modes classiques de réalisation des projets, le rapport d'évaluation devra selon certaine doctrine être approuvé par une commission de haut niveau placée sous l'autorité du Chef du Gouvernement et représenté dans les ministères de tutelle².

Dans ce schéma, le Ministère de l'Economie et des Finances joue un rôle déterminant dans l'approbation des projets et les pouvoirs adjudicateurs doivent lui soumettre des modèles économiques détaillés, convaincants et bien argumentés inciteront ledit Ministère à approuver le rapport d'évaluation préalable en toute confiance et lui permettront d'en évaluer précisément les conséquences futures pour les finances nationales³.

Ainsi, la passation d'un contrat PPP s'effectue soit par le dialogue compétitif, soit par l'appel d'offres avec ou sans pré-sélection ou exceptionnellement par la procédure négociée⁴. Ce classement suit le même ordre prévu par la législation française⁵, qui commence par le dialogue compétitif, vue l'importance de ce mode de passation qui encourage l'initiative privé à présenter des idées innovantes au profit de la personne publique⁶.

¹ Nour-Eddine BOUTAYEB, symposium sur les partenariats public privé, 21 mai 2008 à Rabat.

² Abdellatif LAAMRANI, Le partenariat public privé au Maroc, quel avenir ?, REMALD, n°116, Mai-Juin 2014, p.191.

³ Banque Européenne d'Investissement, Etude sur les cadres juridique et financier des PPP dans les pays partenaires méditerranéennes, volume I, une approche régionale, 2011, p. 37.

⁴ La législation française limite le recours à la procédure négociée à un seuil déterminé. Alors que le projet de loi marocain le conditionne à des cas tel que l'urgence ou pour des raisons de défense nationale ou de sécurité publique.

⁵ Voir l'article 7 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, la législation française prévoit des dispositions sur les modalités du dialogue compétitif tel que la possibilité de discuter avec les candidats de tous les aspects du contrat, et l'obligation de comparer les différentes solutions etc....., le projet de loi ne donne pas toutes ces indications car il se contente de tracer les grands principes à respecter inspirés de bonnes pratiques en la matière.

⁶ Le recours au dialogue compétitif est initié par la personne publique dans le cas où elle est objectivement dans l'impossibilité de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet donnant lieu au service objet du contrat.

L'un aussi des aspects innovants de la loi, c'est l'obligation faite à la personne publique initiatrice du projet, d'attribuer le contrat qu'au candidat ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse¹, sachant que les conditions et les modalités de préparation et d'attribution du contrat font l'objet d'audit², qui se chargera donc de cet audit on en trouve pas de réponse dans la loi, on en déduit donc que cette opération peut s'effectuer par tout organisme habilité dans le cadre de ses attributions stipulées dans son texte de création ca peut être la Cour des Comptes ou même l'Inspection Générale des Finances relevant du Ministère de l'Economie et des Finances.

La loi cite à titre indicatif mais obligatoire certaines clauses relatives notamment à la durée du contrat, aux objectifs de performance, au partage des risques, à la cession, à la sous-traitance, au contrôle des obligations du partenaire privé, aux sûretés, au personnel et à la fin du contrat, et ce afin de mettre un minimum standard des clauses de même que les autres législations qui se dirigent vers la standardisation des contrats, cela n'empêche que le législateur a laissé plus de flexibilité aux parties d'ajouter d'autres clauses ayant rapport avec les caractéristiques du projet et de secteur concerné³.

Selon la loi, les contrats PPP font l'objet d'une approbation, pour les contrats passés par l'Etat, l'approbation est faite par décret, pour les contrats passés par les Etablissements Publics de l'Etat, l'approbation est faite par leur conseil d'administration et validés par les autorités de tutelle, et pour les contrats passés par les Entreprises Publiques ils sont approuvés conformément à leurs statuts.

La loi fixe la durée du contrat PPP de 5 à 30 ans, elle tient compte de la période nécessaire pour assurer l'amortissement des investissements réalisés, cela permet donc de distinguer les PPP des marchés publics et de la privatisation⁴. Cependant, la durée maximale peut être portée jusqu'à 50 ans en fonction des besoins du projet et de sa complexité.

