



قانونية دراسات



دورية محكمة تصدر عن مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية- الجزائر

العدد السابع عشر (17)- أفريل 2013م- جمادى الثانية 1434هـ

مشروعية التحكيم في العقود الإدارية الدولية في ظل التشريع الجزائري

أ.باسود عبد الماك

حالات إبعاد الأجنبي المقيم وغير المقيم وحدودها في القانون الجزائري

أ.شوقي نذير

الدعوى الاستعجالية في مجال الصفقات العمومية

أ.بن أحمد حورية

عقد الامتياز ودوره كآلية للاستغلال العقاري الموجه للاستثمار الصناعي في الجزائر

أ.شايب باشا كريمة

منهج التنازع ومتطلبات عقود التجارة الدولية في عصر العولمة و الرقمية

د.بن أحمد الحاج

العقوبة الإدارية كبديل للعقوبة الجنائية

أ.قوراري مجدوب

حقوق الإنسان في ظل تنامي الظواهر الإجرامية المستحدثة

أ.يعقر الطاهر

مساهمة المتهم في تدعيم قرينة البراءة

أ.دريسي جمال

رئيس التحرير :

أ.د. فوزي أوصديق

oussedik@hotmail.com

نائب رئيس التحرير

أ. العربي بلحاج

larbibelhadj@hotmail.fr

المراسلات باسم مدير مركز البصيرة
46 تعاونية الرشيد القبة القديمة - الجزائر

ها: 021.28.97.78

فا: 021.28.36.48

النقال: 0550.54.83.05

البريد الالكتروني:

dirassatcan@yahoo.fr

الموقع الالكتروني:

www.albasseera.net

حقوق الطبع محفوظة

ردم د : 7988.1112

التوزيع



دار الخلدونية للنشر والتوزيع
05، شارع محمد مسعودي القبة الجزائر.

ها/فا : 021.68.86.48

باسم الرحمن الرحيم

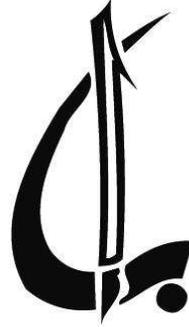
قانون دراسات
قانونية

العدد السابع عشر

17

دورية فصلية تصدر عن:

مركز البصيرة



للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية

بمساهمة:

المنتدى الإسلامي للقانون الدولي الإنساني

إحدى المنظمات المتخصصة لمنظمة

المؤتمر الإسلامي

قواعد النشر

- ① الالتزام بالتحليل والمنهجية العلمية.
- ② تقدم الأبحاث إلى رئيس التحرير، أو من ينوبه ويبلغ أصحابها بالقرار المتعلق بالقبول أو الرفض أو التعديل.
- ③ لا يقل حجم البحث عن 20 صفحة.
- ④ يكون البحث مرفوقاً بالمراجع.
- ⑤ يُكتب ببرنامج وورد (Word) مع خط Arabic Transparent بحجم 13 وباللغة العربية.
- ⑥ يُبلغ البحث في قرص مرن (Disquette, CD) مع نسخة مطبوعة على ورق 29.7/21 (A4)
- ⑦ يكون البحث جديداً لم يسبق أن نُشر في أية نشرية أخرى.
- ⑧ يكون البحث ملخصاً يُعبّر عن أهم نقاط البحث ولو في نصف صفحة.
- ⑨ لا تُنشر إلا الأبحاث المتخصصة في العلوم القانونية أو ذات العلاقة.
- ⑩ يبلغ صاحبه بقرار النشر قبل إصداره بإفادة.

مركز البصيرة يرحب بأبحاثكم واقتراحاتكم ونصائحكم.

آراء الباحثين لا تعبر بالضرورة عن وجهة نظر المركز

هيئة التحرير

أ.د. فوزي أوصديق
رئيس التحرير
أ. العربي بلحاج
نائب رئيس التحرير

الهيئة العلمية

أ.د. فوزي أوصديق	رئيسا
(عميد سابق لكلية الحقوق / جامعة البليدة)	
أ. العربي بلحاج	مقرا
(أستاذ القانون بكلية الحقوق جامعة بومرداس)	
أ.د. تونسي بن عامر .	عضوا
(عميد كلية الحقوق / الجزائر)	
أ.د. محمد حمد العسلي	عضوا
(مقرر المنتدى الإسلامي للقانون الدولي الإنساني بليبيا.)	
أ.د. موسى دويك	عضوا
(مدير المعهد الفلسطيني للقانون الدولي الإنساني – فلسطين)	
أ.د. سيدي ولد الخباز	عضوا
(رئيس جامعة نواكشوط)	
أ.د. بطاهر بو حلال	عضوا
(أستاذ بجامعة ليون، مدير مركز التربية والتعليم حول حقوق الإنسان – فرنسا)	
د. بن شويخ الرشيد	عضوا
(جامعة سعد دحلب البليدة)	
د. جمال محي الدين	عضوا
(جامعة سعد دحلب البليدة)	
د. عبد الهادي بن زيطة	عضوا
(جامعة أدرار)	
د. عجة الجيلالي	عضوا
(جامعة الشلف)	
د. فزو محمد آكلي	عضوا
(أستاذ القانون العام بكلية الحقوق / جامعة سعد دحلب – البليدة)	
د. أرزقي العربي أبرباش	عضوا
(كلية الحقوق/جامعة الجزائر)	
د. سعيد بويزدي	عضوا
(جامعة تيزي وزو)	



دورية فصلية محكمة تصدر عن مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية-الجزائر
العدد السابع عشر- أفريل. 2013م- جمادى الثانية 1434هـ

محتويات

الصفحة	بقلم	الموضوع
7	د. فوزي أوصديق	الافتتاحية.
9	أ/ باسود عبد المالك أستاذ مساعد"ب" بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة الدكتور مولاي الطاهر، سعيدة، الجزائر	مشروعية التحكيم في العقود الإدارية الدولية في ظل التشريع الجزائري
31	أ/ شوقي نذير المركز الجامعي أمين العقال الحاج موسى أق أخموك تمنراست	حالات إبعاد الأجانب المقيم وغير المقيم وحدودها في القانون الجزائري
49	أ/ بن أحمد حورية أستاذة متعاقدة بكلية الحقوق بجامعة تلمسان.	الدعوى الاستعجالية في مجال الصفات العمومية
71	أ/ شايب باشا كريمة كلية الحقوق جامعة سعد دحلب- البليدة-	عقد الامتياز ودوره كآلية للاستغلال العقار الموجه للاستثمار الصناعي في الجزائر

<p>101</p>	<p>د/ بن أحمد الحاج. أستاذ محاضر(ب) رئيس قسم الحقوق. كلية الحقوق و العلوم السياسية. جامعة د.الطاهر مولاي سعيدة - الجزائر-</p>	<p>منهج التنازع ومتطلبات عقود التجارة الدولية في عصر العولمة والرقمية</p>
<p>123</p>	<p>أ/قوراري مجدوب أستاذ مساعد المركز الجامعي النعامة</p>	<p>العقوبة الإدارية كبديل للعقوبة الجنائية</p>
<p>131</p>	<p>أ/ يعقر الطاهر</p>	<p>حقوق الإنسان في ظل تنامي الظواهر الإجرامية المستحدثة</p>
<p>143</p>	<p>أ/ دريسي جمال</p>	<p>مساهمة المتهم في تدعيم قرينة البراءة</p>

افتتاحية العدد

أ.د. فوزي أوصديق

عميد سابق في كلية الحقوق

العدد السابع عشر من الدورية، سيتناول موضوعات ثرية ومتعددة بتنوع وتعدد الفروع القانونية، وأولها بحثٌ للأستاذ **باسود عبد المالك**، من كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة مولاي الطاهر بسعيدة، ويتناول مشروعية التحكيم في العقود الإدارية الدولية في ظل التشريع الجزائري، علماً أن مجال التحكيم بالجزائر مجال مستحدث وجديد مقارنة بالعديد من الأنظمة القانونية. لذلك نتصور أن فيه العديد من الثغرات القانونية، وبالأخص في مجال العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، مما يحاول الإجابة عنه الأستاذ باسود عبد المالك بطريقة علمية هادئة وهادفة.

أما البحث الثاني فهو للأستاذ **شوقي نذير**، من المركز الجامعي أمين العقال الحاج موسى أق خموك تمنغشت، وهو لا يقل أهمية عن الموضوع الأول، حيث يتناول حالات إبعاد الأجنبي المقيم وحدودها في القانون الجزائري في ظل الهجرة غير الشرعية شمالاً وجنوباً، وبالأخص مع ما تعيشه المنطقة على الأطراف من أزمات إنسانية، ونزاعات مما زاد من حدة هذه الظاهرة، ولذلك يحاول استتطاق المشرع الجزائري بهذا الخصوص.

البحث الثالث للأستاذ **بن أحمد حورية**، وهي أستاذة متعاقدة بكلية الحقوق بجامعة تلمسان، يدور بحثها حول الدعوى الاستعجالية في مجال الصفقات العمومية، وما أوجنا إلى مثل هذه البحوث في ظل التحولات الاقتصادية التي تشهدها الجزائر، سواء على مستوى المنظومة القانونية، أم الاقتصادية، لذلك ستحاول الأستاذة الباحثة إعطاء دراسة وصفية لهذه الدعوى الاستعجالية.

أما البحث الموالي وهو من جامعة سعد دحلب البليدة، للأستاذة **شايب باشا كريمة**، والتي عوّدتنا ببحوثها المتميزة على أجدد مجالات القانون الخاص، وفي هذا العدد تتناول عقد الامتياز ودوره الحالي لاستغلال العقار الموجه للاستثمار الصناعي في الجزائر، وهذا البحث مهم جدا وذلك لانعدام الدراسات فيه، وكذلك بحكم أهمية هذا العنصر، كشرط لأي "



إقلاع "صناعي واقتصادي، فالباحثة بأسلوبها تحاول دراسة هذا المحور من وجهة نظر المشرع الجزائري، مقارنة ببعض التشريعات، ونتمنى أنه سيفتح باب الفضول للعديد من أجل التعمق في هذا المجال الخصب، النادر الدراسة في مجال العلوم القانونية بصفة عامة .

ويبحث الموضوع الخامس للأستاذ **بن أحمد الحاج** رئيس قسم الحقوق في جامعة د. الطاهر مولاي، حول "الدولية في عصر العولمة والرقمية" وهو من البحوث الحديثة في العلوم القانونية، وقد يحاول الباحثون التوغل في مواضيع جديدة، كالرقمية وما يتطلبه هذا العالم الافتراضي من ضوابط ومتغيرات في ظل عالم لا حدود له، وحدوده الوحيدة المسموح بها هي حدود العلم والمعرفة.

والبحث الموالي من الأستاذ **قوراري مجدوب** من المركز الجامعي للنعامة يدور حول العقوبة الإدارية كبديل للعقوبة الجنائية، وإن كانت هذه فكرة جديدة ومبتكرة بالجزائر، إلا أن الباحث يحاول التعريف بهذه العقوبة، وكذلك تأصيلها بالتشريع الجزائري مقارنة بالممارسات الدولية، كما يحاول إعطاء مدخل عام لها بأسلوب وصفي ومقارن.

أما البحثان المواليان، فأحدهما للأستاذ **يعقر الطاهر**، حول حقوق الإنسان في ظل تنامي الظواهر الإجرامية المستحدثة.

والبحث الأخير للأستاذ **إدريسي جمال**، حول مساهمة المتهم في تدعيم قرينة البراءة، وكلاهما يتناول مجال حقوق الإنسان، أحد دعائم بناء دولة القانون، وسيادة الحق، وكل واحد منهما مكمل للآخر، بحيث يتناول الضمانات القانونية أثناء أحلك مرحلة قد يعيشها الإنسان وهي فقدانه لحرياته، فيحاول الباحثون بالتأصيل، والوصف والمقارنة، إدخالنا هذا العالم الذي قد تكثر فيه الانتهاكات والعقوبات الجسيمة في حق الأفراد إن لم تضبط، فإن الفرد قد يكون عرضة لهذه الانتهاكات، وذلك ما سيحاول الباحثون التوصل إليه من خلال هذه البحوث.

بهذه الأبحاث نكون قد أنهينا العدد السابع عشر للدراسات القانونية مستشرفين العدد المقبل بأبحاث ودراسات قد تكون لبنة إضافية، وإضافة للمكتبة القانونية.

وباللّه التوفيق!

مشروعية التحكيم في العقود الإدارية الدولية في ظل التشريع الجزائري

ك.أ. / باسود عبد الملك

أستاذ مساعد ب" بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة الدكتور مولاي الطاهر، سعيدة، الجزائر

مقدمة:

إن التطور الكبير الذي عرفته التجارة الدولية وحاجة الدول الملحة إلى الرساميل الأجنبية وإلى التكنولوجيا والمعرفة والتقنية التي تمتلكها الشركات المتعددة الجنسيات جعل مفهوم السيادة والحصانة التي تتمتع بها الدول يتغير شيئاً فشيئاً. فبعد أن كانت الدول لا تقبل بغير قضائها الوطني في جميع المنازعات أياً كان مجالها، أصبحت تتنازل عن هذه السيادة والحصانة وتقبل مضطرة بإحالة منازعاتها في مجال التجارة الدولية إلى غير قضائها الوطني، والقبول بإحالتها إلى قضاء من نوع خاص وهو التحكيم التجاري الدولي الذي أصبح بالنسبة للشركات الأجنبية بمثابة الضمانة القانونية والإجرائية لاستثماراتها في هذه الدول، فقد كانت هذه الشركات ترفض اللجوء إلى قضاء الدول التي تستثمر فيها لسببين.

- لأنها كانت ترى في القضاء الوطني مجهولاً بالنسبة لها، ولذلك فمن المخاطرة في مذهب هذه الشركات اللجوء إلى قضاء لا تعرف عنه شيئاً.

- لم تكن هذه الشركات تثق في القضاء الوطني للدول التي تستثمر فيها، لأنه كان سوف ينحاز في نظرها لمصالح تلك الدول في حالة نشوب أية منازعة بينها وبين تلك الدول، ومن أجل ذلك كانت ترفض ابتداء اللجوء إليه وتضمين العقود التي تبرمها في الدول التي تستثمر بندا يضمن لها في حال قيام منازعات بينها وبين الأشخاص العامة أو الخاصة في تلك الدول اللجوء إلى التحكيم حراً كان أو مؤسسياً.

ولكن رغم ما قيل عن تنازل الدول عن جزء من سيادتها لصالح قبولها بالتحكيم في المنازعات التجارية الدولية، فهناك بعض العقود التي لازال كثير من الدول يرى فيها جزءاً لا يتجزأ من سيادتها التي لا يمكن التنازل عنها، وإن حدث وتم التنازل فيعتبر ذلك استثناء من القاعدة، ونجد هذا الإشكال أكثر ما يثار في الدول التي أخذت بنموذج ازدواجية القضاء



وعلى رأسها فرنسا ومصر وبطبيعة الحال المشرع الجزائري رغم حداثة التجربة الجزائرية في مجال القضاء الإداري، والعقود التي أثارته هذا الجدل الفقهي والقضائي هي العقود الإدارية بصفة عامة، والعقود الإدارية الدولية بصفة خاصة.

وقد طرحت المنازعات التي تكون هذه العقود محلا لها الإشكال التالي:

ما مدى قابلية خضوع منازعات العقود الإدارية للتحكيم التجاري الدولي؟

وما كان لهذا الإشكال أن يطرح لولا أن بعض الأنظمة القانونية تضمنت نصوصا تقيد أو تستبعد المنازعات التي تكون الدولة ذاتها أو أية مؤسسة أو هيئة عامة من الخضوع لغير القضاء الإداري الخاص بها، فعقود الدولة لازالت تثير جملة من الإشكالات القانونية في مسألة جهة الاختصاص القضائي⁽¹⁾.

وسوف نعالج هذه الدراسة في مبحثين، المبحث الأول سنحدد فيه مفهوم العقد الإداري الدولي وخصائصه ومفهوم التحكيم التجاري الدولي ومزاياه. أما البحث الثاني فسنلتقى فيه الضوء على مدى قابلية العقود الإدارية الدولية للتحكيم في النظام القانوني الجزائري والأنظمة المقارنة.

