

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية، المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكداك / 64 : فبراير 2018

✓ مع مواضع العدد 64 : فبراير 2018 :

- تجريم الاعتداء على المعلومة الإلكترونية الشخصية .
- القضاء الإداري و ظاهرة التعليمات أو المنشورات .
- الحماية القضائية لحق الترشح و حق الانتخاب .
- التكيف في المواد الجنائية و تحقيق العدالة .
- ربط المسؤولية بالمحاسبة ، منارة المتوسط نموذجا .
- إشكالية الوضعية القانونية للأوقاف المعقبة .
- التعاون الدولي في مجال الثروة المائية المشتركة .

Rechercher dans ce site

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

صفحة رئيسية | مدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكداك | الاتصال والمراسلات : sldg55@gmail.com | شروط النشر | أخبار المجلة

بسم الله الرحمن الرحيم

استقلال القضاء : أهم المعوقات وطرق معالجتها إنجاز فضيلة الأستاذ الدكتور محمد مخوي أستاذ الفقه الخاص (2012/08/30)... المزيد	أخبار المجلة
كتاب القانون الدولي الخاص : إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور علي خليل إسماعيل الحديوي عميد جامعة لاهاي الدولية (2012/10/21)... المزيد	أهداف المجلة
إلغاء عقوبة الإعدام بين الفقه الإسلامي والتفكير المعاصر : الدكتور صلاح الدين دكداك منير مجلة الفقه والقانون (2012/10/17)... المزيد	أخبار المجلة
قراءة في النظام الفكري المصواتي (قانون 02/15) : الأستاذة المتقبة الطيب بن لمقدم محام هيئة الرباط محاميات (2012/10/14)... المزيد	أهداف المجلة

المجلة الرئيسية

- اللجنة الاستشارية
- أهداف المجلة
- أخبار المجلة
- اتصال بنا
- المدير المسؤول
- شروط النشر
- مقالات فقهية
- مقالات قانونية
- مقالات مقارنة
- مقالات بلغوية
- حوارات علمية
- تقارير خاصة
- المساهمون بالمجلة
- إعداد المجلة
- تشرّف بالمجلة

العدد الرابع والستون : فبراير 2018

❖ قواعد النشر وشروطه :

- المشاركة بمقالات مناسبة لتخصص للمجلة تراعي ضوابط البحث العلمي الأكاديمي.(ترسل في ملف word).
- إرسال نبذة من السيرة الذاتية لكاتب المقال.
- ألا يكون المقال مشتركاً أو سبق نشره على شبكة الإنترنت.
- ألا تقل صفحات المقال عن عشر صفحات (ما يقارب 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 دكداك : 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 إحياء الطالبى : أستاذ بكلية الآداب والحقوق بأكادير.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.be.ma

ردمد : 2336-0615

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد الرابع والستون : لشهر فبراير 2018

محتويات العدد :

1. كلمة العدد 64 لشهر فبراير 2018 بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور : صلاح الدين دكدك.....03
- ✓ **دراسات وأبحاث بالعربية :**
2. تجريم الاعتداء على المعلومة الإلكترونية ذات الطابع الشخصي بين الواقع والمأمول : الدكتور محمد فتحي شحته إبراهيم دياب ، أستاذ القانون الجنائي المساعد ، جامعة حائل كلية الشريعة والقانون ، قسم القانون - المملكة العربية السعودية.....06
3. التعليمات والمنشورات الإدارية بين الطبيعة الضمنية الداخلية والوظيفة التنظيمية (دراسة مقارنة) : الدكتور أحسن راجي، أستاذ القانون العام المشارك ، كلية القانون جامعة الشارقة ، الإمارات العربية المتحدة.....30
4. الحماية القضائية لحق الترشح وحق الانتخاب في النظام الانتخابي الجزائري : الأستاذ الدكتور عمار بوضياف مسؤول فريق التكوين في الدكتوراه قانون عام ، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تبسة - الجزائر.....59
5. التكييف في المواد الجنائية ودوره في تحقيق العدالة الجنائية : الدكتور أحمد أسامه حسنية ، أستاذ القانون الجنائي المساعد ، وعميد كلية القانون في جامعة غزة - فلسطين.....92
6. تدقيق و تقييم المجلس الأعلى للحسابات للمشاريع العمومية و تفعيل ربط المسؤولية بالحاسبة - مشروع منارة المتوسط نموذجاً : رشيد قاعده ، دكتور في الحقوق ، أستاذ زائر بجامعة محمد الخامس الرباط - المغرب.....116
7. إشكالية تثبيت الوضعية القانونية للأوقاف المعقبة على ضوء مدونة الأوقاف وظهير التحفيظ العقاري : كريمة العظمي ، باحثة بسلك الدكتوراه شعبة القانون الخاص ، كلية الحقوق طنجة - المغرب.....142
8. التعاون الدولي في مجال المياه العذبة : مكيفة مريم ، أستاذة بكلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الجليلي اليابس ، سيدي بلعباس - الجزائر.....165

ترتيب المقالات يخضع لإعباران فنية

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

كلمة العدد الرابع والستين لشهر فبراير 2018



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون

الدكتور: صلاح الدين دكديك

Email : Sldg55@gmail.com

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وبعد ، نضع بين أيديكم العدد الرابع والستين لشهر فبراير 2018 من مجلة الفقه والقانون الدولية ، وقد سعدنا بالتواصل فيه مع عدة جامعات ومراكز علمية عربية ، ونخص بالذكر كلية الشريعة والقانون جامعة حائل بالمملكة العربية السعودية ، كلية القانون جامعة الشارقة بالإمارات العربية المتحدة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تبسة بالجزائر ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الجبلالي الإيبس ، سيدي بلعباس بالجزائر ، كلية القانون في جامعة غزة - فلسطين ، كلية الحقوق بجامعة محمد الخامس بالرباط ، ثم كلية الحقوق بجامعة عبد المالك السعدي بطنجة بالمملكة المغربية.

وقد سهل العدد الجديد العديد من الدراسات والأبحاث القيمة لثمة من الباحثين بالوطن العربي من بينها :

- تجريم الاعتداء على المعلومة الإلكترونية ذات الطابع الشخصي بين الواقع واطأمول.
- التعليقات واطنشورات الإدارية بين الطبيعة الضمنية الداخلية والوظيفة التنظيمية (دراسة مقارنة).
- الحماية القضائية لحق الترشح وحق الانتخاب في النظام الانتخابي الجزائري.
- التلبيف في اموال الجنائية ودوره في تخفيف العدالة الجنائية.
- تدقيق و تقييم المجلس الأعلى للحسابات للمشاريع العمومية و تفعيل ربط اامسؤولية بالمحاسبة - مشروع منارة ااطنوسط نموذجاً.
- إشكالية تثبيت الوضعية القانونية للأوقاف ااطعبئة على ضوء مدونة الأوقاف وظهر التخفيف العقاري.
- قوانين التعاون الدولي في مجال ااطباء العذبة.
- لن نطبل عليكم ونتمنى لكم نصفها ممنا لفغرات هذا العدد الجديد ، والسلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته.

مع تحيات المدير المسؤول :

الدكتور صلاح الدين دكداك

www.majalah.be.ma

دراسات وأبحاث بالعربية ✓

تجريم الاعتداء على المعلومة الإلكترونية ذات الطابع الشخصي بين الواقع والمأمول



د. ¹ محمد فتحي شحته إبراهيم دياب

جامعة حائل كلية الشريعة والقانون

قسم القانون - المملكة العربية السعودية

المقدمة :

لا يوجد ثمة شك في أن الثورة المعلوماتية التي سببتها أنظمة وبرمجيات الحاسب تُعد ثمة هذا القرن، فقد قلبت الكثير من الموازين والمفاهيم والمبادئ التي استقرت في الميادين القانونية والثقافية والاقتصادية⁽²⁾، مما ينبغي مواجهة هذا التطور الهائل بنفس حجمه وتأثيره، وهذا يعني إيجاد القواعد والأحكام القادرة على حماية حقوق ومصالح الأفراد والجماعات في ظل رياح التغيير العاصفة التي سببها الاستخدام الواسع للمعلوماتية بأدواتها المختلفة؛ لأن المبادئ والأحكام التي تضمنتها القوانين الحالية شرعت في ظل وعي علمي وتقني محدود التطور قياساً على الوضع الحاضر، لذا فهي بالتأكيد غير قادرة على مواكبة المتغيرات الجديدة واستيعاب حركة الحياة السريعة⁽³⁾.

وقد ظهرت مخاطر لحريات الأفراد بسبب جمع معلومات شخصية عن الأفراد قبل ظهور وانتشار أجهزة الكمبيوتر والاستعانة بها في تخزين هذه المعلومات. وازدادت هذه المخاطر مع انتشار استعمال الكمبيوتر. وتزداد خطورة جمع هذه المعلومات الشخصية من ظهور شركات خاصة تعمل في مجال الأمن وتقوم بتجميع الأفراد لوضعها تحت تصرف من يريد أن يعرفها نظير دفع مقابل مالي. فقد أصبح وجود هذه المعلومات الشخصية مهددة للحياة الخاصة بالنسبة للفرد العادي وكذلك بالنسبة للشخصيات العامة. إذا التهديد للحياة الخاصة يتحقق سواء كانت هذه

(1) أستاذ القانون الجنائي المساعد.

(2) د. محمد شلال العاني، الحماية الجنائية للبيانات المعالجة إلكترونياً، مجلة الفكر الشرطي، مركز بحوث الشرطة، القيادة العامة لشرطة الشارقة، الإمارات، المجلد 11، ع 1، أبريل 2002م، ص 211.

(3) د. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، دار الفكر العربي - القاهرة، 1981-1982م، ص 11 وما بعدها.

المعلومات كاذبة أو كانت صحيحة، مادام صاحب الشأن يعترض على من يقوم بجمعها وتخزينها أو يقوم بتزويد الآخرين بها بدون مبرر قانوني مقبول.

كما أنه إذا كانت الحالة الصحية للشخص تدخل في عموم حياته الخاصة إلا أن إقامة نظام للمعلومات يشمل الحالة الصحية للأشخاص أصبح أمراً شائعاً ومستحباً. فوجود نظام للمعلومات يساعد في تشخيص الأمراض. كما أن الطب لم يُعد عملاً فردياً يقوم به طبيب واحد وإنما أصبح العلاج يتم من خلال فريق طبي مما يستلزم وجود نظام للمعلومات يستعين به أعضاء الفريق الطبي⁽¹⁾.

ويمكن تأصيل إدخال المعلومات الصحية إلى الحاسب الآلي بأن ذلك يقوم بناء على رضا المريض من أجل مصلحته وعلاجه، فالحاسب الآلي أصبح من أعوان الطب أو من مساعدي الطبيب.

فهل تظل الغلبة للإنسانية وحماية الحياة الخاصة باعتبار أنه يمكن اتخاذ وسائل أخرى للمكافحة والحماية بعيدة عن الحاسب الآلي الذي يهدد بانتشار المعلومات مما يجعل من هؤلاء المرضى طائفة من المنبوذين في المجتمع.

ومن ثم يجب الفصل بين المعلومات الطبية التي تدخل إلى الحاسب الآلي، والمعلومات التي تظل في الملف أو ذاكرة الطبيب. فلا يصح إدخال كل المعلومات دون تمييز إلى الحاسب الآلي وذلك لحماية هذه المعلومات من مخاطر الحاسب الآلي وحماية السر الطبي.

• تعريف المعلومة :

تعتبر المعلومة شيئاً غير مادي يصلح لأن يكون محلاً للحقوق المالية وعلى الأخص حق الملكية. وتقوم وكالات الأنباء ببيع ما تحصل عليه من معلومات أو أخبار.

والمعلومة قد تكون منتجاً أو سلعة مستقلة سابقة على الخدمة التي قد تكون المعلومة محلاً لها. فالمعلومة تتميز وتستقل عن الشكل المادي الذي تتمثل فيه، كتابة أو صوتاً أو صورة، وعن الخدمة التي تكون محلاً لها فهي بالضرورة سابقة على وجودها على لحظة تقديمها في صورة خدمة مثلاً. فالمعلومة شيء غير مادي متميز ومستقل لا يختلط بشكل تقديم المعلومة ولا بالخدمة التي تكون محلاً لها. ومن ثم فالمعلومة هي تعبير يستهدف جعل رسالة قابلة للتوصيل إلى الغير، بفضل علامة أو إشارة من شأنها أن توصل المعلومة للغير. فالتعبير وتوصيله إلى الغير يحقق وظيفة المعلومة وهي انتقال أو نقل المعرفة⁽²⁾.

• المقصود بالبيانات الشخصية :

يقصد بالبيانات الشخصية أو الإسمية تلك البيانات التي تتعلق بشخص معين⁽³⁾. ولا يشترط في هذه البيانات أن تكون متعلقة بالحياة الخاصة للأفراد. بل إنه يكفي أن تتعلق بالحياة المهنية للفرد أو حتى بحياته العامة أو انتماءاته

(1) د. نشوى رأفت إبراهيم أحمد، حماية الحقوق والحريات الشخصية في مواجهة التقنيات الحديثة، "البيانات الشخصية، المراسلات والمحادثات الشخصية، الحق في الصورة"، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2011م-2012م، ص112.

(2) د. حسام الدين كامل الأهواني، الحماية القانونية للحياة الخاصة في مواجهة الحاسب الإلكتروني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق-جامعة عين شمس، مجلد 32، العدد 1 و2، يوليو 1990م، ص4.

(3) د. حسام الدين كامل الأهواني، الحماية القانونية للحياة الخاصة في مواجهة الحاسب الإلكتروني، مؤتمر جامعة الكويت حول "القانون والحاسب الآلي"، مطبوعات جامعة الكويت ومؤسسة الكويت للتقدم العلمي، 1994م، ص113.

السياسية أو النقابية المعروفة⁽¹⁾. وإذا تعلقت المعلومات الخاصة للأفراد كأصوله العنصرية وحالته الطبية وسوابقه القضائية، فإن هناك حظراً يفرضه القانون وليس مجرد تنظيم لعملية جمع تلك المعلومات.

ومن ثم فإن القوانين التي تنظم جمع معلومات عن الأشخاص وبرمجتها بواسطة الكمبيوتر لا ترمي فقط إلى حماية الجانب الداخلي من حياته الخاصة فقط، بل إلى احترام كل ما يتعلق به، احتراماً لحرية الشخصية وليس اقتصاراً على حياته الخاصة⁽²⁾.

• شروط المعلومة الإلكترونية لكي تعتبر ذات طابع شخصي :

يشترط في المعلومة الإلكترونية لكي تعتبر ذات طابع شخصي أن تكون سرّاً يستحق الحماية:

- أن تكون هذه الأسرار ذات صلة بالشخص.
- أن تحظى بحرص صاحبها في إبقائها سرية بعيدة عن علم الغير.
- أن يكون من شأن الاعتداء على سرّيتها هذه احتمال الإضرار المادي أو المعنوي بصاحبها⁽³⁾.

• مخاطر الكمبيوتر على المعلومة الإلكترونية ذات الطابع الشخصي فيما يلي :

- تجمع الكثير من المؤسسات الكبرى والشركات الحكومية الخاصة الكثير عن الأفراد من بيانات متعددة ومفصلة تتعلق بالوضع المادي أو الصحي أو التعليمي أو العائلي أو العادات الاجتماعية أو العمل ... الخ، وتستخدم الحاسبات وشبكات الاتصال في تخزينها ومعالجتها وتحليلها والربط بينها واسترجاعها ومقارنته ونقلها⁽⁴⁾، وهو ما يجعل فرص الوصول إلى هذه البيانات على نحو غير مأذون به أو بطريق التحايل أكثر من ذي قبل، ويفتح مجالاً أوسع لإساءة استخدامها أو توجيهها توجيهاً منحرفاً أو خاطئاً أو مراقبة الأفراد وتعربة خصوصياتهم أو الحكم عليهم حكماً خفياً من واقع سجلات البيانات الشخصية المخزنة⁽⁵⁾.

- قد ينطوي النقل الرقمي للبيانات على عنف يستهدف حياة الأفراد وسلامتهم وإثارة الفوضى وإشاعة وتعطيل الأداء الطبيعي لنظم السيطرة والرقابة الإلكترونية⁽⁶⁾.

- سهّل انتشار النقل الرقمي للبيانات استراق السمع والتجسس الإلكتروني. ففي مجال نقل البيانات تتبدى المخاطر المهددة للخصوصية في عدم قدرة شبكات الاتصال على توفير الأمان المطلق أو الكامل لسرية ما ينقل من بيانات وإمكانية استخدام الشبكات في الحصول بصورة غير مشروعة عن بعد على المعلومات.

(1) د. محمد عبد المحسن المقاطع، نحو صياغة لمفهوم الحياة الخاصة للأفراد وضماناتها في مواجهة تهديدات الكمبيوتر، مؤتمر جامعة الكويت حول " القانون والحاسب الآلي"، مطبوعات جامعة الكويت ومؤسسة الكويت للتقدم العلمي، 1994م، ص188.

(2) د. غنام محمد غنام، دور قانون العقوبات في مكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت وجرائم الاحتيال المنظم باستعمال شبكة الكمبيوتر، دار الفكر والقانون- المنصورة، 2010م، ص99.

(3) د. أسامة العبيدي، حماية الحق في الحياة الخاصة في مواجهة جرائم الحاسب الآلي والإنترنت، المجلة العربية للعلوم الأمنية، مجلد 23، ع 46، ص56.

(4) د. محمود أحمد طه، المواجهة التشريعية لجرائم الكمبيوتر والإنترنت، دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون بالمنصورة، 2012م، ص 60.

(5) د. هشام فريد رستم، قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات، ط 1، مكتبة الآلات الحديثة بأسبوط، 1994، ص 180.

(6) د. يونس محمد العزب، الإطار القانوني للإرهاب الإلكتروني واستخدام الإنترنت لأغراض الإرهابية، بحث من مجلد استعمال الانترنت في تمويل الإرهاب وتجنيد الإرهابيين، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1433 هـ- 2012م، ص158.

- قد يقع اتلاف معلوماتي بتدمير واتلاف وتخريب المعلومات المخزنة بالنظام المعلوماتي ويتحقق ذلك بتدمير واتلاف وتخريب المعلومات المخزنة بالنظام المعلوماتي بحيث تصبح بلا معنى، ولا يمكن الاستفادة منها⁽¹⁾.

- باتت المعلومات الشخصية التي كانت فيما قبل منعزلة متفرقة، والتي كان التوصل إليها صعب ومتعذر، ثم أصبحت في بنوك المعلومات مجمعة متكاملة سهلة المنال⁽²⁾.

- احترام رغبة الأفراد في عدم إطلاع الغير على بيانات خاصة بهم أو عدم تعميم المعلومات التي تمسهم. فمكان إقامة الشخص وعنوانه وطبيعة عمله ومستوى تعليمه وديانته ومقدار دخله ورقم تليفونه وحالته الاجتماعية من حيث كونه متزوجاً أو غير ذلك، ومن حيث وجود أو عدم وجود أبناء له وحالة صحيفته الجنائية وغيرها من المعلومات الخاصة لها طابع شخصي مادام صاحبها لا يرغب في إطلاع الغير عليها⁽³⁾.

• هل تعتبر حماية المعلومة الشخصية جزء من حماية الحياة الخاصة :

لا تدخل حماية البيانات الشخصية كلها في إطار حماية الحياة الخاصة؛ وذلك على أساس أن البيانات الشخصية ليست كلها من عناصر الحياة الخاصة للفرد، إذ أن هناك بعض البيانات الشخصية تعتبر من عناصر الحياة الخاصة وهناك بيانات أخرى لا تعتبر من عناصر الحياة الخاصة⁽⁴⁾. ومن ثم فإن مفهوم البيانات الشخصية هو أي معلومة تتعلق بشخص طبيعي محدد هويته أو من الممكن تحديد هويته؛ ولعل هذا ما دفع المشرعين في كثير من الدول إلى أن يضع تشريعاً خاصاً بحماية البيانات الشخصية بعيداً عن حماية الحياة الخاصة⁽⁵⁾.

• اختلاف المعلومات الشخصية عن المعلومة المتعلقة بسمعة الأفراد وشرفهم :

قد تتعلق المعلومة الشخصية بسمعة الأفراد واعتبارهم، وقد لا تتعلق. فرقم تليفون منزل أحد الأشخاص لا يتعلق بسمعته واعتباره، أما سبق صدور حكم جنائي ضده فإنه يُعد أمر يتعلق بسمعته واعتباره. وقد أورد قانون العقوبات التقليدي من الأحكام ما يحمي سمعة الأفراد واعتبارهم ضد من يُسند إليهم - وخاصة بشكل علني - أمور لو صحت لاستوجب احتقارهم لدى بني وطنهم⁽⁶⁾. أما المعلومات الشخصية، فإنها تحتاج إلى تلك الحماية الجنائية التي لا تكفلها القواعد التقليدية في قانون العقوبات لأنها لا تمس الشرف والاعتبار، ولأنه لم يتم نشرها بطريق من

(1) د. عبد الحق حميش، حماية المستهلك الإلكتروني، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، الإمارات العربية المتحدة، 10-12 مايو 2003م، ص 1267؛ د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت في القانون العربي النموذجي، دار الفكر الجامعي، 2006م، ص 40؛ د. محمد نصر محمد عوض القطري، دراسة تطبيقية على الحماية الجنائية من الاتلاف المعلوماتي، مجلة الفكر الشرطي، المجلد الرابع والعشرون، العدد 93، أبريل 2015م، ص 144.

(2) د. محمود أحمد طه، المواجهة التشريعية لجرائم الكمبيوتر والانترنت، نفس المرجع السابق، ص 61.

(3) د. غنام محمد غنام، دور قانون العقوبات في مكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت وجرائم الاحتيال المنظم باستعمال شبكة الكمبيوتر، نفس المرجع السابق، بند 57، ص 101.

(4) د. سامح عبد الواحد التهامي، الحماية القانونية للبيانات الشخصية، دراسة القانون الفرنسي، القسم الأول، مجلة الحقوق الكويتية، مجلد 35، ع 3، سبتمبر 2011م، ص 380.

(5) على سبيل المثال: قانون حماية البيانات الأمريكي 1997، وقانون حماية البيانات الشخصية السعودي 1998.

(6) د. محمد عبد اللطيف عبد العال، مفهوم الشرف والاعتبار في جرائم القذف والسب، دار النهضة العربية، 2002م، بند 1، ص 5، هامش 1.

طرق العلانية، ولأنها ليست معلومات ذات طابع سري. لذا لا يبقى سوى إدخال نصوص خاصة لتحقيق تلك الغاية⁽¹⁾.

• أهداف الدراسة :

يرجع هذا الاهتمام إلى ما للحق في الخصوصية من ارتباط وثيق بمسألة أخرى بعيدة الأثر في حياة الفرد في المجتمع الذي يعيش فيه إلا وهي حرته وما يترتب عليه من صون لكرامته واحترام أدميته، فلا يتطفل عليه المتطفل فيما يرغب في الاحتفاظ به لنفسه، ولا تنتهك خصوصيته.

كما هدفت مراعاة التوازن بين مصلحة الفرد في صون أسرار حياته الخاصة والحفاظ قدر الإمكان على معلوماته الشخصية وبين مصلحة المجتمع في المساس بهذه الأسرار وكشفها في بعض الحالات الموجبة لذلك.

• إشكاليات البحث :

معرفة ما هو موقف النظام السعودي والتشريعات المقارنة من ، ومحل ونطاق وصور النشاط الإجرامي لجريمة الاعتداء على المعلومة الإلكترونية ذات الطابع الشخصي.

• منهج البحث :

لقد اعتمدنا في تناولنا لهذا البحث على منهج تأصيلي تحليلي كما يلي:

تناولت هذا البحث بالاستناد إلى المنهج الوصفي القائم على الاستقراء والتحليل، حيث قمت بدراسة المسائل القانونية الجزئية أو الفرعية المتشابهة دراسة معمقة، وذلك بغرض الكشف عن القاسم المشترك بينها.

كما اتبعت المنهج الاستنباطي (التحليلي)، حيث كنت أنطلق من قاعدة عامة لنقوم بتطبيقها على بعض القضايا، حيث استندت إلى القواعد العامة في القانون الجنائي لنرى إمكانية تطبيقها على توضيح صور النشاط الإجرامي لجريمة الاعتداء على المعلومة الإلكترونية ذات الطابع الشخصي.

ومن ثم ولعدم كفاية القواعد العامة في القانون الجنائي السعودي؛ لجأت إلى الاستعانة ببعض القوانين المقارنة؛ لتوضيح مدى الحاجة إلى نصوص خاصة تغطي الظواهر التقنية الجديدة في عالم الحواسب الآلية وخاصة الاعتداء على المعلومة الإلكترونية ذات الطابع الشخصي.

• خطة البحث :

يتبين مما أسلفنا، أن أربعة مسائل ستكون هي دعائم هذا البحث، وهي تتساوى في تقديري من حيث الأهمية بما يستوجب أن نخصص لكل منها مبحثاً مستقلاً كما يلي:

المبحث الأول : موقف النظام السعودي والتشريعات المقارنة من تجريم الاعتداء على المعلومة الإلكترونية ذات الطابع الشخصي.

المبحث الثاني : محل جريمة الاعتداء على المعلومة الإلكترونية ذات الطابع الشخصي.

المبحث الثالث : نطاق تجريم الاعتداء على المعلومة الإلكترونية ذات الطابع الشخصي في التشريع الفرنسي.

المبحث الرابع : صور النشاط الإجرامي لجريمة الاعتداء على المعلومة ذات الطابع الشخصي.

(1) د. غنام محمد غنام، دور قانون العقوبات في مكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت وجرائم الاحتيال المنظم باستعمال شبكة الكمبيوتر، نفس المرجع السابق، بند 59، ص 101 وما بعدها.

المبحث الأول: موقف النظام السعودي والتشريعات المقارنة من تجريم الاعتداء على المعلومة الإلكترونية ذات الطابع الشخصي:

تباينت موقف التشريعات المقارنة حول مدى تجريمها لهذه الصورة التي تنطوي على اعتداء على سرية المعلومة الشخصية، والتي يمكن تصنيفها إلى:

أولاً: تشريعات أصدرت قوانين خاصة أقرت فيها حماية جنائية خاصة إزاء هذه الاعتداءات التي تنطوي على حرمة الحياة الخاصة.

حيث أصدرت المملكة العربية السعودية الآتي:

1 - نظام التعاملات الإلكترونية لسنة 2007، حيث جرمت فيه الأفعال الآتية:

أ- ممارسة نشاط مقدم خدمات التصديق دون الحصول على ترخيص من الهيئة.

ب - استغلال مقدم خدمات التصديق المعلومات التي جمعها عن طالب الشهادة لأغراض أخرى خارج أنشطة التصديق، دون موافقة كتابية أو إلكترونية من صاحبها.

ج - إفشاء مقدم خدمات التصديق المعلومات التي اضطلع عليها بحكم عمله، ما لم يأذن له صاحب الشهادة - كتابياً أو إلكترونياً - بإفشاءها، أو في الحالات التي يسمح بذلك نظاماً.

2- أصدرت المملكة العربية السعودية نظام خاص بجرائم الكمبيوتر عام 2007، حيث ورد في المادة الثالثة العقاب على التجسس على النظام كما يلي:

يعاقب بالسجن مدة لا تزيد عن سنة وبغرامة لا تزيد على خمسمائة ألف ريال، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل شخص يرتكب أيّاً من الجرائم المعلوماتية الآتية ومنها، التصنت على ما هو مرسل عن طريق شبكة المعلوماتية أو أحد أجهزة الحاسب الآلي - دون مسوغ نظامي صحيح - أو التقاطه أو اعتراضه.

كما نص التشريع العماني في المادة 52 من قانون المعاملات الإلكترونية⁽¹⁾ على أنه مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون الجزاء العماني أو أي قانون آخر، يعاقب بالسجن لمدة لا تتجاوز سنتين وبغرامة لا تتجاوز خمسة آلاف ريال عماني أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من ...6- اخترق أو اعترض معلومات أو بيانات مشفرة أو قام بفض شفرتها عمداً دون مسوغ قانوني، وتضاعف العقوبة إذا كانت المعلومات أو البيانات تتعلق بسر من أسرار الدولة ... قام عمداً بطريقة غير مشروعة بنشر أو تسهيل نشر أو استعمال سجل إلكتروني أو توقيع إلكتروني أو فض شفرته. وتضاعف العقوبة إذا كان مرتكب الجريمة أميناً على ذلك السجل أو التوقيع بمقتضى مهنته أو وظيفته".

ثانياً: تشريعات عدلت قوانينها العقابية بما من شأنه شمولها بالتجريم لهذه النوعية من الاعتداءات.

أصدر المشرع الفرنسي قانون العقوبات في عام 1992 أقر في المادة (22/226) حماية البيانات الشخصية المخزنة على الكمبيوتر دون اشتراط أن تكون هذه البيانات سرية بطبيعتها، كما لم يشترط أن يكون من أطلع عليها بصورة غير مشروعة منتقياً إلى طوائف الأمناء على الأسرار التي ورد ذكرها في المادة 13/226 التي جرم فيها إفشاء

(1) صدر قانون المعاملات الإلكترونية العماني بالمرسوم الملكي 2008/69.

الأسرار المودعة في بنوك المعلومات والمأخوذة بطريقة مشروعة ممن له حق الاطلاع عليها، وذلك في الحالات التي يتم الحصول فيها على هذه المعلومات بشكل مشروع ضمناً لعدم إفلات الجاني في هذه الحالة من العقاب. كما نصت المادة 18/226 عقوبات على تجريم من يقوم بتخزين معلومات إسميه في ذاكرة الآلة دون موافقة صريحة من صاحب الشأن متى كانت تلك المعلومات تظهر بصورة مباشرة أو غير مباشرة الأصول العرقية أو الآراء السياسية أو الفلسفية أو الدينية أو الانتماءات النقابية أو الأخلاق الشخصية وذلك في غير الحالات الواردة بالقانون⁽¹⁾.

ثالثاً: تشريعات التزمت الصمت مكتفية بالنصوص التجريبية⁽²⁾.

التزمت بعض التشريعات الصمت إزاء تجريم الاعتداء على المعلومة الإلكترونية ذات الطابع الشخصي، ومنها المشرع المصري، حيث تجمل سياسته في مواجهة استخدام الإنترنت كوسيلة لارتكاب الجرائم التقليدية في تطبيق النصوص الجنائية التقليدية على هذه الجرائم⁽³⁾، تأسيساً على أن القاعدة العامة هي أن جميع الوسائل التي ترتكب بها الجريمة في نظر القانون سواء إلا ما استثني بنص خاص⁽⁴⁾.

(1) د. محمود أحمد طه، المواجهة التشريعية لجرائم الكمبيوتر والانترنت، نفس المرجع السابق، ص 63.

(2) مثل المشرع المصري اكتفى في كثير من الأحيان بالنصوص التقليدية ولكن مثل هذه النصوص لم تعد تكفي لمعالجة ما يطرأ على الساحة الإلكترونية من ظواهر جديدة.

(3) يقصد بالنصوص التقليدية الموجودة بقانون العقوبات. د. غنام محمد غنام، عدم ملاءمة القواعد التقليدية في قانون العقوبات لمكافحة جرائم الإنترنت، بحث في مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، كلية الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، 1 - 3 مايو سنة 2000م، ص 630.

(4) د. هدى حامد قشقوش، السياسة الجنائية لمواجهة الجريمة المعلوماتية، دار النهضة العربية، 2012م، ص 82 وما بعدها؛ د. عادل يحيى، السياسة الجنائية في مواجهة الجريمة المعلوماتية، ط 1، دار النهضة العربية، 2014م، ص 83.

المبحث الثاني: محل جريمة الاعتداء على المعلومة الإلكترونية ذات الطابع الشخصي:

عدّلَ المشرع الفرنسي قانون 6 يناير 1978 بشأن المعالجة الإلكترونية للبيانات الشخصية بمقتضى القانون رقم 2004-801 الصادر في 6 أغسطس 2004⁽¹⁾، وألغى بمقتضى هذا التعديل المادة 29 فقرة 1 التي أقرها المشرع بمقتضى التدخل التشريعي في 12 أبريل 2000.

وفي ظل التدخل التشريعي لقانون 6 يناير 1978 بمقتضى قانون 6 أغسطس 2004 تم وضع مفهوماً أكثر اتساعاً وأكثر دقة للبيانات الشخصية المدرجة بالبطاقات أيّاً كان نوعها، سواء كانت يدوية أو آلية أو الكترونية، يتفق مع أحكام اتفاقية الاتحاد الأوروبي، حيث تقضي المادة الثانية من قانون 6 يناير سنة 1978 المعدلة بمقتضى القانون رقم 2004-801 الصادر في 6 أغسطس 2004 على أن ينطبق هذا القانون على المعالجة التلقائية أو الآلية للبيانات ذات الطبيعة الشخصية، فضلاً عن المعالجات غير الآلية أو اليدوية للبيانات ذات الطبيعة الشخصية والتي تم تضمينها في ملفات، باستثناء المعالجات المستخدمة لممارسة الأنشطة الشخصية البحتة عندما يستوفي المسؤول عنها الشروط المنصوص عليها في المادة (5)⁽²⁾.

وتعتبر بيانات ذات طبيعة شخصية كل معلومة أو بيان يتعلق بشخص طبيعي محدد أو قابل للتحديد، بشكل مباشر أو غير مباشر، من خلال الإشارة إلى رقم بطاقة التحقيق الشخصية⁽³⁾ أو بالإشارة إلى واحد أو أكثر من العناصر التي تميزه، ويتعين لمعرفة ما إذا كان شخص ما يمكن تحديده، ينبغي أن يؤخذ في الاعتبار جميع الوسائل التي يمكن التعرف منها عليه أو تمكن من تحديده، ومن ثم ينبغي أن يؤخذ في الاعتبار جميع الوسائل للتمكن من التعرف منها عليه أو تمكن من الوصول إليه من خلال الاطلاع على بيانات المعالجة أو أي شخص آخر.

كما تقضي الفقرة الثالثة من المادة الثانية لقانون 6 يناير 1978 المعدل بمقتضى القانون الصادر في 6 أغسطس 2004 بأنه تعتبر معالجة للبيانات أو المعلومات ذات الطبيعة الشخصية كل عملية أو مجموعة من العمليات التي تجري على هذه البيانات، بغض النظر عن الطريقة المستخدمة، بما في ذلك جمعها وتسجيلها وتنظيمها وتخزينها أو حفظها، واقتباسها أو تعديلها، ومحوها، واستخدامها، والاطلاع عليها والكشف عنها بالنقل أو النشر أو خلاف ذلك مما هو متاح، وأيضاً غلقها أو محوها أو تلفها. ويعتبر بمثابة ملفاً للبيانات ذات الطبيعة الشخصية كل مجموعة من البيانات المنظمة والمستقرة للمعلومات ذات الطبيعة الشخصية والتي يمكن الوصول إليها وفقاً لمعايير محددة.

(1) وضع المشرع الفرنسي تعريفاً لمعالجة البيانات الشخصية، وذلك في المادة 2/3 من قانون حماية البيانات الشخصية، ووفقاً لنص المادة، فإن معالجة البيانات الشخصية هي "إجراء يتعلق بالبيانات الشخصية أيّاً كانت الطريقة المستخدمة في هذا الإجراء، وخاصة التجميع، التسجيل، التنظيم، الحفظ، التعديل، الاستخلاص، الاطلاع، الاستخدام، الإبلاغ عن طريق النقل، النشر، الربط، المنع، المحو والتدمير" ومن ثم، فمعالجة البيانات الشخصية تتضمن أي إجراء يتعلق بهذه البيانات أيّاً كانت الطريقة التي استخدمت في هذا الإجراء، فأى إجراء يتم اتخاذه ويكون متعلقاً بالبيانات الشخصية يعتبر في نظر القانون معالماً لهذه البيانات.

(2) د. شريف يوسف خاطر، حماية الحق في الخصوصية المعلوماتية، دراسة تحليلية لحق الاطلاع على البيانات الشخصية في فرنسا، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة المنصورة، ع 57، أبريل 2015م، ص 43.

(3) د. شريف يوسف خاطر، حماية الحق في الخصوصية المعلوماتية، نفس المرجع السابق، ص 44.

المبحث الثالث : نطاق تجريم الاعتداء على المعلومة الإلكترونية ذات الطابع الشخصي في التشريع الفرنسي :

تتمثل ضوابط نطاق تجريم الاعتداء على المعلومة الإلكترونية ذات الطابع الشخصي في التشريع الفرنسي في الآتي :

- يحمي المشرع بالتجريم البيانات الشخصية المرهجة أي تلك التي تتعلق به شخصياً.
- لا يلزم أن تكون هذه البيانات سرية بطبيعتها.
- لا يلزم في القائم ببرهجة هذه البيانات أن ينتمي إلى طوائف الأمناء على الأسرار الوارد ذكرها في المادة 13-226 من قانون العقوبات الفرنسي⁽¹⁾.
- يكفي في البيان أن يسمح بتحديد الشخص المقصود به سواء كان ذلك بشكل مباشر أو بشكل غير مباشر.
- لا يشترط أن يتعلق البيان بالحياة الخاصة بالفرد أو بجوانب معينة من شخصيته.
- لم يحدد القانون المقصود بالبيانات الشخصية التي يشملها التجريم، والأمر متروك للقاضي أن يقوم باستخلاص مفهوم تلك البيانات من خلال ما يتمتع به من سلطة تفسير النصوص في ضوء معطيات الواقع. فالمسألة هي من مسائل القانون المختلطة بالواقع، أي أنها من المسائل الموضوعية بتعبير آخر، يترك أمر تقديرها لقاضي الموضوع دون معقب عليه في ذلك من محكمة النقض⁽²⁾ إلا فيما يتعلق برقابة هذه المحكمة على تسبيب الأحكام⁽³⁾.
- لا يُعد تحديد صور البيانات الشخصية بطريقة مسبقة أمراً سهلاً؛ لأنه من المتصور أن تظهر في المستقبل صور من المعلومات التي يمكن اعتبارها بيانات شخصية؛ فمثلاً ظهور شبكة الإنترنت أدى إلى اعتبار الرقم الخاص بالكمبيوتر الشخصي (IP) بياناً شخصياً، وهو أمر لم يكن معروفاً قبل ذلك، ولم يكن من ثم في نطاق البيانات الشخصية⁽⁴⁾.
- ومن ثم فإن صور البيانات الشخصية لا يوجد لها حصر، وإنما هو مجرد ذكر أمثلة لها، وهذه الأمثلة هي التي جرى عليها العمل على اعتبارها بيانات شخصية، ولذا فإن النشاط الإجرامي يتوافر عند الاعتداء على هذه المعلومات الإلكترونية.

(1) Article 226-13: La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

(2) ويجد عدم خضوع الواقع لرقابة محكمة النقض مبرره في الدور المستهدف من هذه المحكمة من توحيد للتشريع من خلال توحيد أحكام القضاء، ولا يتحقق إلا من خلال رقابتها على القواعد القانونية التي تتسم بالعمومية، أما الوقائع فهي مجرد فروض خاصة تفتقد لخصيصة العمومية، وعلى نحو يجعل خضوعها لرقابة محكمة النقض دون جدوى. للمزيد راجع : د. عزمي عبد الفتاح، التمييز بين الواقع والقانون وتوزيع المهام الإجرائية في الخصومة المدنية على هذا الأساس كحل تأصيلي لمشكلة منع تغيير أساس الادعاء، دراسة تأصيلية مقارنة في القانون الكويتي والمصري والفرنسي، مجلة المحامي، الكويت، ص 9، أعداد أكتوبر ونوفمبر وديسمبر، 1986م، ص 50.

(3) نقض جنائي مصري، جلسة 21 نوفمبر سنة 1993، مجموعة أحكام النقض، ص 44، رقم 160، ص 1042؛ د. أمين مصطفى محمد، التمييز بين الواقع والقانون في الطعن بطريق النقض، دار النهضة العربية، 2002م، ص 20 وما بعدها؛ د. أحمد فتحي سرور، التمييز بين الواقع والقانون في النقض الجنائي، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الأول، السنة 14، يناير - مارس 1970م، ص 174 وما بعدها.

(4) د. سامح عبد الواحد التهامي، الحماية القانونية للبيانات الشخصية، دراسة القانون الفرنسي، القسم الأول، نفس المرجع السابق، ص 387.

- الاسم⁽¹⁾ واللقب :

يُعد اسم المريض هو أحد عنصري السر الطبي، وإن افشائه يتحقق باطلاع الغير عليه كله أو بعضه، ولا مشاحة أن ذكر اسم الشخص ضمن من أرسلوا للخارج للعلاج، إنما يكشف سره كمريض، بل يحمل على الاعتقاد بأنه مريض بمرض لا يجد له علاجاً بدولته بما يظهر الشخص على نحو يشوه صورته الصحية ويوحى بإصابته بمرض غير عادي، الأمر الذي ينتقص من حقه في الحصول على الرعاية الطبية دون أي علانية، كما يؤدي إلى المساس بكرامته ويهتك سر حالته الصحية، وهو ما يحرص على الحفاظ عليه ويكتمه عن الغير لاعتبارات يراها تمس مصالحه المالية أو العائلية أو الاجتماعية⁽²⁾.

- الصوت والصورة :

تُعد الصورة سواء كانت ثابتة أم متحركة، بيان شخصي يخضع للحماية القانونية، وكذلك الأمر بالنسبة إلى صوت الشخص، حيث أن التكنولوجيا الرقمية الحديثة قد سمحت بمعالجة الصوت والصورة ووضعهم على دعامة واحدة بجانب النص مما يؤدي إلى اعتبارهما بيانات شخصية يمكن معالجتها بطريقة منفصلة⁽³⁾.

المبحث الرابع : صور النشاط الإجرامي لجريمة الاعتداء على المعلومة ذات الطابع الشخصي :
أولاً : الالتقاط الذهني للمعلومة الالكترونية :

يقصد بالالتقاط الذهني للمعلومة الإلكترونية الالتقاط البصري أي الاستحواذ البصري على البيانات بمعنى حيازتها والتقاطها ذهنياً وبصرياً من الشاشة. ويتم هذا الالتقاط بالاختزان أو الحفظ الواعي أو العرضي للمعلومات أثر مطالعتها بالبصر إذا كانت قد ظهرت على شاشة الكمبيوتر على شكل مرئي أو بعد وصولها إلى الجهاز المستقبل إن تمثلت في صورة صوتية صادرة عن الأجهزة ويتصور وقوعه بإحدى طريقتين:

- طريقة مباشرة تتمثل في الدخول إلى البيانات أو المعلومات الشخصية بواسطة الكمبيوتر.

- الطريقة الثانية الاختراق عبر شبكة الإنترنت للوصول إلى تلك البيانات الشخصية⁽⁴⁾.

(1) اسم الشخص هو اللفظ الذي يستخدم عادة لتحديد الشخص وتمييزه عند غيره من الأشخاص. وقد يستخدم الاسم بالمعنى الضيق للدلالة على اسم صاحبه وحده وقد يستخدم بالمعنى الواسع لبيان اسم الشخص ولقبه. د. ممدوح خليل البحر، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بدون تاريخ نشر، بند 144، ص 291.

(2) د. حسام الدين كامل الأهواني، حماية الحق في الخصوصية في ظل قانون دولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي- الإمارات، المجلد 16، العدد 2، يوليو 2008م، ص 7 وما بعدها.

(3) د. سامح عبد الواحد التهامي، الحماية القانونية للبيانات الشخصية، دراسة القانون الفرنسي، القسم الأول، نفس المرجع السابق، ص 389 وما بعدها.

(4) د. محمد سامي السيد الشوا، الجرائم المستحدثة والبحث العلمي "جرائم الحاسب الآلي"، ندوة علمية حول دور البحث العلمي في معالجة مشكلة الجريمة والانحراف في الدول العربية، الرياض، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، 1421 هـ، ص 157.

ثانياً: اعتراض الرسائل المرسلة بطريق الكمبيوتر :

يتفق كل من الدخول غير المصرح به إلى نظام الحاسب الآلي والاعتراض غير المصرح به لهذا النظام في أن كل منهما يؤدي إلى نتيجة واحدة، وهي الوصول إلى معطيات غير مصرح للفاعل بالوصول إليها. فالفاعل في الحالتين إنما أراد أن يصل إلى المعلومات الكائنة داخل هذا النظام، وهو يعلم أنه غير مصرح له بذلك⁽¹⁾.

كما يختلف التداخل عن اعتراض الرسائل المرسلة بطريق الكمبيوتر، حيث يختلف اعتراض الرسائل المكتوبة والتي ترسل بطريق الكمبيوتر سواء بين جهازين عن طريق شبكة مغلقة أو بطريق الإنترنت عن التداخل. فالاعتراض لا يتضمن تداخلاً في نظام معين ينتمي إلى كمبيوتر معين، ولكنه يتمثل في التلصص على الرسائل المكتوبة المرسلة بين جهازين من الأجهزة وذلك في المسافة بين الجهاز الأول والجهاز الثاني. وقد يتم ذلك عن طريق وضع وسائل سلكية تتصل بالنظام أو بطريق التقاط الرسائل بوسائل التقاط حديثة وذلك عن بعد. ومادام هذا التلصص لا يتمثل في التداخل في نظام كمبيوتر معين فهو إذن لا يدخل في إعداد النشاط الذي تعاقب عليه بعض القوانين بوصفه تداخلاً. كما أنه لا يعتبر معاقباً عليه بوصف التصنت على المحادثات التي تجري في مكان خاص والذي تعرفه غالبية القوانين⁽²⁾.

ويمكن تشبيه اعتراض نظام الحاسب الآلي بالتصنت على محادثة تليفونية على سبيل المثال، فهو يعني معرفة محتوى اتصال قد يتم داخل نظام حاسب آلي واحد، أو بين نظامين مختلفين، أو بين عدة أنظمة ترتبط فيما بينها من خلال شبكة اتصالات، وذلك بالتقاط المعلومات التي يتضمنها هذا الاتصال⁽³⁾.

لذا تنبعت بعض التشريعات إلى ضرورة إيراد نص خاص لتجريم هذه الصورة من صور النشاط، حسماً لمشكلات قانونية قد تظهر بسبب صياغة النصوص التقليدية.

ومن الجدير بالإشارة، أنه لا يمكن في حالة الاعتراض غير المصرح به تحديد الجاني للمعلومات التي سوف يقوم بالتقاطها، حيث يلتقط الجاني المعلومات التي يتم إرسالها دون أن يكون له أي دور في تحديدها، إلا أن احتمال كون هذه المعلومات غير مفيدة للجاني نظراً لتحديده للمكان الذي يقوم بالتقاط المعلومات منه، والذي ينطوي بالضرورة على أهمية للفاعل، كما أن الجاني في هذه الحالة يقتصر دوره على مجرد التقاط المعلومات، دون أن يكون بيده أي تعديلات عليها فهو يلتقطها كما هي.

(1) د. نائلة عادل محمد فريد قوره، جرائم الحاسب الاقتصادية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2003م، ص 361.

(2) د. غنام محمد غنام، دور قانون العقوبات في مكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت وجرائم الاحتيال المنظم باستعمال شبكة الكمبيوتر، نفس المرجع السابق، بند 94، ص 132 وما بعدها؛ د. شيماء عبد الغني محمد عطا الله، الحماية الجنائية للتعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة بين النظامين اللاتيني والأنجلو أمريكي، دار النهضة العربية، 2005م، بند 76، ص 104.

(3) د. أحمد محمود مصطفى، جرائم الحاسبات الآلية في التشريع المصري، ط 1، دار النهضة العربية، 2010م، ص 257 وما بعدها.

ثالثاً: الإفشاء غير المشروع للبيانات :

إن المقصود بفعل الإفشاء⁽¹⁾ في هذه الجريمة نقل البيانات الشخصية من قبل المسيطر عليها بمناسبة معالجتها أو حفظها أو نقلها إلى شخص أو جهة غير مختصة بتلقي هذه البيانات، وليس المقصود إفشاء البيانات ممن تمكن من اختراق نظام المعلومات والحصول عليها، من خارج دائرة المختصين بمعالجتها، إذ أن الفعل في هذه الحالة مما يقع ضمن جريمة التوصل إلى نظام المعلومات والحصول على بيانات بقصد إفشائها. إفشاء البيانات الشخصية في هذه الجريمة يقع من قبل الموكل لهم حفظها وتخزينها ومعالجتها⁽²⁾.

(1) الإفشاء، هو سلوك إيجابي أو سلبي ينقل بمقتضاه الموظف إلى علم الغير أسراراً خاصة أوتمن عليها. د. غنام محمد غنام، الحماية الجنائية لأسرار الأفراد لدى الموظف العام، بدون دار نشر، 1988م، ص 67؛ ويعرف الإفشاء آخرون بأنه كل فعل إرادي يترتب عليه بطريق مباشر أو غير مباشر إعلام الغير بكل أو جزء من الواقعة التي تُعد سرا. ومتى حدث الإفشاء وقعت الجريمة تامة فلا يتصور فيها المشروع. للمزيد راجع د. إبراهيم حامد طنطاوي، الحماية الجنائية لسرية معلومات البنوك عن عملائها في ضوء القانون رقم 88 لسنة 2003، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2005م، ص 48. وفي اعتقادي أن مجرد الكشف عن واقعة لا يعتبر إفشاء للسرا، إنما يجب أن يحدد الشخص الذي تتصل به، باعتبار أن ذلك شرط لتصور المجني عليه في هذه الجريمة. وإن كان لا يشترط تحديد اسمه، وإنما يكفي أن تحدد بعض معالم شخصيته على نحو يمكن من التعرف عليه.

(2) د. علي عبود جعفر، جرائم تكنولوجيا المعلومات الحديثة الواقعة على الأشخاص والحكومة، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بدون تاريخ نشر، ص 447؛ د. بولين انطونيوس أيوب، الحماية القانونية للحياة الشخصية في محل المعلوماتية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009 م، ص 401 وما بعدها؛ يُعد الإفشاء نوع من إساءة استعمال المعلومات المعاقب عليها بوجه عام في المادة 21-226 من قانون العقوبات الفرنسي حيث نصت على الآتي:

“Le fait, par toute personne détentrice de données à caractère personnel à l'occasion de leur enregistrement, de leur classement, de leur transmission ou de toute autre forme de traitement, de détourner ces informations de leur finalité telle que définie par la disposition législative, l'acte réglementaire ou la décision de la Commission nationale de l'informatique et des libertés autorisant le traitement automatisé, ou par les déclarations préalables à la mise en oeuvre de ce traitement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende”.

ومع ذلك فوفقاً لقاعدة أن النص الخاص يقيد النص العام، فإنه يجب إعمال نص المادة 22-226 من قانون العقوبات في حالة الإفشاء حيث نصت على الآتي:

“Le fait, par toute personne qui a recueilli, à l'occasion de leur enregistrement, de leur classement, de leur transmission ou d'une autre forme de traitement, des données à caractère personnel dont la divulgation aurait pour effet de porter atteinte à la considération de l'intéressé ou à l'intimité de sa vie privée, de porter, sans autorisation de l'intéressé, ces données à la connaissance d'un tiers qui n'a pas qualité pour les recevoir est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende.

La divulgation prévue à l'alinéa précédent est punie de trois ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende lorsqu'elle a été commise par imprudence ou négligence.

Dans les cas prévus aux deux alinéas précédents, la poursuite ne peut être exercée que sur plainte de la victime, de son représentant légal ou de ses ayants droit”.

وبلاحظ أن المادة 22-226 عقوبات فرنسي تعاقب على إفشاء المعلومات الشخصية إذا كان من شأن ذلك أن يمس سمعة واعتبار صاحب الشأن، وأن المادة 13-226 عقوبات فرنسي في شأن إفشاء أسرار المهنة تعاقب على إفشاء معلومات – والتي تنص على الآتي:

La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. -

قد تتماثل مع النوع الأول من المعلومات.. فقد تستعين بعض الإدارات- والضرائب والشؤون الاجتماعية والسوابق القضائية – بأجهزة الكمبيوتر لتسجيل بيانات شخصية للأفراد، ويعتبر موظفوها من الأمناء على هذه الأسرار فإذا قام أحد منهم بإفشاء هذه الأسرار المبرمجة فإن الأمر يتعلق عندئذ بتعدد صوري للنصوص بين جريمة إفشاء المعلومات المبرمجة " مادة 22-226 عقوبات فرنسي وجريمة إفشاء أسرار المهنة مادة 13-226 عقوبات فرنسي. وحل هذا التنازع الصوري للنصوص يكون بإعمال قاعدة النص الخاص يقيد العام. فالنص الخاص بإفشاء أسرار المهنة يسري على ما يعتبر من أسرار المهنة وما لا يعتبر منتمين إلى هذه الطائفة. والحقيقة أن الأمر لا يثير صعوبة، إذ أن المشرع قد عمد إلى النص على عقوبة مماثلة في الجريمتين، وهي الحبس مدة لا تزيد على سنة والغرامة التي لا تزيد على 100 ألف فرنك. للمزيد راجع د. غنام محمد غنام، دور قانون العقوبات في مكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت وجرائم الاحتيال المنظم باستعمال شبكة الكمبيوتر، نفس المرجع السابق، بند 83، ص 121 وما بعدها.

وبتحليل السلوك الإجرامي في إفشاء غير المشروع البيانات الشخصية المعالجة آلياً وفقاً للتحديد القانوني الذي نص عليها قانون العقوبات الفرنسي كمثل :

ورد في المادة 21-226 معاقبة " كل شخص كان قد استقبل أو تلقى بمناسبة التسجيل أو التصنيف أو النقل أو أي إجراء آخر من إجراءات المعالجة الإلكترونية، بيانات إسمية من شأن إفشائها الإضرار باعتبار صاحب الشأن أو حرمة حياته الخاصة، وقام بنقلها إلى من لا حق له في العلم بها وإذا وقع هذا الإفشاء للبيانات الإسمية بطريق الإهمال تكون العقوبة هي الغرامة ولا تسري الدعوى العمومية وفقاً للفقرتين السابق الإشارة إليهما، إلا من خلال شكوى المجنى عليه أو ممثله القانوني، أو من له صفة في ذلك"⁽¹⁾.

ومن ثم يتبين لنا أن السلوك الإجرامي في هذه الصورة يتحقق بتوافر صورتين :

الصورة الأولى : تلقي أو حيازة البيانات الشخصية، سواء بقصد تصنيفها أو نقلها أو معالجتها تحت أي شكل.

الصورة الثانية : فعل إفشاء البيانات إلى شخص غير ذي صفة قانوناً، أي لا يكون من حقه الاطلاع عليها، فإذا فعل كان فعل الإفشاء لشخص من حقه الاطلاع على هذه البيانات، فإن النشاط المادي لا يُعد متوافراً وبالتالي لا تتحقق الجريمة.

ومن ثم يتطلب المشرع الفرنسي لقيام النشاط الإجرامي لهذه الصورة توافر الشروط الآتية⁽²⁾:

- أن يكون من شأن فعل الاعتداء أن يضر بالمجني عليه، وذلك باقتران فعل الإفشاء بالاعتداء على شرف الشخص أو اعتباره أو حرمة حياته الخاصة.

- أن يكون الإفشاء بدون رضا المجني عليه صاحب العلاقة وبالتالي لا تتحقق هذه الجريمة إذا كان فعل الإفشاء قد تم بناء على موافقة صاحب الشأن الصريحة⁽³⁾.

- أن يكون الإفشاء إلى شخص ليس له حق الاطلاع على هذه البيانات.

(1) Art.226-21: " Le fait, par toute personne détentrice de données à caractère personnel à l'occasion de leur enregistrement, de leur classement, de leur transmission ou de toute autre forme de traitement, de détourner ces informations de leur finalité telle que définie par la disposition législative, l'acte réglementaire ou la décision de la Commission nationale de l'informatique et des libertés autorisant le traitement automatisé, ou par les déclarations préalables à la mise en oeuvre de ce traitement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende.

(2) د. علي عبود جعفر، جرائم تكنولوجيا المعلومات الحديثة الواقعة على الأشخاص والحكومة، نفس المرجع السابق، ص 450.

(3) يجمع الفقه على أن من شروط صحة الرضاء الصادر من المجني عليه أن يصدر في الوقت الذي يعتد به للقانون، فإما أن يصدر قبل حدوث الفعل المكون للجريمة ويظل حتى تمام الفعل، أو أن يصدر في لحظة وقوع الاعتداء على الحق أو المصلحة محل الحماية الجنائية، وفي كلتا الحالتين يعتبر رضاء صحيح منتجاً لأثره في إباحة أو نفي الصفة الغير مشروعة للفعل. للمزيد راجع: د. عبد العظيم صابر دويب، مدى تأثير رضاء المجني عليه في مجال التجريم والعقاب، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق فرع بني سويف، جامعة القاهرة، 1996م، ص 97.

رابعاً: التهديد بالاستغلال غير المشروع للأسرار الشخصية :

يقصد بالتهديد، الضغط على إرادة المجني عليه عن طريق التوعّد بأذى أو شر معين سوف يلحقه المتهم بالمجني عليه⁽¹⁾. ومن ثم تقع هذه الجريمة بمجرد التهديد باستغلال ما يحصل عليه من أسرار ذات علاقة بالحياة الشخصية للأشخاص (إفشاء سر للمهدد يحرص على ألا يطلع عليه أحد) إذا لم يحصل على فوائد مادية ومعنوية في حالة عدم تلبيتهم لمطالبه⁽²⁾.

عبارة التهديد دالة بذاتها على أن الجاني سوف يقوم بنفسه بارتكاب الجريمة إذا لم يجب إلى طلبه غير لازم كفاية أن يكون قد وجه التهديد إلى المجني عليه وهو يدرك أثره من حيث إيقاع الرعب في نفسه وأنه يريد تحقيق ذلك الأثر، ومن ثم لا عبرة بالأسلوب أو القالب الذي تصاغ فيه عبارات التهديد متى كان المفهوم منها أن الجاني قد قصد ترويع المجني عليه على أداء ما هو مطلوب.

كما لا يشترط لقيام الجريمة أن تبعث رسالة التهديد إلى المراد تهديده مباشرة، بل يكفي إرسالها إلى شخص له بالمهدد صلة يتوقع معها أن يبلغه الرسالة.

تقوم هذه الجريمة بالتهديد مجرداً، ومن ثم كانت جريمة "نشاط بحت"، أي جريمة شكلية غير ذات نتيجة. وحين يصطحب التهديد بطلب أو بتكليف بأمر، فإن هذا الطلب أو التكليف لا يعد ركناً في الجريمة، وإنما مجرد ظرف مشدد لها، وهذا الظرف يقوم بمجرد الطلب أو التكليف في ذاته، أي أنه لا يقتضي تنفيذه، ويعني ذلك أن الظرف بدوره يقوم بفعل ولا يفترض نتيجة.

علة التجريم هنا أن هذه الصورة تنال بالاعتداء على حق المجني عليه في الشعور بالأمن والهدوء النفسي، ومن ثم تقترب من جرائم الاعتداء على سلامة الجسم⁽³⁾، إذ أن الحالة النفسية أحد عناصر الحق في سلامة الجسم. وإذا اصطحب التهديد بطلب أو تكليف بأمر فإن الاعتداء يمس حرية الإرادة كذلك، إذ يحتمل أن يستجيب المجني عليه إلى ما لم يكن يستجيب له لو كانت ارادته حرة.

خامساً: تجاوز الغرض أو الغاية من المعالجة :

معظم قوانين حماية معالجة البيانات الخاصة تفرض التزاماً على القائمين بعمليات جمع وتخزين ومعالجة البيانات يوجب تحديد الغرض من عملية معالجة البيانات في الطلب المقدم لجهات الرقابة على هذه الأنشطة.

ومن ثم فإن الغاية من معالجة البيانات بطريقة لا تتلاءم مع الغاية من تجميعها في تقييد البيانات الشخصية بالهدف الذي تم جمعها من أجلهن بحيث ينسجم أسلوب المعالجة مع الغاية من جمع البيانات، فيظل الهدف من جمع هذه البيانات حاكماً ومقيداً لكل إجراء من إجراءات معالجة البيانات الشخصية بعد ذلك. وأي إجراء يتعلق بمعالجة

(1) د. إبراهيم عيد نايل، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار الثقافة الجامعية، بدون تاريخ نشر، ص 295؛ د. رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار الفكر العربي، بدون تاريخ نشر، ص 421؛ د. ممدوح خليل بحر، حماية الحق في الحياة الخاصة في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1983م، ص 226؛ د. صفية بشاتن، الحماية القانونية للحياة الخاصة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري - تيزي أوزو، الجزائر، 2012م، ص 395.

(2) د. أسامة العبيدي، حماية الحق في الحياة الخاصة في مواجهة جرائم الحاسب الآلي والإنترنت، نفس المرجع السابق، ص 70.

(3) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، ط 2، بدون دار نشر، 1994م، بند 588، ص 427 وما بعدها.

البيانات الشخصية يجب أن يكون متلائماً مع الهدف من جمعها، فلا يجوز أن يكون هناك عدم تلاؤم بين الغاية من جمعها ومعالجتها⁽¹⁾.

فعندما يقوم شخص بالتعامل مع جهة معينة وتطلب منه هذه الجهة بعض البيانات الشخصية لتقديم خدمة معينة له، فإنه لا يجوز إجراء أي معالجة لهذه البيانات الشخصية إلا في إطار تحقيق ذلك الهدف وهو تقديم الخدمة لذلك الشخص، أما إذا تم معالجتها لأي هدف آخر غير ذلك - كانت المعالجة غير مشروعة.

ومن ثم يتحقق النشاط الإجرامي بمجرد الانحراف عن الغرض أو الغاية من المعالجة الإلكترونية للبيانات التي تلقاها الشخص القائم على المعالجة سواء لتسجيلها أو تصنيفها أو نقلها.

ومن ثم يفترض الانحراف عن الغرض أو الغاية من المعالجة الإلكترونية للبيانات الشخصية الحصول أولاً على هذه البيانات بصورة مشروعة، غير أن الجاني ينحرف عن الغرض المقصود منها. على سبيل المثال يُعد النشاط المادي لهذه الجريمة مرتكباً فيما لو استغل الجاني البيانات الخاصة لشخص ما في الكشف عن مصادر ثروته أو لمعرفة مركزه المالي أو في الاستدلال عليه لمصلحة معينة⁽²⁾.

وأيضاً، إذا قامت أحد الشركات بتجميع بصمات العاملين في نظام الكتروني بهدف التأكد من حصول كل عامل على أجره فيُعد هذا تجاوزاً؛ لأن هذه المعالجة لا تنسجم إطلاقاً مع الهدف من جمعها وهو إنشاء نظام للتأكد من تسلم الأجر.

وتأسيساً على ذلك، صدر حكم قضائي في 16 يوليو سنة 1969 في ألمانيا الاتحادية: بشأن اختزان المعلومات الشخصية في الحاسبات الآلية الحديثة وما ينتج عنها من تعدي على الحرية الشخصية حيث قضت المحكمة الدستورية هناك بأنه: مما يتعارض وكرامة الإنسان أن تلجأ الحكومة إلى إرغام الأفراد على تسجيل ما يتعلق بشؤونهم الخاصة وبما يمس أشخاصهم كأدبيين، ورأت المحكمة أن هذا التدخل يُعد تطفلاً على الحياة الخاصة من جانب الحكومة وهو أمر غير دستوري باعتبار أن الشخصية الإنسانية لها حرمتها ويجب أن يتاح للفرد التمتع بخصوصيته بدون تعدي من المجتمع، ثم قررت المحكمة أن ذلك ليس معناه بالضرورة اعتبار كل تدخل خاص بأخذ معلومات عن الأفراد يعتبر تجاوزاً أو تعدياً على الكرامة الإنسانية وحرية الأفراد، وأن الفرد باعتباره عضو في المجتمع يجب أن يقبل إلى حد ما قدراً من الدراسات الإحصائية اللازمة للحكومة في التخطيط العلمي وتمكينها من إصدار أحكام سليمة بناء على هذه البيانات الإحصائية، وألا تتعدى ذلك وألا يعتبر فيها إساءة للأشخاص عندما تشمل نواحي الحياة الخاصة والتي هي من صميم الخصوصية، أما إذا تناولت الدراسة السلوك الخارجي فإنها تعتبر غير متعارضة مع الشخصية الإنسانية⁽³⁾.

سادساً: الجمع والتخزين غير المشروع للبيانات الشخصية :

تم استخدام تعابير مختلفة كتسمية هذه الجريمة، منها مثلاً استخدام تعبيرات التسجيل والحفظ غير المشروع، واستخدام كذلك تعبيرات المعالجة غير المشروعة أو غيرها، إلا أنه وبغض النظر عن التعبيرات المستخدمة، فإن

(1) د. سامح عبد الواحد التهامي، الحماية القانونية للبيانات الشخصية، دراسة القانون الفرنسي، القسم الأول، نفس المرجع السابق، ص 419.

(2) د. أسامة عبد الله قايد، الحماية الجنائية للحياة الخاصة وبنوك المعلومات، دراسة مقارنة، ط 2، دار النهضة العربية، 1992م، ص 99.

(3) أشار إليه د. محمد رشاد قطب إبراهيم، الحماية الجنائية لحقوق المتهم وحرياته، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1432 هـ - 2011م، ص 295.

المقصود هو جميع الأفعال من جمع أو تسجيل أو حفظ أو تخزين أو معالجة التي تتم في نطاق الأنشطة المعروفة بالمعالجة الآلية للبيانات الشخصية في نظم المعلومات⁽¹⁾.

أما عن صفة عدم المشروعية التي تلحق أفعال الجمع والتخزين، قد يكون مصدرها أساليب الحصول على البيانات أو مضمون وطبيعة هذه البيانات⁽²⁾.

ويتمثل النشاط الإجرامي بتجميع أو حفظ أو تخزين أو معالجة البيانات الشخصية على نحو غير مشروع بانتهاج إحدى الوسائل أو الطرق غير المشروعة⁽³⁾ ذات الطبيعة التقنية مثل:

- تجمع كثير من الجهات الحكومية أو الخاصة عن الأفراد بيانات عديدة ومفصلة في أثناء تعامل هؤلاء الأفراد معهم، هذه البيانات قد تتعلق بالوضع العائلي أو المادي أو الوظيفي أو التعليمي أو الصحي ومما لا شك فيه أن تجميع هذه البيانات قد يكون مهما لسير العمل بالنسبة إلى هذه الجهات، وخاصة بالنسبة إلى الجهات الإدارية التابعة للدولة إذ إن طلب هذه البيانات الشخصية يكون مهما لتقديم الخدمة التي يطلبها هذا الفرد على خير وجه. ويتمثل الخطأ الأكبر في قيام الجهات الخاصة بتجميع البيانات الشخصية مثل الشركات التجارية والفنادق ... الخ.

ولا تقتصر الجهات الخاصة على تجميع البيانات الضرورية لتقديم خدماتها للفرد، بل إنها في كثير من الأحوال تتعدى ذلك إلى تجميع كثيرة أكثر من المطلوب. ويرجع ذلك إلى تطبيق هذه الجهات لنظرية حديثة في التسويق هي نظرية التسويق المباشر، حيث تقوم هذه المؤسسات بتسويق منتجاتها قد يكون ذلك عن طريق التليفون أو الموبايل، فتجد من يقتحم عليك خط الهاتف وعنده بياناتك، ومن ثم يعرف احتياجات العملاء وأذواقهم وسلوكياتهم في الشراء بهدف الاقتراب أكثر إلى العميل، بل إن بعض المنشآت التجارية تقوم بمنح منتجات أو خدمات مجانية للعملاء وذلك بهدف واحد هو جمع بيانات شخصية عن هؤلاء العملاء⁽⁴⁾.

ويتم تجميع البيانات الشخصية عبر شبكة الإنترنت عن طريق تقنية تسمى (كوكيز)، وهي ملف يقوم الموقع الخاص بالمنشأة التجارية بزرقه على القرص الصلب للكمبيوتر الخاص بمستخدم الإنترنت عند زيارته لهذا الموقع،

(1) د. علي عبود جعفر، جرائم تكنولوجيا المعلومات الحديثة الواقعة على الأشخاص والحكومة، نفس المرجع السابق، ص 442.

(2) د. بولين انطونيوس أيوب، الحماية القانونية للحياة الشخصية في محل المعلوماتية، نفس المرجع السابق، ص 392 وما بعدها.

(3) على سبيل المثال، نصت المادة 18-226 من قانون العقوبات الفرنسي على معاقبة جمع المعلومات الإسمية بطريقة التدليس أو الخديعة أو أي طريق غير مشروع كما يلي:

Le fait de collecter des données à caractère personnel par un moyen frauduleux, déloyal ou illicite est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende.

كما نصت المادة 1-18-226 من قانون العقوبات على معاقبة " إجراء معالجة لمعلومات اسميه تتعلق بشخص طبيعي رغم معارضة ها الشخص، متى كانت هذه المعارضة تقوم على أسباب مشروعة".

Le fait de procéder à un traitement de données à caractère personnel concernant une personne physique malgré l'opposition de cette personne, lorsque ce traitement répond à des fins de prospection, notamment commerciale, ou lorsque cette opposition est fondée sur des motifs légitimes, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende.

كما نصت المادة 17-226 من قانون العقوبات الفرنسي على معاقبة كل من أجرى أو طلب إجراء معالجة الكترونية، دون أن يأخذ كل الاحتياجات المجدية لضمنا أمن هذه المعلومات، وعلى وجه الخصوص من تشويهها أو إتلافها أو الوصول إليها من شخص غير مصرح له بذلك كما يلي:

Art.226-17: " Le fait de procéder ou de faire procéder à un traitement de données à caractère personnel sans mettre en oeuvre les mesures prescrites à l'article 34 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 précitée est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende.

(4) د. سامح عبد الواحد التهامي، الحماية القانونية للبيانات الشخصية، دراسة القانون الفرنسي، القسم الأول، نفس المرجع السابق، ص 398 وما بعدها.

هذا الملف يمكن ان يتم فيه تخزين العديد من المعلومات عن مستخدمي الإنترنت مثل المواقع التي يقوم بزيارتها والمنتجات التي يفضل شراءها، بالإضافة إلى اسمه وعنوانه ورقم الهاتف ورقم بطاقة الائتمان وعنوان البريد الإلكتروني الخاص به، وأي بيانات أخرى يقوم مستخدم الإنترنت بكتابتها في أثناء قيامه بالتجول على الشبكة⁽¹⁾.

- تجميع معلومات شخصية محظورة دون موافقة صاحبها كما يلي :

يقصد بذلك جمع معلومات تتعلق بالأصل العنصري للشخص أو بآرائه السياسية أو الدينية أو الفلسفية أو تتعلق بانتماءاته النقابية أو أخلاقياته العامة، وذلك إذا حدث ذلك بدون موافقة صريحة من صاحب الشأن⁽²⁾.

ومؤدى ذلك أن الجريمة تقوم من المتهم الذي يحرص على إخفاء ما يقوم به من أعمال تتمثل في تجميع البيانات الشخصية المحظورة أصلاً.

كما أن تجميع عناوين البريد الإلكتروني للأشخاص دون علمهم يعتبر تجميعاً غير مشروع للبيانات الشخصية يستحق فاعله العقاب⁽³⁾.

وتعتبر هذه الجريمة من الجرائم المستمرة مادام النشاط المؤثم يتمثل في وضع أو الحفاظ في ذاكرة النظام معلومات شخصية محظورة. وتنتهي الجريمة بانتهاء حالة الاستمرار⁽⁴⁾. وبالتالي لا تبدأ مدة التقادم في الاحتساب إلا من تخلي المتهم عن هذه البيانات⁽⁵⁾.

(1) يونس عرب، المخاطر التي تهدد الخصوصية وخصوصية المعلومات في العصر الرقمي، دراسة منشورة على موقع: www. Arablaw.org بتاريخ 2002م، ص 9 وما بعدها.

(2) د. غنام محمد غنام، دور قانون العقوبات في مكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت وجرائم الاحتيال المنظم باستعمال شبكة الكمبيوتر، نفس المرجع السابق، بند 83، ص 118؛ كما عاقبت المادة 19-226 من قانون العقوبات الفرنسي من يقوم بهذه الأعمال حيث نصت على معاقبة "تخزين معلومات إسمية في ذاكرة آلية، دون موافقة صريحة من صاحب الشأن، متى كانت هذه المعلومات تظهر بصورة مباشرة أو غير مباشرة الأصول العرقية أو الآراء السياسية أو الفلسفية أو الدينية أو الانتماءات النقابية أو الأخلاق الشخصية، وذلك في غير الأحوال الواردة في هذا القانون، وينطبق ذلك أيضاً على المعلومات الإسمية المتعلقة بالجرائم أو العقوبات أو التدابير المحكوم بها".

Art.226-19: "Le fait, hors les cas prévus par la loi, de mettre ou de conserver en mémoire informatisée, sans le consentement exprès de l'intéressé, des données à caractère personnel qui, directement ou indirectement, font apparaître les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses, ou les appartenances syndicales des personnes, ou qui sont relatives à la santé ou à l'orientation sexuelle ou à l'identité de genre de celles-ci, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait, hors les cas prévus par la loi, de mettre ou de conserver en mémoire informatisée des données à caractère personnel concernant des infractions, des condamnations ou des mesures de sûreté".

(3) د. سامح عبد الواحد التهامي، الحماية القانونية للبيانات الشخصية، دراسة القانون الفرنسي، القسم الأول، نفس المرجع السابق، ص 415.

(4) د. عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، دار النهضة العربية، 2007، ص 398.

(5) د. أحمد شوقي أبو خطوة، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، دار النهضة العربية، 2003، ص 182؛ د. محمد عوض الأحوال، انقضاء سلطة العقاب بالتقادم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، بدون تاريخ نشر، بند 90، ص 178.

الخاتمة :

تبين في بعض الأحوال أن ثمة أفعالاً جديدة ترتبط باستعمال الكمبيوتر لا تكفي النصوص القائمة لمكافحتها، من ذلك الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة. هذا النوع من الاعتداء لا يعاقب عليه في قانون العقوبات إلا إذا كان مرتبطاً بمكان خاص. أما تجميع معلومات عن الأفراد وتسجيلها في الكمبيوتر، فإنه لا يخضع للتأثير وفقاً للقواعد العامة. كما أن التداخل في نظام الحاسب الآلي وتغيير البيانات، فهي صور جديدة لا يعرفها قانون العقوبات قبل ظهور الكمبيوتر نفسه. كل ذلك يؤكد قصور القواعد التقليدية في القانون الجنائي عن مكافحة هذا النوع الجديد من الجرائم.

ومن ثم لجأ الكثير من التشريعات إلى إدخال تشريعات جديدة تعالج جرائم الكمبيوتر على وجه الخصوص، كما أصبح من الضروري مراجعة القواعد التقليدية لمواءمتها مع الحاجة المتجددة بسبب ظهور وانتشار الكمبيوتر.

وعلى الرغم من الحاجة إلى مراجعة القواعد الجنائية التقليدية لمواجهة جرائم الكمبيوتر، وعلى الرغم من سن التشريعات الخاصة لمواجهة صور معينة من هذه الجرائم، فإن المشرع في البلاد العربية لم يستشعر بعد الحاجة إلى التدخل لمواجهة هذا النوع من الجرائم بنصوص خاصة.

ويتأسس رأينا على سبيل المثال، فيما يتعلق " بالتعدي علي سرية المحادثات الشخصية فنرى عدم صلاحية النصوص التقليدية المجرمة للتصنت على المحادثات التي تجري في مكان خاص، نظراً لأن التجريم هنا يقتصر على الحصول على حديث أو صورة بصورة غير مشروعة، في حين أن البيانات المعالجة آلياً سواء الشخصية أو تلك المتعلقة بالحياة الخاصة ليست فقط صوت أو صورة وإنما تشمل كذلك البيانات المسجلة آلياً.

ومن ثم تناولت هذه الدراسة في أربع مباحث، حيث تناولت في المبحث الأول، موقف النظام السعودي والتشريعات المقارنة من تجريم الاعتداء على المعلومة الإلكترونية ذات الطابع الشخصي، وتناولت في المبحث الثاني، محل جريمة الاعتداء على المعلومة الإلكترونية ذات الطابع الشخصي، ثم تناولت في المبحث الثالث، نطاق تجريم الاعتداء على المعلومة الإلكترونية ذات الطابع الشخصي في التشريع الفرنسي، وأخيراً تناولت في المبحث الرابع، صور النشاط الإجرامي لجريمة الاعتداء على المعلومة ذات الطابع الشخصي.

وننتج عن هذا البحث عدة نتائج وتوصيات، وهي كما يلي:

أولاً: النتائج :

- تعتبر البيانات شخصية عنصر من عناصر الحياة الخاصة ومنها لا يتعلق بالحياة الخاصة، وبالتالي فإن قواعد حماية الحياة الخاصة لا تكفي لحماية البيانات الشخصية في مواجهة إجراءات المعالجة.
- لا تقع البيانات الشخصية تحت حصر.
- يجب وضع عدة التزامات موضوعية وإجرائية على عاتق من يقوم بمعالجة البيانات الشخصية.
- يجب وضع تشريع لحماية البيانات الشخصية على غرار التشريع الفرنسي.
- يجب عند الدخول إلى الإنترنت قراءة الشروط بعناية التي تطلبها بعض المواقع للموافقة على الدخول إليها.

- العمل على زيادة الدور التوعوي الذي يقوم به الإعلام؛ لتوعية الأفراد إلى عدم الإفراط في إفشاء بياناتهم الشخصية.

ثانياً : توصيات :

- يجب العمل على إيجاد نوع من التوازن بين حرية المعلومات واستخدامها من جهة وحماية الفرد وأسراره وخصوصياته من جهة أخرى.

- إيجاد تشريع خاص لحماية البيانات والمعلومات الشخصية للأفراد من إساءة استخدام بنوك المعلومات

- تجريم حالات جمع البيانات الشخصية دون سبب مشروع مثل التداول غير المرخص به للمعلومات والإفشاء غير المشروع للمعلومات، واستخدام المعلومات في غير الغرض المخصص لها

- يجب وضع اسم الجهة القائمة على معالجة البيانات والغاية منها وذلك لمراقبة التناسب بين البيانات التي تم جمعها وبين الهدف من المعالجة. فيجب أن يكون البيان المراد الحصول عليه وتخزينه متناسباً مع الهدف الذي تستهدفه المعالجة، كما يجب أن يتناسب الهدف مع مهمة ووظيفة الجهة القائمة بالمعالجة

- تلتزم الجهة القائمة على المعالجة بعدم نقل البيانات للغير أو نشرها إلا للأشخاص المتوقع اطلاعهم عليها وفقاً للغرض من المعالجة . وهذا الالتزام قانوني وليس مصدره علاقة تعاقدية، ويتعلق هذا الالتزام بالنظام العام وبالتالي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفه.

هكذا أتمنى أن أكون - بهذا الجهد المتواضع - قد أسهمت في إلقاء الضوء على تجريم الاعتداء على المعلومة الإلكترونية ذات الطابع الشخصي بين الواقع والمأمول، ومن ثم فهذا هو جهدي، فإن كنت قد وفقت فله الفضل والمنة وإلا فحسبي أني اجتهدت تاركاً المجال لأساتذتي وزملائي، لتكملة ما اعتور هذه الدراسة من نقصان، وتصحيح ما شابها من أخطاء وأخيراً لعلي أكون قد وفقت، وحققت بعض ما استهدفت.

وفى خاتمة هذا البحث لا يسعني إلا أن أشكر الله عز وجل أولاً وآخرأً على أن يسر لي إتمامه على الوجه الذي يرضيه عني إن شاء الله وأن يجعله خالصاً لوجهه الكريم .

❖ المراجع :

أولاً : المراجع العامة :

- د. إبراهيم عيد نايل :
- شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار الثقافة الجامعية، بدون تاريخ نشر.
- د. أحمد شوقي أبو خطوة :
- شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، دار النهضة العربية، 2003.
- د. رؤوف عبید :
- جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار الفكر العربي، بدون تاريخ نشر.
- د. عبد الرؤوف مهدي :
- شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، دار النهضة العربية، 2007.
- د. مأمون محمد سلامة :
- قانون العقوبات، القسم الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، دار الفكر العربي - القاهرة، 1981-1982م.
- د. محمود نجيب حسني :
- شرح قانون العقوبات القسم الخاص، ط 2، بدون دار نشر، 1994م.
- ثانياً : المراجع الخاصة :
- د. إبراهيم حامد طنطاوي :
- الحماية الجنائية لسرية معلومات البنوك عن عملائها في ضوء القانون رقم 88 لسنة 2003، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2005م.
- د. أحمد محمود مصطفى :
- جرائم الحاسبات الآلية في التشريع المصري، ط 1، دار النهضة العربية، 2010م.
- د. أسامة عبد الله قايد :
- الحماية الجنائية للحياة الخاصة وبنوك المعلومات، دراسة مقارنة، ط 2، دار النهضة العربية، 1992م.
- د. أمين مصطفى محمد :
- التمييز بين الواقع والقانون في الطعن بطريق النقض، دار النهضة العربية، 2002م.
- د. بولين انطونيوس أيوب :
- الحماية القانونية للحياة الشخصية في محل المعلوماتية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009م.

د. شيماء عبد الغني محمد عطا الله :

- الحماية الجنائية للتعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة بين النظمين اللاتيني والأنجلو أمريكي، دار النهضة العربية، 2005م.

د. عادل يحيى :

- السياسة الجنائية في مواجهة الجريمة المعلوماتية، ط 1، دار النهضة العربية، 2014م.

د. عبد الفتاح بيومي حجازي :

- مكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت في القانون العربي النموذجي، دار الفكر الجامعي، 2006م.

د. علي عبود جعفر:

- جرائم تكنولوجيا المعلومات الحديثة الواقعة على الأشخاص والحكومة، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بدون تاريخ نشر.

د. غنام محمد غنام :

- دور قانون العقوبات في مكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت وجرائم الاحتيال المنظم باستعمال شبكة الكمبيوتر، دار الفكر والقانون- المنصورة، 2010م.

- الحماية الجنائية لأسرار الأفراد لدى الموظف العام، بدون دار نشر، 1988م.