¹ Le dossier d'appel d'offres doit mentionner les critères économiques et qualitatifs, portant notamment, sur le coût global de l'offre, les objectifs de performance, les exigences du développement durable, le caractère technique innovant de l'offre et le cas échéant les mesures prises pour la promotion des petites et moyennes entreprises nationales et le taux d'utilisation d'intrants d'origine nationale.

² Voir l'article 28 du projet de loi n°86-12 relatif aux contrats de partenariat public privé.

³ Voir également l'article 11 de l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

⁴ Prévoir une durée maximale a pour objectif de garantir le retour des services et des biens afférents au projet au secteur public à la fin du contrat.

On cite également, l'obligation qui incombe à la personne publique selon les dispositions de la loi, de décrire précisément les objectifs de performance dans le contrat, et ce afin de faciliter cette mission de contrôle, à travers la fixation exacte des indicateurs de performance. En cas de manquement du partenaire privé à ses obligations, le contrat prévoit des pénalités dont la mise en application est soumise à des procédures de mise en demeure.

Par ailleurs, dans un souci d'encouragement des PME, le législateur a prévu cette possibilité de sous-traitance des obligations contractuelles de l'opérateur privé. Cependant, il ne peut sous-traiter la totalité de ses obligations car cela remettra en cause le principe de concurrence et les critères sur la base desquels il a été choisi et ayant rapport avec l'objet du contrat, car la sous-traitance totale des obligations rendra certainement le contrat de très coûteux, dans tous les cas le partenaire privé reste le seul responsable vis-à-vis la personne publique pour l'ensemble des obligations¹.

La loi, octroi également cette possibilité de modification de certains aspects du contrat, afin de s'adapter avec l'évolution éventuelle des besoins de la personne publique, l'innovation technologique et avec le changement des conditions économiques et financières du contrat.

L'une des principales dispositions innovantes prévues par la loi, et qu'on estime d'une importance considérable, c'est cette possibilité de substituer le partenaire privé défaillant, afin d'assurer la continuité du service public et de rassurer les bailleurs de fonds quant à la certitude de la récupération des dettes. Dans tous les cas, la substitution reste du ressort de la personne publique et elle est appliquée dans les mêmes conditions d'exécution du contrat initial.

La loi prévoit ainsi, qu'à l'expiration du contrat PPP les biens réalisés ou acquis par le partenaire privé dans le cadre et pour l'exécution du contrat, et qui sont nécessaires à l'exploitation et à la continuité du service public, seront systématiquement transférés en pleine propriété à la personne publique.

La loi prévoit également la possibilité d'octroyer des sûretés aux établissements financiers sur les actifs acquis ou réalisés dans le cadre de l'exécution du contrat, afin de faciliter l'accès du partenaire privé au financement.

¹ Le partenaire privé reste responsable de la totalité de ses obligations même en cas de sous-traitance, la personne publique n'a qu'un droit d'information sur les activités sous-traitées.

La loi a prévu aussi la possibilité de résiliation anticipée du contrat, qui permet aux partenaires public et privé de se départir à chaque fois qu'il y a un événement qui nuit à la continuité du contrat, notamment le cas de faute grave ou un cas de force majeure ou pour tout motif qui touche l'intérêt général, dans ce cas la partie lésée peut demander la perception d'une indemnité.

Ainsi, la loi prévoit la possibilité de recourir aux moyens alternatifs de règlement des différends, notamment la conciliation avant tout recours arbitral ou judiciaire, cela permettra un règlement des litiges efficace, rapide et économique.

Conclusion :

Le recours au PPP comme un nouveau mode de réalisation des projets de développement exige, à côté de l'élaboration et la mise en œuvre d'un cadre juridique adéquat, la mise en place d'un cadre institutionnel et se disposer des compétences nécessaires pour la réalisation de projets PPP, ainsi que l'adhésion de tous les acteurs impliqués dans de tels projets.

A ce titre, il serait nécessaire d'adopter une approche programmatique des projets PPP à réaliser dans tous les secteurs d'activité, de créer des centres d'expertise en la matière au niveau des départements ministériels et des établissements et EP et d'instaurer une coordination et une concertation entre les différents intervenants pour donner plus de visibilité aux investisseurs aussi bien sur le plan juridique qu'institutionnel.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

ردمد : 2336-0615