المبحث الأول: مفهوم العقد الإداري الدولي ومميزاته ومفهوم التحكيم التجاري الدولي وخصائصه:

المطلب الأول: مفهوم العقد الإداري الدولي ومميزاته:

الفرع الأول: مفهوم العقد الإداري الدولي:

هو عقد أحد طرفيه إدارة عامة وموضوعه يتعلق بمرفق عام، ويتضمن شروطا غير مأثوفة في القانون الخاص، ويعبر عن امتيازات السلطة العامة التي تستهدف بها الإدارة تحقيق المصلحة العامة ويتعلق بمصالح التجارة الدولية، فهو ذو طبيعة مركبة وعبارة عن مزيج من العقد الإداري الداخلي وذلك لأنه يحمل جميع مواصفات العقد الإداري الداخلي وفي نفس الوقت هو عقد دولي لأنه من عقود التجارة الدولية، فهو في نظر القضاء الإداري - بالنسبة للدول ذات القضاء المزدوج - يخضع للقضاء الوطني وفي نظر الهيئات التحكيمية الدولية يخضع للتحكيم التجاري الدولي لأنه من عقود التجارة الدولية⁽²⁾.

⁽¹⁾ لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي وفقا لأحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن، منشورات زين الحقوقية، ص 12، 2008

⁽²⁾ هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الأعمال على العقود الإدارية الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 40، 2008

ولطبيعته المركبة اختلف الفقهاء في تحديد مفهوم دقيق وواضح للعقود الإدارية الدولية. فقد عرف الأستاذ ماسنار العقود الإدارية الدولية بأنها تلك العقود التي تبرم بين دولة وشخص خاص أجنبي يمنح سلطات متميزة وطويلة المدة.

وعرفها بعض الفقهاء على أنها عقود الدولة في مجال القانون الدولي، وهي العقود التي تبرمها الدولة بوصفها سلطة عامة مع أطراف أجنبية مثل عقود شراء الأسلحة وعقود الامتياز الخاصة بالمرافق العامة.

ويرى الدكتور سامي منصور⁽¹⁾ أن العقود الإدارية الدولية هي تلك العقود التي تبرز فيها الدولة كسلطة عامة باستخدامها في بنود العقد ما تؤمنه لها طبيعتها من امتيازات السلطة العامة تحقيقاً لمرفق عام، فهي لهذه الجهة من العقود الإدارية ولكن في المقابل إن هذه العقود تتعلق بمصالح التجارة الدولية، وهي لهذه الجهة من العقود الدولية فالعقود الإدارية الدولية إذن هي تلك العقود التي تبرمها الدولة أو أحد أشخاص القانون العام وتتميز بخاصيتين.

الفرع الثاني: مميزات العقد الإداري الدولي:

أ- يتضمن العقد الإداري الدولي بنوداً خارقة كما تحقق الدولة أو أشخاص القانون العام من خلاله تنفيذ مشاريع المرافق العامة.

ب- اتصالها بمصالح التجارة الدولية، كسواء الدولة أو أحد أشخاص القانون العام من الخارج للوازم والأعتدة والعقود البترولية.

ويضيف الأستاذ سامي منصور أنه إذا ما أجاز المشرع للدولة ولسائر الأشخاص المعنويين العاميين الحق باللجوء إلى التحكيم فإنه يقصد من دون شك هذه النوعية من العقود.

وإذا كان العقد الإداري الدولي يتميز عن غيره من العقود في إطار العلاقات الدولية بعدم المساواة بين الأطراف المتعاقدة على أساس أن أحد أطراف العقد هو الدولة، وهي شخص سيادي سواء في إطار القانون الدولي العام أم القانون الدولي الخاص، والطرف الثاني هو شخص اعتباري أجنبي، صحيح أن هذا الأخير يتمتع بالقوة الاقتصادية والمالية والمعرفية، ولكنه ليس شخصاً من أشخاص القانون الدولي العام.

⁽¹⁾ هاني محمود حمزة، المرجع السابق، ص 41



ونستخلص مما قيل أن أي محاولة لتعريف العقد الإداري الدولي يجب أن تبرز هذا العقد كأداة دولية للتعامل الاقتصادي والتجاري من جهة وفي نفس الوقت كأداة وطنية تجسدت في الكيان القانوني للعقد الإداري في صورته الكلاسيكية.

وكمحاولة جادة لتعريف هذا العقد نقول إنه ذلك العقد الذي يحمل جميع صفات العقد الإداري الداخلي ويحمل كل صفاته، فهو عقد أحد طرفيه إدارة عامة وموضوعه متعلق بمرفق عام، ويتضمن شروطا غير مألوفة في القانون الخاص تعبر عن امتيازات السلطة العامة التي تستهدف بها الإدارة تحقيق المصلحة العامة⁽¹⁾.

المطلب الثاني: مفهوم التحكيم ومميزاته:

الفرع الأول: مفهوم التحكيم:

أ- **التعريف القضائي للتحكيم:** عرفت المحكمة الدستورية العليا المصرية التحكيم⁽²⁾ "عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأعيان يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددها، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار نائيا شبيهة المالمأة، مجردا من التحامل وقاطعا لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسي"

ب- **التعريف الفقهي للتحكيم:** اهتم الفقه المنشغل بالتحكيم بوضع تعريف لما هو المقصود بنظام التحكيم.

فذهب الأستاذ الفرنسي **موتسكلي**⁽³⁾ إلى تعريف التحكيم بأنه الحكم في منازعة بواسطة أشخاص يتم اختيارهم كأصل عام، بواسطة أشخاص آخرين وذلك بموجب اتفاق.

ويركز هذا التعريف على الطبيعة الخاصة لقضاء التحكيم ومصدره الإرادي.

ويمكن تعريف التحكيم بأنه نظام خاص للتقاضي ينشأ من الاتفاق بين الأطراف المعنية على العهدة إلى شخص أو أشخاص من الغير أو منظمة دولية مختصة في التحكيم للقيام بمهمة الفصل في المنازعات القائمة بينهم، بحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي.

⁽¹⁾ عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، ص35، جسور للنشر والتوزيع 2009

⁽²⁾ حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص41

⁽³⁾ حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص42

الفرع الثاني خصائص التحكيم:

التحكيم قضاء خاص: ينبع التحكيم من إجماع الخصوم على اتخاذه وسيلة للفصل في خلافاتهم أي أن سلطان الإرادة هو المصدر الأصيل للتحكيم⁽¹⁾، بينما يستمد القضاء العادي سلطته من سلطات الدولة وليس من أطراف الخصومة.

ولا تقتصر أوجه الخلاف بين المحكم والقاضي على مصدر السلطات بل إن الأمر يمتد إلى أن المحكم سواء كان في التحكيم الحر أم المؤسسي لا يملك كأصل عام قوة الجبر والإلزام، ولذلك فإن الحكم الذي يصدر عنه لا يتمتع بالقوة التنفيذية إلا بعد إصدار الأمر بالتنفيذ والذي يصدر عن القضاء الوطني للدولة المطلوب التنفيذ فيها.

كذلك فإن المحكم وعلى خلاف القاضي ينحصر اختصاصه في المنازعة المعروضة عليه فقط، ويفقد ولايته للفصل في أية منازعة أخرى بمجرد الانتهاء من الفصل في المنازعة محل التحكيم، بينما يظل القاضي بعد انتهائه من الفصل في المنازعة المعروضة عليه محتفظاً بولايته، للفصل في غيرها من المنازعات الداخلة في هذه الولاية.

- **وظيفة التحكيم حسم النزاع:** من الخصائص الجوهرية المميزة لنظام التحكيم أنه نظام يهدف إلى حسم النزاع المعروض عليه من قبل الأطراف المعنية، وهذه الميزة هي التي تفرق بين التحكيم والأنظمة القانونية المشابهة له مثل نظام الوكالة والخبرة⁽²⁾، حيث يتفقان في إسناد المهمة إلى الغير باتفاق الأطراف إلا أنهما يختلفان عن التحكيم في مسألة حسم النزاع.

- **القوة الإلزامية للتحكيم:** على الرغم من أن التحكيم نظام قضائي خاص، وأن المحكم في حقيقته هو شخص عادي من الغير عهدت إليه الأطراف بموجب اتفاق مهمة حسم المنازعات القائمة بينهم، ورغم قولنا سابقاً إن التحكيم ليس القوة الإلزامية التي يتمتع بها القضاء العادي إلا أن التحكيم يتمتع بقوة إلزامية من نوع خاص⁽³⁾ وهي أن المنازعة متى صدر بشأنها حكم التحكيم فإنه لا يمكن للخصوم عرض ذات المنازعة على القضاء العام أو على قضاء التحكيم مرة أخرى فحكم التحكيم هنا يتمتع بالحجية المطلقة وقضاء التحكيم

(1) حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص46

(2) حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص58

(3) فؤاد محمد محمد ابو طالب، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الاجنبية وفقاً لاحكام القانون الدولي

العام دراسة مقارنة ص49، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية 2010



يتكون من درجة واحدة لا غير أي لا مجال للاستئناف إلا في حالة معينة ومحددة لا تتعلق بأصل النزاع بل بالإجراءات المتبعة.⁽¹⁾

المبحث الثاني: قابلية العقود الإدارية الدولية للتحكيم في النظام القضائي الجزائري، والأنظمة القانونية المقارنة:

المطلب الأول: موقف التشريعات المقارنة من التحكيم في العقود الإدارية الدولية:

الفرع الأول: موقف المشرع الفرنسي:

لقد تبنى القانون الفرنسي في بداية الأمر موقفا عدائيا بصدد إمكانية قبول التحكيم في العقود الإدارية بصفة عامة دولية كانت أو داخلية، مستندا في ذلك على مبادئ عامة من القانون العام الفرنسي، والتي تؤكد على أن الأشخاص الاعتبارية العامة لا تخضع للتحكيم التجاري الدولي وهذا الحظر يعتبر من القانون العام، ويرى أصحاب هذا الرأي وقد كان الغالب في الفقه والقانون الفرنسي أن من أهم المبادئ التي يقوم عليها النظام القانوني الفرنسي هي مبدأ الفصل بين اختصاص القضاء الإداري واختصاص القضاء العادي، يرى هذا الجانب من الفقه أن القضاء الإداري يملك قدرة أكبر على إيجاد رقابة أكثر دقة من تلك التي يمكن أن يقوم بها التحكيم على الأعمال الإدارية والأشخاص الاعتبارية العامة، كما أن احترام الاختصاص القضائي يعد من النظام العام الذي لا يمكن مخالفته كما أنه محدد بموجب الدستور.

ويعتبر القانون الفرنسي من القوانين التي اتخذت موقفا صارما من التحكيم في العقود الإدارية وذلك بمقتضى نص تشريعي صريح يمنع المؤسسات والهيئات الإدارية من اللجوء للتحكيم في المنازعات التي تنشأ مع الأطراف الأخرى أجنبية كانت أو وطنية⁽²⁾

فقد نصت المادتان 83- 1004 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي والتي أصبحت بمقتضى القانون الصادر في 5 جويلية 1982 والتي أصبحت تشكل المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي على أنه يحظر قبول شرط التحكيم في المنازعات التي تخص الهيئات أو المؤسسات العامة.

لكن رغم هذا المنع التشريعي الصريح والواضح إلا أن القضاء العادي الفرنسي كان له رأي مخالف.

⁽¹⁾ حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 82

⁽²⁾ شريف يوسف خاطر، التحكيم في مجال العقود الإدارية، دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والمصري، مجلة الشريعة والقانون، مؤتمر التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، بحوث المجلد الأول

1- موقف القضاء الفرنسي العادي: اعتبر القضاء الفرنسي العادي ممثلاً بمحكمة باريس أن الحظر الوارد في المادة (1) 2060 من القانون المدني الفرنسي يسري على العلاقات الفرنسية الداخلية أو بمعنى آخر على العقود الإدارية الداخلية، فقد ذهبت محكمة باريس في قرارها الصادر بتاريخ 10 أبريل 1957 إلى القول بأن حظر التحكيم بموجب قانون الإجراءات المدنية القديم ينصرف إلى التحكيم الداخلي دون الدولي، وكذلك فعلت محكمة أيكس أومبروفونس في قرارها الصادر في 1959/05/05 وهو الاتجاه الذي أيدته محكمة النقض عندما أكدت أن الحظر الوارد في المادتين 1004/83 من قانون الإجراءات المدنية القديم لا يثير مسألة الأهلية للأشخاص المعنوية العامة المنصوص عليها في المادة 3/3 من القانون المدني، بقدر ما يتعلق بقانون العقد وليس بالقانون الشخصي للأطراف، لذا تطبق أحكام القانون الأجنبي التي تجيز التحكيم وليس أحكام القانون الفرنسي باعتباره القانون الشخصي للطرف الفرنسي والذي يمنع اللجوء للتحكيم.

وفي هذا الإطار أصدرت محكمة استئناف باريس في 13 جوان 1996 حكماً قالت فيه: "إن الحظر الوارد على الدولة في قبول شرط التحكيم يعمل في إطار العقود ذات الطابع الداخلي، وأنه غير متعلق بالنظام العام الدولي"⁽²⁾

وذكرت الأستاذة حفيظة حداد أن حكم المحكمة لم يستند إلى منهج التنازع وإنما استند إلى قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي تقرر صحته.

- **موقف القضاء الإداري الفرنسي:** لقد اتخذ القضاء الإداري موقفاً صارماً كما سبق القول، فقد حظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية بوجه عام داخلية كانت أو دولية، وذلك عملاً بمقتضيات المواد 1004/83 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم والمادة 2060 من القانون المدني التي حلت محلها، وقد كان مجلس الدولة الفرنسي صاحب هذا الرأي⁽³⁾.

(1) تنص المادة 2060 على:

« On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps, ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics , et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public.

Toutefois, des catégories d'établissements public à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre »

(2) هاني محمود حمزة، المرجع السابق ص 53

(3) شريف يوسف خاطر، المرجع السابق، ص 301



يعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن القضاء الإداري وعلى رأسه مجلس الدولة هو المكان الطبيعي للمنازعات الخاصة بالعقود الإدارية، ومنح هذا الاختصاص إلى قضاء خاص يعتبر اعتداء جسيما على اختصاص القضاء الإداري، "فمنذ 1906 قال الفقيه **فيرناند** بأن القضاء الإداري يستطيع أن يمارس الرقابة على أعمال الإدارة أفضل من المحكمين". كما أن الفقيه **لافيرير** تساءل مستكرا: "كيف للدولة أن تقبل منح المحكمين سلطة النظر في المنازعات التي لم توافق على منحها، للقضاة العاديين؟"⁽¹⁾

وإضافة إلى ما ذكر فإن مجلس الدولة الفرنسي يعتبر أن البند التحكيمي في العقد الإداري باطل بطلانا مطلقا لأنه يتعلق بالنظام العام الداخلي الفرنسي ويعد بهذه المثابة مخالفا للنظام العام في فرنسا، على أساس أن اختصاص القضاء الإداري يعتبر من النظام العام.

ولقد أدى هذا التناقض في موقف كل من القضاء العادي والقضاء الإداري، إلى تدخل المشرع الفرنسي، للحد من تطبيق القاعدة التي تمسك بها مجلس الدولة بشأن عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية، فأصدر مرسوما تشريعا بتاريخ 19 أوت 1986 الذي أجاز للدولة والمقاطعات والمؤسسات العامة أن تقبل شرط التحكيم في العقود المبرمة مع الشركات الأجنبية وذلك استثناء من حكم المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي.

واشترط المشرع الفرنسي لتطبيق هذا القانون ما يلي⁽²⁾:

- أن يكون العقد مبرما مع شركة أجنبية أي أن يكون العقد الإداري ذا طبيعة إدارية.
- أن يكون العقد بخصوص مشروع ذي نفع قومي.
- ضرورة صدور مرسوم من مجلس الوزراء للموافقة على تضمين العقد شرط التحكيم، وذلك يكون في كل حالة على حدة.

نستخلص مما قيل أن المشرع الفرنسي لم يقبل بالتحكيم في العقود الإدارية إلا مضطرا، وحتى عندما قبل كان قبوله مشروطا ومقيدا بالشروط التي وضعها في القانون الذي صدر في 19 أوت 1986.

وفي واقع الحال كان قبوله هذا نتيجة لقانون التجارة الدولي الذي فرض على المشرع الفرنسي بأن يقبل بالتحكيم في العقود الإدارية الدولية ولو من قبيل الاستثناء من القاعدة

⁽¹⁾ هاني محمود حمزة، المرجع السابق، ص 54

⁽²⁾ حفيظة السيد حداد المرجع السابق ص 376

العامّة المتمثلة في المنع وقد تجسدت هذه الضغوط في النزاع الذي ثار بين شركة ديزني لاند والدولة الفرنسية⁽¹⁾، فقد أوقفت هذه الشركة المفاوضات مع الدولة الفرنسية حتى توافق هذه الأخيرة على إدراج تضمين العقد بندا تحكيميا يضمن للشركة الأمريكية قضاء لا يختلف كثيرا عن نظامها القضائي، لأن القضاء الإداري غير معروف في الدول الأنجلو أمريكية.