د. محمد عبد اللطيف عبد العال :

- مفهوم الشرف والاعتبار في جرائم القذف والسب، دار النهضة العربية، 2002م.

د. محمود أحمد طه :

- المواجهة التشريعية لجرائم الكمبيوتر والانترنت، دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون بالمنصورة، 2012م.

د. ممدوح خليل البحر:

- حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بدون تاريخ نشر.

د. هدى حامد قشقوش:

- السياسة الجنائية لمواجهة الجريمة المعلوماتية، دار النهضة العربية، 2012م.

د. هشام فريد رستم:

- قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات، ط 1، مكتبة الآلات الحديثة بأسسيوط، 1994م.

ثالثاً: رسائل الماجستير والدكتوراه :

د. صفية بشاتن :

- الحماية القانونية للحياة الخاصة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري - تيزي أوزو، الجزائر، 2012م.

د. عبد العظيم صابر دويب :

- مدى تأثير رضاء المجني عليه في مجال التجريم والعقاب، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق فرع بني سويف، جامعة القاهرة، 1996م.

د. محمد رشاد قطب إبراهيم :

- الحماية الجنائية لحقوق المتهم وحرياته، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1432 هـ - 2011م.

د. محمد عوض الأحول :

- انقضاء سلطة العقاب بالتقادم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، بدون تاريخ نشر.

د. ممدوح خليل بحر:

- حماية الحق في الحياة الخاصة في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1983م.

د. نائلة عادل محمد فريد قوره :

- جرائم الحاسب الابداعية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2003م.

د. نشوى رأفت إبراهيم أحمد:

- حماية الحقوق والحرية الشخصية في مواجهة التقنيات الحديثة، "البيانات الشخصية، المراسلات والحادثات الشخصية، الحق في الصورة"، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2011م-2012م.

رابعاً: أبحاث الدوريات والمؤتمرات :

د. أحمد فتحي سرور:

- التمييز بين الواقع والقانون في النقص الجنائي، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الأول، السنة 14، يناير-مارس 1970م.

د. أسامة العبيدي :

- حماية الحق في الحياة الخاصة في مواجهة جرائم الحاسب الآلي والإنترنت، المجلة العربية للعلوم الأمنية، مجلد 23، ع 46.

د. حسام الدين كامل الأهواني :

- الحماية القانونية للحياة الخاصة في مواجهة الحاسب الإلكتروني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق - جامعة عين شمس مجلد 32، العدد 1 و 2، يوليو 1990م.

- الحماية القانونية للحياة الخاصة في مواجهة الحاسب الإلكتروني، مؤتمر جامعة الكويت حول " القانون والحاسب الآلي"، مطبوعات جامعة الكويت ومؤسسة الكويت للتقدم العلمي، 1994م.

- حماية الحق في الخصوصية في ظل قانون دولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي - الإمارات، المجلد 16، العدد 2، يوليو 2008م.

د. سامح عبد الواحد التهامي :

- الحماية القانونية للبيانات الشخصية، دراسة القانون الفرنسي، القسم الأول، مجلة الحقوق الكويتية، مجلد 35، ع 3، سبتمبر 2011م.

د. شريف يوسف خاطر:

- حماية الحق في الخصوصية المعلوماتية، دراسة تحليلية لحق الاطلاع على البيانات الشخصية في فرنسا، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة المنصورة، ع 57، أبريل 2015م.

د. عبد الحق حميش :

- حماية المستهلك الإلكتروني، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، الإمارات العربية المتحدة، 10-12 مايو 2003م.

د. عزمي عبد الفتاح :

- التمييز بين الواقع والقانون وتوزيع المهام الإجرائية في الخصومة المدنية على هذا الأساس كحل تأسيلي لمشكلة منع تغيير أساس الادعاء، دراسة تأصيلية مقارنة في القانون الكويتي والمصري والفرنسي، مجلة المحامي، الكويت، س 9، أعداد أكتوبر ونوفمبر وديسمبر، 1986م.

د. غنام محمد غنام :

- عدم ملاءمة القواعد التقليدية في قانون العقوبات لمكافحة جرائم الإنترنت، بحث في مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، كلية الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، 1 - 3 مايو سنة 2000م.

د. محمد سامي السيد الشوا :

- الجرائم المستحدثة والبحث العلمي "جرائم الحاسب الآلي"، ندوة علمية حول دور البحث العلمي في معالجة مشكلة الجريمة والانحراف في الدول العربية، الرياض، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، 1421 هـ.

د. محمد شلال العاني :

- الحماية الجنائية للبيانات المعالجة إلكترونياً، مجلة الفكر الشرطي، مركز بحوث الشرطة، القيادة العامة لشرطة الشارقة، الإمارات، المجلد 11، ع 1، ابريل 2002م.

د. محمد عبد المحسن المقاطع :

- نحو صياغة لمفهوم الحياة الخاصة للأفراد وضماداتها في مواجهة تهديدات الكمبيوتر، مؤتمر جامعة الكويت حول "القانون والحاسب الآلي"، مطبوعات جامعة الكويت ومؤسسة الكويت للتقدم العلمي، 1994م.

د. محمد نصر محمد عوض القطري :

- دراسة تطبيقية على الحماية الجنائية من الاتلاف المعلوماتي، مجلة الفكر الشرطي، المجلد الرابع والعشرون، العدد 93، أبريل 2015م.

يونس عرب :

- المخاطر التي تهدد الخصوصية وخصوصية المعلومات في العصر الرقمي، دراسة منشورة على موقع: WWW. Arablaw.org بتاريخ 2002م.

د. يونس محمد العزب :

- الإطار القانوني للإرهاب الإلكتروني واستخدام الإنترنت لأغراض الإرهابية، وهذا بحث من مجلد استعمال الانترنت في تمويل الإرهاب وتجنيد الإرهابيين، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1433 هـ - 2012م.

التعليمات والمنشورات الإدارية بين الطبيعة الضمنية الداخلية والوظيفة التنظيمية (دراسة مقارنة)

Les instructions et les circulaires administratives

entre la nature implicite interne et la fonction réglementaire (étude comparative)



إعداد : الدكتور أحسن رابحي
أستاذ القانون العام المشارك
كلية القانون جامعة الشارقة
دولة الإمارات العربية المتحدة

الملخص : على الصعيد الإداري يمكننا أن نحصي عددا كبيرا من الوثائق ذات القيمة القانونية المتفاوتة، وهنا نميز بين النصوص الإدارية الخارجية أي القواعد الصادرة عن الإدارة العامة والموجهة إلى التأثير في المراكز القانونية للأفراد، والتي تتفرق بين القرارات الإدارية التي تعبر عن الإرادة المنفردة للإدارة، وكذا العقود الإدارية التي تعبر عن إرادة الإدارة المتصلة بإرادة الطرف المتعاقد معها، إلى جانبها نجد النصوص الإدارية الداخلية أو المعايير الإدارية الضمنية والتي تشمل التعليمات أو المنشورات الإدارية، التوجيهات وأخيرا الإجراءات الإدارية الداخلية، وكل هذه الوثائق موجهة للتنظيم الإداري الداخلي، فهي لا تتصل بالمراكز القانونية للأفراد، الأمر الذي جعل رجال القانون يخرجونها - في البداية - من دائرة النصوص القانونية الخاضعة للرقابة القضائية الإدارية، بحكم افتقارها لبعض الخصائص المميزة للقواعد القانونية، لاسيما قاعدتي العمومية والتجريد.

لكن هذا الحل قد أثار عدة إشكالات قانونية، لأنه أدى إلى "تخصين" بعض الأعمال التنظيمية من الرقابة القضائية، وذلك قد شكل خطرا حقيقيا على المراكز القانونية للأفراد، الأمر الذي جعل القضاء الإداري - اليوم - يتجه نحو

تعزيز رقابته على مثل هذه الوثائق أيضا رغم أنها تختلف جذريا عن القرارات الإدارية، أما مسألة المعيار المعتمد لتحديد انعقاد اختصاصه فقد شكلت مهمة صعبة للغاية، بسبب الطابع المختلط لهذه التدابير في سياق حالات معينة، حيث تظهر كوثائق إدارية داخلية من حيث شكلها الخارجي، أما جوهرها فقد يتضمن بعض الجوانب التنظيمية بسبب توحي الإدارة المصدرة لها إعطاء بعض التؤوليات والتفسيرات للنصوص القانونية العامة، من أجل تيسير تطبيقها على الصعيد الإداري، كل هذه المعطيات، جعلت القضاء الإداري في الأنظمة المعاصرة بما فيها النظامين الجزائري والفرنسي - يقبلان دعاوى الإلغاء المرفوعة ضد هذه الوثائق، متى تضمنت بعض الجوانب التنظيمية الخارجة عن النطاق الإداري الداخلي، وهذا الحل شكل استثناء من القاعدة العامة القاضية بإخراج هذه التدابير من نطاق الرقابة القضائية.

Le résumé :

La présente étude, a trait aux mesures d'ordre intérieur, notamment les circulaires et /ou instructions et leur place en tant que source de droit administratif. C'est une étude comparée entre le droit administratif français et celui algérien. Traditionnellement, les circulaires et instructions sont considérées comme des actes administratifs unilatéraux mais non **des actes exécutoires**, c'est-à-dire des actes ne pouvant pas modifier l'ordonnancement juridique ou pour utiliser un concept consacré, **ne faisant pas grief**. En effet, il est acquis par la doctrine et la jurisprudence voire le législateur lui-même, que pour son organisation et son fonctionnement interne, l'administration publique, par le biais de ses responsables hiérarchiques (Premier ministre, ministres, préfets, walis voire le Chef de l'Etat), est habilitée à édicter des normes adressées aux fonctionnaires pour application. Ces documents internes contiennent soit des instructions sur le comportement à tenir par les fonctionnaires vis-à-vis des fonctionnaires du service public, soit des explications et des interprétations sur des lois et règlements à appliquer. Elles ne peuvent sortir de ce cadre notamment l'interprétation. Et parce que elles sont destinées pour les subordonnés au niveau des administrations, en principe, elles ne font pas grief aux administrés, qui ne sont d'ailleurs pas censés en avoir pris connaissance.

Or, ce principe guidant l'édition de ces mesures d'ordre intérieur que sont les circulaires et instructions, n'est pas totalement respecté par les responsables administratifs, en ce sens que certaines de ces circulaires et instructions **peuvent** contenir des dispositions à caractère réglementaire, c'est-à-dire à caractère général. Dès lors, la question qui se pose (**la problématique**), c'est, quelle est la position du juge administratif en la matière ? La réponse (**à la problématique**) est que, la position du juge, que ce soit en France ou en Algérie, a été sans ambages : les circulaires et les instructions qui font griefs, sont susceptibles de recours devant le juge de l'excès du pouvoir et donc susceptibles d'annulation. En France, deux arrêts de principe, ont consacré cette position du juge ; il s'agit notamment des arrêts du Conseil d'Etat respectivement celui de 1954 « Institution Notre-Dame de Kreisker » et de celui de 2002 « Mme DUVIGNÈRES ». En Algérie, il s'agit d'abord de l'arrêt de la chambre administrative de la Cour Suprême de 1980 dénommé « SN

SEMPAC C/OAIC» (du temps de l'unité de juridiction). Mais plus tard, le Conseil d'Etat, lui aussi a consacré dans ses arrêts, solennellement ce principe (l'ère de la dualité de juridiction). Par ailleurs, il faut ajouter que le législateur et pour permettre aux citoyens de déférer ces mesures d'ordre intérieur devant le juge administratif, que ce soit en France ou en Algérie, a édicté des textes juridiques, obligeant les administrations publiques, à publier les circulaires et instructions qu'elles édictent et ce par tout moyen approprié. L'objectif visé, étant le contrôle du respect du principe de légalité.

مقدمة :

تمثل الإدارة العامة ظاهرة معقدة جدا تتسم بمرونة كبيرة وحركية واسعة، فهي تعكس التصورات السياسية والاقتصادية والاجتماعية لدولة ما خلال فترة زمنية معينة¹، الأمر الذي جعل رجال القانون الأوائل يستخلصون بأن الدولة لا تمثل سوى مجموعة من الإدارات العامة المتناسقة من أجل تحقيق المصلحة العامة، لذلك فهي لا تمثل سلطة للإكراه أو سلطة قيادية، بل مجرد واقعة قانونية².

هذا يعني بأن الدولة تحاول أن تظهر في شكل ارتباط وتعاون بين الإدارات العامة، تحتكر عملية تأطيرها وإدارتها مع منحها مجال معين من الحرية والاستقلالية، من أجل التخفيف من جمود الارتباط الرئاسي³، كما تسهر على تحسين أداءها الوظيفي بتدعيمها ببعض امتيازات السلطة العامة، بما يسمح لها بالتأثير في المراكز القانونية للأفراد بما تملك من تدابير⁴، من هذا المنظور فإن الإدارة العامة تشكل - فعلا - التعبير الحقيقي لسلطة الدولة⁵.

هذا الاستخلاص يجد تفسيره أيضا من الوسائل القانونية المخولة للإدارة العامة من أجل تحقيق هذه السبل، وهنا نلاحظ وجود توازي بين المعيارين العضوي والتنظيمي في تشكيلة ووظائف الإدارة العامة، من جهة المعيار العضوي حيث تتكون هذه الأخيرة من عدد ضخم من الموظفين المرتبطين فيما بينهم، في إطار تدرج وتبعية فيما يسمى بمبدأ التدرج الإداري الرئاسي، ومن جهة أخرى المعيار التنظيمي حيث تتولى الإدارة العامة (بمفهومها الواسع) إصدار حجم ضخم من النصوص التنظيمية⁶، ابتداء من الأوامر والمراسيم الرئاسية التي يسنها رئيس الجمهورية ثم المراسيم التنفيذية التي يسنها الوزير الأول، ثم القرارات التنظيمية ذات الاستعمال الواسع من طرف الوزراء، وأخيرا التنظيمات الإدارية المختلفة التي تختص بسنها - عادة - الإدارات المرؤوسة في السلطة التنفيذية.

إن تضخم الأعباء الملقة على كاهل الإدارة العامة بالموازاة مع تباين مجالاتها ووظائفها وأهدافها، كل ذلك أثر إيجابا على نمو المعايير الإدارية المستعملة لتلبية هذه الحاجات، حيث أصبحت تتجه نحو تغطية مساحات واسعة جدا، بواسطة نصوص مختلفة تماما تبعا لحاجة المصلحة العامة، وهذا الوضع ساهم بقسط كبير في تنمية وتكثيف النماذج الرئيسية لهذه الوثائق تبعا للأهداف الموكلة إليها، من أجل تيسير عمل مجموع المرافق والوحدات الإدارية الخاضعة لها، في إطار

¹ Voir - Burdeau (G), l'Etat, Ed seuil, 6^{ème} édition, Paris, 2001, p 36.

² Voir - Duguit (L), traité de droit constitutionnel, Ed Fontenois, Paris, 1911.

³ Voir - Burdeau (G), le statut du pouvoir dans l'Etat, 4^{ème} édition, LGDJ, Paris, 2000.

⁴ Voir - Chevallier (J), l'Etat de droit, LGDJ, 6^{ème} édition, Paris, 1998, p 164.

⁵ Voir - Beaud (O), la puissance de l'Etat, PUF, Paris, 2004, p 88.

⁶ Voir - Haberle (P), l'Etat de droit, Dalloz, Paris, 2006, p 37 et s.

أكثر تناسب وأكثر تناسق وأكثر توافق¹، وهو ما دفع جانب من الفقه الفرنسي إلى القول بأن "الوظيفة الإدارية في فرنسا قد أصبحت تقترب من أهداف الوظيفة التنفيذية الرامية إلى تحديد سبل تنفيذ القوانين². إن المهام المتعلقة بتنظيم وتوجيه النشاط الإداري الداخلي في الاتجاه الذي تحده الخطة الإدارية، إضافة إلى غايتها في ضمان السير المنتظم والمعتدل للمصالح الإدارية المختلفة، فرضت على الإدارة العامة إنتاج وسائل قانونية ذاتية من أجل شرح وتفسير ونقل النصوص التشريعية والتنظيمية على مستوى علاقاتها الداخلية بين موظفيها، وهو الأمر الذي ارتبط سريعا بالتعليمات أو المنشورات.

من جهتها عبرت مستشارة مجلس الدولة الفرنسي الأستاذة "وينر" (C) Wiener عن هذه المسألة بقولها: "إن القوانين والمراسيم - ورغم نشرها في الجريدة الرسمية - إلا أنها تبقى مجرد إلهام بالنسبة للموظفين الإداريين، ما لم تكن متبوعة بتعليمات إدارية دقيقة ومحددة³، كما عبر عنها أيضا مواطنها الفقيه "ديروش" (H) Déroche الذي استخلص بأنه: "عمليا لا يمكننا تطبيق النصوص التشريعية أو التنظيمية ما لم تكن متبوعة بمراسيم تنفيذية، وحتى هذه الأخيرة أصبحت غير قادرة على تحريك النشاط الإداري بمفردها لعدم كفايتها، وهو الأمر الذي جعل موظفي الإدارات العامة في حاجة مستمرة إلى الاستعانة بتعليمات أو منشورات الأجهزة المركزية⁴، هذه النتيجة - بدورها - تقودنا للقول بأننا أمام تضافر جهود سلطتين متوازيتين، من جهة السلطة التشريعية التي تسن القوانين، ومن جهة أخرى سلطة الإدارة العامة الممثلة بواسطة الوزراء والمسؤولين الإداريين، الذين يضعون موضع التطبيق هذه القوانين بما يملكون من تعليمات أو منشورات إدارية.

لكن الملاحظ أن التنظيمات العامة (الأوامر والمراسيم) التي تصدرها الأجهزة الإدارية الرئاسية (رئيس الجمهورية والوزير الأول) يمكنها كذلك أن تشكل المادة الأولية التي تتكون منها التعليمات والمنشورات، لذلك يتعين على الرؤوسين الإداريين احترامها من خلال الاعتماد عليها كإطار مرجعي "مشتق" *dérivée* عند صياغة نصوصهم الداخلية من أجل ضمان وحدة وتجانس العمل الإداري، وهو الأمر الذي يدل على وجود تدرج معياري داخلي على مستوى كل النصوص القانونية التي تسنها السلطة التنفيذية على اختلاف أجهزتها⁵.

من هذه الزاوية يظهر بأن إمكانية سن التعليمات أو المنشورات الإدارية من قبل الرئيس الإداري غير مستندا على الطبيعة المادية أو الموضوعية للأعمال التي يقوم بها، بل يتركز أساسا على السلطة الإدارية التي يتمتع بها في مواجهة الرؤوسين، وبذلك فإن هذه الوثائق لا تشكل نصوصا لتفعيل النشاط الإداري فحسب، بل تمثل كذلك المظهر الحقيقي للسلطة أو القيادة الإدارية⁶، وفي هذه الحالة تكون هذه النصوص ملزمة بالنسبة للأشخاص المخاطبين بها

¹ Voir - Boissard (S), le pouvoir hiérarchique au sein de l'administration française, in C.F.P (les cahiers de la fonction publique), N° 223, Paris, 2003, P 4.

² Voir - Lécros (R), le pouvoir de dérogation de l'administration, thèse de doctorat en droit, université de Lille France, 2009, P 190.

³ Voir - Wiener (C), recherches sur le pouvoir réglementaire des ministres, éd LGDJ, Paris, 2002, P 185.

⁴ Voir - Déroche (H), les mythes administratifs, éd PUF, Paris, 2006, P 176.

⁵ تشكل التعليمات أو المنشورات الإدارية وسائل حيوية وعملية لتداول المعلومات داخل الأجهزة الإدارية، لذلك فإن تحديد نطاقها الموضوعي يمثل أمرا مستحيلا، بحكم صدورها من جهات مختلفة وامتدادها على نطاق واسع جدا يشمل كل الإدارات المعنية بمحتواها، وهذه النتيجة يمكن تفسيرها من جهتين، أولا لأنه من الصعب تصور الحد الذي ينتهي فيه تنفيذ هذه النصوص، وثانيا لأنه من الصعب كذلك تحديد السلطات التي تملك اختصاص سن هذه التدابير بشكل حصري. نظرا لتشعبها وتنوعها من الناحية العملية.

⁶ Voir - Debbasch (C) et Pinet (M), les grands textes administratifs, éd Sirey, Paris, 1994, P 273.

لارتباطها بمبدأ التدرج الإداري الرئاسي، وضرورة احترام العلاقة الرئاسية السلمية في أداء الأعمال والوظائف الإدارية، وكل مخالفة لهذا التحديد القانوني من شأنها تحريك الجزاءات التأديبية بشكل سريع ومباشر¹. في مقابل كل هذه التطورات اصطدم رجال القانون بمشكل جوهري يتعلق بصعوبة تعميم الطابع التنظيمي على كل التدابير الإدارية، فالتعليمات والمنشورات الإدارية تمثل تدابير متصلة بتنظيم النشاط الداخلي للإدارة العامة، لذلك فهي تقتصر للخصائص الرئيسية التي تتمتع بها التنظيمات العامة وهذه هي القاعدة، لكن الاستثناء يتعلق بقدرة البعض منها على التأثير في النظام القانوني العام الذي يحكم الإدارة العامة، وهذه النتيجة سمحت لبعض رجال القانون في فرنسا بتغيير موقفهم إزاءها بإدراجها ضمن طائفة المعايير القانونية الضمنية، *les normes administratives implicite*، وهو الأمر الذي فتح النقاش مجددا حول الطبيعة القانونية الحقيقية لهذه الوثائق². بناء على كل هذه المعطيات يراودنا تساؤل كبير وجوهري مفاده:

في إطار التشابه والتجانس الشكلي والموضوعي بين التعليمات والمنشورات هل يمكننا القول بأننا بصدد اصطلاحين مختلفين أم وجهين لعملة واحدة، وهل أن طبيعتها الإدارية الداخلية وعدم قدرتها على التأثير في المراكز القانونية للأفراد بصفة مباشرة، كافتين لإخراجها من دائرة النصوص الإدارية التنظيمية المنشأة للقانون، ومن ثم استبعادها من نطاق دعاوى الإلغاء؟

هذا ما سوف نحاول الإجابة عنه من خلال هذا البحث الذي فضلنا تقسيمه إلى مبحثين رئيسيين:

*تضمن المبحث الأول- حدود التشابه والاختلاف بين التعليمات والمنشورات.

*في حين تضمن المبحث الثاني- موقف القضاء الإداري من ظاهرة التعليمات أو المنشورات.

المبحث الأول- حدود التشابه والاختلاف بين التعليمات والمنشورات :

في الحقيقة فقد وجد الفقه والقضاء الإداريين صعوبة كبيرة في تحديد تعريف شامل وممتنع لهذه النصوص، وذلك بسبب تضخم أوجه استعمالها، علاوة على اختلاط وانحلال المفاهيم المرتبطة بها، فإذا كانت "معركة" الفصل بين هذه الوثائق والتدابير الإدارية الداخلية الأخرى قد تم تجاوزها بعد عناء كبير، فإن "المعركة" المستحدثة تتعلق بسبل البحث عن عناصر جديدة لتمييز التعليمات عن المنشورات، الأمر الذي تم رفضه من قبل بعض المفكرين نظرا لتلازم وتطابق المفهومين، بينما لقيت هذه المغايرة عناية كبيرة من قبل مفكرين آخرين، الذين وجدوا بأن المسألة "أعقد بكثير مما كنا نتصور".

¹ Voir – Plantey (G), « fonction publiques, traité générale », éd Litec, Paris, 2013, P 352.

² ليست التعليمات أو المنشورات الإدارية احتكارا وظيفيا بالنسبة لأعضاء الحكومة دون غيرهم، إذ يمكنها أيضا أن تصدر من الرؤساء الإداريين للإدارات المركزية وكذا المصالح الخارجية التابعة لها، لاسيما الجماعات اللامركزية وهيئات عدم التركيز الإداري، وذلك من أجل توسيع نطاق تطبيق القانون وتوصيل التوجيهات والتعليمات والتوصيات الرئاسية إلى أصغر الوحدات الإدارية المرؤوسة، وهنا نقصد بالرئيس الإداري ذلك الموظف الذي تم تنصيبه على رأس مرفق أو مديرية أو مصلحة إدارية من أجل تسيير وتوجيه وقيادة نشاطها، مع امتداد سلطته الرئاسية على كل الموظفين والأعوان التابعين للوحدة الإدارية الخاضعة لاختصاصه، والملمزمين بصفة صارمة باحترام أوامره وتعليماته.

Sur ce point d'analyse Voir – Fombeur (P), les circulaires impératives sont des actes faisant grief, in RFDA (Revue Française de Droit Administratif), N° 4, Paris, 2003, P 287.

المطلب الأول- ماهية التعليم أو المنشور :

استخلص جانب من الفقه الفرنسي بأنه ما يشكل نقطة ضعف بالنسبة للقانون الإداري، هو عدم وضوح وعدم دقة المصطلحات التي يستعملها¹، فعلا نلاحظ بأن الفقه والقضاء الإداريين يستعملون بشكل متكرر اصطلاح التعليم أو المنشور من أجل تنمية المعارف، وتكييف الوقائع المشكلة لأنظمة القانونية.

ومع ذلك فإنهما لم يصلا بعد إلى تحديد تعريف جامع لهذه الظاهرة، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى امتداد نطاق استعمال هذه الوثائق، الأمر الذي جعل القضاء الإداري يعطيها معنى واسع جدا وغير ثابت، وذلك بدوره قد ساهم في عرقلة الجهود الفقهية في تحديد تعريف نهائي لها².

ومهما يكن من أمر فإن النظرة الأولى لهذا الاصطلاح توحى بأنه ينحدر من فعل "نشر"، الذي يستتبع فكرة توزيع ونشر معلومات معينة، وهذه الفكرة - بدورها- تقودنا لتكييفه كأداة إدارية ذات استعمال واسع، من أجل أداء وظيفة تداول المعلومات بين المصالح المركزية للوزارة، أو بينها وبين مصالح عدم التركيز³.

وهكذا فإن الوزير أو السلطة التدريجية يستعملان هذه الأداة من أجل توجيه تصرفات المسؤولين، وذلك من خلال إعلامهم بالتأويل الذي يتعين إعطاؤه لنص معين، أو السياسة الواجب إتباعها بخصوص مشكل ما، بغرض إيضاح الاتجاه الذي يتعين توجيه النشاط الإداري في خضمه.

وهكذا يظهر بأن تسمية "منشور" ليست وحدها التي توحى إلى فكرة النشر، بل حتى وظيفته الأساسية المتمثلة في تداول المعلومات بين مختلف المكاتب والمصالح التابعة للمرفق أو للإدارة المعنية، هي الأخرى توحى إلى ذات الفكرة⁴.

وهكذا يمكن تعريف المنشورات أو التعليمات الإدارية بأنها نصوص مكتوبة تصدر إما عن وزير (منشور وزاري)، أو عن رئيس مصلحة لإدارة عمومية، تتضمن أوامر صادرة من رؤساء المرافق إلى الموظفين الخاضعين لسלטتهم، من أجل تفسير وتطبيق القوانين واللوائح، أو لإحداث تغيير في التنظيم الداخلي للإدارة⁵.

وتتفاوت الأهمية القانونية لهذه الوثائق بصورة رئيسية بحسب ما إذا نظر إليها من جانب الموظفين أو من جانب الأفراد الذين تطبق عليهم، حيث يتميز المنشور أو التعليم بالسمة الإلزامية حيال الموظفين، بمعنى أنهم ملزمون به وبالامتثال بما ورد فيه من توجيهات، لضبط تفسير القانون الذي اشتمل عليه.

هذه السمة الإلزامية مشتقة من واجب الطاعة الرئاسية الواقع على الموظف حيال رئيسه، وعلى العكس من ذلك فإن المنشور أو التعليم لا يتمتع بأي قوة قانونية إلزامية تجاه الأفراد إذ لا يحتج به عليهم، خاصة وأن التفسير الذي يرد به لا يقيد الفرد، فهذا الأخير يكون ملزما بالقانون ذاته، وليس بالتأويلات الإدارية الداخلية التي تعطى له⁶.

إن كثافة استعمال التعليمات أو المنشورات الإدارية، بالموازاة مع تباين مجالات تطبيقها، كل ذلك خلق تعقيدات كثيرة بالنسبة لرجال القانون، من أجل تحديد طبيعتها الحقيقية، وكذا تصنيفها النهائي ضمن طائفة المعايير القانونية.

¹ Voir- Waline (M), empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique, faut-il tuer les catégories juridiques ? Mélanges Daben, éd Sirey, Paris, 1985, P 359.

² Voir- Mehl-Mignot (H), approche des normes et hiérarchie des normes suivant les situations juridiques, éd LGDJ, Paris, 2002, P 335.

³ Voir - Robert (P), dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Paris, 2006, p 63.

⁴ Voir - Morand-Deville (J), cours de droit administratif, éd Montchrestien, Paris, 2001, P 310.

⁵ Voir - Guillien (R) et Vincent (J), Lescique des termes juridiques, 14^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2009.

⁶ Voir - Bennamla (S), souplesse du pouvoir réglementaire en Algérie, mémoire de magistère, option administration et finance, université d'Alger, 2010, p117. Voir aussi - Genéviève (K), vers une définition jurisprudentielle de la circulaire administrative, in « petites affiches », Paris, 4 Mars 2003, P 19 et S.

وفي هذا الصدد فقد أدرج جانب من الفقه الفرنسي التعليمات أو المنشورات ضمن نطاق الأعمال الإدارية غير المنشأة للقانون، وإذا كان تعميم اصطلاح الأعمال الإدارية الداخلية على التعليمات أو المنشورات من قبل بعض رجال القانون، فإن في ذلك تحريف للحقيقة لأن هذا الاستخلاص لا يكون سليماً بصفة مطلقة في كل الحالات، لذلك يتعين إخراجها من هذه الدائرة وإعطاءها مكانة الواقعية، نظراً لتميزها عن سائر الوثائق الإدارية الأخرى¹، التعليمات أو المنشورات تتضمن عادة توجيهات أو توصيات أو تفسيرات صادرة من قبل الوزراء أو رؤساء المصالح الإدارية، وموجهة إلى الموظفين الإداريين المعنيين بسير النشاط الإداري المقصود بهذه الوثائق.

وعليه فمن الخطأ - على حد تعبيرهم - تقديم حل قاطع ونهائي بخصوص تحديد أبعاد هذه الوثائق، لأنها تتميز بحركية مستمرة، فقد تتخذ شكل تأويلات أو تفسيرات، وقد تتخذ شكل توصيات أو توجيهات، وأخيراً قد تتخذ طبيعة تنفيذية عندما تتعلق بتحديد طرق تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية، لاسيما لما تتعلق بتقديم الحل للملائم بشأن حالة خاصة أو حالة فردية معروضة أمام الجهاز الإداري، على ضوء الإطار الموضوعي الذي تحده النصوص القانونية العامة².

وهو الاتجاه الذي تبناه جانب آخر من الفقه الفرنسي مضيفاً بأن احتواء التعليمات أو المنشورات على بعض العناصر التنظيمية بسبب اتصالها بالنصوص التشريعية أو التنظيمية، لا يجعل منها نصوصاً تنظيمية بذاتها، أو بالأحرى نصوصاً قانونية، ذلك لأن تطبيق النصوص القانونية العامة بواسطة التعليمات أو المنشورات، لا يعني أنه بإمكان هذه الأخيرة تحديد مسبقاً محتوى هذه النصوص عن طريق تفصيلها وإبراز عناصرها الرئيسية، أو الإجراءات الواجبة الإلتزام من أجل ضمان التطبيق الأمثل لها، أو توضيح مظاهر الرقابة الإدارية الممكن تقريرها بشأنها، أو المواعيد الواجبة الاحترام إن كان لها مجال لذلك... الخ، كل هذه الإشارات تبين بأن التعليمات أو المنشورات قد وجدت أصلاً من أجل تفصيل وتحليل وتيسير تطبيق نص قانوني موجود مسبقاً، ولا تتولى بنفسها خلق قواعد قانونية بذاتها، الأمر الذي جعل منها نصوصاً تابعة أو ملحقة وليست نصوصاً منشأة للقانون بذاتها³.

لذلك استنتج أنصار هذا الرأي بأنه لا يوجد أي داعي للبحث كثيراً في الطبيعة الجوهرية لهذه الوثائق، طالما أن عبارات التفسير، التوجيه، التفصيل... الخ، كلها تحمل دلالة على ضعف وارتداء القوة المعيارية لهذه النصوص، أو بالأحرى "افتقارها" للقوة القانونية الإلزامية⁴.

في المقابل ركز جانب آخر من الفقه الفرنسي في تحليلهم لهذه الوثائق على مجال أو نطاق تطبيق هذه النصوص، و إعتبروا بأنها غير موجهة للأفراد مباشرة، ومن ثم فإنها لا تتمتع بأية حجية إزائهم، كل ذلك يعني بأنها غير ملزمة بالنسبة إليهم، نظراً لعدم اتصالها المباشر بمراكزهم القانونية، وذلك يكفي لتبرير إدراج هذه الوثائق ضمن طائفة النصوص غير القابلة للتنفيذ بذاتها⁵.

رغم كل هذه النقائص ذات الطبيعة القانونية، فإنه لا يمكننا الإنقاص من قيمة هذه التدابير أو تجاهل الأدوار التي تقوم بها من أجل سيرورة النشاط الإداري، إن الخصائص الرئيسية التي تتمتع بها هذه الوثائق - لاسيما المرونة،

¹ Voir- Chapus (R), droit administratif général, éd Montchrestien, 16^{ème} Edition, Paris, 2007, P 511-512.

² Ibid, P 513.

³ Voir - Dé laubadère (A) et autres, traité de droit administratif, T1, 16^{ème} édition, LGDJ, Paris, 2004, P 655.

⁴ Voir- Gibot - Leclerc (N.P), «droit d'administration : sources, moyens, contrôles», éd Sirey, Paris, 2000, P 116 et S.

⁵ Voir- Vedel (G) et Delvolvé (P), droit administratif, T1, éd PUF, 14^{ème} édition, Paris, 2003, P 260 et S. Voir également - Massot (J), décisions non formalisées et contrôle du juge de l'excès de pouvoir, éd Dalloz, Paris, 2011, P 521.

الحركية والدقة في تحديد الأهداف الموجهة إليها- كل هذه العوامل قد سمحت للإدارة من إيجاد الأداة المناسبة من أجل مواجهة تحديات الحياة العمومية، بسرعة كبيرة وبفاعلية أكبر.

إن التأكيد على الطابع "الداخلي" للمنشورات أو التعليمات قد يظهر بأنها لا تحمل أي معنى إلا في حدود خط السير الإعلامي للإدارات والمرافق العامة، غير أنه إذا أسلمنا بأن هذه الوثائق من شأنها التأثير على المراكز القانونية، فذلك يضيف عناصر جديدة لمبدأ المشروعية، وهو بذلك يؤثر على التدرج التقليدي للمعايير القانونية، وهذه النتيجة - بدورها - تمثل أخطر مظهر للاستعمال العشوائي للمنشورات أو التعليمات الإدارية¹.

وإذا نظرنا إلى هذه النصوص بصفاتها ووثائق إدارية ذات قدرة إعلامية كبيرة حول التوجه السياسي للدولة، وكذا عن دورها في تأطير النشاط الإداري ضمن سياق البرامج ذات الطابع الوطني، علاوة على السلطة التي تتمتع بها في سبيل "تهذيب" النصوص التشريعية والتنظيمية، كل ذلك يقودنا لإعادة النظر في طبيعتها الحقيقية وفي مركزها المعياري، فهي في اعتقادنا أكثر من أن تكون مجرد "تدابير إدارية داخلية".

إن رجال القانون لا بد أن يغيروا من نظرتهم إزاء هذه الوثائق، وكذا ضرورة إعطائها التصور الذي يليق بمكانتها الحالية والأهداف الموكلة إليها ضمن المرحلة الراهنة، وعليه يتعين التعامل معها باعتبارها وثائق يوجهها الرئيس الإداري لمروءوسيه، تتضمن تأويلات رسمية وموحدة لنصوص تشريعية أو تنظيمية، مع التأكيد على أن المعنى المقصود من التأويلات الإدارية، تلك التفسيرات أو التفصيلات التي "تجتهد" السلطة الإدارية في منحها للنصوص القانونية - التشريعية منها أو التنظيمية - وذلك يبين بأن هذه الوثائق يمكنها أن تعطى للنصوص القانونية العامة الدقة التي تنقصها، وذلك بمناسبة تحليل أحكامها وإزالة الغموض واللبس اللذين لازال "يخيمان" على بعض قواعدها، بسبب "طغيان" الطابع العام للنصوص القانونية².

ولعل تضخم أوجه استعمالها، بالموازاة مع انتقال بعض أثارها للمرتفقين بطريقة غير مباشرة، وأخيرا احتوائها على بعض الجوانب التنظيمية بسبب "احتكاكها" بالنصوص التشريعية والتنظيمية العامة، كل هذه العوامل جعلت فقهاء القانون الإداري المعاصرين، يرون بأن مرونة وحركية هذه التدابير قد تمنحها مكانا ضمن قائمة المعايير القانونية مستقبلا، رغم أن ذلك مازال محل عدة تأويلات فقهية³.

وعلى هذا الأساس، يكون من الضروري البحث عن التكييف النهائي لهذه النصوص، من أجل إخراجها من دائرة النصوص الإدارية الداخلية "الضعيفة" الأثر من الناحية القانونية، ولعل القول بغير ذلك يعني إهمال الخصائص الرئيسية التي تتمتع بها التعليمات أو المنشورات، دون غيرها من التدابير الإدارية الداخلية⁴.

إن التعليمات أو المنشورات باعتبارها اللغة المفضلة لدى الإدارة، والأداة التي لا يمكن الاستغناء عنها من أجل أداء الوظائف المؤسساتية، يمكنها أيضا أن تضمن تسيير النشاط الإداري بشكل موحد، وكذا إخراج النصوص التشريعية والتنظيمية من إطارها العام وإدخالها في إطارها العملي أو التطبيقي⁵.

¹ Voir - Azouz (Y), la classification des instructions et circulaires dans le système pyramidal des normes juridiques en Algérie, mémoire de magistère, option administration et finance, université d'Alger, 2002, p34.

² Voir- Genéviève (K), l'administration n'est jamais tenue de prendre une circulaire, in AJDA (Actualité Juridique - Droit Administratif), N° 4, Paris, 2003, P 1448.

³ Voir- Gaudemet (Y), remarques a propos des circulaires administratives, LGD], Paris, 1993, P 563.

⁴ Voir- Braibant (G), le problème des circulaires, éd Economica, Paris, 2008, P 347.

⁵ Voir- Chevallier (J), les interprètes du droit, éd PUF, Paris, 1996, P 259.

وفي هذا التفصيل أحسن مؤشر على سعي الإدارة للاحتفاظ بهذه الأدوات كمعايير إدارية داخلية، ولكنها في المقابل تحاول الاستعانة بها من أجل تمرير أحكام ذات وجهة عامة، فهي تستعمل مزايا الوجه الأول للوصول إلى تحقيق أهداف تكون عادة من اختصاص القرارات الإدارية أو بالأحرى النصوص التنظيمية¹.

وفي الأخير يمكننا أن نقول بأن التعليمات أو المنشورات الإدارية تشكل واقعا جديدا في الترتيب القانوني، وهي تمثل أحسن مثال على نمو وتطور المعايير السفلى في الهرم التقليدي، حيث تحولت هذه الوثائق من مجرد أعمال إدارية داخلية إلى نصوص ذات امتداد حقيقي وفعلي للسلطة التنظيمية العامة، وهكذا فقد استطاعت أن تجعل من نفسها معايير تنظيمية ضمنية ذات اتصال بمبدأ المشروعية، ولعل ذلك من شأنه " إحداث ثورة معيارية حقيقية، صامتة وجوهريّة "

المطلب الثاني - مشكلة الفصل بين التعليمات والمنشور :

من بين المشاكل التي لازالت عالقة بموضوع التدابير الإدارية الداخلية نذكر "معضلة" التمييز بين التعليمات والمنشور، لهذا اعتقد البعض بأن الاصطلاحين يشكلان "وجهان لعملة واحدة"، وذلك ما يظهر من خلال توظيف كلمة "أو" بين الاصطلاحين، أي للدلالة على نفس المعنى، في حين اعتقد البعض الآخر بأن الاصطلاحين يشكلان "عملتين مختلفتين"، ولهذا يفضلون توظيف حرف "الواو" بين الاصطلاحين، من أجل الدلالة على العطف، أي أننا أمام عنصرين مختلفين.

أولاً - الاتجاه الفقهي القائل بتميز مدلول التعليمات عن المنشور :

يرى بعض رجال القانون بأن التعليمات والمنشورات تمثلان وسيلتين لأداء عمل واحد، ونظرا "لأنصهار" المفهومين في قالب واحد، فقد أضحى من الصعب جدا إبراز الفوارق الجوهرية القائمة بينهما، كل هذه العناصر غير كافية للقول بتطابق الاصطلاحين بشكل نهائي، طالما أن البحث المتأني لهما يوحي بوجود عدة فوارق تفصلهما، وقد استند هذا الاتجاه في تبرير موقفه على تحليل ذو أبعاد ثلاثية :

1 - على مستوى التعريف : إن تحديد مدلول كلا من الاصطلاحين على حدى من شأنه تكوين صورة نموذجية عنهما، وذلك بدوره سوف يمثل نقطة مرجعية أساسية في إظهار سائر الفوارق الشكلية والموضوعية الأخرى، وهكذا فقد اعتبرت التعليمات كجزء من الحياة الداخلية للمرفق الإداري، وهي تتصل بالفكرة التقليدية القاضية بضمان سير المرفق العام بانتظام واعتدال، ولهذا فإن إنتاجها مرهون بالحاجة العملية التي يستدعيها المرفق، من أجل ضمان أداء الخدمة العمومية على أحسن وجه.

وعلى الصعيد الموضوعي تشكل التعليمات معيارا إداريا داخليا، فهي تتضمن مجموعة من القواعد والأحكام الهادفة إلى تنظيم وضعية الموظفين والأعوان الإداريين وكذا ظروف عملهم والعلاقات "المتفاعلة" بينهم، كما تستتبع الخضوع من طرف المرؤوسين المخاطبين بها، باعتبارها وسيلة لممارسة السلطة الرئاسية، فهي تنطوي على عنصر الإلزام الذي يعتبر عنصرا جوهريا فيها، ولهذا فإن التعليمات تمثل الوثيقة الإدارية التي تفصح عن العلاقة التي تربط الرئيس بالمرؤوسين، في إطار النظام الداخلي للمرفق، وهذا ما يجعلها "تفرز" أثارا عامة في أغلب الأحيان².

أما المنشور فإن مجالات استعماله بعيدة - كأصل عام - عن التأثير على الحياة المهنية للمرؤوسين المخاطبين به، فهو يشكل مجرد وثيقة إدارية لتأويل وتفسير وتفصيل وشرح وتيسير فهم النصوص التشريعية والتنظيمية السارية

¹ Voir- Genéviève (K), le commentaire administratif, P.U. de Toulouse, 2001, P 75 et S. Voir également Chevallier (J), sciences administratives, éd PUF, 3^{ème} édition, Paris, 2000, P 566 et S.

² Voir- Genéviève (K), les circulaires administratives, éd Economica, Paris, 2003, P 21.

المفعول، من أجل إبراز الطريقة الصحيحة لتطبيق هذه النصوص على الصعيد الإداري الداخلي¹، ومن ثم فإن المنشور يمثل الوثيقة الإدارية التي تسعى إلى تدقيق المحتوى الموضوعي للنصوص القانونية العامة وتحديد سبل تطبيقها، دون أن تضع تدابير خاصة بالمرفق، إذا كانت هذه الأخيرة غير واردة في النصوص القانونية الأصلية².

وما يبرر الطابع الإلزامي للمنشورات هو اتصالها المباشر بالنصوص التشريعية والتنظيمية، طالما أنها لا تقدم سوى التفسيرات الضرورية لتيسير تطبيقها، وبذلك فإن عنصر الإلزام غير نابع من ذاتها - أي بصفة مستقلة - ولكنه نابع من جوهرها الذي يشتمل على مجموعة من القواعد المستمدة من مصادر أخرى، أي المستمدة من التشريع بمدلوله الواسع.

2- على مستوى الشكل : إن استعمال المنشورات أو التعليمات - سواء من أجل الاتصال الداخلي أو من أجل تداول المعلومات العامة - يعتبر ممارسة مستمرة ومتكررة، الشيء الذي ساهم في تكثيف نموها بشكل واضح، ولعل ذلك كان من شأنه أيضا المحلل الأشكال الخارجية الفاصلة بين المعيارين، أو بتعبير أصح اختلاط مدلول الوثيقتين من الناحية الشكلية، بسبب عدم وضوح المميزات البيانية لتحرير كلا منهما، وذلك دليل على عدم تحكم أصحاب سلطة اتخاذ التعليمات والمنشورات في أسس وقواعد وتقنيات تحرير الوثائق الإدارية³.

ورغم ذلك فقد اعتبر الفكر القانوني الجزائري بأن التأمل المتأن لكلا الوثيقتين، يمكنه أن يبين بعض الفوارق الثانوية على مستوى الشكل أو طريقة التحرير، حيث يرى بأن التعليمات تبدو أكثر دقة وأكثر جاذبية من المنشور، وذلك كما يظهر من خلال مقارنة الشكل الخارجي وكذا طريقة عرض الموضوع في كلا منهما⁴.

من الناحية العملية نلاحظ بأن التعليمات تتخذ عادة شكلا معيناً يعتبر نموذجياً بالنسبة لها، تماماً كما هو الحال بالنسبة للقوانين أو التنظيمات، حيث يتم تفصيل موضوعها إلى عدة محاور مرتبة بشكل دقيق، كما يتم الاستعانة ببعض الإحالات لبعض النصوص القانونية السارية المفعول.

أما بالنسبة لمحتواها فتتضمن التعليمات مجموعة من التوجيهات والتوصيات ذات طابع مجرد أو غير شخصي، لأن الخطاب الوارد فيها غير موجه إلى شخص أو أشخاص محددين بدواتهم، بل إلى أشخاص محددين بمراكزهم القانونية، ولهذا تعتبر التعليمات ذات آثار عامة، وهي بهذه الخاصية تشبه النصوص التشريعية العامة.

أما عن طريقة عرض عناصر الموضوع، فنلاحظ بأن كل التعليمات تفتتح بعبارته توحى بوجود علاقة رئاسية بين الطرفين المعنيين بها أي الشخص مصدر التعليمات والأشخاص المخاطبين بها، فجل هذه الوثائق تبتدئ بعبارته "يشرفني أن أعلمكم..." أو "يشرفني أن ألفت انتباهكم حول المسألة التالية..."، وهذه العبارات قد أصبحت تشكل جزءاً من الإطار النموذجي للتعليمات⁵.

¹ نقصد بالمنشورات التفسيرية تلك الوثائق الإدارية الداخلية التي تسهل تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية، عن طريق تفسيرها وتحليلها وتفصيلها وتوضيح عناصرها المختلفة، دون أن يكون ذلك من شأنه الخروج عن النص الأصلي في شكله وفي فحواه، وعليه فإن الغرض من هذه النصوص هو تقديم عرض وافي للنص الأصلي، وليس مناسبة لتقديم تعليق عشوائي حوله أو تقييمه أو إبراز وجهة نظر شخصية حوله، أو تقديم اقتراح معين لتعميم تطبيق التفسير الوارد خارج نطاق الجهاز الإداري المصدر للتفسير، ولهذا فإن الإطار العام لممارسة هذا الاختصاص يتعلق بتيسير فهم النصوص القانونية العامة، دون الانحراف عن جوهرها أو "تشويه" معناها الحقيقي، كل ذلك يكفي للقول بأن المنشورات التفسيرية تشكل نصوصاً وصفية أو تحليلية وليست نصوصاً مشمولة بعرض أوامر إدارية بصفة مستقلة ومنفردة.

Sur ce point d'analyse voir - Troper (M), une théorie réaliste de l'interprétation dans la théorie du droit, éd PUF, Paris, 2001, P80

² Voir - Azouz (Y), op.cit, p 39.

³ Voir - Bergal (J), Savoir rédiger un texte normatif : loi décret, arrêté, circulaire, éd Berger-Levault, collection gestion publique, Paris, 1997.

⁴ Voir - Yelles Chaouche (B), recherches sur les mesures d'ordre intérieur, Thèse de Doctorat en droit, université de Strasbourg, France, 1981, P 100.

⁵ Ibid, P 100.

كل ذلك على عكس المميزات الشكلية للمنشور، الذي يحتوي على جملة من البيانات غير الثابتة وغير المستقرة، بسبب انتفاء نصوص قانونية تستدعي اتخاذ هذه التدابير في سياق أشكال معينة، الأمر الذي جعل المسؤولين الرئاسيين يستسهلون هذه الخصائص، ويهملون بعضها عند تحرير هذه الوثائق.

وإذا كان الأمر مستبعدا بالنسبة للتاريخ والإمضاء، فإنه بالمقابل يبقى مطروحا بشأن الأطر الخارجية للتحرير، أو الصياغة المعتمدة في التحرير أو طريقة عرض الموضوع ذاته، كل هذه النقائص جعلت المسؤولين الإداريين أمام أدوات إدارية لا يملكون القدرة على فهمها، لا شكلا ولا موضوعا، وهذا التدهور قد أصبح يشكل نقطة فاصلة بين التعليمات والمنشورات¹.

3- على مستوى الموضوع: إذا كان بعض المفكرين يستسهلون الأمر ويضعون المنشور والتعليمة تحت مفهوم واحد، معتبرين الاثنين كمجرد وثائق إدارية داخلية، موجهة للمرؤوسين وتتعلق - فقط - بالسير الداخلي للمرفق، لذلك لا تحتاج الإدارة إلى إطلاع الجمهور عليها، لأنها لا تتمتع بأية حجية في مواجهتهم².

فإن مثل هذا التصريح من شأنه إهمال عدة جوانب في البحث، فمصطلح التعليمة هو ترجمة للمصطلح الفرنسي « Instruction »، والذي يعبر بصفة واضحة عن ممارسة السلطة الرئاسية، إذ أن سلطة إصدار التعليمات هي ملازمة تماما للسلطة الرئاسية، بل أنها التعبير المباشر عن تمتع الرئيس الإداري بهذه السلطة³.

وعليه فإن التعليمة تشكل الأداة الإدارية التي تنطوي على فكرة ممارسة السلطة الرئاسية، والتي تستتبع الإلزامية في العلاقة التي تربط الرئيس بمرؤوسيه، إذ يجد هؤلاء أنفسهم ملزمين - وذلك كلما نزلنا في سلم التدرج الإداري - على الانصياع لأحكام التعليمة، لأنها "تمنحهم الإحساس بالأمان وتجنبهم الحرج الذي من الممكن أن يقعوا فيه، إذا ما تصرفوا من تلقاء أنفسهم وكانت تصرفاتهم خاطئة"⁴.

فنظرا لتماشيها وملازمتها لمبدأ التدرج والخضوع اللذين يحكمان علاقة الرئيس بمرؤوسيه، فإن التعليمة تظهر كأداة لإيصال أحكام ملزمة، غالبا ما تكون مقرونة بأسلوب الأمر، وهذا ما يعزز طابعها الإلزامي⁵.

أما المنشور فهو يمثل مجرد أداة لتفسير قانون المرفق أو القانون المتعلق بوضعية الموظفين والأعوان الإداريين، وعليه فهو يرتبط بالنص القانوني الأصلي أكثر من ارتباطه بالسلطة الرئاسية، ذلك أنه يظهر كوسيط بين المعايير القانونية العامة وبين التصرفات الإدارية الخاصة بمجالات محددة بالذات⁶.

¹ Voir- Ferandi (Y), la rédaction administrative en Pratique, les éditions de l'organisation, Paris, 2009, P 63.

² Ibid, P 61.

³ Voir -Boissard (S), op.cit, P 27.

⁴ Voir- Mourier (P), recherche sur les pratiques administratives para - réglementaires, Thèse de Doctorat en droit, université de l'UQAM, Montréal, Canada, 2008, P 54.

⁵ IBID, P 54.

⁶ تحظى المنشورات الإدارية التي يصدرها رئيس الجمهورية بتداول واسع النطاق، إلا أن ما يميزها هو استحواذ فكرة السلطة الرئاسية على مضمونها، الأمر الذي جعلها تميل إلى المفهوم التقليدي للتعليمة أكثر من مفهوم المنشور، وذلك لاحتوائها على جملة من التوصيات أو التوجيهات ذات طبيعة عامة مستهدفة أغراضا سياسية بحتة، الأمر الذي جعل خصائص المنشورات الإدارية لا تأخذ كل أبعادها النظرية عند تطبيقها على هذه الوثائق، وذلك بسبب قلة تركيز العنصر الإداري فيها أو بالأحرى تغليب الجانب السياسي عليها أكثر من الجانب الإداري، ومثال ذلك تعليمة رئيس الجمهورية الصادرة بتاريخ 7 فبراير 2004 والمتعلقة بتنظيم الانتخابات الرئاسية، هذه التعليمة تتميز بطبيعة مختلطة، من جهة تذكر بشكل مختصر بالتعديلات التي أدخلت على القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، وهي من هذه الزاوية توحى إلى المحتوى الموضوعي للمنشور التفسيري، ومن جهة أخرى نلاحظ احتكاك واسع للخطاب السياسي من خلال العبارات المستعملة من بينها " تعزيز المكاسب في مجال الشفافية... بروز تمثيل يتمتع بالمصداقية..." وهذا نموذج على تغليب الجانب السياسي على الجانب الإداري في الوثائق الصادرة عن رئيس الجمهورية، راجع الجريدة الرسمية رقم 09 لسنة 2004، ص 25 وما بعدها.

وبهذه الصورة يظهر المنشور كأداة فعالة لتوصيل النص التشريعي أو التنظيمي إلى الأشخاص المطالبين بتطبيقه، من خلال عرضه لهذا النص القانوني في أسلوب مبسط بواسطة عبارات أكثر دقة ووضوحا، وكل ذلك مقرون بطابع الإلزام الذي يعطي للتفسيرات - التي يتضمنها المنشور - الصفة الإلزامية، ويجعلها واجبة التطبيق من قبل الأعوان والموظفين الإداريين المخاطبين به¹.

فالمنشور عادة يتضمن عبارات تفرض القيام بالتزامات معينة أو الامتناع عن أفعال معينة، وقد يصل التدقيق والتفصيل اللذين يصاحبانه إلى درجة تجعل الأفراد المطالبين بتطبيق النص القانوني محصرين بأحكام المنشور، إلى حد يجعلهم عاجزين عن الرجوع إلى النص الأصلي بل عاجزين عن فهمه²، وهكذا يتجلى الاختلاف بين التعليمات والمنشور، فبالنسبة للأولى فإنها تشكل أداة الرئيس الإداري لممارسة السلطة الرئاسية، ولهذا تظهر عليها بعض ملامح الضبط والتأطير والأمر.

في حين أن المنشور يشكل أداة الرئيس الإداري لتوحيد التفسير الواجب إعطائه لأي نص قانوني يسري تطبيقه داخل المرفق، فهو على خلاف التعليمات مشروط بوجود نص قانوني موجود مسبقا، والغرض من إصداره هو "عقلنة" السلطة التقديرية التي يتمتع بها الأعوان الإداريين، عن طريق تحديد التفسير الدقيق للنصوص القانونية العامة، والذي يتعين عليهم تطبيقه بمخالفته دون إضافة أية عناصر جديدة خارجة عن صلب النص الأصلي.

ثانيا - الاتجاه الفقهي القائل بتطابق مدلول التعليمات بالمنشور :

في المقابل يرى جانب آخر من رجال القانون بأن التطور المستمر للنصوص الإدارية الداخلية، بالموازاة مع غياب المعايير الملائمة لتمييز هذه الوثائق على الصعيدين الشكلي والموضوعي، كل ذلك جعل رجال القانون يجدون صعوبات كبيرة في تمييز هذه النصوص عن بعضها البعض، وإذا كان الأمر أقل حدة عندما تتعلق المقارنة بالتوجيهات أو النصوص الداخلية الضمنية، فإن الأمر أكثر تعقيدا عندما يتعلق بتمييز التعليمات عن المنشور.

ومن جهتنا نعتقد بأن بحث هذه المسألة يكون "عديم الفائدة من الناحية القانونية"، طالما أن كلاهما يخرج من دائرة المعايير القانونية الخاضعة للرقابة القضائية الإدارية، وذلك كأصل عام، فكلا الوثيقتين تمثلان خطابا ماديا أي مكتوبا صادرا من سلطة إدارية رئاسية، مختصة قانونا بإصدار مثل هذه النصوص، ويتعلق موضوع هذا الخطاب بلفت نظر المرؤوسين حول مسألة معينة، وكذا إعلامهم بالتدابير الجديدة التي يتعين عليهم أخذها بعين الاعتبار أثناء ممارسة مهامهم.

ولهذا فلا يوجد ما يميز التعليمات عن المنشور، وهذا القول يصدق بتطبيق المعيارين الشكلي والموضوعي، فمن الناحية الشكلية نرى بأن كلاهما يحمل نفس المعلومات أو البيانات وتتضمن العنوان أو التسمية، التاريخ، الموضوع والإمضاء³.

وحتى من الناحية الموضوعية فإن الأمر كذلك أيضا، خاصة مع امتداد وتعقد المسؤوليات الملقاة على عاتق الإدارة، حيث أصبحت هذه الأخيرة لا تولي اهتماما كبيرا بطبيعة الوثيقة التي تصدرها، بقدر اهتمامها بالحلول التي تضعها من أجل مواجهة التحديات العملية.

وحتى إذا قيل بأن جوهر الموضوع يمكنه أن يشكل حدا فاصلا بين الوثيقتين، اعتبارا أن التعليمات تشكل أوامر رئاسية موجهة للمرؤوسين، من أجل أداء أعمال معينة أو الامتناع عن أعمال معينة، على النحو الذي تعتبره السلطة

¹ Voir- Genéviève (K), les circulaires administratives, op.cit, P 31.

² Voir - Azouz (Y), op.cit, p 54.

³ Voir- Ferandi (Y), op.cit, P 62 et S.

الرئاسية ملائما من أجل تحسين مردود المرفق، أما المنشور فهو مجرد سرد للتأويلات والتفسيرات التي تضعها السلطة الرئاسية بشأن النصوص التشريعية والتنظيمية السارية المفعول.

فإن هذا الحل نجده "ضعيفا" جدا، وغير قادر على تأطير هذه المسألة بالشكل الكافي، حيث أصبحت الإدارة تصدر صنف جديد من النصوص الداخلية، يختلط مدلولها بين التعليمات والمنشور، فهي تتضمن عرض وجيز عن النصوص القانونية المستحدثة التي يتعين على المرؤوسين احترامها أثناء أداء وظائفهم، كما يرتبط ذلك بتوجيه جملة من الأوامر والتوصيات والتوجيهات من أجل تحسين أداء المرفق.

وهنا نكون أمام نص مركب يجمع بين خصائص التعليمات والمنشور في آن واحد، ومع ذلك فإن مثل هذا النص لا يحمل تسمية مميزة بل يطلق عليه اسم التعليمات تارة، واسم المنشور تارة أخرى، وذلك يشكل دليل على رفع الحواجز الفاصلة بين المعيارين، أي القول بتمائل المعيارين، طالما أنه قد أصبح بالإمكان استعمال أحدهما للدلالة عن الآخر¹. وقد حاول بعض الفقهاء تبرير هذا التلازم معتبرين بأن التطور المعياري للوثائق الإدارية الداخلية قد ساهم في ظهور أشكال جديدة، رغم أن بعضها يحيل إلى نفس المحتوى أو المضمون، فالعلاقة التقليدية التي ظلت - لحقبة طويلة - تحتكر النشاط الإداري، تقوم أساسا على السلطة الرئاسية، وبما أن هذا العنصر يشكل ركنا جوهريا في التعليمات، فذلك يعني بأن هذه الأخيرة كانت أسبق في الظهور من المنشور.

ولعل النمو المستمر لهذه الوثائق، بالموازاة مع قدرتها على مواجهة الحاجات العملية بأكثر دقة وأكثر فاعلية، كل ذلك قد جعل منها بصدق أداة فعالة لتخطي ومجابهة كل العقبات الإدارية الداخلية، لكن الأمر لم يعمر طويلا حتى انقلبت نظرة الفقه إلى التعليمات، معتبرين إياها مجرد أداة بيروقراطية، أداة دكتاتورية لفرض سيطرة السلطة الرئاسية على الجهاز الإداري².

ومنذ بداية الثمانينات ظهرت حركة جديدة تدعوا إلى "دمقرطة" الحياة الإدارية، بحيث أصبح الخطاب السياسي يركز على إدارة قوية، من أجل الوصول إلى تحقيق شفافية تامة للعلاقات التي تربط الإدارة العامة بالجمهور، ولما كانت التعليمات أداة لترجمة المساعي الرئاسية السلطوية أكثر من وسيلة لمعالجة القضايا الإدارية الداخلية، فقد اعتبرت غير مناسبة وغير ملائمة لتجسيد الديمقراطية الإدارية الحقيقية³.

وعلى أشلاء التعليمات تحول الاهتمام نحو المنشور -الذي وإن كان معروفا منذ قرار "مجلس الدولة الفرنسي" Institution notre - dame de Kreisker بتاريخ 29 جانفي 1959- إلا أن هذه الفترة قد سمحت بتحديد الاهتمام القضائي والفقهية بهذه الأداة، من خلال نقاش نشيط جدا أظهر المنشور في صورة "طفرة ديمقراطية للتعليمات"⁴، ومن هنا استحوذ المنشور على تلك المكانة التي كانت معهودة للتعليمات، وظهر مفهومه المعقد للوجود، إذ أصبح ينسب لكل تصرف إداري ذو أثر عام، فهو يتداخل مع التدابير الإدارية الداخلية، ومن جهة ثانية مع التصرفات القانونية ذات الأثر العام، كل هذه الخصائص جعلت مندوب الدولة الفرنسي الأستاذ "تريكوت" Tricot يصفه بأنه: "الجناح الذي يضم سلعا متنوعة: الأمر، الرأي، الاقتراح، التوجيه، التنظيم وحتى القاعدة القانونية"⁵.

¹ Voir- Yelles Chaouche (B), op.cit, p 101.

² Voir- Boissard (S), op.cit, P 8.

³ Voir - Mourier (P), op.cit, p 56 et S.

⁴ Voir- Genéviève (K), l'administration n'est jamais tenue de prendre une circulaire, op.cit, p 1446.

⁵ Cité par - Ricci (J - CL), Mémento de la jurisprudence administrative, éd Hachette, Paris, 2010, P 71.

من خلال هذا التطور اعتبر غالبية الفقهاء بأن ظهور المنشور كان نتيجة لتلاشي وتقهر المفهوم الكلاسيكي للتعليمية، أي أن ميلاده وتطوره وتعميم استعماله لم يتم بشكل منعزل، بل جاء على أنقاض أو أشلاء التعليمية، ولهذا اعتبرت هذه الأخيرة مصدرا إنشائيا بالنسبة للمنشور، ولعل ذلك هو السبب الرئيسي الذي جعل "المعيار الجديد ينتحل نفس خصائص المعيار الإداري العجوز".

إن الارتباط المتين الذي ضم الوثيقتين لم ينتهي عند هذا الحد، بل ضل يلازمهما معا منذ حقبة طويلة، وهذا "الالتحام" المفرط قد شكل منهما بصدق ثنائية معقدة جدا وغير قابلة للتفكك، الأمر الذي جعل جانب راجح من الفقه يعتبرون الوثيقتين مجرد تسميتين تشيران إلى نفس المحتوى أو المضمون، وأصبح من المتداول استعمال أحدهما للتعبير عن الآخر، أو استعمالهما معا للتعبير على ذات المعنى.

وهذا الاتجاه قد تكرر أيضا من خلال اجتهاد "مجلس الدولة الفرنسي" الذي وظف - في عدة أحكام له - مصطلح تعليمية للدلالة على المحتوى المادي للمنشور، نظرا لتمائل الوثيقتين من جميع النواحي، لاسيما من حيث الشكل أو البيانات، من حيث الجوهر أو الموضوع المراد معالجته، وأخيرا من حيث إخضاعهما معا بذات النظام القانوني. كل هذه العوامل قد جعلت من الصعب جدا التمييز بينهما، وحتى القول بغير ذلك نعتقد بأنه لا يضيف لنا شيئا جديدا في محل هذه الدراسة، طالما أن النص الإداري - سواء صدر في شكل منشور أو في شكل تعليمية - فإنه لا يغير شيئا من حيث قوته الإلزامية ولا على مكانته المعيارية، ولا حتى على موقف القضاء الإداري من المنازعات المتعلقة به، ولهذا فإن كلاهما يؤدي نفس الدور، وكلاهما يخضع لذات النظام القانوني، ولهذا لا نجد حاجة لبحث هذه المغايرة، طالما أنها تكون في الأخير "عديمة الفائدة" من الناحية القانونية".

المبحث الثاني - موقف القضاء الإداري من ظاهرة التعليمات أو المنشورات :

لقد ظلت فكرة التعليمات أو المنشورات الإدارية تشكل علامة استفهام كبيرة لدى رجال القانون، وذلك نظرا لعدم وضوح واستقرار طبيعتها القانونية بشكل نهائي، فهي تظهر تارة كأداة تفسيرية للنصوص التشريعية والتنظيمية السارية المفعول، وتارة أخرى كتوصيات أو تعليمات موجهة من قبل السلطة الرئاسية إلى المرؤوسين، لضمان أداء عمل معين على نحو معين ومحدد، وأخيرا يمكنها أن تظهر كمعايير تنظيمية حقيقية، الأمر الذي جعل القضاء الإداري بشكل عام " يعقد العزم " على إيجاد حل نهائي وفعال لهذه المسألة.

المطلب الأول - موقف القضاء الإداري الفرنسي من التعليمات أو المنشورات :

نلاحظ بأن القضاء الإداري الفرنسي يتعامل مع التعليمات أو المنشورات معاملة مختلفة بحسب طبيعتها وموضوعها وأثارها، معتبرا بأن جزء منها يحمل طبيعة تفسيرية، وهذا الصنف يميل أكثر إلى طائفة المعايير الإدارية الداخلية، إلى جانبه نجد صنف آخر يحمل طبيعة تنظيمية، وهذا الأخير يشكل أسما الوثائق الإدارية، لامتداد أثاره القانونية خارج المجال الإداري الداخلي، إن التمييز بين المجالين يكتسي أهمية بالغة، لأن تحريك دعوى الإلغاء يكون مقبولا ضد النصوص التنظيمية دون غيرها¹.

لكن المشكل المطروح أن تحديد معيارا ثابتا لتمييز هذه الأعمال عن بعضها، ربما قد يقودنا إلى آثار خطيرة، خاصة عندما تعجز الحلول القضائية عن تأطير هذه المسألة بالشكل الكافي، لأن ذلك قد يسمح "بانفلات" بعض الأعمال

¹ يقصد بالتعليمات أو المنشورات التنظيمية تلك التدابير الإدارية الداخلية التي تستهدف إضافة شيئا ما إلى القانون، عن طريق التأثير في المراكز القانونية القائمة، سواء عن طريق فرض التزامات وواجبات على الأفراد، أو - على نقيض ذلك - منحهم حقوق وضمائم جديدة، وتتميز التعليمات أو المنشورات التنظيمية بتمتعها بنفس خصائص القواعد القانونية العامة، لاسيما العمومية والتجريد والإلزامية، الأمر الذي جعلها ترقى لمرتبة القرارات الإدارية، ومن ثم إمكانية مخصصتها أمام القضاء الإداري عن طريق دعاوى الإلغاء.

الإدارية من رقابة القضاء - رغم تأثيرها المباشر في المراكز القانونية للأفراد - وذلك بسبب خروجها عن المعايير المعتمدة لتحديد الاختصاص القضائي الإداري، كل هذه العوامل هي التي وقفت حائلا أمام القضاء الإداري، من أجل وضع حل نهائي لهذه المسألة¹.

وفي هذا السياق، نشير بأن "مجلس الدولة الفرنسي" لم يتأثر كثيرا بالصراع الفقهي القائم حول طبيعة هذه التدابير، بقدر ما اتجه اهتمامه إلى تحديد النقطة الفاصلة بين الأعمال الإدارية الخاضعة لرقابته، وما دون ذلك من النصوص الإدارية الداخلية.

وقد تبنى في البداية معيارا بسيطا جدا للترقية بينهما وهو المعيار الشكلي، فإذا كانت السلطة الإدارية المعنية تتمتع بسلطة تنظيمية أو لائحية، فهذا يعني امتداد هذه الصفة الأخيرة إلى التعليمات أو المنشورات الصادرة عنها، ومن ثم إمكانية الطعن فيها لتجاوز السلطة، أما في الحالة المعاكسة فإن التعليمات أو المنشورات الصادرة عن إدارات لا تتمتع بالسلطة التنظيمية أو اللائحية، فإنها لا تتمتع هي الأخرى بهذه الخاصية، نظرا لسيطرة المعيار الشكلي على ميدان التصرفات الإدارية بشكل عام².

في الواقع فإن تطبيق هذا المعيار قد يكون سليما بالنسبة لبعض التعليمات أو المنشورات الإدارية، مثل تلك الصادرة عن رئيس الجمهورية أو الوزير الأول، لكن تعميم هذا الحل سيكون "عقيما" من الناحية القانونية، لعدم إحاطته بكل النصوص التنظيمية الإدارية، وذلك لسبب بسيط أن الإدارة المصدرة لهذه النصوص لا تتمتع بالصفة التنظيمية أو اللائحية بصفة مبتدأ وخير مثال على ذلك الوزراء³.

ولهذا تراجع "مجلس الدولة الفرنسي" عن هذا الحل، متبنيا المعيار الموضوعي خلافا عنه، فاشتراط ليكون العمل عملا قانونيا أن يكون له نتائج قانونية، وأن يكون من شأنه إحداث آثار قانونية بذاته، وبذلك تخرج الأعمال التي لا أثر لها مثل الآراء والنوايا من نطاق الأعمال القانونية، وكذلك الأعمال التي لا أثر لها بذاتها ولكنها تعد ذات أثر بالاشتراك مع أعمال أخرى، وذلك مثل الأعمال التحضيرية للقرار الإداري كالمقترحات والعروض والأعمال المتعلقة بتنفيذ القرارات أو المؤكدة لها⁴.

يبدو أن هذا الحل قد تأثر كثيرا "بالمناظرة" الفقهية القائمة بين "أعمدة" القانون الإداري في "فرنسا"، وعلى الخصوص الطرح الذي قدمه الفقيه "كاري ذي مالبرغ" Carré de Malberg معتبرا بأن جزء من الإجراءات الإدارية تتمتع بالقيمة القانونية رغم طبيعتها الخاصة والتميزة، فمن الناحية العملية على حد تعبيره توجد سلطات يعترف لها الدستور بصلاحيته إنشاء القوانين باسم الأمة وهما البرلمان ورئيس الجمهورية، أما الإجراءات الإدارية

¹ Voir - Batailler (F), le conseil d'Etat juge constitutionnel, LGDJ, Paris, 1996, p 71 et s.

² Conseil d'Etat, le 21 Avril 1961, librairie Aristide Quillet et S.A.R.L Cabus et Raulot, in AJDA (Actualité Juridique – Droit Administratif), Paris, 1961, P 361 et S.

³ وهو الأمر الذي انتقده بشدة جانب من الفقه الفرنسي على اعتبار أن الوزير يعتبر أكثر رجال الإدارة استعمالا للمنشورات الإدارية. نظرا لضخامة المسؤوليات الملقاة على عاتقه، لقد وجد في هذه الوثائق الوسائل المناسبة لتحريك وتفعيل النشاط الإداري داخل نطاق وزارته. وقد نجحت - فعلا - هذه النصوص في أداء هذه الأدوار، في خضم حياة إدارية تتميز بالسرعة والدقة والتعقيد، وهذا التطور قد ساهم في تحديث تصورها السابق، بدليل تعميم وتوسيع نطاق تطبيقها بشكل مفرط، وهكذا لم يعد مجالها محدودا على مستوى التنظيم الداخلي للوزارات، بل أصبح بإمكانها تخطي هذه الحدود لتصل إلى حد تنظيم علاقات ذات أطراف خارجية بالنسبة للوزارات، كل هذه المؤشرات توحى بأن المنشورات الوزارية قد أصبحت تسيطر على حجم مؤسساتي ضخمة جدا، يتجاوز بكثير حدوده التقليدية المرسومة على مستوى الإدارات المركزية، وهذا الطابع المؤسساتي هو الذي أظهر بأن المنشورات الوزارية يمكنها أن تشكل قنوات مناسبة لتوزيع الفكر الإداري في كل مكان وفي كل نطاق. Voir – Gaudemet (Y), op.cit, P 561.

⁴ Voir – Lakhal (M), le contrôle judiciaire sur le pouvoir réglementaire de l'administration publique, Etude comparative, thèse de doctorat en droit, université de Montpellier, France, 2014, p 214.

الصادرة من السلطات المتبقية، فهي تتمتع هي الأخرى بقيمة قانونية كاملة، رغم طابعها الداخلي، ورغم "افتقارها" للأساس الدستوري الكاشف لها عن هذه الخاصية¹.

وهو الاتجاه الذي "اعتنقه" أيضا الفقيه "ديلوبادير" André Dé Laubadere معتبرا بأن المنشورات أو التعليمات لا تشكل نصوص مجردة من الآثار القانونية بصفة مطلقة، بل بإمكانها أن تشكل أعمالا لائحية إذا تمكنت من إدخال أية إضافات إلى القانون أو بالأحرى إلى التنظيم القانوني في الدولة خاصة إذا فرضت أعباء جديدة على الأفراد أو قررت ضمانات جديدة لهم².

وهكذا استقر قضاء "مجلس الدولة الفرنسي" على ضرورة التمييز بين القاعدة والاستثناء، القاعدة أن التعليمات أو المنشورات لا تعد صالحة بذاتها للتطبيق، فهي لا تتضمن تدابير قابلة للتطبيق بصفة مستقلة، وبالتالي فإنها لا تكون محلا لدعوى الإلغاء³.

أما الاستثناء فإن التعليمات أو المنشورات يمكنها أن تتحول من الحالة السابقة إلى حالة المعايير التنظيمية أو اللائحية، وذلك في حالة امتداد أثارها إلى المراكز القانونية للمرتفقين، أو في حالة تغييرها للأنظمة القانونية السارية المفعول في الدولة، وفي مثل هذه الظروف يمكن للأفراد مخاصمتها أمام القضاء الإداري بواسطة دعاوى الإلغاء، طالما أن محتواها الموضوعي قد انتقل من النطاق الإداري الداخلي إلى النطاق التنظيمي العام، وبذلك أصبحت تشكل جزء من النظام القانوني العام في الدولة⁴.

هذا الاستخلاص قد أصبح يشكل قاعدة مستقرة بالنسبة "لمجلس الدولة الفرنسي"، هذا الأخير الذي لم يترك مناسبة من المناسبات التي تعرض فيها إلى موضوع المعايير القانونية، حتى يؤكد على نظرتة الذاتية لمفهوم التدرج والعلاقات التي يتعين أن تكون بين مختلف النصوص القانونية بشكل مستمر⁵.

ولعل سعيه الدائم نحو البحث عن جوهر النصوص والتدابير السارية في الدولة، إنما يكشف عن إرادته المتجهة نحو توسيع نطاق اختصاصه إلى الحد الذي ينتهي فيه النشاط التنظيمي، من أجل ضمان عقلنة هذه النصوص في إطار تطبيق أمثل لمبدأ المشروعية بمدلوله الواسع⁶.

وهكذا فإن التعليمات أو المنشورات الإدارية قد شكلت جزء من هذه المساعي القضائية، خاصة بعد ثبوت "انسياب" أثارها القانونية إلى خارج الجهاز الإداري، الأمر الذي استدعى معه تدخل "مجلس الدولة الفرنسي" بشكل مكثف من أجل منع التجاوزات الإدارية، عن طريق استعمال هذه الوثائق لتلبية أغراض غير مشروعة⁷.

المطلب الثاني – موقف القضاء الإداري المصري من التعليمات أو المنشورات :

على الصعيد الفقهي نلاحظ بأن موضوع التعليمات أو المنشورات قد حظي بعناية كبيرة من قبل رجال القانون في مصر، لكنهم اختلفوا عند نقطة التكييف الواجب إعطائه لهذه التدابير، الأمر الذي جعلهم ينقسمون إلى فريقين :

¹ Voir - dé Malberg (C) , confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées pas le droit positif Français relativement à sa formation, éd Sirey, Paris, 1988, P 77.

² Voir – Dé laubadère (A) et autres, op.cit, p 753-754.

³ Conseil d'Etat, le 8 Décembre 1972, Syndicat National des greffiers d'instance, in RDP (Revue du droit Public), Paris, 1973, P 1360 et S.

⁴ Voir – Mestre (A), le conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'administration, éd LGD), Paris, 2010, P 119.

⁵ Voir- Petit (J), les circulaires impératives sont des actes faisant grief, in RFDA (Revue Française de Droit Administratif), N°3, Paris, 2007, P 515.

⁶ Voir – Delvolvé (P) et autres, les grands arrêts de la jurisprudence administrative : arrêt institution Notre dame de Kreisker, Dalloz, 12^{ème} édition, Paris, 2003, P 499.

⁷ Stillmunkes (P), la classification des actes ayant force de loi en droit public français, in RDP (Revue du droit Public), N° 1, Paris, 1989, p 234.

الفريق الأول : يعتبر هذه الإجراءات مجرد نصوص داخلية يقتصر أثرها على الإدارة ذاتها، ولا تحمل أية آثار في مواجهة الأفراد، طالما أنها لا تتضمن أي تأثير على مراكزهم القانونية، ولذلك فإن حقوقهم وواجباتهم هي محددة بمقتضى النصوص التشريعية والتنظيمية بصفة مباشرة، أما الإدارة فإنها لا تملك هذا الاختصاص بما أن الدستور لا يخولها إياه صراحة.

ولهذا السبب فإن دعاوى الإلغاء المرفوعة ضد هذه التدابير، لا تكون مقبولة ما لم تتضمن أحكام جديدة صادرة عن الإرادة المنفردة للإدارة، ولا تستند على أي تشريع سابق، حيث تتحول هذه الإجراءات إلى قرارات إدارية لائحية، ومن ثم قبول مخصصتها عن طريق الإلغاء¹.

وفي سبيل التفرقة بين المنشورات واللوائح، فقد ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى البحث عن القصد الحقيقي الذي تتوخى الإدارة بلوغه بواسطة النصوص الداخلية، فالقاعدة أن التعليمات أو المنشورات غير موجهة لترتيب آثار معينة حيال الأفراد، وبالتالي فإن عنصر الإلزام يقع على عاتق الموظفين المرؤوسين المخاطبين بهذه النصوص وليس الأفراد، كل هذه المؤشرات توحي بأن التعليمات أو المنشورات الإدارية لا تشكل معايير قانونية بالمفهوم الكلاسيكي، ولكن يمكنها أن تكون كذلك إذا كان القصد المتوخى من إصدارها هو نقل آثار قانونية معينة على الأفراد، وفي هذه الحالة فقط يمكن قبول دعاوى الإلغاء ضدها².

أما الفريق الثاني : فيرى بأن التمييز يجب أن يستند على المظهر الخارجي للنص وليس على نية مصدر التعليمات أو المنشور، وهذا المظهر يتعين بحثه من خلال القرائن المرتبطة بمضمون وجوهر هذه النصوص، فإذا تضمن أحكاما موجهة للأفراد غير الموظفين التابعين لمصدر المنشور أو التعليمات ففي هذه الحالة نكون أمام نص لائحي أو تنظيمي، أما إذا كان الأثر النهائي لهذه النصوص لا يتعدى حدود توجيهات وتعليمات إدارية منحصرة في الإطار الوظيفي الداخلي للإدارة، ففي هذه الحالة لا تحمل طبيعة لائحية، وبالتالي تخرج من دائرة النصوص الخاضعة للرقابة القضائية الإدارية³.

¹ Voir – Tamawi (S – M), théorie générale des arrêts administratifs, (en langue arabe), Dar el fikr el Arabie, Egypte, 1994, p 457.

² Voir – Mhana (F – M), les droits des individus envers les services publiques, (en langue arabe), Dar el maarif, Egypte, 1990, p 251.

³ Voir – Layla (M – K), le contrôle judiciaire sur les actes administratifs, (en langue arabe), Dar enahda el arabia, Egypte, 1988, p 183.

ومهما يكن من أمر فإنه لا يوجد فوارق كبيرة بين الاتجاهين من حيث المبدأ، طالما أن كلاهما يعتمد على تكييف الأثر المباشر من تطبيق التعليمات أو المنشورات الإدارية، من أجل تحديد مدى اختصاص القاضي الإداري برقابتها. وإذا كان الأمر كذلك على الصعيد الفقهي، فما هو موقف القضاء الإداري المصري من "ظاهرة" المنشورات أو التعليمات، في خضم نظام قانوني يتميز بالحركية والتعقيد؟

في الواقع فإن الأحكام التي تعرضت لموضوع المنشورات والإجراءات الداخلية التنظيمية في "مصر" قليلة للغاية، ومع ذلك يمكن ملاحظة أن اجتهاد "محكمة القضاء الإداري" قد اتجه إلى الأخذ بالرأي السائد في الفقه والقضاء الإداريين في "فرنسا"، لاسيما من حيث المعايير المعتمدة للتفرقة بين المنشورات التنظيمية والمنشورات التفسيرية، أو بالأحرى تحديد نطاق المنشورات الخاضعة للرقابة القضائية الإدارية دون غيرها¹.

ففي بداية نشأتها وفي حكمها الصادر بتاريخ 1947/05/25 قضت محكمة القضاء الإداري بأن: "... كل جهة إدارية حرة في إصدار التعليمات التنظيمية التي تراها لازمة لحسن سير العمل فيها، مادامت لا تتعارض مع القوانين واللوائح العامة المتعلقة بالموظفين بوجه عام، ولكنها إذا فعلت ذلك تعين عليها احترام هذه التعليمات والعمل بها في القرارات الفردية التي تصدرها في شأن موظفيها، فإذا جانبها عد عملها غير مشروع وحق لكل موظف مست مصلحته من ذلك الطعن في هذه القرارات لمخالفتها للوائح المقررة من قبل"².