يستفاد مما ذكر أن المشرع الفرنسي لم يقبل بولاية التحكيم إلا مضطرا، ولذلك قام بتقييد هذه الولاية ولم يدعها مطلقة، فالأصل في التشريع الفرنسي هو المنع والحظر أما الاستثناء فهو الإباحة والإجازة.

الفرع الثاني: موقف المشرع المصري:

لقد عرفت مسألة التحكيم في العقود الإدارية الدولية والداخلية جدلا واسعا فقها وقضاء كالذي عرفته فرنسا وذلك لتشابه النظامين القانونيين في كلا البلدين، بل ويمكن القول إن الفقه والقضاء المصري قد تأثر بالفقه والقضاء الفرنسي، ويستشف ذلك من الحجج التي صاغها المعارضون لإعمال التحكيم في العقود الإدارية، والسبب الرئيسي لهذا الجدل هو أن المشرع المصري لم يحسم هذه المسألة لا بالمنع ولا بالإجازة، فغياب النص التشريعي الذي يبيح التحكيم في العقود الإدارية أو يمنعه جعل كل فريق يفسر هذا الأمر لصالحه، فدعاة منع اللجوء إلى التحكيم فسروا عدم وجود نص تشريعي يجيز التحكيم في العقود الإدارية، إلى كون المشرع المصري أحال جميع المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية إلى القضاء الإداري، لكونه صاحب الاختصاص الأصيل في هذه المنازعات وله الولاية العامة عليها، وأن المشرع لو شاء أن يبيح التحكيم في العقود الإدارية لأصدر نصا خاصا بذلك⁽²⁾.

- أما دعاة جواز التحكيم في العقود الإدارية فقد رأوا أن عدم وجود نص يحظر التحكيم في العقود الإدارية يفسر لصالح إباحة التحكيم في هذه العقود للأسباب الآتية:

إن غياب نص يجيز أو يمنع الاتفاق على التحكيم يحيل إلى قانون المرافعات، خاصة المادة 501⁽³⁾، والتي تنص على "على أنه يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ

(1) هاني محمود حمزة، المرجع السابق، ص 54

(2) حفيظة السيد حداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001 ص 40

(3) قانون المرافعات المدنية والتجارية، رقم 13 لسنة 1968



عن تنفيذ عقد معين " ولم تحدد هذه المادة طبيعة هذه العقود ، مما جعل دعاء هذا الرأي يرون أن هذه المادة تشمل العقود الإدارية ما دام النص عاما ولا يوجد نص خاص يقيده.

أما القضاء المصري فقد انقسم هو الآخر كما انقسم الفقه إلى مؤيد للتحكيم في العقود الإدارية ممثلا في محكمة النقض المصرية، وإلى رافض للتحكيم في العقود الإدارية ممثلا في مجلس الدولة المصري والمحكمة الإدارية العليا.

1 - موقف القضاء العادي: لقد مثلت محكمة النقض المصرية هذا الموقف وقد كان كالتالي:

لقد أصدرت محكمة النقض المصرية قرارا تحت رقم 369 لجلسة 1999/04/02 وقد كان فحواه⁽¹⁾: "يجوز الاتفاق في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين".

وقد استندت محكمة النقض المصرية في إصدارها لهذا القرار إلى المادة 501 من قانون المرافعات المدنية والتجارية السالفة الذكر، فقد رأت المحكمة أن النص جاء عاما غير محدد لنوعية العقود التي يشملها اتفاق التحكيم، وبما أنه لا يوجد نص خاص يقيده أو يخرج العقود الإدارية من دائرة المادة 501 فيجوز التحكيم في العقود الإدارية.

2 - موقف القضاء الإداري يمكن إجمال موقف القضاء الإداري في مواقف مجلس الدولة ممثلا في الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع وموقف المحكمة الإدارية العليا.

أ - موقف مجلس الدولة، لقد أصدرت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لمجلس الدولة فتوى بتاريخ 1970/01/07 بعدم جواز اللجوء للتحكيم لحل منازعات العقود الإدارية دون وجود نص صريح يجيز التحكيم في هذه العقود وصدرت فتوى⁽²⁾ بنفس الفحوى بتاريخ 1988/03/30، تماما لسابقتها بتاريخ 1989/05/15⁽³⁾، وذلك عند مراجعتها لعقد أبرم بين وزارة التعمير والمجتمعات العمرانية ومجموعة العمارة والتخطيط، أجازت فيه اتفاق التحكيم الذي تضمنه العقد، واستندت في ذلك على المواد 167- 172 من الدستور المصري، ومواد التحكيم من 501- 509

⁽¹⁾ قرار محكمة النقض في الطعن رقم 369، السنة 22ق، جلسة 1999/04/02، مجموعة أحكام النقض، السنة السابعة، ص522، وقرارها في الطعن رقم 573، جلسة 1986/12/03، مجموعة أحكام محكمة النقض، ص926، مشار إليها بمقال: أنور محمد رسلان: "التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دراسة مقارنة، مجلة الأمن والقانون، السنة 6 العدد الأول، يناير 1998، ص14

⁽²⁾ فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لمجلس الدولة في الملف رقم 86/ 06/ 163، جلسة 1970/ 01/15، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء العاشر، ص752

⁽³⁾ ملف رقم 265/01/54 جلسة 1989/05/17 مشار إليها بمرجع: نجلاء حسن سيد أحمد خليل "التحكيم في العقود الإدارية، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الثامنة 2003/2004، ص74

من قانون المرافعات المصري والمادتين 10-58 من قانون مجلس الدولة، واستخلصت أن التحكيم يقوم على دعائمين الأولى تتمثل في إرادة الأطراف والثانية تتمثل في إرادة المشرع وما دام المشرع لم يمنع اللجوء إلى التحكيم بنص صريح، فالتحكيم في العقود الإدارية جائز.

مما ذكر يتبين لنا أن مجلس الدولة المصري لم يتخذ موقفا حازما فيما يتعلق بمنع أو إجازة التحكيم في العقود الإدارية فقد أفتى بالمنع وأفتى بالإباحة.

موقف المحكمة الإدارية العليا: لقد نحت المحكمة العليا الإدارية نفس منحى مجلس الدولة، فقد كان لها رأيان رأي يفيد بالجواز وآخر يفيد بالمنع.

أما الرأي الأول فقد استتدت فيه إلى نفس الحجج والمبررات التي ساقها مجلس الدولة والمتمثلة خصوصا في الاختصاص القضائي واعتباره من النظام العام وقد كان ذلك بخصوص نظرها في الطعن المقدم من هيئة قضايا الدولة نيابة عن وزير الإسكان والمرافق في قضية الشركة المصرية للمساهمة والتعمير والإنشاءات السياحية ضد وزير الإسكان والمرافق وقد كان ذلك الحكم المطعون فيه يلزم الوزير باتفاق التحكيم، فنقضت المحكمة العليا الإدارية⁽¹⁾ ذلك الحكم، لأنها رأت أنه لا يجوز التحكيم في العقود الإدارية.

أما الرأي الثاني للمحكمة فقد كان في قرار لها بتاريخ 1994/01/18⁽²⁾ استنادا إلى المادة 501 والذي أجازت فيه التحكيم في العقود الإدارية وقد بنت قرارها هذا على:

- أن شرط التحكيم الذي تضمنه العقد المبرم بين المتازعين قد تم قبل إنشاء مجلس الدولة.
- أن الاتفاق على التحكيم لا ينزع الاختصاص من القضاء الإداري، وإنما يمنعه من سماع الدعوى طالما بقي شرط التحكيم قائما.

لقد بات واضحا أن الجدل والتضارب في الفتاوى والقرارات بين مانع للتحكيم في العقود الإدارية ومجيز لها، بل وأصبح هذا التضارب والاختلاف في الجهة القضائية الواحدة كما ذكر سابقا، ولذلك أصبح لزاما على المشرع المصري أن يتدخل لينهي هذا التضارب والاختلاف، وبناء على ذلك أصدر قانون رقم 1994/27

⁽¹⁾ قرار المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 1567، السنة 34 ق، جلسة 1990/02/20، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، السنة 35، العدد الأول 1994، ص1134 ومابعداها.

⁽²⁾ الطعن رقم 886، السنة 30 ق، جلسة 1994/ 01/18 مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لتسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاما، الجزء الأول، من أول أكتوبر 1955 حتى آخر سبتمبر 1995، ص145



- قانون 1994/27 بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية والذي نصت مادته الأولى على: "مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية، تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أشخاص القانون العام أو القانون الخاص، أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر، أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون"

بعد صدور هذا القانون طرح التساؤل حول ما إذا كان نص المادة الأولى من هذا القانون قد ألغى العمل بنص المادة 10 من القانون رقم 1972/47 والتي تعطى لمجلس الدولة المصري الحق في الفصل في المنازعات المتعلقة بعقود الإلزام أو الأشغال العامة أو بأي عقد إداري آخر⁽¹⁾. والواقع أن المادة الثالثة من قانون 1994/27 قد نصت على: "... يلغى أي حكم مخالف لأحكام هذا القانون".

وبالتالي فإن القانون الجديد يلغي القانون القديم ولكن قرار الجمعية العمومية للفتوى والتشريع لمجلس الدولة، الخاص بالمنازعة بين المجلس الأعلى للآثار والشركة الإنجليزية واللذين اتفقا على تسويتها عن طريق التحكيم، تحت رعاية المركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي جاء مخالفا للقانون 1994/27 حيث قضت الجمعية العمومية بعدم صحة شروط التحكيم في منازعات العقود الإدارية⁽²⁾.

الأمر الذي دفع المشرع المصري إلى تعديل قانون رقم 1994/27 بقانون رقم 1997/09 والذي نص على ما يلي: "وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص، أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك"⁽³⁾ وقد أزال هذا القانون اللبس الذي كان موجودا في القانون السابق وأجاز التحكيم في العقود الإدارية بالمطلق، دولية كانت أو داخلية مع شرط الحصول على الترخيص بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة من ممثليها القانونيين.

(1) حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق ص 377

(2) هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الأعمال على العقود الإدارية الدولية، المرجع السابق، ص 59

(3) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، ص 98، دار الفكر

المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من التحكيم في العقود الإدارية الدولية:

قبل الحديث عن التحكيم في العقود الإدارية الدولية في ظل النظام القانوني الجزائري علينا التطرق إلى مسألة قد أثارت جدلا واسعا لدى الفقهاء الجزائريين وهي، إنكار المشرع الجزائري للتحكيم التجاري الدولي من عدمه.

الفرع الأول: واقع التحكيم التجاري في النظام القانوني الجزائري:

فقد ذهبت غالبية الفقه إلى أن النظام القانوني الجزائري لم يكن يعترف بمسألة التحكيم إطلاقا، وحجتهم في ذلك هو عدم وجود نص قانوني صريح يبيح التحكيم التجاري الدولي، وعدم انضمام الجزائر لمختلف المعاهدات الدولية الخاصة بالتحكيم، ولو أنهم اعترفوا بأن المشرع الجزائري لجأ إلى التحكيم في عدة قضايا وهنا تكمن المفارقة فمن جهة المشرع ينكر التحكيم على الإطلاق ومن جهة أخرى يمارسه واقعا ولذلك قالوا بأن المشرع رفضه قانونا ومارسه واقعا، ومن أهم الفقهاء الذين أخذوا بهذا المذهب الأستاذ نور الدين تركي والقاضي بجاوي محمد عندما تحدث عن أسباب الرفض الخاصة بكل دولة ومنها الجزائر وذكر في الأسباب الاقتصادية:

"لقد شيدت الدول العربية وخاصة الجزائر اقتصادياتها على تدخل الدولة، فأصبحت الدولة تاجرا مستثمرا، صناعيا، مقاولا، ناقلا، مؤمنا"⁽¹⁾.

رغم ذلك فالضرورة الاقتصادية ألزمت الجزائر على اللجوء إلى التحكيم في الواقع، رغم أنها تبنت تشريعا يمنع اللجوء إلى التحكيم. وهناك جانب من الفقهاء خالف هذا القول مثل الأستاذ بن شنب⁽²⁾ الذي اعتبر مبدأ العدا هو مجرد زعم غير مؤسس لأنه:

1- عند التطرق إلى العقود التي أبرمتها الجزائر مع الدول الأخرى غير فرنسا نلاحظ شرط التحكيم فيها، وهذا دليل على عمل المشرع آنذاك بمبدأ سلطان الإرادة والمستمد من المادة 106 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن "العقد شريعة المتعاقدين"، والمثال على ذلك الاتفاق الجزائري المغربي في مجال النقل الجوي، الذي نص على شرط التحكيم بموجب المادة 22 التي بينت إجراءات التحكيم، كما أن الاتفاق الجزائري الدنمركي المتعلق بالقرض، يحيل الأطراف إلى التحكيم في حالة حدوث نزاع⁽³⁾.

⁽¹⁾ عليوش قريوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، 2005، ص 23

⁽²⁾ محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات البغدادى 2008، ص 21

⁽³⁾ محمد كولا، المرجع السابق، ص 23



2- موقف الخطاب السياسي آنذاك، لم يكن يقصد رفض التحكيم بل كان يطالب بإعادة النظام العالمي ككل، ومن ثم نظام التحكيم وبالتالي لا يوجد رفض جذري للتحكيم بل رفض نظام غير عادل لم تساهم الدول النامية في وضعه.

ولقد أصاب الأستاذ بوشنب في قوله، إن المشرع الجزائري لم ينكر التحكيم التجاري الدولي وإنما أنكر النظام الدولي وأضيف إلى هذا القول مجموعة من الدلائل على عدم إنكار المشرع الجزائري للتحكيم التجاري الدولي:

- أن المشرع الجزائري لم ينكر التحكيم التجاري الدولي، وإنما أنكر التحكيم في المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية وحجتنا في ذلك ما جاءت به المادة 442 الفقرة الثالثة من الأمر رقم 66/154 من قانون الإجراءات المدنية، والتي نصت على أنه " لا يجوز للدولة ولا للأشخاص الاعتباريين العاميين أن يطلبوا التحكيم "

ورغم أن في الفترة التي صدر فيها قانون الإجراءات المدنية كان المشرع الجزائري قد تبنى المذهب الاشتراكي في جميع مفاصل الدولة، وبالخصوص الجوانب الاقتصادية وقد كانت مختلف المنشآت الاقتصادية تعتبر بمثابة الأشخاص الاعتبارية العامة، وبالتالي لا يجوز فيها التحكيم إلا أن الواقع العملي جعلنا نفرق بين المؤسسات العامة ذات الطبيعة الاقتصادية مثل سوناطراك، ومركب الحديد والصلب، والخطوط الجوية الجزائرية والمؤسسات ذات الطابع الإداري البحت مثل الولاية والبلدية.

ومن الواضح أن السبب الذي دفع المشرع الجزائري إلى رفض التحكيم في المنازعات الخاصة بالأشخاص الاعتبارية العامة، هو طبيعة تلك العقود التي كان يعتبرها المشرع عقودا إدارية لا يجوز إخضاعها لغير القانون الوطني.

- الاتفاقيات الدولية المبرمة بين الشركات العمومية الجزائرية والشركات الأجنبية، وقد كانت أولى هذه الاتفاقيات بعيد الاستقلال مباشرة ونذكر منها اتفاق جيتي المبرم سنة 1968⁽¹⁾ وهو اتفاق خاص بالبحث عن الوقود واستغلاله بين الشركة الوطنية للمحروقات (سوناطراك) وشركة جيتي بتروليوم كومباني الأمريكية وكذا برتوكول اتفاق يتعلق

⁽¹⁾ أمر رقم 591/68 المؤرخ في 1968/10/31 المتضمن الموافقة على الاتفاق الخاص بالبحث عن الوقود والاستغلال في الجزائر وعن البروتوكول المتعلق بأعمال البحث عن الوقود وإنتاجه في الجزائر من طرف شركة جيتي بتروليوم كومباني وكذلك بروتوكول يتعلق بنشاطات الأبحاث عن الوقود وإنتاجه في الجزائر من قبل شركة جيتي بتروليوم كومباني الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 88 لسنة الخامسة بتاريخ 1968/11/01

بنشاطات الأبحاث والبحث عن الوقود وإنتاجه في الجزائر من قبل هذه الشركة وقد صدر هذا الاتفاق في الجريدة الرسمية في الأمر رقم 591/68 المؤرخ في 10/31/1968.

- لقد فرق جانب من الفقه بين فترة ما قبل التأميم وما بعدها فقد رأى هذا الجانب بأن النظام الجزائري بعد التأميم أصبح عداؤه للتحكيم أكثر رسوخا منه قبل التأميم لكن بالعودة إلى الأمر رقم 24/71⁽¹⁾ المؤرخ في 12/04/1971 المعدل للقانون البترولي الصحراوي لسنة 1958 الذي أمم قطاع المحرققات بنسبة واحد وخمسين بالمائة، إن هذا الأمر لم يلغ التحكيم إلا فيما يتعلق بالجباية البترولية وذلك بمقتضى المادة السابعة منه والتي نصت على إخضاع الجباية البترولية إلى القضاء الوطني إذ نصت على: "إن الخلافات المتعلقة بالضرائب المذكورة، تكون من اختصاص المجلس الأعلى ابتدائيا ونهائيا"

إضافة إلى ما قيل نلاحظ أن الفترة التي تلت التأميم قد عرف النظام القانوني الجزائري فيها عدة اتفاقيات نذكر منها الاتفاق الجزائري مع غينيا بيساو حول النقل الجوي الموقع عليه بالجزائر بتاريخ 05/02/1975 وقد تضمن هذا الاتفاق شرط التحكيم العقد المبرم بين شركة رفينة وشركة سنبك فقد تضمن العقد المبرم بينهما "يسرى على العقد القانون الجزائري وفي حالة الاختلاف في حل النزاع بالطرق الودية يلجأ الطرفان إلى التحكيم عن طريق الغرفة التجارية الدولية بباريس ويتم اختيار المحكمين حسب النظام، ويفضل أن يكون محل التحكيم بالجزائر"⁽²⁾.

وهناك عدة اتفاقيات مشابهة مثل الاتفاق الخاص بالشركة الوطنية للحديد والصلب الذي أحال الأطراف في حالة عجز القانون الجزائري إلى الغرفة التجارية الدولية بستوكهولم للفصل في النزاع.

ولقد استمر المشرع الجزائري في العمل بالتحكيم التجاري الدولي حتى مرحلة إصدار قانون 09/93⁽³⁾ الذي أزال اللبس والغموض عن النظام القانوني الجزائري، ولم يكن إصدار هذا المرسوم بمثابة الخروج من مرحلة المنع والحظر إلى مرحلة الإجازة والإباحة كما يقول بعض الفقهاء، باعتبار أن المشرع الجزائري لم ينكر التحكيم التجاري الدولي كما سلف القول بقدر ما هو نقلة نوعية للنظام التحكيمي الجزائري، فقد جاء هذا المرسوم بأمر غاية في الأهمية.

(1) محمد كولا المرجع السابق، ص 23

(2) محمد كولا المرجع السابق، ص 24

(3) ALLIOUHE-KERBOUA-MEZIANI NAIMA, « L'arbitrage commercial international en Algérie », office des publications universitaires, p5-6



- فقد أباح للأشخاص المعنوية العامة التابعة للقانون العام اللجوء إلى التحكيم في علاقاتهم التجارية الدولية.
- هذا المرسوم يعتبر بمثابة أول قانون إجرائي خاص بالتحكيم عرفه التنظيم القانوني الجزائري.
- لقد أدخل مجموعة من المفاهيم كانت غائبة عن التحكيم الجزائري مثل النظام العام الدولي والميعار الذي استند عليه المشرع الجزائري في تدويل التحكيم، ولكن رغم أهمية هذا المرسوم فما هو إلا نتيجة من نتائج الانتقال من مذهب اقتصادي واجتماعي وسياسي إلى مذهب مفاير تماما، فقد عرفت الجزائر في هذه الفترة تغييرات جذرية على المستوى السياسي وذلك بتغيير دستور 1976 ووضع دستور جديد في 1989، وانتقلت الدولة الجزائرية بهذا التغيير الجذري من المذهب الاشتراكي إلى المذهب الليبرالي، وبما أن الدستور هو القانون الأسمى في الدولة فإن تغييره اقتضى تغيير مختلف القوانين كنتيجة حتمية تقتضيها المرحلة الجديدة وبذلك جاء المرسوم التشريعي 09/93.

الفرع الثاني: العقود الإدارية الدولية في النظام القانوني الجزائري:

العقود الإدارية الدولية في المرسوم التشريعي 09/93: لقد ذكرنا سابقا أن المشرع الجزائري، لم يعرف هذا المفهوم إلا مع صدور المرسوم التشريعي 09/93 باعتبار أن المشرع الجزائري كان قبل صدور هذا المرسوم يمنع التحكيم في العقود الإدارية بالنسبة للدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، وذلك بمقتضى المادة 442 الفقرة الثالثة من الأمر رقم 66/154⁽¹⁾ المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ولذلك كان يعتبر مفهوم العقود الإدارية الدولية جديدا في النظام القانوني الجزائري الخاص بالتحكيم.

لقد وضع هذا المرسوم أسسا للفرز بين العقود الإدارية الدولية والعقود الإدارية الداخلية عندما وضعت الفقرة الثالثة من المادة 442 من المرسوم التشريعي 09/93 حدا فاصلا بينهما بقولها: "ولا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقاتهم التجارية الدولية" فقد وضع هذا المرسوم وجوب أن تكون العقود التي يجوز فيها التحكيم التجاري الدولي بالنسبة للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام ذات طابع دولي وبالتالي فقد منع التحكيم في العقود الإدارية الداخلية.

⁽¹⁾ NATHALIE NAJJAR, préface de EMMANUEL GAILLARD « l'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international », L. G. D. J DELTA 2004, p52

ومما يلاحظ في هذا المرسوم أن المشرع الجزائري أجاز التحكيم في العقود الإدارية دون قيد أو شرط مخالفاً بذلك المشرع الفرنسي الذي وضع مجموعة من القيود تتمثل في:

- أن يكون العقد مبرما مع شركة أجنبية أي يكون العقد دوليا.
- أن يكون العقد بخصوص مشروع ذي نفع قومي
- ضرورة صدور مرسوم من مجلس الوزراء للموافقة على تضمين العقد شرط التحكيم وذلك يكون في كل حالة على حدة.

وكذلك فعل المشرع المصري الذي اشترط هو الآخر في القانون رقم 1997/09، موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة عندما يتعلق الأمر بمنازعات العقود الإدارية ومنع تفويض الاختصاص في هذا الأمر.

فباستثناء الشرط المتعلق بدولية العقد فإن مرسوم 09/93 لم يفرض قيودا على قابلية العقود الإدارية الدولية للتحكيم.

- ثانيا صدر قانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية

لقد انتقل المشرع الجزائري في هذا القانون من الإباحة غير المقيدة الواردة في المادة 3/442 من المرسوم التشريعي 09/93 حيث إن هذه الفقرة لم تشترط إلا أن يكون العقد دوليا ومتعلقا بالتجارة الدولية، لكن القانون الجديد يبدو فيه أن المشرع الجزائري قد تأثر بالمشرع الفرنسي، حيث نجده وضع مجموعة من الشروط الخاصة بمنازعات العقود الإدارية⁽¹⁾ وقد أوردها في المواد 975- 976- 1006 وهي كالتالي:

- أن تكون هذه العقود في ظل اتفاقية دولية مصادق عليها من طرف الدولة الجزائرية، المادة 975/1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- أن تكون العقود الإدارية من فئة الصفقات العمومية المادة 975 قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- أن يتم اللجوء إلى هذا التحكيم بمبادرة من الهيئة الوصية المادة 976 قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

والملاحظ على هذه الشروط، أنها تثير مجموعة من الإشكالات منها على سبيل المثال لا الحصر ماذا لو تم الاتفاق على التحكيم دون موافقة الهيئة الوصية أو دون وجود اتفاقية بين الدولة الجزائرية والشخص الأجنبي، وماذا لو أن العقود الإدارية ليست من فئة الصفقات العمومية كأن

⁽¹⁾ سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، بنصه وشرحه، والتعليق عليه، وتطبيقه وما إليه،

الجزء الثاني، المواد من 584 إلى 1065، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر ص1166



تكون عقود الامتياز المذكورة في قانون الولاية والبلدية وليس في قانون الصفقات العمومية إلى غير ذلك من التساؤلات التي أثارها المشرع الجزائري بذكر هذه الشروط.

والجدير بالذكر هنا هو أن المشرع الجزائري بوضعه لهذه النصوص سوف يصطدم بالنظام العام الدولي الخاص بالتحكيم التجاري الدولي، فالعقد الإداري الدولي هو من عقود التجارة الدولية ولذا فهو يخضع لقانون التجارة الدولي، ووجود أي شرط أو قيد يحد من أعمال قانون التجارة الدولي يعتبر باطلا في نظر القانون الدولي للتجارة وخير مثال على ذلك هو ما وقع بين الدول التي تتبنى ازدواجية القضاء مثل فرنسا ومصر وتونس وغيرها من الدول عندما رفضت هذه الدول إخضاع العقود الإدارية الدولية للتحكيم التجاري الدولي بحجة مساس ذلك بسيادة هذه الدول وإخضاعها للقانون الإداري الداخلي لأنه الأنسب لها وفي هذا المجال أصدرت محكمة استئناف باريس حكما قضائيا اعتبر فيما بعد قاعدة مادية من قواعد التحكيم التجاري الدولي وتم تكييفها على أنها قاعدة من قواعد النظام العام الدولي ولا يعمل بها فقط في مواجهة النصوص المقيدة للتحكيم في القانون الفرنسي بل يعمل بها في مواجهة الدول الأجنبية التي تعرف قوانينها مثل هذا الحظر⁽¹⁾.

وقد جاء هذا الحكم الصادر بتاريخ 13 يونيو 1996 كالتالي "الحظر الوارد على الدولة في قبول شرط التحكيم وأيا ما كان السبب الذي يستند إليه، يعمل فقط في إطار العقود الوطنية ولا يعد هذا الحظر من قبيل القواعد المتصلة بالنظام العام الدولي، والذي يحظر على العكس، على الشخص العام المتعامل على مسرح التجارة الدولية أن يتمسك بالنصوص المقيدة الواردة في القانون الوطني أو في القانون الحاكم للعقد من أجل التنصل من اتفاق التحكيم المتفق عليه مسبقا"

ولقد صدر هذا الحكم في المنازعة الناشئة بين كل من الشركة الإيطالية أيسرو أتسرو والشركة الكويتية للتجارة والمعاملات الخارجية، وبعد أن صدر حكم التحكيم في صالح الشركة الإيطالية طعنت الشركة الكويتية في الحكم الصادر بحجة بطلان شرط التحكيم موضوع المنازعة لأن العقد المبرم بينهما نص صراحة على خضوع العقد للقانون الجزائري والمادة 3/442 من قانون الإجراءات المدنية الجزائرية تحظر على الأشخاص الاعتبارية العامة الخضوع للتحكيم، وبما أن العقد المبرم بين الشركة الكويتية أبرم بين الشركة بصفتها ممثلا لدولة الكويت، وبهذه المثابة فإن التصرف الصادر عن الشركة

(1) حفيفة السيد حداد الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية،

الكويتية يتعلق بأحد المقاولات العامة وبالتالي فهي شخص اعتباري عام يخضع للحظر الوارد في المادة 3/442 من قانون المرافعات الجزائري.

وهنا جاء رد محكمة استئناف باريس المذكور سلفا، وهناك عدة قواعد مادية تعتبر من قبيل النظام العام الدولي والتي ترجح متى ما اصطدمت مع النظام العام الداخلي وخصوصا في عقود التجارة الدولية⁽¹⁾، ولذلك فإن الشروط التي وضعها المشرع في هذا المجال تصبح لاغية لأنها لا تطبق إلا على العقود الداخلية.

ولذلك فإنه كان من الأولى للمشرع الجزائري أن يحتفظ بالنص الوارد في المرسوم التشريعي 09/93 والذي جاء خاليا من أي اشتراطات أو قيود باستثناء أن يكون العقد من عقود التجارة الدولية.

خاتمة:

لقد عرف التشريع الجزائري في مجال التحكيم في العقود الإدارية الدولية ثلاث مراحل متباينة:

المرحلة الأولى تميزت بالحضر الكلي للتحكيم التجاري الدولي على الأشخاص الاعتبارية العامة وكنا قد ميزنا سابقا بين الأشخاص الاعتبارية العامة ذات الطبيعة الاقتصادية مثل الشركة الوطنية للمحروقات والأشخاص الاعتبارية العامة ذات الطبيعة الإدارية مثل البلدية والولاية، وقلنا إن المشرع قصد بالمنع الأشخاص الاعتبارية العامة ذات الطبيعة الإدارية وكنا قد دللنا على ذلك بالاتفاقيات التي أبرمها المشرع الجزائري مع عدة دول وممارساته العملية.

أما المرحلة الثانية وهي تلك التي صدر فيها المرسوم التشريعي 09/93 الذي أجاز فيه المشرع للأشخاص الاعتبارية ذات الطابع الإداري العامة اللجوء للتحكيم التجاري الدولي في علاقاتها التجارية الدولية وقد كانت هذه الإجازة غير مشروطة أو مقيدة إلا بشرط أن يكون العقد دوليا وفي مجال التجارة الدولية.

ويعتبر مرسوم 09/93 أول نظام قانوني متكامل في مجال التحكيم التجاري الدولي يعرفه التشريع الجزائري، فقد كان المشرع يعتمد سابقا على الاتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف في مجال التحكيم سواء من حيث إبرام اتفاق التحكيم إلى غاية تنفيذه والظعن فيه، ولذلك كان هذا المرسوم بمثابة النقلة النوعية للتحكيم التجاري الدولي الجزائري.

أما آخر المراحل فقد جاء بها قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد 09/08، وقد قام المشرع في هذا القانون بإضافة مجموعة من الشروط، متأثرا في ذلك بالمشرع الفرنسي،

(1) حفيظة السيد حداد المرجع السابق ص371



وأهمها وجوب الحصول على ترخيص من الهيئة الوصية وحصر العقود الإدارية الدولية في فئة الصفقات العمومية دون سواها من العقود الإدارية المسماة وغير المسماة.

واقْتداء المشرع الجزائري بالمشرع الفرنسي في هذا المجال يعتبر في غير محله وذلك لفارق التجربة بينهما فمنع التحكيم في العقود الإدارية يعد مبدأ راسخا في الفقه والقضاء الفرنسيين بينما الأمر ليس كذلك بالنسبة للفقه والقضاء في الجزائر، وذلك لحدثة التجربة الجزائرية في مجال القانون الإداري فالجزائر لم تعرف القانون الإداري إلا بعد دستور 1996.

والقاعدة العامة في فرنسا هي منع التحكيم في العقود الإدارية والاستثناء هو الإباحة فالمشرع الفرنسي أجاز التحكيم في العقود الإدارية الدولية دون العقود الإدارية الداخلية التي اعتبرها من اختصاص القضاء الإداري، وهذه الإجازة جاءت لمواكبة تطور نظام التجارة الدولي، فلا يمكن إخضاع عقود التجارة الدولية للقانون الداخلي لأي دولة، ولذلك جاءت المواد 83 و1004 من قانون الإجراءات المدنية القديم بالمنع الكلي للتحكيم سواء بالنسبة للعقود الإدارية الداخلية أم الدولية ولكن الظروف الاقتصادية الدولية جعلت المشرع الفرنسي يعدل عن هذا الحظر ويضع المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي والتي ألغت المواد 83 و1004 وقد استمرت هذه المادة في حظر التحكيم في العقود الإدارية إلى أن تدخل المشرع الفرنسي في 19 أغسطس -أوت 1986 وأجاز للدولة وللمقاطعات وللمؤسسات العامة أن تقبل شرط التحكيم في العقود المبرمة مع الشركات الأجنبية وذلك استثناء من حكم المادة 2060 ووضع مجموعة من الشروط منها صدور مرسوم من مجلس الوزراء للموافقة على تضمين العقد شرط التحكيم وذلك يكون في كل حالة على حدة⁽¹⁾.

وقد وصل المشرع الفرنسي إلى هذه النتيجة بعد صراع طويل بين القضاء العادي والقضاء الإداري بينما التشريع الجزائري لم يعرف أي جدل أو صراع بين القضاء العادي والقضاء الإداري لحدثة التجربة الجزائرية في هذا المجال، وبالتالي فلا مجال للاقتداء بالمشرع الفرنسي في وضع قيود على التحكيم في العقود الإدارية الدولية كما نصت على ذلك المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.

ولذلك يجب إلغاء هذه القيود والاشتراطات من أجل جعل التحكيم التجاري الدولي في الجزائر ضمانا للاستثمارات الأجنبية وتكريس تجربة جزائرية في هذا المجال تعكس تطور النظام القانوني الجزائري للتحكيم التجاري الدولي، مستفيدا من الأنظمة القانونية المقارنة ولكن دون تقليدها بما يضر المصلحة الوطنية.