ويستفاد من هذا الحكم أنه لا يجوز للمصالح الإدارية مخالفة ما تصدره من تعليمات أو منشورات تنظيمية بواسطة قراراتها الفردية، وهذا يدل بأن هذه الوثائق تتمتع بقدر معين من الإلزام خاصة على الصعيد الإداري الداخلي رغم أن ذلك لا يرقى إلى ذات الطبيعة الإلزامية التي تتميز بها اللوائح العامة، خاصة وأن نطاق تطبيقها محدود جدا من الناحية العملية.

وفي حكم آخر لنفس المحكمة صادر بتاريخ 16 يونيو 1949 قضت بأن: "...الفقرة الأخيرة من المادة الرابعة من قانون منع التدليس والغش نصت على أنه يجوز - بقرار وزاري - أن تبين الحالات التي تعتبر فيها العقاقير أو الحاصلات مغشوشة أو فاسدة، وحتى إذا لم يصدر قرار وزاري بهذا المعنى إلى حد الآن، فإن التعليمات الصادرة من وزارة الصحة في سنة 1948 لا تقوم مقام القرار الوزاري السالف الذكر، ولذلك فإنها لا تسري على الأفراد ولا يتعدى أثرها إطار الموظفين المطلوب منهم تنفيذها بوصفها تعليمات داخلية صرفة، أصدرتها وزارة الصحة بقصد تنظيم الأعمال المنوط بهم القيام بها..."³.

¹ إن ظهور هذه الطائفة "الجديدة" من المنشورات قد خلق صعوبات عملية كبيرة، خاصة بمناسبة التمييز بينها وبين المنشورات التفسيرية، اعتباراً أن كلاهما يخضع لنظام قانوني متميز، فإذا كانت المنشورات التنظيمية تشكل مصدراً من مصادر الشرعية، بحكم قدرتها على التأثير في المراكز القانونية القائمة، فإن الأمر غير ذلك بالنسبة للمنشورات التفسيرية التي لا تنشئ أي آثار بذاتها، ولا تتصل بالمراكز القانونية للأفراد اتصالاً مباشراً، ومن ثم فإن تعميم الحلول القانونية عليهما معاً، يعتبر إهمالاً "للخصائص الاستثنائية" التي تتميز بها المنشورات التنظيمية دون غيرها، ومن هنا تتجلى الفائدة العملية التي يمكن أن نحصل عليها إذا نجحنا في تحديد أسس الفصل بين الوثيقتين، وكاستجابة لهذا الانشغال فقد ظهرت بعض المحاولات الأكاديمية التي لم تحظى بترحيب على الصعيد الفقهي، بسبب تميزها بالنسبية إلى حد بعيد، ومن ثم فإنها لم تساهم إلا بقسط ضئيل في تعزيز هذا الفصل، طالما أنها تركت - في الأخير - ميداناً واسعاً للتأويلات المتناقضة، خاصة لما يتعلق الأمر بالمنشورات المختلطة أو المركبة، حيث تظهر في جانب منها بطبيعة تفسيرية وفي الجانب الآخر بطبيعة لائحية أو تنظيمية، هذه المرونة الكبيرة هي التي جعلت القضاء الإداري المقارن يفضل أخذ هذه المهمة على عاتقه، وبحثها بصفة متكررة في كل القضايا التي تعرض عليه، مستعيناً في ذلك بظروف ومعطيات وأهداف كل منشور على حدى.

² Voir – Lakhal (M), op.cit, p 224.

³ Ibid, p 226.

وهنا يظهر تأكيد "محكمة القضاء الإداري" على أن التعليمات أو المنشورات الإدارية الداخلية لا تقوم أبداً بمقام القرارات الإدارية، وذلك نظراً لتباين نطاق تطبيق كلا منهما، وبذلك فلا يمكن الاحتجاج بتطبيقها على الأفراد أو إلزامهم بتطبيق أحكامها، لأنها لا تتناول موضوعات متصلة بهم أو مؤثرة في مراكزهم القانونية بشكل مباشر. كما قضت في حكم آخر لها صادر بتاريخ 7 فبراير 1954 بأنه: "...قد استقر بصفة نهائية على إخضاع الصيادلة للضريبة على الأرباح التجارية والصناعية... اعتباراً بأن خطاب مصلحة الضرائب يشكل منشوراً إدارياً ولا يعتبر قراراً إدارياً..."¹، وكنتيجة لذلك رفضت الاعتراف بالطبيعة التنظيمية للمنشور، ومن ثم قضت بعدم اختصاصها بنظر الطعن المرفوع إليها ضد هذا العمل الإداري.

وقد أكدت "محكمة القضاء الإداري" المبدأ السابق في عدة أحكام أخرى، خاصة بواسطة حكمها الصادر بتاريخ 20 ديسمبر 1954 حيث جاء فيه: "...حيث أن القرارات التفسيرية التي تصدرها السلطة التنفيذية... تختلف كل الاختلاف عن اللوائح... إذ أن اللوائح التنفيذية واللوائح المستقلة واللوائح التفويضية التنظيمية، إنما يتولد عنها إنشاء أو إلغاء أو تعديل المراكز القانونية في مجال اختصاصها... بينما أن القرارات التفسيرية لا تضع أصولاً أو قواعد ولا تأتي بمجديد على القانون الذي تفسره... ولهذا فإنها لا تنشئ مراكز قانونية عامة أو فردية ولا تلغيها ولا تعدلها، فلا تعتبر حينئذ - بحكم طبيعتها وأثارها - قرارات إدارية..."².

من خلال هذه الأحكام يظهر بأن القضاء الإداري المصري قد سائر نفس التطور القانوني الحاصل في "فرنسا" بشأن الطبيعة الحقيقية والجوهرية للتعليمات أو المنشورات الإدارية، معتبراً إياها مجرد نصوص داخلية تسعى لنقل أوامر وتوجيهات وتوصيات الرئيس الإداري إلى المرؤوسين، ولذلك فإن الالتزام بتطبيق وتنفيذ هذه النصوص هو واقع على عاتق الموظفين المخاطبين بها دون غيرهم، وفي المقابل فإنها لا تكون ملزمة بالنسبة للأفراد الخارجين عن المرفق، لأنها لا تتصل بمراكزهم القانونية، ومن ثم لا يمكنهم الطعن فيها بالإلغاء أمام القضاء الإداري. لكن الأمر يمكنه أن يكون كذلك في الحالة العكسية أي حالة المنشورات ذات الطبيعة التنظيمية أو اللائحية التي تؤثر في المراكز القانونية للأفراد بالإنشاء أو التعديل أو الإلغاء فهي تعتبر أعمال لائحية ومن ثم يمكن محاصمتها أمام القضاء الإداري، وهذا الاتجاه قد أصبح يمثل حلاً قضائياً مستقراً ومسلماً به بالنسبة للقضاء الإداري المصري، رغم قلة الأحكام الصادرة عنه بشأن مثل هذه المسائل.

المطلب الثالث - موقف القضاء الإداري الجزائري من التعليمات أو المنشورات :

نلاحظ بأن الفقه والقضاء الإداريين في الجزائر قد توسعا في تحديد الأنواع المختلفة للتعليمات أو المنشورات الإدارية، مقسمين إياها إلى ثلاثة أقسام :

القسم الأول - كأصل عام، فإن الوزير لا يملك اختصاص سن نصوص ذات طبيعة تنظيمية، لكن - في المقابل - يبدو أن ذلك ضرورياً بالنسبة لمركزه كرئيس إداري، الأمر الذي تم استدراكه بواسطة أدوات أخرى يطلق عليها "النصوص النموذجية" *les actes types* ، وقد تطرقت الأستاذة "وينر" (C) Wiener لهذه الظاهرة معتبرة إياها كأسلوب إجرائي جديد يهدف إلى تقريب الرئيس الإداري من المرؤوسين.³

حيث يتولى الأول إعداد وصياغة مجموعة من القواعد والتدابير في إطار شكل معين أو نموذج معين يحمل توقيع، ثم يتولى إرساله إلى الإدارات المعنية ضمن صلب منشورات إدارية، على أن تتولى هذه الأخيرة "استنساخ" نماذج أخرى

¹ Ibid, p 227.

² Ibid, p 228.

³ Voir - Wiener (C), op.cit, P 86.

عنها وتوزيعها على الإدارات الدانية، التي يتعين عليها تطبيق النموذج الذي حصلت عليه دون إدخال أية تعديلات أو تأويلات عليه، وهكذا تكون النسخة الموضوعة للتطبيق هي ذاتها النسخة الأصلية المعدة من قبل الرئيس الإداري¹.

القسم الثاني: ويشمل التعليمات والتوصيات والتوجيهات التي يصدرها الرئيس الإداري للمرؤوسين الخاضعين له، من أجل ضمان أداء عمل معين على نحو أفضل، إلى جانبها نجد المنشورات التفسيرية التي لا تتولى خلق قواعد قانونية بذاتها، بل مجرد إعطاء التفسيرات والتأويلات والتفصيلات الملائمة والضرورية للنصوص التشريعية والتنظيمية السارية المفعول، من أجل تسهيل فهمها وتيسير تطبيقها من قبل المرؤوسين المخاطبين بها².

وفي هذا الصدد نشير بأن كل هذه الوثائق غير موجهة إلى الأفراد المرتفقين، ومن ثم فإنهم غير ملزمين بها، طالما أن نطاق تطبيقها لا يتعدى حدود المجال الإداري الداخلي، ومن ثم لا يمكن الطعن فيها لتجاوز السلطة أمام القضاء الإداري³.

القسم الثالث: ويشمل التعليمات أو المنشورات التنظيمية أو اللائحية، وهي تشكل أسمى الوثائق الإدارية وأقواها من الناحية القانونية، نظرا لخروجها من الإطار الإداري الداخلي وامتداد أثارها بشكل واسع على المرتفقين، وهذه النصوص هي وحدها المعنية برقابة القاضي الإداري، نظرا لتأثيرها في المراكز القانونية للأفراد، ولذلك يتعين تأطيرها سواء بالتعديل أو الإلغاء القضائي.

وقد نصت بهذا الصنف من الوثائق عندما يتولى الرئيس الإداري تنظيم مسألة معينة بصفة مستقلة وذاتية، دون أن يستند في ذلك على النصوص القانونية السارية المفعول، أو عندما ينحرف عن النص الأصلي وذلك بمناسبة تفسيره إياه عن طريق المنشورات الإدارية، كأن يقدم تأويلات جديدة وإضافية غير واردة في النص التشريعي أو التنظيمي الأصلي، وفي كلتا الحالتين نلاحظ بأن الرئيس الإداري قد "استهتر" بإنشاء وخلق قواعد قانونية كاملة دون أن يخول

¹ Voir – Rongere (P), le procédé de l'acte – type, éd LGDJ, Paris, 1998, P 60 et S.

² مثال ذلك المنشور رقم 6632 المؤرخ في 04 أكتوبر 2012 الصادر عن المديرية العامة للوظيفة العمومية والمتضمن حظر الجمع بين وظيفتين، فهذا المنشور جاء لتفسير النصوص التشريعية والتنظيمية السارية المفعول، لاسيما الأمر رقم 06 – 03 المؤرخ في 15 يوليو 2006 والمتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ولهذا فإنه لم يخلق أية قواعد جديدة، بل توخى – فقط - إدخال بعض التفسيرات والتفصيلات من أجل تيسير فهم النصوص القانونية العامة.

³ تعتبر المنشورات الإعلامية مجرد نصوص إدارية بسيطة تتعلق بالتسيير الإداري الداخلي، تتولى نشر وتوزيع المعلومات داخل النسيج الإداري العام، فهي تختلف عن المنشورات النموذجية لأن الرئيس الإداري لا يعرض – هنا – نموذجا معيناً للتطبيق حول مسألة معينة، كما أنها تختلف عن المنشورات التنظيمية لأنها لا تستهدف التأثير في المراكز القانونية القائمة، كما تختلف أيضا عن المنشورات التفسيرية لأن محتواها الموضوعي لا يستهدف تفسير أو تأويل نصوص تشريعية أو تنظيمية سارية المفعول، المنشورات الإعلامية تخرج من كل هذه الأقطاب كلها، لتشكل مجرد أداة إدارية لنقل المعلومات أو نقطة اتصال بين الرئيس الإداري والمرؤوسين، كذلك لا تحمل أي عنصر يوجي بالطبيعة الأمرة، لأنها لا تتضمن توجيه أو أمر معين إلى المخاطبين بها، وحتى إن حصل ذلك فإنه يكون بشكل "نحيف" جدا، مما لا يغير من طبيعتها الإعلامية.

ومثال ذلك المنشور المتضمن تقليص ساعات العمل بسبب حلول شهر رمضان، أو المنشور المتضمن الإعلان عن عطلة استثنائية لمصلحة المستخدمين بسبب حصول طارئ كالحداد...إلخ، وفي تكييفه لهذه الوثائق فقد اعتبر الفقيه الجزائري "بشير يلس شاوش" بأن هذا الصنف من المنشورات هو الأكثر شيوعا من الناحية العملية، وذلك لأن العلاقة التي تربط الرئيس الإداري بالمرؤوسين ليست علاقة تنظيمية أو قيادية بالدرجة الأولى، ولكنها علاقة إعلامية تقوم على التواصل والاحتكاك المستمر بين الأجهزة الإدارية، وعلى نشر وتوزيع وسريان المعلومات الوظيفية بشكل سريع وفعال

Voir- Yelles Chaouche (B), op.cit, p 101.

له هذا الاختصاص بمقتضى الوثيقة الدستورية، مما يعني أننا أمام عيب تجاوز السلطة، وذلك يشكل سببا كافيا لانعقاد الاختصاص القضائي الإداري.

وهكذا يظهر بأن القضاء الإداري الجزائري قد ساير نفس التطور الحاصل بشأن هذه التدابير سواء في "فرنسا" أو في "مصر" لكن هذا التطور مازال يشكل مبدأ نظريا بحثا، خاصة وأن تطبيقه العملي قد أثار عدة إشكالات قانونية، فبالرجوع إلى المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية الجزائرية فإن الشرط الأساسي لقبول دعوى الإلغاء يتعلق بوجود قرار إداري نهائي، وبمفهوم المخالفة فإن انتقاء هذا الركن يمثل سببا كافيا لرفض الدعوى شكلا دون التطرق إلى الموضوع، لكن في المقابل نلاحظ بأن المنشورات الإدارية بما في ذلك التنظيمية لا تشكل قرارات إدارية بالمفهوم الأكاديمي، ولذلك فلا يمكن مخصصتها أمام القضاء الإداري مهما كانت الأحوال نظرا "لافتقارها" لأحد العناصر الأساسية في دعوى الإلغاء، وهو شرط القرار الإداري النهائي المسبق.

إن التمسك بهذا المعيار على إطلاقه سوف يؤدي إلى عدة تعقيدات عملية، خاصة وأن الحياة الإدارية تتجه نحو التقليل من استعمال المعايير القانونية الكلاسيكية - لاسيما القرارات الإدارية - وفي المقابل، توسيع نطاق التدابير الداخلية نظرا لمرونتها وسهولة "إنتاجها" وصعوبة السيطرة عليها بواسطة الوسائل المختلفة للرقابة، نظرا لطابعها السري و "المغلق"¹، ولهذا فإن التطبيق الحرفي للمادة 7 من قانون الإجراءات المدنية الجزائرية سوف يؤدي إلى إخراج صنف وافر من الأعمال الإدارية من نطاق الرقابة القضائية الإدارية رغم طبيعتها التنظيمية وذلك لسبب بسيط يتعلق بانتقاء شرط القرار الإداري المسبق².

ومما يزيد من تعقيد هذه الحالة أن الممارسة العملية قد أثبتت بأن المنشورات الإدارية التنظيمية قد أصبحت تشكل معايير جديدة لخلق القواعد القانونية، تماما مثل التشريعات والتنظيمات، لذلك فإن إخراج هذه الطائفة من النصوص من إطار الرقابة القضائية الإدارية، يعني تدعيم السلطة التقديرية للإدارة بشكل مطلق، مما يجعل الرئيس الإداري ينفرد بخلق القانون بإرادته المنفردة، دون وجود ما يقيد أو يناقض هذا الاختصاص من الناحية العملية³. ولعل النمو المتزايد لهذه التدابير سوف يجعلنا في الأخير أمام مفهوم مزدوج لمبدأ المشروعية، مفهوم يرتبط فقط بالمبادئ والقواعد التي ترسمها النصوص التشريعية والتنظيمية العامة، ومفهوم آخر متميز تماما عن سابقه، يعبر عن القدرة الذاتية للإدارة لخلق القانون بإرادتها المنفردة، وهذه النتيجة تمثل أخطر إصابة لمبدأ التدرج الكلاسيكي للقواعد القانونية⁴.

كل هذه الإشكالات العملية كانت الحافز الرئيسي الذي دفع " الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى" للخروج من "صمتها" والفصل بشكل نهائي في مصير المنشورات الإدارية ذات الطابع التنظيمي، وكان لها ذلك بمناسبة نظرها في

¹ مثال ذلك التعلية رقم 842/3-94 الصادرة عن وزير الداخلية والجماعات المحلية والبيئة والإصلاح الإداري بتاريخ 7 ديسمبر 1994 والمتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، حيث نلاحظ بأن هذه الوثيقة الإدارية الداخلية قد أرسيت بصفة منفردة ومستقلة النظام القانوني لامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، دون أن تستند في ذلك على أي نص قانوني آخر، الأمر الذي جعل منها وثيقة تنظيمية كاملة، بكل ما تحمله هذه العبارة من أبعاد تقنية وقانونية.

Sur ce point d'analyse voir – Ben Mebarek (R), commentaire a propos du circulaire 94 - 3 / 842 relative au contrat de concession des service publique, mémoire de magistère, option administration et finances publiques, Université d'Alger, 2004, p 21 et s.

² Voir - El Hassar (M), à propos de l'article 7 du code de procédure civile, in RASJEP (Revue Algérienne des Sciences Juridiques Economiques et Politiques), N°1, Alger, Mars 2009, p 462 et s.

³ Voir- Brahimi (M), la circulaire ou l'instruction comme source de droit en Algérie, mémoire de D.E.S en droit public, université d'Alger, 1985, P 90 et 91.

⁴ Ibid, P 91 et S. Voir également - SBIH (M), l'administration publique algérienne, éd Hachette, Paris, 1980, p 124.

قضية شركة "سامباك" Sempac ضد "الديوان الوطني للحبوب" OAIC، حيث أن المدير العام لشركة "سامباك" قرر بموجب المنشور رقم 650/20 المؤرخ في 3 فبراير 1976 تحرير نسبة استخراج السميد من الحبوب، وذلك تطبيقاً وتحقيقاً للأهداف المسطرة من طرف السلطة الثورية، في إطار ربح معركة الإنتاج.

حيث أن المدير العام للشركة لم يكتفي بتفسير النصوص السارية المفعول، بل أضاف قواعد جديدة، ولما كان المنشور المذكور يكتسي طابعاً تنظيمياً فإنه يكون بالنتيجة قابلاً للطعن فيه أمام القضاء الإداري، ولهذا السبب قبلت "الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى" النظر في المنشور محل النزاع، معتبرة بأن انعقاد الاختصاص القضائي الإداري كان على أساس المعيار المادي، اعتباراً بأن المنشور المذكور قد أضاف أحكاماً جديدة للنصوص الأصلية السارية المفعول، وذلك لأنه حدد بصفة منفردة مقدار استخراج السميد من الحبوب، دون أن يرد ذلك في النصوص المرجعية الأصلية، الأمر الذي جعله يؤثر بصفة ذاتية في المراكز القانونية القائمة، وكنتيجة لذلك قضت بإلغائه¹.

عند تعليقنا على هذا القرار تبين بوضوح بأن القاضي الإداري قد طبق المعيار المادي - في قضية الحال - بصفة ضمنية بمناسبة تكييفه للطابع التنظيمي للمنشور محل النزاع، ذلك أن هذه الخاصية قد تم الإشارة إليها بواسطة عبارة "... الأهداف المسطرة من طرف السلطة الثورية في إطار ربح معركة الإنتاج..."، وهي تشكل إحالة ضعيفة جداً وغير مباشرة للطبيعة التنظيمية المتصلة بالمنشور، الأمر الذي جعل الحل الذي وصل إليه القاضي الإداري غامض جداً ومشكوك فيه، وهو التحليل الذي تبناه صنف راجح من الفكر القانوني الجزائري بمناسبة².

وفي الآونة الأخيرة فقد تم تكريس هذا الاجتهاد القضائي في عدة قضايا أخرى، نذكر منها قرار "الغرفة الإدارية بالحكمة العليا" المؤرخ في 14 ماي 1995 بخصوص قضية وزير الداخلية بتاريخ 16 ماي 1994، الذي أمر بموجبه بإعادة بيع قاعات العروض السينماتوغرافية للمركز الجزائري للفن والصناعات السينماتوغرافية، الأمر الذي لم تقبله الجمعية الوطنية لمسيرى قاعات السينما، فلجأت إلى مخاصمة هذا المنشور أمام القضاء الإداري، هذا الأخير الذي استجاب لها وقام بإلغاء المنشور المذكور، وقد جاء في حيثيات هذا القرار ما يلي: "... إن المنشور يرمي إلى نقل حقوق والتزامات الأشخاص الذين يشير إليهم و يضر بهم، وذلك يمنحه طابع القرار القابل لأن يكون محل الطعن بالبطان..."

وكذلك قرار "الغرفة الإدارية بالحكمة العليا" المؤرخ في 14 ماي 1995 بخصوص قضية المدير العام للجمارك ضد السيد (ب.س)، حيث أن المدير العام للجمارك قد استأنف القرار الصادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر المؤرخ في 08 مارس 1993، والذي ألغى المنشور الداخلي الصادر عن إدارة الجمارك بتاريخ 7 أفريل 1992، وكانت أوجه الاستئناف: الأول شكلي، يتعلق بعدم اختصاص الغرفة الإدارية للمجلس القضائي بسبب صدور المنشور عن سلطة مركزية.

أما الوجه الثاني فقد تضمن بأن تقدير قيمة الأملاك المحجوزة هو من اختصاص إدارة الجمارك، أي أنها تتمتع بسلطة تقديرية في هذا المجال، مما يوحي بأن إدارة الجمارك لا تريد الاعتراف بالطبيعة التنظيمية لهذا المنشور.

وعلى نقيض كل ذلك، فقد اعتبره القاضي الإداري كذلك، بحكم أن المنشور المراد إبطاله قد صدر بتاريخ 1992/04/07، أما البضاعة المطبق على قيمتها هذا المنشور فقد وصلت إلى الميناء بتاريخ 1992/04/06، وبذلك

¹ Voir - Mahiou (A), Note sous l'arrêt de la cour suprême : chambre administrative, 08 mars 1980, office interprofessionnel des céréales/ société nationale des semouleries, meuneries, fabriques de pâtes alimentaires et couscous, in RASJEP (Revue Algérienne des Sciences Juridiques Economiques et Politiques), Alger, 1990, P 136.

² Voir - Boussoumah (M), La théorie du service publique en Algérie, OPU, Alger, 2015, p 94.

لا يجوز تطبيق هذا النص على هذه البضاعة طبقا للمادة الثانية من القانون المدني التي تنص على عدم رجعية القاعدة القانونية، كل هذه المؤشرات توحى بأن القاضي قد تعامل مع هذا المنشور بوصفه نص تنظيمي يحمل طبيعة قانونية كاملة، وليس بوصفه مجرد نص إداري داخلي¹.

في الأخير لا يسعنا إلا أن نقول بأن الاجتهاد القضائي قد بين - بوضوح - "الانحلال" التدريجي للمعيار العضوي و"انتعاش" المعيار المادي، في مجال تحديد الاختصاص القضائي المتعلق بالمنازعات الإدارية، خاصة مع ظهور طائفة جديدة من النصوص القانونية "المتسترة" تحت غطاء الأنظمة الإدارية الداخلية.

في مثل هذه الظروف فإن تطبيق القواعد التقليدية سوف يكون عاجزا عن السيطرة على التحديات الجديدة للإدارة العمومية، ولكن في المقابل فإن تعميم هذا الحل سوف يكون "عصيبا" جدا من الناحية العملية، لأنه يقود إلى بحث الجوانب التنظيمية لكل عمل إداري على حدى وذلك يشكل عملا "شاقا" بالنسبة للقضاء، ولهذا الأسباب كلها نعتقد بضرورة "التعاش" بين المعيارين العضوي والمادي، بطريقة يشكل فيها الأول الحد الفاصل في تمييز الأعمال الإدارية القابلة للرقابة القضائية، أما الثاني فيشكل المعيار الإضافي أو التكميلي لتعزيز هذا الفصل.

خاتمة :

نستخلص من هذه الدراسة أن تجدد التفكير في الطبيعة القانونية للتعليمات والمنشورات الإدارية قد وضع على المحك جانب كبير من موضوعات القانون الإداري أهمها ما يلي :

النتيجة الأولى - إن الخطوات الكبيرة التي قطعتها المعايير الإدارية الداخلية المجسدة في التعليمات والمنشورات الإدارية، قد ساهمت في تطوير وتحديث تصورها السابق، مما يدعوا إلى إعادة النظر في التصورات الفقهية والقضائية العقيمة التي ظلت تراودها منذ حقبة طويلة²، خاصة في ظل قدرتها اليوم على إنشاء أو تعديل أو إلغاء أنظمة قانونية قائمة³، وهذا يعني بأن التطور المعياري العام يسير نحو تقريب هذه التدابير من طائفة القرارات الإدارية من خلال تعميم الخصائص التنظيمية، دون أن يشكل ذلك مخالفة لمبدأ المشروعية.

من هذه الزاوية أصبحت هذه النصوص تمثل الوجه الحقيقي للسلطة التنظيمية الموضوعة في متناول الإدارة العامة، الأمر الذي جعلها تتميز عن سائر النصوص الإدارية الضمنية الأخرى وعلى الخصوص التوجيهات الإدارية، بحكم قدرتها على صياغة قواعد تنظيمية بصفة مبتدأه (كلية أو جزئية)، وهو الأمر الذي جعل منها فعلا تدابير ذات طبيعة تقريرية، تماما مثل باقي النصوص التنظيمية ذات الإختصاص الدستوري.

النتيجة الثانية - تبين من خلال هذه الدراسة أن النشاط التنظيمي المخول للسلطة التنفيذية لا ينتهي عند حدود السلطة التنظيمية العامة الممنوحة لرئيس الجمهورية أو السلطة التنظيمية المشتقة الممنوحة للوزير الأول، بل تم تمييزه بشكل واسع جدا على مستوى كل الوزارات بواسطة القرارات التنظيمية، قبل أن يتم تعميم ممارسته من قبل كل الإدارات العامة بواسطة التعليمات والمنشورات، وهذا الأمر يجعلنا نقف أمام تدرج معياري داخلي يتناسب مع التدرج الإداري الرئاسي⁴.

¹ Voir – Ben Mebarek (R), op.cit, p 27.

² Voir – Stirn (B), les sources constitutionnelles du droit administratif, éd LGDJ, Paris, 1995, P 59 et S.

³ Voir – Morand – Deviller (J), op.cit, P 312.

⁴ Voir - Troper (M), pour une Théorie juridique de l'Etat, éd PUF, Paris, 2007.

على الصعيد الإداري يمكننا أن نحصي عددا كبيرا من التعليمات أو المنشورات الإدارية، وهي لا تتصل بالمراكز القانونية للأفراد بل موجهة عادة للتنظيم الإداري الداخلي، الأمر الذي جعل رجال القانون يخرجونها في البداية من دائرة النصوص القانونية الخاضعة للرقابة القضائية الإدارية، بحكم "افتقارها" لبعض الخصائص المميزة للقواعد القانونية، لاسيما قاعدتي العمومية والتجريد.

لكن هذا الحل قد أثار عدة إشكالات قانونية، لأنه قد يؤدي إلى "تحصين" بعض الأعمال التنظيمية من الرقابة القضائية، وذلك يشكل خطرا حقيقيا على المراكز القانونية للأفراد، لذلك تراجع القضاء على موقفه الكلاسيكي متجها نحو تقرير رقابته على هذه النصوص أيضا، تماما مثل تعامله مع القرارات الإدارية، وقد اصطدم في ذلك بمشكلة المعيار المعتمد لتحديد انعقاد اختصاصه فقد شكلت مهمة صعبة للغاية، بسبب الطابع المختلط الذي تتميز به هذه النصوص في بعض الحالات، حيث تظهر كوثائق إدارية داخلية من حيث شكلها الخارجي، في حين يحتوي مضمونها على بعض الجوانب التنظيمية، بسبب توحي الإدارة المصدرة لها إعطاء بعض التأويلات والتفسيرات للنصوص القانونية العامة، من أجل تيسير تطبيقها على الصعيد الإداري.

كل هذه المعطيات جعلت القضاء الإداري - في ظل الأنظمة المعاصرة - يقبل دعاوى الإلغاء المرفوعة ضد هذه الوثائق، متى تضمنت بعض الجوانب التنظيمية الخارجة عن النطاق الإداري الداخلي، ومثال ذلك القضاء الإداري الفرنسي والقضاء الإداري المصري، في حين أن القضاء الإداري الجزائري تبنى نفس الموقف في قرارات قليلة جدا، والظاهر أنه بقي متمسكا بالمعيار الشكلي في دعاوى الإلغاء المرتبط أساسا بشرط القرار الإداري السابق لقبول النظر في الدعوى، وهو الاتجاه الذي لا نؤيده على الإطلاق ونعتبره بمثابة عزوف من جانب القضاء على رقابة مشروعية هذه النصوص، لذلك نوصي بتعديل هذا الشرط في قانون الإجراءات المدنية والإدارية من خلال توسيع تطبيق المعيار المادي في قبول دعاوى الإلغاء من أجل تقرير حماية حقيقية للأفراد ضد تعسف الإدارة العامة.

النتيجة الثالثة - إن التطورات السريعة التي عرفت الإدارات العامة سواء في وظائفها أو أهدافها، اقتضي - في المقابل - السرعة في إنتاج النصوص القانونية الضرورية من أجل تجسيد هذه السبل، ولذلك فإن ثقل إجراءات سن القوانين على مستوى البرلمان قد لا يساير هذه الحركية، لذلك توجه الاهتمام نحو التعليمات والمنشورات الإدارية، فهي تشكل معايير بسيطة من حيث إجراءات سنها، سريعة من حيث زمن إصدارها، قليلة وسائل رقابتها وتعطيلها، ويمكنها أن تؤدي نفس وظيفة القانون العادي، ضمن هذا المنظور فإنها تمثل المعايير المناسبة لرسم وتنفيذ برامج الدولة.

لكن في مقابل ارتفاع معدل إصدار الإدارات العامة للتعليمات والمنشورات الإدارية، بالموازاة مع اتجاهها نحو تعديل وإلغاء نصوص تشريعية بصفة منفردة، فإن ذلك من شأنه المساس بمبدأ قانوني مهم جدا - وهو من النظام العام - هو "مبدأ توازي الأشكال"، كما أنه يضع على طاولة النقاش مشكل تراجع دور النص التشريعي في النظام القانوني للدولة، بسبب الانحراف في تطبيق مبدأ التدرج الهرمي للنصوص القانونية.

النتيجة الرابعة - قد يظهر - منذ الوهلة الأولى - بأن التعليمات تمثل نصوص تابعة وليست مستقلة، لكن ذلك لم يمنع من مخالفة هذه القاعدة في الواقع، عن طريق تجميد تطبيق بعض النصوص التنظيمية أو التشريعية - لغاية توفير الشروط الموضوعية الضرورية بالنسبة لها - أو إعطاءها تأويلات أخرى جديدة، طالما أن المسؤول الإداري يتمتع بسلطة تقديرية معينة في إعطاء التفسير الذي يراه مناسباً للنص القانوني الأصلي¹.

¹ Voir - Yelles Chaouche (B), op.cit, P 105.

كما يمكن أن يتحقق هذا الاستثناء أيضا بالنسبة للتعليمات أو المنشورات التي يصدرها الرئيس الإداري من أجل توجيه النشاط الإداري لمروسيه في اتجاه معين، فحتى وإن كان محتوى هذه التدابير غير وارد في النصوص التشريعية أو التنظيمية السارية المفعول، بسبب إعطائه تفسير واسع جدا لهذه النصوص، مع ذلك تعد مقبولة من الناحية القانونية نظرا لاقترانها بالظروف المرتبطة بالسلطة التقديرية الممنوحة للإدارة، ويكون ذلك - عادة - في حالة ظهور بعض المستجدات العملية التي تستدعي اتخاذ حلول إدارية مستعجلة واستثنائية، ويبقى هذا الحل محدود في نطاق ضيق جدا¹.

النتيجة الخامسة- كأصل عام فإن الوزير الأول يمثل - قبل كل شيء - سلطة إدارية، ولهذا فإن التعليمات أو المنشورات التي يصدرها، تستهدف ضمان سير الإدارة العامة بانتظام واعتدال، ولهذا تتمتع هذه الوثائق بطبيعة إدارية كاملة، لكن التحليل المتقدم لهذه المسألة قد يظهر بعض العناصر الجديدة على المسألة، فالوزير الأول لا يشكل سلطة إدارية فحسب، بل يشكل - كذلك - سلطة سياسية في إطار مبدأ ثنائية السلطة التنفيذية، وهو مسؤولا سياسيا عن مردود حكومته أمام البرلمان².

ولهذا فإن التعليمات أو المنشورات الإدارية التي يعتمدها في أداء وظائفه لا تحمل طبيعة إدارية محضة، ولكنها تمتزج بالنوايا والبواعث والمساعي السياسية المقررة في برنامج الحكومي³، وهذا ما يجعلها تتميز بطابع مزدوج، من جهة تكشف عن إرادة الوزير الأول لتنظيم وتوجيه العمل الإداري في الاتجاه الذي يراه مناسباً، أو تتعلق بتحديد التفسيرات والتأويلات التي يجدها ملائمة للنصوص التشريعية أو التنظيمية السارية المفعول. ومن جهة أخرى يستعمل الوزير الأول هذه النصوص من أجل توضيح إستراتيجية الحكومة بخصوص الموضوع المستهدف بهذه النصوص، ولهذا فإن الأمر أشبه بالتقاء مزدوج للسياسة والإدارة من أجل تحقيق غاية واحدة هي المصلحة العامة⁴.

النتيجة السادسة- إن التدرج السلمي للوظائف الإدارية يتم ترجمته بواسطة المنشورات الإدارية، التي يتم تمريرها وتداولها بشكل مستمر على طول الأجهزة الإدارية المشكلة للقطاع العمومي الواحد، ومثال ذلك أن يصدر الوزير الأول تعليمة أو منشور معين من أجل عرض مجموعة من التوصيات والتعليمات، أو تعليق متصل بنصوص قانونية عامة، من أجل تسهيل فهمها للإدارات المعنية بها على ضوء البرنامج الحكومي، وتطبيقا لذلك يتولى الوزراء - من جهتهم - إصدار منشورات أخرى بصفة مستقلة، من أجل نشر وتوزيع التعليمات أو المنشور الحكومي على مستوى القطاعات الوزارية، وتستمر حلقة "إنتاج" التعليمات أو المنشورات على طول الأجهزة الإدارية الرئاسية التابعة لكل الوزارات المعنية.

¹ Voir – Schultz (P), de l'emprise des administrations fiscales sur le pouvoir législatif et le pouvoir juridictionnel, thèse de doctorat en droit, université de Strasbourg, France, 1955, P 74.

² راجع - المادة 84 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

³ مثال ذلك منشور الوزير الأول المؤرخ في 11 سبتمبر 2003 والمتعلق بتسوية وضعية العمال المسرحين الذين تحصلوا على قرارات قضائية لصالحهم، فهذا المنشور يعكس أولا سلطة الوزير الأول بصفته مسؤول رئيسي في الإدارة العامة، وهذا ما يظهر من خلال بعض العبارات الواردة به مثل "... أن أطلب من السيدات والسادة أعضاء الحكومة وكذا من السيدات والسادة الولاة، السهر على أن تقوم الإدارات المركزية والمحلية الموضوعة تحت وصايتهم، على الفور، بإعادة دمج العمال الذين سرحتهم، وثانيا يعكس سلطة الوزير الأول كقائد للنشاط الحكومي، وذلك يظهر من خلال بعض العبارات الواردة به، مثل: "... لأنها تنال من مصداقية الحكومة... الجزائر هي دولة القانون لا يمكن لأحد أن يضع فيها نفسه لا فوق القانون ولا حتى الاعتراض على تنفيذ قرارات العدالة..." وهذه العبارات كثيرا ما تكررت في الخطابات السياسية.

⁴ Voir- Genéviève (K), « les circulaires du premier Ministre, argumentation et justifications », éd LGDJ, Paris, 2007, P 186 et S.

وهكذا نجد أنفسنا أمام " تدفق " هائل للمنشورات الإدارية مع ارتباطها بمصدر واحد، ومع ذلك لا يمكننا التسرع في انتقاد هذه النتيجة، اعتباراً أن " الإنتاج الكبير " للوثائق الإدارية قد يضعف من قيمة النصوص الأصلية بسبب تضارب التأويلات، بل - بالعكس - يتعين إعطاؤها مفهوماً إيجابياً، وهو المفهوم الذي شرحه الفقيه الفرنسي " شوفاليي " (J) Chevallier معتبراً أن الحماية القانونية تقتضي توسيع مجال التدابير المفسرة للنصوص التشريعية والتنظيمية، وذلك ليس من شأنه إضعاف هذه النصوص، بل - بالعكس - يستهدف توسيع نطاقها عن طريق ضمان وصولها ونشرها حتى على مستوى الوحدات الإدارية البسيطة، ومن جهة أخرى تسمح بإزالة الغموض وتغطية الثغرات التي عادة ما تتركها لنا النصوص القانونية العامة بسبب طابعها العام الواسع والمبهم¹.

بناء على كل هذه المعطيات نستخلص بأن التعليمات أو المنشورات الإدارية يمكنها أن تقدم للإدارة العامة فوائد عملية لا يمكنها الاستغناء عنها، لقد أصبحت تمثل الوسائل الإدارية المفضلة لتيسير فهم القانون دون تحريف أو " تشويه " معناه، علاوة على تأطير السلطة التقديرية للإدارات الواقعة داخل دائرة اختصاص كل مسؤول إداري من أجل منع الانحراف في تطبيق القانون، إلى جانب ذلك يمكن استعمال هذه الأدوات كأدوات أساسية لضبط وتنظيم النسيج الإداري الداخلي للإدارة العامة، عن طريق تحديد كفاءات العمل والسير على مستوى المكاتب والوحدات والمديرية، من أجل ضمان تناسق وانسجام المرفق الإداري الواحد من حيث البرامج والأعمال والأهداف.

إن النتائج التي توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة وخاصة تلك المتعلقة بمكانة التعليمات أو المنشورات الإدارية في إطار التدرج الهرمي للمعايير القانونية، قد سلطت الضوء على الجانب المظلم من حياة هذه التدابير وهو الجانب الذي تظهر فيه كوسائل إدارية منشأة للقانون بسبب طبيعتها التنظيمية، ولذلك نعتقد بأنه من الضروري أن نغير نظرتنا إليها وأن نتعامل معها على هذا الأساس، سواء على الصعيدين التشريعي أو القضائي، ومرة أخرى تتبادر إلى أذهاننا خصوصية القانون الإداري في التطور والتكيف المستمر، وهذا الوضع يجعلنا نتساءل حول التطورات القانونية التي ستشهدها المعايير الإدارية الضمنية مستقبلاً؟

Bibliographie :

A - Ouvrages

- 1-Batailler (F), le conseil d'Etat juge constitutionnel, LGDJ, Paris, 1996.
- 2-Beaud (O), la puissance de l'Etat, PUF, Paris, 2004.
- 3-Bergal (J), Savoir rédiger un texte normatif : loi décret, arrêté, circulaire, éd Berger-Levault, collection gestion publique, Paris, 1997.
- 4-Boussoumah (M), La théorie du service public en Algérie, OPU, Alger, 2015.
- 5-Braibant (G), le problème des circulaires, éd Economica, Paris, 2008.
- 6-Burdeau (G), l'Etat, Ed seuil, 6^{ème} édition, Paris, 2001.
- 7-Burdeau (G), le statut du pouvoir dans l'Etat, 4^{ème} édition, LGDJ, Paris, 2000.
- 8-Chapus (R), droit administratif général, éd Montchrestien, 16^{ème} Edition, Paris, 2007.
- 9-Chevallier (J), la rationalisation de la production juridique, éd Sirey, Paris, 2004.

¹ Voir - Chevallier (J), la rationalisation de la production juridique, éd Sirey, Paris, 1991, P11 et S.

- 10-Chevallier (J), sciences administratives, éd PUF, 3^{ème} édition, Paris, 2000.
- 11-Chevallier (J), l'Etat de droit, LGDJ, 6^{ème} édition, Paris, 1998.
- 12-Chevallier (J), les interprètes du droit, éd PUF, Paris, 1996.
- 13-Debbasch (C) et Pinet (M), les grands textes administratifs, éd Sirey, Paris, 1994.
- 14-Dé laubadère (A) et autres, traité de droit administratif, T1, 16^{ème} édition, LGDJ, Paris, 2004.
- 15-Delvolvé (P) et autres, les grands arrêts de la jurisprudence administrative : arrêt institution Notre dame de Kreisker, Dalloz, 12^{ème} édition, Paris, 2003.
- 16-dé Malberg (C), confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées pas le droit positif Français relativement à sa formation, éd Sirey, Paris, 1988.
- 17-Déroche (H), les mythes administratifs, éd PUF, Paris, 2006.
- 18-Duguit (L), traité de droit constitutionnel, Ed Fontenois, Paris, 1911.
- 19-Ferandi (Y), la rédaction administrative en Pratique, les éditions de l'organisation, Paris, 2009.
- 20-Gaudemet (Y), remarques a propos des circulaires administratives, LGDJ, Paris, 1993.
- 21-Genéviève (K), « les circulaires du premier Ministre, argumentation et justifications », éd LGDJ, Paris, 2007.
- 22-Genéviève (K), les circulaires administratives, éd Economica, Paris, 2003.
- 23-Genéviève (K), le commentaire administratif, P.U. de Toulouse, 2001.
- 24-Gibot – Leclerc (N.P), «droit d'administration : sources, moyens, contrôles», éd Sirey, Paris, 2000.
- 25-Haberle (P), l'Etat de droit, Dalloz, Paris, 2006.
- 26-Layla (M – K), le contrôle judiciaire sur les actes administratifs, (en langue arabe) , Dar enahda el arabia, Egypte, 1988.
- 27-Massot (J), décisions non formalisées et contrôle du juge de l'excès de pouvoir, éd Dalloz, Paris, 2011.
- 28-Mehl-Mignot (H), approche des normes et hiérarchie des normes suivant les situations juridiques, éd LGDJ, Paris, 2002.
- 29-Mestre (A), le conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'administration, éd LGDJ, Paris, 2010.
- 30-Mhana (F – M), les droits des individus envers les services publics, (en langue arabe), Dar el maarif, Egypte, 1990.
- 31-Morand-Deville (J), cours de droit administratif, éd Montchrestien, Paris, 2001.

- 32-Plantey (G), « fonction publiques, traité générale », éd Litec, Paris, 2013.
- 32-Ricci (J – CL), Mémento de la jurisprudence administrative, éd Hachette, Paris, 2010.
- 33-Rongere (P), le procédé de l'acte – type, éd LGDJ, Paris, 1998.
- 34-SBIH (M), l'administration publique algérienne, éd Hachette, Paris, 1980.
- 35-Stirn (B), les sources constitutionnelles du droit administratif, éd LGDJ, Paris, 1995.
- 36-Tamawi (S – M), théorie générale des arrêts administratifs, (en langue arabe) , Dar el fikr el Arabie, Egypte, 1994.
- 37-Troper (M), pour une Théorie juridique de l'Etat, éd PUF, Paris, 2007.
- 38-Troper (M), une théorie réaliste de l'interprétation dans la théorie du droit, éd PUF, Paris, 2001.
- 39-Vedel (G) et Delvolvé (P), droit administratif, T1, éd PUF, 14^{ème} édition, Paris, 2003.
- 40-Waline (M), empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique, faut-il tuer les catégories juridiques ? Mélanges Daben, éd Sirey, Paris, 1985.
- 41-Wiener (C), recherches sur le pouvoir réglementaire des ministres, éd LGDJ, Paris, 2006.

B – Thèses et Mémoires :

- 42-Lakhal (M), le contrôle judiciaire sur le pouvoir réglementaire de l'administration publique, Etude comparative, thèse de doctorat en droit, université de Montpellier, France, 2014.
- 43-Lécos (R), le pouvoir de dérogation de l'administration, thèse de doctorat en droit, université de Lille, France, 2009.
- 44-Mourier (P), recherche sur les pratiques administratives para – règlementaires, Thèse de Doctorat en droit, université de l'UQAM, Montréal, Canada, 2008.
- 45-Schultz (P), de l'emprise des administrations fiscales sur le pouvoir législatif et le pouvoir juridictionnel, thèse de doctorat en droit, université de Strasbourg, France, 1955.
- 46-Yelles Chaouche (B), recherches sur les mesures d'ordre intérieur, Thèse de Doctorat en droit, université de Strasbourg, France, 1981.
- 47-Azouz (Y), la classification des instructions et circulaires dans le système pyramidal des normes juridiques en Algérie, mémoire de magistère, option administration et finance, université d'Alger, 2002.
- 48-Ben Mebarek (R), commentaire a propos du circulaire 94 - 3 / 842 relative au contrat de concession des service publique, mémoire de magistère, option administration et finances publiques, Université d'Alger, 2004.

49-Bennamla (S), souplesse du pouvoir réglementaire en Algérie, mémoire de magistère, option administration et finance, université d'Alger, 2010.

50-Brahimi (M), la circulaire ou l'instruction comme source de droit en Algérie, mémoire de D.E.S en droit public, université d'Alger, 1985.

C – Articles :

51-Boissard (S), le pouvoir hiérarchique au sein de l'administration française, in C.F.P (les cahiers de la fonction publique), N° 223, Paris, 2003.

52-El Hassar (M), à propos de l'article 7 du code de procédure civile, in RASJEP (Revue Algérienne des Sciences Juridiques Economiques et Politiques), N°1, Alger, Mars 2009.

53-Fombour (P), les circulaires impératives sont des actes faisant grief, in RFDA (Revue Française de Droit Administratif), N° 4, Paris, 2003.

54-Genéviève (K), vers une définition jurisprudentielle de la circulaire administrative, in « petites affiches », Paris, 4 Mars 2003.

55-Genéviève (K), l'administration n'est jamais tenue de prendre une circulaire, in AJDA (Actualité Juridique – Droit Administratif) , N° 4, Paris, 2003.

56-Mahiou (A), Note sous l'arrêt de la cour suprême : chambre administrative, 08 mars 1980, office interprofessionnel des céréales/ société nationale des semouleries, meuneries, fabriques de pâtes alimentaires et couscous, in RASJEP (Revue Algérienne des Sciences Juridiques Economiques et Politiques), Alger, 1990.

57-Petit (J), les circulaires impératives sont des actes faisant grief, in RFDA (Revue Française de Droit Administratif), N°3, Paris, 2003.

58-Stillmunkes (P), la classification des actes ayant force de loi en droit public français, in RDP (Revue du droit Public), N° 1, Paris, 1989.

الحماية القضائية لحق الترشح وحق الانتخاب في النظام الانتخابي الجزائري



**الأستاذ الدكتور : عمار بوضيفاف ، كلية الحقوق
والعلوم السياسية جامعة تبسة - الجزائر
مسؤول فريق التكوين في الدكتوراه قانون عام**

مقدمة :

مما لا شك فيه أن تميز العملية الانتخابية بالشفافية والنزاهة يعد عنصرا جوهريا في بناء النظام الديمقراطي ويكرس التعددية السياسية. وهذا الأمر يستوجب لا ريب توفير أقصى الضمانات والآليات الممكنة السياسية والإدارية والقضائية لتحقيق مقاصد العملية الانتخابية وتجسيد مبدأ أن الشعب هو مصدر كل سلطة. واحترام خياراته وتوجهاته وقناعاته. و من ثم لا عجب أن يذهب المشرع بعيدا فيوفر للعملية الانتخابية وسائل جزائية لفرض أحكام القانون الانتخابي.

• التعريف بالموضوع و أهمية الدراسة :

إذا كان النظام الانتخابي كما قيل عنه أنه المؤسسة السياسية الأكثر عرضة للتلاعب، وجب حينئذ التفكير في مختلف الضمانات لحماية شفافية ونزاهة العملية الانتخابية في شتى أطوارها و مراحلها، بدءا بالمرحلة التحضيرية وما قد يتخللها من تجاوزات ومنازعات تثار أمام القضاء العادي، إلى مرحلة الترشح وما تثيره هي الأخرى من إسقاط بعض الأسماء أو القوائم المتنافسة من قبل الإدارة المختصة بالمراقبة والفحص، وما ينتج عنها من منازعات. ثم الحملة الانتخابية وما قد يتخللها من انتهاكات للقانون العضوي المتعلق بالانتخابات خاصة من جانب المرشحين أو

المدعين لهم من الأحزاب التي يتبعونها، إلى الاقتراع وما يجب إفراغه في المحاضر الرسمية، ثم إعلان النتائج، بل هناك ضمانات ينبغي توفيرها بعد إعلان النتائج.

من أجل ذلك تزايد الاهتمام من قبل الباحثين والمختصين بالأنظمة الانتخابية بقصد اختيار أفضلها من جهة، كما تزايد الاهتمام ب ضمانات العملية الانتخابية من جهة أخرى والقصد واحد في كلا النوعين من الدراسات السياسية والقانونية ألا وهو ضمان انتخابات أكثر نزاهة وشفافية. وهذا مبتغى وشغل كل مشرع بمناسبة إصلاح المنظومة الانتخابية.

وبات يقينا اليوم أنه حتى نحكم على منظومة قانونية انتخابية في بلد ما، وفي زمن ما، بالشفافية والنزاهة وبالتوازن والحياد والموضوعية، وجب أن توفر للمرشحين التابعين للأحزاب أو الأحرار القدر الوافي من الضمانات اللازمة سواء ذات الطابع السياسي أو الإداري أو القضائي في مختلف مراحلها.¹

ولا عجب أن يستحدث المشرع الجزائري لجنا انتخابية مختلفة أو هيئة يكلفها بمراقبة العملية الانتخابية في مختلف أطوارها، كما يسند للقضاء أمر مراقبة العملية الانتخابية في مختلف مراحلها الحاسمة باعتباره مرفقا مستقلا مكلفا بتطبيق القانون وحمايته، وجهاز حياد وعدل وإنصاف.

ورغم ما يوفره المشرع من ضمان حياد الإدارة وأعوانها، واستحداث هياكل مراقبة متعددة ومتنوعة، قد تنشبت منازعة انتخابية في أي مرحلة من مراحل سير الانتخابات كأن يتعلق الأمر بمنازعات التسجيل أو الحرمان من الترشح أو منازعات النتائج وغيرها.⁽²⁾

وإذا كان الدستور الجزائري قد اعترف بموجب المادة 62 منه أن لكل مواطن حق الترشح، فإن ممارسة هذا الحق الدستوري مرهون بتوافر جملة من الشروط القانونية فلا يعقل أن يكسب الشخص صفة المرشح للانتخابات المحلية مثلا بمجرد التعبير عن رغبته في، وملا الاستمارات وإيداع الملف، بل لابد من أن يثبت استيفاءه لجملة الشروط الشكلية والموضوعية التي يتطلبها القانون في كل ملف ترشح، وأن يتقدم أمام الجهة المعنية بتلقي إيداع الترشح.

وظالما اقترن حق الترشح بشروط حددها القانون كان لزاما المرور بمرحلة فحص الملفات كمحطة أولية للتأكد من توافر الشروط القانونية من قبل الجهة التي حددها القانون سواء كانت إدارة، أو لجنة، أو مجلسا متخصصا كالمجلس الدستوري في الجزائر أو أي جهة أخرى.

¹ أنظر: الدكتور بودربوة عبد الكريم، الحياد السياسي للإدارة في المجال الانتخابي، الملتقى الوطني لإصلاح النظام الانتخابي في الجزائر الضرورات والآليات، جامعة جيجل، كلية الحقوق، 8 و9 ديسمبر 2010، ص.10

² أنظر: الدكتور عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، الجزء الثاني، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ص 248 وما بعدها. مرابط حسان، نطاق اختصاص القضاء الإداري بالمنازعة الانتخابية، الملتقى الوطني حول إصلاح النظام الانتخابي في الجزائر الضرورات والآليات، جامعة جيجل، كلية الحقوق، 8 و9 ديسمبر 2010، ص.125. أحمد بنيني، الإجراءات الممهدة للعملية الانتخابية في الجزائر، رسالة دكتوراه، جامعة باتنة، 2005، ص 71 الدكتور عمار بوضياف، منازعات الانتخابات المحلية في ضوء أمر 97، الملتقى الدولي لأنماط الانتخابية في ظل التحول الديمقراطي، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 3 و4 نوفمبر 2010، ص 5 وما بعدها.

وأيا كانت جهود المشرع في توفير سائر الضمانات المطلوبة، فإن وجود منازعة انتخابية أمر وارد في غاية طبيعته، اعتباراً أن حق اللجوء للقضاء حق من حقوق الإنسان كرسته المادة 10 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان. وحق دستوري ثابت بموجب المادة 157 من الدستور والتي جاء فيها: " تحمي السلطة القضائية المجتمع والحريات وتضمن للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية".

وانطلاقاً من هذا النص صار من حق المواطن التوجه للسلطة القضائية باعتبارها الحصن الدستوري لحماية الحقوق والحريات، قضاء وإثارة ما يراه مناسباً له أمامها طبقاً لقواعد الاختصاص وحسب الإجراءات المكرسة تشريعاً.

وإذا كان الدستور الجزائري قد ألزم جهة الإدارة سواء كانت مركزية أم محلية بالتحلي بالحياد وهو ما تجلّى صراحة في نص المادة 25 منه، فإن أكبر امتحان للإدارة في مجال التقيد بهذا الواجب والتزام الحياد يبرز في مجال الانتخابات سواء كانت رئاسية أو برلمانية أو محلية بما يضيف عليها قدراً من النزاهة. وينبغي أن يتجلى حيادها خاصة عند فحص ملفات الترشح و في ضمان حظوظ واحدة للمرشحين المتنافسين وعدم التحيز لأي منهم على حساب الآخر، وكل ما يخالف هذا الالتزام يعرضها للمسؤولية القانونية ويؤدي في النهاية إلى إلغاء قرارها.

ومن المفيد الإشارة أن المادة 161 من دستور 2016 أجازت الطعن في كل القرارات الصادرة عن السلطات العمومية المركزية والمحلية وغيرها. وليس هناك أي حصانة ضد الطعن القضائي لأي قرار إداري أيا كانت الجهة المصدرة له. ولم يثبت هذا في مختلف مراحل تطور النظام القانوني الجزائري. وهو ما قد يفتح المجال واسعاً أمام أصحاب المصلحة للتداعي أمام القضاء. ومقاضاة الجهة الإدارية حول مسألة تتعلق بقانون الانتخابات وبحق الترشح أو حق الانتخاب.

ومن هنا تبرز للوجود المنازعة الانتخابية كأحد أهم المنازعات الإدارية، وأكثرها خطورة، لما لها من وثيق الصلة بمحققين دستوريين هما حق الانتخاب وحق الترشح المكرسين بموجب المادة 62 من دستور سنة 2016، فضلاً على أن للمنازعة أبعاد أخرى في حماية مبدأ المشروعية وضمان حياد الإدارة العامة.

• الإشكالية :

سنحاول من خلال هذه الدراسة طرح الإشكالية التالية :

إن الحديث عن نزاهة العملية الانتخابية يفرض في بداية الأمر تطهير القوائم الانتخابية وضبطها و توفير سائر الضمانات بشأنها خاصة ذات الطابع القضائي. فيكفل لصاحب المصلحة التوجه للقضاء بقصد التسجيل أو الشطب في قائمة انتخابية هذا من جهة.

ومن جهة أخرى تفرض نزاهة العملية الانتخابية أيضاً فتح سبل التوجه للقضاء بالنسبة للمباعدن أو المحرومين من الترشح بقرار عن الجهة المختصة سواء كانت ذات طابع إداري أو طابع دبلوماسي أو حتى قرارات اللجان القضائية ذاتها تحت مسمى عدم توفر شروط الترشح.

وبناء على ما سبق ذكره فإن السؤال المركزي المطروح من خلال أحكام المنظومة الانتخابية الجديدة لسنة 2016 هل وفر المشرع الجزائري من الضمانات القضائية ما يكفل التمتع بحقي الانتخاب والترشح ويضمن حياد العملية الانتخابية في المرحلة التحضيرية سواء فيما تعلق بالتسجيل والشطب في القائمة الانتخابية، أو فيما تعلق بمنازعات الترشح للانتخابات المحلية والبرلمانية.؟

وهل احترم المشرع في المادة الانتخابية قواعد الاختصاص النوعي بين جهات القضاء العادي ممثلة في المحاكم الابتدائية وجهات القضاء الإداري ممثلة في المحاكم الإدارية؟ خاصة بعد ثبوت تبنيه لنظام الازدواجية القضائية دستوريا منذ 1996 وقانونيا منذ 1998 واستقرار هذا التوجه القضائي في دستور 2016.

• منهج الدراسة :

تفرض علينا طبيعة الموضوع إتباع منهج تحليل المضمون أو المنهج التحليلي اعتبارا أن الدراسة تتعلق بالقانون الانتخابي ونصوصه المختلفة والتي سنتولى تحليل البعض منها مما له علاقة بالموضوع محل الدراسة. كما سنستعمل المنهج التحليلي في تفكيك بعض المفاهيم والمصطلحات والآراء.

• حدود الدراسة ومجالها :

تتعلق دراسة الحال بالمنازعات الانتخابية فقط في مرحلتها التحضيرية ودور القضاء في حماية حق الترشح وحق الانتخاب باعتبارهما من الحقوق الدستورية. وهذا يستلزم من وجهة نظرنا التطرق :

- لمنازعات التسجيل والشطب في القوائم الانتخابية.
- لمنازعات الترشح لانتخابات المجالس الشعبية الولائية والمجالس الشعبية البلدية ومنازعات الترشح لانتخابات المجلس الشعبي الوطني ومنازعات الترشح لانتخابات مجلس الأمة.

ومن هنا يخرج عن مجال دراستنا الأحكام الخاصة و المتعلقة بالانتخابات الرئاسية والتي نظمها القانون العضوي أعلاه وأسند صراحة الفصل فيها للمجلس الدستوري منها المادة 141 فيما خص مرحلة الترشيحات.

ولا يمكن طبقا للمادة 191 من الدستور الطعن في قرارات المجلس الدستوري لما لها من حجية تجاه كل السلطات بما فيها القضائية. فلا يتصور على الإطلاق عرض المنازعة المتعلقة بالانتخابات الرئاسية على القضاء العادي أو الإداري في القانون الجزائري ولو في أعلى هرم سلطته تطبيقا للمادة 141 والتي اعتبرت آراء وقرارات المجلس الدستوري نهائية وملزمة لجميع السلطات الإدارية والقضائية.

• خطة الدراسة :

للإجابة على الإشكالية المطروحة قدرنا تقسيم الدراسة إلى ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تعريف المناعة الانتخابية وخصائصها.

قبل الولوج في تحليل الأحكام المتعلقة بالمنازعات الانتخابية المعروضة أمام جهات القضاء والتي حملها القانون العضوي 10-16 الصادر بتاريخ 25 غشت 2016 المتعلق بنظام الانتخابات يتعين علينا في البداية تقديم تعريف المنازعة الانتخابية ثم بيان خصائصها.

ويمكن تعرف المنازعة الانتخابية بأنها المنازعة القضائية التي يثيرها صاحب المصلحة بمناسبة سير عملية انتخابية في مرحلة معينة والمتعلقة أساسا بأحكام القانون العضوي للانتخابات وفق إجراءات خاصة ويؤول الاختصاص بالنظر فيها في القانون الجزائري إما للقضاء العادي أو القضاء الإداري.

وقبل التطرق لخصائص المنازعة الانتخابية حري بنا التوقف عند بعض المعطيات المهمة لنستوعب الطبيعة الخاصة لهذه المنازعة وهذه المعطيات هي كما يلي :

1- العملية الانتخابية متعددة من حيث الأطراف :

تشمل وتعني كل من:

أ- المواطن : ناخبا كان أو مرشحا. بما يضعنا أمام منازعات قد تثار من قبل الناخب أو منازعات تثار من قبل المرشح للانتخاب.

ب- الإدارة : طرف أساسي فعال في العملية الانتخابية خاصة في مراحلها التحضيرية/ البلدية/ الولاية/ الوزارة. وقد تنعت بفقدان الحياد أو تعسفها مما يجعلها طرفا في الدعوى الانتخابية.

ج- الأحزاب السياسية : فلا يمكن تصور انتخابات دون تدخل للأحزاب السياسية ومشاركة من جانبها.

د- القضاء : يرافق أيضا العملية الانتخابية ويشرف عليها باعتباره مؤسسة دستورية مستقلة ومحيدة ولأن القاضي بعيد عن النشاط السياسي.

هـ- هيئات أخرى : قد تتدخل في العملية الانتخابية هيئات أخرى كهيئة العليا المستقلة للانتخابات أو لجان خاصة كاللجنة البلدية للانتخابات واللجنة الولائية للانتخابات أو المجلس الدستوري في بعض الحالات إلخ.

2- العملية الانتخابية ذات صلة بعدة الحقوق الدستورية :

تتصل العملية الانتخابية بحقوق عديدة مكرسة دستوريا، وبالتالي المساس بها يعني بالتبعية انتهاك أحد الحقوق الثابتة في التشريع الأساس . ومن هذه الحقوق :

أ- حق الانتخاب ثابت بموجب المادة 62 من الدستور.

ب- بحق الترشح ثابت بموجب المادة 62 من الدستور.

ج- بحق المعارضة السياسية ثابت بموجب المادة 52 و 53 .

د- بمؤشر المشاركة وهي من أهم مؤشرات الحكم الراشد ومن مظاهر ديمقراطية النظام السياسي داخل الدولة.

هـ- بمبدأ المساواة ثابت بموجب المادة 32 و 34 من الدستور.

و- بحرية التعبير منصوص عنها بموجب المادة 48 من الدستور.

ز- بحق الحصول على المعلومة ثابت بموجب المادة 51 من الدستور.

ك- بحق المواطن في اختيار محل اقامته المنوه عليه بموجب المادة 55 من الدستور.

3- العملية الانتخابية تثير منازعات عدة وفي كل مرحلة :

أ- تثير في المرحلة التحضيرية :

- منازعات تتعلق بإعداد قوائم الناخبين.

- منازعات تتعلق بتشكيل مكاتب الاقتراع.

- منازعات تتعلق بالترشح للانتخابات.

تثير في مرحلة الإعلان عن النتائج :

-منازعات تتعلق بالنتائج وتوزيع المقاعد.

وهذا أمر طبيعي. مراحل عديدة وطويلة تحكم العملية الانتخابية تعني بالضرورة منازعات كثيرة.

3- هناك بعض القرارات ذات الصلة بالعملية الانتخابية غير مصرح بقابليتها للطعن القضائي :

إن المتمعن في أحكام القانون العضوي 16-10 أعلاه يقودنا إلى استنتاج في غاية من الأهمية أن المشرع الجزائري ذكر بعض القرارات الإدارية المتعلقة بالانتخابات صادرة أحيانا عن سلطة مركزية وأحيانا أخرى عن إدارة محلية دون أن يصرح بوضوح بقابليتها للطعن القضائي نذكر منها ما يلي :

أ- مرسوم استدعاء هيئة الناخبين :

وقد تم النص عليه في المادة 25 من القانون العضوي 16-10. وسر السكوت بنظرنا يعود لاعتبار مثل هذا المرسوم الصادر عن الرجل الأول في السلطة التنفيذية بمثابة عمل من أعمال السيادة ويمس المصالح العليا للدولة فيما خص الجانب السياسي كحل المجلس الشعبي الوطني تماما.

ب- القرارات المتعلقة بمواقيت الاقتراع تقديمًا أو تأخيرًا :

يتمتع الولاية في النظام الانتخابي الجزائري بسلطة إصدار قرارات فيما خص مواقيت الاقتراع تقديمًا أو تأخيرًا شريطة أخذ موافقة وزير الداخلية وهذا بغرض تمكين أكبر عدد ممكن من الناخبين من أداء واجبهم الانتخابي. وقد وردت هذه الرخصة في المادة 32 و 33 من ذات القانون. و بذلك اعترف المشرع للإدارة بممارسة سلطة تقديرية دون التصريح بإمكانية قابلية قرارها للطعن القضائي.

ج- القرارات المتعلقة بتوزيع الناخبين على مكاتب التصويت :

وتم النص عليها في المادة 27 من القانون العضوي. وهي مسألة تنظيمية تدخل في صميم اختصاص الولاية ولا علاقة للناخب بها. وهي غير قابلة للطعن القضائي.

4- المنازعة الانتخابية ذات آجال خاصة وقصيرة :

لا تسري على المنازعة الانتخابية فيما خص الآجال الأحكام المقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بل تخضع لآجال خاصة ورد ذكرها في النظام الانتخابي . ويتعين على المواطن مراعاتها سواء عند رفع الدعوى أو عند الطعن. وتتراوح هذه الآجال أحيانا ب 3 أيام و 5 أيام أو 8 أيام. ولا يجوز له التمسك بالآجال الطويلة المقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لعدم إمكانية تطبيقها في المادة الانتخابية و لأن الخاص يقيد العام.

وليس المواطن فقط من تم تقييده بآجال قصيرة لرفع دعواه أو طعنه، وإنما جهة القضاء أيضا ممثلة في المحكمة العادية أو الإدارية إذ فيتعين عليها أن تصدر حكمها أو قرارها في زمن قياسي قدرة المشرع 5 أيام. وتبرير ذلك طبعاً هو الموعد الانتخابي المحدد بمرسوم رئاسي ويتميز بطابعه التوحيدي ويخص كل أجزاء إقليم الدولة.

5- معفاة من الرسوم القضائية: المادة 21 الفقرة :

يلزم الشخص عادة عند التوجه للقضاء بدفع رسوم أطلق عليها بالرسوم القضائية. وقد فرضت على المواطن بموجب أحكام قانون المالية. وهذا حق مقرر للخزينة العامة تم فرضه أساساً للتأكد من جدية الطلب القضائي. ولقد تنازل المشرع في المادة الانتخابية عن حق الخزينة في تحصيل مصاريف رفع ، والسبب من وجهة نظرنا يكمن في رفع

كل الحواجز المالية أمام المواطن و فتح السبيل أمام المتقاضين في اللجوء للقضاء دون تحمل أي التزام من الناحية المالية.

6- موزعة بين القضاء العادي والإداري والدستوري :

إن المتمعن في أحكام القانون الانتخابي لسنة 2016 يستنتج أن المشرع قسم المنازعات الانتخابية بين جهات ثلاث:

-منازعات يؤول الفصل فيها للقضاء العادي وستتناولها لاحقا بالشرح والتحليل.

-منازعات يؤول الفصل فيها للقضاء الإداري وهي الأخرى محل دراستنا وستتناولها بالشرح والتحليل.

-منازعات يعود الفصل فيها للمجلس الدستوري. وتخرج عن نطاق دراستنا.

7- أحكامها لا تقبل الطعن بأي شكل من الأشكال : دل على ذلك مواد كثيرة منها المادة 21 الفقرة 3. والمادة 78 وتبرير ذلك هو تاريخ الاستحقاق الذي ينبغي مراعاته.

8- الإدارة ملزمة بتسبب قراراتها المتعلقة بحق الترشح :

شدد المشرع الانتخابي الجزائري على الإدارة تسبب قراراتها في حال رفض ملف ترشح لمجلس بلدي أو ولائي وهو ما نصت عليه المادة 78. أو مجلس شعبي وطني وهو ما تضمنته المادة 98. ويمتد التسبب للجنة الولائية بالنسبة لرفض الترشيحات المتعلقة بانتخابات أعضاء مجلس الأمة بحسب منطوق المادة 116. وحسنا فعل المشرع بفرضه ركنا شكليا وجوهريا في قرار الرفض ألا وهو التسبب وهذا بغرض حماية حق الترشح وحتى لا ينتهك من أي جهة كانت.

9- العملية الانتخابية يتداخل فيها البعد الدولي مع البعد الوطني :

أ- البعد الدولي يتجلى من خلال المواثيق والصكوك الدولية نذكر منها :

-الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والذي تم التصديق عليه في أول دستور للجمهورية الجزائرية لسنة 1963 بموجب المادة 11 منه.

-العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والذي تم التصديق عليه بموجب المرسوم الرئاسي 89-67 بتاريخ 16 مايو 1989 المنشور في الجريدة الرسمية عدد 20 لسنة 1989.

ب- البعد الوطني ويتجلى من خلال نصوص عديدة نذكر منها :

1-قوانين عضوية: وتحتل من المكانة والحجية ما يسمو على القانون العادي وتخضع للرقابة السابقة للمجلس الدستوري باعتباره جهة تتكفل بحماية القواعد الدستورية. منها خاصة:

1- القانون العضوي 16-10 المؤرخ في 25 غشت 2016 يتعلق بنظام الانتخابات. الجريدة الرسمية عدد 50 لسنة 2016.

2- القانون العضوي 16-11 المؤرخ في 25 غشت 2016 يتعلق بنظام الانتخابات. الجريدة الرسمية عدد 50 لسنة 2016.

2- تنظيمات عديدة ومتنوعة نذكر منها على سبيل المثال :

بعنوان مراسيم رئاسية :

1- المرسوم الرئاسي 17-05 المؤرخ في 4 يناير 2017 يتضمن تعيين القضاة أعضاء الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات. الجريدة الرسمية عدد 51 لسنة 2017.

2- المرسوم الرئاسي و 17-06 المؤرخ في 4 يناير 2017 يتضمن تعيين الكفاءات المستقلة المختارة من ضمن المجتمع المدني أعضاء الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات. الجريدة الرسمية عدد 51 لسنة 2017.

3- المرسوم الرئاسي 17-07 المؤرخ في 4 يناير 2017 يتعلق بنشر التشكيلة الاسمية للهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات. الجريدة الرسمية عدد 51 لسنة 2017.

4- المرسوم الرئاسي 17-10 المؤرخ في 9 يناير 2017 يحدد تنظيم الأمانة الإدارية الدائمة للهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات. الجريدة الرسمية عدد 2 لسنة 2017.

بعنوان مراسيم تنفيذية :

1- المرسوم التنفيذي 17-12 المؤرخ في 17 يناير 2017 قواعد سير اللجنة الإدارية الانتخابية. والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 03-2017.

2- المرسوم التنفيذي 17-13 المؤرخ في 17 يناير 2017 يتعلق باستمارة التصريح بالترشح لقوائم الترشح لانتخاب أعضاء المجلس الشعبي الوطني. الجريدة الرسمية عدد 3 لسنة 2017.

3- المرسوم التنفيذي 17-14 المؤرخ في 17 يناير 2017 يتعلق باستمارة اكتتاب التوقيعات الفردية في صالح قوائم الترشح لانتخاب أعضاء المجلس الشعبي الوطني. الجريدة الرسمية عدد 3 لسنة 2017.

4- المرسوم التنفيذي 17-15 المؤرخ في 17 يناير 2017 يتعلق بإيداع قوائم الترشح لانتخاب أعضاء المجلس الشعبي الوطني. الجريدة الرسمية عدد 3 لسنة 2017.

5- المرسوم التنفيذي 17-16 المؤرخ في 17 يناير 2017 يحدد كفاءات وضع القائمة الانتخابية تحت تصرف المترشح والهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات واطلاع الناخب عليها. الجريدة الرسمية عدد 3 لسنة 2017.

6- المرسوم التنفيذي 17-17 المؤرخ في 17 يناير 2017 يحدد كفاءات انتداب أعضاء الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات. الجريدة الرسمية عدد 3 لسنة 2017.

7- المرسوم التنفيذي 17-18 المؤرخ في 17 يناير 2017 يحدد شروط وكفاءات اختيار الضباط العموميين المدعمين لمداولات الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات. الجريدة الرسمية عدد 3 لسنة 2017.

8- المرسوم التنفيذي 17-20 المؤرخ في 17 يناير 2017 يحدد شروط تسخير الأشخاص خلال الانتخابات. الجريدة الرسمية عدد 4 لسنة 2017.

9- المرسوم التنفيذي 17-21 المؤرخ في 17 يناير 2017 يحدد كفاءات أداء اليمين من طرف أعضاء مكاتب التصويت. الجريدة الرسمية عدد 4 لسنة 2017.

- 10- المرسوم التنفيذي 17-22 المؤرخ في 17 يناير 2017 يحدد التعويضات الممنوحة للأشخاص المسخرين أثناء تحضير وإجراءات الانتخابات. الجريدة الرسمية عدد 4 لسنة 2017.
- 11- المرسوم التنفيذي 17-23 المؤرخ في 17 يناير 2017 يحدد قواعد تنظيم مركز ومكتب التصويت. الجريدة الرسمية عدد 4 لسنة 2017.
- 12- المرسوم التنفيذي 17-58 المؤرخ في 4 فبراير 2017 يحدد نص ورقة التصويت التي تستعمل لانتخاب المجلس الشعبي الوطني. الجريدة الرسمية عدد 6 لسنة 2017.
- 13- المرسوم التنفيذي 17-118 المؤرخ في 22 مارس 2017 يحدد كفاءات تمويل الحملات الانتخابية. الجريدة الرسمية عدد 19 لسنة 2017.
- 14- المرسوم التنفيذي 17-119 المؤرخ في 22 مارس 2017 يحدد مدونة نفقات الهيئة العليا لمراقبة الانتخابات. الجريدة الرسمية عدد 19 لسنة 2017.
- 15- المرسوم التنفيذي 17-250 المؤرخ في 11 سبتمبر 2017 يتعلق بنموذج تصريح الترشح لانتخاب أعضاء المجالس الشعبية البلدية والولائية. الجريدة الرسمية عدد 53 لسنة 2017.
- 16- المرسوم التنفيذي 17-251 المؤرخ في 11 سبتمبر 2017 يتعلق باستمارة اكتتاب التوقيعات الفردية في صالح قوائم المرشحين لانتخابات أعضاء المجالس الشعبية البلدية والولائية. الجريدة الرسمية عدد 53 لسنة 2017.
- 17- المرسوم التنفيذي 17-252 المؤرخ في 11 سبتمبر 2017 يتعلق بإيداع قوائم المرشحين لانتخابات أعضاء المجالس الشعبية البلدية والولائية. الجريدة الرسمية عدد 53 لسنة 2017.
- 18- المرسوم التنفيذي 17-253 المؤرخ في 11 سبتمبر 2017 يحدد نص أوراق التصويت لانتخاب أعضاء المجالس الشعبية البلدية والولائية. الجريدة الرسمية عدد 53 لسنة 2017.

بعنوان قرارات وزارية :

1- القرار الصادر عن وزير الداخلية والجماعات المحلية والتهيئة العمرانية بتاريخ 12 سبتمبر 2017 يتعلق بالمميزات التقنية لنموذج التصريح بالترشح لانتخابات المجالس الشعبية الولائية والبلدية. الجريدة الرسمية عدد 53 لسنة 2017.

2- القرار المتعلق بالمميزات التقنية لاستمارة اكتتاب التوقيعات الفردية. الجريدة الرسمية عدد 53 لسنة 2017.

المطلب الثاني : دور القضاء العادي في حماية حق الانتخاب :

قبل استعراض الأحكام المتعلقة بالمنازعات الانتخابية التي يعود الفصل فيها لجهة القضاء العادي في ضوء القانون العضوي 16-10 يتعين علينا التوقف عند أهمية الإشراف القضائي على العملية الانتخابية ومقاصده.

أهمية الإشراف القضائي في العملية الانتخابية :

إذا كانت العملية الانتخابية كثيرا ما يطعن فيها لفقدانها لعنصر الحياد والموضوعية والشفافية، فإن الإشراف القضائي على الفعل الانتخابي خلاف ذلك يبعث مصداقية ومشروعية للعملية الانتخابية وهذا بالنظر لحياد

السلطة القضائية واستقلالها عن كل السلطات. ولا نبالغ عند القول أن الإشراف القضائي هو أول جدار آمن ينبغي توفيره لكل عملية انتخابية لضمان مشروعيتها ومصداقيتها وهذا اعتبارا لما يلي :

1- القضاء جهة مستقلة : دل على ذلك المادة 156 من الدستور.

2- القضاء جهة محايدة : من أجل ذلك يحظر على القضاة ممارسة العمل السياسي والانتماء للأحزاب السياسية وهذا ما قضت به المادة 14 من القانون العضوي 04-11 مؤرخ في 6 سبتمبر 2004 يتضمن القانون الأساسي للقضاء.

3- القضاء جهة تتحكم في تطبيق القانون : بحكم المهمة الوظيفية لمرافق القضاء.

4- مؤسسة دستورية مكلفة بالفصل في المنازعات والخصومات: من أجل ذلك يجب أن يحتكم إليها الأفراد والهيئات و تتولى حماية المجتمع والحريات وتضمن للجميع المحافظة على حقوقهم الأساسية بمنطوق المادة 157 من الدستور. ومن هنا يجب أن ترافق سلطة القضاء العملية الانتخابية في مختلف مراحلها وأطوارها

ما هي المنازعات التي يتولى الفصل فيها جهة القضاء العادي؟

بالعودة لأحكام النظام الانتخابي لسنة 2016 تتولى المحكمة العادية الابتدائية الفصل فقط في منازعات التسجيل والشطب في القائمة الانتخابية. وحتى نبرز دورها بدقة في حماية حق الانتخاب وهو حق دستوري، تعين علينا التوقف عند الأحكام المتعلقة بالتسجيل في القوائم الانتخابية والجهة التي تتولاه والتظلمات الناتجة عن نشر القوائم الأولية وأخيرا سلطة القضاء العادي بصدد الطعون القضائية التي قد ترفع أمامه والمتعلقة إما بالتسجيل أو الشطب. وهو ما سنفصله فيما يلي :

تعريف التسجيل في القائمة الانتخابية :

تعتبر عملية تسجيل الناخبين في قوائم خاصة من أهم الضمانات التي يعبر بها الأفراد عن ممارسة حقوقهم السياسية. والتسجيل في القوائم الانتخابية شرط أساسي لممارسة الحق في الانتخاب والحق في الترشح. فحق الانتخاب ثابت لمن توافرت فيه الشروط القانونية التي حددتها المادة 3 من القانون العضوي 16-10 وكذلك حق الترشح للانتخابات الرئاسية والتشريعية والولائية و بالبلدية.

غير أن ممارسته أو استعمال هذا الحق أو ذلك متوقف على عملية التسجيل في القائمة. وهو ما فرضته المادة 4 من القانون المذكور. فلا يصوت إلا من كان مسجلا في القائمة الانتخابية للبلدية التي بها موطنه.

ويمكن تعريف القائمة الانتخابية بأنها وثيقة تتضمن إحصاء عام للناخبين على مستوى بلدية أو جهة دبلوماسية معينة ممن استوفوا شروط التسجيل وإجراءاته.

أهمية التسجيل في القوائم الانتخابية :

تتجلى أهمية التسجيل فيما يلي :

1- عن طريق عملية التسجيل نتأكد قبل يوم الاقتراع من القائمة الاسمية للناخبين. لأنه يتعذر القيام بهذه العملية يوم الاقتراع. فيتقدم كل شخص للتسجيل أولا وفي مرحلة أولى وتحضيرية، ثم ثانيا وفي مرحلة لاحقة لها يتمكن من ممارسة حق الانتخاب. إذن هناك دواعي تنظيمية تفرض التسجيل المسبق قبل التوجه لصندوق الاقتراع.

2- تتمكن الجهة الإدارية المعنية بعد غلق القائمة وضبطها من معرفة التعداد العام للناخبين مما يسهل عملية توزيعهم على مكاتب الاقتراع. وهذا أيضا يصنف ضمن الدواعي التنظيمية.

3- التسجيل يفرض مراجعة القوائم بين المرحلة والأخرى، بحكم عوامل عديدة كالوفاة وفقد الأهلية وتغيير محل الإقامة وغيرها مما يستوجب تحيين القوائم ومراجعتها حسب المستجد من العوارض. لذا فرض القانون أن تجري عملية المراجعة كل سنة. وهذا ما أُصطلح عليه بالمراجعة العادية للقوائم و تتم خلال الثلاثي الأخير من كل سنة. وهناك مراجعة استثنائية تتم على إثر صدور المرسوم الرئاسي المتضمن استدعاء هيئة الناخبين الذي يحدد افتتاحها واختتامها وهو ما نصت عليه المادة 14 من القانون العضوي 16-16-10.

4- تجسد القوائم الانتخابية مبدأ المساواة بين الأفراد خاصة وأن المشرع الجزائري :

أ- جعل سن الانتخاب ألا وهو 18 سنة أقل من سن الرشد المقرر في القانون المدني ألا وهو 19.

والهدف تشييب الوعاء الانتخابي ما أمكن وتوسيع نطاق المشاركة وهو ما تكرر في كل القوانين الانتخابية.

ب- لا تميز فيما خص حق التسجيل في القوائم الانتخابية بين المرأة والرجل. ثبت ذلك في كل القوانين الانتخابية الجزائرية على اختلاف مراحل صدورها. ولم يرد في القانون أي معايير تميز أخرى غير تلك التي نص عليها القانون.

المبادئ التي تحكم القوائم الانتخابية :

1- وحدة القائمة :

ويقصد بها أن القائمة الانتخابية عبارة عن وعاء انتخابي عام يشمل كل من تتوفر فيهم الشروط القانونية وعبروا عن إرادتهم في التسجيل في القائمة. فالقائمة الواحدة صالحة للاستخدام في كل الانتخابات الوطنية والمحلية. من أجل ذلك منع التسجيل في قائمتين.

2- دوام القوائم الانتخابية :

والدليل أن المراجعة تتم سنويا كإجراء عادي في الفترة التي حددها القانون-الثلاثي الأخير من كل سنة. ويمكن مراجعتها استثنائيا في الفترة التي يحددها المرسوم الرئاسي المتضمن استدعاء هيئة الناخبين. المادة 14 سالف الذكر.

الجهة صاحبة الاختصاص بالمراجعة :

المبدأ العام: لا ينبغي أن تتفرد الإدارة لوحدها بعملية إعداد القوائم الانتخابية حتى لا يطعن في القائمة وتنعت الإدارة بشبهة التضخيم في الوعاء الانتخابي، بل وجب مشاركة جهات حيادية وغير إدارية. وهذا الأمر يفرض مسألة الإشراف القضائي على العملية الانتخابية في كل مراحلها.

من أجل ذلك أعلن النظام الانتخابي عن تأسيس لجنة خاصة تكمن مهمتها الأساسية في ضبط القائمة الانتخابية بمناسبة كل مراجعة عادية أو استثنائية. والدارس للنظام الانتخابي الجزائري يسجل مدى التطور النوعي الذي تميز به فيما خص الهيكل البشرية للجنة المراجعة والتحيين والضبط. وحتى ندرك قيمة هذا التطور وجب التوقف عند كل مراحل تطور النظام الانتخابي الجزائري. وهو ما سنفصله فيما يلي :

أولاً- تشكيل اللجنة البلدية المكلفة بالمراجعة في ضوء القانون الانتخابي لسنة 1980 :
جاء في المادة 16 من القانون 80-08- المؤرخ في 25 أكتوبر 1980 الجريدة الرسمية عدد 44 بتاريخ 28 أكتوبر 1980.

“ تتولى إعداد القوائم في كل بلدية لجنة إدارية يحدد تأليفها وسيرها بمرسوم.”

وقد صدر المرسوم الموعد به بتاريخ 02 يناير 1982 تحت رقم 82-02 ونشر في الجريدة الرسمية العدد الأول 5 يناير 1982. ونصت المادة الأولى منه: “تشكل اللجنة من :

- رئيس المجلس الشعبي البلدي رئيساً.

- مساعدين اثنين.

ونصت المادة 2 أن المساعدين يعينهما الوالي من بين الناخبين في البلدية. وتعد اجتماعاتها في مقر البلدية طبقاً للمادة 3. أما الأمانة يتولاها الكاتب العام للبلدية. ويحدد نظامها الداخلي النموذجي بموجب بقرار يصدر عن وزير الداخلية.

النتيجة المستخلصة من هذا التوجه التشريعي :

1- لجنة مراجعة القوائم أعلن عن تركيبها البشرية بموجب مرسوم لا قانون. والتنظيم مكانته أقل وحجته أضعف مقارنة بالقانون.

2- غاب في لجنة مراجعة القوائم الانتخابية العنصر القضائي. وهذا الأخير يشكل أبرز ضمانات للحياد وتطبيق القانون.

ثانياً: تشكيل اللجنة الإدارية البلدية المكلفة بالمراجعة في ضوء النظام الانتخابي لسنة 1989:

نصت المادة 16 من القانون 89-13 المؤرخ في 7 غشت 1989 يتضمن قانون الانتخابات والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 32 بتاريخ 7 غشت 1989 على ما يلي : “ يتم إعداد القوائم الانتخابية ومراجعتها في كل بلدية تحت مراقبة لجنة إدارية تتكون من :

- قاض يعينه رئيس المجلس القضائي رئيساً.

- رئيس المجلس الشعبي البلدي.

- ممثل الوالي.

- ناخبين يقترحهما رئيس المجلس الشعبي البلدي لأعضاء اللجنة بعد اختيارهما من ضمن الناخبين الذين لهم أكثر من 10 سنوات إقامة في البلدية.

النتيجة المستخلصة من هذه التشكيلة:

1- اللجنة صارت تشكيلتها محددة بقانون لأول مرة. وهذا مسعى وتوجه يحمى المشرع عليه.

2- تضمنت اللجنة البلدية المكلفة بمراجعة القوائم وضبطها لأول مرة العنصر القضائي، بل وأسندت إليه رئاسة اللجنة. وهذا أيضاً مسعى نثني عليه لمقاصده النبيلة.

3- هناك تغيير فيما يخص أداة اختيار الناخبين، لم يعد يعينهما الوالي، بل يقترحهما رئيس المجلس الشعبي البلدي على اللجنة من بين الناخبين الذين لهم 10 سنوات إقامة في البلدية.

ثالثا: تشكيل اللجنة البلدية في ضوء قانون الانتخابات لسنة 1997 :

أعلن عن تشكيلة اللجنة البلدية الأمر 97-07 المؤرخ في 7 مارس 1997 يتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات. والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 12 بتاريخ 6 مارس 1997. إذ جاء في نص المادة 19 منه : " يتم إعداد القوائم الانتخابية ومراجعتها في كل بلدية تحت مراقبة لجنة إدارية تتكون ممن يأتي :

- قاض يعينه رئيس المجلس القضائي المختص إقليميا رئيسا.

- رئيس المجلس الشعبي البلدي.

- ممثل الوالي

النتيجة المستخلصة من هذه التشكيلة :

1- إقرار نظام الانتخابات وبالتالي القواعد المتعلقة باللجنة الإدارية بموجب قانون عضوي وهو أعلى درجة من القانون العادي ويخضع وجوبا للرقابة السابقة للمجلس الدستوري. إذن هناك تطور من تنظيم إلى قانون ثم المرحلة الحالية قانون عضوي.

2- الاستمرار في توجه الإشراف القضائي على عملية التسجيل وإسناد رئاسة اللجنة لقاض. وهذا توجه نثني عليه.

3- غياب الرقابة الشعبية داخل اللجنة ممثلة في هيئة الناخبين. وهذه ثغرة في النص وجب استدراكها.

رابعا- تشكيلة اللجنة البلدية في ضوء تعديل القانون الانتخابي لسنة 2004:

أبقى القانون العضوي 04-01 بتاريخ 7 فبراير 2004 يعدل ويتم الأمر 97-07 المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 09 على تشكيلة اللجنة البلدية ولم يورد عليها أي تغيير يذكر.

خامسا- تشكيل اللجنة البلدية في ضوء القانون العضوي للانتخابات لسنة 2012:

مرحلة قوانين الإصلاح السياسي :

صدر القانون العضوي 12-01 بتاريخ 12 يناير 2012 يتعلق بنظام الانتخابات ونشر في الجريدة الرسمية العدد الأول. وجاء في المادة 15: " يتم إعداد القوائم الانتخابية ومراجعتها في كل بلدية تحت مراقبة لجنة إدارية تتكون ممن يأتي :

- قاض يعينه رئيس المجلس القضائي المختص إقليميا رئيسا.

- رئيس المجلس الشعبي البلدي عضوا

- الأمين العام للبلدية عضوا.

- ناخبين يعينهما رئيس اللجنة.

النتيجة المستخلصة من هذا الإصلاح الانتخابي :

- 1- الاستمرار في توجه الإشراف القضائي فيما يخص اللجنة الإدارية، وإسناد الرئاسة لقاض.
- 2- اقحام ممثلين عن هيئة الناخبين - ناخبين - بما يكرس فكرة الرقابة الشعبية على الوعاء الانتخابي.
- 3- تعزيز دور العنصر القضائي وتمكينه من تعيين ناخبين ضمن تشكيلة اللجنة الإدارية.
- 4- بروز شخصية الأمين العام في اللجنة.

سادسا: تشكيلة اللجنة البلدية في ضوء القانون العضوي لسنة 2016:

أعلنت المادة 15 من القانون العضوي 16-10 عن تشكيلة هذه اللجنة الإدارية المكلفة بضبط القوائم الانتخابية والفصل في التظلمات والاعتراضات التي ترفع بشأنها. وتضم اللجنة على الصعيد الداخلي كل من :

1- قاض يعينه رئيس المجلس القضائي :

وهو ما أشارت إليه المادة 15 من القانون العضوي 16-10 المتعلق بنظام الانتخابات.

وتكرس رئاسة اللجنة الإدارية الانتخابية من قبل قاض يختاره رئيس المجلس القضائي المختص إقليميا مبدأ الإشراف القضائي على العملية الانتخابية في أولى مراحلها المتعلقة بتحديد الوعاء الانتخابي وهذا بغرض إضفاء مزيدا من الضمانات والحياد والاستقلالية.

ولعل السؤال يطرح ما هي الأسباب الموضوعية التي تقف وراء رئاسة قضاة المحكمة الابتدائية العادية للجان الإدارية الانتخابية وإقصاء قضاة المحاكم الإدارية من ذات المهمة والتمثيل؟

إجابة عن السؤال نرجح أن الأسباب الموضوعية التي تقف وراء إسناد رئاسة قضاة المحكمة للجان الإدارية البلدية في النظام القانوني الجزائري يعود إلى ما يلي :

أ- ارتفاع عدد البلديات على المستوى الوطني 1541 بما يعني لجنة بلدية وليس للمحاكم الإدارية من العدة البشرية ما يكفي تغطية كل هذه اللجان على المستوى الوطني خاصة ولم يمض على تنصيبها مدة طويلة.

ب- بساطة الأحكام المتعلقة بالتسجيل والشطب في القوائم الانتخابية بما لا يفرض قدرا كبيرا من التجربة والمؤهل القضائي من ذوي رتبة مستشار، وأن وجود قاض ولو حديث العهد بالعمل القضائي كاف لضمان حسن سير هذه اللجان الانتخابية البلدية.

ج- إن عملية التسجيل والشطب عملية روتينية وسنوية، بل وفي السنة الواحدة قد تراجع القوائم الانتخابية مرتين دورة عادية وأخرى استثنائية، وهو ما يتعذر معه إقحام أو إدخال قضاة المحكمة الإدارية في هذه العملية ذات النطاق الواسع الذي يغطي 1541 بلدية خاصة وأن عددهم قليل على مستوى 37 محكمة إدارية منصبة على الصعيد الوطني.

2- رئيس المجلس الشعبي البلدي :

وهذا أمر طبيعي فالأمر يتعلق بلجنة ارتبط اختصاصها بتحديد الوعاء الانتخابي لجموع سكان البلدية فوجب أن يكون رئيس البلدية عضوا في اللجنة. وهو نفس ما ذهب إليه القانون العضوي لسنة 2012 الملغى.

3- الأمين العام للبلدية عضوا :

يحتل الأمين العام في النظام الإداري البلدي مكانة مميزة تفرض الاعتراف له بعضوية اللجنة الإدارية الانتخابية اعتبارا لطبيعة مهامه وسمو مكانته وصلاحياته الإدارية والسلمية على مصلحة الانتخابات وسائر مصالح البلدية.⁽¹⁾

4- ناخبين اثنين يعينهما رئيس اللجنة :

هنا تبرز نية المشرع في إضفاء مزيدا من الضمانات على العملية الانتخابية في مرحلتها الأولى، فإلى جانب الاعتراف للقضاء برئاسة اللجنة الإدارية كما سبق البيان، قدم المشرع ضمانا أخرى تمثلت في إطار للرقابة الشعبية ممثلة في ناخبين من سكان البلدية يختارهما رئيس اللجنة وهو قاض. حتى يبعد الإدارة عن مظنة أي شبهة. وهو توجه سليم نثني عليه لمقاصده العامة.

وبناء على ما سبق ذكره ضمت اللجنة بتركيبها المذكورة ألوانا شتى للرقابة القضائية ممثلة في رئيس اللجنة والإدارية ممثلة في رئيس المجلس الشعبي البلدي والأمين العام للبلدية. والشعبية مجسدة في ناخبين من سكان البلدية.

ولقد بين المرسوم التنفيذي 17-12 المؤرخ في 17 يناير 2017 قواعد سير اللجنة الإدارية الانتخابية. والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 03-2017. وأشار أيضا في المادة 7 منه أن الطلبات والاحتجاجات على التسجيل والشطب تقدم للكاتب الدائم للجنة الإدارية الانتخابية. وتبت اللجنة الإدارية في هذه الاعتراضات بمنطوق المادة 8. وتدون في سجلات خاصة يرقمها ويؤشر عليها رئيس اللجنة بما يعزز الإشراف القضائي على مراجعة القوائم وتعيينها. ويتولى الكاتب الدائم تسجيل الناخبين أو شطبهم فور تبليغ حكم القضاء. وهو ما أشارت إليه المادة 9 من المرسوم أعلاه. ويمسك سجل يحتوي على قرارات اللجنة الإدارية وأحكام القضاء وهو ما أشارت إليه وبوضوح المادة 10 من ذات المرسوم.

النتيجة المستخلصة من الإصلاح الانتخابي لسنة 2016 :

1- بروز هيئة دستورية جديدة ممثلة في الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات والتي اعترفت لها المادة 194 من الدستور بدور فيما خص الإشراف على عمليات مراجعة الإدارة للقوائم الانتخابية- مهمة دستورية- والدستور طبعا يعلو على القانون العضوي.

ولقد صدر القانون العضوي المتعلق بهذه الهيئة تحت رقم 16-11 مؤرخ في 25 غشت 2016 يتعلق بالهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات ونشر في الجريدة الرسمية عدد 50. وبحسب المادة 12 منه تتأكد الهيئة العليا قبل الاقتراع من :

1- مطابقة الإجراءات المتعلقة بمراجعة الإدارة للقوائم الانتخابية

2- وضع القائمة تحت تصرف ممثلي الأحزاب.

⁽¹⁾ لتفصيل أكثر بخصوص وظيفة الأمين العام للبلدية أنظر: المرسوم التنفيذي 16-320 المؤرخ في 13 ديسمبر 2016 المتضمن الأحكام الخاصة بوظيفة الأمين العام للبلدية. الجريدة الرسمية عدد 73 لسنة 2016.

3- مطابقة القوائم الانتخابية الموضوعة تحت تصرفها لأحكام القانون العضوي المتعلق بالانتخابات.

منازعات التسجيل والشطب بين اختصاص القضاء العادي تارة والإداري تارة أخرى :

إن الدارس للنظام الانتخابي الجزائري يستنتج مدى تغيير موقف المشرع فيما خص الجهة القضائية التي يعود لها الفصل في منازعات التسجيل والشطب وهو ما سنفصله فيما يلي :

أولا : مرحلة قانون الانتخابات لسنة 1980 والاعتراف باختصاص القضاء العادي :

أجازت المادة 16 من قانون الانتخابات لسنة 1980 لكل مواطن أغفل تسجيله أن يقدم شكواه إلى رئيس اللجنة الإدارية. كما خولت المادة 18 كل ناخب مسجل أن يطالب بشطب شخص مسجل بغير حق أو تسجيل شخص مغفل عنه في نفس الدائرة. واعترفت المادة 19 للمواطن بحق تقديم اعتراض بالتسجيل أو الشطب في ظرف شهر ابتداء من تعليق القائمة. ويخفف إلى ثمانية أيام في المراجعة الاستثنائية. وتعرض الاعتراضات على اللجنة الإدارية. ويجب على الإدارة البلدية تبليغ مقرر اللجنة الإدارية في مدة 5 أيام إلى المعنيين كتابة في موطنهم.

وخولت المادة 20 للأطراف المعنية الطعن القضائي خلال 8 أيام من التبليغ. وفي حالة عدم التبليغ يرفع في أجل 15 من تاريخ تقديم الاعتراض للجنة الإدارية. ويرفع الطعن أمام المحكمة المختصة إقليميا ونعني بها المحكمة العادية. وتفصل فيه بموجب أمر غير قابل للطعن. وتبت في الطعن في أجل أقصاه 10 دون مصاريف.

مرحلة قانون الانتخابات لسنة 1989 والاعتراف باختصاص القضاء العادي :

أجازت المادة 18 لكل مواطن أغفل تسجيله أن يقدم شكواه إلى رئيس اللجنة الإدارية. كما أجازت المادة 19 لكل ناخب مسجل أن يطالب بشطب شخص مسجل بغير حق أو تسجيل شخص مغفل عنه في نفس الدائرة الانتخابية. واعترفت المادة 20 للمواطن بحق تقديم اعتراض بالتسجيل أو الشطب في ظرف 15 يوما ابتداء من تعليق القائمة. ويخفف إلى ثمانية أيام في المراجعة الاستثنائية. وتعرض الاعتراضات على اللجنة الإدارية.

ويجب على رئيس البلدية تبليغ مقرر اللجنة الإدارية في مدة 5 أيام إلى المعنيين في موطنهم. كما خولت المادة 21 للأطراف المعنية الطعن القضائي خلال 8 أيام من التبليغ. وفي حالة عدم التبليغ يرفع في أجل 15 من تاريخ تقديم الاعتراض للجنة الإدارية.

ويرفع الطعن أمام المحكمة المختصة إقليميا ونعني بها المحكمة العادية. وتفصل فيه بموجب أمر غير قابل للطعن وتبت في الطعن في أجل أقصاه 10 دون مصاريف.

مرحلة قانون الانتخابات لسنة 1997 والاعتراف باختصاص القضاء العادي :

أجازت المادة 22 لكل مواطن أغفل تسجيله أن يقدم شكواه إلى رئيس اللجنة الإدارية. كما خولت المادة 23 كل ناخب مسجل أن يطالب بشطب شخص مسجل بغير حق أو تسجيل شخص مغفل عنه في نفس الدائرة. واعترفت المادة 24 للمواطن بحق تقديم اعتراض بالتسجيل أو الشطب في ظرف 15 يوما ابتداء من تعليق القائمة. ويخفف إلى ثمانية أيام في المراجعة الاستثنائية. وتعرض الاعتراضات على اللجنة الإدارية. ويجب على رئيس المجلس الشعبي البلدي تبليغ مقرر اللجنة الإدارية في مدة 5 أيام إلى المعنيين كتابيا في موطنهم.

وأجازت المادة 25 تحول للأطراف المعنية الطعن القضائي خلال 8 أيام من التبليغ. وفي حالة عدم التبليغ يرفع في أجل 15 من تاريخ تقديم الاعتراض للجنة الإدارية. ويرفع الطعن أمام المحكمة المختصة إقليمياً ونعني بها المحكمة العادية تفصل بموجب أمر غير قابل للطعن وتبت في الطعن في أجل أقصاه 10 دون مصاريف قضائية.

التحول النوعي والاعتراف باختصاص القضاء الإداري :

مرحلة تعديل قانون الانتخابات لسنة 2004 والاعتراف باختصاص القضاء الإداري :

أجازت المادة 22 لكل مواطن أغفل تسجيله أن يقدم شكواه إلى رئيس اللجنة الإدارية. وخولت المادة 23 كل ناخب مسجل أن يطالب بشطب شخص مسجل بغير حق أو تسجيل شخص مغفل عنه في نفس الدائرة.

واعترفت المادة 24 للمواطن بحق تقديم اعتراض بالتسجيل أو الشطب في ظرف 15 يوماً ابتداءً من تعليق القائمة. ويخفض إلى ثمانية أيام في المراجعة الاستثنائية. وتعرض الاعتراضات على اللجنة الإدارية. ويجب على رئيس المجلس الشعبي البلدي تبليغ مقرر اللجنة الإدارية في مدة 5 أيام إلى المعنيين كتابياً في موطنهم.

وفتحت المادة 25 معدلة سنة 2004 للأطراف سبيل الطعن القضائي خلال 8 أيام من التبليغ. وفي حالة عدم التبليغ يرفع في أجل 15 من تاريخ تقديم الاعتراض للجنة الإدارية.

ويرفع الطعن بمجرد التصريح أمام الجهة القضائية الإدارية المختصة إقليمياً التي تفصل بقرار غير قابل للطعن بأي شكل من الأشكال وتبت في الطعن في أجل أقصاه 10 دون مصاريف .

مبررات هذا التحول :

إن المبرر الأساس لهذا التعديل من وجهة نظرنا هو تبني المشرع لنظام ازدواجية القضاء وهو ما يمكن استنتاجه من مقتضيات التي استند عليها التعديل والتي ورد فيها ذكر النصوص التالية :

1- القانون العضوي 98-01 المتعلق بمجلس الدولة.

2- للقانون 98-02 المتعلق بالمحاكم الإدارية.

بما يعني أن اعتماد نظام الازدواجية القضائية بموجب دستور 1996 أثر نوعياً وإيجاباً على منازعات التسجيل والشطب فسحبت من القضاء العادي ممثلاً في المحكمة العادية وعهد بها للمحكمة الإدارية. وبهذا التعديل استرد القضاء الإداري اختصاصاً كان في عهد سابق منوط بالقضاء العادي رغم أن قانون الانتخابات هو قانون سياسي بامتياز.

ولقد حقق هذا الإصلاح في قواعد الاختصاص النوعي بشأن منازعات الشطب والتسجيل جملة من المزايا نورد البعض منها فيما يلي :

1- إن القضاء الإداري قضاء جماعي وهو ما نصت عليه المادة 3 من القانون 98-02 المؤرخ في 30 مايو 1998 يتعلق بالمحاكم الإدارية والقضاء الجماعي أقرب للعدل وأبعد عن الخطأ.

2- إن رتبة القاضي الفاصل في المحكمة الإدارية هي رتبة مستشار في التنظيم السلمي وهي الرتبة الأولى المجموعة الرابعة طبقاً للمادة 47 من القانون العضوي 04-11. وهي رتبة تعلو رتبة القاضي العادي في المحكمة الابتدائية

3- إن طبيعة قانون الانتخابات تصنف أنها من قواعد القانون العام، بما يجعل القاضي الإداري دون سواه أحق بالفصل فيها.

4- مادام القرار الفاصل في منازعات التسجيل والشطب لا يقبل أي شكل من أشكال الطعن، وجب أن يعرض على الأقل على جماعة بتشكيلة المحكمة الإدارية وليس على قاض فرد كما هو الحال في المرحلة السابقة.

5- بهذا الإصلاح صارت أغلب المنازعات من اختصاص القضاء الإداري. باستثناء ما عهد به المشرع للمجلس الدستوري.

مرحلة القانون الانتخابي لسنة 2016:

العودة مرة أخرى لاختصاص القضاء العادي :

أجازت المادة 18 لكل مواطن أغفل تسجيله أن يقدم تظلمه إلى رئيس اللجنة الإدارية. وخولت المادة 19 كل ناخب مسجل أن يطالب بشطب شخص مسجل بغير حق أو تسجيل شخص مغفل عنه في نفس الدائرة. واعترفت المادة 20 للمواطن بحق تقديم اعتراض بالتسجيل أو الشطب في ظرف 10 أيام ابتداء من تعليق القائمة. ويخضع إلى 5 أيام في المراجعة الاستثنائية. وتعرض الاعتراضات على اللجنة الإدارية. ويجب على رئيس المجلس الشعبي البلدي تبليغ مقرر اللجنة الإدارية في مدة 3 أيام إلى المعنيين كتابيا في موطنهم.

وخولت المادة 21 للأطراف المعنية الطعن القضائي خلال 8 أيام من التبليغ. وفي حالة عدم التبليغ يرفع في أجل 8 أيام من تاريخ تقديم الاعتراض للجنة الإدارية.

و الطعن بمجرد التصريح أمام المحكمة المختصة إقليميا أو محكمة الجزائر بالنسبة للجالية.

التي تفصل بحكم غير قابل للطعن بأي شكل من الأشكال وتبت في الطعن في أجل أقصاه 5 أيام دون مصاريف .

مزايا عرض النزاع على القضاء العادي :

إذا كان خيار المشرع الجزائري بصدد مناعات التسجيل والشطب هو عرضها على جهة القضاء العادي ممثلة في المحكمة الابتدائية، فإن مثل هذا الخيار يحقق موضوعيا جملة من المزايا أبرزها ما يلي :

1- إن المحاكم العادية موجودة في أغلب المناطق وبالتالي تجسد مبدأ تقريب القضاء من المتقاضين. ويسهل على الفرد اللجوء إليها دون مشقة أو تعقيد في الإجراءات، وبعد إقليمي بالنسبة لجهة الاختصاص القضائي.

2- إن منازعات الشطب والتسجيل قريبة من منازعات الحالة وهذه الأخيرة تعرض على المحكمة العادية لا الإدارية.

عيوب هذا التوجه التشريعي :

يفرز هذا التوجه عديد العيوب أهمها :

1- إن قضاء المحكمة قضاء فردي ويصدر أحكام غير قابلة للطعن المادة 21 من القانون العضوي 16-10.

2- إن رتبة القاضي الفاصل في التنظيم السلمي هي الرتبة الثانية المجموعة الأولى. المادة 47 من القانون العضوي 04-11. بينما هي الرتبة الأولى المجموعة الرابعة بالنسبة لقضاة المحكمة الإدارية طبقا للمادة 47 من القانون العضوي 04-11.

3- مما لا شك فيه أن المنازعة الانتخابية تصنف قواعدها ضمن قواعد القانون العام. والقاضي المدني قاضي قانون خاص لا عام، وقانون الانتخابات تشريع غريب عنه.

4- بتوزيع قواعد الاختصاص في المادة الانتخابية بين القضاء العادي أحيانا والقضاء الإداري أحيانا أخرى يتشتت المتقاضي بين الأولى والثانية بصدد منظومة قانونية واحدة ألا وهي النظام الانتخابي. فنصل إلى نتيجة مفادها أن القانون واحد، والمطبق والفاصل في النزاع المتعلق به أكثر من قاض، كل ينتمي لهرم وهيكل قضائي منفصل عن الآخر. وهذا خلل من وجهة نظرنا وجب تداركه خاصة وأن توجه نظام الازدواجية بدأ يتكسر ويتوسع. و إصلاح ذلك لا يتم إلا بالاعتراف للقضاء الإداري دون سواه بالفصل في كل منازعة تتعلق بقواعد قانون الانتخابات ولو كانت تمس جانب التسجيل والشطب.

التأثر بالنظام الفرنسي :

. يبدو واضحا من خلال الأحكام الواردة بشأن منازعات التسجيل والشطب مدى تأثر المشرع الجزائري بالقانون الفرنسي حيث جاء في المادة 25 من القانون الانتخابي الفرنسي الصادر بموجب القانون 69-419 المؤرخ في 11 مايو 1969 والقانون 75-1329 بتاريخ 31 ديسمبر 1975 والمرسوم 80-1075 بتاريخ 28 ديسمبر 1980 ما يلي :

"Les décisions de la commission administrative peuvent être contestées par les électeurs intéressés devant le tribunal d instance".

إن هذا النص واضح في إسناد الاختصاص للقضاء العادي ممثلا في المحكمة الابتدائية فيما خص الطعن في قرارات اللجنة الإدارية من قبل أصحاب المصلحة.

وإن كان تأثر المشرع الجزائري مقصودا للتوجه لما ذهب إليه المشرع الفرنسي، معنى ذلك أن المعيار العضوي المكرس قانونا في الجزائر بموجب المادة 800 من القانون 08-09 تم الاستغناء عليه، بل تم تجاوزه بشكل صريح. فاللجنة المدعى عليها والمسماة قانونا اللجنة البلدية تصدر قرارات تقبل المراجعة القضائية. وتحتوي اللجنة على عضوين من البلدية هما رئيس المجلس الشعبي البلدي والأمين العام. وتعدّد جلساتها في البلدية طبقا للمادة 15. فكيف يمكن التسليم باختصاص المحكمة العادية وما علاقة هذه المحكمة بنشاط الجهات الإدارية في مرحلة الازدواجية القضائية.

ولا ينبغي من وجهة نظرنا حال إعداد الأحكام المتعلقة بمنازعات التسجيل والشطب ربط الوضع في الجزائر بمثيله الفرنسي لاختلاف أساس ومعيار توزيع المنازعات بين جهات القضاء الإداري والعادي في المادة الانتخابية.

فالوضع في فرنسا يختلف تماما عن الجزائر لأن الأولى فضلت إعمال المعيار المادي كأساس لتوزيع الاختصاص بين جهات القضاء العادي والإداري خلاف الثانية التي عمدت إلى تبني المعيار العضوي الثابت تاريخيا كمعيار لتوزيع الاختصاص بين نوعي القضاء بموجب المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية الملغى وبموجب المادة 800 من قانون

الإجراءات المدنية والإدارية لسنة 2008 الساري المفعول وكان حري بالمشرع الجزائري من وجهة نظرنا أن يسند الاختصاص للمحكمة الإدارية فيما خص مرحلة التسجيل والشطب وأن لا يوكل النظر فيها للمحاكم العادية. فالمحكمة الإدارية وجب أن تكون هي صاحبة الاختصاص العام بصدد المنازعات الانتخابية المحلية بما فيها الطعون الخاصة بالتسجيل. اعتبارا أن النزاع من حيث الموضوع يتعلق بالمادة الانتخابية وهذه الأخيرة تدرج وتصنف ضمن دائرة القانون العام لا الخاص مجال تدخل واختصاص جهات القضاء العادي.

إن الاعتراف باختصاص القضاء العادي بالفصل في منازعات المادة الانتخابية، ولو في مرحلتها التحضيرية المتعلقة بالتسجيل والشطب داخليا وخارجيا، يعني ببساطة أن المشرع الجزائري وزع وشتت قواعد المنازعة الإدارية، فأوكل بعضها للقضاء العادي ممثلا في المحاكم الابتدائية العادية المختصة إقليميا. ومحكمة الجزائر بالنسبة للمنازعات التي تثار خارجيا والمتعلقة بالجالية الجزائرية بالخارج. و أوكل البعض الآخر للقضاء الإداري ممثلا في المحاكم الإدارية.

ومثل هذا التوزيع وهذا التمييز من وجهة نظرنا غير مقنع، لأنه يقوم على أسس ومعايير وقواعد غير منطقية. فكيف يكون القانون الواجب التطبيق واحدا وهو القانون العضوي 16-10، ويعهد تطبيقه والفصل في المنازعات المترتبة عليه لقضائين مختلفين في الهيكل و الطبيعة فهذا قضاء عادي، والآخر قضاء إداري، وتشكيلة الأول فردية، بينما تشكيلة الثاني جماعية. ويختلفان أيضا من حيث رتبة القاضي الفاصل فهو قاض برتبة معينة في المحكمة العادية. بينما في المحكمة الإدارية هو مستشار وهي رتبة أعلى طبقا للقانون 98-02 المذكور. كما يختلفان في القواعد الإجرائية فالأول محكوم بقواعد الإجراءات المدنية، والثاني محكوم بقواعد الإجراءات الإدارية موضوع الكتاب الرابع من القانون 08-09 سابق الإشارة إليه.

ثم إن المشرع الجزائري تبنى نظام الازدواجية بموجب التعديل الدستوري لسنة 1996، وأصدر من النصوص سنة 1998 ما يكرسها في شكل قوانين عضوية وهي القانون العضوي 98-01 المؤرخ في 30 مايو 1998 يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله⁽¹⁾ والقانون العضوي 98-03 المؤرخ في 3 يونيو 1998 يتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها⁽²⁾. كما أصدر قانونا خاصا بالمحاكم الإدارية هو القانون 98-02 المذكور آنفا. وكان عليه تجسيدا للنصوص الخاصة التي كرس نظام ازدواجية القضاء أن يعترف للقضاء الإداري لوحده بالفصل في منازعات التسجيل والشطب خاصة وقد تبنى سابقا في ظل القانون العضوي 12-01 وحاليا في ضوء القانون العضوي 16-01 توجه الفصل في المنازعة على مرحلة واحدة بموجب حكم ابتدائي نهائي غير قابل لأي شكل من أشكال الطعن كما نصت على ذلك الفقرة الرابعة من المادة 21.

وما يجعلنا نتمسك بضرورة إسناد الفصل في منازعات الشطب والتسجيل للقضاء الإداري وليس للقضاء العادي أن القانون الانتخابي الحالي لسنة 2016 اعترف صراحة للمحكمة الإدارية البت في منازعات تتعلق بالمرحلة التحضيرية للانتخابات أو العمليات التمهيدية من ذلك منازعات تشكيل مكاتب التصويت وهو ما قضت به المادة 30 من القانون العضوي 16-10. ومنازعات الترشح للانتخابات المحلية الولائية منها والبلدية وهو ما

(1) أنظر: الجريدة الرسمية عدد 37 لسنة 1998.

(2) أنظر: الجريدة الرسمية عدد 39 لسنة 1998.

أشارت إليه المادة 78 من ذات القانون. فكيف يمكن تبرير إخراج منازعات التسجيل و الشطب وإسنادها للمحكمة العادية بدل الإدارية؟.

إن هذا الفصل في مجال المنازعات الانتخابية بصدد قانون واحد وسلطتين قضائيتين مختلفين في الطبيعة أمر لا يمكن التسليم به. ومن هذا المنطلق نهيب بالمشرع الانتخابي المسارعة في تعديل الأحكام المتعلقة بمنازعات التسجيل والشطب وإسنادها للقضاء الإداري وهذا بالنظر للأسباب التالية:

1- إن منازعات الانتخابات تدرج ضمن دائرة القانون العام لا الخاص.

2- تتوافر المحكمة الإدارية على ضمانات التعدد ثلاثة قضاة بينما جهة القضاء العادي ممثلة في المحكمة العادية تشكل من قاض فرد.

3- الرتبة المطلوبة في عضوية ورئاسة المحكمة الإدارية هي رتبة مستشار بينما لا يتوافر قاضي المحكمة العادية الابتدائية على هذه الرتبة.

4- يكرس هذا التعديل الذي ندعو له المعيار العضوي في المنازعة الإدارية موضوع المادة 800 من القانون 09-08.

المطلب الثالث : حماية القضاء الإداري لحق الترشح :

تتجلى مظاهر حماية القضاء الإداري لحق الترشح في النظام الانتخابي الجزائري من خلال توفير الحماية القضائية وسبيل التداعي أمام القضاء الإداري ممثلا في المحاكم الإدارية المختصة إقليميا لكل مرشح في الانتخابات المحلية بنوعها البلدية والولائية، وكذلك لكل مرشح للانتخابات البرلمانية بغرض تشكيل الغرفة الأولى أو الثانية. نوضح ذلك فيما يلي :

أولا : بالنسبة للانتخابات المحلية :

كرس القانون العضوي لسنة 2016 للمرشح في الانتخابات المحلية جملة من الضمانات يأتي على رأسها ضمانات تسبب قرار رفض الترشح الصادر عن الوالي المختص إقليميا. وهذا ما نصت عليه المادة 78 بقولها: " يكون رفض أي ترشيح أو قائمة مترشحين بقرار من الوالي معللا تعليلا قانونيا وصرحة".

والأصل في فقه القرار الإداري أن الإدارة لا تلزم بتسبب أو تعليل قراراتها إلا إذا ألزمها القانون بذلك كما هو الحال في رخص البناء، أو توقيف منتخب بلدي أو ولائي وغيرها من القرارات.⁽¹⁾ وهنا أيضا في هذا الموضوع ألزمها القانون الانتخابي بتسبب قرار الحرمان من الترشح بالنظر لخطورته وأبعاده الدستورية والحقوقية. وهذا مسلك يحمده المشرع عليه مراعاة لخدمة المركز القانوني للمخاطب بقرار الإبعاد أو الحرمان خاصة وأن الترشح حق دستوري كما تقدم البيان.

وحيث يلزم القانون جهة الإدارة بتسبب قراراتها يصبح التسبب عنصرا من عناصر الشكل في القرار الإداري والشكل ركن من أركان القرار إذا تخلف وقع القرار باطلا. والغرض من إلزام الإدارة بتسبب قراراتها هو المحافظة على مبدأ المشروعية ورعاية الحقوق والحريات العامة وكما قال الدكتور سامي جما الدين: " إن الشكليات والإجراءات

¹ - أنظر الدكتور عمار بوضياف، القرار الإداري دراسة تشريعية قضائية فقهية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007 ص.13.

ليست مجرد روتين أو عقبات أو قواعد إجرائية لا قيمة لها، وإنما هي في حقيقتها ضمانات للإدارة بمنعها من التسرع وتهديد الأفراد باتخاذ قرارات غير مدروسة وحملها على التروي في ذلك ووزن الملابس والظروف المحلية المحيطة بالقرار تحقيقاً للصالح العام".⁽¹⁾

ومن النص أعلاه يتبين لنا أن القانون ألزم جهة الإدارة ممثلة في الوالي بتسبيب قرار رفض ترشح شخص أو مجموعة أشخاص أو قائمة بأكملها فيلزم بذكر السبب أو الأسباب التي دفعته لإصدار القرار وينبغي هنا مراعاة ضمانتين فرعيتين :

أولاهما: أن التسبيب ينبغي أن يكون فردياً أي مواجهة كل ترشح مرفوض بقرار يتعلق به دون سواه فلا يصح الجمع بين الحالات وإن تشابهت في علتها لأن الأمر يتعلق بمركز فردي وبحق دستوري.

ثانيهما: أن التسبيب ينبغي أن يدور حول مسائل قانونية لأن المادة 78 أعلاه ذكرت عبارة تعليلاً قانونياً كافياً. وتطبيقاً لذلك لا يصح الإبعاد لأسباب أخرى ولتكن سياسية مثلاً.

ويحقق التسبيب من وجهة نظرنا جملة من المقاصد نوجزها فيما يلي :

1/ فهو من جهة يخدم جهة الإدارة مصدرة القرار الإداري :

فحين تصدر قرارها ترفقه بذكر مجموعة العلل أو التسبيب لإقناع الطرف الآخر ألا وهو المعني بالقرار، أنها لم تصدر قرارها من فراغ ودون سند أو تعليل، بل واجهته بموجبات إصدار قرار الرفض.

2/ وهو يخدم أيضاً الطرف المعني بالقرار:

التسبيب فيه فائدة للطرف المعني المبعد من القائمة الانتخابية فيطلع على الأسباب التي دفعت الإدارة لإبعاد ترشحه وقد يقتنع بها وقد لا يقتنع فيطعن قضائياً.

3/ التسبيب يمكن جهة القضاء من ممارسة رقابتها :

التسبيب ينفذ جهة الرقابة القضائية ممثلة في المحكمة الإدارية فتفحص القرار من حيث مشروعية الأسباب المعلن عنها من جانب الإدارة وانطلاقاً منها يقرر القضاء إلغاء القرار الإداري أو رفض الدعوى والإبقاء عليه.

4/ إن التسبيب وسيلة لاقتناع الرأي العام :

مما لا شك أن الرأي العام يتابع حركة ملفات الترشح، فإن تم رفض البعض منها تعين تعليل ذلك على الأقل من باب الإقناع بأن تفصح الجهة الإدارية عن سبب الرفض.

الضوابط العامة للتسبيب :

من نص المادة 78 أعلاه يتبين لنا أن القانون ألزم جهة الإدارة ممثلة في الوالي بتسبيب قرار رفض ترشح شخص أو مجموعة أشخاص أو قائمة بأكملها فيلزم الوالي بذكر السبب أو الأسباب التي دفعته لإصدار القرار وينبغي هنا مراعاة ضمانتين فرعيتين :

¹ - أنظر د سامي جمال الدين الدعاوى الإدارية الإسكندرية منشأة المعارف 1999. ص 243.

أولاهما : وجوب أن يكون التسبب فرديا :

إن التسبب ينبغي أن يكون فرديا أي مواجهة كل ترشح مرفوض بقرار يتعلق به دون سواه فلا يصح الجمع بين الحالات وإن تشابهت في علتها لأن الأمر يتعلق بمركز فردي وبحق دستوري.

ثانيهما : أن التسبب ينبغي أن يدور حول مسائل قانونية :

لأن المادة أعلاه ذكرت عبارة "تعليلا قانونيا كافيا". و تطبيقا لذلك لا يصح الإبعاد لأسباب أخرى ولتكن سياسية مثلا.

ومن الأسباب القانونية للإبعاد الواردة في القانون العضوي للانتخابات ما يلي :

رفض الترشح بسبب عدد التوقيعات المطلوبة المادة 73 من القانون العضوي للانتخابات.

رفض الترشح بسبب السن المادة 79 من القانون العضوي للانتخابات.

رفض الترشح بسبب الجنسية المادة 79 من القانون العضوي للانتخابات.

رفض الترشح بسبب التواجد في أكثر من قائمة أو في أكثر من دائرة انتخابية المادة 73 من القانون العضوي.

رفض الترشح بسبب خضوع المعني لعقوبة جنائية أو جنحة بموجب حكم نهائي المادة 79 من القانون العضوي للانتخابات.

رفض ترشح بسبب عدم القابلية للانتخاب أو حالة تنافي بسبب ممارسة الوظائف المحددة في المادة 81 من القانون العضوي كأن يمارس المترشح وظيفة رئيس دائرة أو كاتب عام على مستوى الولاية أو قاضي وما إلى ذلك من الوظائف والمناصب المشار إليها في المادة المذكورة.

وبعد صدور قرار الإبعاد وجب تبليغه للمعني بالأمر لتمكينه من ممارسة حق الطعن القضائي فيما لو رغب في ذلك. ولقد ألزم المشرع في المادة 77 الفقرة 2 من القانون العضوي للانتخابات جهة الإدارة أيضا بتبليغ المعني هذا القرار تحت طائلة البطلان خلال 10 أيام ابتداء من تاريخ إيداع تصريح الترشح.

وتعد هذه الآجال من النظام العام لا يجوز مخالفتها من قبل الإدارة المحلية فعليها أن تبلغ قرار الرفض ضمن القيد الزمني الذي حدده المشرع وإلا عد قرارها باطلا بحكم نص المادة 78 الفقرة 2. ومدة عشرة أيام كافية جدا للإدارة المحلية لفحص ملفات الترشح من جميع الجوانب.

غير أن النص المذكور لم يحدد بدقة ووضوح شكل التبليغ عما إذا كان يتم بالبريد أو بواسطة محضر قضائي أو بوسيلة أخرى. وكان أفضل لو تم ضبط النص منعا لأي تعسف من هذا الجانب بفرض التبليغ على يد ضابط عمومي هو المحضر القضائي. سيما وأن عدد المحضرين القضائيين في كل الولايات قد ازداد في الآونة الأخيرة بما يمكن الجهات الإدارية من اللجوء لهذه الوسيلة.

وتفعيلا للضمانات القضائية خولت الفقرة الثالثة من المادة 78 الفقرة 3 من القانون العضوي للانتخابات لصاحب أو أصحاب المصلحة الطعن في قرار رفض الترشح أمام الجهة القضائية المختصة خلال ثلاثة أيام من تبليغ قرار الرفض. وبذلك جاءت هذه المادة في غاية من التطابق والانسجام مع المادة 161 من الدستور.

وبهذه الضمانة القضائية مكن المشرع من صدر قرار رفض الترشح ضده من التوجه للقضاء الإداري وعرض النزاع على جهة محايدة ممثلة في المحكمة الإدارية، لتصدر هذه الأخيرة قرارها باسم الشعب الجزائري. وتصبح على هذا الحال الإدارة المحلية ممثلة في والي الولاية طرفا مدعى عليه وخصما في منازعة إدارية.

ويمارس القضاء الإداري ممثلا في المحكمة الإدارية رقابته على القرار الطعون فيه ألا وهو قرار رفض الترشح من حيث المشروعية ويفحص أسباب الرفض المذكورة في القرار ومدى تطابقها أو عدم تطابقها مع الحالات المدرجة قانونا ومع ملف المعني أو المعنيين

وقد يبدو لأول وهلة أن المشرع الجزائري بفرض رفع دعوى الإلغاء خلال ثلاثة أيام من تبليغ القرار أن هذا الأجل يتنافى مع ما هو مقرر في المادة 829 قانون الإجراءات المدنية والإدارية. والتي حددت مدة أربعة أشهر للطعن القضائي ضد القرارات الإدارية.

غير أن هذا الخروج على القواعد العامة له ما يبرره، وله أسبابه الموضوعية، فلا يعقل تطبيق الأجل العام المحدد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ألا وهو أربعة أشهر والأمر يتعلق بانتخابات محلية حدد رئيس الجمهورية تاريخها في المرسوم الرئاسي المتضمن استدعاء هيئة الناخبين، وينبغي أن تكون في يوم واحد على مستوى كل أجزاء ومناطق إقليم الدولة. ثم أن هناك حملة انتخابية فترتها محددة بما يفرض البت في مصير الدعوى الانتخابية المتعلقة بالترشح في أجل قصير. ونؤيد المشرع في تبنيه لهذه الضمانات وهذه الأجل الخاصة.

وانطلاقا من هذه الأسباب الموضوعية يجب التغاضي عن المدة المقررة في النص العام ممثلا في المادة 829 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية واستبدال الأحكام العامة بالنص الخاص المحدد في المادة 78 من القانون العضوي للانتخابات.

وحسنا فعل المشرع حين فرض أولا رفع الدعوى خلال ثلاثة أيام من تاريخ تبليغ قرار الرفض وثانيا حين حدد للمحكمة الإدارية أجل خمسة أيام من تسجيل الدعوى للفصل فيها. ونعرف بعد صدور القرار القضائي مصير قرار رفض الترشح بين البقاء والإلغاء وبالتالي تؤكد مشاركة المعني بالدعوى القضائية في الانتخابات المحلية من عدمها.

وغني عن البيان أن عرض النزاع على القضاء الإداري يعني أننا أمام تشكيلة جماعية للقضاة لا أمام قاض فرد وهذا ما يقربنا أكثر من عدالة الأحكام واجتهاد الجماعة لا الفرد. وهو الأمر الذي لا نجده في منازعات التسجيل والشطب التي تفصل فيها المحكمة العادية الابتدائية بقاض فرد.

ومن المفيد التنبيه أن الجزائر عاشت قبل تعديل قانون الانتخابات سنة 2004 تجربة غير محمودة من جميع الجوانب، إذ أنط المشرع الاختصاص بالنظر في دعوى رفض الترشح للقاضي العادي ممثلا في رئيس المحكمة وخرج عن الأصول التي كانت مقررة في ذلك الوقت. فرغم أن أحد أطراف النزاع ولاية ومن ثم وجب عرض النزاع على الغرفة الإدارية الجهوية طبقا للمادة 7 من قانون الإجراءات المدنية الملغى، إلا أن المشرع اعترف للمحكمة في قسمها الاستعجالي بالفصل في دعوى إدارية بل من أعقد الدعاوى الإدارية. وهذا المسلك أثار في زمنه العديد من الانتقادات.

ولقد تساءل القضاة أنفسهم كيف لنا أن نفصل في قضية إدارية ونحن نمارس وظيفة القضاء العادي لا الإداري. إن رفض الترشح كان بموجب قرار إداري صادر عن الوالي. والقرار الإداري تحكمه أركان وشروط وإجراءات وكل هذه المسائل ليست في صلبها من اختصاص القضاء العادي، بل من اختصاص القضاء الإداري.

وهكذا خالف المشرع في المرحلة السابقة للقانون الانتخابي لسنة 2004 مبادئ الاختصاص المكرسة في قانون الإجراءات المدنية وتحديدا في نص المادة 7 منه. ولما كان القاضي العادي غريبا عن المنازعة الإدارية التي كلف قانونا بالفصل فيها، فلا نتصور أن يصدر عنه حكما عادلا منصفًا والتشريع الواجب التطبيق غريب عنه، بعيد عن مجال اختصاصه ومعرفته وتمكنه. وهو ما يفتح مجال التعسف بالنسبة للإدارة ويمس بالحقوق الدستورية ويجعل العملية الانتخابية مشوبة بالعديد من الشبهات والشوائب، ولو توافر فيها من حيث الظاهر ضمانات قضائية.

ولعل من أهم محاسن تعديل 2004 بموجب القانون العضوي 01/04 المؤرخ في 7 فبراير 2004 الجريدة الرسمية رقم 09 انه اعترف للقضاء الإداري بسلطة النظر في دعوى قرار رفض الترشح وأعاد الأمور إلى نصابها الطبيعي. وهو نفس المسلك الذي اتبعه القانون العضوي لسنة 2016.

ثانيا : بالنسبة للانتخابات البرلمانية :

طلما أخذت الجزائر بالثنائية البرلمانية منذ إقرار التعديل الدستوري لسنة 1996 تعين الفصل بين انتخابات الغرفة الأولى ممثلة في المجلس الشعبي الوطني. وانتخابات الغرفة الثانية ممثلة في مجلس الأمة. وهو ما ينجم عنه اختلاف الأحكام المقررة في كل نوع من الانتخابات، ومنها طبعًا جانب المنازعات. وهو ما سيتم تفصيله فيما يلي:

أ: منازعات الترشح لانتخابات المجلس الشعبي الوطني.

حددت المادة 92 من القانون العضوي 16-10 شروط الترشح لانتخابات المجلس الشعبي الوطني. ففرضت في المرشح أن يستوفي الشروط المحددة في المادة 3 من القانون العضوي للانتخابات من التمتع بالحقوق المدنية والسياسية ولم يوجد في إحدى حالات فقدان الأهلية المحددة في التشريع. وأن يكون مسجلا بالغا سن 25 سنة. وأن يكون ذا جنسية جزائرية. وأن يثبت أداء الخدمة الوطنية أو الإعفاء منها. وألا يكون محكوما عليه بحكم نهائي بسبب جنائية أو جنحة سالبة للحرية ولم يرد اعتباره باستثناء الجرح غير العمدية.

ومن المواد السابقة يتضح أن المشرع قيد عملية الترشح لانتخابات المجلس الشعبي الوطني بجملة من الشروط. وهو ما يعني أن الإدارة ممثلة في الولاية تمارس سلطة فحص ملفات الترشح بما تحمله من وثائق. وتصنفها إلى ملفات مقبولة وملفات مرفوضة عند الاقتضاء.

وكرس القانون العضوي للمرشح في الانتخابات البرلمانية جملة من الضمانات يأتي على رأسها ضمانات تسبب قرار رفض الترشح الصادر عن الوالي المختص إقليميا أو رئيس الممثلية الدبلوماسية أو القنصلية بالنسبة للجالية الجزائرية بالخارج. وهذا ما نصت عليه المادة 98 من القانون العضوي 16-10 بقولها: "يجب أن يكون رفض أي مترشح أو قائمة مترشحين حسب الحالة بقرار من الوالي أو رئيس الممثلية الدبلوماسية أو القنصلية معللا تعليلا قانونيا".

وحين يلزم القانون جهة الإدارة بتسبب قراراتها يصبح التسبب عنصرا من عناصر الشكل في القرار الإداري. والشكل ركن من أركان القرار إذا تخلف وقع القرار باطلا. والغرض من إلزام الإدارة بتسبب قراراتها هو المحافظة على مبدأ المشروعية ورعاية الحقوق السياسية.

ومن النص أعلاه يتبين لنا أن القانون ألزم جهة الإدارة ممثلة في الوالي أو ممثل الجهاز الدبلوماسي أو القنصلي بتسبيب قرار رفض ترشح شخص أو مجموعة أشخاص أو قائمة بأكملها فيلزم كل منهما بذكر السبب أو الأسباب التي دفعته لإصدار القرار وينبغي هنا مراعاة ضمانتين فرعيتين :

أولاهما : أن التسبيب ينبغي أن يكون فرديا أي مواجهة كل ترشح مرفوض بقرار يتعلق به دون سواه فلا يصح الجمع بين الحالات وإن تشابهت في علتها لأن الأمر يتعلق بمركز فردي وبحق دستوري.

ثانيهما : أن التسبيب ينبغي أن يدور حول مسائل قانونية لأن المادة 98 أعلاه ذكرت عبارة تعليلا قانونيا كافيا. وتطبيقا لذلك لا يصح الإبعاد لأسباب أخرى ولتكن سياسية مثلا.

ومن الأسباب القانونية للإبعاد الواردة في القانون العضوي للانتخابات ما يلي :

رفض الترشح بسبب عدد التوقيعات المطلوبة المادة 94 من القانون العضوي للانتخابات.

رفض الترشح بسبب عدم أداء المعنى الخدمة الوطنية أو إثبات الإعفاء منها المادة 92.

رفض الترشح بسبب السن المادة 92 من القانون العضوي للانتخابات.

رفض الترشح بسبب الجنسية المادة 92 من القانون العضوي للانتخابات.

رفض ترشح بسبب عدم القابلية للانتخاب أو حالة تنافي بسبب ممارسة الوظائف المحددة في المادة 91 من القانون العضوي كأن يمارس المترشح وظيفة والي أو كاتب عام على مستوى الولاية أو قاضي وما إلى ذلك من الوظائف والمناصب المشار إليها في المادة المذكورة.

وبعد صدور قرار الإبعاد وجب تبليغه للمعني بالأمر لتمكينه من ممارسة حق الطعن القضائي فيما لو رغب في ذلك. ولقد ألزم المشرع في المادة 98 الفقرة 2 من القانون العضوي للانتخابات جهة الإدارة أيضا بتبليغ المعني هذا القرار تحت طائلة البطلان خلال 10 أيام ابتداء من تاريخ إيداع تصريح الترشح.

وتعد هذه الآجال من النظام العام لا يجوز مخالفتها من قبل الولاية المعنية أو التمثلية الدبلوماسية أو القنصلية فعليها أن تبلغ قرار الرفض ضمن القيد الزمني الذي حدده المشرع وإلا عد قرارها باطلا بحكم نص المادة 98 الفقرة 2. ومدة عشرة أيام فيما نرى كافية جدا للإدارة المعنية أو الجهة الدبلوماسية لفحص ملفات الترشح من جميع الجوانب.

غير أن النص المذكور لم يحدد مرة أخرى بدقة ووضوح شكل التبليغ عما إذا كان يتم بالبريد المضمون أو بواسطة محضر قضائي أو بوسيلة أخرى. وكان أفضل لو تم ضبط النص منعا لأي تعسف من هذا الجانب بفرض التبليغ على يد ضابط عمومي هو المحضر القضائي. سيما وأن عدد المحضرين القضائيين كما تقدم البيان في كل الولايات قد ازداد في الآونة الأخيرة بما يمكن الجهات الإدارية من اللجوء لهذه الوسيلة.

وتفعيلا للضمانات القضائية خولت الفقرة الثالثة من المادة 98 الفقرة 3 من القانون العضوي للانتخابات لصاحب أو أصحاب المصلحة الطعن في قرار رفض الترشح أمام المحكمة الإدارية المختصة إقليميا. وهنا وجب الربط بين الولاية التي صدر عنها قرار الحرمان والمحكمة الإدارية التابعة لها إقليميا.

أما بالنسبة لرفض الترشيحات من جانب التمثيليات الدبلوماسية والقنصلية فيعرض قانون طبقا للفقرة 4 من المادة 98 على المحكمة الإدارية بالجزائر العاصمة. وبذلك يكون المشرع قد وفر الضمانات القضائية للمباعدين داخليا من جانب الولاية، والمباعدين في الخارج من جانب الممثلة الدبلوماسية والقنصلية.

وعن الأجل الممنوح لصاحب أو أصحاب المصلحة فهو يختلف في الداخل عنه بالنسبة للخارج. فإذا تعلق الأمر بالدخل يمنح لصاحب أو أصحاب المصلحة أجل ثلاثة أيام من التبليغ لرفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية. وهي مدة كافية في تقديرنا. أما لو تعلق الإبعاد بمرشح أو مرشحين في قائمة تخص الممثلة الدبلوماسية والقنصلية بالخارج فيكون 5 أيام من تاريخ التبليغ. وهذا التمييز في أجل رفع الدعوى معقول اعتبارا لتواجد مرشح في الداخل وآخر في الخارج.

وبهذه الضمانة القضائية مكن المشرع من صدر قرار رفض الترشح ضده من التوجه للقضاء الإداري وعرض النزاع على جهة محايدة ممثلة في المحكمة الإدارية، لتصدر هذه الأخيرة قرارها باسم الشعب الجزائري. وتصبح على هذا الحال الإدارة المحلية ممثلة في والي الولاية طرفا مدعى عليه وخصما في منازعة إدارية. كما تصبح الممثلة الدبلوماسية طرفا مدعى عليه فيما خص ترشيحات الجالية الجزائرية بالخارج.

ويمارس القضاء الإداري ممثلا في المحكمة الإدارية رقابته على القرار المطعون فيه ألا وهو قرار رفض الترشح من حيث المشروعية ويفحص أسباب الرفض المذكورة في القرار ومدى تطابقها أو عدم تطابقها مع الحالات المدرجة قانونا ومع ملف المعني أو المعنيين.

وحسنا فعل المشرع حين فرض رفع الدعوى خلال ثلاثة أيام أو خمسة أيام حسب الحالة من تاريخ تبليغ قرار الرفض حتى يصدر القرار القضائي ضمن الأجل المحدد له ألا وهو خمسة أيام من تسجيل الدعوى طبقا للفقرة 5 من المادة 98. ونعرف بعد صدور القرار القضائي مصير قرار رفض الترشح بين البقاء والإلغاء وبالتالي تأكد مشاركة المعني بالدعوى القضائية في انتخابات المجلس الشعبي الوطني من عدمها.

ب : منازعات الترشح لانتخابات مجلس الأمة.

تعتبر انتخابات أعضاء مجلس الأمة بمثابة انتخابات مغلقة في النظام الانتخابي الجزائري. لأن الترشح فيها لا يكفل إلا لمن تمتع بصفة عضو في المجالس الشعبية البلدية والولاية طبقا للمادة 110 من القانون العضوي 16-10. كما أن التصويت أيضا لا يتسم بالعمومية، بل بالخصوصية أي لا يعترف به إلا لمن تمتع بصفة عضو مجلس شعبي بلدي أو عضو مجلس شعبي ولائي طبقا للمادة 108 من ذات القانون.

وقيد المشرع الترشح بشرط السن وحده بـ 35 كاملة يوم الاقتراع طبقا للمادة 111 من القانون العضوي للانتخابات. وكانت قبل الإصلاح الانتخابي لسنة 2012 أربعين سنة. وألا يكون محكوما عليه بحكم نهائي لارتكابه جنائية أو جنحة سالبة للحرية ولم يرد اعتباره باستثناء الجرح غير العمدية. ويتم التصريح بالترشح على مستوى الولاية ضمن استمارات مخصصة لها الغرض طبقا للمادة 112. وتفصل في الترشح للجنة الانتخابية الولاية المكونة طبقا للمادة 116 والتي أحالتها للمادة 154 من ثلاثة قضاة من بينهم رئيس برتبة مستشار يعينهم وزير العدل.

وتملك اللجنة المذكورة رفض الترشح بقرار معلل طبقا للمادة 116 الفقرة 2. ومن هنا استمر المشرع في توفير ضمانات التسبيب بصدد كل قرار يتعلق بالحرمان من الترشح. والتعليل هنا في اللجنة الخاصة بالترشح لانتخابات مجلس الأمة ليس بغريب عن هيئة القضاة لأنه من موجبات العمل القضائي سواء تعلق الأمر بالقضاء العادي أو

الإداري، أو قضاء الموضوع أو القضاء الاستعجالي. فالأحكام والقرارات والأوامر القضائية وجب أن تكون مسببة. ويبلغ قرار الرفض إلى المترشح في مهلة يومين ابتداء من تاريخ إيداع التصريح بالترشح.

ويكون قرار الرفض الصادر عن اللجنة المشكلة كليا من القضاة قابلا للطعن القضائي طبقا للفقرة 4 من المادة 116 والتي أحالتنا للمادة 98 أمام المحكمة الإدارية المختصة إقليميا. فرغم أن فحص ترشيحات مجلس الأمة كانت من جانب لجنة تتشكل من القضاة دون سواهم، ومع ذلك وفر المشرع لكل مبعد إمكانية الطعن أمام المحكمة الإدارية خلال 3 أيام من تبليغ القرار.

وبهذه الضمانة القضائية مكن المشرع من صدر قرار رفض الترشح ضده لانتخابات أعضاء مجلس الأمة من التوجه للقضاء الإداري ممثلا في المحكمة الإدارية المختصة إقليميا لتصدر هذه الأخيرة قرارها باسم الشعب الجزائري. ويبقى الإشكال الرئيس من وجهة نظرنا ضد من ترفع الدعوى؟ هل ضد الولاية وهذه الأخيرة لم تشرف على فحص الملفات، ولم يكن الوالي طرفا في فحص الملف أو جهة إصدار لقرار الإبعاد كما هو الحال بالنسبة للانتخابات المحلية وانتخابات المجلس الشعبي الوطني؟

لم تحمل نصوص القانون الانتخابي جوابا صريحا واضحا بهذا الصدد. غير أن صفة التقاضي ثابتة قانونا ضد الجهة المدعى عليها والمسماة اللجنة الانتخابية الولائية موضوع المادة 154 من القانون العضوي 16-10 المذكور لأن قرار الحرمان صدر عنها ولم يصدر عن والي الولاية.

ويمارس القضاء الإداري ممثلا في المحكمة الإدارية رقابته على القرار المطعون فيه ألا وهو قرار رفض الترشح من حيث المشروعية ويفحص أسباب الرفض المذكورة في القرار ومدى تطابقها أو عدم تطابقها مع الحالات المدرجة قانونا ومع ملف المعني أو المعنيين.

وحسنا فعل المشرع حين فرض رفع الدعوى خلال ثلاثة أيام من تاريخ تبليغ قرار الرفض حتى يصدر القرار القضائي ضمن الأجل المحدد له ألا وهو خمسة أيام من تسجيل الدعوى. ونعرف بعد صدور القرار القضائي مصير قرار رفض الترشح بين البقاء والإلغاء وبالتالي تؤكد مشاركة المعني بالدعوى القضائية في انتخابات مجلس الأمة من عدمها.

الخاتمة :

تبين لنا مما سبق ذكره أن المشرع الجزائري كفل ضمانات قضائية في المرحلة التحضيرية للعملية الانتخابية نظرا لخطورتها وهذا تكريسا للحق في الترشح من جهة، وللحق في الانتخاب من جهة أخرى الثابت في المادة 62 من التعديل الدستوري لسنة 2016. وبذلك فتح المشرع لأصحاب المصلحة سبيل اللجوء للقضاء في حالات معينة بما يضمن كل تعسف للجهة الإدارية المختصة.

وانتهينا لنتيجة أن القانون العضوي 16-10 الجديد سلك طريقا مزدوجا فأحيانا يعترف بالاختصاص بالنظر في المنازعة الانتخابية الخاصة بالمرحلة التحضيرية للقضاء العادي ممثلا في المحكمة الابتدائية و أحيانا أخرى يعترف للقضاء الإداري ممثلا في المحكمة الإدارية بسلطة النظر في منازعات تخص المادة الانتخابية والمرحلة التحضيرية.

ولقد أسند المشرع الاختصاص للمحكمة العادية بالنظر في منازعات التسجيل والشطب في القوائم الانتخابية وهي منازعات تكرس وتحمي حق الانتخاب في مرحلة مبكرة هي مرحلة ضبط القوائم. وحين تصدر المحكمة حكمها فلا يكون قابلا للطعن بأي شكل من الأشكال. وهذا مسلك انتقدناه لجملة من الأسباب أهمها:

1- خصوصية المادة الانتخابية وصلتها بالنصوص الدستورية والدليل أنها صدرت في شكل قانون عضوي. هذه الخصوصية تجعلنا نصف قواعدها بقواعد القانون العام، لا قواعد القانون الخاص. في حين نجد قضاة المحكمة العادية هم أقرب لنصوص القانون الخاص لا العام.

2- هناك ضمانات التشكيلة الجماعية في المحكمة الإدارية، بينما نجد قضاء المحكمة العادية قضاء فردي. وهذا الأخير أقرب للخطأ منه بالنسبة لقضاء الجماعة.

3- تتوفر المحكمة الإدارية في عنصرها البشري على قضاة من ذوي الخبرة والرتبة العالية مما يجعل قضاؤهم أقرب للعدالة، خلافا لقضاة المحكمة العادية الذين لا يشغلون هذه الرتبة السامية، ولا يملكون ذات الخبرة التي تتوفر لدى فئة المستشارين.

4- لا يصح من وجهة نظرنا أن نوزع قواعد الاختصاص النوعي بين جهتين قضائيتين مختلفتين في الانتماء، وفي التركيبة البشرية، وفي التجربة، وفي المادة الإجرائية. فالقانون الواحد أفضل أن يسند تطبيقه لجهة قضاء واحدة يعود لها سلطة النظر في كل المنازعات المتعلقة بالمادة الانتخابية في المرحلة التحضيرية. وهي بالطبع المحكمة الإدارية دون سواها للاعتبارات الموضوعية السابقة.

وتأسيسا على ما تقدم فإننا نهيب بالمشرع مايلي:

1- إعادة النظر في أحكام المادة 21 من القانون العضوي 16-10 فيما خص منازعات القوائم الانتخابية تسجيلا وشطبا والمتعلقة بالجزائريين في الداخل والجالية بالخارج أيضا وأن يحول المشرع الاختصاص المنوط بالمحاكم الابتدائية داخليا بصدد الطعن في قرارات اللجان الإدارية البلدية والبعثات الدبلوماسية للمحاكم الإدارية خاصة وأن هذه الأخيرة عرفت انتشارا واسعا وصارت متواجدة في أغلب الولايات.

وفيما خص الطعن في قرارات الممثلات الدبلوماسية والقنصلية ينقل الاختصاص المنوط بمحكمة الجزائر للمحكمة الإدارية بذات المكان. ومن المؤكد أن مثل هذا الإصلاح الانتخابي فيما لو تم وتحقق سيوحد قواعد الفصل في المنازعات الانتخابية ويجعلها بين يدي القاضي الأصيل والأولى بتطبيق القانون العام في المادة الانتخابية ألا وهو القضاء الإداري.

2- نهيب أيضا بالمشرع استحداث محاكم استئناف إدارية على شاكلة النظام المغربي واعتبار كل أحكام المحكمة الإدارية قابلة للطعن بالاستئناف أمام قضاء الدرجة الثانية مع إقرار آجال قصيرة للطعن وهذا من أجل تفعيل مبدأ التقاضي على درجتين في المادة الإدارية وهو مبدأ تدعمه عدالة الأحكام الإدارية.

3- التنصيب على كيفية الإشراف بالنسبة للهيئة العليا المستقلة للانتخابات بخصوص مرحلة إعداد القوائم الانتخابية في القانون العضوي 16-10 لأن دورها الحالي طبقا للمادة 22 اقتصر على وضع القوائم تحت تصرفها دون التصريح بإمكانية إثارة وجة من أوجه عدم مطابقة القوائم الانتخابية لنظام الانتخابات.

❖ قائمة المراجع :

أولا : النصوص الرسمية :

النصوص ذات الطابع الدولي :

1- الاعلان العالمي لحقوق الإنسان.

2- العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.

النصوص ذات الطابع الداخلي :

الداستير:

1- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1963. الجريدة الرسمية عدد 64 لسنة 1963.

2- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية تعديل سنة 1996 بالقانون 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016. الجريدة الرسمية عدد 14 لسنة 2016.

القوانين العضوية :

1- الأمر 97-07 مؤرخ في 6 مارس 1997 يتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات. الجريدة الرسمية عدد 12 لسنة 1997.

2- القانون العضوي 98-01 المؤرخ في 30 مايو 1998 يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله. الجريدة الرسمية عدد 37 لسنة 1998.

3- القانون العضوي 98-03 المؤرخ في 3 يونيو 1998 يتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها. الجريدة الرسمية عدد 39 لسنة 1998.

4- القانون العضوي 04-11 مؤرخ في 6 سبتمبر 2004 يتضمن القانون الأساسي للقضاء. الجريدة الرسمية عدد 57 لسنة 2004.

5- القانون العضوي 12-01 بتاريخ 12 يناير 2012 يتعلق بنظام الانتخابات ونشر في الجريدة الرسمية العدد الأول

6- القانون العضوي 16-10 المؤرخ في 25 غشت 2016 يتعلق بنظام الانتخابات. الجريدة الرسمية عدد 50 لسنة 2016.

7- القانون العضوي 16-11 المؤرخ في 25 غشت 2016 يتعلق بنظام الانتخابات. الجريدة الرسمية عدد 50 لسنة 2016.

القوانين :

1- القانون 80-08- المؤرخ في 25 أكتوبر 1980 الجريدة الرسمية عدد 44 بتاريخ 28 أكتوبر 1980.

2- القانون 89-13 المؤرخ في 7 غشت 1989 يتضمن قانون الانتخابات والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 32 بتاريخ 7 غشت 1989

3- القانون 98-02 المؤرخ في 30 مايو 1998 يتعلق بالمحاكم الإدارية. الجريدة الرسمية عدد 37 لسنة 1998.

4- القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. الجريدة الرسمية عدد 21 لسنة 2008.

المراسيم الرئاسية :

1- المرسوم رقم 82-02 بتاريخ 02 يناير 1982 يتعلق بتأليف اللجنة الإدارية المكلفة بمراجعة القائمة الانتخابية البلدية وعملها. الجريدة الرسمية العدد الأول 5 يناير 1982.

2- المرسوم الرئاسي 17-05 المؤرخ في 4 يناير 2017 يتضمن تعيين القضاة أعضاء الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات. الجريدة الرسمية عدد 51 لسنة 2017.

3- المرسوم الرئاسي و 17-06 المؤرخ في 4 يناير 2017 يتضمن تعيين الكفاءات المستقلة المختارة من ضمن المجتمع المدني أعضاء الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات. الجريدة الرسمية عدد 51 لسنة 2017.

4- المرسوم الرئاسي 17-07 المؤرخ في 4 يناير 2017 يتعلق بنشر التشكيلة الاسمية للهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات. الجريدة الرسمية عدد 51 لسنة 2017.

5- المرسوم الرئاسي 17-10 المؤرخ في 9 يناير 2017 يحدد تنظيم الأمانة الإدارية الدائمة للهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات. الجريدة الرسمية عدد 2 لسنة 2017..

المراسيم التنفيذية :

1- المرسوم التنفيذي 17-12 المؤرخ في 17 يناير 2017 قواعد سير اللجنة الإدارية الانتخابية. الجريدة الرسمية عدد 03-2017.

2- المرسوم التنفيذي 17-13 المؤرخ في 17 يناير 2017 يتعلق باستمارة التصريح بالترشح لقوائم الترشح لانتخاب أعضاء المجلس الشعبي الوطني. الجريدة الرسمية عدد 3 لسنة 2017.

3- المرسوم التنفيذي 17-14 المؤرخ في 17 يناير 2017 يتعلق باستمارة اكتتاب التوقيعات الفردية في صالح قوائم الترشح لانتخاب أعضاء المجلس الشعبي الوطني. الجريدة الرسمية عدد 3 لسنة 2017.

4- المرسوم التنفيذي 17-15 المؤرخ في 17 يناير 2017 يتعلق بإيداع قوائم الترشح لانتخاب أعضاء المجلس الشعبي الوطني. الجريدة الرسمية عدد 3 لسنة 2017.

5- المرسوم التنفيذي 17-16 المؤرخ في 17 يناير 2017 يحدد كفاءات وضع القائمة الانتخابية تحت تصرف المترشح والهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات واطلاع الناخب عليها. الجريدة الرسمية عدد 3 لسنة 2017.

6- المرسوم التنفيذي 17-17 المؤرخ في 17 يناير 2017 يحدد كفاءات انتداب أعضاء الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات. الجريدة الرسمية عدد 3 لسنة 2017.

- 7- المرسوم التنفيذي 17-18 المؤرخ في 17 يناير 2017 يحدد شروط وكيفيات اختيار الضباط العموميين المدعمين لداورات الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات. الجريدة الرسمية عدد 3 لسنة 2017.
 - 8- المرسوم التنفيذي 17-20 المؤرخ في 17 يناير 2017 يحدد شوط تسخير الأشخاص خلال الانتخابات. الجريدة الرسمية عدد 4 لسنة 2017.
 - 9- المرسوم التنفيذي 17-21 المؤرخ في 17 يناير 2017 يحدد كيفيات أداء اليمين من طرف أعضاء مكاتب التصويت. الجريدة الرسمية عدد 4 لسنة 2017.
 - 10- المرسوم التنفيذي 17-22 المؤرخ في 17 يناير 2017 يحدد التعويضات الممنوحة للأشخاص المسخرين أثناء تحضير وإجراءات الانتخابات. الجريدة الرسمية عدد 4 لسنة 2017.
 - 11- المرسوم التنفيذي 17-23 المؤرخ في 17 يناير 2017 يحدد قواعد تنظيم مركز ومكتب التصويت. الجريدة الرسمية عدد 4 لسنة 2017.
 - 12- المرسوم التنفيذي 17-58 المؤرخ في 4 فبراير 2017 يحدد نص ورقة التصويت التي تستعمل لانتخاب المجلس الشعبي الوطني. الجريدة الرسمية عدد 6 لسنة 2017.
 - 13- المرسوم التنفيذي 17-118 المؤرخ في 22 مارس 2017 يحدد كيفيات تمويل الحملات الانتخابية. الجريدة الرسمية عدد 19 لسنة 2017.
 - 14- المرسوم التنفيذي 17-119 المؤرخ في 22 مارس 2017 يحدد مدونة نفقات الهيئة العليا لمراقبة الانتخابات. الجريدة الرسمية عدد 19 لسنة 2017.
 - 15- المرسوم التنفيذي 17-250 المؤرخ في 11 سبتمبر 2017 يتعلق بنموذج تصريح الترشح لانتخاب أعضاء المجالس الشعبية البلدية والولائية. الجريدة الرسمية عدد 53 لسنة 2017.
 - 16- المرسوم التنفيذي 17-251 المؤرخ في 11 سبتمبر 2017 يتعلق باستمارة اكتتاب التوقيعات الفردية في صالح قوائم المرشحين لانتخابات أعضاء المجالس الشعبية البلدية والولائية. الجريدة الرسمية عدد 53 لسنة 2017.
 - 17- المرسوم التنفيذي 17-252 المؤرخ في 11 سبتمبر 2017 يتعلق بإيداع قوائم المرشحين لانتخابات أعضاء المجالس الشعبية البلدية والولائية. الجريدة الرسمية عدد 53 لسنة 2017.
 - 18- المرسوم التنفيذي 17-253 المؤرخ في 11 سبتمبر 2017 يحدد نص أوراق التصويت لانتخاب أعضاء المجالس الشعبية البلدية والولائية. الجريدة الرسمية عدد 53 لسنة 2017.
- القرارات الوزارية :

1-القرار الصادر عن وزير الداخلية والجماعات المحلية والتهيئة العمرانية بتاريخ 12 سبتمبر 2017 يتعلق بالمميزات التقنية لنموذج التصريح بالترشح لانتخابات المجالس الشعبية الولائية والبلدية. الجريدة الرسمية عدد 53 لسنة 2017.

2-القرار المتعلق بالمميزات التقنية لاستمارة اكتتاب التوقيعات الفردية. الجريدة الرسمية عدد 53 لسنة 2017.

ثانيا : الكتب :

- 1-الدكتور عمار بوضياف،القرار الإداري دراسة تشريعية قضائية فقهية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- 2- الدكتور عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، الجزء الثاني، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
- 3- الدكتور سامي جمال الدين الدعاوى الإدارية الإسكندرية منشأة المعارف 1999.

ثالثا : رسائل الدكتوراه :

أحمد بنيني، الإجراءات الممهدة للعملية الانتخابية في الجزائر، رسالة دكتوراه، جامعة باتنة، 2005.

رابعا : المقالات :

- 1- الدكتور عبد الكريم بودريوة، الحياد السياسي للإدارة في المجال الانتخابي، الملتقى الوطني لإصلاح النظام الانتخابي في الجزائر الضرورات والآليات، جامعة جيجل، كلية الحقوق، 8 و9 ديسمبر 2010.

خامسا : المداخلات :

- 1- الدكتور عمار بوضياف، منازعات الانتخابات المحلية في ضوء أمر 97، الملتقى الدولي الأنماط الانتخابية في ظل التحول الديمقراطي، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 3 و4 نوفمبر 2010.
- 2-مرابط حسان، نطاق اختصاص القضاء الإداري بالمنازعة الانتخابية، الملتقى الوطني حول إصلاح النظام الانتخابي في الجزائر الضرورات والآليات، جامعة جيجل، كلية الحقوق، 8 و9 ديسمبر 2010.

التكييف في المواد الجنائية ودوره في تحقيق العدالة الجنائية



الأستاذ الدكتور: أحمد أسامه حسنية

أستاذ القانون الجنائي المساعد، عميد

كلية القانون، جامعة غزة - فلسطين

الملخص.

إن تحقيق العدالة الجنائية ووفقاً للسياسة الجنائية التي تتبعها الدولة تتطلب استخدام مجموعة من الأدوات والوسائل التي تحقق الهدف الأعلى من وراء المنظومة القانونية ككل والمنظومة الجنائية بصورة خاصة والمتمثل في عقاب مرتكب الفعل في حدود ما ارتكبه من جرم مع ضرورة التنقيص القانوني على جرمية الفعل المرتكب.

فتحقيق القانون والعبور من الواقع إلى القانون يمكن القول أنه يجري من خلال عملية التكييف القانوني ككل والتكييف الجنائي بصورة خاصة في مادة معقدة وخطيرة هي المادة الجنائية. حيث يمثل التكييف الروح التي تبعث في النماذج القانونية الواقعية وترتقي بها إلى مصاف النماذج القانونية وتلبسها اللباس والوصف القانوني المناسب، لذلك يعتبر التكييف الوسيلة التي يتحقق من خلالها أحد أهم المبادئ التي تركز عليها المادة الجنائية والذي يمتاز بالصفة الدستورية وهو مبدأ الشرعية، حيث لا يقتصر دور المكيف سوى الإعلان عن هذا التكييف وكشفه لأنه يتمثل في أن الخصائص التي يتطلبها المشرع في الواقعة المعروضة عليه.

فكانت فكرة هذا البحث تتمثل في تأصيل عملية التكييف والتعرف على أنواع التكييف القانوني وتحديد مفهوم التكييف الجنائي لتمييزه عن باقي أنواع التكييف مبرزاً الجهة التي خول القانون لها صلاحية التكييف للواقعة المعروضة وما هي الصلاحية التي تتمتع بها المحكمة في تعديل التكييف الممنوح من قبل الجهة المخولة قانوناً لتكييف الوقائع المعروضة والمتمثلة في النيابة العامة. ومن له صلاحية الرقابة على صحة عملية التكييف من عدمها والسند القانوني الذي تركز عليه عملية التكييف والمتمثل بمبدأ أصيل ومتجذر في المادة الجنائية وهو مبدأ الشرعية الجنائية. وتوصلنا إلى عدة نتائج أهمها أن التعدد بين الكيوف القانونية هو تعدد ظاهري بحت، فالنص الذي يعطي تكييفاً

أكثر شمولاً هو وحده الواجب التطبيق، وإن عملية التكييف تنسجم مع تحقيق العدالة فكلما كان التكييف سليماً كلما كانت العدالة أقرب إلى الكمال. وخرجنا بتوصيات عديدة أهمها أنه يجب على محكمة النقض بحكم وظيفتها أن تبسط رقابتها على جميع أنواع التكييف القانوني أياً كانت الألفاظ التي استعملها المشرع. لأن التكييف الجنائي له ارتباط وثيق بتحقيق العدالة المرجوة.

Abstract :

When you view located on the public prosecutor's investigations and inquiries the public prosecutions adapting located, as recorded in accordance with the appropriate provisions of the prohibition, and here illustrated the importance of the correct adjustment of the proceedings because of incorrect adjustment leads to an error in law enforcement here seems important adaptations for investigator and judge and the litigants in criminal proceedings.

qualification A pressing problem imposes itself on the investigator, judge and scholar in various branches of law duplicate within the criminal law must describe the Act of the accused to see if considered as theft or dishonesty or misappropriation of funds.

This adjustment as is analysis of the facts and legal actions in preparation to give it as right and put it in the appropriate place among the divisions prevailing in a specific branch of law.

Show the importance of adaptation in the field of criminal law as the initial process required to bring legal actions or dispute to the legal text governing the conduct or those situated here is the error in the legal question always subject to control by the Court of Cassation.

qualification in the sense that we set in the framework of legal science akin to a large extent the diagnosis in medicine. If it is easy for the student of the Faculty of medicine to differentiate clearly between the treatment decision for a particular disease. The treatment of another disease, to diagnose the patient's condition and whether to complain about this or that disease is not easy on the novice seen in all cases, although the matter of substantial importance is not known as a preliminary matter is needed to determine the correct treatment.

It's not much different in the field of legal science. It was easy for many to take note of the provisions contained in the law. The student faculty well known provisions of the sales contract, lease, contract, donation, for example either recognize the right adjustment and

proper description for the contract in question is a mental process need particular expertise and foresight. In addition to not require him of legal sense poised.

It can be argued that the ability of proper adjustment in the scope of the law, like the correct diagnosis in medicine for talent in each of these branches of knowledge, as well as the indispensable foundation of a good application in each of the previous sections. However, the process of diagnosis in medicine seem easier in comparison with air conditioning in law doctor can be assisted in the diagnosis of disease by means of laboratory and material which blocks the safety of the initial diagnosis, it can for example be sure the fact the patient through x-ray and laboratory and even surgeries meant to simply disclose the fact and all these means are not owned by legal scholar and the adaptation process for him is purely abstract and mental process for this It could not make assertion HVAC safety reached absolutely this is on all of the social sciences which are largely relative realities.

The adjustment process by liabilities, investigator and judge in each conflict presents them and expressed as legal description and intended to determine the end to certain legal idea and is nerve action judge as outside the scope of the work initiated by the judge and the material lies in its substantive terms of adjustment is divided into subject to an adjustment as it deliberately or hit led to the death and adjustment of crime as an offense or a misdemeanor or felony as splitting the adaptation of content to active it as fact what Crime and negative and is output from the scope of criminalization is in light of the applicable law, as long as the incident is subject to national law, to adapt them in the light of the texts is the opposite of what if foreign law under him. The judge is not bound by the opinion of adapted for liabilities or their agreements is the power in question and all restricted by the provisions of the law and respect for the rule of law in the performance of this authority may exclude its liability or stuck element adds an element did not uphold it, but stop at adapting the facts before it, whether contained in the records of the investigations or preliminary investigation or final or the proceedings of the expert assigned to the case without other facts , And air conditioning on the facts established as to adapt reality as stealing or squandering as it also contained procedural facts as if the Court concluded that the incident was arrested and not just stop.

qualification and especially in split is important and very dangerous is the criminal prong proven relationship we to highlight between adjustment and achieving justice.