(1) حفيظة السيد حداد المرجع السابق ص376

المراجع:**باللغة العربية:**

- 1- د. حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2007.
- 2- لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي وفقا لأحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن، منشورات زين الحقوقية، 2008.
- 3- هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الأعمال على العقود الإدارية الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008.
- 4- فؤاد محمد أبو طالب، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية وفقا لأحكام القانون الدولي العام دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية 2010.
- 5- شريف يوسف خاطر، التحكيم في مجال العقود الإدارية، دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والمصري، مجلة الشريعة والقانون، مؤتمر التحكيم التجاري الدولي "أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية"، بحوث المجلد الأول.
- 6- حفيظة السيد حداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001.
- 7- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، ص98، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2007
- 8- عليوش قريوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، 2005.
- 9- محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات البغدادي 2008.
- 10- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسر للنشر والتوزيع 2009.
- 11- سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، بنصه وشرحه، والتعليق عليه، وتطبيقه وما إليه، الجزء الثاني، المواد من 584 إلى 1065، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر.

ثانيا: القوانين:

- 1- قانون المرافعات المدنية والتجارية، رقم 13 لسنة 1968
- 2- امر رقم 66- 154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية



3- قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08- 09

4- أمر رقم 1591/68 المؤرخ في 31/10/1968 المتضمن الموافقة على الاتفاق الخاص بالبحث عن الوقود والاستغلال في الجزائر وعن البروتوكول المتعلق بأعمال البحث عن الوقود وانتاجه في الجزائر من طرف شركة جيتي بتروليوم كومباني وكذلك بروتوكول يتعلق بنشاطات الأبحاث عن الوقود وانتاجه في الجزائر من قبل شركة جيتي بتروليوم كومباني الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 88 السنة الخامسة بتاريخ 1968/11/01.

ثالثا: الأحكام والقرارات القضائية:

1- قرار محكمة النقض في الطعن رقم 369، السنة 22ق، جلسة 1999/04/02، مجموعة أحكام النقض، السنة السابعة، ص522، وقرارها في الطعن رقم 573، جلسة 1986/12/03، مجموعة أحكام محكمة النقض، ص926، مشار إليها بمقال: أنور محمد رسلان: "التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دراسة مقارنة، مجلة الأمن والقانون، السنة 6 العدد الأول، يناير 1998.

2- فتوى الجمعية العمومية لقسامي الفتوى والتشريع لمجلس الدولة في الملف رقم 86/06/163، جلسة 1970/01/15، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء العاشر.

3- ملف رقم 265/01/54 جلسة 1989/05/17 مشار إليها بمرجع: نجلاء حسن سيد أحمد خليل "التحكيم في العقود الإدارية، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الثامنة 2004/2003.

4- قرار المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 1567، السنة 34 ق، جلسة 1990/02/20، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، السنة 35، العدد الأول 1994.

الطعن رقم 886، السنة 30ق، جلسة 1994/01/18 مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسامي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاما، الجزء الأول، من أول أكتوبر 1955 حتى آخر سبتمبر 1995.

المراجع باللغة الفرنسية:

1- ALLIOUHE-KERBOUA-MEZIANI NAIMA, « L'arbitrage commercial international en Algérie », office des publications universitaires.

2- NATHALIE NAJJAR, préface de EMMANUEL GAILLARD « l'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international », L. G. D. J DELTA 2004

حالات إبعاد الأجنبي المقيم وغير المقيم وحدودها في القانون الجزائري

كلمة أ. شوقي نذير
المركز الجامعي أمين العقال الحاج موسى أقي أخموك
تمنراست

تمهيد:

لا مناص لنا من الإقرار بأن الهجرة بشكل عام هي مصدر وفير لا ينضب، ومنبع غزير لا يغور للتلاحق الفكري والحضاري والثقافي، بل والتعاون الاقتصادي، زيادة في التلاحم والانسجام، إذا كانت بطبيعة الحال في إطارها المنظم والنسق المتزن.

لكن؛ إذا كانت هذه الهجرة تتم مع غياب أطرها والنظم المعمولة لها، فإنها تتقلب على صاحبها وعلى الدول المستقبلية والمحتضنة لها بوابل من المشاكل، وتصبح مدعاة للمعضلات ومصدر كل الآفات، ولم يبق في ذلك إلا طرد أو إبعاد هؤلاء.

إن مسألة طرد الأجنبي حق سيادي للدولة معترف به، لكن يخضع لقيود معينة معظمها في سياق القانون الدولي وحقوق الإنسان، مراعي الجانب الإنساني في التطبيق بعيدا عن كل أشكال الإهانة والإذلال.

لهذا كله جاء القانون رقم: 08- 11 المؤرخ في: 21 جمادى الثانية 1429هـ الموافق لـ: 25 جوان 2008م المتعلق بشروط دخول الأجنبي إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها⁽¹⁾ لاغيا أحكام الأمر رقم: 66- 211 المؤرخ في 02 ربيع الثاني 1386هـ الموافق لـ: 21 جوان 1966م المتمم والمعدل بالأمر رقم: 67- 190 المؤرخ في: 22 جمادى الثانية 1387هـ الموافق لـ: 27 سبتمبر 1967م المتعلق بوضعية الأجنبي في الجزائر⁽²⁾، بسبب عدة مستجدات اجتماعية واقتصادية وسياسية وثقافية كتزايد نسب الأجنبي بقصد الاستثمار أو البحث عن فرص للعمل أو حتى الدراسة والسياحة، أو... مع استفحال عدد الأجنبي غير الشرعيين في إقامتهم بالتوازي مع استفحال الجريمة المنظمة، ومن أجل وضع إطار عام يقنن شروط دخول الأجنبي إلى البلاد

(1) الجريدة الرسمية العدد 36 سنة 45 بتاريخ: 28 جمادى الثانية 1429هـ الموافق لـ: 02 جوان 2008م، ص04.

(2) الجريدة الرسمية العدد 64 السنة الثالثة بتاريخ: 10 ربيع الثاني 1386هـ الموافق لـ: 29 جوان 1966م، ص04.



والإقامة بها، بغرض إيجاد تدابير تشريعية تهدف إلى محاربة أو الحد من ظاهرة الهجرة غير الشرعية⁽¹⁾، مع فرض عقوبات ردية زجرية على من يعتقد أن اللجنة كاتئة من رواء الهجرة، وعلى كل من يسهل هذه العمليات كالمتاجرة بالمهاجرين وتهريبهم مع قانون العقوبات، فضلا عن الهياكل والمنشآت والمؤسسات التي رصدت من أجل محاربة هذه الظاهرة⁽²⁾، ضف إلى ذلك، نجد أن الدولة قد أشركت قطاع العدالة في محاربة هذه الظاهرة حيث إن لها دورا في اتخاذ تدابير الإبعاد وأشكاله.

كل هاته الجهات والهياكل وكل هاته الترسانة من القوانين سخرت لتطوير كل أنواع الهجرة وممارسات المهاجرين، ومع هذا التحامل الشديد والموضوعية في المعالجة والطرح نجد المشرع الجزائري يراعي جوانب إنسانية في معاملة المهاجرين كي لا يقع في المحذور ويوصم بالجور فيعاقب ضحايا لا حيلة ولا ذنب لهم إلا أنهم بحثوا عن الأمن والغذاء، وجعل الكرامة الإنسانية فوق كل اعتبار، فحاول النظر إليهم بجانب من الرفق والإحسان مراعيًا الشعور والكرامة الإنسانية فألزم نفسه بحماية هؤلاء، كما ألزم نفسه ووفر حماية قانونية دستورية للأجانب المقيمين بطريق شرعي قانوني إذ جاء في المادة 67 من دستور نوفمبر 2008م: "يتمتع كل أجنبي، يكون وجوده فوق التراب الوطني قانونيا، بحماية لشخصه وأملاكه طبقا للقانون"⁽³⁾، لأن القاعدة العامة في القانون الدولي تقضي بعدم جواز إبعاد الأجانب تعسفا وطبقا للمجرى العادي للأمر، بل إن من واجب الدولة حمايتهم ما داموا ملتزمين بالنظام العام ومبادئ الدولة، مبتعدين عن كل سبب يؤدي إلى إبعادهم سواء كان سياسيا أم قانونيا أو أي سبب آخر يخل بأمن ونظام الدولة المستقبلية.

إن طرد الأجانب غير الشرعيين من البلاد مسألة قديمة ارتبطت ارتباطا وثيقا بتنظيم المجتمعات البشرية في شكل عادي، وما زالت المسألة محل اهتمام في الوقت الحاضر بسبب المفارقة القائمة مع العولة الحاصلة على كل الأصعدة والحواجز المتعلقة بالسيادة، ومن أجل هذا كله، جاء هذا البحث موسوما ب: حالات إبعاد الأجنبي المقيم وغير المقيم وحدودهما عند المشرع الجزائري.

وإني أحاول من خلال هذه الورقة البحثية البحث عن مدى توفيق المشرع الجزائري في الحد من ظاهرة الهجرة غير الشرعية من خلال سنه لقرارات الإبعاد والطرده وأشكالهما؟ وعن مدى مراعاته للجوانب الإنسانية وخاصة للكرامة الإنسانية في معاملته للمهاجرين غير الشرعيين؟.

(1) لم يستعمل المشرع الجزائري لفظ المهاجر غير الشرعي في القانون رقم: 08 - 11.

(2) من هذه المؤسسات الفرقة الجهوية لرصد ومحاربة ظاهرة الهجرة غير الشرعية بولاية تمنراست.

(3) الجريدة الرسمية العدد: 63 السنة 2008م.

ومن أجل هذا وذاك، قسمت بحثي إلى قسمين: مبحث أتناول فيه حالات طرد الأجنبي المقيم وغير المقيم، ومبحث ثان أتناول فيه حالات وقف تنفيذ قرارات الطرد والإبعاد وغيرها. وقبل هذا وذاك، سأحاول التعرّيج على مسألة أحسبها من الأهمية بمكان، تساعدنا في حل كثير من معضلات البحث في هذا الموضوع، وهي التعريف ببعض المصطلحات الأساسية.

مفاهيم ومصطلحات:

أولا: تعريف الإبعاد:

لقد تعددت الآراء الفقهية حول تعريف الإبعاد: من تشريع إلى آخر ومن أهمها أن: "إبعاد الأجنبي هو إجراء تضعه السلطة العمومية تجبر بموجبه الأجنبي على مغادرة البلد وعدم الرجوع إليه تحت طائلة العقاب ويشمل هذا الإجراء الأجانب سواء كانوا مقيمين بصفة شرعية أم غير شرعية"⁽¹⁾.

بمعنى، هو قرار تصدره السلطة العمومية لأسباب تتعلق بسلامتها وأمنها الداخلي والخارجي، وتطلب بمقتضاه من الأجنبي المقيم فيها مغادرة إقليمها خلال مهلة محددة وعدم العودة إليه إلا تعرض للجزاء، لأنه من حق الدولة إنهاء إقامة الأجنبي لأسباب معينة تجعله يشكل خطرا على أمنها الداخلي والخارجي.

ومهما كان الأمر، فإن وصف الإبعاد بأنه إجراء أو قرار أو عمل يصب في دائرة واحدة ومفهوم واحد لكن الوصف الأكثر دقة هو وصف الإبعاد بأنه قرار.

والقاعدة العامة أنه لا يجوز للدولة إبعاد مواطنيها أو رعاياها أو منعهم من العودة إليها، ويكون الإبعاد عادة في صورة فردية بمعنى أنه لا يقع إلا على فرد أو عدة أشخاص معينين.

ثانيا: التفرقة بين الإبعاد وما يقاربه من الأنظمة:

يجب التمييز بين مفهوم الإبعاد وما قد يختلط به من المفاهيم أو الإجراءات الأخرى المشابهة له، والتي قد يكون مصبها أو غايتها واحدة، وهي تخليص الدولة من الأجانب غير المرغوب فيهم.

لذلك، فإن الإبعاد بالمعنى السابق بيانه يختلف عن المنع من الدخول، والطرْد، والنفي، وحظر الإقامة، والتسليم.

(1) محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر،



1. **الفرق بين الإبعاد والمنع من الدخول:** المنع من الدخول أو الرد ويسمى عند بعضهم بـ: (المبعد)، هو إجراء يلحق الأجنبي عند دخوله أو عقب دخوله مباشرة، ويفضي إلى إخراجهم فوراً دون أية مهلة للتقيد وذلك لأسباب أمنية وتتعلق بمصالح الدولة العليا ودخوله غير المشروع أو عدم قيامه بالإجراءات الشكلية المتبعة لدخول الأجانب مثل انتهاء صلاحية وثيقة السفر التي يحملها أو عدم وجود تأشيرة الدخول عليها أو أن يكون الأجنبي قد حاول الدخول من غير المنافذ الشرعية للدولة.

والمميز بينهما هو أنه في الأول لا يسمح للأجنبي بالدخول في الدولة لعدم استيفائه الشروط والإجراءات المنصوص عليها قانوناً أو مخالفتها، أما الإبعاد فيأتي بعد دخول الأجنبي في البلاد وبعد حصوله على إذن خاص يسمح له بالدخول صادراً من السلطة التي اتخذت هذا القرار بحقه.

2. **الفرق بين الإبعاد والطرود:** الطرد إجراء يتم تحت إشراف الشرطة، يتخذ ضد الأشخاص المتورطين في جريمة ما (جناية، المتاجرة بالمخدرات، سرقة... الخ) في حال الإقامة غير الشرعية على أرض الوطن، حيث يتم تحويل الشخص المعني إلى أمن الولاية محل الاختصاص، لسماع أقواله على محضر رسمي، مع دراسة معمقة، بعد ذلك يتم طرده إلى بلده الأصلي عن طريق تحويله إلى نقاط العبور، أما في حالة ارتكابه الجرائم فإنه إلى جانب العقوبة الجنائية يتخذ أيضاً ضده نفس القرار السابق.

وعليه، فإن الطرد يتماثل مع الإبعاد في أن الأثر المترتب على كل منهما يوجه إلى شخص الأجنبي المقيم في الدولة والذي يؤدي إلى الخروج الجبري من أراضي الدولة، فمن حيث الشكل الإبعاد يكون بقرار من الجهة الإدارية المختصة.

الفرق بين الإبعاد والتنفي:

إن الإبعاد لا يقع إلا على الأجنبي، أما الثاني فيقع على الوطني على سبيل الجزاء الجنائي والسياسي.

3. **الفرق بين الإبعاد وحظر الإقامة:** يصدر القرار من السلطة المختصة بمنع الإقامة في أماكن محددة داخل إقليم الدولة⁽¹⁾ ويتميز عن الإبعاد في أن الأخير يعتبر إجراءً إدارياً بينما الأول يعتبر عقوبة، وهي تقع على الأجانب والوطنيين لكونه من الإجراءات الداخلية لكن

(1) المادة (11) القانون رقم: 09- 01 المؤرخ في 29 صفر 1430 هـ الموافق لـ: 25 فيفري 2009م المعدل والمتم للمأمور رقم: 66- 156 المؤرخ في: 18 صفر 1386 هـ الموافق لـ: 08 يونيو 1966م المتعلق بقانون العقوبات، الجريدة الرسمية، العدد 15، سنة 2009م.

الإبعاد لا يقع إلى على الأجانب لتعلقه بقواعد القانون الدولي.

ويرتبط حظر الإقامة مكانياً بالحدود الجغرافية للدولة فهو يقع داخل إقليم الدولة أي في مجال حدودها الجغرافية والسياسية بينما الإبعاد يؤدي إلى خروج المبعد إلى خارج إقليم الدولة أي خارج حدودها الجغرافية.

4. **الفرق بين الإبعاد وتسليم المجرمين:** يتماثل كل من التسليم والإبعاد في أنهما لا يمكن تطبيقهما إلا على الأجانب ويكون ذلك بإنهاء إقامة الأجنبي وإخراجه إجبارياً من إقليم الدولة، ولكن يختلف كل منهما من عدة وجوه، فالتسليم يتم بناء على المعاهدات الدولية والقانون الوطني، أما الإبعاد فتقوم به الدولة التي يقيم فيها الأجنبي دون أن يتوقف ذلك على أية علاقة تعاهدية مع الدولة التي سيتم الإبعاد إليها⁽¹⁾.

ونخلص مما سبق إلى أن الإبعاد والتسليم نظامان مختلفان تماماً ويستقل كل منهما عن الآخر، لذلك فإن الدولة التي ترفض مبدأ تسليم المجرمين لا تتنازل بذلك عن حقها في إبعاد الأجانب بوجه عام.

وعليه؛ فإن الإبعاد يختلف فعلاً عن التسليم والنفي وحظر الإقامة إلا أنه لا يختلف اختلافاً جوهرياً عن المنع من الدخول وعن الطرد، حيث إن هاتين الصورتين تعدان من صور الإبعاد⁽²⁾.