تقديم :

لقد نص مبدأ الشرعية الجنائية على اختصاص المشرع الجنائي بإنشاء الجرائم والعقوبات وفقاً لما هو مقرر فيه بأنه (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)، وبالتالي يحظر على القاضي أن ينشأ جرائم وعقوبات من نفسه حيث تنحصر مهمته بتطبيق النص القانوني المحدد من قبل المشرع على الواقعة المطروحة أمامه. وهذا المبدأ الدستوري تقتضيه مبررات مبدأ دستوري آخر ألا وهو مبدأ الفصل بين السلطات حيث تختص كل سلطة بوظيفة معينة تحددها طبيعتها ومقتضيات العمل، فالسلطة التشريعية تختص بوضع القوانين أما السلطة التنفيذية فوظيفتها تنفيذ القوانين في حين إن السلطة القضائية وظيفتها تطبيق القوانين التي وضعتها السلطة التشريعية على الوقائع والحوادث المعروضة أمامها.

ولكن يلاحظ في كثير من الأحيان أن بعض الفقه يخلط بين معنى الوصف القانوني الذي هو التحديد القانوني من قبل المشرع لواقعة معينة وإخضاعها لنص أو نموذج قانوني معين ينطبق عليها وبالتالي يكون هذا النص المحدد من قبل المشرع متضمناً للجريمة والعقوبة المحددة من قبل المشرع، وبين التكييف القانوني الذي هو عمل قضائي صرف حيث أن القاضي يعمل سلطته التقديرية لتقدير إخضاع الواقعة المعروضة عليه إلى النص القانوني الملزم الذي ينطبق عليها وذلك كله وفقاً لتقدير القاضي طبقاً لثقافته القانونية وبالتالي يعتمد ذلك على فطنته وذكائه وخبرته وعلمه القانوني دون علمه الشخصي، مع ملاحظة أن علم القاضي الشخصي لا يشمل العلم بالأمر العامة التي يفترض بالناس كافة الإلمام بها. فتحقيق القانون والعبور من الواقع إلى القانون يجري عن طريق عملية التكييف التي تبدو أهميتها في أنها يمكن أن ترى من خلالها قلب الحياة القانونية، والحقيقة أن الحياة القانونية تتجسد في أن الفرد العادي يكيف التصرف القانوني الذي يبرمه و موضوع هذا التصرف، والقاضي يكيف المراكز التي تطرح عليه والحكم الذي يصدره، والمشرع يكيف كل شيء، فالنيابة تقوم بتكييف الواقعة التي حصلت وفق ما تراه من توافر عناصر الجريمة وتدون ذلك في قرار الإحالة، ومن ثم تعرضها على محكمة الموضوع وهي بدورها تطلع على الواقعة المعروضة أمامها، فإذا كان هنالك خطأ في تكييف النيابة تقوم بتعديله وهو ما يسمى بسلطة المحكمة بتعديل التكييف، ولا يقتصر الأمر على هذا بل أن هنالك رقابة من قبل محكمة النقض على تكييف محكمة الموضوع في حالة أخطأت الأخيرة في وصف الواقعة الإجرامية.

فموضوع التكييف موضوع يمس بالصميم قانون الإجراءات الجزائية ويستند إلى قانون العقوبات فهو يمثل ترجمة حقيقية للحمة الواقعة بين شقي قانون العقوبات أي الشق الموضوعي والمتمثل في قانون العقوبات رقم 74 لسنة 1936م، وقانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3 لسنة 2001م. وهو بالتالي وسيلة من وسائل تحقيق العدالة الجنائية التي تقتضي أن يعاقب على الفعل الذي ارتكبه دون زيادة أو نقصان. كون العدالة تنسجم في مفهومها الصريح مع عملية معاقبة الشخص في حدود ما ارتكبه من فعل، كون الخطأ في عملية التكييف ستؤدي به إما إلى عقاب أخف من العقوبة المفروض إيقاعها عليه أو بعقوبة أشد من العقوبة المفروض إيقاعها عليه.

• موضوع البحث :

ينصب موضوع هذا البحث على التكييف في المواد الجنائية والدور الذي يمكن للتكييف أن يلعبه في تحقيق العدالة الجنائية لدوره المفصلي والخطير الذي يرافق الدعوى الجزائية من مرحلة التحقيق وصولاً لمرحلة الحكم، وما قد يعترى عملية التكييف من أخطاء قد تؤدي إلى الإساءة للمركز القانوني للمتهم، وما قد يسفر عن الخطأ المرتكب من قبل

القاضي من خلال عملية إعادة التكييف أو تعديله بشكل يجعل تحقيق العدالة الجنائية مرتبطاً بإرتباط وثيق بحجم الرقابة المفروضة على القاضي في هذا الصدد. فعملية التكييف تؤثر بالإيجاب والسلب على حسن سير المحاكمة الجزائية فإما يقودها إلى تحقيق العدالة أو توقيع الحيف والظلم على المتهم أو تعريض الحق العام لإمكانية الانتقاص منه في عملية الإقتصاص من المجرم.

• أهمية البحث.

يمكن ترجمة أهمية هذا البحث من ناحيتين :

أولاً: الناحية النظرية :

جمع شتات المادة العلمية المتعلقة بتفصيل أحكام التكييف واستخلاص أصول وإشكاليات التكييف عندما يتعلق الأمر بمادة خطيرة ومعقدة ودقيقة هي المادة الجنائية.

ثانياً : الناحية العملية :

إبراز المعنى الصحيح والدقيق للتكييف الجنائي.

تسليط الضوء على إشكاليات التكييف وحصرها ومحاولة وضع مقترحات وحلول أسوة بالتشريعات الأخرى التي حاولت ضبط هذه المسألة.

• إشكاليات البحث :

تدور الإشكالية الرئيسية للبحث حول الجهة المخول لها قانوناً منح التكييف للأفعال التي تدرج في إطار المادة الجنائية، بالإضافة لمجموعة من الإشكاليات الفرعية التي تتفرع عنها والمتمثلة في الإجابة عن الأسئلة الآتية:

أثر التكييف الجنائي على الاختصاص النوعي؟

مدي تأثير ظروف التخفيف والتشديد على عملية التكييف؟

ما هو المخرج القانوني في حالة أن كان التكييف الذي أعطى للواقعة غير متطابق مع نص القانون؟

هل يجوز قانوناً إعادة التكييف أو تعديله من قبل الهيئة القضائية التي تنظر في الدعوى المعروضة أمامها؟

• منهجية البحث :

يعد هذا البحث من الأبحاث العلمية التي يتعين استنادها على مناهج البحث العلمي، لذا اعتمدت فيه على عدة مناهج تتمثل فيما يلي :

المنهج الوصفي : الذي يسعى لوصف الظاهرة كما هي وإبراز معالمها العامة.

المنهج التحليلي : وهو الذي يعتمد لتحليل الكل إلى الجزء المكون له لنصل للإجابة عن محور إشكالية البحث والمتعلقة بالتكييف في المادة الجنائية.

المنهج المقارن: وهو من المناهج التي تساعد كثيرا في الاستئناس بموقف التشريع المقارن وصولا للحلول في حالة أن كانت هناك عثرات أو ثغرات تشريعية من شأنها المساس بتقديم العدالة في أبهى صورة لها.

• خطة البحث :

المبحث الأول : ماهية التكييف القانوني وأقسامه.

المبحث الثاني : السلطة المختصة في التكييف في مرحلة الاتهام.

المبحث الثالث : سلطة إعادة التكييف من قبل المحكمة المختصة.

المبحث الأول : ماهية التكييف الجنائي و أقسامه :

التكييف هو تحليل للوقائع والتصرفات القانونية تمهيدا لإعطائها وصفها الحق ووضعها في المكان الملائم من بين التقسيمات السائدة في فرع معين من فروع القانون، فعند عرض الواقعة على النيابة العامة بعد إنتهاء الإستدلالات والتحقيقات تقوم النيابة العام بتكييف الواقعة المطروحة ووصفها وقيدتها طبقا لنصوص التجريم المناسبة، هنا تتضح أهمية التكييف الصحيح لواقعة الدعوى لأن التكييف غير الصحيح يؤدي الى خطأ في تطبيق القانون و هنا تبدو أهمية التكييف بالنسبة للمحقق و القاضي والخصوم في الدعوى الجنائية¹.

المطلب الأول : ماهية التكييف الجنائي :

إن القاعدة القانونية وفق تكوينها ضمن فلسفة القانون تتكون من عنصرين أساسين :

العنصر الأول : علة النص القانوني وهو الغرض الذي تعالجه القاعدة القانونية، وهو الذي تصوره المشرع من خلال مجموعه من الوقائع الاجتماعية والاقتصادية أو السياسية التي قد تحدث داخل المجتمع.

1 - بوشنه نور الدين، إشكالية التكييف القانوني في الميدان الجزري، أعمال ندوة محكمة الاستئناف في الرباط المملكة المغربية، 1997، ص52.

العنصر الثاني: وهو الحكم الذي تقرره القاعدة القانونية التي صاغها المشرع لتحكم الغرض المقصود فيها وهو عبارة عن الواقع، أي إنزال حكم القاعدة على الوقائع لبيان رأي القانون فيها.

من هنا يتضح لنا معنى التكييف، فيمكننا القول بأن التكييف هو: "المطابقة بين الواقع والقانون"، فالتكييف يبدو وكأنه عملية قانونية تكمن في ترجمه موضوع معروف عن طريق مفهوم قانوني¹ وعليه فالقواعد القانونية التي تحكم تصرفات الأفراد تظل هي نفسها، حتى لو تم تعديل القانون نفسه، فكل شيء حينها يتغير عدا القاعدة القانونية.

ويقصد بالتكييف أيضا " العملية الذهنية المتمثلة في إنزال حكم القانون على الواقع، أو إدراج الواقع في طائفة محده، أو حتى بيان القاعدة القانونية الواجب أعمالها على الواقعة المطروحة. ويعرف أيضا بأنه (رد واقعة الدعوى إلى النص القانوني الذي يؤتمها)².

وتجدر الإشارة بأنه يشترط لقيام التكييف القانوني شرطين:

أن ينص المشرع على أنه إذا توافرت واقعه مجرده لها خصائص معينة، فإنها تندرج تحت أحد الأوصاف التي يعرفها القانون، ويترتب عليها أثراً قانونياً معيناً.

أن يعلن القاضي أن الواقعة المعروضة عليه تتوافر فيها خصائص الواقع المجرده التي أضفى عليها القانون وصفاً قانونياً معيناً.

المطلب الثاني: أقسام التكييف الجنائي:

سبق و أن أشرنا التكييف عملية يجريها الخصوم والمحقق والقاضي في كل نزاع يعرض لهما ويعبر عنه باصطلاح الوصف القانوني ويقصد به تحديد انتهاء ظاهرة الى فكرة قانونية معينة وهو عصب العمل القضائي إذ يخرج عن نطاق الاعمال المادية التي يباشرها القاضي وتقع في مجال أعماله الفنية، وعليه فإن التكييف الجنائي يختلف باختلاف الدرجة التي قامت بهذه العملية، وبذلك فالتكييف ينقسم إلى أربعة أقسام نوضحها من خلال فرعين.

الفرع الأول: تقسيم التكييف من حيث المضمون والموضوع.

أولاً: تقسيم التكييف من حيث الموضوع.

تكييف للواقعة: أي تحديد النص القانوني الواجب تطبيقه على الفعل.

تكييف للجريمة: ويقصد به تحديد وضع منزله الجريمة من التقسيم الثلاثي أي جناية وجنحه ومخالفه³.

1 أحمد فتحي، سرور، النقض في المواد الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997م، ص 314

2 فخري عبد الرزاق الحديثي، الأعداء القانونية المخففة للعقوبة، دراسة مقارنة، جامعة بغداد، 1979، ص 221

3 عبد العظيم مرسي وزير، الشروط المفترضة في الجريمة، دراسة تحليلية تأصيلية، دار النهضة العربية، 1983، ص 49.

فالمقصود بتكليف الواقعة هو النص القانوني المحدد في التشريع من قبل المشرع وذلك وفقاً للمبدأ الجنائي الهام في هذا المجال وهو مبدأ الشرعية الجنائية حيث لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص،¹ فالمشرع هو الذي يصف واقعة ما بأنها جريمة من نوع معين، فهو يصف فعل الاعتداء على الحياة بأنه جريمة قتل، أو يصف فعل الاعتداء على الملكية الخاصة بأنه سرقة مثلاً... وهكذا، فتحديد الوصف القانوني من صميم اختصاص عمل المشرع الجنائي وفقاً لمبدأ الشرعية الجنائية. وعلى ذلك فإن المشرع عندما يصف فعل الاعتداء على الحياة بأنه جريمة قتل مثلاً فإنه يضع من أجل ذلك النص القانوني الملائم لتلك الجريمة والتي قد تكون جريمة قتل عادية أو ترتكب بطرف مشدد، حيث إن المشرع يحدد أركان الجريمة و شروطها، والمشرع يضع لكل حالة الوصف القانوني الملائم أي يصف الواقعة بأنها من نوع معين و بالتالي يقرر لها العقوبة التي تتناسب مع جسامتها.

أما تكليف الجريمة فهو من صميم اختصاص القاضي الجنائي، لأن القاضي ملزم قانوناً بإنزال النص القانوني الواجب التطبيق على الواقعة المعروضة أمامه وذلك بناءً على اقتناعه القضائي بأن هذا النص هو الواجب التطبيق على هذه الواقعة، مع الإشارة إلى امتناع القاضي بالحكم بناءً على علمه الشخصي بل يجب الاعتماد في هذا المجال على علمه القانوني، بحيث يكون هناك تطابق قانوني و منطقي بين الواقعة المرتكبة و المعروضة أمامه و بين النص القانوني المطبق عليها.³

ثانياً : تقسيم التكليف من حيث المضمون إلى :

تكليف إيجابي : وهو اعتبار واقعه ما جريمة .

تكليف سلبي : وهو إخراج واقعه من نطاق التجريم .

فالتكليف الإيجابي هو اكتمال عناصر وجود الجريمة وتوافر أركانها المادية والمعنوية اللازمة لوجودها وكذلك النص القانوني المحرم هذا الفعل في قانون العقوبات ، أما التكليف السلبي هو تخلف أحد أركان واقعه المعروضة أمام المحكمة وبالتالي إخراجها من نطاق التجريم ، أو أن يكون الفعل نخل فعلاً بالأداب العامة ولكن لا يعتبر مجرم⁴ .

1 عبد المنعم العوضي، قاعدة تقييد المحكمة الجنائية بالإتهام، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1973، ص262.

2 حمودة محمود علي، النظرية العامة في تسيب الحكم الجنائي ومراحل المختلفة، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، ص70 وما بعدها.

3 جواد الرهبي، التكليف القانوني للدعوى الجنائية، بدون مكان طبع، بدون مكان نشر، 2004، ص54

4 محمد علي سويلم، تكليف الواقعة الإجرامية، دراسة تحليلية وتأصيلية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2000، ص41 وما بعدها.

الفرع الثاني : تقسيم التكييف من حيث نطاق عرضه على القاضي .

تقسيم التكييف وفق نطاق تطبيقه.

تكييف خاص بالموضوع : ويقصد به أن فعلا ما يكون جريمة معينة يعتبرها القانون جنحة أو جناية أو مخالفة.

تكييف خاص بالأشخاص 1. أي أن الفعل يفقد وصف الجريمة إذا ما إرتكبه مجنون أو صغير لم يتجاوز سن التمييز وهو هنا يعتبر تكييف سلبي بالنسبة لشخص معين وليس بالنسبة إلى الجريمة ذاتها.

تقسيم التكييف من حيث عرضها على القاضي الجنائي:

تكييف قانوني اجرائي .

تكييف قانوني موضوعي .

والتقسيم الرابع هو محل الحديث في بحثنا وهو محل الإشكال. فالقاضي تعرض عليه نوعان من الوقائع القانونية يرتب عليها القانون أثراً ، ومن ثم يتعين إضفاء التكييف القانوني السليم عليها .

فالنوع الأول من الوقائع يخضع لتكييف القانون الإجرائي لأن هذا القانون يرتب عليها آثاراً معينة ، ولذلك نسميها بالوقائع الإجرائية .

أما النوع الثاني من الوقائع فيخضع لتكييف القانون الموضوعي لأن هذا القانون يرتب عليها آثاراً معينة، ولذلك نسميها بالوقائع الموضوعية .

ويلاحظ أن الواقعة الواحدة قد تكون محلاً للتكييف الاجرائي أو التكييف الموضوعي حسب الاحوال . فالوفاة مثلاً سبب لانقضاء الدعوى الجنائية (تكييف إجرائي)، وقد تكون في ذات الوقت النتيجة الإجرامية في جريمة القتل (تكييف موضوعي) . 2.

المطلب الثالث : التكييف القانوني والوصف القانوني :

إن التقارب بين المصطلحين قد يدفع البعض إلى الاعتقاد بأن مضمونهما واحد، ولكن الحقيقة أن كلاً منهما يحمل معنى مختلف عن الآخر بصورة لا تجعل من المصطلحين مترادفين، لذا سنبرز مفهوم كل منهما على التوالي.

الفرع الأول : المقصود بالتكييف القانوني للواقعة.

التكييف القانوني للواقعة يعني " مجرد ردها إلى أصل من نصوص القانون الواجب التطبيق " أي ردها إلى وصفها القانوني كما أورده المشرع في نص القانون الواجب التطبيق . فالتكييف من صميم عمل القاضي دون غيره ، أما

1 جلال ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات المصري، منشأة المعارف، 1989، ص 226.

2 أحمد فتحي سرور، النقض في المواد الجنائية ، مرجع سابق، ص 90.

الوصف القانوني فهو من عمل المشرع بالفعل لا يوصف بأنه جريمة إلا من قبل المشرع وفقاً لمبدأ الشرعية الجنائية 1.

بعض الفقه يخلط بين معنى الوصف القانوني الذي هو التحديد القانوني من قبل المشرع لواقعة معينة وإخضاعها لنص أو نموذج قانوني معين ينطبق عليها وبالتالي يكون هذا النص المحدد من قبل المشرع متضمناً للجريمة والعقوبة المحددة من قبل المشرع، وبين التكييف القانوني الذي هو عمل قضائي صرف حيث أن القاضي يعمل سلطته التقديرية لتقدير إخضاع الواقعة المعروضة عليه إلى النص القانوني الملائم الذي ينطبق عليها وذلك كله وفقاً لتقدير القاضي طبقاً لثقافته القانونية، وبالتالي يعتمد ذلك على فطنته وذكائه وخبرته وعلمه القانوني دون علمه الشخصي، مع ملاحظة أن علم القاضي الشخصي لا يشمل العلم بالأمر العامة التي يفترض بالناس كافة الإلمام بها 2، ومثل ذلك علم القاضي بانتهاء صلاحية مادة غذائية لم يتم تخزينها جيداً أو أنها تتلف مجرد مرور مدة زمنية معينة وفقاً للمجرى العادي للأمر.

تكييف القاضي الجنائي لجريمة معينة وفقاً لوصفها القانوني أي طبقاً لنموذجها المحدد في القانون، وبالتالي إنزال هذا الوصف القانوني للفعل المجرم على الواقعة المعروضة أمام القاضي يلزم القاضي المدني بهذا التكييف 3، فإذا كيف القاضي الجنائي الواقعة بأنها سرقة فلا يمكن للقاضي المدني أن يكييفها بأنها نصب أو خيانة أمانة 4، لكن القاضي المدني يستطيع أن يكيف الجريمة تكييفاً آخر من الناحية المدنية من أجل تقرير المسؤولية المدنية وبالتالي الحصول على التعويض، فمثلاً إذا حكمت المحكمة الجنائية ببراءة المتهم من تهمة إتلاف منقولات الغير بلا عمد لأن القانون الجنائي لا يعاقب عليها التزمت المحكمة المدنية بهذا التكييف، فلا تستطيع أن تقرر بأن الإتلاف حصل عمداً لأنه يخالف الحكم الجنائي 5.

وهذا معلوم حسب القواعد العامة التي تقضي بحجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني فمن المسلم به قانوناً أنه إذا صدر في الدعوى الجنائية حكماً باتاً قبل رفع الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية؛ أو عندما توقف المحكمة المدنية الفصل في الدعوى المدنية المنظورة أمامها حين صدور حكم بات في الدعوى الجنائية المنظورة أمام المحكمة الجنائية، ثم يصدر هذا الحكم أثناء نظر الدعوى المدنية، فإن الحكم الصادر في الدعوى الجنائية تكون له قوة الشيء المحكوم به أمام المحكمة المدنية، سواء كان صادراً بالبراءة أو الإدانة وذلك فيما يتعلق بإثبات وقوع الجريمة وبوصفها القانوني وكذلك بنسبتها إلى مرتكبها. ومعنى ذلك أن المحكمة المدنية تلزم بالتسليم بهذا الحكم الجنائي وأن ترتب عليه نتائج المدنية سواء بالحكم بالتعويض أو برفض التعويض، وهذا هو المقصود بحجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني. وعلى هذا

1 محمود عبد ربه القبلاوي، التكييف في المواد الجنائية، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2003، ص 15 وما بعدها.

2 فرقد عبود، العارضي، الوصف القانوني للجريمة، بحث منشور على شبكة الإنترنت ص 174 وما بعدها

<http://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&ald=16529>

3 جواد، الرهيمي، التكييف القانوني للدعوى الجنائية، بدون مكان طبع أو ناشر، سنة 2004، ص 60.

4 للتوسع: راجع شحاتة محمد نور الهدى، سلطة التكييف في القانون الإجرائي، دار النهضة العربية، بدون طبعة أو سنة، ص 60 وما بعدها.

5 فرقد عبود، العارضي، مرجع سابق، ص 178.

نصت المادة 390 من قانون الإجراءات الجنائية¹ بأن: "يكون للحكم الجنائي الصادر من المحكمة الجنائية في موضوع الدعوى الجنائية بالبراءة أو بالإدانة² قوة الشيء المحكوم فيه أمام المحكمة المدنية في الدعاوى التي لم تكن قد فصل فيها نهائياً فيما يتعلق بوقوع الجريمة وبوصفها القانوني ونسبتها إلى فاعلها، ويكون للحكم بالبراءة هذه القوة سواء بني على انتفاء التهمة أو على عدم كفاية الأدلة، ولا تكون له هذه القوة إذا كان مبنياً على أن الفعل لا يعاقب عليه القانون". ويلاحظ أن المقصود بالمحاكم المدنية هنا جميع المحاكم غير الجنائية، فتكون للحكم الجنائي حجته أمام المحاكم الإدارية والتأديبية وغيرها.³

ويرجع تقرير حجية الحكم الجنائي على القضاء المدني إلى أن سلطات القضاء الجنائي أوسع في التثبت من حصول الواقعة في حق المتهم ذلك أن المحاكمة الجنائية يسبقها عادة تحقيق مفصل، فمن الطبيعي أن تكون النتائج التي ينتهي إليها القضاء الجنائي أقرب إلى الحقيقة من أية نتيجة يمكن أن ينتهي إليها قضاء آخر، ومن جهة أخرى، فإن الدعوى الجنائية ملك للمجتمع بأسره وترفع باسمه، ولذلك كان من الضروري أن يكون الحكم الصادر فيها حجة على الكافة. فضلاً عن أنه ليس من المصلحة حصول تضارب في الأحكام، فيصدر القاضي الجنائي حكماً ثم يصدر القاضي المدني حكماً آخر على خلافه.

ويُشترط لكي يكون للحكم الجنائي حجية أمام القضاء المدني أن يكون الحكم الجنائي قد صدر باتاً من محكمة قضائية فلسطينية فاصلاً في موضوع الدعوى الجنائية. والواقع أن هذا الشرط هو نفس شرط حجية الحكم الجنائي الذي يمنع القاضي الجنائي من إعادة نظر دعوى سبق صدور حكم فيها، باستثناء وحدة الخصوم والموضوع، فحجية الحكم الجنائي على المدني قائمة مع إختلاف الخصوم والموضوع، ولا يُشترط سوى وحدة الواقعة التي قامت عليها كل من الدعويين الجنائية والمدنية. فمن الأصول المقررة أن للأحكام الجنائية مطلق الحجية بمعنى أنها ملزمة للكافة لتعلقها بحريات الأفراد وسلامتهم، وهو أمر يمس مصلحة المجتمع، ولذلك لا يجوز للمحكمة المدنية إذا ما عرضت عليها ذات الواقعة التي فصل فيها الحكم الجنائي وكان فصله فيها ضرورياً أن تشكك أو تعيد النظر فيها ولو كانت الدعوى المدنية مرفوعة على من لم يكن ممثلاً في الدعوى الجنائية.⁴

الفرع الثاني: الوصف القانوني للدعوى و التكييف القانوني.

تكييف الدعوى يقوم به قاضيها وهو عمل قانوني وإلزام قانوني على القاضي وبدون طلب من أحد الخصوم بان كيف الطلبات والوقائع المعروضة عليه تكييفاً صحيحاً يتفق مع الوصف القانوني للجريمة من قبل المشرع، وبالتالي فإن التكييف هو عمل قضائي ملزم قانوناً للقاضي⁵ وبما أن النص على هذه القاعدة الأصولية للقضاء لن ينشأ بل يكشف عنها لذلك فإن القاضي ملتزم بالتكييف، حيث إن التكييف ليس إلا من عمل القاضي لان

1 قانون الإجراءات الجزائية رقم (3) لسنة 2001، ديوان الفتوى والتشريع.

2 حسن سعيد بن اللطف، الحكم الصادر بالإدانة، الطبعة الأولى، دار النهضة، 1989، ص. 40 وما بعدها.

3 عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997م، الطبعة الثانية، ص. 100 وما بعدها.

4 رؤوف، عبيد - مبادئ الإجراءات الجنائية، دار الفكر الجامعي، 1989، ص 255.

5 أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجزائية، الطبعة الرابعة، 1981، ص. 2033

الأخير عندما وكيف واقعة ما وفقاً لوصفها القانوني فإنه يوجد منطقة قانونية وفنية يجذب إليها الواقعة من الأسفل ويرتفع بها درجة إلى التكييف، ثم يسحب القانون من خلال إنزاله من عليائه مجرد درجة إلى التكييف، وبالتالي يعمل القاضي في تلك المنطقة على التقاء الواقع بالقانون وحينئذ يسهل تطبيق القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على الواقعة.¹

هذا هو الاختلاف الواضح والبين الذي كان من الجدير الإشارة إليه بين مفهوم الوصف القانوني للجريمة والتكييف القانوني لها²، حيث إن الأدلة التشريعية القانونية وكذلك بعض الآراء الفقهية ومعظم الأحكام القضائية قد اتجهت إلى بيان إن الوصف القانوني ليس إلا تحديد النموذج القانوني لجريمة معينة وإعطائها اسم معين في إطار نص قانوني عقابي محدد من قبل المشرع يوضح فيه أن الفعل إذا توافرت فيه أركان جريمة معينة فإنه يوصف بذلك الوصف القانوني، فالوصف القانوني هو أن فعلاً ما إذا توافرت فيه أركان جريمة معينة فإنه يوصف بكونه جريمة وفقاً لمبدأ الشرعية الجنائية³، أما التكييف فهو ليس إلا عمل أو تصرف قضائي أو نشاط ذهني قانوني يقوم به القاضي ومن خلاله يستبين بأن الواقعة المعروضة عليه تنطبق مع النموذج القانوني أو الاسم القانوني (الوصف القانوني) الذي حدده المشرع مسبقاً فيعلن عن حالة التطابق هذه في صورة حكم قضائي.

المبحث الثاني: السلطة المختصة في التكييف في مرحلة الاتهام.

لقد منح القانون للنيابة العامة بصفتها الجهة التي تمثل المجتمع وتتكفل بالدفاع عنه وتسعى بكل طاقاتها وإمكاناتها وتسخر جميع اللوجيستيات المادية والعينية القانونية والبشرية لتحقيق العدالة المتمثلة بمتابعة مرتكبي الأفعال الإجرامية التي تمثل إخلالاً بالعقد الاجتماعي الذي يربط ما بين المواطنين والدولة، سلطة تكييف الأفعال المرتكبة من قبل الأشخاص المتهمين بارتكابها مستعينة بذلك بالنصوص القانونية والملكات الفكرية والقانونية. لذا يتعين التعرف على هذه السلطة عن كثب لنكشف حدود صلاحياتها في عملية التكييف في مرحلة الإتهام والتي تمثل الأساس القانوني الذي ستنتقل بناءً عليه المحاكمة والمفترض أن تكون عادلة.

المطلب الأول: سلطة النيابة العامة في التكييف القانوني:

عند عرض الواقعة على النيابة العامة بعد انتهاء الاستدلالات والتحقيقات تقوم النيابة العامة، بتكييف الواقعة المطروحة ووصفها وقيدتها طبقاً لنصوص التجريم المناسبة، ومن هنا يتضح أهمية التكييف الصحيح لواقعة الدعوى لأن التكييف غير الصحيح يؤدي إلى خطأ في تطبيق القانون ومن هنا تبدو أهمية التكييف بالنسبة للمحقق والقاضي والخصوم في الدعوى الجنائية. ومن نص المادة 67 من قانون السلطة القضائية على أن "تمارس النيابة

1 فرقد عبود العارضي، الوصف القانوني للجريمة، مدونة الباحث محمد الروحاني، الثلاثاء 16 يوليو 2013، بحث منشور على الإنترنت،

www.rawhani70law.blogspot.com

2 للتوسع راجع: إبراهيم محمد محمود، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات، دار الفكر العربي، سنة 1984، ص. 100 وما بعدها.

3 حسن صادق المرصفاوي، أصول الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص. 564.

العامة الاختصاصات المخولة لها قانوناً¹. ولها دون غيرها الحق في رفع الدعوى الجنائية ومباشرتها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

فيفهم من النص بأن النيابة العامة وبعد أن يتبين لها من نتيجة التحقيق أن أدلة إدانة المتهم كافية، فإنها صاحبة الاختصاص بإحالة المتهم إلى القضاء، وإذا تم ذلك فإنها تقوم أيضاً بتمثيل الاتهام في الدعوى الجنائية أمام المحكمة التي تمت إحالة المتهم أمامها. سواء كان تحريك الدعوى ضد هذا المتهم بناء على إجراء منها أو من غيرها ممن لهم حق تحريك الدعوى الجنائية، مثل المدعي المدني في حالة الدعوى المباشرة².

فالنيابة العامة هي المختصة بطلب توقيع العقاب على المتهم، وتقديم الأدلة إلى المحكمة، ومناقشة الشهود.

وهنا يجب أن تكون النيابة العامة طرفاً محايداً، ويتجلى وجه حيادها في أنها لا تعاند أو تكابر إذا ظهر من مجريات المحاكمة أن الأدلة قبل المتهم قد انهارت، بل يجب أن تطلب من المحكمة الحكم ببراءة المتهم. كما يتجلى كذلك حيادها في التزامها بأن تقدم للمحكمة كل الأدلة حتى تلك التي في صالح المتهم، ذلك أن رسالتها هي معاونة القضاء على الوصول إلى حكم مطابق للقانون " التكييف " ولذلك، فمن واجبها أيضاً أن تطعن في الحكم الصادر ولو لصالح المتهم، فالنيابة العامة تمثل الصالح العام، وتسعى إلى تحقيق موجبات القانون. وتجدر الإشارة بأن التكييف الصادر في قرار الإحالة لا يكون ملزماً بأي حال من الأحوال لقاضي الموضوع والمحكمة.

بل وأحياناً قد تخطئ النيابة في إنزال الوصف القانوني الصحيح للواقعة المعروضة عليها³، لأن إدراك الحقيقة معناه مرورها خلال نفسية الناظر إليها بقدر هذا النظر ومداه ثم خلوصه منها بصوره تتوقف على ما في نفسيته من الحسن والمساوي وبالتالي تتفاوت صورة الحقيقة جوده وسوءاً باختلاف الناظرين إلى الحقيقة ذاتها فتختلف صورة الحقيقة باختلاف النفسية التي إنقطها، كما يتوقف عمق الشعور بالحقيقة وعمق الإفصاح عنها على نوعية هذه النفسية فقد يكون أمر ما واضحاً لإنسان ولا يكون بذات الوضوح لإنسان آخر. والتقاط الحقيقة كما يتم بمعاينتها مباشرة يجرى باستخلاصها من معاينة الآخرين لها مع ما لهذه المعاينة من تأثير كذلك بنفسية من أداها كما في حالة استمداد الحقيقة من أقوال الشهود والخبراء ويشبه التقاط الحقيقة إدراك سبب المرض في عملية التشخيص الطبي فقد يتعلق الطبيب بعرض ما من الأعراض ليفسره بوجود مرض من الأمراض يكون هو المرض القائم فعلاً لأنه فات الطبيب أن يدرك أعراضاً أخرى أو معطيات إضافية كان من شأنها أن تغير ما انتهى إليه من رأى خاطئ وربما قاتل للمريض⁴.

فكما يحدث هذا في التشخيص الطبي يحدث كذلك في فهم الواقعة المطروحة على القاضي من حيث مغزاها وبواعثها والجاني الذي صدرت منه حقيقة وهو يفهم الواقعة عادة على ضوء تجارب الماضي ويفسر وقوعها مبدئياً لاستنتاج مجرد يظل مسيطراً عليه بينما يكون من الواجب العدول عنه تبعاً لنظرة أقصر سمواً لا تحيط بمعطيات القضية كلها.

1 قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002، ديوان الفتوى والتشريع.

2 ساهر الوليد، شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية، الطبعة الأولى، مركز الدراسات للنشر والتوزيع، غزة، فلسطين، 2015، ص 244 وما بعدها.

3 أحمد أبو الوفا، وصف الدعوى بوجوب نظرها على وجه السرعة، مجلة المحاماة، السنة 1957، 38-1958، ص 68.

4 عبد الواحد العلي، شرح قانون المسطرة الجنائية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1998، ص 170-173.

ولربما يرجع هذا الخطأ في التكييف لعدة عوامل نورد بعضاً منها :

أولاً : أن المحقق يحكم أكثر مما يتفرس ويدرك وبالتالي يحكم بظلم إذ يظن الواقعة مماثلة لشبهات بها حدثت في الماضي أو من المتصور حدوثها رغم أن للواقعة المطروحة خصوصية متميزة وتختلف عن تلك التي جعلها القاضي معها شيئاً واحداً. ومعنى ذلك هو المغالاة في الثقة بالنفس وفي الطمأنينة الى حكمها والسبق إلى الرأي قبل اكتمال عناصر انطباعه والتزامه دون أي استعداد للرجوع عنها إما خمولاً عن بذل أي جهد إضافي وإما انصياعه للميل إلى عدم تخطئة النفس ولو استبان احتمال خطئها .

ثانياً : التقيد بأثر العادات الفكرية الراسخة في عمق النفس والتي ينشأ عنها استساعة للأشخاص أو استئثار لظلمهم على حسب مظهرهم فقد يكون شاهد ما قبيحاً رث الثياب ومع ذلك يصيب بشهادته كبد الحقيقة وقد يكون شاهد ما انيق المظهر واللفظ خفيف الظل ويبدى مع ذلك زورا وبهتانا وكذباً، أضف إلى ذلك أن الشخص زائع الصيت وبالغ المجد قد لا يكون في شهادته صادقاً لغرض في نفسه .

ثالثاً : وضع المحقق نفسه دون مناسبة موضع المتهم أو موضع المجني عليه في حين أن هناك فرقاً بيناً من حيث الحياة والظروف والتربية والبيئة بينه وبين هذا وذاك. فمن الواجب عليه في رقابته على نفسه لنفسه أن يتجرد من أي شعور يمكن أن يوجد صلة شخصية بينه وبين القضية المعروضة عليه تجعله كما لو كان طرفاً فيها. فعليه أن يقيم مسلك المتهم في القضية الجنائية أو مسلك أي خصم في قضية مدنية بمعيار موضوعي يسترشد فيه فضلاً عن حقيقة الأمر الواقع بالقيم الخلقية العليا. ¹

المطلب الثاني : سلطة المحكمة الجنائية في التكييف القانوني :

يجب على القاضي الجنائي أن يتحقق من مدى توافر الخصائص التي أوجبها القانون لتوافر الجريمة. ويكون ذلك بالتحقق من مدى تحقق الشرط المفترض وفقاً للقانون ، وتوافر النموذج القانوني للجريمة على هذا النحو ينبع أساساً من مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات . فاحترام هذا المبدأ يتطلب أن تتوافر شروط التجريم والعقاب كما أوجبها القانون في الوقائع المعروضة على القاضي . والخطأ في التكييف القانوني في هذا الشأن ينطوي على مخالفة لهذا المبدأ .

ذلك أن الدستور حين جعل تحديد الجرائم والعقوبات بناءً على قانون جعل الكلمة الأولى في التجريم والعقاب للمشرع وحده . فليس للقاضي أن يضيف التكييف القانوني على الواقعة على نحو يخالف شروط التجريم والعقاب كما نص عليها القانون ، سواء كان بالإضافة أو النقصان أو بالتعديل على أي نحو كان. ²

فإن الدعوى تعتبر أمام المحكمة خليطاً من الواقع والقانون والقاضي عند تطبيقه للقانون لا يجد نفسه أمام نصوص تحتاج إلى التفسير والتطبيق وإنما يصادف مجموعة من الوقائع يتوقف على تحديدها اختيار القاعدة القانونية. وهو أيضاً

www.facebook.com/we.allavocato/posts/

¹عبد الفتاح مراد، أصول التكييف في المواد الجنائية، بحث منشور على شبكة الإنترنت،

² محمد صالح القويزي، التكييف القانوني للدعوى الجنائية المقترنة بدعوى مدنية، بحث مقدم للمؤتمر التاسع لإتحاد المحامين العرب والمنفذ في القاهرة، فبراير 1967، بغداد مطبعة الإرشاد، 1967، ص23 و24.

في تفسيره للواقعة وتطبيقها لا يضع بحثاً قانونياً مجرداً وإنما يفصل في دعوى محددة لها ظروفها الخاصة و وقائعها الذاتية مما يؤثر في تحديد كلمة القانون و إذا كان الأمر كذلك أي خليطاً من الواقع والقانون وظروف خاصة بكل دعوى فإن القاضي يحتاج كل الاحتياج إلى ممارسة نشاط فكري يتصف بالمنطق حتى يحسم هذا الأمر فالقاضي متى أتم فهم الواقع في الدعوى فإنه يبحث عن ما يجب تطبيقه أي تنزيهه من أحكام القانون على هذا الواقع. ولما كانت أحكام القانون مطلقاً وعموميات تتناول أنواعاً وأعداداً من الحوادث لا تنحصر وكانت هذه الحوادث لا تقوم إلا معينة لكل معنى منها خصوصية ليست في غيره، فلا سبيل لتنزيل تلك الأحكام على هذه الحوادث إلا بعد معرفة أن ذلك المعنى يشمل ذلك المطلق أو ذلك العام ¹.

وقد يكون ما سبق صعباً وكله على كل حال فيه نظر واجتهاد وهذا الاجتهاد هو ما أسماه القانون في حاصل فهم الواقع في الدعوى إلى حكم القانون أو وضعه تحت عموم القاعدة القانونية المنطبقة. فتكييف القانون حادثاً أو أمراً أو عقداً أو تصرفاً هو تسميته إياه باسم قانوني يحصل به لمسمى هذا الاسم من أحكام وآثار قانونية فتكييف ما يقع في أخذ مال الغير بغير حق هو تسميته بأنه سرقة أو تبيد أو خيانة أمانه أو نصب ليطبق على الأخذ مادة العقوبة التي يستحقها على فعلته.

وتظهر أهمية وخطورة دور القاضي في هذا المجال لما يجري في وضع الألفاظ القانونية على وتيرة واحدة فهو يصفها مكتفياً فيها بما ترسمه عند السامع أو القارئ. فعلى القاضي أن يلتزم بحدود واجبه تجاه التكييف القانوني للواقعة الجنائية، فلا يتقيد القاضي بالتكييف القانوني المرفوع به الدعوى كما ورد في أمر الإحالة الصادر من النيابة العامة أو في ورقة التكليف بالحضور أو في طلبات النيابة العامة، وإنما يتعين عليه أن يضفي على الواقعة المعروضة عليه التكييف القانوني السليم.

وكذلك لا يتقيد القاضي بالتكييف القانوني الذي أثبتته غيره من جهات القضاء ²، ويستوي أن تكون هذه الجهة هي من قضاء التحقيق أو قضاء الحكم (محكمة أول درجة) . فعلى قضاء الحكم أن يراجع مدى صحة التكييف القانوني الذي انتهى إليه قضاء التحقيق، و يجب على المحكمة الاستثنائية أن تراجع أيضاً مدى سلامة التكييف الذي انتهت إليه محكمة أول درجة. وكل ما تتقيد به هذه المحكمة هو أن لا تضر بمركز المتهم إذا كان هو المستأنف الوحيد. وفي هذه الحالة الأخيرة لا يجوز لمحكمة النقض أن تراقب المحكمة الاستثنائية في التكييف القانوني الذي انتهت إليه لأن قضاءها كان مقيداً بحد إجرائي يقيد سلطتها في التكييف القانوني ³.

إن تغيير المحكمة للتكييف القانوني للواقعة ليس محض رخصة للمحكمة بل هو واجب عليها. فعليها أن تمحص الواقع المطروحة عليها بجميع أوصافها و أن تطبق عليها نصوص القانون تطبيقاً صحيحاً. فليس للمحكمة أن تقضي بالبراءة في دعوى قدمت إليها بوصف معين إلا بعد تقليب وقائعها على جميع الوجوه القانونية والتحقق من أنها لا تقع تحت أي وصف قانوني من أوصاف الجرائم المستوجبة قانوناً للعقاب. وتطبيقاً لذلك قضي بأنه إذا كانت

1 عبد الفتاح، مراد، المرجع السابق، ونفس الموقع الإلكتروني. بدون صفحة

2 عمر السعيد رمضان، مبادئ قانون الإجراءات الجنائية (قواعد المحاكمة)، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 1984، ص 79.

3 أسامه عبد ربه أبو جامع، تكييف الواقعة الإجرامية في القانون الجزائي الفلسطيني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2016، ص 100 وما بعدها

الواقعة المرفوعة بها الدعوى بفرض صحتها لا تكون جريمة سرقة وإنما هي جريمة خيانة أمانه، و أنه لا يجوز للمحكمة أن تقضي في الدعوى بالبراءة من تهمة السرقة لأنه كان لازماً عليها في هذه الحالة أن تعدل الوصف الواقعي إلى خيانة أمانه وتقضي في الدعوى وفقاً لهذا الوصف الأخير، بشرط عدم الإخلال بحق الدفاع. وواجب المحكمة في تقليب الواقعة على كافة أوصافها القانونية المحتملة، التي توجب تطبيق المحكمة لنصوص القانون تطبيقاً صحيحاً على واقعه الدعوى المطروحة عليها باعتبارها صاحبة الولاية في الفصل فيها.

المطلب الثالث: التزاحم بين الكيوف القانونية:

" التعدد الظاهري بين النصوص "

قد تخضع واقعه إجرامية واحدة لعدة نصوص قانونية في وقت واحد على نحو يضيف عليها عدة كيوف قانونية لكل منها عناصرها المستقلة¹. مثال ذلك إذا هتك شخص عرض شخص آخر بالقوة في الطريق العام. هذه الواقعة تخضع لنصين في قانون العقوبات، أحدهما يعاقب على هتك العرض بالقوة، والآخر يعاقب على ارتكاب فعل فاضح مخل بالحياء علناً. في هذا المثال توافرت في كل تكييف قانوني العناصر التي حددها القانون دون تناقض، وكل هذه الكيوف لازمة لتجريم الواقعة التي آتاها الجاني. ويتوافر في هذه الحالة التعدد المعنوي بين الجرائم.

ويتميز هذا التعدد بأن أركان كل جريمة لا تتطابق تمام التطابق مع الجريمة الأخرى، أي أن الكيوف القانونية للواقعة غير متطابقة. ولا يوجد بينها تكييف شامل يبتلع غيره من الكيوف. وهنا لا يُسأل الجاني إلا عن التكييف الأشد وحده دون الكيوف الأخرى الأخف، فلا يطبق عليه أي جزاء يقتضيه التكييف الأخف، سواء كان أصلياً أو تبعياً أو تكميلياً. ويحول الحكم عليه عن الجرائم ذات التكييف الأشد دون محاكمته عن الجريمة ذات التكييف الأخف. لأنه لا يجوز محاكمته عن فعل واحد أكثر من مرة واحدة. وقد تخضع واقعة إجرامية واحدة لعدة نصوص قانونية واحدة، وهذا ما يُسمى بالتزاحم بين الكيوف القانونية " التعدد الظاهري بين النصوص "، إلا أن الكيوف القانونية التي تضيفها على هذه الواقعة لا تستقل بعناصر متميزة عن غيرها بل توجد بينها قواسم مشتركة². مثال ذلك إذا سرق شخص من مكان مسكون، فإن هذه الواقعة تخالف ثلاثة نصوص في قانون العقوبات الفلسطيني هي المادة 332 والتي تعاقب على السرقة البسيطة، المادة 334\1 التي تعاقب على السرقة من مكان مسكون، والمادة 326 التي تعاقب من يدخل بيتاً مسكوناً بقصد ارتكاب جريمة فيه. ولا يتوافر في هذا التعدد بين الكيوف القانونية صفة التعدد الحقيقي لأن نموذج أحد الكيوف القانونية المتزاحمة يشمل سائر الكيوف الأخرى. فمثلاً تكييف السرقة من مكان مسكون يشمل عناصر كل من تكييف السرقة البسيطة، وتكييف دخول منزل بقصد ارتكاب جريمة.

وهكذا يتضح أن التعدد الصوري بين الكيوف القانونية للواقعة الواحدة يتوافر بين تكييف شامل وكيوف أخرى جزئية.

1 محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدابير الاحترازية، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، 1989، ص 901.

2 محمود سعيد نمور، دراسات في فقه القانون الجنائي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، دون سنة نشر، ص 148.

ويتجلى ذلك التزاحم بوضوح في الواقعه التي تتوافر فيها ظروف مشددة . فواقعة القتل المقترن بجناية أخرى لها تكييف قانوني يشمل كلاً من القتل والجناية الأخرى المقترنة . ويتزاحم مع هذا التكييف الشامل التكييف الخاص بالظروف المشدد وهو الجناية المقترنة بالقتل . وعند التزاحم بين الكيوف القانونية لابد أن يتغلب التكييف القانوني الشامل على الكيوف القانونية الجزئية ، فيعتد به وحده. وفي هذه الحالة تتوافر جريمة واحدة هي ذات التكييف الشامل. **1.**

الخلاصة ، بأن هذا النوع من التعدد بين الكيوف القانونية هو تعدد ظاهري بحت ، لأن النص الذي يُعطي تكييفاً أكثر شمولاً هو وحده الواجب التطبيق . هذا بخلاف الحال عند التعدد الحقيقي لكيوف تداخلت فيما بينها. **2.**

المبحث الثالث : سلطة تعديل التكييف من قبل المحكمة المختصة :

بعد الانتهاء من صياغة قرار الإحالة تقوم النيابة تحريك الدعوى أمام القضاء للنظر فيها ، فدور القاضي لا يقل أهمية عن دور النيابة بل إنه هو المناط به فحصر كل التكييفات المحتملة تطبيقها على الوقائع موضوع المحاكمة ، فهو يتمتع في إطار الخصومة بسلطة واسعة ، إذا أعمل هذه السلطة في تفسير التكييفات القانونية المحددة ، وكذلك تراقب محكمة النقض المنطق القضائي المتعلق بالقانون ، وتحديد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق ، وقد قسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب وهي على التوالي :

المطلب الأول : سلطة إعادة التكييف من قبل المحكمة المختصة :

إعادة التكييف " تغيير التكييف " يقصد به : العملية الذهنية المتمثلة في إنزال حكم القانون على الواقع ، أو إدراج الواقع في طائفة محده ، أو حتى بيان القاعدة القانونية الواجب أعمالها على الواقعة المطروحة .

فالتكييف كما قلنا سابقاً يستلزم على وجه الخصوص في الغالب الأعم تفسير مسبق للقاعدة القانونية واجبة التطبيق . ومع أن ذلك يتحقق بطريقة واضحة في النطاق القضائي ، فإن التفسير يغير في القواعد التي يتكون منه .

وعملية التكييف ليست مجرد فن أو آلية محايدة تختص بها النيابة العامة وحدها ، إنما هي أيضاً في المقام الأول موضوعها سلطة موزعه بين المشرع والقضاة ، والمديرين ، والأفراد. **3.**

ومن المهم بمكان أن نذكر بأن إمكانية تغيير التكييف أثناء سير الخصومة يقيد بضرورة أن يتوافق ذلك مع حسن إدارة الدعوى ، مع الاحترام الصارم لحقوق الدفاع. **4.**

1تحكم عملية حل مشكلة التنازع الظاهري للنصوص في التكييف القانوني قواعد متعددة أهمها أن النص الخاص يقيد العام، والنص الطويل المدى يستوعب النص القصير. للمزيد راجع: أديب إستانبولي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دون دارنشر، 1994، ص253 وما يليها.

2 أحمد عوض بلال، النظرية العامة للجزاء الجنائي، دار النهضة العربية، 1995، ص536.

3عبد الحميد الشواربي، سلطة المحكمة الجنائية في تكييف وتعديل وتغيير وصف الاتهام، الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1989، ص65.

4 وهايي، يوسف، إعادة التكييف الجنائي وحقوق الدفاع على ضوء قانون المسطرة الجنائية المغربية، مجلة المحاكمة، عدد 2، المملكة المغربية، ص22.

فالمحكمة تسعى إلى إضفاء التكييف الصحيح على الواقعة المعروضة أمامها ، في سبيل ممارسة واجبها في إضفاء التكييف القانوني السليم على واقعه ، فهي إما أن تنقص بعض العناصر المرفوعة بها الدعوى ، أو أن تضيف عناصر جديدة إلى ذات واقعه .

الالتزام بإعادة التكييف في المواد الجنائية يستنبط مباشرة من نص المادة 308\1 من قانون الإجراءات المصري التي تنص على " أن للمحكمة أن تغير في حكمها الوصف القانوني للفعل المسند للمتهم ولها تعديل التهمة بإضافة الظروف المشددة التي تثبت التحقيق أو من المرافعة في الجلسة ، ولو كانت لم تذكر بأمر الإحالة أو التكييف بالحضور¹ ، وهو ما قضت به أيضا المادة 351 من قانون الاجراءات الجنائية الفرنسي ، أما عن المشرع الفلسطيني لم يضع نص صريح في تعديل الوصف القانوني .

ويجوز القضاء الجنائي على وضع مبدأ مفاده أن القاضي غير مقيد بالتكييف المقرر للتهمة ، وله حق بل عليه واجب وصف واقعه التي ينطبق عليها القانون الجنائي ، وذلك بعد أن يتحقق من عدم انطباق النصوص الواردة في أمر الإحالة ، ويختص بفحص ما إذا كانت الأفعال المسندة للمتهم لا ينطبق عليها نصوص جنائية أخرى سارية وقت ارتكابها . هذا الالتزام مرتبط مباشرة بالتحقق منه مادياً ، ومن ثم بوظيفة قاضي الوقائع .

فتغيير التكييف من قبل المحكمة _ قاضي الموضوع _ للواقعة قد يتم بإنقاص بعض العناصر المرفوعة بها الدعوى، فقد ترى المحكمة وهي بصدد بحث الوقائع المرفوعة بها الدعوى بأن ثمة عناصر من هذه الوقائع لم تثبت ، وفي هذه الحالة يجوز لها أن تغير وصف التهمة وفقا للواقعة بعد إنقاص ما لم يثبت من عناصر .

فيجوز للمحكمة أن تعاقب المتهم على القبض بدون وجه حق رغم اتهامه بالقبض مع التعذيبات البدنية إذا لم تتوافر هذه التعذيبات . كما يجوز لها أن تغير وصف التهمة من المساهمة في الجريمة كفاعل أصلي إلى المساهمة فيها كشريك ، أو أن تسقط عن المتهم ظرف سبق الإصرار ، مادام ذلك مبنيا على الواقعة التي رفعت بها الدعوى بعد إسقاط عنصر فيها . ويجوز لها أن تغير وصف التهمة من قتل عمد إلى ضرب أفضى إلى الموت ، ويجوز لها أن تقصر جريمة عرض الرشوة على المبلغ المدفوع يوم ضبط واقعه دون المبلغ كله الذي تظاهر الموظف بطلبه.²

ولها تعديل التكييف القانوني للواقعة بإضافة عناصر جديدة إليها ، قد تقضي سلطة المحكمة في تمحيص الواقعة بجميع أوصافها القانونية بإضافة بعض العناصر إلى الواقعة المرفوعة بها الدعوى .

فلمحكمة تعديل التهمة بإضافة عناصر جديدة التي تثبت من التحقيق أو من المرافعة في الجلسة ولو كانت لم تذكر بأمر الإحالة أو التكييف بالحضور .

1 قانون الإجراءات الجنائية المصري، رقم (74) لسنة 2007.

2 عبد الحميد الشواربي، سلطة المحكمة الجنائية في تكييف وتعديل وتغيير وصف الإتهام، مرجع سابق، ص69.

ومن تطبيقات سلطة المحكمة في تعديل التكييف القانوني إضافة ظرف سبق الاصرار أو التردد إلى القتل، أو أن يتم إضافة ظرف الاقتران بجناية أو الارتباط بجنحة إلى جريمة القتل، أو تعديل تهمة الضرب المفضي إلى عاهة مستديمة إلى ضرب مفضي إلى موت أو إلى قتل عمد.¹

ومن ناحية أخرى فيجوز للمحكمة قبل أن تضيف العناصر الجديدة أن تنقص بعض عناصر الواقعة المعروضة أمام المحكمة. فإذا كانت التهمة المرفوعة بها الدعوى هي شروع في القبض بدون وجه حق المصحوب بالتعديبات البدنية، فيحق لها اسقاط عنصر التعديبات وإضافة عنصر تمام القبض إلى عنصر الشروع فيه فتكون التهمة السليمة هي قبض بدون وجه حق.

وتجدر الإشارة بأن التغيير المحظور هو الذي يقع في الأفعال المؤسسة عليها التهمة، أما التفصيلات التي ترد في بيان التهمة بقصد إحاطة المتهم بها، فإن للمحكمة أن تردّها إلى وضعها الصحيح مادامت لا تخرج عن نطاق الواقعة كما وردت في أمر الإحالة أو التكييف بالحضور.²

وجدير بالذكر و إعمالاً لمبدأ شفوية المرافعة لا يجوز للمحكمة أن تستخلص العناصر الجديدة التي أضافتها إلى الواقعة الإجرامية الأصلية إلا من خلال أوراق الدعوى ممثلة إما في محضر الاستدلالات أو في التحقيق الابتدائي أو في التحقيق الذي أجرته المحكمة، فلا يجوز لها أن تسند إلى المتهم واقعه لا أساس لها من الأوراق التي إطلع عليها الخصوم، كما إذا كانت النيابة العامة قد قدمت للمحكمة أثناء حجز القضية للحكم سواء أوراقاً أو مستندات لم تدر حولها المرافعة أو لم يطلع عليها المتهم.

وعليه لا بد تنبيه المتهم كلما ترتب على التغيير أو التعديل الذي تحدّثه المحكمة في التكييف القانوني للواقعة اثاراً نقاط جديدة تؤثر في مدى مسؤولية المتهم، ويتحقق ذلك في الحالتين الآتيتين:³

إذا تم تغيير وصف التهمة دون إضافة وقائع جديدة، إلا أن هذا التغيير أدى إلى محاكمته بوصف أشد من الوصف الذي رفعت به الدعوى.

وتطبيقاً لذلك قضى بأنه إذا كانت الواقعة قد رفعت على المتهمين بوصف الاعتياد على ممارسة الدعارة مثلاً فرأت المحكمة أن الوصف الصحيح للواقعة هو أن المتهمين حرّضوا الغير على ارتكاب الدعارة، وكانت العقوبة بهذا الوصف أشد، فإنه يتعين على المحكمة أن تنبه المتهمين لهذا الوصف.

تعديل وصف التهمة (أي إضافة عناصر جديدة إلى الواقعة المرفوعة بها الدعوى) ويستوي في هذه الحالة أن يكون هذا التعديل لصالح المتهم أو ضده، لأن إضافة أي عنصر جديد يتعين تنبيه المتهم إليه.

كما يستوي أن تكون المحكمة قد أسقطت بعض عناصر الواقعة مقابل إضافة عناصر جديدة إليها.

1 محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، 1984، ص 851.

2 مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، الجزء الثاني، مطبعة جامعة القاهرة، الكتاب الجامعي الناشر دار الفكر العربي، 1979، ص 140.

3 أحمد فتحي، سرور، مرجع سابق، ص 163 وما يليها.

المطلب الثاني: رقابة محكمة النقض على التكييف الجنائي:

إن أي تغيير في التكييف القانوني للوقائع من حيث التجريم والعقاب، يعني الخروج عن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات. فهذا المبدأ ليس موجهاً إلى المشرع وحده، بل هو موجه أيضاً إلى القاضي كما قلنا آنفاً، فهو الذي يطبق هذا المبدأ على الوقائع المعروضة عليه. فإذا تجاهل تطبيقه، بأن أضفى على الوقائع تكييفات قانونية خاطئة، كان معنى ذلك عدم إحترام إرادة المشرع في التجريم والعقاب¹. فالتكييف القانوني للواقعة يعبر عن هذه الإرادة. وكل خطأ في التكييف يعني تجاهلها أو مخالفتها. ولا يمكن أن تحل إرادة القاضي محل إرادة المشرع في تكييف الجرائم. ومن هنا كان مصدر واجب القاضي بالتكييف القانوني السليم لواقعة الدعوى المفروضة عليه هو مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات. وبالتالي هذا الالتزام له طبيعة دستورية. وإذا كانت محكمة النقض تراقب صحة التكييف القانوني في الطعون المدنية، لضمان حسن تطبيق القانون، فإن الأمر يبدو أكثر خطورة وأهمية في الطعون الجنائية، لأنه يتصل بمبدأ دستوري هو احترام شرعية الجرائم والعقوبات².

رقابة محكمة النقض على توافر القاعدة القانونية الواجبة التطبيق: تمارس محكمة النقض سلطتها في الرقابة على تطبيق القانون في ضوء القاعدة القانونية الواجبة التطبيق. فهذه القاعدة هي المقدمة الكبرى للمنطق القضائي الذي يقوم عليه الحكم.

ويتطلب ذلك التحقق من وجود النص القانوني الذي يحكم القاعدة القانونية وعدم سبق إلغائه صراحة أو ضمناً، وانطباق هذا النص، مما يستبعد رجعية النصوص الجنائية إلا إذا كان في صالح المتهم. وبطبيعة الحال يجب أن يكون النص مطابقاً للدستور، فإذا ثارت منازعة جدية حول عدم الدستورية، سواء من تلقاء نفس المحكمة أو بناء على طلب الخصوم، اختصت المحكمة الدستورية العليا ببحث المسألة الدستورية محل البحث وفقاً للإجراءات التي نص عليها قانون المحكمة الدستورية العليا.

فيختص القاضي بتفسير النص الواجب التطبيق، مع عدم جواز القياس في نصوص التجريم والعقاب، وتراقب محكمة النقض المنهج القانوني في التفسير للتحقق من أن القاضي قد توخى إرادة المشرع في تحديد المصلحة المحمية وكيفية حماية هذه المصلحة³.

وعلى هذا النحو فإن محكمة النقض تراقب محكمة الموضوع في تحديد العناصر القانونية للجريمة كالبدء في تنفيذ الجريمة، والقصد الجنائي، والخطأ غير العمدي وعلاقة السببية والعلانية، ومعنى الاختلاس في السرقة، وغير ذلك من العناصر القانونية لمختلف الجرائم.

1 حمدي السعدي و محمد باره، التكييف القانوني في المواد الجنائية، دراسة مقارنة في موضوع تعدد الجرائم وتنازع الأوصاف، منشورات مجمع الفاتح للجامعات، 1989، ص 204.

2 راجع للإستفادة: سعاد حنا الصايغ، النقض الجزائي في فلسطين وفقاً لقانون الإجراءات الجزائية رقم 3 لسنة 2001 والقانون المصري المقارن، الطبعة الأولى، مكتبة ومطبعة دار المنار، 2001، ص 366.

3 حمدي السعدي و محمد باره، مرجع سابق، ص 203.

المطلب الثالث : أثر تعديل التكييف الجنائي على الاختصاص النوعي :

إن المشرع الفلسطيني حدد اختصاص المحاكم على النحو التالي في المواد (39،40،41) حيث منح محكمة البداية ضمن نطاقها الجغرافي صلاحية الولاية العامة في نظر جميع الدعاوى والطلبات التي لا تدخل في اختصاص محاكم الصلح (المادة 41) هذا بالإضافة الى صلاحيتها في نظر الاستئنافات المرفوعة إليها طبقاً للقانون.

الاختصاص النوعي لمحاكم الصلح: طبقاً لنص المادة (39) فإن محاكم الصلح تختص نوعياً بنظر بعض الدعاوى¹، وعلّة هذا الاختصاص هو كثرة هذه الدعاوى في العمل مما يقضي أن تكون قريبة من المتقاضين هذا بالإضافة الى كونها أقل أهمية من القضايا الأخرى أو أنها لا تحتاج الى جهد متميز ونوعي في النقاش القانوني.

أما بالنسبة للاختصاص الجزائي لمحاكم الصلح فهي كالتالي :

البت في طلبات تمديد توقيف المتهمين للمدد المقررة في القانون .

النظر في طلبات الافراج عن المتهمين الموقوفين .

الإذن بمراقبة المحادثات السلوكية واللاسلكية و إجراء تسجيلات لأحاديث في مكان خاص .

الحكم في جميع المخالفات و الجنح الواقعة ضمن دائرة اختصاصها ، ما لم ينص القانون على خلاف 2.

هذا هو اختصاص المحاكم الجزائية وبالتالي فتكييف نوع الواقعة لا يخرج عن نقاط التقسيم الثلاثي (الجنائيات - الجنح - المخالفات) وقد رتب هذا التقسيم نتائج هامة من حيث قانون العقوبات و قانون الإجراءات الجزائية ، وكذلك من حيث نظر المحكمة المختصة لكل واقعه .

فتثور الصعوبة إذا ما أحالت المحكمة الواقعة على أساس بأنها جنائية مثلاً إلى محكمة الجنائيات، ومن بعد دراسة ملف الدعوى تنتبه المحكمة بأن قرار الإحالة قد جانب الصواب وأن الواقعة تكييف على أساس جنحة مثلاً لتخلف أحد الأركان مثلاً . ومن أمثلة تعديل وصف التهمة ، إذا عدلت المحكمة وصف التهمة من فاعل أصلي في التزوير إلى اشتراك فيه بناء على عنصر جديد لم يرد في أمر الإحالة . فإذا تبين للمحكمة أن التكييف القانوني السليم للواقعة الجنائية المعروضة عليها يخرج عن نطاق اختصاصها النوعي ، وجب عليها أن تحكم بعدم الاختصاص .

1 عبد الله، الفراء، المختصر في أصول المحاكمات المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، 2013، ص151 وما بعدها.

2 ياسين المشهداني، التهمة وتطبيقاتها في القضاء الجنائي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010، ص116

الخلاصة :

إن التكييف كفن أو إجراء ضروري وأساسي في تحقيق القانون يتكون من تطبيق القاعدة أو من إدراج الواقعة في طائفة قانونية . وهذا لا يمكن الحصول عليه إلا بعد حل النزاع في التكييفات ، أو تكملة الثغرات في النظام القانوني محل الاعتبار .

فالتكييف يسمح باستخلاص الأثر القانوني للقاعدة واجبة التطبيق أو النظام القانوني المتعلق بطائفة معينة ، بمعنى التثبت من الوقائع . فكل حكم قانوني يتضمن مرحلتين ، أولها مجابهة الواقع بالقانون والثاني استنباط النتائج من هذا التشخيص أو الوصف الأولي ، و يتمثل في التثبيت بطريقة موضوعية لمطابقة الواقعة لنموذجها المحدد ، بينما الثانية فهي على حسب الأحوال حر أو مقيد.

ونظراً لأن تصرفات القضاة لا تؤسس إلا على القانون فإنهم مجبرين على الالتزام بالتكييف و ترتيباً على ذلك ، فإن الخطأ في التكييف يعد سبباً لبطلان القرار القضائي .

ومن خلال هذا البحث تبين لنا مجموعة من النتائج و التوصيات :

النتائج :

يتوجب على القاضي التمييز ما بين التكييف الإجرائي والتكييف الموضوعي ، ومن ثم يتعين عليه إضفاء التكييف القانوني السليم على الوقائع القانونية المعروضة عليه .

إن آلية التكييف الاجرائي يجب أن تكون على الإطلاق محايدة ، وتقتصر على البحث في الوقائع المضمون الخفي للنظام القانوني .

يتميز التكييف القانوني عن إثبات الوقعه ، في أن الواقع هو درجة كبرى من الاحتمال ، أما التكييف القانوني فهو حقيقة و يقين .

التعدد بين الكيوف القانونية هو تعدد ظاهري بحت ، فالنص الذي يعطي تكييفاً أكثر شمولاً هو وحده الواجب التطبيق .

إن عملية التكييف تنسجم مع تحقيق العدالة فكلما كان التكييف سليماً كلما كانت العدالة أقرب إلى الكمال.

التوصيات :

يجب على محكمة النقض بحكم وظيفتها أن تبسط رقابتها على جميع أنواع التكييف القانوني أيا كانت الألفاظ التي استعملها المشرع . لان التكييف الجنائي له ارتباط وثيق بتحقيق العدالة المرجوة.

توخي الدقة من قبل رجال النيابة العامة في عملية إصباغ الوصف القانوني على القضايا المعروضة أمامهم.

توخي القضاة للدقة في عملية تعديل التكييف القانوني الممنوح من قبل النيابة العامة لأن الخطأ غير مقبول في مواد تمتاز بالخطورة البالغة هي المواد الجنائية.

ضرورة مراجعة النصوص القانونية التي تحتل أكثر من معنى بشكل يساير التطور الحاصل في مستوى ونوع الجريمة لتسهل على السلطة المكلفة بالتكييف إصباغ الوصف القانوني السليم.

❖ المراجع :

• الكتب والمؤلفات :

- إبراهيم محمد محمود، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات، دار الفكر العربي، سنة 1984.
- أحمد فتحي، سرور، النقض في المواد الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997م.
- أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجزائية، الطبعة الرابعة، 1981.
- أديب إستانبولي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دون دار نشر، 1994.
- أحمد عوض بلال، النظرية العامة للجزاء الجنائي، دار النهضة العربية، 1995.
- بوشنه نور الدين، إشكالية التكييف القانوني في الميدان الجزري، أعمال ندوة محكمة الاستئناف في الرباط المملكة المغربية، 1997.
- جلال ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات المصري، منشأة المعارف، 1989.
- جواد الرهيمي، التكييف القانوني للدعوى الجنائية، بدون مكان طبع، بدون مكان نشر، 2004.
- حمودة محمود علي، النظرية العامة في تسبب الحكم الجنائي ومراحل المختلفة، الطبعة الأولى، بدون دار نشر أو سنة.
- حسن سعيد بن اللطف، الحكم الصادر بالإدانة، الطبعة الأولى، دار النهضة، 1989.
- حسن صادق المرصفاوي، أصول الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007.
- حمدي السعدي و محمد باره، التكييف القانوني في المواد الجنائية، دراسة مقارنة في موضوع تعدد الجرائم وتنازع الأوصاف، منشورات مجمع الفاتح للجامعات، 1989.
- رءوف، عبيد - مبادئ الإجراءات الجنائية، دار الفكر الجامعي، 1989.
- ساهر الوليد، شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، الطبعة الأولى، مركز الدراسات للنشر والتوزيع، غزة، فلسطين، 2015.
- سعاد حنا الصايغ، النقض الجزائي في فلسطين وفقاً لقانون الإجراءات الجزائية رقم 3 لسنة 2001 والقانون المصري المقارن، الطبعة الأولى، مكتبة ومطبعة دار المنار، 2001.
- شحاتة محمد نور الهدى، سلطة التكييف في القانون الإجرائي، دار النهضة العربية، بدون طبعة أو سنة.
- عبد العظيم مرسي وزير، الشروط المفترضة في الجريمة، دراسة تحليلية تأصيلية، دار النهضة العربية، 1983.
- عبد المنعم العوضي، قاعدة تقييد المحكمة الجنائية بالاتهام، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1973، ص 262..
- عبد الرءوف مهدي، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997م.
- عبد الواحد العلمي، شرح قانون المسطرة الجنائية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1998.
- عمر السعيد رمضان، مبادئ قانون الإجراءات الجنائية (قواعد المحاكمة)، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 1984.

- عبد الحميد الشواربي، سلطة المحكمة الجنائية في تكييف وتعديل وتغيير وصف الاتهام، الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1989.
- عبد الله، الفراء، المختصر في أصول المحاكمات المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، 2013.
- فخري عبد الرزاق الحديثي، الأعدار القانونية المخففة للعقوبة، دراسة مقارنة، جامعة بغداد، 1979.
- محمد علي سويلم، تكييف الواقعة الإجرامية، دراسة تحليلية وتأصيلية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2000.
- محمود عبد ربه القبلاوي، التكييف في المواد الجنائية، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2003.
- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدابير الاحترازية، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، 1989.
- محمود سعيد نمور، دراسات في فقه القانون الجنائي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، دون سنة نشر.
- مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، الجزء الثاني، مطبعة جامعة القاهرة، الكتاب الجامعي الناشر دار الفكر العربي، 1979.
- محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، 1984.
- ياسين المشهداني، التهمة وتطبيقاتها في القضاء الجنائي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010.
- رسائل الماجستير :
- أسامه عبد ربه أبو جامع، تكييف الواقعة الإجرامية في القانون الجزائي الفلسطيني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2016.
- الأبحاث والمقالات :
- أحمد أبو الوفا، وصف الدعوى بوجود نظرها على وجه السرعة، مجلة المحاماة، السنة 38، 1957-1958.
- محمد صالح القويزي، التكييف القانوني للدعوى الجنائية المقترنة بدعوى مدنية، بحث مقدم للمؤتمر التاسع لإتحاد المحامين العرب والمنفذ في القاهرة، فبراير 1967، بغداد مطبعة الإرشاد، 1967.
- يوسف، وهابي، إعادة التكييف الجنائي وحقوق الدفاع على ضوء قانون المسطرة الجنائية المغربية، مجلة المحاكمة، عدد 2، المملكة المغربية.
- أبحاث منشوره على شبكة الإنترنت :

www.rawhani70law.blogspot.com

<http://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=16529>

www.facebook.com/we.allavocato/posts/

• القوانين والتشريعات :

- قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001.
- قانون الإجراءات الجزائية رقم (3) لسنة 2001، ديوان الفتوى و التشريع.
- قانون الإجراءات المصري، رقم (74) لسنة 2007.
- قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002، ديوان الفتوى و التشريع .

تدقيق و تقييم المجلس الأعلى للحسابات للمشاريع العمومية وتفعيل ربط المسؤولية بالحاسبة - مشروع منارة المتوسط نموذجا



إعداد الأستاذ : رشيد قاعده دكتور في الحقوق أستاذ زائر بجامعة محمد الخامس - الرباط

لقد خطت الدولة المغربية خطوات هامة في مسار الإصلاحات الدستورية والقانونية، أدت إلى تبني العديد من المقاربات النظرية المتكاملة، الهادفة إلى خلق آليات معاصرة لتدبير الشأن العام، ومن بين تلك الآليات آلية التقييم بالنظر لأهميتها في الرفع من جودة التدبير العمومي، وتقديم الاقتراحات الكفيلة بالرفع من مردوديته.

وفي هذا الإطار جاء دستور المملكة المغربية لسنة 2011¹ ليشكل نقلة نوعية ولحظة حاسمة في مسار التقييم بالمغرب، وذلك عبر إقراره لفكرة مهيكلة للبنيات المؤسساتية من خلال ربط المسؤولية بالحاسبة، وعبر دسترة وظيفة تقييم السياسات العمومية، وكذا المشاريع العمومية كصلاحية أصلية مخولة للمجلس الأعلى للحسابات و ذلك بموجب المادة 148 من الدستور².

إذ أن هذا التكريس الدستوري للدور التقييمي للمجلس الأعلى للحسابات للسياسات العمومية والمشاريع العمومية قد عزز ووسع من مجال تدخل المجلس، بالإضافة إلى أدواره التقليدية المتمثلة في الرقابة على المال العام بالنسبة للأجهزة الخاضعة لرقابته.

كل ذلك بهدف توطين مبادئ الحكامة الجيدة و تفعيل المقتضيات الدستورية المتعلقة بربط المسؤولية بالحاسبة كإحدى أهم مبادئ التدبير العمومي الحديث، وتدعيما للمسار التنموي ومسلسل النهوض الشامل الذي انخرط فيه المغرب منذ ما يقارب عقدين من الزمن، خاصة وأن المجلس الأعلى للحسابات كان حاضرا في تفاعلات وشعارات

1-ظهر شريف رقم 1-11-91 الصادر في 27 شعبان 1432 (29 يوليو 2011) للمصادقة على النص الدستوري، والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر الصادرة في 28 شعبان 1432 (30 يوليو 2011).

2-نفس المرجع السابق.

الاحتجاجات المطالبة للشارع المغربي خلال سنة 2011، من خلال المطالب التقدمية الهادفة إلى تعزيز دور هذه المؤسسة الدستورية لتحقيق ثورة مؤسساتية هادئة في منظومة الرقابة والمحاسبة، مما يجعل المغرب في وضع جد متميز لربح رهانات الديمقراطية والمراقبة الرشيدة من أبوابها الواسعة، بالنظر لكون الضمانة الدستورية باستقلال المجلس تجعله يربح حصانة رفيعة و متميزة بشكل لم نعهده في دستور سنة 1996¹.

وإيماناً من مختلف شرائح المجتمع المغربي بأهمية المجلس الأعلى للحسابات في تدعيم وحماية مبادئ وقيم الحكامة الجيدة والشفافية والمحاسبة كآليات مهمة لتفعيل مبدأ دستوري هام ألا وهو ربط المسؤولية بالمحاسبة، ونتاجاً لما عرفه برنامج "التنمية المحلية الحسيمة منارة المتوسط" من تعثرات، وما نتج عنه من احتجاجات بمنطقة الريف و بعض المناطق الأخرى بجهات المملكة المغربية، فقد تجاوب جلالة الملك مع هذه التطورات حيث قرر جلالاته تكليف المجلس الأعلى للحسابات للقيام بإعداد تقرير مفصل حول هذا البرنامج و ما رافقه من تعثرات قصد ترتيب المسؤوليات، إعمالاً بالمقتضيات الدستورية المتعلقة بربط المسؤولية بالمحاسبة.

هذا التقرير الذي انتظره و بشغف كبير كل الفاعلين الرسميين والأكاديميين، بالنظر لما يمكن أن يشكله من منعطف حاسم في تفعيل مضامين دستور 2011 وتنزيلها على أرض الواقع، وهو ما جعل مختلف المختصين يسمونه بالزلزال السياسي بالمغرب.

إذن ومن خلال ما سبق يمكن طرح الإشكالية المحورية لموضوعنا قيد الدرس كالتالي :

إلى أي حد يمكن الحديث عن المجلس الأعلى للحسابات كآلية أساسية و ذات دور محوري في تقييم المشاريع العمومية، وماهي أهم انعكاسات ذلك على التنزيل الدستوري لمبدأ ربط المسؤولية بالمحاسبة و الصعوبات التي تواجه المجلس و إمكانات تجاؤها؟

هذه الإشكالية المحورية تتفرع عنها الأسئلة الفرعية التالية :

ماهو الإطار المفاهيمي للتقييم؟ و ما هو الأساس الدستوري والقانوني لعمل المجلس الأعلى للحسابات في مجال تقييم المشاريع العمومية؟ و ماهي المشاريع العمومية؟ وماهي أهم مضامين مشروع الحسيمة منارة المتوسط؟ و ماهي أسباب تكليف المجلس بإعداد تقرير تقييمي حول هذا المشروع؟ و ماهي النتائج المترتبة عن هذا التقرير التقييمي الصادر عن المجلس؟ و ماهي انعكاسات هذا التقرير على التنزيل الفعلي للمقتضيات الدستورية المرتبطة بالحكامة و ربط المسؤولية بالمحاسبة؟ و ماهي الخلاصات و العبر التي يمكن استخلاصها من نتائج هذا التقرير؟ و ماهي الحمولات التي يحملها هذا التكليف الملكي للمجلس للقيام بهذا العمل التقييمي المصيري لصانعي السياسات العامة بالمغرب؟ و ماهي أهم الصعوبات التي يواجهها المجلس و تحد من فعاليته في القيام بأعماله التقييمية للمشاريع العمومية؟ و ماهي إمكانات تجاؤها؟

للإجابة عن هذه الأسئلة وغيرها ارتأينا تقسيم هذا الموضوع لمحورين أساسيين كالتالي :

1-ظهر شريف رقم 1-96-157، بتاريخ 23 جمادى الأولى 1417 (7 أكتوبر 1996)، المتعلق بالمصادقة على النص الدستوري المراجع، والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 4420 مكرر، الصادرة بتاريخ 26 جمادى الأولى 1417 (10 أكتوبر 1996) الصفحة 643.

المحور الأول : السياق العام لتدخل المجلس الأعلى للحسابات في تقييم المشاريع العمومية بالمغرب./ المحور الثاني : انعكاسات التقرير التقييمي للمجلس الأعلى للحسابات حول برنامج منارة المتوسط على تفعيل مبدأ ربط المسؤولية بالحاسبة والصعوبات التي تواجه المجلس في تقييم المشاريع العمومية.

المحور الأول : السياق العام لتدخل المجلس الأعلى للحسابات في تقييم المشاريع العمومية بالمغرب.

لا يمكن للبناء الديمقراطي أن يكتمل دون التنزيل الفعلي للمقتضيات الدستورية التي جاءت في الدستور باعتباره أسمى تعبير عن إرادة الأمة. والمملكة المغربية إيماناً منها بضرورة مواكبة التطورات والتحول التي يعرفها العالم خاصة في مجال تتبع وتقييم السياسات العمومية، فإنها أوكلت هذا الأمر وبموجب دستور 2011 إلى البرلمان وكذا مجموعة من مؤسسات الحكامة كالمجلس الأعلى للحسابات باعتباره مؤسسة دستورية توجد في وضع متميز ومستقل عن باقي السلطات، وخضوعه مباشرة في أداء مهامه للسلطة الملكية.

هذا الدستور الذي منح هذه المؤسسة إمكانيات واختصاصات هامة للقيام بأعمالها في تقييم السياسات العمومية، وكذا المشاريع العمومية، بشكل متجرد ومحيد وهو ما يستشف من خلال ما ورد في الفصل 148¹ وما بعده. كما أن هذه المؤسسة فهي ملزمة برفع تقارير للملك باعتباره أسمى سلطة في البلاد، ويتمتع بسلطات دستورية لاتخاذ الإجراءات اللازمة وترتيب الجزاءات في حالة الإخلال بالمسؤوليات الملقاة على عاتق مدبري وصانعي السياسات العامة في البلاد. هذه التقارير المرفوعة للملك ماهيلاً تكريساً لمبدأ ربط المسؤولية بالحاسبة باعتباره منهجاً ملزماً بحكم الدستور الجديد.

واعتباراً لكون التقييم هو عنصراً حاسماً وجوهرياً وفاعلاً ضمن عناصر الحكامة وربط المسؤولية بالحاسبة، وكذا باعتباره صيرورة دائمة و مستمرة تستهدف تحسين الأداء في جو من الشفافية الكاملة والنجاعة والفعالية، فإن ذلك كان سبباً كافياً لقيام جلالة الملك بإصدار تعليماته الملكية السامية للسيد الرئيس الأول للمجلس الأعلى للحسابات للقيام بفحص وتقييم "برنامج التنمية المحلية الحسيمة منارة المتوسط". إذ أن هذا التكليف يؤكد على الإرادة الملكية الواضحة في تنزيل المقتضيات الدستورية على أرض الواقع، ووضع قطيعة مع المراحل السابقة عبر الانتقال إلى التطبيق بدل التشخيص، وهي خطوة حاسمة في تاريخ المغرب المعاصر مغرب الألفية الثالثة، المرتبطة بدمقرطة النظام العام و توضيح المهام والمسؤوليات لربطها بالحاسبة كإحدى أهم سمات دستور 2011.

كل هذا يدفعنا للبحث عن الإطار العام المحدد لتقييم المجلس الأعلى للحسابات للمشاريع العمومية (المطلب الأول)، ثم تحديد مضمين وأسباب تقييم المجلس لمشروع برنامج التنمية المحلية الحسيمة منارة المتوسط و النتائج و القرارات المترتبة عنها (المطلب الثاني).

المطلب الأول : الإطار العام المحدد لتقييم المجلس الأعلى للحسابات للمشاريع العمومية "برنامج منارة المتوسط".

لعل جميع المهتمين و الفاعلين في حقل السياسات العامة يستشعرون اليوم بأهمية و إيجابية مؤسسة أنظمة التقييم بالمغرب، خاصة في هذه المرحلة التي تعرف فيها البلاد ورشاً ضخماً يتعلق بتفعيل المبادئ الدستورية و بالأخص تلك المرتبطة بمبدأ ربط المسؤولية بالحاسبة كإحدى أهم مستجدات دستور سنة 2011، حيث أن هذا المبدأ الدستوري أصبح متوافقاً عليه على جميع الأصعدة والمستويات، وبالأخص عبر التأكيد على أهمية مؤسسة القضاء المالي في مجال تقييم أداء المؤسسات والإدارات العمومية الخاضعة لرقابته، وكذا المشاريع العمومية المبرمجة في هذا الإطار.

1-دستور المملكة المغربية لسنة 2011، مرجع سابق.

كل هذه العوامل كانت كافية لتكليف جلالة الملك للسيد الرئيس الأول للمجلس الأعلى للحسابات بإعداد تقرير مفصل " لبرنامج التنمية المجالية الحسيمة منارة المتوسط"، بالنظر لما رافق تنفيذ هذا المشروع من عراقيل كانت سببا في تأجيل الأوضاع الاجتماعية بمناطق الريف، وكذا بالنظر لما يتوفر عليه المجلس من إمكانيات وآليات كفلها له الدستور لتقييم السياسات العمومية و المشاريع العمومية المنبثقة عنها بالمغرب.