ثالثاً: تعريف الأجنبي المقيم وغير المقيم:

01- **تعريف الأجنبي المقيم:** الشخص الأجنبي الطبيعي هو كل فرد يحمل جنسية غير الجنسية الجزائرية، أو الذي لا يحمل أية جنسية (م: 03 القانون رقم: 08 - 11)⁽³⁾، والأجنبي المقيم على نوعين: أجنبي مقيم مؤقتاً، وأجنبي مقيم بصورة دائمة.

• **الأجنبي المقيم مؤقتاً:** هو الشخص الأجنبي الذي لا يريد الاستقرار بصورة دائمة فوق الإقليم الجزائري، بل يرغب في الإقامة المؤقتة التي تفوق المدة التي يقيمها الشخص الأجنبي غير المقيم الذي لا تتعدى إقامته أكثر من (90) يوماً مرتين، بعد أن يثبت وسيلة عيشه طوال مدة إقامته، وأن يلتزم باكتتاب تأمين أو ضمان على السفر يثبت (م 04/03/04 من القانون رقم: 08 - 11).

(1) جندي عبد المالك: الموسوعة الجنائية، مطبعة دار الكتب المصرية بالقاهرة 1350 هـ - 1932 م، ج 02، ص 590.

(2) من هاته المعلومات ما أثبتته عن طريق الشروح المقدمة على جانب الأبواب المفتوحة للدرك الوطني المقامة بدار الثقافة لولاية تمنراست سنة 2010م.

(3) أكتفي بذكر رقم القانون فقط تجنباً للتكرار بعد هذا الموضوع، القانون رقم: 08 - 11 المؤرخ في: 21 جمادى الثانية 1429هـ الموافق ل: 25 جوان 2008م المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتقلهم فيها.



• **الأجنبي المقيم بصورة دائمة:** هو الشخص الأجنبي الذي يرغب في تثبيت إقامته الفعلية والمعتادة والدائمة في الجزائر، والذي يرخص له بمنحه من قبل الولاية التي يقيم بها بطاقة إقامة مدة صلاحيتها سنتان (02)، (م- 16 من القانون رقم: 08- 11).

02- **تعريف الأجنبي غير المقيم:** هو الشخص الذي يعبر الإقليم أو التراب الجزائري أو الذي أقام لمدة لا تزيد على التسعين يوما (90) من دون أن تكون له النية في تثبيت إقامته أو ممارسة أي نشاط مهني أو عمل ونشاط مأجور، (م- 01/10 من القانون رقم: 08- 11)، ومع ذلك فإنه يمكن للسلطات الإدارية المختصة إقليميا الموافقة بصورة استثنائية على تمديد التأشيرة الممنوحة للأجنبي لمدة لا تفوق تسعين (90) يوما لمن يريد ذلك، شريطة عدم وجود النية في تثبيت الإقامة، (م- 13 من القانون رقم: 08- 11).

المبحث الأول: حالات طرد الأجنبي المقيم وغير المقيم:

سيكون العمل في هذا المبحث على نصوص القانون رقم: 08- 11 المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر لا سيما الفصل السابع منه، ومنه سأتناول في مطلب أول حالات إبعاد الأجنبي المقيم وفي مطلب ثان حالات إبعاد الأجنبي غير المقيم، وفي مطلب ثالث آثار قرارات الإبعاد.

وسأكتفي بالتعريف التي أوردتها في قسم المفاهيم والمصطلحات أعلاه والخاصة ببعض الاصطلاحات تفاديا للتكرار، كي ألج في بيان الحالات.

المطلب الأول: حالات طرد الأجنبي المقيم:

إن حالات إبعاد الأجنبي المقيم تنتظم في ثلاث حالات، وإن هاته الحالات كلها إنما تكون أو تطبيق استنادا إلى قرار صادر من وزير الداخلية.

- **الحال الأولى:** وهي في حال كون الأجنبي المقيم بات يهدد النظام العام وأمن الدولة، حيث جاء في نص المادة 01/30 من القانون رقم: 08- 11 (...إذا تبين للسلطات الإدارية أو وجوده في الجزائر يشكل تهديدا للنظام العام و/أو أمن الدولة).

إن هذه الحال وفي بيانها نجد أنها ذات مفهوم واسع فضفاض يخضع للسلطة التقديرية للإدارة، إذ يقال في تعريف النظام العام أنه مغامرة على الرمال الزاحفة، أو هو مسلك محاط بالأشواك، بل إن بعض القضاة إنما يعبرون عنه باعتباره أمرا نسبيا غير ثابت، بأن المحاولة لضبط هذا المفهوم إنما هي بمثابة الراكب الحصان الجموح الذي لا يعلم على أي أرض سيلقي به، لتغيره بتغير الزمان والمكان، فهو في تغيره يزيد طول القضاة والإدارة على حد السواء.

ومهما يكن من الأمر، فإن النظام العام هو مجموعة النظم والقواعد التي يقصد بها إلى

المحافظة على حسن سير المصالح العامة في الدولة، وإلى ضمان الأمن والأخلاق في المعاملات بين الأفراد، بمعنى هو مجموعة القواعد اللازمة لسير الدولة أو القواعد التي وضعها الشارع لصالح الجماعة.⁽¹⁾

إن الشيء الأساس الواجب التنبية عليه هو أن النظام العام لا يقتضي حتماً وجود نص قانوني فقد تستنتج من المبادئ العامة للقانون.

وبالجملة، فإن النظام العام يكمن في النظام العام السياسي والمتمثل في حماية الدولة وحماية الأسرة والآداب، ويكمن في النظام العام الاقتصادي.

أما بالنسبة لأمن الدولة فبالرجوع إلى قانون العقوبات فإننا نجد المشرع الجزائري قد حدد الجنايات والجنح التي من شأنها المساس بأمن الدولة، وهي جرائم الخيانة والتجسس أو جرائم التعدي الأخرى على الدفاع الوطني أو الاقتصاد الوطني، أو الاعتداءات والمؤامرات والجرائم الأخرى ضد سلطة الدولة وسلامة أرض الوطن أو جنايات التقتيل والتخريب المخلة بالدولة، أو الجرائم الموصوفة بكونها أفعال تخريب إرهابية أو تخريبية، أو التي تعتبر مساهمة في حركات التمرد وغيرها من الأوصاف التي ذكرتها المواد (من 61 إلى 96 مكرر) من قانون العقوبات في الكتاب الثالث منه في الفصل الأول من الباب الأول.⁽²⁾

-الحال الثانية: وتكون في حال كون الأجنبي ارتكب جريمة وصدر في حقه حكم أو قرار نهائي مقتضاه عقوبة سالبة للحرية، وهذا إذا كان نوع الجريمة جنائية أو جنحة فقط، حيث جاء في نص المادة (30) في الفقرة (03) منها: (إذا صدر في حقه حكم أو قرار قضائي نهائي يتضمن عقوبة سالبة للحرية بسبب ارتكابه جنائية أو جنحة).

بمعنى أن الأجنبي إذا ارتكب جريمة هي في تكييفها مخالفة، واستحق بها عقوبة سالبة للحرية، فإن ذلك لا يجعله تحت طائلة تطبيق أحكام هاته المادة، ولا يطبق عليه قرار الإبعاد.

أما العقوبات السالبة للحرية في الجنايات والجنح فهي وحسب المادة الخامسة من قانون العقوبات:

01- في الجنايات هي: السجن المؤبد والسجن المؤقت لمدة تتراوح بين الخمس سنوات والعشرين سنة (05- 20).

⁽¹⁾ د.علي فيلالي: النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، ط02، سنة 2005م، ص 209.

⁽²⁾ القانون رقم: 09- 01 المؤرخ في 29 صفر 1430هـ الموافق لـ: 25 فيفري 2009م المعدل والمتمم للأمر رقم: 66- 156 المؤرخ في: 18 صفر 1386 هـ الموافق لـ: 08 يونيو 1966م المتعلق بقانون العقوبات، الجريدة الرسمية، العدد 15، سنة 2009م.



02- وفي الجرح فهي: الحبس لمدة تتجاوز الشهرين إلى الخمس سنوات (02 شهر - 05 سنة).

إن الملاحظ أن نص المادة غير دقيق وقد يشكك لبساً في المفهوم، لأن نص المادة لم يبين متى يطبق على الأجنبي قرار الإبعاد، أهو قبل تنفيذ العقوبة أم بعدها؟، وإن المتبادر للذهن وعلى اعتبار مبدأ إقليمية القوانين وبخاصة قانون العقوبات، وبالنظر للمادة (05) من القانون المدني فإن تنفيذ قرار الإبعاد يكون بعد استفتاء المجرم الأجنبي العقوبة الأصلية، بمعنى أن تطبيق قانون الأجنبي رقم: 08- 11 يكون بعد تطبيق قانون العقوبات ولا يعتبر استثناء له أو تخصيصاً.

وعليه، فإن الأجنبي الذي ارتكب جريمة استحق بها عقوبة سالبة للحرية فإنه يبعد ولو كانت العقوبة هي السجن المؤبد، وإلا لأصبح العقوبة مطية للخروج، أو لأصبحت مفراً للمجرمين من العقاب⁽¹⁾.

ويكون إبعاد أو طرد الرعية الأجنبي في كل الأحوال بعد إتمام واستكمال كل الإجراءات الإدارية والقضائية.

-الحال الثالثة: وتعتبر هذه الحال تسلسلاً منطقياً للنتائج، إذ إنه إذا كان دخول الأجنبي للتراب الوطني وفق شروط وإجراءات وجب استيفاؤها وكذا تنقله وإقامته به، على حسب أحكام الفصل الأول وما بعده.

إن للرعية الأجنبي الحق في الإقامة⁽²⁾ بالتراب الوطني إذا حاز نوعين من بطاقة الإقامة: **الأولى** وهي بطاقة إقامة مؤقتة وهي تسمح له بالإقامة لمدة سنتين (02) قابلة للتجديد، و**الثانية** تسمح له بالإقامة لمدة عشر سنوات (10) قابلة للتجديد (م- 16 القانون رقم: 08- 11).

ويستفيد من هاته الإقامة ثلاث فئات هي: **الأولى: فئة الطلبة الأجانب** شريطة أن تكون مدة صلاحية بطاقة إقامتهم لا تتجاوز مدة الدراسة أو التكوين المحدد قانوناً في الجزائر، **الثانية فئة العمال الأجانب** إجراء شريطة أن يحوز رخصة عمل ولو بصفة مؤقتة، فضلاً عن الشروط العامة كإثبات وسيلة العيش وغيرها **الثالثة فئة الأجانب من التجار والحرفيين والصناعيين وذوي المهن الحرة**، فالعمال الأجانب الراغبين في ممارسة نشاط تجاري أو صناعي أو حري في أية مهنة حرة، يمكن أن يستفيدوا من بطاقة إقامة شريطة أن يخضع في نشاطهم إلى القوانين والتنظيمات السارية المفعول وأن يستوفوها على حسب كل نشاط، (م- 17/16 القانون رقم: 08- 11).

فإذا انتهت مدة صلاحية بطاقة إقامة الأجنبي ولم يتم بتجديدها وفق الإجراءات، فإنه وجب

⁽¹⁾ الأمر رقم: 75- 58 المؤرخ في: 20 رمضان 1395هـ الموافق لـ: 26 سبتمبر 1975م المعدل والمتمم والمتعلق بالقانون المدني.

⁽²⁾ الحديث يخص الأجنبي المقيم إقامة دائمة فقط.

عليه مغادرة التراب الوطني في ظرف ثلاثين يوما (30) أو خمسة وأربعين يوما (45) على أبعد تقدير، (م- 22 القانون رقم: 08- 11) أو إذا سحبت منه بطاقة إقامته في حال أن تغيب عن التراب الوطني بصفة مستمرة لمدة سنة واحدة على الأقل، بمعنى أن بطاقة الإقامة لا تسحب منه لكونه غاب عن التراب الوطني لمدة تقل عن السنة الواحدة. (م- 21 القانون رقم: 08- 11).

كما يبعد الأجنبي المقيم بصفة مؤقتة إذا انتهت مدة صلاحيته تأشيرته أو مدة بطاقة إقامته المرخص بها، وفي كل الأحوال لا يمكن أن تتجاوز الستة أشهر (06)، (م- 06 القانون رقم: 08- 11)، أو أن الأجنبي لا يثبت وسائل العيش الكافية له طوال مدة إقامته بالإقليم الجزائري. (م- 04 القانون رقم: 08- 11).

المطلب الثاني: حالات طرد الأجنبي غير المقيم:

إن للأجنبي غير المقيم والموجود في وضعية قانونية من حيث الإقامة في الإقليم الجزائري أن يغادر في إطار التشريع والتنظيم المعمول بهما (م- 09 القانون رقم: 08- 11)، وإن العنوان قد يكون فيه نوع غرابة إذ كيف لأجنبي غير مقيم أن يطبق عليه قرار الإبعاد، والحقيقة أن كل شخص أجنبي كان على التراب الوطني وكان به وصف يستوجب الطرد أو الإبعاد، فإنه يطبق عليه بغض النظر عن صفته القانونية، وعلى العموم فإنه وفي الفترة التي يكون فيها على التراب الوطني والتي لا تتجاوز التسعين يوما (90)، يعتبر الشخص الذي لا يحمل الجنسية الجزائرية سواء له جنسية أخرى أو لا يحمل أي جنسية أجنبية غير مقيم، ويدخل ضمن الأجانب غير المقيمين والذين تم إعفاؤهم من التأشيرة (م- 11 القانون رقم: 08- 11):

- الأجنبي الذي يتواجد على متن سفينة راسية في ميناء جزائري.

- البحار الأجنبي العامل على متن سفينة راسية في ميناء جزائري والمستفيد من إجازة على اليابسة، طبقا للاتفاقيات البحرية التي صادقت عليها الدولة الجزائرية، ولأعضاء الطاقم البحري الاستفادة من إجازة تجول مدتها على الأقل يومان (02) وعلى الأكثر سبعة أيام (07)، شريطة أن يكونوا حائزين على الدفتر البحري وجواز السفر الممهور بتأشيرة الدخول قيد الصلاحية اقتضاءً (م- 14 القانون رقم: 08- 11).

- الأجنبي العابر للإقليم الجزائري جواً.

- الأجنبي عضو طاقم الطائرة بأحد مطارات الجزائر، ولأعضاء الطاقم الجوي الاستفادة من إجازة تجول مدتها على الأقل يومان (02) وعلى الأكثر سبعة أيام (07) (م- 14 القانون رقم: 08- 11).

- الأجنبي المستفيد من أحكام الاتفاقيات الدولية أو من اتفاقات المعاملة بالمثل، والذي يمكن له أن يحصل بصفة استثنائية على تمديد التأشيرة لمدة أقصاها تسعون يوما (90) من



دون قصد في تثبيت الإقامة. (م- 13 القانون رقم: 08 - 11).

كما يمكن أن تعطى للأجنبي العابر للإقليم الجزائري تأشيرة مدتها القصوى سبعة أيام (07) قابلة للتجديد مرة واحدة، شريطة أن يكون حائزاً على تأشيرة بلد الوجهة مع إثباته وسائل العيش التي تكفيه طوال مدة عبوره والتي يمتلكها.

ويبعد هؤلاء الأجانب إذا أخلوا ببعض الشروط الموضوعية لهم كأن لا يكونوا حاصلين على تأشيرة البلد الموجهة، أو أن لا يثبوا وسائل العيش الكافية طوال مدة العبور، وفي كل الأحوال إذا ارتكب الأجنبي غير المقيم جريمة تكيف على أنها جنائية أو جنحة ويحكم عليه بعقوبة سالبة للحرية، أو أن هذا الشخص وأثناء مدة بقائه بالإقليم الوطني أصبح يهدد أمن الدولة، أو أنه ثبت لدى السلطات أنه قام بتصرفات منافية للأخلاق والسكينة العامة أو النظام العام، أو بقي فوق التراب الوطني أكثر من المدة المسموح بها أو المرخص بها.

المطلب الثالث: آثار قرارات الإبعاد أو الطرد:

إن صدور قرار الإبعاد أو الطرد أو الاقتياد إلى الحدود أو الترحيل إلى البلد الأصلي من شأنه أن تترتب عليه بعض الأحكام القانونية وهي:

(1) **تحديد المناطق:** استناداً لنص المادة (37) الفقرة الأخيرة من القانون رقم: 08 - 11 المتعلق بالأجانب، فإنه في الحال الذي يتعذر على الأجنبي مغادرة التراب الوطني لقوة القاهرة، يمكن أن يوضع في مراكز انتظار خاصة بناءً على قرار صادر من الوالي المختص إقليمياً لمدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً (30) قابلة للتجديد في انتظار استيفاء الإجراءات ترحيله إلى بلده الأصلي، وهاته المناطق عادة ما تكون في الميناء أو المطار، وتحددها الإدارة بين نقطة الوصول أو نقطة المغادرة ونقطة المراقبة أو التفتيش⁽¹⁾.