إذن فماهو الإطار المفاهيمي لتقييم المشاريع العمومية وتطبيقاته بالمغرب والنظم المقارنة (الفرع الأول). و ماهو الإطار الدستوري و القانوني المحدد لتقييم المجلس الأعلى للحسابات للمشاريع العمومية برنامج منارة المتوسط (الفرع الثاني).

الفرع الأول : الإطار المفاهيمي لتقييم المشاريع العمومية و تطبيقاته بالمغرب و النظم المقارنة :

قبل الحديث عن أهمية التقييم كإحدى أهم الآليات لتجويد التدبير العمومي لابد من القيام بتحديد الإطار المفاهيمي لتقييم المشاريع العمومية (الفقرة الأولى)، ثم بعد ذلك توضيح التقييم بالمغرب و النظم المقارنة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : الإطار المفاهيمي للتقييم :

يعتبر موضوع تقييم السياسات العامة من المواضيع التي بدأت تلقى اهتماما من قبل علماء السياسة، كما أن المدارس والجامعات تولي اهتماما متزايدا له، حيث أن مجموعة من الباحثين قد أسهموا فعلا في دراسته وتحليل نتائجه، مع أنهم اختلفوا في كيفية تناول الموضوع¹.

وقد اتخذ مقرب تقييم السياسات العامة أهمية متزايدة في مجال التطبيق لكونه ينبنى على احترام أربعة قواعد أساسية و هي: الدورية، و الاستقلالية، و النظامية، و الشمول، تتجسد في أربعة مراحل أساسية و هي: مرحلة تحليل و جمع المعطيات، ثم مرحلة التحليل النقدي لهذه المعطيات، تليها بعد ذلك مرحلة تحديد النتائج، ليتم في الأخير الإعلان عن التوصيات والمقترحات².

ويعرف التقييم بكونه، " بمثابة ممارسة فنية و مؤسساتية تستند في جوهرها على مبدأ قياس الآثار³. ويهدف التقييم إلى تحديد معايير النجاح والفعالية والجودة في العمل العمومي، كما يوفر جل المعلومات التي من شأنها تطوير الأداء العمومي وتنوير الرأي العام. فهو تجسيد لمرحلة التفكير في الفعل العمومي، والتي من خلالها لأجهزة التقييم التفكير في النتائج في السياسات العمومية المطبقة، وتقوم بقياس جودة وفعالية التدابير والقرارات المتخذة من أجل تحقيق الأهداف المتوخاة من تطبيق هذه السياسات.

أما السياسة العامة، " فهي تلك الأهداف والبرامج والسلوكيات المنتظمة، في حل القضايا، ومواجهة المشكلات القائمة والمستقبلية، والتحسب لكل ما ينعكس عنها، وتحديد الوسائل والموارد البشرية والفنية والمعنوية اللازمة

¹ - جيمس أندرسون، صنع السياسات العامة، جامعة هيوستن تكساس، ترجمة الأستاذ عامر الكبسي، عمان دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، ص.3.

² - نجيب جيري، الرقابة المالية بين الحكامة المالية ومتطلبات التنمية، دراسة تحليلية ونقدية، منشورات مجلة الحقوق المغربية، سلسلة المعارف الجديدة، الطبعة الأولى، سنة 2012، ص.13.

³ - les membres du conseil d'analyse économique: « Evaluation des politiques publiques »; Notes du conseil d'analyse économique 2013 /1 ; P1 .

Article disponible en ligne à la adresse : <http://www.carin.info/revue-notes--conseil-d-analyse-économique-2013-1-page-1.htm> .

وبنيته، كمنطلقات نظامية هامة لأغراض التنفيذ والممارسة التطبيقية، ومتابعتها ورقابته وتطويرها وتقويمها، لما يجسد تحقيقاً ملموساً للمصلحة العامة المشتركة، المطلوبة في المجتمع¹.

ولذلك فإن تقييم المشاريع العمومية راجع لكونها منبثقة أصلاً عن سياسات عمومية محددة المعالم بهدف الوصول لتحقيق أهداف معينة.

فالتقييم السليم يكون من خلال تفعيل للعمليات التي تنبني عليها عملية التقييم والمتمثلة بإدراك الكفاءة التي بموجبها تتم إدارة برامج السياسات العامة الحكومية، وهذا يعني أن التقييم يسأل السياسات العامة فيما يتعلق بالتوزيع السليم للموارد العامة بين البرامج المعتمدة والسياسات التي ستنفذ وربط الأهداف بالتنفيذ في ضوء العدالة والمساواة ومتطلبات الواقع السياسي.

كما تسأل عملية التقييم بالأساس القيمة المضافة للسياسات العامة، وآثارها على المجتمع، كما توطن كذا ثقافة تديرية قائمة على معايير الكفاءة وربط المسؤولية بالمحاسبة².

وتتبع أهمية الحديث اليوم عن تقييم السياسات العامة، من كون الفعل العمومي يمس حياة المواطن بشكل مباشر لذلك يجب أن يكون تقييمه ملكاً مشتركاً، وفي هذا الصدد يمكن القول أن الصفة المميزة لعملية التقييم هي إضفاء الشرعية على السياسات العامة ذاتها حتى يصبح الحكام مسؤولون سياسياً ويحاسبون على أفعالهم، وبهذا فعملية التقييم تساهم في الرفع من جودة الفعل العمومي وتلبية الطلب الاجتماعي وتطور عمل المؤسسات³.

وعلى الرغم من تعدد التعارف التي أعطيت لهذا المفهوم فإنه قد أجمع العديد من الباحثين في هذا المجال على أن "التقييم يهدف بالأساس إلى قياس وإبراز مختلف التأثيرات الذاتية للسياسات المختارة، وينطبق التقييم عموماً على ثلاثة محاور أساسية: البرامج، السياسات العامة، والمشاريع العمومية. فهو إذن أسلوب يتجاوز الأسس التقليدية للرقابة، كما أنه يؤكل الأجهزة يفترض فيها النزاهة والحياد،" حتى لا يصبح مجرد أداة لتصفية الحسابات بين القائمين على التقييم وبين من تقييمهم، وعندها لن يساهم التقييم في أي تقدم يذكر⁴.

ومن هنا يتضح لنا أنه و من أجل نجاح أي مشروع عمومي، تبرز الحاجة إلى عملية تقييم هذا المشروع، وذلك علة اعتبار أنه يفترض في كل عملية تقييم أن تعمل على مراجعة ما تم إنجازه من العمل بهدف التأكد من جودة العمل من Quality of work أنه قد أنجز طبقاً للمواصفات، خاصة في يتعلق بالعقد المبرم بشأن المشروع، ومواصفات الجودة التي يجب تحقيقها. كذلك يجب أن تحدد عملية التدقيق ما إذا كان قد تم الحفاظ على الجودة بشكلها المناسب، أو أنها قد حدثت بشأنها تسوية ما كي تتحقق أهداف الجدول الزمني والكلفة⁵. ولذلك فإن تقييم المشاريع العمومية راجع لكونها منبثقة أصلاً عن سياسات عمومية محددة المعالم بهدف الوصول لتحقيق أهداف معينة.

¹- فهدى خليفة الفهداوي، السياسة العامة، منظور كلي في البنية والتحليل، عمان دار المسيرة، سنة 2001، الطبعة الأولى، ص 38.

²-Nicolas Studer ;Anne-Marie Brocas : méthodes d'évaluation des politiques publiques ; actes du séminaire sous la direction de Nicolas Studer et présenté par Anne-Marie Brocas ; France ; juin 2010.

³-مذكرة الجمعية المغربية للتقييم، مذكرة عرضت على أنظار اللجنة الاستشارية المكلفة بمراجعة الدستور، الرباط، 12 أبريل 2011، ص 6.

⁴- ناصر أبو السعود محمود -الدمام، مقال منشور بصحيفة اليوم السعودية، www.alyaum.com/article، 23 يونيو 2010، ص 2.

⁵- هيثم علي حجازي، مبادئ إدارة المشروعات، دار صفاء النشر والتوزيع، عمان، 2015، ص 175.

الفقرة الثانية: تطبيقات التقييم بالمغرب و النظم المقارنة:

وعيا من المملكة المغربية بأهمية التقييم فقد عملت على منح هذا الاختصاص للبرلمان، وكذا لمجموعة من المؤسسات الدستورية المعروفة بمؤسسات الحكامة وعلى رأسها المجلس الأعلى للحسابات الذي أصبح دستوريا مختصا في مجال تقييم السياسات والمشاريع العمومية إذ لم تتوقف المقتضيات الدستورية عند الخطأ العادية في ترسيم حدود المؤسسات وتوزيع الأدوار بين الفاعلين في مجال التقييم إنما كرست هذه المقتضيات كما أشرنا إليه " بدستور تقييم السياسات والمشاريع العمومية"، هذا القول له ما يدعمه إذا تجاوزنا الهندسة الشكلية ووقفنا عند المرجعيات الأساسية لتقييم السياسات والمشاريع العمومية من داخل الهندسة العامة للدستور المغربي.

أما في النظم المقارنة الأخرى فتجدر الإشارة هنا للحالة الأمريكية، في مجال التقييم التي تعد متقدمة بقوة على باقي التجارب، إذ أن الممارسة تعكس تراكما من الانجاز السابق، فقد ظهر التقييم في مطلع القرن المنصرم، كمحاولة لإخضاع القرار العمومي لنوع من العقلانية العلمية، وفي هذا السياق ينبغي استحضار المكانة المركزية للمكتب العام للحسابات "GAO" من الناحية المؤسساتية و الذي يعد وكالة تابعة للكونغرس، و المتمتع تبعا لذلك باستقلالية تامة عن الجهاز التنفيذي، و بقوة هائلة على مستوى الموارد البشرية و المالية التي يستطيع تعبئتها.

وتأتي التجربة البريطانية على مستوى ثاني وإن كانت ليست بالعمق التاريخي كما هو في التجربة الأمريكية، فهي تدرج في محيط مؤسساتي مغاير، إذ يتوقع التقييم داخل السلطة التنفيذية، و تنشطه وزارة رائدة هي وزارة المالية، ورغم ذلك فأوجه التشابه موجودة بين التجربتين على صعيد المرجعية المنهجية والمذهبية، و قد تأثر حقل التقييم في هذه الحالة بعودة الاهتمام بأدوات القياس داخل العلوم الاجتماعية منذ مطلع الثمانينات، و بالجدل الكبير حول ما عرفه تخفيض النفقات العمومية، ثم بظهور العديد من المقاربات والأفكار حول التسيير العمومي، و حول التدبير العمومي الجديد¹.

و تعتبر تجربة التقييم للبرلمان البريطاني مهمة و يعود الفضل في هذا إلى لجنة المراقبة العام "PAC" التي تعتمد في أعمالها على إنجازات ميدانية يوفرها المكتب المركزي للإفتحاص "NAO"، ويركز المكتب الوطني على تقييم النجاعة المالية للسياسات المالية أكثر من تقييم فعاليتها.

أما في فرنسا وبعد تطور تاريخي انطلق في بداية الثمانينات مع تجربة المكتب البرلماني لتقييم الاختيارات العلمية والتقنية OPECST كمكتب مشترك بين غرفتي البرلمان الفرنسي، عمد هذا الأخير بعد ذلك إلى خلق مكاتب أخرى متخصصة موضوعاتيا، إلى أن استقرت التجربة البرلمانية الفرنسية في موضوع التقييم ابتداء من سنة 2009، وذلك بإسناد هذه المهمة للجنة التقييم و المراقبة CEC، حيث ظل عامل تقييم المشاريع العمومية حاضرا في كل تدخل هذا الجهاز الرقابي.

وبخصوص بلجيكا، يعتمد البرلمان البلجيكي في مهمته التقييمية كليا على المجلس الأعلى للحسابات الذي يعتبر شبه تابع للبرلمان حيث أن تعيين أعضائه يكون من طرف البرلمان.

¹ - حسن طارق، مبادئ ومقاربات في تقييم السياسات العمومية، منشورات الوسيط من أجل للديمقراطية وحقوق الإنسان، 2014، ص.10.

أما في سويسرا فقد أنشأ البرلمان الفيدرالي السويسري مؤسسة برلمانية لمراقبة الإدارة OPCA في بداية التسعينات وجعل من مهامه الرئيسية تقييم الأداء العمومي و المشاريع العمومية لفائدة اللجان البرلمانية¹.

أما إسبانيا، فهي الأخرى أسست لتقييم السياسات العمومية من خلال قوانين متعددة منذ سنة 2008 لتشمل السياسات العمومية للجهات و بالخصوص التي تتمتع منها بالحكم الذاتي. هذا بجانب ما يقوم به المجلس الاقتصادي والاجتماعي و البيئي وكذلك المحاكم المالية².

الفرع الثاني: الإطار الدستوري و القانوني المحدد لتقييم المجلس الأعلى للحسابات للمشاريع العمومية "برنامج منارة المتوسط"

يعتبر المجلس الأعلى للحسابات مؤسسة دستورية منذ دستور سنة 1996، هذا التكريس الدستوري لهذه المؤسسة القضائية الموكول لها بموجب الوثيقة الدستورية الرقابة العليا على المال العام بالمغرب بالنسبة لجميع الأجهزة الخاضعة لرقابته، كما هو محدد دستوريا بموجب المادة 148 من دستور المملكة المغربية لسنة 2011، وكذا مقتضيات القانون رقم 99.62 المنظم للمحاكم المالية لسنة 2002³. إذ بالإضافة للاختصاصات الرقابية للمجلس فإن هذه المقتضيات الدستورية والقضائية جعلت من المجلس مكلفا بتقييم السياسات العمومية وكذا المشاريع العمومية.

هذا الدور التقييمي الجديد للمجلس يؤكد على الانتقال من الرقابة التقليدية إلى رقابة المساءلة الحديثة التي تربط ما بين التقييم والمساءلة والمحاسبة كنتيجة طبيعية للمزاوجة بين المسؤولية والمحاسبة. هذا النص الدستوري الثوري بكل المقاييس ينطوي على معان ودلالات جوهرية من شأنها أن تشكل نقلة نوعية حقيقية لنظام الرقابة والمحاسبة ببلادنا على غرار الديمقراطيات الراسخة غي عالمنا الحاضر⁴. إنه يؤسس بنص الدستور لمهام المجلس في تدعيم قيم ومبادئ الحكامة الرشيدة، لاسيما المبدئين الجوهريين التاليين: الشفافية والمساءلة، إضافة إلى التنزيل الفعلي لمبدأ دستوري هام ألا وهو ربط المسؤولية بالمحاسبة، مما يجعل المجلس يكتسب حصانة رفيعة و متميزة بالنظر لكون جميع أعماله الرقابية و التقييمية للسياسات و المشاريع العمومية تتم بإرادة منفردة، أو بتكليف ملكي، أو بناء على طلب من المؤسسة التشريعية أو الحكومية.

و لعل أول تطبيق عملي لهذا الاختصاص تم بتعليمات ملكية سامية مما يؤكد على استقلالية المجلس بعيدا عن كل المزايدات السياسية. فهو جهاز قضائي ذي مرجعية دستورية التي تؤمن له القيام بمهامه النبيلة باعتباره حارس الشرعية المالية و المحاسبية التي تؤهله لتقييم المشاريع العمومية بشكل من الاستقلال و الحياد.

إذ أن الأساس الدستوري كانت له أهمية قصوى في التكليف الملكي للمجلس الأعلى للحسابات لتقييم مشروع التنمية المجالية الحسيمة منارة المتوسط، مما يؤكد على الإرادة الملكية القوية في المضي قدما في عملية الإصلاح و تفعيل المقتضيات الدستورية و تنزيلها على أرض الواقع.

¹- ورقة تأطيرية لندوة حول موضوع دور البرلمان في تقييم السياسات العامة، مديرية التشريع و المراقبة البرلمانية، مجلس النواب، الأربعاء 3 يونيو 2015.

²- عبد الطيف أعمو، تقييم السياسات العمومية أداة عصرية لتقويم و تطوير الأداء العمومي: تقرير حول موضوع التجربة الكatalانية والفرنسية في مجال تقييم السياسات العمومية، منشور بتاريخ 3 أبريل 2013 www.ouammou.net 13:36.

³- ظهير شريف رقم 124.02.1، صادر في فاتح ربيع الآخر 1423 (13 يونيو 2002)، بتنفيذ القانون رقم 99.62 المتعلق بمدونة المحاكم المالية، و المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5030، الصادرة في 03 ربيع الآخر 1423 (15 يونيو 2002).

⁴- محمد براو، المجلس الأعلى للحسابات أمام امتحان الانخراط في العهد الدستوري الجديد، مقال منشور على الموقع الإلكتروني:

www.azilalalhora.com/print، سنة 2011، ص2.

كما أن هذا التكليف الملكي للمجلس لتقييم مشروع التنمية المحلية الحسيمة منارة المتوسط له مرجعيات قانونية تفعيلها لما جاء في القانون رقم 99.62 المنظم للمحاكم المالية الصادر سنة 2002، خاصة المادة 109 منه التي تمنح المجلس هذا الاختصاص وتؤهله لتقييم المشاريع العمومية، وكذا إصدار تقارير في هذا الإطار. وبالتالي فعمله التقييمي لمشروع منارة المتوسط كانت له ركائز دستورية وقانونية مهدت الطريق للتكليف الملكي للمجلس للقيام بإصدار هذا التقرير، خاصة وأن المجلس يتوفر على كفاءات أثبتت حنكتها في أكثر من مرة في أعمالها الرقابية إلى جانب قدرتها الكبيرة على إنجاز العمل التقييمي، وتمارس أعمالها بشكل متكامل ومتناسق وفي حياد تام عن التأثير السياسي ووفقا لما هو متعارف عليه عالميا في مختلف الأنظمة الديمقراطية.

إن دستور المملكة المغربية لسنة 2011 وبموجب هذه المؤسسة الدستورية ذات الطابع القضائي إمكانيات واختصاصات هامة للقيام بأعمالها في تقييم السياسات العمومية، وكذا المشاريع العمومية، بشكل متجرد ومحيد. وهو ما تم من خلال القانون المنظم للمحاكم المالية رقم 99.62. إنمّا يؤكد بذلك على الأدوار الجديدة للمجلس باعتباره مساهما في توفير الأرضية المناسبة والمساعدة للملك، وباقي المؤسسات الدستورية الأخرى لتفعيل مقتضيات الدستورية خاصة فيما يتعلق بمبدأ ربط المسؤولية بالحاسبة كإحدى المستجدات الدستورية بالمغرب، والتي كانت محدد هاما لتكليف الملك للمجلس الأعلى للحسابات لتقييم مشروع منارة المتوسط كانطلاقة لإسقاط هذه التجربة على باقي المشاريع العمومية بالمغرب وفق ما هو محدد دستوريا وقانونيا.

المطلب الثاني : مضامين وأسباب تقييم المجلس الأعلى للحسابات لمشروع برنامج التنمية المحلية الحسيمة منارة المتوسط و النتائج المترتبة عنها.

بالنظر لما رافق إنجاز العديد من المشاريع العمومية من اختلالات ناتجة عن ضعف التخطيط، وكذا عدم نجاعة أدوات وآليات التتبع عند التنفيذ مما تسبب في هدر العديد من الأموال العامة، وبالتالي تضييع فرص التنمية، كل هذه العوامل كانت كافية للقيام بالعديد من التعديلات في الوثيقة الدستورية لسنة 2011 تجلت أساسا في إرساء مبدأ ربط المسؤولية بالحاسبة، وذلك عبر تمكين العديد من المؤسسات الدستورية، المعبر عنها بمؤسسات الحكامة من آليات و أدوات هامة لتقييم السياسات العمومية، وكذا المشاريع العمومية، ورصد مدى توفر مقومات التدبير الجيد أثناء عملية التخطيط و التنفيذ.

ومن هذا المنطلق، وبالنظر لأهمية المشروع التنموي الذي أطلقه عاهل البلاد بمختلف مناطق الريف في إطار ما يسمى بمشروع التنمية المحلية الحسيمة منارة المتوسط، وبغلاف مالي كبير، وكذا بالنظر لما صاحب عملية تنفيذ بنود اتفاقيات هذا المشروع من تعثرات، كلها كانت أسباب كافية لوضع هذا المشروع التنموي تحت مجهر مؤسسة قضائية مؤهلة دستوريا وقانونيا بتقييم المشاريع العمومية ألا وهي المجلس الأعلى للحسابات، وذلك لتقييم هذا المشروع وتقديم تقرير بشأنه بتعليمات ملكية سامية تفعيلها لمبدأ ربط المسؤولية بالحاسبة كمقتضى دستوري سامي و متميز.

إذن فما هي مضامين هذا المشروع العمومي التنموي والأسباب التي أدت لتقييمه من طرف المجلس الأعلى للحسابات (الفرع الأول)، وما هي أهم النتائج المترتبة عن هذا العمل التقييمي (الفرع الثاني).

الفرع الأول : مضامين برنامج الحسيمة منارة المتوسط و أسباب تقييمه من طرف المجلس الأعلى للحسابات :

يعتبر برنامج التنمية المحلية لإقليم الحسيمة منارة المتوسط (2015/2019) من البرامج والمشاريع الضخمة التي أطلقها الملك محمد السادس بمنطقة الريف منذ توليه مقاليد الحكم في نهاية تسعينات القرن الماضي، وذلك بالنظر

للمكانة التي تحظى بها هذه المنطقة في دائرة الاهتمامات الملكية. و عليه فلا بد من تحديد أهم مضامين هذا البرنامج التنموي الحسيمة منارة المتوسط (الفقرة الأولى)، ثم تحديد أسباب تقييمه من طرف المجلس الأعلى للحسابات (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : مضامين برنامج التنمية المحلية الحسيمة منارة المتوسط :

لقد ترأس جلالة الملك الانطلاقة الفعلية لهذا المشروع المجالي يوم 17 أكتوبر 2015 بحضور مختلف الفاعلين العموميين المنوطة بهم تنفيذ مقتضيات هذا المشروع التنموي الضخم و المهيكّل. هذا البرنامج الذي يروم تنمية الوسطين الحضري والقروي لإقليم الحسيمة والمناطق المجاورة له، حيث رصدت له استثمارات بقيمة 6,515 مليار درهم. يقوم على مقارنة مجددة من حيث أفقية والتقائية وتناسق التدخلات العمومية، ويطمح لمصاحبة النمو الحضري و الديموغرافي الذي يشهده الإقليم، وتعزيز موقعه الاقتصادي، وتحسين إطار عيش ساكنته، و حماية بيئته.

حيث أن هذا البرنامج الممتد على خمس سنوات (2015-2016) يقوم على مقارنة تشاركية ينخرط فيها مختلف الفاعلين بالإقليم، مشيرا إلى أن هذا المخطط التنموي يقوم على خمسة محاور أساسية وهي: التأهيل الترابي، و النهوض بالمجال الاجتماعي، و حماية البيئة و تدبير المخاطر، و تقوية البنيات التحتية، و تأهيل المجال الديني¹.

هكذا، وفي الشق المتعلق بالتأهيل الترابي، يستهدف هذا البرنامج المناطق القروية (فك العزلة عن العالم القروي و غرس 8700 هكتار بالأشخاص المثمرة و تثمين المنتوجات المحلية)، و الحسيمة الكبرى (تهيئة مداخل المدينة و المحاور الطرقية الرئيسية بها و الفضاءات الخضراء)، و الساحل (بناء مارينا و تهيئة فضاءات و مناظر جميلة).

و يتعلق الأمر كذلك بتفعيل برنامج تكميلي للتأهيل الحضري يهتم جماعات الحسيمة و أجدير و امزورن و بني بو عياش و تارجيست و المراكز الناشئة.

وفي الشق المتعلق بالنهوض بالمجال الاجتماعي، يهتم التنمية المجالية لإقليم الحسيمة، بناء مستشفى إقليمي و مركز لتصفية الدم و تجهيز المركز الجهوي للأنكولوجيا، و بناء و تجهيز خمسة مراكز صحية للقرب، و تأهيل و تجهيز البنيات الاستشفائية الموجودة.

كما يهتم بناء مؤسسات تعليمية، و بناء ملعب كبير لكرة القلب، و إحداث مسبح أولمبي، و قاعة بمعايير دولية، و تشييد قاعتين مغطاتين بجماعتي أجدير و إساكن، و تهيئة ملعب رياضية لفرق الهواة، إلى جانب بناء مسرح و معهد موسيقي و دار للثقافة.

وفي ما يتعلق بحماية البيئة و تدبير المخاطر، يتضمن البرنامج محاربة انجراف التربة و الوقاية من الفيضانات، و تأهيل المطارح العمومية بالإقليم، و إحداث متحف إيكولوجي، و مختبر للأبحاث البحرية، و إحداث حزام أخضر، و تثمين المنتزه الوطني للحسيمة.

أما بخصوص محور تعزيز البنيات التحتية، يتضمن هذا البرنامج خصوصا، توسيع و تهيئة الطرق المصنفة، و إحداث محطة لتحلية مياه البحر، و تزويد الجماعات و الدواوير التابعة لإقليم الحسيمة انطلاقا من سدود

¹ - الاتفاقية المتعلقة ببرنامج التنمية المجالية لإقليم الحسيمة منارة المتوسط (2015/2019)، التي ترأس جلالة الملك الانطلاقة الفعلية لهذا المشروع المجالي بتطوان يوم السبت 17 أكتوبر 2015، منشورة على الموقع الإلكتروني www.maroc.ma، 2015/10/17.

أسفلو وبوهودة وبوعاصم، وتحديث وتوسيع شبكة الماء الشروب والكهرباء على مستوى مدن الحسيمة وأجدير وإمزورن وبني بوعياش وتارجيست.

وعلى المستوى الديني، يروم برنامج التنمية المحلية لإقليم الحسيمة، بناء مركب إداري و ثقافي تابع لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ومسجد، ومدرسة للتعليم العتيق، إلى جانب إعادة تأهيل ثلاثة مساجد¹.

وبهذه المناسبة ترأس جلالة الملك مراسيم التوقيع على اتفاقية شراكة تتعلق ببرنامج التنمية المحلية لإقليم الحسيمة (2015/2019)، والتي وقعها كل السادة الوزراء:

من وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية، وزير الداخلية، وزير الاقتصاد والمالية، وزير الفلاحة والصيد البحري، وزير التربية الوطنية والتكوين المهني، وزير الصحة، وزير السياحة، وزير الشباب والرياضة، الوزير المنتدب لدى وزير النقل والتجهيز واللوجستيك المكلف بالنقل، الوزيرة المنتدبة لدى وزير الطاقة والمعادن والماء والبيئة المكلفة بالبيئة، الوزيرة المنتدبة لدى وزير الطاقة والمعادن والماء والبيئة.

كما وقع هذه الاتفاقية كل من الكاتبة العامة لوزارة السكنى وسياسة المدينة، والكاتب العام لوزارة الثقافة، والمندوب السامي للمياه والغابات ومخاربة التصحر، والي جهة طنجة تطوان الحسيمة، ورئيس جهة طنجة تطوان الحسيمة، ومدير المكتب الوطني للكهرباء والماء الصالح للشرب، ومدير التكوين المهني وإنعاش الشغل والمدير العام لوكالة إنعاش وتنمية أقاليم الشمال، ورئيس المجلس الإقليمي للحسيمة².

إذا كانت تلك هي أهم مضامين هذا البرنامج التنموي المحلي الضخم فإننا نتساءل عن أسباب إخضاعه للتقييم من طرف المجلس الأعلى للحسابات بتعليمات ملكية سامية؟.

الفقرة الثانية : أسباب تقييم برنامج التنمية المحلية الحسيمة منارة المتوسط من طرف المجلس الأعلى للحسابات.

بالرغم من الإشراف الفعلي لعاهل البلاد على مراسيم توقيع الاتفاقيات المتعلقة بنود هذا المشروع التنموي لتأهيل مناطق الريف اقتصاديا واجتماعيا وثقافيا، إلا أن هذا المشروع عرف عدة تعثرات ساهمت في تأخر إخراجه إلى حيز الوجود، مما جعله في صلب الاحتجاجات التي عرفتها هذه المناطق منذ أكتوبر 2016 و لازالت تداعياتها مستمرة إلى حد الآن، هذا الوضع الشاذ الذي أساء لصورة المغرب خارجيا خاصة من طرف أعدائه مما جعله مادة دسمة لتوجيه سهام النقد للمملكة المغربية وتسييس هذه الاحتجاجات وتقديم العديد من المغالطات بشأنه مما ساهم في تأجيج الأوضاع.

كل هذه الأسباب كانت كافية ليقوم ملك البلاد بإحالة التقارير التي سبق وأن أمر بإجرائها من طرف المفتشية العامة للمالية، والمفتشية العامة للإدارة الترابية التابعة لوزارة الداخلية على السيد الرئيس الأول للمجلس الأعلى للحسابات للقيام بفحص هذه الوثائق وإعداد تقرير بهذا الخصوص. وقد منح جلالة الملك للرئيس الأول للمجلس 10 أيام لتقديم تقرير يرفع لجلالته أي قبل افتتاح الدورة الخريفية للبرلمان.

1- اتفاقية منارة المتوسط، مرجع سابق.

2- نفس المرجع السابق.

وقد طلب السيد الرئيس الأول للمجلس من جلالة الملك أن يتفضل بمنح المجلس مهلة إضافية حتى يستطيع المجلس القيام بدراسة كافة الوثائق، والاستماع لمختلف المسؤولين الذي كلفوا بتنفيذ هذه المشاريع وذلك على اعتبار أن هذا العمل يحتاج إلى جهد كبير وتدقيق وتمحيص ومهنية عالية، بالنظر لما يمكن أن يترتب عنه من عواقب بالنسبة لمن ثبتت مسؤوليته في هذا الإطار، خاصة وأن هذا البرنامج قد كلف ميزانية الدولة بمبالغ مالية هامة تصل لـ 900 مليار سنتيم.

هذه التعثرات التي صادفت تنفيذ هذا البرنامج أدت إلى الغضبة الملكية في المجلس الوزاري المنعقد في نهاية شهر يونيو 2017، حيث انتقد الملك ضعف أداء بعض الوزراء وتراخيهم في أداء واجباتهم المهنية في هذا الإطار، كما غضب الملك وضع هؤلاء الوزراء محرومين من مغادرة التراب الوطني إلى غاية استكمال الأوراش التنموية لهذا البرنامج على أرض الواقع، إضافة إلى حرمانهم من عطلتهم الصيفية.

هذا الأمر الذي زكاه خطاب العرش لـ يوليو 2017، الذي كان جد واضح ووجه انتقادات واسعة للوزراء والمسؤولين المعنيين بتنفيذ هذا البرنامج، و للطبقة السياسية بصفة عامة بشكل لم يسبق له مثيل، وكان بمثابة تمهيد للرجبة الملكية في تفعيل المبدأ الدستوري القائم على ربط المسؤولية بالحاسبة في هذا الملف.

وعلى الرغم من استبعاد مفتشي وزارتي الداخلية والمالية وجود غش أو اختلاس من قبل الوزراء، فإن الملك أمر الرئيس الأول للمجلس الأعلى للحسابات بإدريس جطو بإجراء افتتاحات للتدبير المالي والحساباتي وجميع الجوانب المرتبطة بتنفيذ هذا البرنامج، وذلك قصد ترتيب المسؤوليات والجزاءات بالنسبة لجميع المسؤولين الإداريين، وكل من كانت له علاقة بهذا البرنامج التنموي وأسباب تعثره. وذلك خلال الاستقبال الملكي للسيد الرئيس الأول للمجلس الأعلى للحسابات، والسادة رئيس الحكومة ووزيري الداخلية والمالية يوم 04 أكتوبر 2017 بالقصر الملكي بالرباط.

إذا كانت تلك أهم أسباب تكليف المجلس الأعلى للحسابات بفحص وتدقيق هذا البرنامج التنموي الضخم بمناطق الريف، فإن هذا العمل التقييمي ومخرجاته كانت لها عدة نتائج وانعكاسات على تفعيل المقتضيات الدستورية المتعلقة بربط المسؤولية بالحاسبة كمقتضى دستوري هام أكدت الإرادة الملكية على تفعيله في هذا البرنامج. فكيف ذلك؟

المطلب الثاني : نتائج التقرير التقييمي للمجلس الأعلى للحسابات حول برنامج منارة المتوسط و القرارات المترتبة عنه.

بالنظر لأهمية برنامج التنمية المجالية الحسيمة منارة المتوسط والذي يمتد على مدى خمس سنوات وبإشراف ملكي على التوقيع على بنود اتفاقياته، إلا أن ذلك لم يمنع من حدوث عدة عراقيل صادفت تطبيق بنوده على أرض الواقع مما جعله محل لمختلف الاحتجاجات التي عرفته مناطق الريف لشهور عدة. كل هذه الأسباب وغيرها هي من مهدت الطريق للتكليف الملكي للمجلس الأعلى للحسابات لتقييم هذا الورش التنموي الكبير بمناطق الريف، هذا العمل التقييمي الذي كانت له عدة نتائج (الفرع الأول)، هاته الأخيرة التي تمخضت عنها أيضا العديد من القرارات الملكية الغير المسبوقة في تاريخ المغرب المعاصر (الفرع الثاني). فكيف ذلك.

الفرع الأول: نتائج التقرير التقييمي للمجلس الأعلى للحسابات حول برنامج منارة المتوسط.

إن لكل مشروع بداية و نهاية من خلال انجاز ما تم الاتفاق عليه، إلا أن برنامج التنمية المحلية الحسيمة منارة المتوسط الذي عرف الإعلان عن انطلاقته في أكتوبر 2015، لم يكتب له النجاح المطلوب بالنظر لما عرفه من تعثرات أثرت و لاشك في تحقيق الأهداف المسطرة له. فبالرغم من الغلاف المالي المخصص له، وكذلك القيمة الاعتبارية والسياسية والإدارية للأشخاص المعنيين بتنفيذه، إلا أن ذلك لم يمنع من ظهور العديد من النواقص والحدودية في عمل هؤلاء الفاعلين الرسميين اللذين لم يستطيعوا ومن خلال مواقعهم المساهمة في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية المخطط لها في بنود اتفاقيات المتعلقة بهذا المشروع، مما جعل الملك يصدر تعليمات ملكية سامية للمجلس الأعلى للحسابات للقيام بتدقيق و تمحيص لهذا البرنامج، وذلك تفعيلاً لمبدأ ربط المسؤولية بالمحاسبة كما جاء في دستور 2011.

وفي هذا الإطار قدم السيد إدريس جطو الرئيس الأول للمجلس الأعلى للحسابات مذكرة مرفوعة لجلالة الملك بخصوص خلاصات التقرير المتعلق ببرنامج التنمية المحلية الحسيمة منارة المتوسط، والذي أنجز تنفيذاً للتعليمات الملكية السامية في هذا الإطار، هذا التقرير الذي أنجز في إطار اختصاصات المجلس في مجال تقييم المشاريع العمومية، وذلك طبقاً لأحكام الدستور ومقتضيات القانون رقم 99.62 المتعلق بمدونة المحاكم المالية.

ولإنجاز هذه المهمة، قام المجلس بدراسة التقرير المعد من قبل المفتشية العامة للإدارة الترابية والمفتشية العامة للمالية، والذي تسلمه المجلس من الحكومة بتاريخ 3 أكتوبر 2017 طبقاً لمقتضيات المادة 109 من مدونة المحاكم المالية. كما قام المجلس بالاستماع إلى عدد من مسؤولي الأجهزة العمومية المعنية. وطلب المجلس من جميع الأطراف تقديم وثائق ومعلومات إضافية تتعلق بمدى تقدم الإنجازات إلى غاية متم شهر شتنبر 2017¹.

وقد أكد السيد الرئيس الأول على أن مراجعة الوثائق والبيانات لم تسفر عن الوقوف على حالات غش أو اختلاس، فإن المجلس سجل بالمقابل عدة اختلالات شابة مرحلتي إعداد وتنفيذ هذا البرنامج. كما أضاف أنه فيما يتعلق بمرحلة الإعداد، تبين من دراسة مكونات هذا البرنامج أنه لم ينبثق عن رؤية إستراتيجية مندمجة تتقاسمها معظم الأطراف، إذ تبين أن إعداد المشاريع المكونة لهذا البرنامج لم يتم بالدقة المطلوبة، حيث إن الجدول التوقعي لإنجازها اكتفى بتحديد المساهمات السنوية للأطراف المشاركة، إذ أنه في غياب المبالغ المرصودة لكل مشروع على حدة، تبقى المساهمات ذات طابع تقديري.

أما فيما يخص الاتفاقية الإطار التي تم توقيعها أمام جلالة الملك بتاريخ 17 أكتوبر 2017 بتطوان والتي تشكل الإطار التعاقدية بين جميع الأطراف، فإنه كان على وزارة الداخلية وولاية الجهة أن تتأكد أنها مدعومة بمستندات أساسية كقائمة المشاريع المدرجة في البرنامج و التقديرات الحينة للتكاليف المرتقبة و مصادر التمويل، عوض اقتصرها على مقتضيات ذات طابع عام. وفيما يتعلق بحكامه البرنامج، فإن الاتفاقية الإطار نصت على إحداث لجنة محلية للتتبع والتنسيق يترأسها عامل إقليم الحسيمة، ولجنة مركزية للتتبع دون تحديد رئيسها².

¹ - المذكرة المرفوعة لجلالة الملك من طرف السيد إدريس جطو الرئيس الأول للمجلس الأعلى للحسابات بخصوص التقرير المتعلق ببرنامج التنمية المحلية الحسيمة منارة المتوسط، بتاريخ 24 أكتوبر 2017 بالقصر الملكي بالرباط.

² - نفس المرجع السابق.

وقد لاحظ المجلس بهذا الخصوص وفق نفس المذكرة أن اللجنة المركزية للتتبع والتنسيق لم تتمكن من تعبئة جميع المتدخلين بشكل المساهمة الفعلية و الديناميكية اللازمة لانطلاق البرنامج على أسس متينة. أما بالنسبة للجنة المركزية، فلم تتطرق إلى نقط أساسية كالجدول الزمني لإنجاز المشاريع المبرمجة أو الميزانيات المتعلقة بها، إلا من خلال اجتماعها الأول المنعقد في فبراير 2017، أي بعد 16 شهرا من توقيع الاتفاقية الإطار.

وبالنظر لأهمية هذا البرنامج والميزانية المرصودة له والعدد المهم من الشركاء وآجال إنجازها، كان من الأنسب أن تكون مهام القيادة على مستوى الحكومة و اللجنة الوزارية للتتبع، وليس على مستوى عامل الإقليم خصوصا خلال مرحلة انطلاق البرنامج، وذلك لمعالجة الاكراهات المتعلقة بمحتوى المشاريع، وتعبئة العقار، والتمويل، والقيام بالتحكيم كلما دعت الضرورة إلى ذلك.

أما فيما يتعلق بإنجاز البرنامج، أكد الرئيس الأول للمجلس الأعلى للحسابات على أنه قد اتسم ببطء انطلاقته حيث أنه منذ التوقيع على الاتفاقية الإطار في أكتوبر 2015 وإلى غاية شهر فبراير 2017، لاحظ المجلس ضعف، بل أية مبادرة فعلية للشروع في إنجاز المشاريع من قبل أغلبية المتدخلين على المستويين المركزي و المحلي. إذ أنه من بين 644 مشروعا مبرمجا لم تسجل حصيلة سنة 2016 سوى إنجاز 5 مشاريع، بقيمة 146,8 مليون درهم و البدء في إنجاز 45 مشروعا آخر بقيمة 565 مليون درهم.

وقد عللت عدة أطراف أسباب تعثر إطلاق المشاريع بتوصلها المتأخر بوثيقة الاتفاقية الإطار وعدم برمجة الاعتمادات المالية، بالإضافة إلى صعوبات واجهتها في تعبئة العقار.

واعتبر المجلس الأعلى للحسابات أن هذه التعليلات لا يمكن أن تبرر عدم اتخاذ المبادرة للشروع في تنفيذ البرنامج، إذ كان بالإمكان تفادي التأخير في تبليغ وثيقة الاتفاقية بإرسال نسخ مصادق عليها إلى جميع الأطراف غداة التوقيع عليها. كما كان على الحكومة الاستجابة للطلبات التي قدمتها بعض القطاعات الوزارية من أجل توفير الاعتمادات المالية الكفيلة بتمكينها من الوفاء بالتزاماتها¹.

من جهة أخرى أوضح السيد إدريس جطو أنه كان من المفروض إيلاء عناية لتعبئة العقار نظرا للاكراهات المتعلقة به على صعيد الجهة والمرتبطة خصوصا بندرة الوعاء العقاري وتكلفته المرتفعة وتعدد أنظمتها القانونية من ملك خاص، وأوقاف وأملاك مخزنية، وأراضي المياه والغابات.

كما أكدت المذكرة على أن تنصيب الحكومة الجديدة، وخاصة بعد المجلس الوزاري المنعقد بتاريخ 25 يونيو 2017، لاحظ المجلس دينامية جديدة أدت إلى تسجيل تحسن ملموس في تنفيذ البرنامج. وبناء على الوثائق المدلى بها حول وضعية تقدم إنجاز المشاريع، فإنه و إلى غاية متم شهر ستمبر 2017، ارتفع عدد المشاريع في طور الانجاز إلى غاية 512 مشروعا، بمبلغ إجمالي قدره 3,9 مليار درهم.

كما تم التوقيع خلال الفترة ما بين يناير و يوليو 2017 على 12 اتفاقية خاصة بين وكالة تنمية أقاليم الشمال و مجموعة من الأطراف أسندت بموجبها للوكالة مهمة "صاحب المشروع" قصد إنجاز عدد مهم من المشاريع. حيث اعتبر المجلس أن تكليف الوكالة بإنجاز عدد من المشاريع بمبلغ إجمالي يفوق 3 مليار درهم، أي 46 بالمائة من مجموع ميزانية عرض تنفيذ المشاريع، يعتبر مخاطرة كبيرة من حيث التتبع و التكلفة و الآجال، إذ أن تكليف الوكالة

¹ - نفس المرجع السابق.

بهذه المشاريع بهذا الحجم بالإضافة إلى برامجها الاعتيادية يفوق القدرات التي تتوفر عليها الوكالة بالنظر لإمكانياتها البشرية المحدودة¹.

وقد اعتبر المجلس أن اللجوء المتسرع إلى خدمات الوكالة من طرف عدة قطاعات وزارية، كالتربية الوطنية والصحة والشبيبة والرياضة والثقافة والبيئة، يبقى غير مبرر و يعكس ميلا نحو التملص من التزاماتها على حساب على حساب هذه الوكالة، وذلك بالرغم من توفر هذه الوزارات على القدرات اللازمة والخبرة الكافية لإنجاز مشاريع مماثلة يتم تنفيذها بصفة اعتيادية على الصعيد الوطني.

كما لاحظ المجلس ببطء في التنفيذ للبنود التعاقدية بالنسبة لباقي القطاعات الوزارية المكلفة بتنفيذ هذا البرنامج التنموي كوزارة السكنى وسياسة المدينة، ووزارة السياحة، وكذا مكتب التكوين المهني وإنعاش الشغل، وكذا الوزارة المكلفة بالتجهيز ووزارة الداخلية.

وقد أكد التقرير أنه هناك عدة قطاعات قد عرفت بعض الصعوبات في التنفيذ إلا أنها قد دعمت بشكل ملحوظ برامجها مما يجعلها في وضعية تمكنها من تحقيق أهدافها في الآجال المحددة، كما هو الشيء بالنسبة لوزارة الفلاحة والصيد البحري، والمندوبية السامية للمياه والغابات ومحاربة التصحر.

وبالنظر للنقائص التي وقف عليها المجلس و التي اتسمت بغياب منظومة الحكامة، فقد أوصى المجلس بتسريع وثيرة الإنجازات بالنسبة لجميع المتدخلين في تنفيذ بنود اتفاقيات هذا المشروع التنموي الضخم، و تحمل كل طرف لمسؤوليته، وتعيين مسؤول سام بالنسبة لكل الأطراف المتدخلة لتتبع إجراءات التنفيذ وإرساء آليات للتنسيق.

الفرع الثاني : القرارات المترتبة عن تقرير المجلس الأعلى للحسابات بخصوص برنامج التنمية المحلية الحسيمة منارة المتوسط :

لقد كان للنتائج التي وقف عليها تقرير المجلس الأعلى للحسابات عدة انعكاسات ارتبطت أساسا بتفعيل مبدأ ربط المسؤولية بالحاسبة، وبناء على نتائج خلاصات هذا التقرير أصدر الديوان الملكي بتاريخ 24 أكتوبر 2017 بلاغا أعفى من خلاله جلالة الملك المسؤولين عن هذه الإختلالات، حيث جاء في هذا البلاغ :

" نهوضا من جلالته بمهامه الدستورية باعتباره الساهر على حقوق المواطنين وصيانة مصالحهم ، و تفعيلا لأحكام الفصل الأول من الدستور، وخاصة الفقرة الثانية منه المتعلقة بربط المسؤولية بالحاسبة، وبناء على مختلف التقارير المرفوعة للنظر المولوي السيد، من طرف المفتشية العامة للإدارة الترابية، و المفتشية العامة للمالية، والمجلس الأعلى للحسابات، و بعد تحديد المسؤوليات بشكل واضح و دقيق يأخذ بعين الاعتبار درجة التقصير في القيام بالمسؤولية. قرر الملك أعزه الله، اتخاذ مجموعة من التدابير والعقوبات في حق عدد من الوزراء والمسؤولين السامين. و تطبيقا لأحكام الفصل 47 من الدستور ولاسيما الفقرة الثالثة منه بعد استشارة رئيس الحكومة.

على إثر هذه المذكرة قرر الملك إعفاء عدد من المسؤولين الوزاريين و يتعلق الأمر بكل من :

- محمد حصاد، وزير التربية الوطنية والتكوين المهني والتعليم العالي والبحث العلمي، بصفته وزير الداخلية في الحكومة السابقة،

¹ - نفس المرجع السابق.

- محمد نبيل بنعبد الله، وزير إعداد التراب الوطني والتعمير والإسكان وسياسة المدينة، بصفته وزير السكنى و سياسة المدينة في الحكومة السابقة،

- السيد الحسين الوردي، وزير الصحة، بصفته وزير الصحة في الحكومة السابقة،

- السيد العربي بن الشيخ، كاتب الدولة لدى وزير التربية الوطنية والتكوين المهني والتعليم العالي والبحث العلمي، بصفته مديرا عاما لمكتب التكوين المهني وإنعاش الشغل سابقا.

كما قرر جلالتة إعفاء السيد علي الفاسي الفهري من مهامه كمدير عام للمكتب الوطني للكهرباء والماء الصالح للشرب.

أما بالنسبة للمسؤولين في الحكومة السابقة المعنيين كذلك بهذه الاختلالات، قرر جلالة الملك حفظه الله، تبليغهم عدم رضاه عنهم، لإخلالهم بالثقة التي وضعها فيهم، وعدم تحملهم مسؤولياتهم، مؤكدا أنه لن يتم إسناد أي مهمة رسمية لهم مستقبلا، ويتعلق الأمر بكل من:

- رشيد بلمختار، بصفته وزيرا للتربية الوطنية والتكوين المهني سابقا.

- لحسن حداد، بصفته وزير السياحة سابقا،

- لحسن السكوري، بصفته وزير الشباب و الرياضة سابقا،

- محمد أمين الصبيحي، بصفته وزير الثقافة سابقا،

- حكيمه الحيطي، كاتبة الدولة لدى وزير الطاقة والمعادن والماء والبيئة، المكلفة بالبيئة سابقا.

إثر ذلك كلف الملك رئيس الحكومة برفع اقتراحات لتعيين مسؤولين جدد في المناصب الشاغرة. أما بخصوص باقي المسؤولين الإداريين، اللذين أثبتت التقارير في حقهم تقصيرا و إختلالات في القيام بمهامهم و عددهم 14، فقد أصدر الملك تعليماته السامية لرئيس الحكومة، قصد اتخاذ التدابير اللازمة في حقهم، و رفع تقرير في هذا الشأن لجلالتة.

كما جدد جلالة الملك الدعوة لاتخاذ كافة الإجراءات التنظيمية والقانونية لتحسين الحكامة الإدارية والترابية، و التفاعل الإيجابي مع المطالب المشروعة للمواطنين في إطار الاحترام التام للضوابط القانونية¹.

وإذا كان إعفاء أعضاء من الحكومة من شأنه أن يترك فراغ في القطاعات الموكل لهم تدبيرها، فإن رئيس الحكومة و لتجاوز هذه المعوقات و الفراغات التديرية فقد عمل على إصدار مرسوم بتاريخ 30 أكتوبر 2017 يقضي بتكليف بعض أعضاء الحكومة للقيام مقام الأعضاء اللذين تم إعفاؤهم من مهامهم الوزارية².

¹ - بلاغ الديوان الملكي في شأن خلاصات تقرير المجلس الأعلى للحسابات حول برنامج الحسيمة منارة المتوسط، يوم الثلاثاء 24 أكتوبر 2017، القصر الملكي الرباط، منشور على الموقع الإلكتروني www.maroc.ma، بتاريخ 24 أكتوبر 2017.

² - مرسوم رقم 2.17.682 بتاريخ 10 صفر 1439 (30 أكتوبر 2017) يقضي بتكليف بعض أعضاء الحكومة بالقيام مقام الأعضاء اللذين تم إعفاءهم.

وتماشيا مع مقتضيات المادة 12 من القانون التنظيمي رقم 065.13 المتعلق بتنظيم وتسيير أشغال الحكومة والوضع القانوني لأعضائها¹. وهو القانون الذي يحدد كفاءات وإمكانات تكليف أعضاء الحكومة بالنيابة عن زملائهم الذين تغيّبوا أو حال مانع دون مزاولة مهامهم، إذا اقتضت الضرورة ذلك، مع الإمكانية عند الاقتضاء أن يتم هذا التكليف بمرسوم و ينشر بالجريدة الرسمية وهو ما تم تطبيقه فعلا في المرسوم الصادر عن رئيس الحكومة المشار إليه أعلاه.

ومن هنا فإن هذه الإعفاءات التي قام بها الملك في حق الوزراء والمسؤولين اللذين أظهر تقرير المجلس الأعلى للحسابات قيام مسؤوليتهم بشأن تعثر مشروع الحسيمة منارة المتوسط، تعد تفعيلا حقيقيا لمبدأ ربط المسؤولية بالمحاسبة وهو ما عبر عنه بالزلزال السياسي، حيث أن هذه القرارات الملكية قد زلزلت الطبقة السياسية بكل أطرافها، وكذا المسؤولين الإداريين، والمنتخبين، ورجال السلطة، وكل مدبري الشأن العام، إذا ما استمر استهتارهم بمضامين المشاريع الموقعة أمام الملك، وكذا عدم تفعيل مضامين الخطابات الملكية في هذا الإطار.

إذا كانت تلك أهم النتائج و القرارات المترتبة عن التقرير التقييمي للمجلس الأعلى للحسابات حول مشروع الحسيمة منارة المتوسط، فما هي يا ترى أهم انعكاسات هذا التقرير على تفعيل مبدأ ربط المسؤولية بالمحاسبة والصعوبات التي تواجه المجلس في تقييم المشاريع العمومية؟. ذلك ما سوف تعمل على تحليله في المحور الثاني لهذه الدراسة.

المحور الثاني : انعكاسات التقرير التقييمي للمجلس الأعلى للحسابات حول برنامج منارة المتوسط على تفعيل مبدأ ربط المسؤولية بالمحاسبة و الصعوبات التي تواجه المجلس في تقييم المشاريع العمومية.

لقد تميز المشهد السياسي المغربي وعلى مر السنوات ومنذ حصول المغرب على استقلاله في منتصف الخمسينات، بصراعات بين مختلف القوى السياسية حول المبادئ والقواعد الأساسية المكونة للوثيقة الدستورية لتحديد مجال اختصاص كل سلطة على حدة، والمسؤوليات المترتبة عنها.

وعلى الرغم من المطالب الداعية لإقرار مبدأ ربط المسؤولية بالمحاسبة، فإن التنزيل الدستوري لهذا المبدأ لم يتم تكريسه لسنوات لأسباب سياسية، واقتصادية، واجتماعية لم توفر الظروف المواتية لتطبيقه، لكن مع التطورات التي عرفها المغرب في ظل ما يعرف بالعهد الجديد فقد تم تطبيق هذا المبدأ، ولأول مرة في دستور المملكة لسنة 2011، في فصله الأول.

وإذا كان إفلات المسؤولين السياسيين والإداريين من العقاب عند ثبوت تورطهم في تقصير أو اختلالات مهنية، فإن التطورات التي عرفتها الحياة السياسية وكذا التدبير العمومي بمغرب ما بعد دستور 2011، قد مهدت الطريق لتنزيل هذا النص الدستوري المتعلق بمبدأ ربط المسؤولية بالمحاسبة باعتباره أحد أركان الديمقراطية في البلاد.

إذ أن أولى تطبيقات هذا المبدأ بدأت مع إعفاء وزير الشباب والرياضة السابق محمد أوزين فيما عرف بقضية العشب الاصطناعي سنة 2015، إضافة إلى إعفاء وزراء آخرين من مهامهم بطلب منهم بعد تضييق الخناق عليهم من طرف الرأي العام لما عرف بقضية وزير "فاتورة الشوكولاتة الفاخرة لأغراض شخصية"، عبد العظيم الكروج وزير التكوين المهني السابق.....، وهو ما أثار ضجة إعلامية كبيرة، وبالتالي اعتبر قرار إعفائهم بمثابة إيذان بأول تطبيق

¹ - ظهر شريف رقم 1.15.33 صادر بتاريخ 28 جمادى الأولى 1436 (19 مارس 2015) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 065.13 المتعلق بتنظيم وتسيير أشغال الحكومة والوضع القانوني لأعضائها، جريدة رسمية عدد 6348 بتاريخ 12 جمادى الثانية 1436 (2 أبريل 2015) ص:3515.

فعلي لهذا المبدأ الدستوري الجديد الذي لم يكن واردا ولا منصوص عليه في الدساتير السابقة، مما شكل تحولا هاما في التوجه الدولي القائم على تفعيل هذا المبدأ الذي طالما شكل محور اهتمام الفاعلين الرسميين والغير الرسميين بالبلاد أسوة بباقي النظم الديمقراطية في هذا الإطار.

وهو ما عبرت عنه المؤسسة الملكية كأعلى سلطة في البلاد من خلال تجاوبها مع المطالب الشعبية بتفعيل هذا المبدأ، بناء على تقارير طالبت بها جهات مخول لها دستوريا وقانونيا إنجازها وتقديمها للملك، والذي في إطار الشفافية والمصادقية يطلع علي مضمونها أيضا جميع مكونات الشعب. هذه التقارير وخاصة تلك الصادرة عن المجلس الأعلى للحسابات والتي كشفت عن وجود اختلالات بمشروع الحسيمة منارة المتوسط، جعلت الملك محمد السادس يقوم بإعفاء وزراء ومسؤولين إداريين، فضلا عن معاقبة آخرين بعدم شغل أي منصب مستقبلا.

هذه القرارات التي ستكون لها انعكاسات هامة سواء على المجلس من خلال تعزيز مكانته كمؤسسة دستورية ذات مصداقية وتقدم تقارير آنية وذات جودة عالية تترتب عنها قرارات مصيرية، إضافة إلى انعكاسات أخرى ترتبط بتخليق الحياة العامة وتحمل جميع المسؤولين لمسئولياتهم والتزاماتهم أمام الملك الذي لن يتوانى في تفعيل المقتضيات الدستورية مع إمكانية إقرانها بالعقاب عند كل تماطل أو إخلال في القيام بمهامهم.

وذلك بالنظر لكون محاسبة المسؤولية كأسلوب يهدف إلى الرقابة وتقييم الأداء لجميع المسؤولين بمختلف مستوياتهم، لمسائلتهم عن نتيجة أعمالهم مقارنة بالأداء المخطط¹، وذلك على اعتبار أن المسؤولية هي مفتاح توجيه الجهود نحو هدف مكافحة الانحرافات السالبة وتنمية الانحرافات الموجبة²، وهي الأساس المعتمد في عملية التقييم من حيث تقدير مدى التزام المسؤولين بتحقيق الأهداف المسطرة أثناء تنفيذ مهامهم. وكأساس لتفعيل المبدأ الدستوري الأصيل المتعلق بربط المسؤولية بالمحاسبة.

ومن هنا فقد أضحى مفهوم تقييم المشاريع العمومية من أكثر المفاهيم تجسيدا لديناميكية وحصيلة التفاعل القائم بين أداء الفواعل الرسمية داخل الدولة، والتنزيل الفعلي للمبادئ الدستورية التي نص دستور سنة 2011، خاصة فيما يتعلق بربط المسؤولية بالمحاسبة، حيث أن التدبير السليم للمشاريع العمومية وفق الضوابط الدستورية، والقانونية، تساهم في تحقيق التنمية والتحول المنشود في جميع المجالات مما يجعل هذه المشاريع محط اهتمام كبير.

حيث أن تقييم هذه المشاريع من طرف الأجهزة المختصة يجعل المدبرين العموميين لها في صميم الزمن السياسي، كما تمكن من إعطاء صورة على نصيب كل فاعل عمومي متدخل في عملية تدبير هذه المشاريع و صناعة القرارات المرتبطة بها بعد وضعه في مجهر الأجهزة المختصة بعملية التقييم، وذلك إما للتنويه أو التشجيع أو للوضع محل المساءلة القانونية عند كل إخلال بالعمل. وكل ذلك يندرج ضمن روح و فلسفة دستور 2011.

ومن هذا المنطلق فقد شكل التقرير الصادر عن المجلس الأعلى للحسابات حول مشروع منارة المتوسط والنتائج التي توصل لها، وما ترتب عنها من إعفاءات لوزراء ومسؤولين إداريين محطة أساسية، ولها انعكاسات هامة في تعزيز مقتضيات دستور 2011 المرتبطة أساسا بتفعيل مبدأ ربط المسؤولية بالمحاسبة، إذ لا مجال للتهاون والتماطل في

¹ - صباح هاشم جابر، محاسبة المسؤولية ودورها في تقييم الأداء في معاهد هيئة التعليم التقني، منشورات المعهد التقني في الصويرة، العراق، 2013، ص 14.

² - أحمد حلي جمعة، المحاسبة الإدارية، التخطيط والرقابة وصنع القرار، الطبعة الأولى، دار صفاء النشر، 2011، ص 325.

تحمل كل مسؤول لمسؤوليته بعد اليوم، بالنظر للحزم الذي تعامل بهي الملك مع كل من تبث تقصيره في أداء واجباته المهنية في هذا الإطار.

خاصة وأن تكليف الملك للمجلس للقيام بهذا العمل التقييمي وإعداد تقرير بشأنه يرفع لملك البلاد باعتباره الساهر الأمين على التطبيق السليم للمقتضيات الدستورية والقانونية، وضمن حسن سير المؤسسات العمومية، من شأنه أن تكون له انعكاسات هامة على التأكيد على جدوى التقييم ودوره الفعال في كشف العيوب و ترتيب المسؤوليات، و تلك أهم أهداف دستور 2011.

وارتباطا بكون موضوع تقييم السياسات العمومية والمشاريع العمومية المنبثقة عنها يعتبر إحدى تجليات المبدأ الدستوري القائم على ربط المسؤولية بالحاسبة، فإنه بذلك يشكل حجر الزاوية في مسلسل التحديث و الديمقراطية و تفعيل مقتضيات دستور سنة 2011، مما يجعل موضوع تقييم المشاريع العمومية ذات أهمية قصوى وذات ارتباطات دستورية عميقة، لأنه يكشف عن مكامن تحول عديده في التوجه العام للبلاد، و تناغما مع إيجاد حلول للقضايا التي تشغل بال الرأي العام، خاصة فيما يتعلق بمخرجات صانعي القرار بالبلاد، و رصد التفاعلات الناتجة عنها داخليا و خارجيا. مما يجعل عملية تقييم السياسات العمومية والمشاريع العمومية تدور كلها في فلك الخيار الدستوري الهادف إلى إحداث فلسفة جديدة للتدبير العمومي لما بعد دستور 2011.

و لعل الإعفاءات التي طالت عدد من الوزراء و المسؤولين الإداريين كلها تصب في هذا الإطار المتعلق بمبدأ ربط المسؤولية بالحاسبة كمقتضى ذا حمولة دستورية كبرى، هذه الإعفاءات التي بدأت إشاراتها الأولى تتضح في خطاب العرش ليوليو 2017¹ الذي قدم فيه الملك تشخيصا للإختلالات والصعوبات التي تعيق النموذج التنموي المغربي، حيث أن هذا الخطاب ليس غاية في حد ذاته بل نهاية لمسار التشخيصات و بداية مسار تفعيل ربط المسؤولية بالحاسبة.

وهو ما نجد له جواب أيضا في الخطاب الملكي بمناسبة افتتاح الدورة الأولى من السنة التشريعية 2017/2018 للبرلمان في أكتوبر 2017²، حيث طالب الملك في هذا الخطاب المجلس الأعلى للحسابات للقيام بمهامه في تتبع وتقييم المشاريع العمومية بمختلف جهات المملكة، للرد بكيفية غير مباشرة على من يعتقد بأن ربط المسؤولية بالحاسبة سيقصر على مشروع منارة المتوسط بمنطقة الريف فقط، بل أن مهام المجلس الأعلى للحسابات سيشمل جميع المشاريع وبكل الجهات، و هي إشارة واضحة من الملك أن العقاب سيكون شاملا ولا يقتصر على مسؤولي جهة دون أخرى وهذا ما زلزل كل المسؤولين السياسيين والإداريين والمنتخبين بكلا الجهات.

هذه المطالب الملكية السامية للمجلس الأعلى للحسابات بشمولية تقييمه لجميع المشاريع العمومية بمختلف جهات المملكة، يؤكد على ثقة الملك بهذه المؤسسة الدستورية لما تتمتع به من حياد ومصداقية في تقاريرها بعيدا عن الألوان السياسية و المزايدات الفارغة.

مما سيجعل هذا التكليف الملكي للمجلس في هذا الإطار له عدة انعكاسات على تحسين التدبير العمومي بالمغرب و ديمقراطية النظام العام، إذ يؤكد على تدشين الملك لمرحلة جديدة لإحداث زلازل سياسية أخرى في حق كل

¹ نص الخطاب الملكي للملك محمد السادس الموجه لأعضاء البرلمان بمناسبة افتتاح الدورة الأولى من السنة التشريعية 2017/2018 يوم الجمعة 13 أكتوبر 2017.

² الخطاب الملكي السامي للملك محمد السادس بمناسبة الذكرى 18 لعيد العرش المجيد، يوم السبت 29 يوليو 2017.

مستهتر و عبثي ساهم في تعتر مشاريع عمومية بجميع جهات المملكة، و ساهم نتيجة لذلك فيتأزم الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية و تأخير التنمية، بشكل يتنافى ومبادئ التدبير الجيد والقيم الأخلاقية السامية في التدبير، و يعرقل وثيرة المؤسسة الملكية التي تقود ثورة كبرى في كافة المجالات.

إذ أن وضع هذه المشاريع في يد المجلس الأعلى للحسابات للتدقيق والتمحيص يؤكد على الرغبة الملكية في تفعيل عدة مبادئ في التدبير العمومي، وخاصة من خلال الاعتماد على "منطق النتائج"، أي النتائج المترتبة عن تنفيذ مشروع عمومي" على اعتبار أن هذا التوجه هو الوحيد الكفيل بخلق ثورة حقيقية في نمط تدبير العمومي، والانتقال من منطق تدبير بيروقراطي، مبني على تدبير اعتمادات عبر صرفها وفق جداول زمنية استهلاكية، إلى منطق أكثر عقلانية يضع في صلب اهتمامه تحقيق نتائج وأهداف، وليس استنفاد نفقات و اعتمادات، كما هو الحال¹، مما يسهل عملي و يسهل عملية تتبع هذه المشاريع و تقييمها.

خاصة و أن دستور سنة 2011 جاء بوظيفة هامة للمجلس الأعلى للحسابات تتمثل في تقييم السياسات العامة كأساس لربط المسؤولية بالحاسبة، هاته الأخيرة التي تم إدراجها في الدستور كركن رابع بعد الحكامة الجيدة، والديمقراطية المواطنة و التشاركية، و فصل السلط وتوازنها وتعاونها، وذلك في الفصل الأول من الدستور². مما يؤكد على مراهنة المملكة المغربية على التأكيد على السلوك الديمقراطي في تقييم و تقديم حصيلة كل مسؤول و جعله أمرا إلزاميا و حتميا في مباشرة المسؤولية و معادلة الأهداف بالنتائج.

لذلك فإن ربط ملك البلاد مسؤوليات الوزراء و المسؤولين الإداريين بالحاسبة كأساس لإعفائهم من مهامهم بناء على خلاصات تقرير المجلس الأعلى للحسابات، فإنه يؤكد بذلك على تعزيز هذا المقتضى الدستوري الذي أصبح يتمتع بترتيب تشريعي مهم في الوثيقة الدستورية. ليضع بذلك عاهل البلاد حدا فاصلا مع سلوك الريع السياسي والاقتصادي الذي كانت تعرفه البلاد قبل دستور 2011 وما لازمه من إفلات من العقاب، خاصة وأن الحكومة مسؤولة أمام الملك والبرلمان دستوريا تفعيلا لمبدأ ربط المسؤولية بالحاسبة.

إن هذا التقرير الذي قدمه المجلس للملك والنتائج المترتبة عنه يؤكد على مرحلة تاريخية في مسار عمل هذه المؤسسة الدستورية، تمثلت في تحويل مهمتها من مجرد رصد الاختلالات وتقديم التوصيات والاقترحات التي يمكن أن تساهم في عقلنة تدبير الأموال العمومية بصفته كمؤسسة عليا للرقابة على المال العام، إلى فاعل أساسي في تفعيل مبدأ ربط المسؤولية بالحاسبة و بتعليمات ملكية سامية في هذا الإطار و في جميع جهات المملكة.

حيث أن هذه الثقة الملكية في هذه المؤسسة ترد لها الاعتبار أمام كل منتقديها بخصوص التقارير السنوية الصادرة عنها و ما ثار من جدل بخصوصها، كونها يتم الإعلان عنها دون أن يتم ربطها بمبدأ المساءلة والحاسبة، وكذا لرفع اللبس عن أعمال المجلس وحصيلة رقابته لمديري الشأن العام الوطني و المحلي.

إذ أن نتائج هذا التقرير و ما رافقها من إعفاءات ستكون له انعكاسات تؤسس لمرحلة المساءلة عن كل تقصير في العمل، وذلك وفق عملية تدقيقية تشمل كل المسؤولين العموميين و المحليين. و هي خطة عمل ونهج محكم و ليس عبارة عن تدخلات معزولة كلما ظهر هناك أخطاء تديرية لأحد المسؤولين كما هو الشأن بالنسبة للقضية المعروفة بفضيحة العشب الاصطناعي سنة 2014.

¹ - عثمان كاير، مبادئ ومقاربات في تقييم السياسات العمومية، منشورات الوسيط من أجل الديمقراطية وحقوق الإنسان، سنة 2014، ص.12.

² - الفصل الأول من دستور المملكة المغربية لسنة 2011.

إنها إرادة ملكية سامية لدفع مختلف المسؤولين على التأكيد في مختلف أعمالهم على الإرادة الصادقة و حسن النية والإخلاص والتفاني في العمل وحسن استثمار الوسائل المتاحة، تجسيدا و تناغما مع روح الدستور فيما يتعلق بربط المسؤولية بالمحاسبة طالما أن هناك مؤسسة دستورية ذات طابع قضائي ألا وهي المجلس الأعلى للحسابات، وهي مؤسسة مكلفة ملكيا بتقييم جميع المشاريع العمومية، مما سيكون له انعكاسات جد هامة على لفت انتباه و تنبيه جميع المسؤولين إلى ضرورة اليقظة ووضع يدهم على قلوبهم عند كل إخلال بالثقة الملكية في هذا الإطار، دون إغفال إمكانية المتابعة الجنائية في حالة القيام باختلاس أو إهدار المال العام عن سوء نية وفق ما يضمنه الدستور و كذا القانون الجنائي.

إن المجلس الأعلى للحسابات كمؤسسة دستورية قد دخلت مرحلة جديدة تقوم على التعاون مع مختلف المؤسسات الدستورية الأخرى لمراقبة التدبير المالي العمومي، وتقييم السياسات العمومية، و البرامج القطاعية، ليس فقط بموجب النصين الدستوري والقانوني ولكن أيضا بتكليف ملكي سامي مما سيمكنه من المزاوجة بين أدواره الرقابية الكلاسيكية ذات الطابع التقني والشكلي الصرف، والأدوار الجديدة التي تمكنه من إجراء دراسات وتدقيقات معمقة و موضوعاتية للملفات الكبرى والإشكالات العامة التي يعرفها المغرب من قبيل ملفات التدبير المفوض، وأزمة صناديق التقاعد، وتدبير المالية المحلية، وعدد من المخططات والبرامج والاستراتيجيات القطاعية، وصولا إلى دوره الجديد المتمثل في تقييم المشاريع العمومية بمختلف جهات البلاد.

ولعل اعتماد التقييم يشكل بدوره ركيزة أساسية لتكريس التوجه الجديد. فنجاح المقاربة الجديدة يرتبط بمدى استمرارية التقييم، ومدى القدرة على الحفاظ عليه كمبدأ في التدبير... مما سيجعل من التقييم "قاعدة" وليس "استثناء"، ويشكل ضمانا لاستمرارية التكريس لقيم المسؤولية و حسن الأداء و الجودة...، و عدم إحداث قطيعة مع هذه القيم¹.

إذ من شأن هذا المسار الذي دخل فيه المجلس أن تكون له انعكاسات على تنزيل مقتضيات دستور 2011، وتخليق الممارسة السياسية والدستورية، وتقوية دور وأهمية المجلس، وتعزيز دوره في الرقابة وحماية المال العام، وافتحاص طرق التدبير العمومي في بعدها الإستراتيجي.

خاصة وأن تقييم المشاريع العمومية له انعكاسات هامة على تحقيق التنمية لأنه يقدم تشخيصا دقيقا لوضعية هذه المشاريع ومستويات إنجازها، والمساهمة بالتالي في الإصلاحات العميقة التي أرساها دستور 2011، لتفادي إغراق البلاد في أزمات اقتصادية واجتماعية ناتجة عن استهتار بعض المسؤولين بالأمانة الملقاة على عاتقهم بشكل يتنافى مع الثقة الملكية التي وضعت فيهم، خاصة وأن تحقيق المشاريع العمومية في الآجال المحددة، ووفق المواصفات المحددة في بنود الاتفاقيات، أن يحقق ديناميكية اجتماعية واقتصادية وسياسية لمواجهة حلة الإقصاء و تهميش شرائح واسعة من السكان، و تعرضهم للهشاشة الاجتماعية، و ذلك على اعتبار أن عامل الزمن في الإنجاز له مكانة أساسية في التدبير العمومي الحديث.

¹-حنان القادري، المقاربة الجديدة لتقييم التدبير الترابي على ضوء تقرير اللجنة الاستشارية للجهوية، منشور على مجلة برلمان كم، www.barlamane.com بتاريخ 2 مايو 2015.

ومن هنا فإن هذا التقرير الصادر عن المجلس الأعلى للحسابات تطبيقاً للتعليمات الملكية السامية له انعكاسات ولاشك على الرفع من أهمية المجلس في عملية التقييم، كما أن القرارات الملكية المترتبة عنه تعد محطة أساسية في إعادة هيكلة السياسة العمومية والتي تستهدف اعتماد أدوات الحكامة، وتعزيز دور المؤسسات الدستورية للحكامة كالمجلس الأعلى للحسابات لتوفره على آليات متعددة للتقييم على جميع المستويات، ويمارس مهامه في شفافية مطلقة تمكن من الإطلاع والنشر للملاحظات التي يقف عليها بناء على معطيات واضحة ودقيقة تقرب أكثر من الحقيقة.

إن هذا التحول الملكي في الانتقال من مرحلة التشخيص إلى العقاب له انعكاسات ذات حمولة كبرى في تاريخ المغرب المعاصر القائم على ربط المسؤولية بالحاسبة، مما يجعل المغرب بلاد سمو القوانين والمؤسسات بشكل يجتدا بهي بالنسبة لباقي النظم المقارنة وكذا دول الجوار التي لازالت تعاني من انفصام تام ما بين الدستور والقوانين والواقع المعاش.

إذا كانت تلك أهم الانعكاسات التي ترتبت عن التقرير الصادر عن المجلس الأعلى للحسابات، والتي ترجع بالأساس لما تضمنه الدستور الحالي من مبادئ وقواعده على تحت على ضرورة اعتماد أدوات الحكامة، وإسناد وظيفة تقييم السياسات العامة للأجهزة المختصة كالمجلس الأعلى للحسابات من خلال العمل بمبدأ ربط المسؤولية بالحاسبة، فإنه وعلى الرغم من ذلك لازالت هناك العديد من الصعوبات والعراقيل تواجه المجلس في القيام بأعماله التقييمية في هذا الخصوص، مما يستدعي القيام بالعديد من الإصلاحات لتجاوزها حتى يستطيع المجلس من خلال أعماله التقييمية للمشاريع العمومية أن يشكل منطلقاً لتفعيل المقترحات الدستورية، وهو ما سنحاول الإجابة عنه في المطلب الموالي لهذه الدراسة.

المطلب الثاني: الصعوبات التي تواجه المجلس الأعلى للحسابات في تقييم المشاريع العمومية و أفاق تجاوزها:

يعتبر المجلس الأعلى للحسابات مؤسسة دستورية أصبحت مكلفة بالإضافة إلى اختصاصاتها التي حددها الدستور و القانون رقم 99.62 المنظم لها، مكلفة باختصاص تقييم المشاريع العمومية، وذلك بالنظر لما تشكله المشاريع العمومية الكبرى من انعكاسات هامة على تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية. إذ أن منح المجلس هذا الاختصاص من شأنه يساهم و لاشك في إنجاح الورش الكبير المتعلق بربط المسؤولية بالحاسبة، وهو أمر في غاية الحساسية يوليه الملك أهمية قصوى وذلك بالنظر لكون التنفيذ السليم للمشاريع العمومية يعد رافعة أساسية لتقدم البلاد. غير أن كل ذلك لم يمنع من وجود عدة صعوبات تؤثر في عمل المجلس على مستوى تقييم المشاريع العمومية.

حيث أنه بالرغم من كثرة الحديث عن تقييم المشاريع العمومية كأساس لربط المسؤولية بالحاسبة باعتبارها منهجا ملزما بحكم الدستور الجديد، إلا أن الإمكانيات الممنوحة للمجلس هذا الإطار تبقى ضعيفة بالنظر لضعف عدد القضاة المكونين للجسم القضائي للمجلس، وكذا ضعف الإمكانيات المادية واللوجيستكية المتوفرة لديه للقيام بالأعمال التقييمية للمشاريع العمومية، إلى جانب الاختصاصات الرقابية الأخرى الموكولة له دستوريا و قانونيا.

كما أن تشریف و تكليف المجلس بتقييم المشاريع العمومية بجميع جهات المملكة هي مهمة جد صعبة تتطلب إمكانيات بشرية ومادية جد مهمة للقيام بهذه المهام على أحسن وجه، خاصة وأن هذه المهمة قد جاءت بتعليمات ملكية سامية، وذاك بالنظر للصلاحيات الدستورية للملك في هذا الإطار، وكذلك بالنظر لرغبة الملك في القطع مع

التهاون و الاستهتار بمصالح المواطنين، و هي مهمة أصبحت ملقاة على عاتق المجلس في ظل الأوضاع الخطيرة التي أصبحت تعرفها معظم جهات المغرب بسبب تعثر المشاريع العمومية التي معظمها تم التوقيع على بنود اتفاقياتها بحضور ملكي سامي.

هذا التكليف الملكي للمجلس بهذه المهام التقييمية التي يعترض بها المجلس، و هي مهمة جسيمة تتطلب أن يكون المجلس عند حسن ظن الملك لمساعدته على تنزيل مقتضيات الدستور، مما يتطلب تجاوز الصعوبات التي يعاني منها المجلس بشكل يستدعي تدعيمه بشريا، وماليا، ولوجيستيكيا، في ظل النقص الحاد الذي يعاني منه المجلس ويجول دون قيامه بأعماله التقييمية في أحسن الأحوال. خاصة وأن توفير هذه الإمكانيات سيساعد المجلس على القيام بجميع مهامه المحددة دستوريا و قانونيا، وكذا احتراماً لالتزاماته أمام ملك البلاد.

إذ أن غياب توفير هذه الظروف لا يساعد المجلس على تنزيل مفهوم التقييم المؤدي لربط مسؤولية بالحاسبة على أرض الواقع. وذلك على اعتبار أن تنزيل مفهوم التقييم من الناحية العملية، يتطلب إمكانيات هامة و الظروف المواتية حتى يرقى مستوى عالي من التحليل الدقيق للفعل العمومي، "...مما يجعلنا نكون بصدد تقييم عمل متكامل يضم العناصر التالية: تحديد المشكل - بلورة الحلول - اتخاذ القرار - رصد الموارد - تنفيذ القرار - تقييم القرار"¹.

وإذا كانت تلك أهم مميزات العمل التقييمي للمشاريع العمومية التي ينبغي تقييمها، فإن الصعوبات التي تعترض المجلس بهذا الخصوص تؤثر ولاشك على انتقال المجلس من هيئة رقابية تقليدية إلى هيئة رقابية تقييمية حديثة، تساهم في الخروج بتقارير و خلاصات حول تدبير المشاريع العمومية التي هي في الأصل ترجمة لسياسات عمومية تتخذ رسمياً باسم جهاز الدولة مما يجعل لهذا الاعتبار تبعات مهمة وأساسية، وهذا ما يمنح للسياسات العمومية مميزات خاصة تفرد بها وتعطيها أهمية بالغة. فالسياسة العامة يجب أن تكون تبعية، أي نتاج للإرادة السياسية². ثم تصدر في إطار محدد مسبقاً من المشروعية أي في إطار تنظيمي محدد له صفة دستورية وقانونية، ومن المفترض كذلك أن تعبر السياسة العمومية عن درجة محترمة من الانسجام بين كل الفواعل الرسمية وغير الرسمية لكن للأسف فأغلب المشاريع العمومية قد جاءت بآثار عكسية غير مرغوب فيها غاب عنها الانسجام بين مختلف المتدخلين في عملية تنفيذها، ويعتبر برنامج منارة المتوسط الذي تكلف المجلس بتقييمه خير دليل على ذلك، الذي أبان التقرير المجلس الذي أعد باحترافية و مهنية عالية في هذا الإطار عن هذه الاختلالات، مما يجعل العمليات التقييمية لمختلف المشاريع العمومية بمختلف جهات المملكة التي كلف المجلس بإعداد تقارير بشأنها أن تكون في نفس المستوى أو أفضل منها، وهو ما يتطلب توفير الإمكانيات والظروف المواتية للمجلس للمساهمة بأعماله التقييمية في الرفع من جودة التدبير العمومي، وتنزيل المقتضيات الدستورية القائمة على ربط المسؤولية بالحاسبة.

ومن جانب آخر، فإن ممارسة المجلس الأعلى للحسابات لمراقبات ذات طبيعة مختلفة من حيث المنطلقات والخلفيات النظرية والمنهجية: مراقبة التسيير المشبعة بقوة بمنطق الإنجاز، ورقابة جديدة ذات طبيعة سياسية من خلال مساعدة البرلمان في مراقبة العمل الحكومي، وكذا مساعدة السلطة التنفيذية في تدقيق بعض البرامج والمشاريع العمومية، ورقابة قضائية ذات طبيعة زجرية. مما يقود إلى الإقرار بصعوبة التوفيق بين منطقتي الإنجاز ومنطق سياسي ومنطق قضائي داخل نفس المؤسسة.

¹-Joël Bourdin ; Pierre André et Jean Pierre Plancard : politiques publiques en France ; « un norme de délégation du sénat pour la planification sur l'évaluation des politiques en France » ; 2003-2004 ; P191 .

²-Serge Arnaud ; Nicolas Boudier ville : évaluer des politiques et programmes publics ; Paris Edition de la performance publics ; 2004 ; P.9.

بناء على ذلك، سيكون، فعليا، من الصعب على المجلس ممارسة وظائف ذات طبيعة مختلفة، وذات كثافة متساوية، حتى أنها قابلة للتداخل فيما بينها، وأنها تخضع لضرورات ذات طبيعة متناقضة¹. الأمر الذي من شأنه أن يقود إلى إنتاج ظاهرة التفاوت في العمل الرقابي بين الوسائل والمهام، وبالتالي التأثير، في نفس الوقت، على كفاءة وفعالية المجلس².

كما تطرح مسألة آلية تقييم المجلس للمشاريع العمومية مجموعة من الإشكالات خاصة تلك المتعلقة بالجانب القانوني، حيث المشرع أن المغربي سلك في هذا الإطار مسلكا مغاير للذي اتخذته المشرع الفرنسي، فيما يخص مسألة تمكين المجلس الأعلى للحسابات من اتخاذ الإجراءات العقابية والزجرية في حق الخارجين عن القواعد القانونية³. إذ يسمح التشريع الفرنسي للمفتشين والمراقبين بمعاينة كل من أحل بهذه القواعد والضوابط وتسبب في إضرار بالمال العام، أما في ما يخص التشريع المغربي فإنه لم يمنح هذا الامتياز لقضاة المجلس أثناء عملياتهم الرقابية التقييمية، إذ كل ما بوسعهم القيام بهي هو رفع التقارير المتضمنة للمخالفات والاختلالات إلى الجهة المختصة للمسؤول الإداري الأعلى للموظف أو الشخص المخالف للمساطر القانونية المتبعة في التدبير المالي والإداري للمشاريع موضوع التقييم، أو إلى السلطة التي طلبت من المجلس القيام بإعداد تقرير لإحدى المشاريع.