(2) **تحديد الإقامة:** يمكن أن تحدد إقامة الأجنبي إذا أثبت استحالة مغادرته للتراب الوطني بعد صدور قرار الطرد أو الإبعاد في حقه، وقرار تحديد الإقامة يصدر عن وزير الداخلية تكون مدة التحديد مفتوحة إلى غاية أن يصبح تنفيذ القرار ممكناً (م- 33 القانون رقم: 08 - 11)، وإذا لم يلتحق الأجنبي بمحل الإقامة المحدد له في الآجال المحددة أو غادر الإقامة من دون رخصة فإنه يعاقب طبقاً لأحكام قانون العقوبات (م- 43 القانون رقم: 08 - 11).

⁽¹⁾ إشكالية الهجرة على ضوء القانون رقم: 03 - 02 المتعلق بدخول وإقامة الأجانب بالملكة المغربية وبالهجرة غير المشروعة، أشغال الندوة الوطنية التي نظمتها وزارة العدل ووزارة الداخلية بمراكش يومي: 19 و20 ديسمبر 2003م، مطبوعة فضالة، المملكة المغربية، العدد 01، ط03، مارس 2007م، ص74.

إن تحديد الإقامة هو الزام المحكوم عليه بأن يقيم في نطاق إقليمي يعينه الحكم لمدة لا تتجاوز خمس (05) سنوات، ويبلغ الحكم إلى وزارة الداخلية التي يمكن أن تصدر رخصاً مؤقتة للتقل خارج المنطقة المحددة، ويعاقب الشخص الأجنبي الذي يخالف إحدى تدابير تحديد الإقامة بالحبس من ثلاثة (03) أشهر إلى ثلاث (03) سنوات، وبغرامة مالية من 25.000 دج إلى 300.000 دج⁽¹⁾

إن هذين الحكمين لا ينشآن إلا إذا لم يكن في الإمكان تطبيق قرار الإبعاد أو الطرد، بمعنى أنهما من الآثار المباشرة لعدم إمكانية تطبيق قرار الإبعاد أو الطرد، لكن في كل الأحوال لا يكونان إلا بصور قرار الإبعاد أو الطرد، وإنما أنشأ أو وجدا من أجل تطبيق قرار الإبعاد أو الطرد أو الاقتياد إلى الحدود أو تسهيل عملية الترحيل إلى البلد الأصلي.

3) العقوبات الجزائية: إذا امتنع الأجنبي عن تنفيذ قرار الإبعاد أو الطرد إلى الحدود فإنه يعاقب بالحبس من سنتين (02) إلى خمس (05) سنوات، إلا إذا كان أثبت عدم استطاعته التنفيذ لكونه من اللاجئيين أو عديمي الجنسية وهذا طبقاً لأحكام الاتفاقيات الدولية المتعلقة بنظام اللاجئيين أو عديمي الجنسية⁽²⁾ تطبيق قرار الإبعاد، وتطبق العقوبة نفسها في حال العود، بمعنى إذا تم إبعاده ودخل من جديد إلى الإقليم الجزائري من دون رخصة.

وكذلك تطبق العقوبة نفسها في حال أن امتنع الأجنبي موضوع إجراء الطرد عن تقديمه للسلطات المختصة وثائق سفره التي تسمح بتنفيذ إحدى الإجراءات الطرد أو الإبعاد، أو امتنع عن تقديم المعلومات التي تسمح بهذا التنفيذ إذا لم يكن بحوزته الوثائق اللازمة، وأضف إلى ذلك فيحق للمحكمة أن تقضي بمنع الأجنبي الممتنع عن تقديم الأشياء السابقة من الإقامة بالإقليم الجزائري لمدة لا تتجاوز العشر (10) سنوات، وهذا المنع يترتب عليه وبقوة القانون إبعاد المحكوم عليه إلى الحدود، وبعد نفاذ عقوبة حبسه عند الاقتضاء، (م- 42 - /04/03/02/01/ القانون رقم: 08 - 11).

⁽¹⁾ المادة (11) من القانون رقم: 09 - 01 المؤرخ في 29 صفر 1430 هـ الموافق لـ: 25 فيفري 2009م المعدل والمتمم للأمر رقم: 66 - 156 المؤرخ في: 18 صفر 1386 هـ الموافق لـ: 08 يونيو 1966م المتعلق بقانون العقوبات، الجريدة الرسمية العدد 15، سنة 2009م

⁽²⁾ الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئيين التي اعتمدها مؤتمر الأمم المتحدة للمفوضين بشأن اللاجئيين وعديمي الجنسية يوم: 28 جويلية 1951م، الجريدة الرسمية، العدد 105، سنة 1963م، والبروتوكول الخاص بوضع اللاجئيين الذي شرع في تنفيذه يوم: 04/10/1971م، سناسني زهير: قانون الأجانب، دار الغرب، الجزائر، ط02، سنة 2009م، ص178، والاتفاقية الخاصة بوضع الأشخاص عديمي الجنسية، الجريدة الرسمية، العدد 57 سنة 1964م، والأمر رقم: 73 - 34 المؤرخ في: 25 جمادى الثانية 1393م الموافق لـ: 25 جويلية 1973م المتضمن المصادقة على اتفاقية منظمة الوحدة الإفريقية المتعلقة بتحديد المظاهر الخاصة بمشاكل اللاجئيين في إفريقيا والموقع بأديس أبابا يوم: 06/09/1969م، الجريدة الرسمية، العدد 68، سنة 1973م.



المبحث الثاني: حالات وقف تنفيذ قرارات الطرد والإبعاد:

رأينا أن أسباب الطرد عموماً تكمن في كون الأجنبي بصفة يهدد النظام العام، والآداب العامة عامة، ومع هذا فقد حدد المشرع الجزائري ولاعتبارات إنسانية وغيرها حالات لا يمكن فيها طرد الأجنبي شريطة عدم المساس بالنظام العام أو أمن الدولة أو التشريع المتعلق بالجريمة المنظمة (م- 32 القانون رقم: 08- 11).

المطلب الأول: الحالات الشخصية التي ترجع إلى الأجنبي ذاته:

في هذه الحالات تتبين جوانب إنسانية لدى المشرع الجزائري في وقفه قرارات الإبعاد أو الطرد وهي في جملتها تعود إلى أسباب شخصية عائدة إلى الأجنبي موضوع قرار الطرد.

إن للأجنبي موضوع قرار الإبعاد أو الطرد الطعن في هذا القرار لدى القاضي الاستعجالي المختص في المواد الإدارية لدى المحاكم الإدارية في أجل أقصاه خمسة أيام (05) ابتداءً من تاريخ تبليغ القرار للمعني، ويكون الفصل فيها في أجل أقصاه عشرون (20) يوماً من تاريخ تسجيل الطعن.

وعليه؛ فإن المدة الإجمالية مع مدة الطعن في قرار الإبعاد والفصل فيه في حال وجوده التي تكون للأجنبي موضوع قرار الإبعاد حتى يطبق القرار بمعنى يستفيد من وقف أثر قرار الإبعاد (م- 06/31 القانون رقم: 08- 11) هي أربعون يوماً (40) ناتجة عن جمع خمسة عشر يوماً (15) كمهلة له بعد صدور قرار الإبعاد وخمسة (05) أيام مدة الطعن، وعشرون يوماً (20) مدة الفصل في الدعوى، وهي مدة ليست بالطويلة ولا بالقصيرة يمكن أن يباشر فيها على الأجنبي قرار الإبعاد من دون إجحاف، بحيث تمكنه تلك المدة الإضافية المعطاة له من الاتصال بممثليته الدبلوماسية أو القنصلية، أو أن يقوم بتوكيل محام و/أو مترجم (م- 32 الفقرة الأخيرة القانون رقم: 08- 11) أو من أجل أمور أخرى.

لكن، وبالنظر للحالات الخاصة التي تم مراعاتها من قبل المشرع والتي تعود لأسباب خاصة بالأجنبي مد المشرع أجل تقديم الطعن إلى ثلاثين يوماً كاملة (30) بدلاً من خمسة أيام التي تعتبر ظرفاً قياسياً بالنسبة للأجنبي وبذا تمدد المهلة الإجمالية إلى خمسة وستين يوماً (65).

أولاً: حالات الوقف المحددة المدة:

إن هاته المدة وفي الحالات الثلاثة التي سأذكرها أولاً خاصة بأشخاص معينين يعود تخصيصهم بها (مدة 65 يوماً) لأسباب خاصة بمدة إقامتهم أو لحالتهم الاجتماعية، يستفيدون فيها من توقيف مؤقت بالنظر لأجل الطعن إذ إن له أثراً موقفاً لقرار الإبعاد، وهي مدة محددة قانوناً، ليست كغيرها غير محددة، وإن هاته الحالات الواردة جاءت وكأنها مراعية لحسن نية هؤلاء الأجانب الذين أثبتوا حسن سيرتهم، أو مراعاة لحسن جبرتهم وحسن نيتهم، وحفظاً لمبدأ حشن العشرة مدة إقامتهم المطولة بالجزائر، ومعاملتهم وفق تلك النية، ومع ذلك وفي

كل الأحوال إذا انتهت تلك المدة مع انقضاء الإجراءات، وصدور الحكم النهائي القاضي بالطرء أو الإبعاد بعد الطعن فيه، ينفذ قرار الإبعاد في حق كل الأشخاص الذين استفادوا من تلك المدة أو المهلة القانونية، وهؤلاء الأشخاص هم⁽¹⁾:

01- الأجنبي المتزوج جزائرية أو الأجنبية المتزوجة جزائري: يستفيد هذا الشخص سواء كان ذكراً أو أنثى من هاته المهلة أو المدة بشروط هي:

■ أن يكون الزواج قد تم إبرامه وفقاً للتشريع والتنظيم المعمول به، أي وفقاً لأحكام قانون الأسرة الجزائري⁽²⁾ وأحكام الفقه الإسلامي كما نبهت إلى ذلك المادة (222) من قانون الأسرة الجزائري، وأن يكون موثقاً أمام الموثق أو أمام ضابط الحالة المدنية لا سيما أحكام المادة (95 وما بعدها)⁽³⁾ من قانون الحالة المدنية⁽⁴⁾.

■ أن يثبت الأجنبي أنه يعيش مع زوجه فعلياً، ويكون إثبات العيش بأي وسيلة من وسائل الإثبات كأن يثبت المسكن الذي كانا يقيمان أو يعيشان فيه بأنه قد أجره أو امتلكه... لأجل الإقامة فيه مع عائلته...

إن هذا الشرط ينبنى عليه وفي حال إثبات أن الزواج أقيم من أجل الحصول على بطاقة المقيم أو جعل الغير يحصل عليها أو فقط من أجل اكتساب الجنسية الجزائرية أو جعل الغير يكتسبها

(1) المادة (32) في الفقرة الأولى، البند رقم: 01 - 02 - 03 من القانون رقم: 08 - 11.

(2) المادة (221) من القانون رقم: 05 - 09 المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ الموافق لـ: 04 ماي 2005م المتضمن الموافقة على الأمر رقم: 05 - 02 المؤرخ في: 18 محرم 1426هـ الموافق لـ: 27 فيفري 2005م المعدل والمتمم للقانون رقم: 84 - 11 المؤرخ في: 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ: 09 جوان 1984م والمتضمن قانون الأسرة، **الجريدة الرسمية العدد 43 سنة 2005م**، وأحكام القانون رقم: 07 - 05 المؤرخ في: 13 ماي 2007م المعدل والمتمم للأمر رقم: 75 - 58 المؤرخ في: 20

رمضان 1395هـ الموافق لـ: 26 سبتمبر 1975م المتضمن القانون المدني، **الجريدة الرسمية العدد 31 سنة 2007**.
(3) الأمر رقم: 70 - 20 المؤرخ في: 13 ذي الحجة 1389م الموافق لـ: 19 فيفري 1970م المعلق بالحالة المدنية، الجريدة الرسمية، العدد 21، سنة 1970م.

(4) إن الأجنبي الذي يريد أن يعقد زواجا أما الموثق أو ضابط الحالة المدنية الجزائري مع جزائري أن يحترم الشروط التي يتطلبها القانون الجزائري لإمكانية عقد الزواج، بمعنى يجب زيادة على القواعد الأساسية التي يتطلبها الزواج في القانون الوطني أن يتأكد من توفر شروط الإقامة وشرط الإذن بالزواج من الوالي الذي يوجد مسكن أو محل إقامة الأجنبي في دائرة اختصاصه، وأن يتحقق من أهلية الزوجين للتعاقد، وإذا رأى أن في عقد زواج الأجنبي ما يمس بالنظام العام (كالزواج بالمحرمات والسن المقرر قانوناً للزواج، والزواج بالمعتدة عدة طلاق أو وفاة قبل نهاية فترة العدة المقررة في الفقه الإسلامي) وجب عليه أن يتمتع من تحرير العقد، وأن يطلع وكيل الجمهورية بذلك فوراً، وعليه (ضابط الحالة المدنية أو الموثق) أن يتأكد في حال زواج أجنبي تابع في أحواله الشخصية إلى قانون لا يعترف بالطلاق، من أن حكم الطلاق قد أصبح نهائياً (إذا تم الطلاق أمام المحاكم الجزائرية)، ولا يقبل أي طريق من طرق الطعن، راجع أيضاً عبد العزيز سعد: نظام الحالة المدنية في الجزائر، دار هومة، الجزائر، ط02 سنة 1995م ص273.



أن يعاقب بالحبس من سنتين (02) إلى خمس (05) سنوات، وبغرامة مالية من 50.000 دج إلى 500.000 دج، وإن كانوا جماعة منظمة تعمل على ذلك فإن العقوبة تكون مضاعفة إذ هي الحبس لمدة عشر (10) سنوات وغرامة مالية من 500.000 دج إلى 2.000.000 دج، وإلى مصادرة كل أو جزء الممتلكات، مع عقوبات تكميلية هي المنع من الإقامة بالإقليم الجزائري والمنع من ممارسة النشاط المهني أو الاجتماعي لمدة لا تزيد عن الخمس سنوات (05).

■ كون مدة الزواج لا تقل عن السنتين (02)، وبهذا يمكن القول: إن هذا الأجنبي هو يعول عائلة أو أنه قد كون عائلة صغيرة، وهذا استناداً لتاريخ العقد، ثبت هذه المدة أن الزواج لم يكن من أجل مصلحة غير الاستقرار وتكوين العائلة...

02- **الأجنبي المقيم قبل سن الثامنة عشر (18):** شريطة أن يثبت بالوسائل الشرعية إقامته المعتادة في الجزائر قبل تلك السن مع أبويه اللذين لهما صفة المقيم، أي اللذين أقاما بالجزائر وبصفة مستمرة وشرعية خلال مدة تساوي أو تفوق السبع سنوات (07)، أو حاز بطاقة إقامة مدة صلاحيتها عشر سنوات (10) أو بطاقة إقامة مدة صلاحيتها أكثر من سنتين (02)، أو كانا مقيمين بصفة مؤقتة، أي رابعا في الإقامة لأكثر من مدة الأجنبي غير المقيم أي لأكثر من تسعين يوماً.

03- **الأجنبي الحائز على بطاقة إقامة:** شريطة أن تكون بطاقة إقامته ذات صلاحية عشر سنوات (10)، بمعنى هو الأجنبي المقيم استناداً لأحكام المادة (16) من القانون رقم: 08- 11، الذي أقام بالجزائر بصفة مستمرة وقانونية خلال مدة تساوي أو تفوق السبع سنوات (07).

ثانيا: حالات الوقف غير محددة المدة، وانتهائها:

إن هاته الحالات تظهر بحق مدى مراعاة المشرع الجزائري لدى تطبيقه قرارات الإبعاد والطرده وغيرها على الأجنبي بصورة عامة جوانب إنسانية نظرا لحالة الأجنبي الصحية أو لسنه أو مراعاة لحالة من هم تحته من قصر.

وفي هذه الحالات التي نصت عليها المادة (32) من القانون رقم: 08- 11 يحق للقاضي الاستعجالي أن يأمر مؤقتا بوقف قرار الإبعاد مؤقتاً، بحيث تخضع المدة لسلطة تقديرية للقاضي، أم أنه مفهوم أو محدد ضمناً بمجرد زوال الوصف أو السبب الذي من أجله تم تقرير وقف تنفيذ قرار الإبعاد أو الطرد، أما تكييف الحالات فهو محدد بنص القانون، ويكون للأجنبي موضوع إجراء الطرد في كل الأحوال الاتصال بممثليته الدبلوماسية أو القنصلية أو الاستفادة من توكيل محام و/أو مترجم، وهذه الحالات هي:

1. الأب الأجنبي أو الأم الأجنبية لطفل جزائري لم يبلغ سن الرشد بعد⁽¹⁾ (19 سنة

(1) المواد: 40- 42- 43- 44 من القانون المدني الجزائري.