ماعدا في حالة اكتشاف أفعال تندرج ضمن المخالفات بخصوص التأديب المتعلق بالميزانية والشؤون المالية كاختصاص لأصلي للمجلس، أو الأفعال ذات الطابع الجنائي فتحال وفق المادة 111 من القانون المنظم للمحاكم المالية على وزير العدل (حاليا الوكيل العام للملك بمحكمة النقض باعتباره رئيس النيابة العامة)، مما يفرض تعديل هذه المادة حتى يستطيع المجلس مواكبة و مسيرة التطورات التي تعرفها التشريعات ببلادنا.

هذا مع التذكير بأهم صعوبة تواجه المجلس في هذا الإطار ترتبط أساسا بأن عقلية أغلب المسؤولين تتجه إلى أن عمل المجلس التقييمي للمشاريع العمومية، هو عمل شكلي لا يخرج عن نطاق العمل التفشيحي وليس التقييمي المرتب للجزاءات، وذلك بالنظر لغياب ثقافة تؤسس لخلفية معرفية حول جدوى التقييم المكرس دستوريا و قانونيا، وهو ما يتنافى مع ما تعرفه باقي النظم المقارنة في مجال تقييم السياسات العمومية و المشاريع العمومية.

إن الأمر يفترض تحولا عميقا في أساليب التفكير وسلوك الفاعلين، ويتطلب لأجل ذلك وضع نظام يعتمد على مأسسة و إلزامية التقييم مما سيساعد على نجاح هذه المقاربة الجديدة، ويمكن من وضع رؤية إستراتيجية مستقبلية تركز على البعد التقييمي للمشاريع العمومية كأساس لتفعيل البرامج والاختيارات العمومية، لاعتماد سياسة تنسيقية ومشاركة واسعة لجميع الفاعلين المعنيين بمهام التقييم، و سن منظومة عقلانية لإنجاز هذه العملية بشكل تتسم بالشفافية والمتابعة والقابلية للمراقبة والتقييم.

وهكذا فإن المغرب في أمس الحاجة إلى سياسة وطنية حديثة تعتمد على تقييم المشاريع العمومية كآلية من آليات التدبير العمومي الحديث. وذلك وفق بناء مفاهيمي يتأسس من تصورات وطموحات مشتركة.

¹ Meunier (A.-D.) : « La cour des comptes une institution sous double influence » R.F.F.P.n°109-Février 2010.p.161-162.

⁵¹⁴ -Ouazzani Ragala (A) : « Place et rôle de la justice financière dans le contrôle supérieur des finances publiques » , REMALD ; n°43 ; Mars-Avril 2002;p 38.

³ - إدريس بلماحي، المفتشية العامة للمالية، جهاز مهم للرقابة و فعالية محدودة، أسبوعيات مغرب اليوم، عدد 10 بتاريخ 11-17 مارس 1996، ص 10.

كما أن هناك صعوبات أخرى تحد من فعالية المجلس في تقييم المشاريع العمومية والعمل بربطها بمبدأ المسؤولية والمحاسبة، كونها لا تتم بشكل تلقائي وتشاركي مع باقي الأجهزة الدستورية الأخرى، إنما تتم في غالب الأحيان بطلب من فاعلين آخرين للقيام بهذه المهمة، ولأسباب مرتبطة بالزمان والمكان والظرفية العامة المسببة لعملية التقييم.

وهذا الأمر هو ما دفع الملك بأن يفوض للمجلس تقييم جميع المشاريع العمومية، مما يفرض بالضرورة على جميع الأجهزة العمومية الأخرى تقديم السند والدعم اللازمين للمجلس للقيام بهذه المهام الجسام، خاصة وأن التجربة الدستورية المغربية الجديدة قد دخلت في إطار سياسي وقانوني متميز، إذ عرفت الترسنة القانونية على ضوء دستور 2011، تطورا ملموسا فيما يتعلق بمبادئ وآلية تدبير وكذا تقييم الفعل العمومي.

هذه المرجعية الدستورية المغربية تؤكد من الناحية القيمة و المسطرية عن ما يفيد التطور الذي عرفته مساطر وآليات صنع السياسات العامة والمشاريع المنيثقة عنها، وتقييمها. حيث أنه بالوقوف عند مقتضيات الدستور الجديد، نجد أن مصطلح التقييم معناه قد ورد عدة مرات في الدستور، حيث حددت هذه المقتضيات دوائر اشتغال المؤسسات ومكامن التداخل بينها في مجال إعداد وتفعيل تقييم السياسات العمومية والمشاريع العمومية، و بشكل مستجد تمت دسترة وظيفة التقييم كصلاحية برلمانية لم تكن حاضرة في التجارب الدستورية السابقة، فيما تعززت صلاحيات مؤسسة المجلس الأعلى للحسابات في مجال تقييم السياسات والمشاريع العمومية.

وعلى العموم فإن تجاوز هذه الصعوبات سيجعل من المجلس الأعلى للحسابات حلقة محورية في مسألة تقييم المشاريع العمومية، خاصة وأن هذا الاختصاص يشكل مركز اهتمام مختلف الأقطاب الفكرية والسياسية بالمغرب، إذ ينظر له كمدخل لتأسيس فعل عمومي عقلاني يمكن من خلاله الرفع من مستوى التدبير العمومي و مردوديته.

إن انتهاج أنجح السبل الكفيلة بضمان التنمية الاقتصادية والاجتماعية رهينة بترسيخ ثقافة التقييم بالنسبة للسياسات العامة، وكذا المشاريع العمومية، و تلك إحدى أهم التوجهات الملكية الكبرى لبناء المشروع المجتمعي الديمقراطي التنموي الذي يعد المجلس الأعلى للحسابات في صلب مكوناته.

❖ المراجع المعتمدة :

• المقالات :

- إدريس بلماحي: المفتشية العامة للمالية، جهاز مهم للرقابة و فعالية محدودة، أسبوعيات مغرب اليوم، عدد 10 بتاريخ 11-17 مارس 1996.
- فهيمي خليفة الفهداوي، السياسة العامة، منظور كلي في البنية والتحليل، عمان دار المسيرة، سنة 2001.
- جيمس أندرسون، صنع السياسات العامة، جامعة هيوستن تكساس، ترجمة الأستاذ عامر الكبسي، عمان دار المسيرة للنشر والتوزيع الطباعة، 2006.
- ناصر أبو السعود محمود -الدمام، مقال منشور بصحيفة اليوم السعودية، www.alyaum.com/article، 23 يونيو 2010.
- أحمد حلمي جمعة، المحاسبة الإدارية، التخطيط والرقابة وصنع القرار، الطبعة الأولى، دار صفاء النشر، 2011.
- محمد براو، المجلس الأعلى للحسابات أمام امتحان الانخراط في العهد الدستوري الجديد، مقال منشور على الموقع الإلكتروني www.azilalalhora.com/print، سنة 2011.

- نجيب جيري، الرقابة المالية بين الحكامة المالية ومتطلبات التنمية، دراسة تحليلية و نقدية، منشورات مجلة الحقوق المغربية، سلسلة المعارف الجديدة، الطبعة الأولى، سنة 2012.
- صباح هاشم جابر، محاسبة المسؤولية ودورها في تقييم الأداء في معاهد هيئة التعليم التقني، منشورات المعهد التقني في الصويرة، العراق، 2013.
- عبد الطيف أعمو، تقييم السياسات العمومية أداة عصرية لتقويم و تطوير الأداء العمومي: تقرير حول موضوع التجربة الكطالانية والفرنسية في مجال تقييم السياسات العمومية، منشور بتاريخ 3 أبريل 2013 www.ouammou.net 13:36.
- حسن طارق، مبادئ ومقاربات في تقييم السياسات العمومية، منشورات الوسيط من أجل للديمقراطية وحقوق الإنسان، 2014.
- عثمان كاير، مبادئ ومقاربات في تقييم السياسات العمومية، منشورات الوسيط من أجل الديمقراطية وحقوق الإنسان، سنة 2014.
- هيثم علي حجازي، مبادئ إدارة المشروعات، دار صفاء النشر و التوزيع، عمان، 2015.
- حنان القادري، المقاربة الجديدة لتقييم التدبير الترابي على ضوء تقرير اللجنة الاستشارية للجهوية، منشور على مجلة برلمان كم، www.barlamane.com بتاريخ 2 مايو 2015.

• **Les ouvrages en français :**

- Ouazzani Ragala (A) : « Place et rôle de la justice financière dans le contrôle supérieur des finances publiques », REMALD ; n°43 ; Mars-Avril 2002.
- Joël Bourdin ; Pierre André et Jean Pierre Plancarde : politiques publiques en France ; « un norme de délégation du sénat pour la planification sur l'évaluation des politiques en France » ; 2003-2004 .
- Serge Arnaud ; Nicolas Boudier ville : évaluer des politiques et programmes publics ; Paris Edition de la performance publics ; 2004.
- Meunier (A.-D.) : « La cour des comptes une institution sous double influence » R.F.F.P.n°109-Février 2010.
- Nicolas Studer ; Anne-Marie Brocas : méthodes d'évaluation des politiques publiques ; actes du séminaire sous la direction de Nicolas Studer et présenté par Anne-Marie Brocas ; France ; juin 2010.
- les membres du conseil d'analyse économique : « Evaluation des politiques publiques » ; Notes du conseil d'analyse économique 2013 / 1 ; P1. Article disponible en ligne à l'adresse : <http://www.carin.info/revue-notes--conseil-d-analyse-économique-2013-1-page-1.htm>.

• **الاتفاقيات والمذكرات :**

- مذكرة الجمعية المغربية للتقييم، مذكرة عرضت على أنظار اللجنة الاستشارية المكلفة بمراجعة الدستور، الرباط، 12 أبريل 2011.

- ورقة تأطيرية لندوة حول موضوع دور البرلمان في تقييم السياسات العامة، مديرية التشريع والمراقبة البرلمانية، مجلس النواب، يوم الأربعاء 3 يونيو 2015 .

- الاتفاقية المتعلقة ببرنامج التنمية المحلية لإقليم الحسيمة منارة المتوسط (2019/2015)، التي ترأس جلاله الملك الانطلاقة الفعلية لهذا المشروع المجالي بتطوان يوم السبت 17 أكتوبر 2015، 17/10/2015 الرئيس الأول للمجلس الأعلى للحسابات بخصوص التقرير المتعلق ببرنامج التنمية المحلية الحسيمة منارة المتوسط، بتاريخ 24 أكتوبر 2017 بالقصر الملكي بالرباط.

• الخطاب الملكية و بلاغات الديوان الملكي :

-الخطاب الملكي السامي للملك محمد السادس بمناسبة الذكرى 18 لعيد العرش المجيد، يوم السبت 29 يوليو 2017.

-الخطاب الملكي للملك محمد السادس الموجه لأعضاء البرلمان بمناسبة افتتاح الدورة الأولى من السنة التشريعية 2018/2017 يوم الجمعة 13 أكتوبر 2017.

- بلاغ الديوان الملكي في شأن خلاصات تقرير المجلس الأعلى للحسابات حول برنامج الحسيمة منارة المتوسط، يوم الثلاثاء 24 أكتوبر 2017، القصر الملكي الرباط، بتاريخ 24 أكتوبر 2017.

• الظهائر و القوانين :

- ظهير شريف رقم 1-96-157، بتاريخ 23 جمادى الأولى 1417 (7 أكتوبر 1996)، المتعلق بالمصادقة على النص الدستوري المراجع، والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 4420 مكرر، الصادرة بتاريخ 26 جمادى الأولى 1417 (10 أكتوبر 1996) الصفحة 643.

- ظهير شريف رقم 1.124.02، صادر في فاتح ربيع الآخر 1423 (13 يونيو 2002)، بتنفيذ القانون رقم 99.62 المتعلق بمدونة المحاكم المالية، والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 5030، الصادرة في 03 ربيع الآخر 1423 (15 يونيو 2002).

- ظهير شريف رقم 1-11-91 الصادر في 27 شعبان 1432 (29 يوليو 2011) للمصادقة على النص الدستوري، والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر الصادرة في 28 شعبان 1432 (30 يوليو 2011).

- ظهير شريف رقم 1.15.33 صادر بتاريخ 28 جمادى الأولى 1436 (19 مارس 2015) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 065.13 المتعلق بتنظيم و تسيير أشغال الحكومة و الوضع القانوني لأعضائها، جريدة رسمية عدد 6348 بتاريخ 12 جمادى الثانية 1436 (2 أبريل 2015) ص:3515.

مرسوم رقم 2.17.682 بتاريخ 10 صفر 1439 (30 أكتوبر 2017) يقضي بتكليف بعض أعضاء الحكومة بالقيام مقام الأعضاء الذين تم إعفاههم.

اشكالية تثبيت الوضعية القانونية للأوقاف المعقبة على ضوء مدونة الاوقاف وظهير التحفيظ العقاري



كريمة العظمي : باحثة بسلك الدكتوراه

شعبة القانون الخاص - كلية الحقوق طنجة

مقدمة :

لقد شكل الوقف على مر العصور الدعامة الاساسية لتأمين حاجيات المجتمع الضرورية، كما يعتبر وسيلة المثلى لإبراز مظاهر التكافل الاجتماعي داخل المجتمع الاسلامي التي يجمع بواسطتها الانسان بين خير الدنيا وثواب الآخرة .

فهو في الدنيا رصيد للأجيال القادمة، وللواقفين صدقة جارية يجري عليهم اجرها ويدخر لهم دخرها يوم القيامة حيث لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى بقلب سليم .

ويتميز الوقف من بين كافة صور التبرعات بالإحسان المستدام والمتجدد، والذي بإمكانه أن يستمر في تغطية حاجيات المرافق والوظائف الاجتماعية التي يرصد لها، بحكم أن التبرع الوقفي هو تبرع بالمنافع دون الاعيان .

فالفقه الاسلامي بمختلف مذاهبه اعتنى بمؤسسة الوقف، وأولاهها العناية اللازمة بلحاثا في قواعدها العامة وفي جزئياتها الخاصة، ساعيا الى ارساء نظامها الخاص يضمن لها الاستمرارية .

وينقسم الوقف الى وقف عام ووقف معقب الذي يقصد منه في كثير من الحالات حفظ المال وصيانته من الضياع، خصوصا من تصرف الموقوف عليه تصرفا يؤدي الى تبديد الثروة أو صرفها في غير منفعة له حتى قال البعض "يجب أن يكون هناك نظام للوقف لأننا لا نثق بمناعة ابنائنا".

ورغم أن نوعين معا من الاوقاف يستمدان شرعيتهما من نفس الاصول الشرعية وينهلان من نفس الينابيع الاسلامية، الا أن هناك تضييقا انصب على النوع المعقب على وجه الخصوص من قبل بعض الأنظمة المعاصرة في

بعض الدول الاسلامية، حتى وصل الأمر في بعضها الى إلغائه، إلا أن المشرع المغربي لم يسلك هذا الاتجاه حيث حافظ على هذه المؤسسة من خلال اصداره لمدونة الاوقاف التي حاولت جمع شتات مختلف النصوص القانونية وتحيينها على اسس وضوابط الفقه الاسلامي خاصة المالكية وذلك بهدف تحقيق الحماية اللازمة للوقف بصفة عامة والوقف المعقب بصفة خاصة والعقارات الوقفية خاصة بالنوع المعقب، وذلك نظرا لكثرة اشكالات المتعلقة بها والتي تستدعي الوقوف عليها وإيجاد حلول لها .

ان أهم ما ينبغي على ناظر الاوقاف المعقبة القيام به تنفيذا لإلتزامه بحماية الوقف والحفاظة عليه واستثمار امواله وفق تدبير أمثل هو تثبيت الوضعية القانونية من خلال تقييد عقود الوقف بالرسوم العقارية، وتحفيز أملاكه لتطهيرها من أي نزاع محتمل ولإكسابها قوة قانونية وقيمة اقتصادية تساعد على قيامه وتطوير مداخله .

لذلك فإن الاشكال الذي يصادفنا في هذا الصدد هو مدى امكانية التوفيق بين خصوصيات المادة الوقفية وقواعد العامة لنظام التحفيز العقاري؟ وما هي الحجج الواجب توفرها والملزمة لإثبات الوقف المعقب هذا ما سنحاول أن نعرض اليه من خلال ابراز وسائل المثبتة للوقف المعقب مع ابراز دور مسطرة التحفيز في تثبيت وضعيته القانونية من خلال منازعات المرتبطة بتحفيظ الاوقاف المعقبة .

المبحث الأول : الوثيقة المثبتة لوجود الوقف المعقب :

يتميز الوقف بأنه الحق الذي تنشأ معه وسيلة إثباته، وحق الوقف ينعقد بأي صيغة تدل على وقف العين عن مالكةا والتصدق بمنفعتها¹. فبخلاف الاتجاه الفقهي والقضائي الذي كان يصر وسائل إثبات الوقف في رسم التحسيس، فإن مشرع مدونة الأوقاف فتح الباب على مصراعيه لإثبات الوقف سواء العام او المعقب بمختلف وسائل الإثبات وذلك حماية للوقف ولإرادة الواقفين.

ومن بين الوسائل التي يمكن أن يثبت بها الوقف المعقب نجد الحوز والشهادة الشهود (الفقرة الأولى) كما نجد كذلك الحوالات الحسبية والإقرار (الفقرة الثانية).

المطلب الأول : إثبات الوقف المعقب عن طريق الحوز وشهادة الشهود :

يثير إثبات الحبس بواسطة الحوز والشهادة عدة إشكالات منها مدى إمكانية الاستغناء عن الحوز المادي في الوقف لصالح الحوز القانوني؟ وحجية السماع الفاشي في ميدان إثبات الوقف الوارد على العقار؟

الفقرة الأولى : إثبات الوقف المعقب بواسطة الحوز :

نصت مدونة الأوقاف في الفقرة الأولى من المادة 26 على ان "الحوز هو رفع يد الواقف عن المال الموقوف ووضعه تحت يد الموقوف عليه"، وهو خاصية من الخاصيات التي يشترك فيهل الوقف مع جميع التبرعات، إذ لا يصح الوقف إلا إذا تم الحوز فهو شرط صحة كما يقول ابن عاصم :

والحوز شرط صحة تحسيس*** قبل حدوث موت او تفليس

فالحوز إذن يتم بالتخلي عن العقار ووضعه رهن تصرف الموقوف عليه²، الذي يتحقق له القبض بشروعه في التصرف تصرفا ماديا او قانونيا³، وهذا ما سار عليه القضاء المغربي حيث اعتبر الحوز شرطا لوجوب صحة الحبس

1 عطار المختار، إثبات الحبس، مقال منشور بندوق الأملاك الحسبية المنظمة من قبل مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية، كلية الحقوق، مراكش، يومي 10 و11 فبراير 2006، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى 2006، ص: 164.

² حسب ما اذا كان الموقوف عليه راشدا غير محجور عليه فإن حوزة يكون صحيحا ان قام به بنفسه. اما اذا كان راشدا غير محجور عليه يجيز الحوز اصالة عن نفسه، اما الموقوف عليه ناقص الأهلية فإن حوزة يكون صحيحا، اما فاقد الأهلية فإنه ولكي يكون حوزة صحيحا لا بد ان يتم ذلك من طرف نائبه الشرعي.

³ محمد شليح، التصرفات الجارية على الأموال الموقوفة وفقا عاما في ضوء مدونة الأوقاف قراءة أولية في عقد الكراء كنموذج، مجلة القيس المغربية، عدد 4، مطبعة

فقد جاء في قرار للمجلس الأعلى (سابقا) محكمة النقض حاليا: "...القرار المطعون فيه لم يعتمد في قضائه على رسوم المتعرض وإنما اعتمد على الحيابة عملا بالقاعدة الفقهية التي تقضي بأنه لا ينتزع الشيء من يد حائزه إلا بحجة قوية، وذلك حينما علل بأنه" بثبوت الحيابة لموروث المستأنف عليهم كان على طالب التحفيظ الإدلاء بحجة مقبولة شرعا تثبت ملكية الأحباس للمدعى فيه، وأن طالب التحفيظ لم يستطع حتى التعرف على الملك ولم يدل بأية حجة تحده" الأمر الذي كان معه القرار معللا"¹.

وبخصوص مدونة الأوقاف فقد اقرت من خلال المادتين 26 و 27 استغناء عن الحوز في الحالة التي يصرح فيها الواقف بخروج المال الموقوف من ماله عاش او مات، اي ان مجرد إقراره يكفي، وهو الأمر الذي يتعارض مع ما جاء به الفقه المالكي الذي يتطلب الإشهاد على ذلك.

ويختلف شرط الحوز في العقار المحبس باختلاف نوع العقار هل هو عقار محفظ أو غير محفظ، فبالنسبة للعقار غير المحفظ يجب حيابته حيابة مادية مع معاينة الشاهدين العدلين لهذا الحوز، أي أن يشهدا على أن المحبس عليه قد حاز المال المحبس ولا يكفي مجرد إقرار المحبس أو المحبس عليه بهذه الحيابة²، بل لابد من إشهاد البينة على أنها عاينت المحبس عليه يطدحوز الشيء المحبس.³

أما الحوز الخاص بالتبرع بدار السكنى فيتمتخلي الواقف عن حصته وإخلائها من متاعه وشواغره وتسليم مفاتيحها للموقوف عليه وجعلها رهن إشارته. وفي هذا نصت المادة 31 من المدونة على أنه: "يشترط لصحة وقف شخص محل سكنه إفراغه، إما بمعاينة البينة لذلك، أو بكل ما يفيد الإفراغ حكما".

غير أن ما يلاحظ في الواقع أن العدول لا يقومون بالمعاينة الفعلية للحوز بل يكتفون بالإشهاد على التفويت وتضمين العقد أن الحوز قد تم فعلا، وتمت المعاينة وهذا فيه إهمال إذ لابد من العمل على إيجاد مؤسسات مدعمة بموارد بشرية لأجل القيام بالمعاينة الفعلية للحوز المادي للحصة الموقوفة.

وإذا كان العقار غير المحفظ لا يطرح إشكاليات على مستوى حوز الحصة الموقوفة فإن الحوز في العقار المحفظ طرح إشكالا هاما في أوساط الفقه والقضاء حول مدى كفاية الحوز الفعلي والإشهاد عليه للقول بصحة الوقف الواقف على العقار المحفظ أم لابد من تقييده بالرسم العقاري؟ وهل الحوز القانوني يغني عن الحوز المادي أم لابد من توفرهما معا؟⁴

فبالنسبة للتساؤل الأول فإنه خلق نقاشا حادا في أوساط الفقه بين من إعتبر ان التقييد في الرسم العقاري يغني عن الحيابة المادية⁵، وبين من رفض هذا التوجه معتبرا ان التقييد في الرسم العقاري لا يحقق الغاية التي من اجلها شرط التبرع.⁶

¹ قرار المجلس الأعلى رقم 3207 بتاريخ 2005/11/10، ملف مدني عدد 1/3953-1-2004، رشيد العمراني، الوضعية القانونية لعقارات الأحباس في المغرب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية 2007-2008

² محمد ابن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الاسلامي والتقنين المغربي، الطبعة الثانية مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1999، ص: 31

³ وتقضي المعاينة بأن يتوجه إلى مكان وجود العطفة للإشهاد من طرف عدلين على المعطي والمعطى له بالحوز معاينة في حصة من دار أو عمارة أو أرض فلاحية أو معدة للبناء، وأنه جرى الاطلاع والطواف بالعقار موضوع الحصة المعطاة وأحل المعطى له في الانتفاع بحصته المشاعة مع شركائه على العقار وبسط له يده، فتسلم منه ذلك كله، وحازه لنفسه حوزا تاما فعليا معاينة.

⁴ لقد سبق وأن تطرقنا لهذا الإشكال في المبحث الثاني من الفصل الأول ونحن بصدد معالجة إشكالية تقييد العقارات الموقوفة في إطار نظام التحفيظ العقاري حيث أبرزنا موقف الفقه والقضاء بخصوص هذا الإشكال وكذا الموقف الذي تبناه مشرع مدونة الأوقاف (راجع من الصفحة 79 إلى الصفحة 85).

عبد السلام بن زروق، تعليق على قرار برفرر مجتمعة للمحكمة النقض حول الحوز القانوني في التبرعات، مجلة القصر، العدد 12، شتنبر 2005، ص 201⁵

محمد الأجرأوي، الحيابة الفعلية في التبرعات بين الفقه والقانون الوضعي ودور المجلس الأعلى في التوفيق بينهما، مجلة المحاكم المغربية، شتنبر 2000، العدد 84، ص

وفي رأينا ان البحث عن مدى كفاية القيد في السجل العقاري لترتيب اثار التبرع بصفة عامة والوقف بصفة خاصة، لايجب ان يتم بمعزل عن فهم مقاصد وأهداف الفقه الإسلامي من التشريع الحوز المادي المبني على المعاينة والإشهاد.

فالغاية من اجلها شرع الحوز المادي تتمثل في حماية الورثة مما يمكن ان يلحق بهم من ضرر جراء حرمانهم من التركة.
الفقرة الثانية: إثبات الوقف المعقب عن طريق شهادة الشهود:

تعتبر الشهادة في الفقه الإسلامي من أهم وسائل الإثبات خاصة في مجال الوقف حيث تركز عليها الجهة المشرفة على الوقف في إثبات الصبغة الحبسية لمجموعة من الأملاك الحبسية ذلك أن هناك مجموعة من الحالات التي لا يتوفر فيها رسم التحبيس إما لعدم إنجازها أصلا أي أن التحبيس كان شفويا فقط دون توثيق، أو لكون الرسوم والوثائق المتعلقة بهذه الأحباس قد ضاعت أو تعرضت للتلف لأسباب مختلفة.

وتنقسم الشهادة إلى عدة أنواع منها الشهادة الأصلية¹ والشهادة الاسترعاية²، وهذه الأخيرة تنقسم بدورها إلى شهادة علمية وأخرى ليفية.

إلا أن ما جرى به العمل في المغرب هو الإقتصار على نوع واحد من هذه الأنواع لإثبات الوقف وهي شهادة اللفيف وهو إما لفيف الحيازة والتصرف لجانب الأحباس أو لفيف بالسماع الفاشي على كون ملك معين حبس³.

أ - شهادة لفيف الحيازة والتصرف:

شهادة اللفيف هي شهادة اثني عشر رجلا غير منتصبين للإشهاد تتلقى منهم نيابة عن القاضي من طرف عدلين منتصبين وذلك طبقا للأوضاع الجاري بها العمل⁴.

أما شهادة لفيف الحيازة والتصرف فهي الشهادة التي يشهد شهودها بأن إدارة أو نظارة الأوقاف تحوز الأرض موضوع الشهادة المدة المعتبرة شرعا وتتصرف فيها تصرف المالك في ملكها والناس ينسبون لها إليها وهي تنسبها لنفسها، من غير منازع وتدون هذه الشهادة في رسم يجره العدول ويخاطب عليه القاضي المكلف بالتوثيق⁵، وهذا ما لزمته المادة 25 من مدونة الأوقاف ان قاضي التوثيق عند مخاطبته على الوثيقة العدلية ان يعيها الى إدارة الأوقاف داخل أجل ثمانية أيام من تاريخ المخاطبة⁶.

1 الشهادة الأصلية هي التي يملي مضمونها وموضوعها المتعاقدون أنفسهم دون أن يتدخل العدلان لإملاء فصل من فصولها، أي أن العدلين يكتفيان فيها غالبا بكتابة ما يتفق عليه المتعاقدون بمحضهما والإشهاد عليهم بذلك.

- للتوسع أكثر راجع: محمد خيري، التوثيق العدلي بين الفقه المالكي والتقنين المغربي وتطبيقاته في مدونة الأسرة، دارالسلام، الرباط، 2009، ص: 109.

2 خلافا للشهادة الأصلية التي تقتصر في إطارها العدلين على إثبات تصريحات المشهود عليه، فان الشهادة الاسترعاية يسندها الشاهد إلى علمه ويقوم بها دون أن يقول له المشهود عليه ذلك، وهي إما أن تكون صادرة عن عامة الناس فتكون شهادة ليفية وإما أن تصدر عن العدلين المنتصبين للإشهاد نفسها فتكون الشهادة علمية.

- محمد التاقي، الرقابة القضائية على المحررات العدلية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمكناس، 2012-2013، ص: 37.

3 زكرياء العماري، إثبات الوقف العام بين مدونة الأوقاف وأحكام الفقه الإسلامي، منشورات مجلة الحقوق، سلسلة المعارف القانونية والقضائية، العدد الأول، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2013، ص: 267.

4 محمد خيري، التوثيق العدلي بين الفقه المالكي والتقنين المغربي وتطبيقاته في مدونة الأسرة، دارالسلام، الرباط، 2009، ص: 118.

5 زكرياء العماري، إثبات الوقف العام بين مدونة الأوقاف وأحكام الفقه الإسلامي، مجلة القبس، العدد الرابع، مرجع سابق، ص: 304.

6 تنص الفقرة الثالثة من المادة 25 على مايلي: "يجب على قاضي التوثيق ان يبعث نسخة من المحرر المتضمن للوقف، ايا كان نوعه، عند مخاطبته عليه الى إدارة الأوقاف، مصحوبة بالوثائق المثبتة، وعلى ابعد تقدير داخل اجل ثمانية أيام من تاريخ المخاطبة.

والملاحظ ان هذا المقتضى الذي جاءت به مدونة الأوقاف يساهم بشكل كبير في رفع الحجاب عن كثير من الأوقاف المعقبة التي تبقى حبيسة أطرافها، ولا يمكن العلم بها ولا عن طريقة استغلالها او التصرفات الواردة عليها إلا إذا أثير نزاع بشأنها وأحيلت القضية على المحكمة، وهو الامر الذي تنبته إليه مدونة الأوقاف من خلال تمكين إدارة الأوقاف من الحصول على نسخة من عقد الوقف المعقب حتى تتمكن من بسط رقابتها على جميع الأوقاف المعقبة المنشأة بوثيقة عدلية.

وفيما يخص موقف القضاء من القيمة القانونية لهذه الوسيلة في إثبات الحبس فيتميز بنوع من التذبذب والتضارب سواء على مستوى محاكم الموضوع أو على مستوى محكمة النقض، ففي حين تقبل هذه الوسيلة في الإثبات في بعض القضايا، فإنها ترفض في قضايا مماثلة ومن ذلك مثلاً نجد حكم ابتدائية القصر الكبير¹ الذي جاء فيه: "الحبس هو عقد تبرع يتطلب شروطاً وأركاناً لتحقيقه منها الحبس والإشهاد على الحبس من طرف عدلين، وأن رسم الملكية المبني على الحيابة الطويلة الأمد يبقى غير عامل، على اعتبار أن شهوده يشهدون بأن الأرض هي حبس". ونفس الشيء بالنسبة لقرار محكمة الاستئناف بالناظور² بتاريخ 2012/4/24.

وتجدر الإشارة إلى أن شهادة اللفي لا يتم اللجوء إليها إلا في حالة الضرورة خاصة وأن مدونة الأوقاف تشددت في إنشاء الحبس من حيث التوثيق بشهادة العدول أو الكتابة العرفية.

ب - شهادة السماع الفاشي بالحبس:

هي ما يصرح فيه الشاهد باستناد شهادته لسماع من الغير، وتكون صيغتها بأن يشهد الشاهد بأنه لم يزل يسمع منذ ثلاثين أو عشرين عاماً مقدمة لتاريخ شهادته سماعاً فاشياً مستفيضاً من أهل العدل وغيرهم. والأصل في الشهادة أن تكون بالعيان أي بمعاينة الشاهد لما شهد به أي ما رآه بعينه ولا يشهد على ما سمعه إلا إذا رآه بعينه، لكن يكون لشهادة السماع أثر في أمور حددها الفقهاء ومنها الوقف. ولا يشترط فيها أن يتم ذكر الحبس ومدخل تملكه إلى العقار الحبس لأن معرفة الحبس وإثبات ملكه إنما يحتاج إلى التنصيص عليهما في الشهادة على أصل التحبيس بتألا سماعاً³.

وتجدر الإشارة إلى أن شهادة السماع الفاشي لا تجوز في الإثبات لفائدة الحبس إلا إذا كانت مقرونة بالحيابة، أي كانت الحيابة لجهة الأحباس، أما إذا كانت بيد المدعي مع الحبس فلا تنفع لأن شهادة السماع لا ينتزع بها الحق من يد حائز⁴. وهذا ما أكدته محكمة النقض التي بدأت تسير في اتجاه تكريس حجية شهادة السماع الفاشي في إثبات الحبس متى كانت مقرونة بالحيابة وذلك منذ قرارها الشهير رقم 848 الذي جاء فيه: "بمقتضى قواعد الفقه المالكي المعمول به، يكفي في ملكية الأحباس أن يشهد شهودها بمعرفتهم للملك اسماً وموقعا، وبأنه وقف على جهة معينة، وأنه يحاز بما تحاز به الأحباس ويحترم بحرمتها، ولا يشترط فيها شروط الملك المعتبرة شرعاً الواجب توفرها في سائر الملكيات الخاصة. والمحكمة التي اعتبرت ملكية الأحباس ناقصة شرعاً لخلوها من شروط الملك المنصوص عليها بقول خليل: وصحة الملك بالتصرف وعدم منازع وحوز طال كعشرة أشهر.

¹ حكم ابتدائية القصر الكبير، بتاريخ 2001/05/2، أورده عبد الرزاق اصبيحي، الحماية المدنية للأوقاف العامة بالمغرب: أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية أكادال، الرباط، 2006-2007، ص: 113.

² قرار محكمة الاستئناف بالناظور عدد 288، بتاريخ 2011/04/24، ملف مدني عدد 11/583، منشور بسلسلة العمل القضائي في المنازعات الوقفية، الطبعة الثانية، 2014، ص: 121.

³ زكرياء العماري، إثبات الوقف العام بين مدونة الأوقاف وأحكام الفقه الإسلامي، منشورات مجلة الحقوق، العدد الأول مرجع سابق، ص: 268.

⁴ زكرياء العماري، إثبات الوقف العام بين مدونة الأوقاف وأحكام الفقه الإسلامي، مجلة القبس، العدد 4، مرجع سابق، ص: 307.

وأنه لا يكفي في الاستحقاق الاستدلال بالحبس دون اشتغال رسمه على الشروط المذكورة، يكون قرارها فاسد التعليل، وغير مرتكز على أساس قانوني، مما يعرضه للنقض والإبطال¹.

وهو الموقف الذي ما فتى يتأكد من خلال مجموعة من القرارات ولاسيما قرار المجلس الأعلى عدد 3434، الذي جاء فيه: "بينه الحبس التي لا تسمى محبسا بعينه يكفي في شهادة شهودها بأن الملك الحبسي يحاز بما تحاز به الأحباس ويحترم بحرمته والمحكمة التي اقتضت في تعليل قضائها على أن إدارة الأحباس متعرضة يجب عليها إثبات ما تدعيه حيال التحديد الإداري بحجة تتوفر فيها شروط الملك التي نص عليها خليل بقوله "وصحة الملك بالتصرف وعدم منازع وحوز طال كعشرة أشهر" ولا يسأل صاحب هذا التحديد في غياب الإثبات عن سبب وجوده بالملك ولا عن وجه مدخله، وأن المستأنفة اكتفت بالإدلاء بالكناش الذي لا يكون حجة بالمعنى السابق لاعتبار حجته محصورة بينها وبين المتعاملين معها في ميدان الكراء، وإنها عليها أن يثبت التحبس وملك المحبس، دون أن تراعي تمسك الطاعة بالحيازة الطويلة والهائلة وبالتصرف في المدعى فيه عن طريق إكراهه للغير، وأن الحيازة تعد قرينة قانونية على الملك ولا ينتزع الشيء من يد حائزه إلا بحجة أقوى، يكون قرارها معللا تعليلا فاسدا وغير مرتكز على أساس قانوني وخارقا للقواعد الفقهية، مما عرضه بالتالي للنقض والإبطال².

بالإضافة إلى الحوز وشهادة الشهود، هناك الحوالات الحبسية والإقرار اللذان يعتبران وسيلتين مهمتين يمكن أن يثبت بهما الوقف المعقب.

المطلب الثاني: إثبات الوقف المعقب عن طريق الحوالات الحبسية والإقرار:

لقد أعطى المشرع للحوالات الحبسية والإقرار أحكاما خاصة فيما يخص إثبات الوقف المعقب عكس الوسائل الأخرى، فما هي هذه الأحكام وما هي حجية هاتين الوسيلتين في إثبات الوقف؟
الفقرة الأولى: إثبات الوقف عن طريق الحوالات الحبسية:

تعتبر الحوالات الحبسية³ مرجعا أساسيا لإدارة الأحباس في إحصاء الممتلكات الحبسية وضبطها والحفاظة عليها، والملاحظ أن لها قيمة تاريخية وحجية إثباتية لا يستهان بها، لكن رغم ذلك دب الخلاف في مدى اعتمادها كوسيلة لإثبات الحبس من عدمها؟ وتم الاختلاف كذلك في قوتها الإثباتية؟

فحجية الحوالات الحبسية في إثبات وقفية الأملاك المضمنة فيها أنها حجة قانونية لإثبات الوقف والقضاء به، إن لم يعارض ما فيها بما هو أقوى منها⁴، لكن الأستاذ محمد شليح⁵ له موقف آخر حيث يرى أن الحوالة الحبسية يجب جعلها من حيث المبدأ حجة على غرار بقية وسائل الإثبات المعتد بها شرعا. فأقل ما يمكن أن نلتمسه - كما يقول الأستاذ شليح - في الحوالة الحبسية أنها كتابة، وكان من المفروض أن يتكسر المبدأ القائل بأن الحوالة الحبسية لا تعتبر حجة إلا إذا توفرت فيها شروطها الشكلية والموضوعية كما في الورقة الرسمية والعرفية.

¹ قرار المجلس الأعلى عدد 848، بتاريخ 2004/3/17، ملف مدني عدد 2003/1/1/2275، منشور بسلسلة العمل القضائي في المنازعات الوقفية، الطبعة الأولى، مرجع سابق، ص: 116

² قرار المجلس الأعلى عدد 3434، بتاريخ 2006/11/15، ملف مدني عدد 2004/1/1/3448، منشور بسلسلة العمل القضائي في المنازعات الوقفية، الطبعة الأولى، مرجع سابق، ص: 118

³ الحوالات الحبسية عبارة عن دفاتر ذات حجم كبير وصفحات كثيرة، تسجل بها شؤون الأوقاف أو كل ما يتصل بالحبس، فهي إحصاء مضبوط للممتلكات العقارية ودخلها، وما ينفق من هذه المداخيل على المشاريع الاجتماعية أيا كان نوعها، = وكذا على المساجد والمدارس والزوايا والكتاتيب القرآنية، كما يوجد بها وثائق مختلفة، فضلا عن نصوص بإثبات ملكيات المحبسين رحمهم الله لموقوفاتهم.

⁴ زكرياء العمري، إثبات الوقف بين مدونة الأوقاف وأحكام الفقه الإسلامي، مقال منشور بمجلة القبس، العدد الرابع، مرجع سابق، ص: 262

⁵ محمد شليح، القيمة القانونية للحوالة الحبسية من خلال قراءة في الحوالة أحباس الضعفاء والمارستان بفاس، مرجع سابق، ص 23-24.

في حين نجد بالمقابل بعض الأحكام و القرارات التي ذهبت إلى الاعتراف بحجية الحوالة الحبسية في الإثبات متى كانت مؤيدة بالحيازة ولم يوجد بملف الدعوى ما هو أقوى منها في الإثبات كحكم المحكمة الاستئناف بطنجة¹، والتي سارت عليه في نفس النهج محكمة النقض في قرار لها بتاريخ 2012/05/22: "لا مجال للترجيح بين ملكية مال بيت المسلمين المعززة بالحوالة الحبسية ورسوم ملكية الخواص ولو كانت مبنية على رسوم أشرية، والثابت من الحوالة الحبسية المدلى بها في الملف أن الأرض موضوع التحبيس بيد المحبس وتحت حيازته بالكراء وأن عدم أداء من ذكر واجب الكراء في وقت ما لا يفيد في استحقاق الأرض المحبسة وإنما تبقى على صبغتها ولو طال الزمن لأن الحبس لا يملك بالحيازة ويجب أن يحترم..."².

إن تضارب الأحكام والقرارات القضائية في الأخذ بالحوالات الحبسية في مجال إثبات الوقف أو عدم الأخذ بها، لا شك أنها ستضبط لقاعدة واحدة وهي جواز إثبات الوقف بالحوالات الحبسية بعد صدور مدونة الأوقاف والتي قررت في مادتها 48 أنه يمكن إثبات الوقف بجميع وسائل الإثبات وتعتبر الحوالات الحبسية حجة على أن الأملاك المضمنة بها موقوفة إلى أن يثبت العكس. وبالتالي فإن مدونة الأوقاف سارت في اتجاه الموقف الفقهي والقضائي الذي ييسر من قاعدة إثبات الوقف بالحوالات الحبسية إلا أنها لم تجعل الحوالة الحبسية وسيلة من وسائل الإثبات بالمعنى الدقيق وإنما اعتبرتها وسيلة لقلب عبء الإثبات فقط، فإظهار ناظر الأوقاف للحوالة الحبسية ينقل الإثبات إلى الخصم ويعفى ناظر الأوقاف من الإثبات مؤقتاً لأن الحوالة الحبسية قرينة على أن الملك المسجل بها حبسي، لكنها قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها بجميع وسائل الإثبات مادام أن الغاية منه هو اعتماد كل وسيلة فيها بيان الحق، وعدم التقيد بوسيلة لا يثبت الحق بدونها. كما أن المشرع لم يحسم في المقومات والخصائص التي ينبغي أن تتوفر في الحوالة الحبسية حتى تكون حجة منتجة في الإثبات مما سيترك للقضاء سلطة تقديرية واسعة في الأخذ بهذه الحوالات واستبعادها في حالات أخرى وذلك نتيجة الاختلاف والتنوع الذي يطبع الحوالة المذكورة.

الفقرة الثانية: إثبات الوقف المعقب عن طريق الإقرار:

يعتبر الإقرار وسيلة من وسائل الإثبات تقع بإرادة المقر وحدها وينتج أثره دون حاجة إلى قبول من المقر له، وهو حجة قاصرة على المقر ملزمة له فيما أقر، ولكنه لا يتعداه إلى غيره ما لم يصدقه. ويشترط في الإقرار لينتج آثاره القانونية على قيام الحبس ووجوده أن يكون صادراً عن رضا وأن يكون المقر متمتع بكامل أهلية الإدراك والتمييز وأن تكون إرادته خالية من العيوب التي تشوبها، حيث لا يصح إقرار الجنون والمعتوه والمحجور عليه بسبب الدين³. والإقرار كطريق من طرق إثبات الحبس إما أن يكون قضائياً أو غير قضائياً. فإذا أقر الإنسان في مجلس القضاء في حالة صحته بأنه حبس أرضه، ثبت حبسه بإقراره ويقضى به ويصبح ملزماً للمحبس ولورثته من بعده متى كان مستوفياً لشروطه، فالإقرار القضائي حجة قاطعة على المقر، ولا يجوز له العدول عن إقراره ولا تجزئته⁴.

¹ حيث جاء في قرار لها بتاريخ 2012/12/6: "إن الأملاك الحبسية لا يشترط في إثباتها شروط الملك المعتبرة شرعاً الواجب توفرها في سائر الملكيات الخاصة... بل إن المادة 48 من المدونة جعلت الملك الحبسي ممكن الإثبات بجميع وسائل الإثبات، واعتبرت الحوالة الحبسية حجة على أن الأملاك المضمنة بها موقوفة إلى أن يثبت العكس... الحوالة الحبسية التي يمكن اعتبارها كحجة شرعية لها قوتها الثبوتية هي التي تتضمن شروط الحبس من إثبات التحبيس وملك المحبس لما حبسه يوم التحبيس وتعيين الملك الحبسي وحيازته من طرف المحبس عليه أو من يتولى النيابة عنه على ما تصح فيه الحيازة..."

² قرار محكمة النقض عدد 2586 بتاريخ 2012/5/22، ملف مدني عدد 2011/8/1/2788، منشور بسلسلة العمل القضائي في المنازعات الوقفية، الطبعة الثانية،

مرجع سابق، ص 190

³ عطار المختار، إثبات الحبس، مقال منشور بندوة الأملاك الحبسية، مرجع سابق، ص: 267

⁴ الفصل 405 من ق.ل.ع: "الإقرار القضائي هو الاعتراف الذي يقوم به أمام المحكمة الخصم أو نائبه..."

أما الإقرار غير القضائي فهو الذي يصدر عن الشخص وقد يكون بخط يده أو بخط غيره لكنه موقع من لدنه ويمكن للمدعي أن يثبت إنكار المقر لإقراره غير القضائي بجميع وسائل الإثبات. كما قد يكون شفويا حيث يمكن للمدعي إثبات إقرار المدعى عليه المنكر الذي وقع خارج مجلس القضاء بالبينة ومتى أثبتته حكم له¹.
وعليه إذا أقر رجل بطوعه واختياره أن الأرض التي في يده هو وقف، ولم يعين واقفها ولا الجهة الموقوفة عليها، صح إقراره وأصبحت الأرض وقفا على الفقراء ولا يعتبر أنه هو الواقف لهذه الأرض ما لم يثبت أنها كانت ملكا له وقت الإقرار².

وإذا كان الإقرار بالحس ينتج آثاره فإن الإقرار على الوقف لا ينتج أي أثر في مواجهته وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 48 من المدونة³. وبهذا يكون المشرع قد حسم في حجية الإقرار بنصه على عدم إمكانية أن ينتج الإقرار على الوقف أي أثر وعلى هذا الأساس تكون حجية الشواهد التي يسمعها ناظر الأوقاف للأغيار بخصوص عدم وقفية العقارات المطلوب إنجاز شواهد ملكيتها حالة عدم وجود نزاع مع الأوقاف، بسيطة ومؤقتة ويمكن إلغاؤها متى ثبتت وقفية هذه العقارات إذا صح اعتبارها إقرارا على الوقف من قبل الناظر ذلك أن الإقرار حجة غير متعدية وناظر الأوقاف هو منزل منزلة الولي على المحجور فلا عبرة لإقراره على الوقف، لكونه مجرد وكيل وهذه قاعدة فقهية وشرعية لا مجال لدحضها.

وفي اعتقادنا أن إثبات الوقف العام و المعقب خاصة عن طريق الإقرار في مدونة الأوقاف سيكون نادرا نظرا لتشدد المشرع في كيفية إنشاء الوقف وذلك باشرطه الكتابة سواء العدلية أو العرفية، ويبدو هذا أكثر حماية للوقف نظرا للحجية التي تتمتع بها الكتابة في الإثبات.

وصفوة القول، أن مدونة الأوقاف لم تعط لموضوع الإثبات الوقفي الأهمية التي يستحقها وهو ما تجلّى من خلال المقتضيات القليلة من المدونة التي تعرضت لهذا الموضوع، الأمر الذي يترك الباب مفتوحا للقضاء لكي يؤدي دورا طلائعيا في حماية الممتلكات الوقفية عن طريق تأويل القواعد الفقهية التي تحكم إثبات الوقف بما ينحو نحو تيسير إثباته بشكل يحقق المصلحة الظاهرة للوقف

المبحث الثاني : نظام التحفيظ العقاري كآلية تثبيت الوضعية القانونية للوقف المعقب :

تحتل الأملاك الوقفية مكانة بارزة على مستوى مسطرة التحفيظ العقاري بالنظر لخصوصية الأحكام المنظمة للوقف و خضوعه للعديد من المقتضيات التي تقتضيها طبيعته، كعمل يندرج في إطار أعمال التبرعات التي تعطي للموقوف عليه الحق في الانتفاع بالمال الموقوف فقط دون ملكية العين الموقوفة التي تبقى للواقف، وفقا لأحكام المذهب المالكي و مقتضيات القانون المغربي، حيث أحاطه المشرع بمجموعة من الامتيازات كالإعفاء من صوائر إيداع مطلب التحفيظ عندما يتعلق الأمر بتحفيظ الأملاك الحسبية العمومية و عدم القابلية للتفويت أو التقادم و إجبارية التحفيظ عند معاوضة العقارات المحبسة تحبسا عموميا⁴.

إن أهم ما ينبغي على ناظر الوقف المعقب القيام به تنفيذا لالتزامه بحماية الوقف والحفاظة عليه واستثمار امواله وفق تدبير أمثل، وذلك من خلال تقييد عقود الوقف بالرسوم العقارية، أو تحفيظ أملاكه لتطهيرها من أي نزاع

¹ الفصل 407 ق.ل.ع: "الإقرار غير القضائي هو الذي لا يقوم به الخصم أمام القاضي ويمكن أن ينتج من كل فعل يحصل منه وهو مناف لما يدعيه"

² عبد الكريم شهبون، عقود التبرع في الفقه المالكي مقارنة بمذاهب الفقه الإسلامي الأخرى والقانون الوضعي، الطبعة الأولى، دون ذكر المطبعة، 1992، ص: 43-44

³ تنص الفقرة الثانية من المادة 48 "لا ينتج الإقرار على الوقف أي أثر في مواجهته"

⁴ تنص المادة 72 من مدونة الأوقاف على أن : "يشترط لإجراء أي معاوضة عينية للأوقاف العامة أن تكون العين المعروض بها محفظة وأن تساوي أو تفوق قيمتها التقديرية قيمة العين الموقوفة"

محتمل، ولإكسابها قوة قانونية وقيمة اقتصادية تساعد على قيامه وتطوير مداخله الأمر الذي يقتضي البحث عن مدى تجاوب قانون التحفيظ العقاري مع خصوصيات المادة الوقفية .

ومن بين الإشكالات التي تطرح في هذا الصدد مدى تمكن التحفيظ العقاري من تحقيق الغاية المتوخاة منه والمتمثلة أساساً في حفظ الممتلكات الوقفية من الضياع والإهمال؟

ولمعالجة هذا الإشكال سأتناول في هذا المبحث حماية العقارات الحبسية أثناء سريان مسطرة التحفيظ في -المطلب الأول- على أن أخصص -المطلب الثاني- لحماية العقارات الحبسية بعد صدور رسم التحفيظ

المطلب الأول : حماية العقارات المعقبة أثناء سريان مسطرة التحفيظ :

حماية العقارات الحبسية خلال سريان مسطرة التحفيظ تتم بإيداع مطلب التحفيظ (الفقرة الأولى) وما يقتضيه ذلك من عمليات الإشهار والتحديد ووثبيت حدود العقار (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : حماية الوقف من خلال إيداع مطلب التحفيظ :

يعتبر تقديم مطلب التحفيظ أول مرحلة من مراحل مسطرة التحفيظ العقاري فهو الخطوة الأولى نحو إخراج العقار من وضعية قانونية إلى وضعية قانونية أخرى مغايرة، أي من عقار وقفي غير محفظ إلى عقار وقفي محفظ.

ورغم أن مسطرة التحفيظ باعتبارها أداة ناجعة في تثبيت الوضعية القانونية للعقار الموقوف وحمايته من الترامي والاعتداء إلا أن تطبيق مقتضياتها الخاصة على الأوقاف يثير العديد من الإشكالات التي تعكس خصوصية المادة

الوقفية سواء تلك المتعلقة بالجهة المؤهلة لتقديم مطلب التحفيظ أو الوثائق المدعمة لمطلب التحفيظ.

أولاً : من له الصفة في تقديم مطلب تحفيظ الوقف المعقب :

بالرجوع إلى الفصل 10 من قانون التحفيظ العقاري الجديد¹، نجد قد حدد الأشخاص الذين يحق لهم تقديم مطلب التحفيظ والفصلان 11 و12 منه إضافة كلاً من الدائن الذي لم يقبض دينه عند حلول أجله إذا قام بحجز عقاري

بناء على حكم صادر لفائدته وكذلك النائب الشرعي على أن يقدم المطلب في اسم المحجور أو القاصر.

إذا كان هذا بخصوص من خول له القانون صلاحية تقديم مطلب التحفيظ عموماً، فمن له الصلاحية والصفة لتقديم مطلب تحفيظ الوقف وفي اسم من يحفظ ؟

إذا رجعنا إلى مدونة الأوقاف فيما يخص الأوقاف المعقبة، نجد أنها تنص في الفصلين 118 و119 على أنه يعهد بالأوقاف المعقبة إلى ناظرها الذي يتولى تسييرها والحفاظة عليها ورعاية شؤونها وفق شروط الواقف وتحت مراقبة

إدارة الأوقاف، باعتباره الممثل القانوني لهذه الأوقاف.

وبالرجوع إلى مقتضيات الفصل 12 من قانون 14.07 الذي خول للنائب الشرعي الحق في التقدم بمطلب

للتحفيظ بإسم محجوره، باعتبار نيابته قانونية، فإن مطلب تحفيظ الاملاك الوقفية المعقبة يجب ان يقدم من طرف الناظر، باعتباره انه ذلك يدخل في نطاق الإختصاصات الموكولة إليه بمناسبة تسييره للوقف ورعايته والحفاظة عليه.

¹الظهير الشريف المؤرخ بتاريخ 9 رمضان 1331هـ (12 غشت 1913) المعدل بموجب قانون رقم 14-07 المتعلق بالتحفيظ العقاري ينص الفصل 10 على الأشخاص

الذين يحق لهم تقديم مطلب التحفيظ كما يلي: المالك

-الشريك في الملك مع الاحتفاظ بحق الشفعة لشركائه وذلك عندما تتوفر فيهم الشروط اللازمة للأخذ بها.

-المتمتع بأحد الحقوق العينية الآتية: حق الانتفاع، حق السطحية، الكراء الطويل الأمد، حق الزينة، الهواء، التعلية، الحبس.

-المتمتع باتفاقات عقارية بعد موافقة صاحب الملك، والكل مع مراعاة المقتضيات المتعلقة بالتحفيظ الإجباري.

وهكذا فإن صفة التقدم بمطلب تحفيظ الاوقاف المعقبة، تثبت لناظر الوقف المعين من طرف الواقف أو من طرف إدارة الاوقاف في حالة عدم تعيينه من الواقف، كما تثبت لإدارة الاوقاف باعتبار ولايتها العامة طبقا للمقتضيات المادة 118 من مدونة الاوقاف.

وباعتبار مال الوقف المعقب بعد إنقضاء الطبقة الثالثة على ابعده تقدير¹، حيث يصير وقفا عاما من جهة أخرى. أما بقية المستفيدين من الوقف المعقب فلا صفة لهم في التقدم بمطالب تحفيظ الاموال الموقوفة عليهم، لما يشكله ذلك من تدخل في الإختصاصات الموكولة قانونا لناظر بموجب المادة 119 من المدونة، ولما يؤدي إليه ذلك من تضييع للوقف بتأسيس رسوم عقارية لأملاك الوقف في الإسم الشخصي للمستفيد صاحب المطلب، مع ما يترتب عن ذلك من اثار قانونية لازالت الاوقاف المعقبة تعاني منها.

هذا كان فيما يخص الشخص المؤهل لتقديم مطلب تحفيظ العقار الموقوف، فماذا عن مضمونه؟
ثانيا: الوثائق والمستندات المدعمة لمطالب تحفيظ العقارات الموقوفة:

لقد وضع المشرع مجموعة من المقتضيات القانونية التي من شأنها تعزيز قرينة الملكية لفائدة طالب التحفيظ، ومن بين هذه المقتضيات ضرورة تدعيم مطلب التحفيظ بالحجج والوثائق والمستندات الكافية²، حيث ينص الفصل 13 من قانون التحفيظ العقاري الجديد على أنه: "يقدم طالب التحفيظ تصريحاً للمحافظ على الأملاك العقارية مقابل وصل يسلم فوراً، مطبوعاً موقفاً من طرفه أو ممن ينوب عنه بوكالة صحيحة يتضمن لزوماً... 8- أصل التملك...".

كما ينص الفصل 14 من نفس القانون على ما يلي: "يقدم طالب التحفيظ مع مطلبه أصول أو نسخ رسمية للرسوم والعقود والوثائق التي من شأنها أن تعرف بحق الملكية وبالقوق العينية المترتبة على الملك".

وهو نفس الأمر الذي سبق تأكيده بمقتضى دورية المحافظ العام الصادرة بتاريخ 2010/5/12 تحت عدد 005656 التي دعى من خلالها المحافظين العقاريين إلى إعطاء أهمية قصوى لكافة العقود والمستندات المدعمة لمطالب التحفيظ، وأن تتوفر فيها الشروط الشكلية والجوهرية المتطلبة قانوناً وارتباطها بالعقار المطلوب تحفيظه، وهنا يثار الإشكال حول طبيعة الوثائق والمستندات المدعمة لمطالب تحفيظ العقارات الوقفية وموقف المحافظين على الأملاك العقارية من هذه الوثائق والمستندات؟

إن إيداع مطلب التحفيظ من طرف المحبس عليهم يقتضي الإدلاء بما يفيد ملكية المحبس لما حبس وتعيين الملك المحبس تعييناً واضحاً ودقيقاً بالإضافة إلى الإدلاء بما يفيد التحبيس، وهذا ما ذهب إليه المجلس الأعلى³ سابقاً - محكمة النقض حالياً- في القرار عدد 1099 الصادر بتاريخ 2006/4/5 الذي جاء فيه: "...بأن كل من يدعي أن عقاراً محبساً عليه إثبات وجود التحبيس وملكية المحبس، وأن رسم إثبات الحبس المدلى به من الطالبة هو عبارة عن لفيف شهد شهوده يكون مجموعة من الأملاك المذكورة بالرسم هي حبسية ولم يشر إلى المحبس ولا سند تملكه للعقارات موضوع التحبيس رغم كون شهادتهم تفيد القطع والجزم.... وان الحدود الواردة بإشهاد نائب الجماعة مختلفة عن حدود المدعى فيه حسبما ورد في تعليقات القرار مما تكون معه محكمة الإستئناف قد طبقت القانون الواجب التطبيق في دعاوى الملكية وما بالوسيلتين على غير اساس".

¹ طبقاً للمادة 109 من مدونة الاوقاف

² عمر السكتاني، دور التحفيظ العقاري في حماية العقارات الموقوفة، أعمال الندوة العلمية التي نظمتها مجلة المنبر القانوني بشراكة مع الفضاء المدني يوم 5 ماي 2012 بتيزنيت، منشورات المنبر القانوني، سلسلة ندوات وأبحاث، العدد الأول، 2012، ص: 75

³ قرار المجلس الأعلى عدد 1099 بتاريخ 2006/4/5، ملف مدني عدد 2004/3/1/4085، منشور في سلسلة دليل العمل القضائي في كتاب المنازعات الوقفية، الطبعة الأولى، مرجع سابق، ص: 130

وهو نفس المبدأ الذي تم تأكيده بمقتضى قرار المجلس الأعلى سابقا -محكمة النقض حاليا-¹ الصادر بتاريخ 2006/9/27 والذي جاء فيه: "لا يقضي للقائم بالحبس إلا بعد إثبات التحبیس، وملكية الحبس لما حبسه يوم التحبیس، لاحتمال أن يكون حبس غير ملكه، فإثبات الحبس لما حبسه شرط لاستحقاق الحبس ويتم الإشهاد عليه في رسم التحبیس...".

يستنتج من خلال هذه القرارات القضائية أن محكمة النقض تولي اهتماما كبيرا لمسألة ارتباط سند التحبیس بملكية العقار من طرف الحبس، وهنا يثار الإشكال المتعلق بكيفية إثبات ملكية الحبس لما حبسه والإشهاد عليه وحيازته؟ ولتجاوز هذا الإشكال تدخل المشرع المغربي بإصداره مدونة الأوقاف التي حسمت الموضوع وأنهت دابر الخلاف حيث نصت على إمكانية إثبات الوقف بجميع وسائل الإثبات² وهذا التوجه أضمن وأكثر حماية للوقف ويشكل دعامة قوية في المحافظة على الوقف وحمايته من كل مخاطر الاعتداء أو الترامي، كما أنه سيساعد في توحيد واستقرار الأحكام القضائية بشأن وسائل إثبات الوقف. وترتبا على ذلك فإن تحفيظ أي عقار محبس يتوقف فقط على الإدلاء بسند التحبیس مهما كان نوعه وطبيعته شريطة تحقق الشروط الآتية³:

- 1- أن يكون سند التحبیس المعتمد عليه في مطلب التحفيظ محرر وثابت التاريخ.
 - 2- أن يكون الوقف صادرا عن محبس مسلم.
 - 3- أن يكون الحبس مالكا للعقار عند إنشاء عقد التحبیس.
 - 4- أن يكون العقار المحبس معينا بمقتضى سند التحبیس تحديدا دقيقا ونافيا لكل جهالة.
 - 5- أن تكون الجهة المستفيدة قد حازت العقار المحبس.
- الفقرة الثانية: إشهار مطلب التحفيظ:

بعد تقديم مطلب التحفيظ ممن له الصفة في ذلك واستيفائه لكامل الشروط المتطلبة قانونا، تأتي مرحلة إشهار مطلب التحفيظ، وحتى لا تمر عمليات التحفيظ في جو من السرية والكتمان، وتطبيقا لمبدأ العلنية في ميدان الشهر العقاري، فقد أخضع المشرع عملية التحفيظ لإجراءات شهر واسعة حيث تعتبر مسألة الإشهار القانوني لمطلب التحفيظ و عملية التحديد الإداري كأهم مرحلة من مراحل التحفيظ العقاري والتي يمكن اعتبارها بمثابة إشهار فعلي ومادي لتحفيظ العقار الوقفي.

أولا: إشهار مطلب التحفيظ وعملية التحديد:

إن الإشهار القانوني لمطلب التحفيظ و عملية التحديد يعتبران من أهم مراحل التحفيظ العقاري فهما بمثابة إشهار فعلي ومادي لتحفيظ العقار الوقفي.

أ) إشهار مطلب التحفيظ:

حتى لا تمر عمليات التحفيظ في جو من السرية والكتمان وتطبيقا لمبدأ العلنية في ميدان الشهر العقاري، وحتى تتاح فرصة الإطلاع لكل من يعنيه أمر التحفيظ، يقوم المحافظ بعد التوصل بطلب التحفيظ بوضع ملخص لأهم البيانات

¹ قرار المجلس الأعلى عدد 2832، صادر بتاريخ 2006/9/27، ملف مدني عدد 2005/3/1/2217، منشور في سلسلة دليل العمل القضائي في كتاب المنازعات الوقفية، نفس المرجع، ص: 136.

² نصت مدونة الأوقاف في المادة 48 على أنه: "يمكن إثبات الوقف بجميع وسائل الإثبات وتعتبر الحوالات الحبسية حجة على أن الأملاك المضمنة بها موقوفة إلى أن يثبت العكس".

³ رشيد العمراني، مرجع سابق، ص: 49.

التي يتضمنها هذا الطلب وذلك داخل أجل عشرة أيام من تاريخ إيداع الطلب¹ ثم يعمل على نشره في الجريدة الرسمية ويخصص له رقم ترتيبي ليدرج ضمن مطالب التحفيظ، إذ يصبح هذا الرقم هو المميز لهذا الطلب في جميع العمليات التي تستنفذ بشأنه حيث يتم تضمينه لموجز البيانات الأساسية المضمنة بالطلب.

كما أن الفصل 18 من قانون التحفيظ العقاري ينص على: "يوجه المحافظ على الأملاك العقارية نسخا من الوثائق المشار إليها في الفصل 17 من هذا القانون، مقابل إشعار بالتوصل إلى رئيس المحكمة الابتدائية وممثل السلطة المحلية ورئيس المجلس الجماعي الذي يقع العقار المعني في دائرة نفوذهم، وذلك قبل التاريخ المعين للتحديد بعشرون يوما. يقوم كل واحد من هؤلاء لزوما بتعليق الوثائق المذكورة في مقر إدارته، ويعمل على إبقائها معروضة على أنظار العموم إلى اليوم المعين للتحديد.

يقوم ممثل السلطة المحلية كذلك بإشهار ملخص الطلب والإعلان عن تاريخ ووقت التحديد في الأسواق الواقعة في دائرة نفوذه إلى يوم التحديد".

وزيادة على عملية الإشهار الواسعة هاته يلجأ المحافظ أيضا إلى الاستدعاء الشخصي للأطراف حيث يستدعي طالب التحفيظ أو نائبه وأصحاب الأملاك المجاورة، والمتعرضين على مطلب التحفيظ أصحاب الحقوق العينية المترتبة على العقار المصرح بهم بصفة قانونية، النائبون الذين يمثلون الأملاك المخزنية وأراضي الجماعات والأحباس إذا ثبت أنهم مجاورون للملك المطلوب تحفيظه.

ب) عملية التحديد :

تعتبر عملية التحديد من أهم المراحل في مسطرة التحفيظ العقاري، وترجع أهميتها إلى أنها تقدم وصفا ماديا دقيقا للعقار، لأنها في الأصل هي عملية طبوغرافية وعملية إشهار وبحث قانوني مؤهلة لتقديم مثل هذا الوصف المادي والدقيق للعقار، ولتسهيل هذه العملية لا بد من أن يكون هناك تنسيق بين الإدارة المركزية والنظارات والمساحين الخواص لإنجاز العمليات الطبوغرافية في إطار مشروع مندمج من قيام الناظر بوضع برنامج التحديد بإتصال مع المصلحة الخاصة بالإدارة المركزية وإنجاز العمليات الطبوغرافية الموالية ووضع الأنصاب من قبل المساحين الخواص لإبرام عقود معهم أثناء عملية التحديد والمسح العقاري لأن عدم الحرص على هذه الأنصاب من الضياع هو إحدى العوائق الأساسية المؤخرة لعملية التحفيظ العقاري.

ومن بين أهم الوسائل التي تساعد على عملية التحديد ويمكن للسلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف الاعتماد عليها في المجال الطبوغرافي هو جهاز التوقيع العام (G.P.S) الذي يسمح بتحديد الأملاك الوقفية وأيضا العمل على إحداث فرق متنقلة مكونة من تقنيين طبوغرافيين للقيام بعمليات التحديد في المناطق التي تعرف تأخرا كبيرا. ورغم ما يكلفه هذا الخضر من سلامة وشفافية لمسطرة التحديد، إلا أنه قد ينعكس سلبا على هذه المسطرة وذلك في حالة عدم حضور طالب التحفيظ مما يؤدي بالضرورة إلى تعيب مسطرة التحفيظ، وبالتالي إلغاء مطلب التحفيظ²، وبسبب خطورة هذا الجزاء فإنه ينبغي متابعة الجهة المكلفة بعملية التحديد في حالة ثبوت تقصيرها أو إهمالها في ما تم إسناده إليها.

¹ المادة 17 من قانون التحفيظ العقاري تنص على: "يقوم المحافظ على الأملاك العقارية داخل أجل عشرة أيام من إيداع مطلب التحفيظ بتحرير ملخص له يعمل على نشره في الجريدة الرسمية، ويبلغ مضمونه إلى علم العموم بالوسائل المتاحة. وبعد نشر الملخص المذكور يحرر، داخل أجل شهرين من تاريخ هذا النشر، إعلانا يضمه تاريخ ووقت إجراء التحديد".

² تنص الفقرة الأولى من الفصل 23 من قانون التحفيظ العقاري على: "دون المساس بأحكام الفصل 6 من هذا القانون، إذا نص المحضر على تغيب طالب التحفيظ أو من ينوب عنه أو على عدم قيامه بما يلزم لإجراء عملية التحديد، فإن مطلب التحفيظ يعتبر لاغيا وكان لم يكن إذا لم يدل بعذر مقبول داخل أجل شهر من تاريخ توصله بالإندار"

أما إذا لم تتم عملية التحديد بالنظر لأسباب وظروف طارئة لا علاقة لها بالإهمال و التقصير الذي قد يصدر عن الجهة المكلفة بالتحديد أو طالب التحفيظ، فإن عملية التحديد الإداري في هاته الحالة تؤجل إلى موعد آخر شرط الإدلاء بحجج تثبت سبب عرقلة أو تخلف إجراء عملية التحديد في موعدها المقرر وذلك حتى لا تكون ذريعة للتساهل في إجراء هذه العملية في وقتها المحدد.

وبعد انتهاء عملية التحديد ينشر محضر التحديد في الجريدة الرسمية والمحكمة الابتدائية ومقر السلطة المحلية، والغاية الأساسية من هذا النشر أو الإشهار هو فتح المجال أمام الغير لتقديم تعرضاتهم في حالة وجودها وذلك خلال أجل شهرين تبتدئ من يوم نشر الإعلان طبقا للفصل 23 من قانون التحفيظ العقاري.

ثانيا: حماية الوقف عن طريق سلوك مسطرة التعرض:

يعتبر التعرض¹ من أهم الآليات المقررة لحماية الأشخاص المتضررة من جراء مسطرة التحفيظ، بمقتضاه يحق لكل شخص أن ينازع إما في حق ملكية طالب التحفيظ أو في مدة هذا الحق أو في حدود العقار.

وبناء على ذلك فإنه متى تعلق الأمر بالتعرض على ملك موقوف وقفا معقبا، إلا وكانت لكل مستفيد من هذا الوقف الصفة في التعرض على مطلب داخل أجل شهرين ابتداء من تاريخ نشر الإعلان بانتهاء التحديد في الجريدة الرسمية، غير أنه يمكن استثناء للمحافظ على الأملاك العقارية قبول التعرضات المقدمة خارج الأجل من طرف الجهة المكلفة بتدبير شؤون الأوقاف وإن لم يكن مطلب التحفيظ مثقلا بأي تعرض، غير أن استعمال هذه الإمكانية يتوقف على إقناع المحافظ بالمبررات والأسباب الاستثنائية التي حالت دون تقديم التعرض داخل الأجل وكذا تقديم الوثائق والحجج المدعمة لطلب التعرض وفي حالة رفض التعرض المقدم خارج الأجل من طرف المحافظ فإن قراره في هذه الحالة يكون نهائيا غير قابل لأي طعن².

وحماية للأوقاف، يمكن مطالبة المحافظ العقاري إذا كانت التعرضات الناتجة عن مطلب التحفيظ تشمل فقط جزءا منه بتجزئة المطلب وتأسيس رسم عقاري خاص بالجزء غير المتعرض عليه³.

وزيادة على هذه المراقبة التي يجب أن تقوم بها السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف عندما تكون هي طالبة التحفيظ، يجب عليها عند تقديم الغير لمطلب تحفيظ، الوقوف على عملية التحديد المؤقت للعقار المراد تحفيظه خصوصا إذا كان العقار يوجد بجوار عقار آخر موقوف، ذلك أن هذا التحديد هو الذي يؤسس عليه الرسم العقاري، وعليه إذا تبين للناظر أن التحديد المؤقت لا يشمل فقط الحدود الحقيقية لصاحب مطلب التحفيظ بحيث يشمل التحديد حتى بعض الأجزاء من العقار المحبس المجاور له، فإنه يجب عليه أن يمارس حقه في التعرض لتفادي تأسيس الرسم العقاري، وعلى هذا الأساس فإن تحميل الناظر مسؤولية تتبع إجراءات التحفيظ عند تقديم الغير لمطالب التحفيظ

¹ التعرض هو وسيلة قانونية يمارسها الغير داخل أجل محدد، هذا الأجل الذي يختلف باختلاف العقار المراد تحفيظه، وذلك بغرض إيقاف إجراءات التحفيظ الجارية من قبل المحافظ والتوقف عن متابعتها إلى حين البث في التعرض محل النزاع إما قضائيا أو بعقد صلح بين الأطراف.

² ينص من الفصل 29 من قانون التحفيظ العقاري على: "بعد انصرام الأجل المحدد في الفصل 27 أعلاه يمكن أن يقبل التعرض بصفة استثنائية من طرف المحافظ على الأملاك العقارية، ولو لم يرد على مطلب التحفيظ أي تعرض سابق، شريطة أن لا يكون الملف قد وجه إلى المحكمة الاستئنافية.

يتعين على المتعرض أن يدلي للمحافظ على الأملاك العقارية، بالوثائق المبينة للأسباب التي منعت من تقديم تعرضه داخل الأجل، وبالعقود والوثائق المدعمة لتعرضه. كما يتعين عليه أن يؤدي الرسوم القضائية وحقوق المرافعة أو يثبت حصوله على المساعدة القضائية.

يكون قرار المحافظ على الأملاك العقارية برفض التعرض غير قابل للطعن القضائي."

³ ينص الفصل 31 من قانون التحفيظ العقاري على: "... إذا أزال طالب التحفيظ التعرضات تماما سواء كان ذلك بإثباته رفعها أو بقبوله لها أمكن للمحافظ على الأملاك العقارية أن يباشر التحفيظ وفق ما هو منصوص عليه في الفصل السابق.

إذا لم يتمكن طالب التحفيظ من ذلك فإن المحافظ على الأملاك العقارية، يمكنه أن يجزئ المطلب، ويؤسس رسما عقاريا خاصا بالجزء الذي لا يشمل النزاع بعد إجراء تحديد تكميلي."

فيها حماية كبرى للأوقاف، خصوصاً إذا تمكن الناظر من إيقاف عملية التحفيظ بإثباته أن العقار المراد تحفيظه يدخل في دائرة الأوقاف.

فالمشروع أجاز بموجب الفصل 26 من القانون التحفيظ العقاري 14.07 تقديم طلبات التعرض بإسم الغير، وبذلك يمكن للمستفيدين من الوقف المعقب ان يقدموا طلب التعرض بإسم الوقف.

وتأسيساً على ذلك يمكن القول بأن القانون الجديد المتعلق بالتحفيظ العقاري أعطى صلاحيات واسعة للمحافظ في قبول التعرض من عدمه دون أن تشاركه في ذلك أية جهة أخرى¹.

كما أن صلاحيات المحكمة تقتصر على البث في موضوع التعرض من حيث صحته من عدمه دون أن تكون لها صلاحية مناقشة شكلية التعرض من حيث تقديمه خارج الأجل من عدمه ولا تملك صلاحية تغيير نطاق هذا التعرض أو قبول إدخال الغير في الدعوى².

وحتى لا تضيع حقوق الأحماس يجب على السلطة المشرفة على الأوقاف أن تأخذ كثيراً من الاحتياط من أجل التدخل في مسطرة التحفيظ في الوقت المناسب بحيث يجب إدخال بعض مقتضيات القانونية التي تسمح بإخبار الجهات المشرفة على الأوقاف بكل مطالب التحفيظ التي تم إيداعها لدى المحافظة العقارية، وهي إمكانية يمكن أن تساهم في حماية الأملاك الوقفية من الترامي من جهة ومن الحفاظ على أهم ثروة وطنية في بلادنا.

المطلب الثاني: حماية العقارات الحسبية بعد صدور رسم التحفيظ:

اعتباراً لكون الوقف يتمتع بشخصية معنوية مستقلة فهو بذلك يكتسب الحقوق ويتحمل الالتزامات وهو ما جعل المشروع يخول لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ممثلة في نظارة الأحماس الصفة في المحافظة على الوقف سواء كان عاماً أو معقبا والتعرض على تحفيظه كملك خاص³، غير أنه بالرغم من هذا الإشراف والمراقبة فإنه كثيراً ما يتم الترامي على العقارات الحسبية من طرف الغير الذي قد يتأتى له تحفيظ العقار في إسمه، الأمر الذي يثير إشكالية مدى خضوع الوقف لمبدأ التطهير الناتج عن تحفيظ العقار (الفقرة الأولى) ذلك و لقاعدة التنفيذ أو التقييد بالسجل العقاري (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مدى خضوع الوقف لقاعدة التطهير:

بما لا شك فيه أن من أهم الآثار التي تترتب عن تحفيظ العقار، وتأسيس رسم عقاري وحيد خاص به في اسم طالب التحفيظ، هي تطهير العقار من جميع الحقوق غير المصرح بها أثناء جريان مسطرة التحفيظ، والدافع وراء إقرار هذه القاعدة هو تثبيت وضعية العقار مادياً من حيث معالمة وأوصافه ومشمولاته ومساحته وحدوده، وقانونياً من حيث مالكة وأصحاب الحقوق العينية المترتبة عليه بصورة نهائية⁴.

إلا أن ما ينبغي تسجيله بهذا الخصوص هو أن هذه القاعدة ليست مطلقة، وإنما ترد عليها عدة قيود أقرها الفقه والقضاء، وبمقتضاها لا يعتد بتأسيس الرسم العقاري في مواجهة بعض الحقوق منها الحقوق المتعلقة بالوقف أو الحبس.

¹ عمر السكتاني، مرجع سابق، ص: 80

² وذلك انسجاماً مع مقتضيات المادة 3 من ق.م.م التي تنص على: "أنه لا يمكن للمحكمة أن تقضي إلا في حدود طلبات الأطراف، هذه الطلبات التي تقدم وجوباً في شكل مقال افتتاحياً أمام المحافظ حيث يقوم باستخلاص الرسوم القضائية قبل إحالة الملف على المحكمة المختصة".

³ عمر السكتاني، مرجع سابق، ص: 81

⁴ زكرياء العمري، مرجع سابق، ص: 223

من خلال قراءة مقتضيات الفصلين 1 و 62 من قانون التحفيظ العقاري الجديد¹ يتضح بأن الأمر يتعلق بقاعدة آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها وذلك من خلال عبارات النصين، فالمرجع يستعمل فيهما عبارات محددة ومجردة لا تحمل أي تفسير من غير ما ضمن بهما، وهو ما يعني أن قاعدة التطهير تعتبر من النظام العام، فإذا تم تطهير العقار من عقد بيع مثلاً أبرم أثناء مرحلة التحفيظ وقبل تأسيس الرسم العقاري ثم صدر هذا الأخير غير متضمن لأثار هذا البيع من تغير صاحب الحق بغض النظر عن الظروف والملايسات التي أصدر فيها، فإن القرار سواء كان مشروعاً أم لا فإن المالك الحقيقي يضيع عليه حقه وليس له سوى المطالبة بتعويض ومقاصة المسؤول عن ضياع حقه ولا يمكنه المطالبة بحقه عينا إلا إذا اعترف البائع بوجود عقد بيع بينهما.

أن تحفيظ العقارات الموقوفة في اسم الجهة المستفيدة يؤدي إلى تطهير العقار من كل الحقوق والتحملات غير المطالب بها خلال مسطرة التحفيظ حيث يعتبر الرسم العقاري نقطة الانطلاقة الوحيدة للحقوق والتكاليف العقارية الكائنة على العقار وقت تحفيظه دون ما عداها من الحقوق غير المسجلة تطبيقاً لمقتضيات الفصلين 1 و 62 من قانون التحفيظ العقاري 14.07.

وعليه فإن قرار المحافظ على الأملاك العقارية بتحفيظ عقار ما يترتب عنه إقامة رسم الملكية لهذا العقار بصفة نهائية تجعله غير قابل للطعن، وإذا كانت هذه القاعدة من القواعد القطعية التي يقوم عليها نظام التحفيظ العقاري فإنه أحياناً يتم التطاول والترامي على العقارات الوقفية وبالتالي الإسراع إلى إيداع مطالب التحفيظ والاستفادة من مسطرة الأشهر من أجل الحصول على رسم عقاري نهائي واستغلال نظام التحفيظ لإضفاء الشرعية على أوضاع غير حقيقية على حساب المصلحة العليا للمجتمع²، لذلك ثار الإشكال على مستوى الفقه والقضاء حول مدى خضوع الوقف لمبدأ التطهير الناتج عن تحفيظ العقار، ولعل ما عمق من هذا الإشكال هو التناقض الحاصل بين مقتضيات نظام التحفيظ العقاري والقواعد المنظمة للوقف والتي تعود في كثير من أحكامها إلى أحكام الفقه الإسلامي؟ ولتوضيح هذا الإشكال لابد من التمييز بين مرحلتين مرحلة ما قبل صدور مدونة الأوقاف، ومرحلة ما بعد صدور هذه المدونة.

ذهب جانب من الفقه قبل صدور مدونة الأوقاف إلى القول بعمومية الفصلين 2 و 62 من ظهير التحفيظ العقاري وأن قاعدة التطهير لا تقبل أي استثناء³، ويهدف هذا الاتجاه إلى كون أن عبارة الفصلين جاءت صريحة على تطهير العقار ولم يستثنى من ذلك شيئاً، بما في ذلك الوقف، واستناداً إلى هذا المقتضى فإن استثناء الوقف أو أي استثناء آخر يعد خرقاً للقانون، بالإضافة إلى أنه يضاعف من حجية الرسم العقاري وينال من قوته الإثباتية وبالتالي يفقده قيمته

¹ الفصل 1 من قانون التحفيظ العقاري 14.07 ينص على أن: "يرمي التحفيظ إلى جعل العقار المحفظ خاضعاً للنظام المقرر في هذا القانون من غير أن يكون في الإمكان إخراجه منه فيما بعد ويقصد منه:

- تحفيظ العقار بعد إجراء مسطرة للتطهير يترتب عنها تأسيس رسم عقاري وبطلان ما عداه من الرسوم، وتطهير الملك من جميع الحقوق السالفة غير المضمنة به؛
- تقييد كل التصرفات والوقائع الرامية إلى تأسيس أو نقل أو تغيير أو إقرار أو إسقاط الحقوق العينية أو التحملات المتعلقة بالملك، في الرسم العقاري المؤسس له."
أما الفصل 62 من نفس القانون فينص على: "إن الرسم العقاري نهائي ولا يقبل الطعن، ويعتبر نقطة الانطلاق الوحيدة للحقوق العينية والتحملات العقارية المترتبة على العقار وقت تحفيظه دون ما عداها من الحقوق غير المقيدة."

² عمر السكتاني، مرجع سابق، ص: 82

³ عبد الرزاق اصبيحي، مرجع سابق، ص: 16

القانونية والاقتصادية المستمدة مما ينتج عنه من وضوح في التصرفات العقارية وانتقال الملكية، ومن تبديد للمخاوف المرتبطة بفقدان الملك نتيجة الحياة المادية المكتسبة. و مما يؤدي إليه من استقرار للمعاملات¹. ولقد ذهبت المحكمة الابتدائية بطنجة² في نفس الاتجاه حيث قضت في قرار لها جاء فيه: "لا وجود لأي استثناء على قاعدة التطهير سواء كان أشخاص ذاتيين أو اعتباريين ولو كانت وزارة الأوقاف، ذلك أن قوة التحفيظ المطلقة تخول للمدعي (الأوقاف) التي ادعت التدليس خلال عملية التحفيظ صياغة دعواها في إطار الفصل 64 من ظهير التحفيظ العقاري والمطالبة بالتعويض فقط عند ثبوت التدليس".

ذهب جانب آخر من الفقه إلى استثناء العقارات الحبسية من قاعدة التطهير والتملك النهائي مستندا في ذلك على مجموعة من الاعتبارات التي تتصل من جهة بالمصلحة العامة ومن جهة أخرى بطبيعة الوقف وخصائصه الذاتية والتي من بينها عدم القابلية للتقادم والتفويت وبالتالي خروجه من دائرة التعامل الخاص³.

وقد سار الفقه المغربي بدوره في نفس التوجه الذي يقضي باستبعاد الأملاك الحبسية من الخضوع لمبدأ التطهير، حيث يرى الدكتور مأمون الكزبري في هذا الصدد أن الأملاك الحبسية تحبسا عموميا تتميز بأنها كالأملك العامة لا يجوز التصرف فيها ولا يمكن اكتساب ملكيتها عن طريق التقادم، وعليه لا يمكن أن ينال منها التحفيظ⁴.

وبالتوازي مع الموقف الفقهي الذي يتوحد بخصوص استثناء الأوقاف من قاعدة التطهير، فقد سار الاجتهاد القضائي بدوره في تكريس مبدأ عدم مواجهة الأوقاف بالأثر التطهيري الناجم عن مسطرة التحفيظ، حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى سابقا -محكمة النقض حاليا-⁵ بتاريخ 2008/2/20: "أن الحبس لا يطهر بالتحفيظ، فيمكن للجهة المحبس عليها أن ترفع الدعوى بشأن الحبس ولو كان في طور التحفيظ، بل وحتى لو حصل تحفيظه لأن ثبوت حبسيته يبطل تحفيظه".

فمن خلال هذا القرار يمكن القول بأن القضاء المغربي يسير في اتجاه تكريس نسبية قاعدة التطهير في مواجهة الأحباس خاصة عندما رتب على ذلك بطلان عملية التحفيظ برمتها.

وتجدر الإشارة إلى أنه قد سبق لمحكمة الاستئناف بطنجة في قرار لها⁶ تكريس نفس المبدأ حيث جاء في حيثياته: "لا يمكن الاحتجاج بالتطهير الناتج عن مسطرة تحفيظ العقار اتجاه حقوق محبسة، لأن العقارات الحبسية المعقبة مثلها في ذلك مثل العقارات الحبسية العامة غير قابلة للتصرف إلا بإذن جلاله الملك وبالتالي فإن تحفيظ العقار موضوع النزاع وهو عقار حبسي معقب باطل".

¹ إيمان أبوعوض، المنازعات الوقفية بين الفقه والقضاء بالمغرب، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة، 2010-2011، ص: 78

² حكم المحكمة الاستئناف بطنجة، بتاريخ 2008/4/3، رقم 1083، ملف رقم 13/2007/716، أورده ع. الرزاق صبيحي في تعليق على قرار المجلس الأعلى عدد 7688 الصادر بتاريخ 2008/2/20، مجلة القضاء المدني، عدد 1، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، فبراير 2010، ص: 106

³ محمد الكشور، "التطهير الناتج عن تحفيظ العقار، تطور القضاء المغربي"، قراءة في قرار المجلس الأعلى بتاريخ 29 دجنبر 1999، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2005، ص: 36

⁴ محمد مأمون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي، الجزء الأول، الطبعة الثانية، نشر شركة الهلال والعربية للطباعة والنشر، الرباط، 1987، ص: 90

⁵ قرار المجلس الأعلى عدد 688، بتاريخ 2008/2/20، ملف مدني عدد 2162/3/1/2006، منشور في سلسلة العمل القضائي في المنازعات الوقفية، الطبعة الأولى، مرجع سابق، ص: 163

⁶ قرار محكمة الاستئناف بطنجة عدد 363 بتاريخ 13/10/1983، ملف شرعي عدد 2/82/358، منشور في سلسلة العمل القضائي في المنازعات الوقفية، نفس المرجع، ص: 166

هذا التوجه الذي كرسه القضاء المغربي كان صائبا حينما سوى بين الوقف العام والوقف المعقب من حيث الأثر المتمثل في بطلان التحفيظ الذي يمس بحقوق الأوقاف، ولعل ما يدعم هذا الاتجاه هو خصوصيات الحماية المقررة للأوقاف في نظام التحفيظ العقاري وإلزام طالب التحفيظ بالتصريح في مطلب التحفيظ بأن الملك المراد تحفيظه ليس جماعيا ولا حبسيا ولا غابويا، وهذا الالتزام يدل دلالة قوية على تحمل طالب التحفيظ مسؤولية عدم الإقرار بحسبية العقار المراد تحفيظه.

وانسجاما مع هذا عملت مدونة الأوقاف على تكريس مبدأ استثناء الأملاك الحسبية من الخضوع لقاعدة التطهير الناجمة عن تحفيظ العقار بمقتضى نص صريح في المادة 154¹، وحيث أنه بات واضحا أنه لو كان هناك عقار محبس تحبسا عموميا قد جرى تحفيظه على اسم شخص، فإن قاعدة التطهير واكتساب رسم الملك صفة نهائية لا تحول دون تمكين إدارة الأوقاف من المطالبة بالأرض الموقوفة ولا يمكن لصاحب رسم التملك الحيلولة دون إعادة هذه الأرض لصاحبها الشرعي بحجة أنها قد حفظت باسمه.

غير أن ما يلاحظ على هذه المادة ان المشرع المغربي لم يكن موفقا فيما ذهب إليه، وذلك بحصره على الأوقاف العامة دون الأحباس المعقبة، مما قد يوحي استنادا لمفهوم المخالفة علما أنه ليس ثمة أي سبب أو علة للتمييز بين الوقف العام والمعقب فيما يخص مواجهته بالقوة الثبوتية والأثر التطهيري للرسم العقاري.

إذا كان هذا فيما يخص خضوع العقار لقاعدة التطهير، فماذا عن خضوعه لقاعدة التقييد بالسجل العقاري؟
الفقرة الثانية: مدى خضوع الوقف لقاعدة التقييد بالسجل العقاري:

تعتبر قاعدة تسجيل الحقوق العينية في الرسم العقاري من أهم المبادئ التي يقوم عليها نظام التحفيظ العقاري المبني على الإشهار الذي يرمي إلى استقرار المعاملات من خلال القوة الثبوتية التي تتمتع بها الحقوق العينية المقيدة وحجيتها بين المتعاقدين والأغيار، حيث يعتبر الشخص المقيد بالرسم العقاري هو صاحب الملك ويمكنه التصرف فيه بجميع أنواع التصرف تطبيقا لمقتضيات الفصلين 65 و66 من قانون التحفيظ العقاري 14.07 اللذان يكرسان لمفهوم الأثر المنشئ للتقييد، حيث ربط المشرع نشوء الحق بتاريخ التقييد بالرسم العقاري². غير أن أعمال هذه القاعدة بخصوص العقارات الموقوفة أثار نقاشا كبيرا من طرف الفقه والقضاء، ومضمون هذا النقاش يتجلى في كون الوقف يعتبر من عقود التبرعات التي يشترط لقيامها تطبيقا لأحكام الفقه المالكي توافر الحوز والإشهاد عليه والمعينة خلافا لقواعد التحفيظ العقاري التي تقتضي ضرورة التقييد وإشهار سند التحسيس بالرسم العقاري ومن تاريخ هذا التقييد يعتبر الوقف موجودا وثابتا قانونا ومنتجا لأثاره بين طرفيه وتجاه الغير³.

أولا: إشكالية تقييد العقارات الموقوفة في إطار نظام التحفيظ العقاري:
أ) موقف الفقه:

إذا كان المشرع المغربي قد سوى من حيث قواعد الموضوع الخاصة بالوقف سواء بين العقار المحفظ أو غير المحفظ، فإنه ميز بينهما من حيث القواعد الشكلية فيما يتعلق بالحوز.

¹ نصت المادة 54 من مدونة الأوقاف: "إن الرسوم العقارية المؤسسة لفائدة الغير لا تمنع المحكمة من النظر في كل دعوى ترمي إلى إثبات صفة الوقف العام لعقار محفظ. شريطة أن ترفع الدعوى في مواجهة جميع ذوي الحقوق المقيدين. وإذا ثبت أن العقار المذكور موقوفا وقفا عاما، بناء على الحكم القضائي الصادر بذلك والحائز لقوة الشيء المقضي به، فإن المحافظ يشطب على كل تسجيل سابق، ويقيد العقار بالرسم العقاري المتعلق به في اسم الأوقاف العامة".

² محمد خيري، "فضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي"، الطبعة الخامسة، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2009، ص 98

³ ياسين كنبور، مرجع سابق، ص: 108

فالعقار غير المحفظ يخضع إلى الراجح والمشهور وما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك، حيث اعتبر الفقهاء أن وقف الحصة لا يصير صحيحا تاما إلا بالحيازة الفعلية في حياة الواقف أو المحبس، أما إذا حيز بعد موت هذا الأخير أو فلسه فيقع باطلا¹. ففقهاء المالكية اعتبروا الحوز شرط صحة في سائر التبرعات، وفي هذا الصدد يقول ابن عاصم في منظومته:

والحوز شرط صحة التحبيس*** قبل حدوث موت أو تفليس².

ويتم الحوز في التبرعات بمعاينة البينة وذلك بالتوجه إلى مكان وجود العطية للإشهاد من طرف عدلين على المعطي والمعطى له بالحوز معاينة في حصة من دار أو عمارة أو أرض، وأنه جرى الإطلاعا والطواف بالعقار موضوع الحصة المعطاة وأحل المعطي المعطى له في الانتفاع بالشيء المعطى على الوجه الشرعي³.

أما فيما يتعلق بالعقار المحفظ فقد طرح إشكال في أوساط الفقه والقضاء حول مدى كفاية الحوز الفعلي والإشهاد عليه للقول بصحة الوقف الواقع على العقار المحفظ أم لا بد من تقييده بالرسم العقاري؟ وهل الحوز القانوني يغني عن الحوز الفعلي؟ أم لا بد من تحقق الحوزين معا الفعلي والقانوني؟

لقد انقسم الفقه بخصوص هذه الإشكالية إلى اتجاهين:

اتجاه أول يرى بأن التسجيل وحده كافيا لصحة التبرع وأنه يغني عن الحوز الفعلي للمتبرع به من طرف المتبرع له، ويستند هذا الاتجاه إلى مقتضيات الفصلين 66 و67 من ظهير التحفيظ العقاري⁴.

أما الاتجاه الثاني فيذهب إلى وجوب التفرقة بين الحوز الفعلي والحوز القانوني وأن أحدهما لا يغني عن الآخر، فالحوز الفعلي يعتبر شرطا فقها لصحة تمام التبرع والتسجيل ضروري لاعتبار وجود السند قانونا وإنتاج آثاره بين المتعاقدين وتجاه الغير، ويترتب على ذلك أن الحوز القانوني لا يغني عن الحوز الفعلي الذي اشترطه الفقهاء⁵.

(ب) موقف القضاء:

من المعروف فقها أنه يشترط لصحة الوقف حوز الموقوف عليه قبل حصول مانع للواقف من موت أو فلس أو مرض، وإلا كان الوقف باطلا، وهو ما تبناه صراحة المشرع من خلال المادة 24 من مدونة الأوقاف⁶.

وإذا كان الوضع بالنسبة للعقار غير المحفظ لم يكن يثير إشكالا في التطبيق على اعتبار أنه لا نتصور بخصوصه إلا الحوز المادي، فإن الأمر بخلاف ذلك بالنسبة للعقار المحفظ حيث تضاربت مواقف قضاء الموضوع حول ضرورة توافر الحوز الفعلي إلى جانب الحوز القانوني والقول بكفاية التقييد في الرسم العقاري، فالبعض كان يكتفي بعملية التقييد والبعض الآخر كان يستلزم ضرورة توافر الحوز الفعلي إلى جانب الحوز القانوني⁷.

¹ أبو الحسن التسولي، مرجع سابق، ص: 326

² كمال حسن مرعي، المجموع الكبير من المتون فيما يذكر من الفنون، الطبعة الأولى، المكتبة العصرية، بيروت، دون ذكر سنة النشر، ص: 130

³ محمد بخنيف، الحوز الفعلي للحصة الموقوفة في التشريع العقاري المغربي، مقال منشور بندوة الأملاك الحبسية التي نظمتها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 10 و11 فبراير 2006، مرجع سابق، ص: 447

⁴ محمد القدوري، شرط الحوز في التبرعات في الفقه الإسلامي، مجلة الإشعاع، عدد 14، 1996، ص: 52

⁵ محمد القدوري، نفس المرجع، ص: 52

⁶ تنص المادة 24 من المدونة على أنه "يشترط لصحة الوقف شرطان:

- الإشهاد على الوقف؛

- حوز المال الموقوف قبل حصول المانع مع مراعاة أحكام المادة 10 أعلاه."

⁷ محمد المهدي الجم، التحفيظ العقاري في المغرب، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، 1996، ص: 91

أما بالنسبة لموقف محكمة النقض فإنه يعتبر أحيانا بأن تقييد سند التبرع بالرسم العقاري يغني عن الحوز الفعلي شريطة أن يتم التسجيل قبل حدوث المانع استنادا إلى قواعد الفقه الإسلامي، كما ذهب أحيانا أخرى إلى تأكيد كفاية الحوز الفعلي معتبرا أن " عقد التحبيس متى استوفى شروطه المعتبرة فقها وتوثيقا كان صحيحا و ثابتا ، ومنتجا لأثره وفقا لقصده المحبس ، وتسجيله في الرسم العقاري يجب أن يتم ولو عارض وريثة المحبس في ذلك بعد وفاته".¹ هذا الاختلاف الفقهي والقضائي استلزم من المجلس الأعلى - محكمة النقض -، البث بجميع الغرف في هذه النقطة القانونية بقرارها الشهير الصادر بتاريخ 2003/12/8² الذي اعتبر تقييد سند التبرع³ بالرسم العقاري قبل حصول المانع حيازة قانونية تغني عن الحيازة الفعلية حيث جاء فيه: "لما كانت غاية الفقه في اشتراط الحيازة في عقود التبرعات هي خروج العين المتصدق بها من يد المتصدق إلى يد المتصدق عليه، فإن تسجيل الصدقة في الرسم العقاري يحقق الغاية المذكورة ويوثقها بشكل أضمن لحقوق المتصدق عليه، لذا يعتبر تسجيل الصدقة في الصك العقاري في حد ذاته حيازة قانونية وبشكل قانوني لا جدال فيه يغني عن إسهاد العدلين بمعاينة الحيازة وإخلاء العين موضوع الصدقة وإثباتها بوسائل أخرى".

وهناك قرارات قضائية عديدة سارت في هذا الاتجاه وتواترت عليه من قبيل: القرار الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 21 شتنبر 2005⁴ الذي جاء فيه: "لكن، حيث إن المحكمة مصدر القرار المطعون لما عللت قرارها القاضي برفض طلب بطلان الصدقة محل النزاع بأن تسجيل الصدقة قيد حياة المتصدق يعتبر في حد ذاته حيازة قانونية يغني عن إسهاد العدول بمعاينة الحيازة أو إثباتها بأي وسيلة أخرى تكون بذلك قد طبقت ما جرى به عمل المجلس الأعلى حسب القرار الصادر عنه بجميع غرفه ...".

هذه القرارات اعتبرت تسجيل سند التبرع بالرسم العقاري كل شيء بالنسبة للتبرع بالملك المحفظ فهو يحقق الملكية وبرز وجودها القانوني وفي نفس الوقت يعتبر بمثابة الحيازة القانونية وإن لم تتحقق الحيازة المادية والفعلية التي اعتبرها الفقهاء شرطا لتمامه.

وهكذا يكون المجلس الأعلى سابقا- محكمة النقض حاليا - قد أرسى مفهوما جديدا للحوز في مجال التبرعات وبالأخص في مجال العقار المحفظ بعد أن ظل العمل القضائي مترددا ومختلفا بين الاقتصار على مفهوم الحوز كما حددته النصوص الفقهية في الفقه المغربي خاصة المشهور وما جرى به العمل في الفقه المالكي أي الحيازة المادية الفعلية. أو التوسع في مفهوم الحوز لمسايرة ومواكبة المستجدات التي أصبح يفرضها العصر والواقع خاصة مؤسسة السجل العقاري التي تعتبر بأن الحقوق العينية التي يمكن أن تترتب على عقار محفظ لا تسري بين الأطراف ولا إزاء الغير إلا إذا جرى تسجيلها في السجل العقاري.

وهذا الموقف القضائي تبنته مدونة الأوقاف بشكل صريح في مادتها 26، وبهذا يكون المشرع قد حسم النقاش ليس على مستوى القضاء فحسب بل حتى على مستوى الفقه، خاصة وأن هناك من كان يرى أنه لا يمكن بأي حال من

¹ قرار المجلس الأعلى عدد 597 المؤرخ في 2002/02/13 ملف مدني 4054 - 95/09/01. منشور في سلسلة العمل القضائي في المنازعات الوقفية ، الطبعة الاولى ، مرجع سابق ، ص:183

² قرار المجلس الأعلى عدد 555 بتاريخ 2003/12/8، ملف شرعي عدد 95/2/2/596، منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 149، سنة 2004، ص:307

³ تشير إلى أن هذه الإشكالية تهم إضافة إلى الحبس سائر التبرعات الأخرى الواقعة على العقارات المحفظة (كالهبة والصدقة) لذلك سننعمد في دراستنا هاته إضافة للحبس على الصدقة والهبة ماداموا كلهم من باب واحد "التبرعات" ويخضعون في الغالب لأحكام متشابهة خاصة في موضوع الحوز ، وهكذا سننعمد على اجتهادات قضائية في موضوع الحبس والصدقة والهبة لتحديد اتجاه القضاء والفقه في الموضوع مادام المهتمون بهذا الإشكال يبحثونه في إطار عام يشمل سائر التبرعات.

⁴ قرار المجلس الأعلى عدد 435 بتاريخ 2005/9/21، ملف شرعي عدد 04/1/2/401، أورده محمد المهدي، مرجع سابق، ص:92

الأحوال أن يكون تسجيل سند التبرع بالرسم العقاري للملك المتبرع به قائما مقام الحيابة الفعلية التي جعلها الفقه شرط صحة أو تمام في التبرعات، ولا يمكن لهذا التسجيل أن يغني عنها إذا لم يثبت طبقا لما قرره الفقه في ثبوتها وحسب الأصول.

ولالإشارة فإن نص المادة 26 من المدونة، كما هو شأن القرار القضائي المشار إليه أعلاه، يتعلق بحالة التسجيل القانوني الذي يحصل قبل المانع، أما في حالة ما إذا لم يحصل التسجيل القانوني إلا بعد حصول المانع، والحال أنه حصل الحوز المادي فإن الوقف لا يبطل كما أكدت ذلك قرارات قضائية أخرى على اعتبار أن التسجيل القانوني ليس شرطا، من ذلك مثلا :

القرار رقم 149 الصادر عن المجلس الأعلى سابقا_محكمة النقض- حاليا بتاريخ 24 مارس 2004¹ الذي جاء فيه: "وأنه من الثابت من رسم الصدقة أن المتصدق عليها الطالبة حازت حقوق المتصدق بها من طرف المتصدقة معاينة، وأن عدم تحرير الرسم المذكور في المدة المحددة قانونا يعتبر مخالفة توثيقية لا تأثير له على صحة الصدقة، كما أن عدم تسجيلها بالرسم العقاري أثناء حيازة المتصدقة لا يبطلها ما دامت الحيازة الشرعية للحقوق المتصدق بها قد تمت أثناء حياة المتصدقة".

بالإضافة إلى القرار الصادر عن نفس المحكمة بتاريخ 2005/2/11² الذي جاء فيه: "حيث صح ما نعته الوسيلة ذلك أنه لئن كان تسجيل عقد الهبة في الرسم العقاري يعتبر حيازة قانونية، فإن عدم القيام به قبل حصول المانع لا يجعل العقد باطلا إذا كانت الحيازة المادية ثابتة بشروطها المقررة فقها لأن إشهار الحقوق العينية عمل اختياري يمكن القيام به في أي وقت ولا يطاله التقادم...".

من خلال ما سبق وانطلاقا من المواد 24 و 26 و 31 من مدونة الأوقاف³ يمكن القول أن مدونة الأوقاف حاولت التوفيق بين كل الآراء الفقهية السابقة حيث سوت بين الحوز الفعلي والحوز القانوني تفاديا لما أدى إليه التأويل السابق من آثار سلبية على استقرار المعاملات وبالتالي تحقيق الانسجام بين قواعد التحفيظ العقاري وخصوصية المادة الوقفية من غير مخالفة لقواعد الفقه الإسلامي الذي يعتبر المنبع المباشر لنظام الوقف بالمغرب حسب ملجاء في ديباجة المدونة.

ورغم وجهة هذا الموقف التشريعي فإننا نعتقد أن الحوز في العقار المحفظ حوز فعلي وقانوني وإذا اختل أحدهما فلا أثر للوقف، لأن انتقال الملكية في العقار المحفظ لا يقف عند ثبوت معاينة الحوز قبل المانع فقط، بل يلزم فيه كذلك حوز آخر هو الحوز القانوني الذي يتم بالتسجيل في الرسم العقاري.

ثانيا : آثار تقييد العقارات الموقوفة بالرسم العقاري :

إن تقييد الوقف بالرسم العقاري تترتب عليه مجموعة من الآثار سواء بين طرفيه أو في مواجهة الغير، كما يمكن أن يكون محلا لبعض التصرفات القانونية الهادفة إلى الحفاظ عليها وتنمية مداخيلها بما يلائم طبيعتها ويحقق مصلحة ظاهرة للوقف سواء عن طريق المعاوضة أو الكراء. وتفاديا لما كان يثيره الوقف من مشاكل فقد تدخل المشرع بتنظيمه بما يضمن استمراريته في أداء الغاية التي وجد من أجلها، ومن هذه المقتضيات منع إنشاء أي حق من الحقوق العرفية

¹ قرار المجلس الأعلى رقم 149، بتاريخ 2004/3/24، ملف عقاري رقم 2/543، أورده محمد المهدي، مرجع سابق، ص:93

² قرار المجلس الأعلى رقم 53، بتاريخ 2005/2/11، ملف شرعي رقم 4/1/2/385، أورده محمد المهدي، مرجع سابق، ص:94

³ تنص المادة 24 من المدونة على: "يشترط لصحة الوقف شرطان: الإشهاد على الوقف و حوز المال الموقوف قبل حصول المانع مع مراعاة أحكام المادة 10 أعلاه".
- تنص المادة 26 من المدونة على: "الحوز هو رفع يد الواقف عن المال الموقوف، ووضعه تحت يد الموقوف عليه. يصح الحوز بمعاينة البينة، أو بتسجيل الوقف في الرسم العقاري، أو بكل تصرف يجريه الموقوف عليه في المال الموقوف. لا يتوقف الحوز على إذن الواقف، ويجبر عليه إن امتنع عنه".

- تنص المادة 31 من نفس المدونة على: "يشترط لصحة وقف شخص محل سكنه إفراغه؛ إما بمعاينة البينة لذلك، أو بكل ما يفيد الإفراغ حكما".

من زينة أو جلسة أو جزء أو مفتاح أو استئجار أو عرف أو حلاوة أو غيرها على أي ملك من أملاك الأوقاف العامة¹، كما نص المشرع على انقضاء هذه الحقوق العرفية في الحالات التالية:

- هلاك البناءات أو المنشآت أو الأغراس المقامة على هذه الأملاك و العائدة إلى صاحب الحق العرفي.

- عدم أداء صاحب الحق العرفي الوجيبة الكرائية لمدة سنتين متتاليتين.

- تصفية هذه الحقوق عن طريق شراء إدارة الأوقاف للحق العرفي المترتب لفائدة الغير أو شراء صاحب الحق العرفي لرقبة الملك الوقفي أو عن طريق بيع الرقبة و الحق العرفي معا عن طريق المزاد في حالة تعذر التصفية بالطريقتين السابقتين، وفي كل الأحوال تنقضي بمرور عشرين سنة من تاريخ دخول هذه المدونة حيز التنفيذ²، وفي هذه الحالة يتعين على صاحب المصلحة أن يتقدم بطلب إلى السيد المحافظ من أجل التشطيب على تلك الحقوق من الرسم العقاري، غير أنه كثيرا ما ينصب الوقف على حصة مشاعة في العقار حيث يثار الإشكال حول مدى جواز ممارسة الشفعة عندما يبيع أحد الشركاء حصته في العقار ذاته، وللجواب على هذا الإشكال يميز الفقه بين الواقف والموقوف عليه.

بالنسبة للواقف ذهب بعض الفقه³ إلى أنه يمكن للواقف أن يشفع ما يبيع من العقار الذي كان شريكا فيه بحصته التي أوقفها، شريطة أن تتم الشفعة لمصلحة هذه الحصة على أساس أنه المالك الأصلي لها، في حين يرى جانب آخر من الفقه⁴ أنه لا يمكنه أن يشفع ما يبيع من ذلك العقار لأن ما حبسه يخرج عن ملكه وبالتالي لم يعد شريكا في العقار، وأمام سكوت المشرع عن هذه المسألة فإن هناك من يرى⁵ أنه يجب الأخذ بالإتجاه الأول الذي يقضي بجواز ممارسة الشفعة من الواقف إذا كان في ذلك مصلحة للحصة الموقوفة كالزيادة في غلته ونفعه أو إبعاد شريك جديد غير مرغوب فيه. أما بالنسبة للموقوف عليهم فلا يجوز لهم ممارسة حق الشفعة بالنسبة للحصة المباعة لأنهم ليسوا شركاء في الرقبة مع البائع وإنما يملكون المنفعة فقط، والشفعة لا تكون إلا للشريك في الأصل ولا عبرة بشركة المنفعة. وبناء على ذلك، يمكن القول بأن المشرع قد حاول إيجاد مجموعة من الحلول التشريعية لحماية الوقف عن طريق مدونة الأوقاف وضمن أداء وظائفه الاجتماعية والاقتصادية، انسجاما مع الخصوصيات التي ينفرد بها بالمقارنة مع باقي الأنظمة العقارية، حيث يعتبر الوقف من المؤسسات التي أسهمت إسهاما كبيرا في بناء الحضارة الإسلامية وتمويل العديد من المرافق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والدينية بالمغرب. لذلك خصه المشرع بمجموعة من الامتيازات في مجال التحفيظ العقاري، سواء أثناء مسطرة التحفيظ أو من خلال مسطرة التقييدات تفاديا لكل محاولة للترامي على الأملاك الوقفية.

¹ المادة 103 من المدونة تنص على أنه: "لا يجوز إنشاء أي حق من الحقوق العرفية من زينة أو جلسة أو جزء أو مفتاح أو استئجار أو غبطة أو عرف أو حلاوة أو غيرها على أي ملك من أملاك الأوقاف العامة. غير أنه يجوز وقف أي ملك على الأوقاف العامة، وإن كان مثقلا بحق من الحقوق المذكورة"

² تنص المادة 105 من المدونة على: "يعتبر سببا لانقضاء الحقوق العرفية المنشأة على الأملاك الوقفية العامة:

- هلاك البناءات أو المنشآت أو الأغراس المقامة على هذه الأملاك و العائدة إلى صاحب الحق العرفي؛

- عدم أداء صاحب الحق العرفي الوجيبة الكرائية لمدة سنتين متتاليتين. وفي هذه الحالة تسترد الأوقاف المحل بمنافعه، ويمنح صاحب الحق الأسبقية في كرائته.

- تصفية هذه الحقوق بإحدى الطرق المنصوص عليها في المادة 106 بعده.

كما تنقضي هذه الحقوق في جميع الأحوال بمرور عشرين سنة ابتداء من دخول هذه المدونة حيز التنفيذ."

³ محمد المهدي الجم، التحفيظ العقاري في المغرب، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، 1996، ص: 137

⁴ محمد ابن معجوز، أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1993، ص: 66

⁵ عمر السكتاني، مرجع سابق، ص: 88-89

خاتمة :

من خلال ما تقدمت بمناقشته أعلاه يتبين بجلاء ان أهمية تثبيت الوضعية القانونية للأوقاف المعقبة تقودنا الى نتيجة أساسية وهي رغبة المشرع في إيجاد التوازن بين مدونة الأوقاف وقانون التحفيظ العقاري 14.07.

حيث أن مدونة الأوقاف لم تعط لموضوع الإثبات الوقفي الأهمية التي يستحقها وهو ما تجلّى من خلال المقتضيات القليلة من المدونة التي تعرضت لها، الأمر الذي يترك الباب مفتوحاً للقضاء لكي يؤدي دوراً طلائعياً في حماية الممتلكات الوقفية المعقبة منها علماً ان المشرع ركز إهتمامه على حماية الوقف العام وجرّد الوقف المعقّب من الحماية التي كان يتمتع بها في ظل النصوص القانونية السابقة، واضعاً بذلك حداً فاصلاً بشكل لا يحقّق المصلحة الظاهرة للوقف.

وبناءً على الدور الذي يلعبه الوقف في شتى المجالات خصه المشرع بمجموعة من الإمتيازات في مجال تحفيظ العقارات الوقفية وإخضاعه لقانون التحفيظ العقاري 14.07، وذلك تفاقداً لكل محاولة للترامي عليها. غير ان الممارسة أثبتت الكثير من الصعوبات التي تقف في وجه تحفيظ العقارات الموقوفة خاصة المعقبة لذلك يبقى الحل بيد القضاء في إقرار حماية الأموال الموقوفة وفقاً معقبا

❖ لائحة المراجع :

- عطار المختار، إثبات الحبس، مقال منشور بندوة الأملاك الحسبية المنظمة من قبل مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية، كلية الحقوق، مراكش، يومي 10 و11 فبراير 2006، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى 2006،
- محمد شيلح، التصرفات الجارية على الأموال الموقوفة وفقاً عاماً في ضوء مدونة الأوقاف قراءة أولية في عقد الكراء كنموذج، مجلة القبس المغربية، عدد 4، مطبعة الأورو متوسطية للمغرب، يناير 2013
- رشيد العمراني، الوضعية القانونية لعقارات الأحباس في المغرب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية 2007-2008
- محمد ابن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الاسلامي والتقنين المغربي، الطبعة الثانية مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1999،
- عبد السلام بن زروع: تعليق على قرار بغرف مجتمعة للمحكمة النقض حول الحوز القانوني في التبرعات، مجلة القصر، العدد 12، شتنبر 2005
- محمد الأجرأوي: الحياة الفعلية في التبرعات بين الفقه والقانون الوضعي ودور المجلس الأعلى في التوفيق بينهما، مجلة المحاكم المغربية، شتنبر 2000، العدد 84
- محمد خيرى التوثيق العدلي بين الفقه المالكي والتقنين المغربي وتطبيقاته في مدونة الأسرة، دار السلام الرباط، 2009.
- محمد التاقي، الرقابة القضائية على المحررات العدلية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمكناس 2013
- زكرياء العماري، إثبات الوقف العام بين مدونة الأوقاف وأحكام الفقه الاسلامي، منشورات مجلة الحقوق، سلسلة المعارف القانونية والقضائية، العدد الأول، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2013.

- عبد الرزاق اصبيحي، الحماية المدنية للأوقاف العامة بالمغرب أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية أكادال، الرباط، 2006-2007
- سلسلة العمل القضائي في المنازعات الوقفية، الطبعة الثانية، 2014
- عبد الكريم شهبون، عقود التبرع في الفقه المالكي مقارنة بمذاهب الفقه الإسلامي الأخرى والقانون الوضعي، الطبعة الأولى، دون ذكر المطبعة، 1992
- عمر السكتاني، دور التحفيظ العقاري في حماية العقارات الموقوفة، أعمال الندوة العلمية التي نظمتها مجلة المنبر القانوني بشراكة مع الفضاء المدني يوم 5 ماي 2012 بتيزنيت، منشورات المنبر القانوني، سلسلة ندوات وأبحاث، العدد الأول، 2012
- إيمان أبو عوض، المنازعات الوقفية بين الفقه والقضاء بالمغرب، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة، 2010-2011،
- عبد الرزاق صبيحي في تعليق على قرار المجلس الأعلى عدد 7688 الصادر بتاريخ 20/2/2008، مجلة القضاء المدني، عدد 1، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، فبراير 2010.
- محمد الكشبور، " التطهير الناتج عن تحفيظ العقار، تطور القضاء المغربي"، قراءة في قرار المجلس الأعلى بتاريخ 29 دجنبر 1999، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2005
- محمد مأمون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي، الجزء الأول، الطبعة الثانية، نشر شركة الهلال والعربية للطباعة والنشر، الرباط، 1987
- محمد خيرى، "قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي"، الطبعة الخامسة، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2009، ص 98 .
- كمال حسن مرعي، المجموع الكبير من المتون فيما يذكر من الفنون، الطبعة الأولى، المكتبة العصرية، بيروت، دون ذكر سنة النشر.
- محمد القدوري، شرط الحوز في التبرعات في الفقه الإسلامي، مجلة الإشعاع، عدد 14، 1996
- محمد المهدي الجم، التحفيظ العقاري في المغرب، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، 1996
- محمد ابن معجوز، أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1993

التعاون الدولي في مجال المياه العذبة



**مكيكة مريم: استاذة بكلية
الحقوق والعلوم السياسية
جامعة الجيلالي اليابس
سيدي بلعباس - الجزائر**

مقدمة :

الماء عصب الحياة، واعتبر على الدوام مطلباً أساسياً لبقاء الجنس البشري، لقوله تعالى: "و جعلنا من الماء كل شيء حي أفلا يؤمنون"¹. فالازدياد المستمر لسكان الكوكب، وظهور جملة من الاخطار البيئية التي مست الماء باعتباره عنصراً أساسياً لحياة الإنسان، أدى إلى شح هذه المادة الحية، وارتفاع نسبة الطلب عليها.

لذلك اعتبرت المياه، أحد العوامل المسببة للنزاعات والتوترات، أو المؤدية إلى تفاقمها، ولكنها أيضاً، يمكن أن تكون أحد أهم مجالات التعاون الدولي، لتجنب الخلافات بين الدول المشتركة في نفس الجرى المائي. و عليه يمكن طرح تساؤل حول دور التعاون الدولي المائي في تحقيق التوازن وبناء الثقة و الحوار بين هذه الدول؟

للإجابة على هذا التساؤل كان لابد من تناول موضوع التعاون الدولي في مجال المياه العذبة بشيء من التفصيل، بإتباع منهج تحليلي وصفي، من خلال التعرض لمفهوم التعاون الدولي في مجال الثروة المائية العذبة والأساس القانوني لهذا الالتزام وأيضاً للإعلانات والمعاهدات الدولية التي تبنت هذا المبدأ، وأخيراً مظاهر تطبيقه بين دول الجرى المائي.

¹ - الآية 30: سورة الانبياء.

المحور الأول : التعاون الدولي المائي ضمن الممارسات الدولية :

التعاون الدولي في مجال المياه، يتراوح بين علاقات الصداقة وتبادل المعلومات والبيانات، والرصد المشترك، والإخطار والإنذار المبكر، والدخول في مشاورات أو مفاوضات إن لزم الأمر، أو انشاء الهيئات المشتركة للتنفيذ، من أجل الانتفاع المنصف بمياه المجرى المائي وحمايته والحفاظ عليه بشكل مستدام.

أولاً : المفهوم و الأساس القانوني للتعاون الدولي في مجال الثروة المائية المشتركة :

ان الدراسات الفقهية المعنية بالأنهار الدولية، تشير إلى واجب التعاون العام بين الدول المتشاطئة باعتباره التزاماً قائماً بذاته تدين به تلك الدول¹، و ليس مجرد إرشاد أو توجيه.

الجدير بالذكر، أن الوثائق الدولية لم تهتم بوضع تعريف محدد وموحد لمبدأ التعاون، إذ تعتبر ذلك من الأمور الصعبة في ظل تنوع وتشعب مجالاته².

فطبق مبدأ التعاون الدولي في مجال المياه يدعوا إلى المشاركة بين دول الحوض الواحد، في عملية اتخاذ القرار، والاتفاق على وجود آليات لفض المنازعات التي قد تنشأ بين هذه الدول، حيث يعتبر التعاون مرجحاً في مجال معالجة وحل النزاعات المائية الصعبة، التي يمكن أن ينشأ منها الكثير مستقبلاً، بدلا من الاصرار العنيد على التطبيق الميكانيكي والجماد لقواعد القانون الدولي³.

وإذا كانت اتفاقية الأمم المتحدة لسنة 1997 المعلقة باستخدام المجاري المائية في غير الأغراض الملاحية تقرر مبدأ الاقتسام الذي عبرت عنه بالانتفاع والمشاركة المنصفين والمعقولين، ووضع عدد من المعايير التي يمكن على أساسها تحديد سمي الإنصاف والمعقولة. فإن هذا الانتفاع يجب أن يتم في إطار التزام الدول النهرية بالتعاون فيما بينها على أساس المساواة، والسلامة الإقليمية، والفائدة المتبادلة من أجل الحصول على أمثل انتفاع بالمجرى المائي الدولي وتوفير الحماية الكافية له⁴.

لذلك فقد نصت هذه الاتفاقية، على الالتزام العام بالتعاون بين دول المجرى المائي المشترك من أجل تنفيذ الالتزامات النابعة عن الاتفاقية وتحقيق أهدافها بشكل عام ومقبول⁵.

¹ - منصور العادلي، موارد المياه في الشرق الأوسط صراع ام تعاون في ظل قواعد القانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1996، ص156.

² -مساعد عبد العاطي الشتيوي، القواعد القانونية التي تحكم استخدامات الانهار الدولية في غير الشؤون الملاحية مع دراسة تطبيقية لنهر النيل، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة 2012، ص146.

³ -Stephen C. McCaffrey, International Water Law for the 21st Century: The Contribution of the U.N. Convention pdf, p14.

⁴ -صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، دار النهضة 2008 مصر، ص472.

⁵ - الفقرة الاولى من المادة الثامنة من اتفاقية الامم المتحدة لسنة 1997 المعلقة باستخدام المجاري المائية في غير الاغراض الملاحية حيث تنص على: "تتعاون دول المجرى المائي على أساس المساواة في السيادة والسلامة الإقليمية والفائدة المتبادلة وحسن النية من أجل تحقيق الانتفاع الأمثل من المجرى المائي الدولي وتوفير الحماية الكافية له".

إن تطوير التعاون الدولي بين الدول ذات السيادة لا زال متأثراً بالمصلحة الوطنية. مع الاعتراف بأن هذا التعاون ضروري للسعي في تحقيق المصالح الخاصة أيضاً، إلا أن وجهة نظر الدول أحياناً، لا تتوحد من أجل المصلحة العامة. فموقف الدول لا زال متأثراً بشدة المنافسة في السيادة¹.

والسيادة، تعد من أهم الاسس القانونية التي ارتكزت عليها اتفاقية الأمم المتحدة الاطارية المتعلقة باستخدام المجري المائية في غير الاغراض الملاحية لعام 1997، حيث ورد في المادة الثامنة منها في فقرتها الأولى: " تتعاون دول المجري المائي على أساس المساواة في السيادة والسلامة الإقليمية والفائدة المتبادلة وحسن النية من أجل تحقيق الانتفاع الأمثل من المجري المائي الدولي وتوفير الحماية الكافية له"².

لكن قبل التوصل للصياغة النهائية للاتفاقية الإطارية شهدت الأعمال التحضيرية للجنة القانون الدولي تعددا في الآراء الفقهية- ودون الخوض فيها-، من حيث تحديد الأساس القانوني للتعاون الدولي في مجال الثروة المائية العذبة، وذلك عند معالجتها للمادة الثامنة.

والرأي المرجح حسبنا، ما تم الاستقرار عليه في الصياغة النهائية، وما اكده الدكتور صلاح الدين عامر³، في اعتبار أن مبدأ التعاون النهري يكمن في اعتبارات المساواة بين الدول في السيادة، وما يفرضه هذا المبدأ من ضرورات التعاون بينها، لتحقيق أقصى استفادة من استخدام بالمجري المائي الدولي، بالإضافة إلى حسن النية في المعاملات الدولية بالاتصال والتشاور المستمر بين الدول المعنية.

ثانياً: التعاون الدولي المائي في المعاهدات و احكام القضاء الدولي :

هناك العديد من الاعلانات الدولية الصادرة عن المنظمات الدولية مثل الأمم المتحدة، بالإضافة إلى الاتفاقيات الدولية سواء الاطارية أو الاقليمية أو الثنائية، التي تنص على التعاون الدولي في مجال الثروة المائية العذبة.

لقد ورد مبدأ التعاون الدولي في مجال البيئة البشرية، ضمن إعلان ستوكهولم 1972 بالمبدأ الرابع والعشرين، من خلال النص على ضرورة تحقيق الإدارة الرشيدة للموارد الطبيعية، وتحسين البيئة البشرية وحث الدول على التكامل والمشاركة فيما بينها، من أجل تحسين وحماية البيئة، في إطار من التعاون المثمر من جانب كافة الدول الكبيرة والصغيرة على حد سواء، مما يساعد بصورة فعالة في منع وخفض وإزالة الآثار البيئية الضارة⁴.

كما اشتملت خطة عمل مار دل بلاطا Mar del plata الصادرة عن مؤتمر الأمم المتحدة للمياه سنة 1977 على العديد من التوصيات المتعلقة بالتعاون الاقليمي والدولي في مجال المياه، حيث تقضي التوصية رقم 90 بضرورة

¹- Sylvie PAQUEROT, « Le droit international et la coopération dans le domaine de l'eau », Vertigo - Revue électronique en sciences de l'environnement, Hors-série, sept. 2005, en ligne, <http://vertigo.revues.org>].

²-اتفاقية الامم المتحدة لسنة 1997، المرجع السابق .

³- للتوضيح أكثر، صلاح الدين عامر، المرجع السابق، ص472.

⁴ - déclaration de Stockholm ,disponible sur :

التعاون بين الدول بخصوص مجاري المياه الدولية طبقا لميثاق الأمم المتحدة ومبادئ القانون الدولي وعلى أساس المساواة في السيادة والسلامة الإقليمية¹.

إن الالتزام بالتعاون هو قاعدة قانونية تامة، تتراوح درجة الالتزام فيها على طبيعة النص الذي وردت به، و على وجود اتفاقيات ولجان خاصة مشتركة تعزز التعاون بين الدول².

ففي مجال الاتفاقيات الإطارية، فأهم إتفاقية، والوحيدة³ من نوعها في مجال المجاري المائية الدولية، تلك المتعلقة باستخدامات المجاري المائية في غير الأغراض الملاحية لسنة 1997 والتي دخلت حيز النفاذ في 2014. تناولت مبدأ التعاون الدولي كمبدأ عام في الإتفاقية⁴، من خلال المادة الثامنة منها تحت عنوان الالتزام العام بالتعاون، حيث تنص على أنه: "تتعاون دول المجرى المائي على أساس المساواة في السيادة والسلامة الإقليمية والفائدة المتبادلة وحسن النية من أجل تحقيق الانتفاع الأمثل من المجرى المائي الدولي وتوفير الحماية الكافية له". وتشير نفس المادة إلى إنشاء آليات أو لجان مشتركة. كما يظهر ضمن المادة التاسعة منها، التركيز على التبادل المنتظم للمعلومات والبيانات.

هناك مجموعة واسعة من الصكوك الدولية التي تدعو إلى التعاون الدولي المائي، منها الاتفاق المبرم بين الاتحاد السوفياتي وبولندا عام 1964 حيث ورد بالمادة الثالثة منه "إن الغرض من الاتفاق هو ضمان التعاون بين الطرفين في الأنشطة الاقتصادية والعلمية والتقنية ذات الصلة باستخدام الموارد المائية في مياه الحدود". وجاء بالمادة الخامسة "إن الطرفين يتعهدان بتنسيق جميع الأنشطة التي قد تسبب تغييرات في الحالة الراهنة فيما يتعلق باستخدام الموارد المائية" كما أشارت المادتين السابعة والثامنة إلى التعاون فيما يتعلق بمشاريع المياه والتبادل المنتظم للبيانات والمعلومات⁵.

لقد جاءت إتفاقية هلسنكي لحماية واستخدام المجاري المائية العابرة للحدود والبحيرات الدولية 1992 لتشير وبصفة عامة إلى التعاون الدولي في مجال المياه بنفس السياق الذي تناولته إتفاقية الأمم المتحدة لسنة 1997، مع التأكيد على هدف حماية البيئة⁶.

إتفاقيات دولية أخرى، نصت على مفهوم التعاون بصفة عامة في مجال الأنهار الدولية، كما هو الوضع في الاتفاق المعني بتنظيم مياه نهر الميوز، حيث نص على المبدأ في صورته العامة، واستند النص لما ورد بإتفاقية هلسنكي 1992 المعنية بحماية المجاري المائية العابرة للحدود والبحيرات الدولية، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة الثانية على وجوب التعاون فيما بين الدول الموقعة على الاتفاق، بروح من حسن الجوار، مع المساواة بين مصالحها الخاصة، بقصد حفظ

¹ - عصام محمد احمد زناتي، النظام القانوني للمياه الجوفية العابرة للحدود، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2000، ص 122.

² -Jochen SOHNLE, le droit international des ressources en eau douce :solidarité contre souveraineté, CERIC, PARIS 2002, p327.

³ -إلى جانب الإتفاقية الإطارية لسنة 1997، هناك إتفاقية حماية واستخدام المجاري المائية العابرة للحدود والبحيرات الدولية 1992 والتي تسمى أيضا بإتفاقية الأمم المتحدة المعنية بالمياه، أو إتفاقية هلسنكي. والتي أصبحت الآن عالمية. وهنا تثور فكرة مهمة - لا يتسع لها المجال في هذا العمل -حول تجزؤ قواعد القانون الدولي. لذلك وحسب ما ذهب إليه لجنة القانون الدولي، عندما تتأثر عدة قواعد بقضية واحدة، ينبغي أن تفسر، قدر الإمكان، بحيث تؤدي إلى مجموعة واحدة من الالتزامات المتوافقة.

⁴ -Rana Khrouf-Gaudig, le droit international de l'eau douce au Moyen-Orient entre souveraineté et coopération, édition bruyant, 2012, p1 86.

⁵ -Stephen C. McCaffrey, Special Rapporteur, Third report on the law of the non-navigational uses of international watercourses, DOCUMENT A/CN.4/406 and Add.I and 2*, YEARBOOK OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION 1987p 24.

⁶ -Jochen SOHNLE ,op.cit, p326-327.

وتحسين نوعية مياه الميوز. كما تضمن بروتوكول نظم المجاري المائية المشتركة "سادك" ¹ 1995، النص على تبني مبدأ التعاون بين دول المجرى المائي المشترك، حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة الثانية على التزام الدول بالإعفاء في إطار المجرى المائي بانتهاج التعاون البناء في دراسة وتنفيذ جميع المشروعات المؤثرة في نظام المجر المائي ².

إتفاقية 08 نوفمبر 1959 المبرمة بين مصر والسودان بشأن الانتفاع الكامل بمياه النيل تناولت عدة مسائل مهمة منها التعاون الفني بين الجمهوريتين ³.

اتفاق آخر، بشأن التعاون في إدارة واستخدام وحماية الموارد المائية المشتركة بين دول اسيا الوسطى لسنة 1992. حيث أقرت الدول الخمس المشاطئة لنهري "امو داريا" و "سير داريا"، والتي ظهرت كدول جديدة بعد انهيار الاتحاد السوفياتي، بالتزامها بالإدارة التعاونية للمياه في حوض بحر أرال، وبضرورة وضع إطار مؤسسي وتنظيمي ملائم لمعالجة قضايا شح المياه وتفادي الخلافات بشأنها ⁴.

كما تبني اتفاق نهر الميكونج mékong 1995 مصطلح التنمية المستدامة، بصدد استخدام وإدارة المياه والموارد الأخرى المرتبطة بحوض نهر الميكونج، لتعزيز أواصر التعاون بين الدول الأطراف في هذه الاتفاقية، عن طريق لجنة نهر الميكونج التي حرصت على تجسيد الالتزامات بين الدول الأطراف بخصوص التعاون، والوقاية عن طريق تطوير قواعد ذات الصلة باستخدام المياه في أسفل نهر الميكونج ⁵.

الجدير بالذكر، أن العديد من الصكوك الدولية قد نصت على الالتزام بالتعاون في مجال المجاري المائية الدولية، والتي لا يمكن حصرها كلها. وإلى جانبها أشار القضاء الدولي إلى الالتزام بالتعاون الدولي كحل لبعض القضايا الدولية المتعلقة بالمياه.

ففي قضية " بحيرة لانو" بين فرنسا وإسبانيا يظهر من الحكم انه مليء بالبيانات التي تؤكد على نطاق واسع الالتزام بالتعاون بين دول المجاري المائية. اذ جاء فيه أن: الدول تعي جيداً في الآونة الأخيرة خطورة تضارب المصالح الذي ينطوي عليه استخدام الأنهار الدولية في الأغراض الصناعية وضرورة التوفيق بين هذه المصالح وغيرها عن طريق تقديم تنازلات متبادلة والطريقة الوحيدة لتسوية هذه المصالح هي التوصل إلى اتفاقات على أسس شاملة بحيث تتصل الدول وتتفاوض بحسن نية للتوصل إلى اتفاقات عن طريق الموازنة ما بين المصالح ⁶.

قضية أخرى طرحت أمام القضاء الدولي في النزاع بين المجر وتشيكوسلوفاكيا "جابتشيكوفو - نيجماروس"، حول إنشاء قنطرتين بصفة مشتركة على نهر الدانوب. حيث أصدرت محكمة العدل الدولية حكمها في القضية بتاريخ

¹ - اختصار لمجموعة تنمية افريقيا الجنوبية .

² -مساعد عبد العاطي الشتيوي، القواعد القانونية التي تحكم استخدامات الانهار الدولية في غير الشؤون الملاحية مع دراسة تطبيقية لنهر النيل. المرجع السابق، ص155.

³ -صلاح الدين عامر، المرجع السابق، ص490.

⁴ -لورونس بواسون دي شازورن، عناصر استراتيجية قانونية لإدارة المجاري المائية الدولية، حوض بحر ارال، دراسة فنية، رقم 414. صادرة عن البنك الدولي و الموسومة بالمجاري المائية الدولية تعزيز التعاون و معالجة الخلافات، ووثائق البنك الدولي للانشاء و التعمير، الولايات المتحدة الامريكة، الطبعة الاولى بالنسخة العربية 1999، ص 90.

⁵ -Vanessa RICHARD ,des coopérations, un bassin :la désarticulation des dynamiques régionales dans le bassin du mékong, colloque d'Orléans :l'eau en droit internationale, Edition a pedone 2010, p225.

⁶ -Stephen C. McCaffrey, Special Rapporteur, op.cit, p 25.

25 سبتمبر 1997 والقاضي فيما يتعلق بسلوك الطرفين في المستقبل إلى توجيه كل من هنغاريا وسلوفاكيا إلى التفاوض بحسن نية، مع وجوب اتخاذ التدابير اللازمة لتحقيق أهداف معاهدة 1977، وأنه ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجب إنشاء نظام تشغيل مشترك للسد في الأراضي السلوفاكية¹.

وبذلك يظهر جليا أن المحكمة وجهت الطرفين إلى العمل مستقبلا في إطار مشترك للحفاظ وتنمية النهر على أساس حسن النية والتفاوض والتعاون الدولي، كحل للتوترات والخلافات التي قد تنشأ بين الدولتين.

بمناسبة قضية حديثة نسبيا، طرحت أمام محكمة العدل الدولية في النزاع بين الأرجنتين والأوروغواي والمتعلق بطاحونتي اللباب الواقعتين على نهر أوروغواي، حيث صدر الحكم بتاريخ 20 أبريل 2010 والقاضي في جزء منه بإلزام الطرفين بتمكين اللجنة الإدارية لنهر أوروغواي، باعتبارها الآلية المشتركة التي أنشأها النظام الأساسي للنهر عام 1975 من ممارسة صلاحياتها المخولة لها بموجب النظام الأساسي للنهر بشكل مستمر من خلال رصد نوعية مياه النهر وتأثير نشاط الطاحونة على البيئة المائية، وأنه على الطرفين التزام قانوني بموجب النظام الأساسي للنهر بمواصلة تعاونهما بواسطة اللجنة الإدارية لنهر الأوروغواي، وتمكينها من وضع الوسائل الضرورية لتعزيز الاستغلال المنصف للنهر مع حماية بيئته².

وهنا يكون قد كشف القضاء الدولي عن استقرار التزام الدول بالتعاون العام بحسن نية في مجال الثروة المائية العذبة. فإذا كان التعاون الدولي التزام تفرضه طبيعة المجاري المائية كمورد طبيعي مشترك، فبيما تكمن مظاهر هذا التعاون؟

المحور الثاني: مظاهر تطبيق التعاون الدولي في مجال المياه العذبة:

إن الممارسات الدولية كشفت عن حاجة الدول إلى جملة من الاجراءات المتصلة باستخدام المياه العذبة المشتركة، تشمل التبادل المنتظم للبيانات عن العوامل الهيدرولوجية والاحتياجات المائية، والإخطار عن الاعمال المعتزم القيام بها فيما يتعلق بمجرى مائي دولي والتي قد تضر بدول أخرى، الى جانب المفاوضات و المشاورات .

أولا: التبادل المنتظم للبيانات والمعلومات:

يعتبر التبادل المنتظم للبيانات والمعلومات، من أهم صور التعاون بين دول المجرى المائي. إنطلاقاً من كون هذا الأخير مورد طبيعي مشترك، ومرتبطة كوحدة جغرافية واحدة. الشيء الذي قد يجعل من إستخدام أية دولة للمياه الموجودة داخل إقليمها، مؤثرا بشكل أو بآخر على الدول الأخرى، مما قد يؤدي إلى احتمالية نشوب الخلافات بين الدول.

إن الالتزام بتبادل المعلومات، يسمح لكل دولة من دول المجرى المائي كل على حدى بتخطيط أوجه استخدامها بغية التقليل قدر الامكان من احتمالية التعارض مع أوجه استخدام الدول الأخرى له، و قد يؤدي ذلك إلى

¹ القضية المتعلقة بمشروع غابيتشيكوفو - ناغيماروس، الحكم الصادر في 25 ايلول/ سبتمبر 1997، موجز الاحكام و الفتاوى و الاوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية 1997-2002، ص01. على الموقع: <http://www.icj-cij.org/files/summaries/summaries-1997-2002-ar.pdf> تاريخ الولوج: اوت 2016

² القضية المتعلقة بطاحونتي اللباب الواقعتين على نهر أوروغواي - الأرجنتين ضد أوروغواي - الحكم الصادر في 20 نيسان/أبريل 2010، موجز الاحكام و الفتاوى و الاوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية 2008-2012، ص 123. على الموقع: <http://www.icj-cij.org/files/summaries/summaries-2008-2012-ar.pdf>

استحداث نظم متكاملة لتخطيط المجاري المائية الدولية وإدارتها واستخدام المياه العذبة على أساس تعاوني و ليس على أساس التنافس¹.

فتجنبنا للنزاعات ووصولاً إلى تحقيق أقصى استخدام لمياه المجرى المشترك في ضوء مبادئ الإنصاف وعدم الإضرار، وجب على الدول تبادل البيانات، والمعلومات بصورة منتظمة، للحفاظ على استقرار العلاقات بين دول المجرى المائي وضمان تنميته وحماية البيئة المائية الدولية ومنع التلوث².

يمكن استخلاص الالتزام بتبادل المعلومات والبيانات الهيدرولوجية في العديد من الوثائق الدولية، حيث تعرضت رابطة القانون الدولي لهذا المبدأ في المادة التاسعة والعشرين من قواعد هلسنكي لعام 1966، والتي أشارت في فقرتها الأولى إلى أنها: "توصي كل دولة من دول الحوض بغرض منع نشوء المنازعات عند ممارستها لحقوقها القانونية المرتبطة بمياه الحوض في حدود إقليمها واستخداماتها والأنشطة المتعلقة بها"³.

كما تبنت قواعد برلين لعام 2004 في مادتها السادسة والخمسين، الالتزام بتبادل البيانات والمعلومات، حيث نصت على أن دول الحوض عليها وبشكل دوري تبادل المعلومات المتاحة والمعنية بكمية ونوعية مياه الحوض، والوضع البيئي لها، كما يجب على دول الحوض أن تبذل قصارى جهدها في جمع البيانات والمعلومات ومن ثم إتاحتها على نحو جيد يسهل استخدامها من قبل الدول التي تم توجيهها إليها. وجاءت الفقرة الرابعة لتؤكد مرة أخرى على الالتزام بالتعاون بتبادل المعلومات⁴.

وفي هذا الإطار أيضاً، علقت رابطة القانون الدولي من خلال تقريرها حول قواعد برلين، أن هذه المادة تستند إلى أحكام قواعد هلسنكي الأصلية، من خلال مادتها التاسعة والعشرين بالإضافة إلى المادة الخامسة من قواعد مونتريال، وقد تم تدوين هذا الالتزام في اتفاقية الأمم المتحدة، في المواد 9، 11، 12، 14. و إدراج هذه الواجبات في العديد من الصكوك الدولية المتعلقة بكل من المياه المشتركة دولياً والبيئة عموماً. ويبدو أن الالتزام بالإعلام فيما يتعلق بالبرامج، أو التخطيط للمشاريع، أو الأنشطة التي تؤثر على المياه المشتركة أو البيئة المائية، أصبح قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي فهو في نهاية المطاف، مجرد نتيجة طبيعية لواجب التعاون⁵.

لذلك تبنت العديد من المعاهدات النص على المبدأ المذكور في نصوصها المختلفة - والتي لا يمكن سردها-، فمن أهم تلك المعاهدات، إتفاقية التعاون بشأن نهر الأمازون المبرمة في 3 يوليو 1978، فقد نصت المادة الخامسة عشر من

¹ - Stephen C. McCaffrey, op.cit,p23-24.

²-منصور العادلي، موارد المياه في الشرق الاوسط، المرجع السابق، ص 159.

³ - Article 29": With a view to preventing disputes from arising between basin States as to their legal rights or other interest, it is recommended that each basin State furnish relevant and reasonably available information to the other basin States concerning the waters of a drainage basin within its territory and its use of, and activities with respect to such waters". The Helsinki Rules -with comments, on web site: <http://www.internationalwaterlaw.org>

⁴-INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION BERLIN CONFERENCE (2004) WATER RESOURCES LAW, pdf, p46.on web site : http://www.internationalwaterlaw.org/documents/intldocs/ILA_Berlin_Rules-2004.pdf, 15/08/2016.

⁵-Commentary on Article 56 Of the Berlin Rules of 2004, pdf , p46.on web site : http://www.internationalwaterlaw.org/documents/intldocs/ILA_Berlin_Rules-2004.pdf, 15/08/2016.

تلك الاتفاقية على أنه يجب على الدول الأطراف المحافظة على التبادل الدائم للمعلومات والتعاون فيما بينها وبين وكالات التعاون اللاتينية - الأمريكية، وذلك فيما يتعلق بالأمور التي تعالجها المعاهدة¹.

ثم جاءت اتفاقية نيويورك الإطارية بشأن المجاري المائية الدولية لعام 1997، ونصت في مادتها التاسعة منها على مبدأ التبادل للبيانات والمعلومات تحت عنوان "التبادل الدوري للبيانات والمعلومات"، وذلك بفقرتها الأولى، ومن أهم ما جاء فيها أن تتبادل دول المجرى المائي دورياً تلك البيانات والمعلومات المتاحة بسهولة عن حالة المجرى المائي، وتحديدًا المتعلقة بالنظام الهيدرولوجي وحالة الجو، والجيولوجيا المائية والأيكولوجيا وأيضاً التنبؤات المرتبطة بها، ثم أضافت الفقرة الثانية من ذات المادة أنه عند طلب دولة من الدول الأخرى للمجرى تزويدها ببيانات ومعلومات غير متاحة بسهولة، فعلى الأخيرة أن تبذل ما في وسعها لتلبية تلك الرغبة، كما يجوز لها أن تجعل امتثالها متوقفاً على قيام الدولة الطالبة بسداد التكاليف المعقولة لجمع هذه البيانات أو المعلومات ولتجهيز هذه البيانات والمعلومات عندما يكون ذلك مناسباً².

في هذا السياق، يعتبر سونل Jochen SOHNLE أن تبادل البيانات والمعلومات، يعد جزء من واجب التعاون، وأصبح قاعدة ذاتية مستقلة، قد تكون مطلوبة حتى في حالة عدم وجود إتفاق³.

و ينص "تبادل البيانات والمعلومات" على تلك البيانات المرتبطة بالخصائص الطبيعية للمجرى، وكذلك الاستخدامات الحالية والمستقبلية له، مما يساعد على الوصول لتنمية الموارد المائية لذلك المجرى وحمايته من التلوث، وأيضاً يتم تبادل البيانات المتعلقة بالطابع الهيدرولوجي، والحصص المائية لدول المجرى، ومن البيانات التي تكون محلاً للتبادل، تلك الخاصة بالأرصاد الجوية المائية والجيولوجيا المائية. وأيضاً البيانات المتعلقة بالمياه المتوافرة في المجرى في مكان معين ووقت معين⁴.

يجب أن يتم تبادل البيانات والمعلومات، بصورة منتظمة، وفي الوقت المناسب، إذا أريد لها أن تكون مفيدة في تمكين دول المجرى المائي من التقيّد باستخدام المجرى المائي الدولي بطريقة عادلة ومعقولة⁵.

تشير المادة 31 من اتفاقية نيويورك 1997 إلى حدود تقديم البيانات والمعلومات من خلال الفقرة الأولى⁶ منها. حيث أن هناك نوع من البيانات والمعلومات التي تمس المصالح الأمنية والدفاعية للدولة، وإعطاء هذه النوعية من البيانات والمعلومات لدولة أخرى قد يؤدي إلى الأضرار بمصالحها الحيوية. ومن ثمة يجب إيجاد توازن بين حاجتين مشروعيتين من خلال التعاون بحسن نية بين الدول المشتركة في نفس المجرى المائي.

¹-مساعدا عبد العاطي الشتيوي، القواعد القانونية التي تحكم استخدامات الانهار الدولية في غير الشؤون الملاحية مع دراسة تطبيقية لنهر النيل، المرجع السابق، ص161.

²- اتفاقية الامم المتحدة 1997، المادة 9.

³-Jochen SOHNLE, op.cit , p328.

⁴- اتفاقية الامم المتحدة 1997، المادة 9.

⁵-منصور العادلي، موارد المياه في الشرق الاوسط، المرجع الاسبق، ص 166.

⁶- تنص: "ليس في هذه المواد ما يلزم دولة من دول المجرى المائي بتقديم بيانات أو معلومات هي حيوية لدفاعها أو أمنها القومي. ومع ذلك، تتعاون تلك الدولة بحسن نية مع دول المجرى المائي الأخرى بقصد تقديم أكبر قدر ممكن من المعلومات التي تسمح الظروف بتقديمها."

ثانياً: الإخطار المسبق و المفاوضات بشأن التدابير والمشروعات المراد القيام بها :

يعد الالتزام بالإخطار والتشاور في مجال استخدام المجاري المائية الدولية، ضرورة حتمية لتفادي الأضرار المترتبة على القيام بمشروعات جديدة، ولحماية البيئة المائية. وبذلك الوقاية من الخلافات والنزاعات بين الدول المشتركة في نفس المجرى المائي.

للالتزام بالإخطار أهمية أخرى، حيث أنه يعطي دلالة على أن المجتمع الدولي ككل يرفض قطعياً وبشدة فكرة أن لدولة ما وحدها الحرية غير المقيدة، والحق الكامل في أن تفعل ما ترغب وتمارس على جزء المجرى المائي الدولي الذي يمر بإقليمها سيادتها المطلقة¹.

إن إدخال استخدام جديد لمياه المجرى المائي الدولي أو إضفاء تعديل على استخدام موجود فعلاً يكون من شأنه التأثير سلباً على باقي دول الحوض أو إحداها، فهنا يجب على الدولة المعنية، إخطار تلك الدول بالأعمال والإجراءات التي تزمع اتخاذها، كما يجب عليها في الوقت نفسه أن تزودها بكافة البيانات المرتبطة بها، وذلك حتى يتسنى للدول محل التأثير دراسة هذه الأعمال بشكل واف في غضون فترة زمنية تمكنها من تقدير مدى ذلك التأثير².

كما لا يجوز بأي حال من الأحوال أن تعطي الدولة التي تنوي القيام بمشروع ما معلومات مغلوبة أو ناقصة، إذ ينتج عن ذلك تضليل الدول الأخرى. ويحق للدول التي يصلها الإخطار أن تطلب من الدولة المرسله للإخطار تفصيلات أو بيانات إضافية³.

لقد أشارت قواعد برلين في المادة 57 إلى الالتزام بالإخطار والإجراءات والمهل القانونية المتبعة لذلك. حيث تعد هذه المادة مستمدة من أحكام اتفاقية الأمم المتحدة 1997، من المواد 12 و18. وتعكس المادة أيضاً أحكام قواعد هلسنكي⁴ الأصلية، المادة 29 في فقرتها الثانية، وقواعد مونتريال في المادة 5 فقرتها (ب)، (ج)، القواعد التكميلية في سيول، المادة 3 فقرة (1)، قواعد صيانة وتحسين الممرات المائية الطبيعية في المادة 1، والقواعد المتعلقة بتنظيم تدفق المياه في الدورات المائية الدولية، المادة 7. وتوجد التزامات مماثلة في العديد من المعاهدات الثنائية والمتعددة الأطراف المتعلقة بإدارة المياه أو بالبيئة⁵.

¹ - ستيفن ماكفري، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن قانون استخدام المجاري المائية الدولية في الأغراض غير الملاحية: آفاق نجاحها والمخاطر الكامنة فيها، دراسة فنية، رقم 414. صادرة عن البنك الدولي والموسومة بالمجاري المائية الدولية تعزيز التعاون ومعالجة الخلافات، وثائق البنك الدولي للإنشاء والتعمير، الولايات المتحدة الأمريكية، الطبعة الأولى بالنسخة العربية 1999، ص 31: منصور العادلي، قانون المياه، دار النهضة العربية 1999، ص 39.

² - Stephen C. McCaffrey, op.cit, p28.

³ - منصور العادلي، قانون المياه، المرجع السابق، ص 38.

⁴ - ومن الجدير بالذكر أن قواعد هلسنكي 1966 هي في حقيقتها عبارة عن تقنين للقواعد العرفية، المستقرة في مجال استخدامات المجاري المائية الدولية، وإن تقنين تلك القواعد لمبدأ الإخطار يدل على أن هذا الإجراء من الإجراءات المستقرة والثابتة في الأعراف النهرية والإقليمية، وأن هذه القواعد كشفت عن وجود واستقرار هذا المبدأ. مساعد عبد العاطي الشنيوي، القواعد القانونية التي تحكم استخدامات الأنهار الدولية في غير الشؤون الملاحية مع دراسة تطبيقية لنهر النيل، المرجع السابق، ص 166.

⁵ - Commentary on Article 57 Of the Berlin Rules of 2004, pdf, p47.on web site:

http://www.internationalwaterlaw.org/documents/intldocs/ILA_Berlin_Rules-2004.pdf, 15/08/2016.

للإشارة، قد يقترب الالتزام بتبادل البيانات والمعلومات من الإخطار المسبق، إلا أن هذا الأخير يرتبط بالدراسات والبيانات المتعلقة بمشروع ما على المجرى المائي، كما يعتبر واجباً مؤقتاً بمناسبة المشروع المعتمز القيام به في إطار زمني معين، أما التبادل المنتظم للبيانات فهو التزام دائم ومنتظم حتى يتسنى لدول المجرى الوصول إلى الاستخدام الأمثل. وبالتالي يعتبر تبادل المعلومات أوسع نطاقاً من الإخطار.

هناك العديد من الممارسات والتطبيقات العملية في مجال القضاء الدولي التي تبنت مبدأ الإخطار المسبق. فقد ساهم الحكم الصادر عن هيئة التحكيم بشأن النزاع بين فرنسا وأسبانيا حول بحيرة لانو عام 1957، في إقرار الإخطار المسبق على الصعيد الدولي، حيث أسهمت هيئة التحكيم في تحديد معالم مبدأ الإخطار المسبق، وبخاصة فيما يتعلق بتحديد ماهية وحدود هذا المبدأ¹.

كما أكد حكم محكمة العدل الدولية الصادر في عام 2010، بشأن النزاع بين الأرجنتين وأوروغواي حول طاحونتي اللباب على نهر أوروغواي، على ضرورة توجيه إخطار من أوروغواي صاحبة المشروع إلى الأرجنتين، والتشاور معها قبل تنفيذ هذا المشروع وأن هناك التزام على أوروغواي بموجب معاهدة 1975 بين البلدين يتمثل في إخطارها للأرجنتين والتشاور معها قبل الترخيص بهذا المشروع وتنفيذه².

يكون الإخطار ضمن إجراءات محددة وفق المواد من 12 إلى 15 من اتفاقية نيويورك 1997. حيث تنص المادة 12 على شروط الإخطار من حيث توقيته، إذ يجب أن يتم في مرحلة مبكرة أو في مرحلة التخطيط للمشروع أو في مرحلة سابقة للعمل الذي قد يؤثر في مياه الدول الأخرى. ومن حيث مضمونه، إذ يجب ان يحتوي على معلومات وبيانات فنية مفصلة تمكن الدول الأخرى من التقييم الدقيق للضرر الذي يحتمل أن يسببه المشروع المعتمز القيام به.

لقد حددت المادة 14 التزامات على الدولة التي وجهت الإخطار في أثناء فترة الرد، والمتمثلة في التعاون مع الدول التي تم إخطارها بتزويدها، عند الطلب، بما هو متاح ولازم من البيانات والمعلومات الإضافية لإجراء تقييم صحيح، بالإضافة إلى عدم تنفيذ التدابير المزمع اتخاذها أو السماح بتنفيذها دون موافقة الدول التي تم إخطارها.

فتحديد فترة الرد ليست مسألة سهلة حيث يجب أن تحقق التوازن ما بين مصالح الدولة المقدمة للإخطار والدول المتلقية له³.

في حالة ما إذا كان، رد الدولة التي تم إخطارها بأن تنفيذ التدابير المزمع اتخاذها ليست متفقة مع أحكام المادتين 5 و7 من اتفاقية الأمم المتحدة 1997، تدخل الدولة التي وجهت الإخطار والدولة التي قامت بالإبلاغ في مشاورات، وعند اللزوم، في مفاوضات بقصد التوصل إلى تسوية عادلة للوضع.

وتجرى المشاورات والمفاوضات على أساس وجوب قيام كل دولة، بحسن نية، بإيلاء قدر معقول من الاعتبار لحقوق الدولة الأخرى ومصالحها المشروعة. كما تمتنع الدولة التي وجهت الإخطار. أثناء المشاورات والمفاوضات عن تنفيذ

¹ - مساعد عبد العاطي الشتيوي، الضوابط القانونية الحاكمة لإنشاء المشروعات المائية على الأنهار الدولية "دراسة تطبيقية على حوض النيل"، مجلة أفاق أفريقية، المجلد الحادي عشر، العدد التاسع والثلاثون 2013، ص 100-101.

² - القضية المتعلقة بطاحونتي اللباب الواقعتين على نهر أوروغواي - الأرجنتين ضد أوروغواي - المرجع السابق، ص 111.

³ - منصور العادلي، قانون المياه، المرجع السابق، ص 38.

التدابير المزمع اتخاذها أو السماح بتنفيذها لفترة ستة أشهر، إذا طلبت إليها ذلك الدولة التي تم إخطارها وقت قيامها بالإبلاغ، ما لم يتفق على خلاف ذلك¹.

كأصل عام، أن الاعتراض على تنفيذ المشروعات التي وردت بالإخطار يؤدي إلى التزام الدول المعنية بإجراء المشاورات والمفاوضات اللازمة بغية التوصل إلى حل للنزاع، بيد أن ذلك لا يعني عدم تنفيذ هذه المشروعات في حالة عدم التوصل إلى مثل هذا الاتفاق. ولقد أكدت محكمة التحكيم في قضية بحيرة لانو، على أن القانون الدولي لا يتطلب الاتفاق المسبق بخصوص تنفيذ الاستخدامات الجديدة².

أما في حالة عدم الرد على الإخطار المرسل من الدولة التي تعزم انشاء مشروعات مائية على المجرى المائي من الدول المشتركة الأخرى، فقد عالجت المادة 16 من اتفاقية نيويورك 1997 الأمر، حيث بينت أنه إذا لم تتلق الدولة التي وجهت الإخطار، خلال الفترة الواجبة التطبيق وفقاً للمادة 13، أي إبلاغ بموجب المادة 15، جاز لها، مع مراعاة التزاماتها بموجب المادتين 5 و7، أن تشرع في تنفيذ التدابير المزمع اتخاذها، وفقاً للإخطار ولأي بيانات ومعلومات أخرى قدمت إلى الدول التي تم إخطارها.

وكل طلب تعويض من الدولة التي تم إخطارها ولم تقم بالرد خلال فترة الستة اشهر وفقاً للمادة 13 يجوز أن يكون محل مقاصة مع التكاليف التي تكبدتها الدولة التي وجهت الإخطار بسبب التدبير الذي اتخذته بعد انقضاء المهلة المحددة للرد، والذي ما كان ليتخذ لو كانت الدولة التي تم إخطارها قد اعترضت خلال تلك الفترة³.

لكن قد يحدث أن لا تخطر الدولة المسؤولة عن المشروع الدول الأخرى وفي هذه الحالة، إذا كان لدى دولة من دول المجرى المائي أسباب معقولة للاعتقاد بأن دولة أخرى من دول المجرى المائي تزمع اتخاذ تدابير يمكن أن يكون لها أثر ضار ذو شأن عليها. جاز للدولة الأولى أن تطلب إلى الدولة الثانية تطبيق أحكام المادة 12، ويرفق بالطلب شرح مدعم بالمستندات يبين أسبابه.

وفي هذا السياق تتحمل الدول المشاطئة لمجرى مائي المسؤولية إن لم تخطر الدول الأخرى المعنية بالمشروع المزمع ونتج عنه ضرر كبير. و في ضوء هذه المسؤولية اعتمد البنك الدولي نهجا مختلفا. حيث، إذا لم تقم الدولة المشاطئة لمجرى مائي بتوجيه الإخطار، واعترضت على قيام البنك بذلك، يوقف البنك تجهيز معاملات المشروع، و قد ثبت عمليا ان هذا الاجراء يعتبر فعالا⁴.

ورغم ذلك، إذا وجدت الدولة التي تزمع اتخاذ التدابير، مع ذلك، أنها غير ملزمة بتوجيه إخطار بموجب المادة 12 فعليها أن تعلم الدولة الأخرى بذلك، مقدمة شرحاً مدعماً بالمستندات يبين الأسباب التي تقوم عليها هذه النتيجة. وإذا لم تقنع هذه النتيجة الدولة الأخرى، تدخل الدولتان فوراً، بناء على طلب هذه الدولة الأخرى في مشاورات ومفاوضات على الوجه المبين في الفقرتين 1 و2 من المادة 17 من اتفاقية الأمم المتحدة 1997. وتمتنع الدولة التي

¹-المادة 17 من اتفاقية 1997.

²- عصام محمد احمد زناتي ، المرجع السابق ، ص137.

³-المادة 13 من اتفاقية 1997.

⁴- راج كريشنا ، تطور وسياسات البنك بشأن المشروعات المقامة على المجاري المائية الدولية ،، دراسة فنية ، رقم 414. صادرة عن البنك الدولي والموسومة بالمجاري المائية الدولية تعزيز التعاون ومعالجة الخلافات، وثائق البنك الدولي للانشاء والتعمير، الولايات المتحدة الامريكة، الطبعة الاولى بالنسخة العربية 1999،

تزمع اتخاذ التدابير، أثناء المشاورات والمفاوضات، عن تنفيذ هذه التدابير أو السماح بتنفيذها لفترة ستة أشهر، إذا طلبت إليها ذلك الدولة الأخرى وقت طلبها بدء المشاورات والمفاوضات، ما لم يتفق على خلاف ذلك.¹

أما إن كان تنفيذ التدابير المزمع اتخاذها أمراً بالغ الاستعجال من أجل حماية الصحة العامة أو السلامة العامة أو مصالح أخرى تساويها أهمية، جاز للدولة التي تزمع اتخاذ التدابير، مع مراعاة أحكام المادتين 5 و7 أن تشرع فوراً في التنفيذ بصرف النظر عن أحكام المادة 14 والفقرة 3 من المادة 17. في مثل هذه الحالة، يبلغ إلى دول المجري المائي الأخرى المشار إليها في المادة 12 دون إبطاء، إعلان رسمي بما للتدابير من صفة استعجال مشفوعاً بالبيانات والمعلومات ذات الصلة. وبناء على ذلك تدخل الدولة التي تزمع اتخاذ التدابير بناء على طلب أي دولة من الدول المشار إليها أعلاه في مشاورات ومفاوضات معها فوراً على الوجه المبين في الفقرتين 1 و2 من المادة 217.²

تعد المفاوضات الأسلوب الأمثل بغية التوصل إلى حل للنزاعات المائية بين الدول المعنية، ذلك أنه يمكن أعمال الاعتبارات غير القانونية وطبيعة الظروف والملابسات ومدى تطورها، مع الأخذ في الاعتبار القواعد القانونية الأساسية.

خاتمة :

لقد أسفر البحث في موضوع التعاون الدولي في مجال المياه العذبة عن وجود عدة ضوابط وإجراءات تم التعرض لها، ويتوجب التقيّد بها حتى يحقق التعاون الدور المنوط به، من خلال الوقاية من النزاعات الدولية أو على الأقل السيطرة عليها، بالإضافة إلى التناسق والتجانس في مبادرات الدول المعنية من أجل حماية وتنمية الموارد المائية المشتركة بشكل مستدام.

❖ قائمة المراجع :

- راج كريشنا، تطور و سياق سياسة البنك بشأن المشروعات المقامة على المجري المائية الدولية ،، دراسة فنية ، رقم 414. صادرة عن البنك الدولي والموسومة بالمجري المائية الدولية تعزيز التعاون و معالجة الخلافات، وثائق البنك الدولي للإنشاء و التعمير ، الولايات المتحدة الأمريكية، الطبعة الأولى بالنسخة العربية 1999.

- ستيفن ماكفري، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن قانون استخدام المجري المائية الدولية في الاغراض غير الملاحية: آفاق نجاحها والمخاطر الكامنة فيها، دراسة فنية، رقم 414. صادرة عن البنك الدولي والموسومة بالمجري المائية الدولية تعزيز التعاون ومعالجة الخلافات، وثائق البنك الدولي للإنشاء والتعمير، الولايات المتحدة الأمريكية، الطبعة الأولى بالنسخة العربية 1999.

- صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، دار النهضة 2008 مصر.

- مساعد عبد العاطي الشتيوي، الضوابط القانونية الحاكمة لإنشاء المشروعات المائية على الأنهار الدولية "دراسة تطبيقية على حوض النيل"، مجلة افاق افريقية، المجلد الحادي عشر، العدد التاسع والثلاثون 2013.

¹ -المادة 18 من الاتفاقية 1997.

² -المادة 19 من الاتفاقية 1997.

- مساعد عبد العاطي الشتيوي، القواعد القانونية التي تحكم استخدامات الانهار الدولية في غير الشؤون الملاحية مع دراسة تطبيقية لنهر النيل، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة 2012، ص 146.
- منصور العادلي، قانون المياه، دار النهضة العربية 1999.
- منصور العادلي، موارد المياه في الشرق الأوسط صراع أم تعاون في ظل قواعد القانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1996، ص 156.
- عصام محمد أحمد زناتي، النظام القانوني للمياه الجوفية العابرة للحدود، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2000.
- القضية المتعلقة بطاحونتي اللباب الواقعتين على نهر أوروغواي - الارجتين ضد أوروغواي -الحكم الصادر في 20 نيسان/أبريل 2010، موجز الاحكام والفتاوى والاورام الصادرة عن محكمة العدل الدولية 2008-2012، ص 123. على الموقع: <http://www.icj-cij.org/files/summaries/summaries-2008-2012-ar.pdf>
- القضية المتعلقة بمشروع غابيتشيكوفو -ناغيماروس، الحكم الصادر في 25 ايلول/سبتمبر 1997، موجز الاحكام و الفتاوى و الاوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية 1997-2002، ص 01. على الموقع: <http://www.icj-cij.org/files/summaries/summaries-1997-2002-ar.pdf>
- اتفاقية الأمم المتحدة لسنة 1997 المتعلقة باستخدام المجاري المائية في غير الاغراض الملاحية.
- Jochen SOHNLE ,le droit international des ressources en eau douce :solidarité contre souveraineté ,CERIC , PARIS 2002.
- Stephen C. McCaffrey, Special Rapporteur, Third report on the law of the non-navigational uses of international watercourses, DOCUMENT A/CN.4/406 and Add.1 and 2*,YEARBOOK OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION 1987p
- Stephen C. McCaffrey, International Water Law for the 21st Century: The Contribution of the U.N. Convention , pdf.
- Sylvie PAQUEROT, « Le droit international et la coopération dans le domaine de l'eau », Vertigo - Revue électronique en sciences de l'environnement, Hors-série, sept. 2005, en ligne, <http://vertigo.revues.org>].
- Rana Khrouf-Gaudig ,le droit international de l'eau douce au Moyen-Orient entre souveraineté et coopération, édition bruylant, 2012
- déclaration de Stockholm sure le site web , http://www.diplomatie.gouv.fr/sites/odysee-developpement-durable/files/1/Declaration_finale_conference_stockholm_1972.pdf

- Vanessa RICHARD ,des coopérations, un bassin :la désarticulation des dynamiques régionales dans le bassin du mékong, colloque d'Orléans :l'eau en droit internationale, Edition a pedone 2010 p225.

- INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION BERLIN CONFERENCE (2004) WATER RESOURCES LAW, pdf , p46.on web site :

http://www.internationalwaterlaw.org/documents/intldocs/ILA_Berlin_Rules-2004.pdf,
15/08/2016.

مجلة الفقه والقانون
www.majalah.be.ma

ردمد : 2336-0615