كاملة)، شريطة أن يثبت هذا الأجنبي أنه يساهم في رعاية وتربية هذا الطفل القاصر بكل وسائل الإثبات باعتبارها وسائل واقع، لكن الشيء الذي لم تشر له المادة هو كيفيات رعاية هذا الطفل، أهي بكيفيات الكفالة أم غير ذلك؟، ويكون إثبات قصر السن عن طريق شهادة الميلاد عادة.

2. الطفل الأجنبي القاصر، والطفل القاصر عند المشرع الجزائري هو الذي لم يبلغ سن الرشد بعد، أي أن يكون عند صدور قرار الإبعاد في حقه لا يزال قاصراً ولو كان برفقة والديه، وإثبات قصر السن يكون عادة عن طريق شهادة الميلاد.

3. الطفل اليتيم القاصر، واليتيم هو الطفل الذي كان فاقداً للوالدين أو أحدهما ولم يبلغ سن الرشد القانوني، وإثبات قصر السن يكون عادة عن طريق شهادة الميلاد، أما إثبات يتيمه فإنه يكون بشهادة وفاة والديه أو أحدهما.

وعليه؛ فالحالات الثلاثة الأولى ينتهي وقف تنفيذ قرار الإبعاد بزوال السبب أو الوصف الذي من أجله كان، وهو في كل الحالات الثلاثة يكون ببلوغ القاصر سن الرشد.

4. المرأة الحامل، في أي مرحلة من مراحل الحمل، أي التي تكون عند صدور قرار الإبعاد في حقها حاملا، أو كانت قبل صدور قرار الإبعاد حاملا، وعليه لا اعتبار لمن أصبحت حاملا بعد صدور قرار الإبعاد، أما إثبات الحمل فيكون عادة بشهادة طبية، وينتهي وقف تنفيذ قرار الإبعاد بزوال السبب أو الوصف انتهاء الحمل بأي طريق من طرق انتهاء الحمل العادية كوضع الحمل أو غير العادية كإسقاطه.

إن الأحوال كلها والتي تراعى فيها حالة الأجنبي موضوع قرار أو إجراء الإبعاد أو الطرد، بحيث يوقف تنفيذه حتى زوال الوصف أو السبب، لا يمكن أن يوقف في كل الأحوال إذا أصبح وجود هؤلاء الأشخاص يهدد تهديدا مباشرا أمن الدولة، (م- 32 القانون رقم: 08-11)، وفي هذه الحال يحال المعنيون تحدد إقامتهم إلى غاية إتمام إجراءات نقلهم⁽¹⁾.

المطلب الثاني: حالات تعود إلى عدم امكانية تطبيق قرار الإبعاد معها:

إن هاته الحالات التي نحن بصدد بيانها أو بصدد ذكرها، إنما هي حالات خارجة عن نطاق إرادة الأجنبي أو غيره أو نتيجة قوة القاهرة، يستحيل معها تطبيق قرار الإبعاد أو الطرد.

وإن هذه الحالات تعتبر من المسائل التي راعى فيها المشرع ظرف الأجنبي وهي من المسائل الإنسانية حيث إنه لم يكلفه بما لا يستطيع.

(1) إشكالية الهجرة على ضوء القانون رقم: 03-02، (مرجع سابق)، ص74.



1. **الحال الأولى:** إذا أثبت الأجنبي موضوع إجراء الإبعاد استحالة مغادرته للتراب الوطني بعد صدور قرار الإبعاد ، وهاته الاستحالة تكون لأي سبب كان حيث لم يبين نص المادة (33) من القانون رقم: 08- 11 أسبابها.

إذا أثبت الأجنبي استحالة مغادرته للتراب الوطني يحدد له مكان إقامته بموجب قرار صادر عن وزير الداخلية إلى غاية أن يصبح تنفيذ القرار ممكناً (م- 33 القانون رقم: 08- 11).

2. **الحال الثانية:** إذا لم يغادر الأجنبي الإقليم الجزائري في المواعيد المحددة لأسباب خارجة عن نطاقه كالقوة القاهرة، (م- 03/30 القانون رقم: 08- 11)، والقوة القاهرة هي الحوادث العامة الاستثنائية التي لا يمكن درؤها ولا توقعها، تجعل كل الأعمال تنفيذها مستحيلاً⁽¹⁾.

إن الفرق بين الحالين يكمن في أن الحال الأولى تطبق قبل صدور قرار الإبعاد، أو هي من الحالات التي تمنع صدور قرار الإبعاد، بحيث إذا تجاوز الأجنبي المواعيد المحددة له قانوناً في الإقامة فوق التراب الوطني حسب ما نصت عليها المادة (22) في فقرتها (1- 2) من القانون رقم: 08- 11، وكان لسبب تأخره قوة القاهرة جعلته يتأخر فإن قرار الإبعاد لا يصدر في حقه، أما الحال الثانية فتطبق بعد صدور قرار الإبعاد، وفي حال عدم التمكن من تطبيقه من قبل الأجنبي للاستحالة الواردة بعد إثباتها، هذا من جهة أولى، أما من جهة ثانية، فإنه في الحال الأولى بالنسبة للأجنبي الذي يتعذر عليه مغادرة التراب الوطني نظراً لقوة القاهرة تمنع صدور قرار الإبعاد في حقه يمكن أن يوضع في مراكز انتظار خاصة بناءً على قرار صادر من الوالي المختص إقليمياً لمدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً (30) قابلة للتجديد في انتظار استيفاء الإجراءات ترحيله إلى بلده الأصلي⁽²⁾، أما الحال الثانية إذا أثبت الأجنبي استحالة مغادرته للتراب الوطني بعد صدور قرار الطرد أو الإبعاد في حقه فإنه وبموجب قرار صادر عن وزير الداخلية تحدد له إقامته إلى غاية أن يصبح تنفيذ القرار ممكناً (م- 33 القانون رقم: 08- 11).

خاتمة:

لقد ملأ المشرع الجزائري الفراغ القانوني شبه الكامل الذي كانت تعرفه المدونة القانونية لما أقر القانون الأجنبي وبعض القوانين الأخرى كالقوانين الخاصة بتشغيل الأجانب وممارستهم الأنشطة التجارية والثقافية وغيرها، ودراستهم، فضلاً عن القانون المدني وقانون العقوبات، وملأ الفراغ المؤسساتي لما أنشأ وأقر بعض المؤسسات الخاصة بدراسة هذه الظاهرة ومكافحتها، وبخاصة لدى المناطق الحدودية.

⁽¹⁾ د.علي فيلالي، النظرية العامة للعقد، (مرجع سابق)، ص302.

⁽²⁾ المادة 37 الفقرة الأخيرة من القانون رقم: 08- 11.

ولقد اكتسبت الجزائر مناعة قانونية شبه تامة لما أقرت التدابير الإدارية والقضائية للقضاء من هاته الظاهرة مع احترامها لحقوق الإنسان، حيث راعى المشرع في معالجته هذه الظاهرة البعد الإنساني أثناء معاملته للمهاجرين المعنيين بقرارات الإبعاد والطرده والافتقار، لكون القانون وحده غير كاف للقضاء على هذه الظاهرة مهما بلغت درجة دقة صياغتها، باعتبارها وسائل للردع أو للحد أو للقضاء من ظاهرة الهجرة غير الشرعية، باعتبارها حلولا أمنية وهي ليست كافية ومجدية دائما، وذلك لما فرضت أحكاما زجرية بإحالتها في كثير من الأحيان إلى قانون العقوبات.

ولم تقتصر معالجة هذه الظاهرة على الجهات الإدارية أو الأمنية فقط، بل أشرك المشرع الجزائري الجهاز القضائي في هذه المعالجة، بل إن له دوراً هاماً وأساسياً فيها، وبخاصة أن في كثير من الأحيان تعود قرارات الإبعاد إليه ويكون الطعن على مستوى أجهزة، وهو الذي يراعي الجوانب الإنسانية في ذلك عن طريق السلطة الممنوحة له.

وإن المعالجة الأحادية لهذه الظاهرة لن تجدي نفعاً، إذ يجب أن يكون هناك تعاون دولي متعدد الأطراف للتعامل مع هذه الظاهرة لكونها ظاهرة عالمية.

قائمة المصادر والمراجع:

1. الكتب والمجلات والمعارض:

1. إشكالية الهجرة على ضوء القانون رقم: 03 - 02 المتعلق بدخول وإقامة الأجانب بالمملكة المغربية وبالهجرة غير المشروعة، أشغال الندوة الوطنية التي نظمتها وزارة العدل ووزارة الداخلية بمراكش يومي: 19 و20 ديسمبر 2003م، مطبعة فضالة، المملكة المغربية، العدد 01، ط03، مارس 2007م.
2. جندي عبد المالك: الموسوعة الجنائية، مطبعة دار الكتب المصرية بالقاهرة 1350 هـ - 1932م.
3. سناسني زهير: قانون الأجانب، دار الغرب، الجزائر، ط02، سنة 2009م.
4. عبد العزيز سعد: نظام الحالة المدنية في الجزائر، دار هومة، الجزائر، ط02 سنة 1995م.
5. علي فيلاللي: النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، ط02، سنة 2005م.
6. محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2009م.
7. الأبواب المفتوحة للدرك الوطني المقامة بدار الثقافة لولاية تمنراست سنة 2010م.

2. النصوص القانونية:

1. دستور نوفمبر 2008م، الجريدة الرسمية العدد: 63 السنة 2008م.
2. البروتوكول الخاص بوضع اللاجئين الذي شرع في تنفيذه يوم: 1971/10/04م.



3. الاتفاقية الخاصة بوضع الأشخاص عديمي الجنسية، الجريدة الرسمية، العدد 57 سنة 1964م.
4. الأمر رقم: 73- 34 المؤرخ في: 25 جمادى الثانية 1393م الموافق لـ: 25 جويلية 1973م المتضمن المصادقة على اتفاقية منظمة الوحدة الإفريقية المتعلقة بتحديد المظاهر الخاصة بمشاكل اللاجئين في إفريقيا والموقع بأديس أبابا يوم: 06/09/1969م، الجريدة الرسمية، العدد 68، سنة 1973م.
5. الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين التي اعتمدها مؤتمر الأمم المتحدة للمفوضين بشأن اللاجئين وعديمي الجنسية يوم: 28 جويلية 1951م، الجريدة الرسمية، العدد 105، سنة 1963م.
6. الأمر رقم: 66- 211 المؤرخ في 02 ربيع الثاني 1386هـ الموافق لـ: 21 جوان 1966م المتمم والمعدل بالأمر رقم: 67- 190 المؤرخ في: 22 جمادى الثانية 1387هـ الموافق لـ: 27 سبتمبر 1967م المتعلق بوضعية الأجانب في الجزائر، الجريدة الرسمية العدد 64 السنة 1966م.
7. الأمر رقم: 70- 20 المؤرخ في: 13 ذي الحجة 1389م الموافق لـ: 19 فيفري 1970م المعلق بالحالة المدنية، الجريدة الرسمية، العدد 21، سنة 1970م.
8. القانون رقم: 05- 09 المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ الموافق لـ: 04 ماي 2005م المتضمن الموافقة على الأمر رقم: 05- 02 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق لـ: 27 فيفري 2005م المعدل والمتمم للقانون رقم: 84- 11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ: 09 جوان 1984م والمتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية العدد 43 سنة 2005م.
9. القانون رقم: 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007م المعدل والمتمم للأمر رقم: 75-58 المؤرخ في: 20 رمضان 1395هـ الموافق لـ: 26 سبتمبر 1975م المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد 31 سنة 2007.
10. القانون رقم: 08- 11 المؤرخ في: 21 جمادى الثانية 1429هـ الموافق لـ: 25 جوان 2008م المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها، الجريدة الرسمية العدد 36 سنة 2008م.
11. القانون رقم: 09- 01 المؤرخ في 29 صفر 1430هـ الموافق لـ: 25 فيفري 2009م المعدل والمتمم للأمر رقم: 66- 156 المؤرخ في: 18 صفر 1386هـ الموافق لـ: 08 يونيو 1966م المتعلق بقانون العقوبات، الجريدة الرسمية، العدد 15، سنة 2009م.

الدعوى ال استعجالية في مجال الصفقات العمومية

كح/أ/بن أحمد حورية
استاذة متعاقدة بكلية الحقوق بجامعة تلمسان.

الملخص:

تتميز الدعوى ال استعجالية في مجال الصفقات العمومية عن الدعوى ال استعجالية العادية بمجموعة من الخصائص والمميزات الاستثنائية، بحيث يملك القاضي الإداري اتخاذ إجراءات تحفظية تتضمن سلطة أمر الإدارة للقيام بعمل معين أو سلطة الوقف، وإجراءات قطعية تحتوي إلغاء القرارات الإدارية أو سلطة إبطال بعض الشروط التعاقدية وهذا ما سوف نتناوله في هذه المداخلة.

مقدمة:

تقوم الإدارة في الأنظمة القانونية الحديثة بنوعين من الأعمال، فتارة تصدر الأعمال المادية والتي تقوم بتنفيذها طبقا لقانون معين أو لقرار إداري، كأن تباشر هدم بعض السكنات الفوضوية لعدم استيفائها للشروط القانونية، وتارة أخرى تقوم بأعمال قانونية تعمل من خلالها لإحداث مجموعة من الآثار القانونية والتي تؤثر في المراكز القانونية للمعني بها.

إن الأعمال القانونية تنقسم إلى نوعين: فالإدارة تقوم بإصدار النوع الأول بإرادتها المنفردة دون مشاركة من قبل المعني، وتتجلى صورة ذلك في القرار الإداري الذي يعرف على أنه عمل قانوني صادر عن الإرادة المنفردة للإدارة قصد إنشاء أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني، ويعتبر هذا الأسلوب أنجح أساليب القانون العام التي تتسلح بها الإدارة من أجل الوفاء بالتزاماتها، أما النوع الثاني الذي يقوم على مبدأ التصرف الرضائي أو الاتفاق الودي بين الإدارة والأفراد سواء كانوا طبيعيين أم معنويين، وهذا عن طريق إبرام العقود والصفقات العمومية قصد إشباع الحاجيات العامة للمواطنين⁽¹⁾.

تطرق المشرّع الجزائري لتعريف الصفقات العمومية، حيث أصرّ هذا الأخير على إعطاء التعريف وإن اختلفت صياغته من مرحلة لأخرى، يرجع ذلك لعدة أسباب من أهمها، أن

⁽¹⁾ Richer L'AURENT, La contractualisation de gestion des affaires publics dans "l'administration contractant". A.J.D.A. n° 19, 2003, p 42.



الصفقة العمومية تخضع لطرق إبرام خاصة وإجراءات معقدة وأطر وآليات الرقابة الإدارية، والتي تنقسم إلى قسمين: داخلية تتمثل في لجنتي فتح الأظرفة وتقييم العروض وخارجية تتمثل في لجان محددة بموجب المرسوم الرئاسي 10- 236 المؤرخ في 13 أكتوبر 2010 الذي يبين قواعد تشكيلها وسيورها ومهامها تتمثل في اللجنة البلدية، اللجنة الولائية، اللجنة الوزارية واللجنة الوطنية للصفقات العمومية، إضافة إلى رقابة الوصاية التي تختص بها هيئات خاصة، ويرجع السبب الأخير إلى أن القانون المتعلق بالصفقات العمومية تخول جهة المصلحة المتعاقدة مجموعة من السلطات الاستثنائية غير المألوفة في عقود القانون الخاص.

تعتمد الإدارة من أجل إبرام الصفقات العمومية طريقتين: أولها طريقة طلب العروض التي تعتمد على عدة معايير متنوعة ومختلفة من أجل انتقاء واختيار المتعاقد معها، هذه المعايير تتضمن بالدرجة الأولى جودة العمليات وإنجاز الأشغال، تقديم هذه الخدمات في أحسن الأحوال اعتمادا على الأموال العمومية من جهة، واحترام مبادئ الشفافية والعلانية والمساواة بين المتعاملين مع المصلحة المتعاقدة من جهة أخرى. تعتمد هذه الطريقة على المعيار المالي والفني معا، فصاحب أفضل سعر هو الذي يفوز بالصفقة دون مراعاة معايير أخرى، وهي القاعدة العامة أما الاستثناء الوارد عليها فهو أسلوب التراضي الذي يعتمد على الاتفاق المباشر مع أحد الأشخاص، سواء بعد المنافسة أم من دون منافسة، وهو ينقسم بدوره إلى قسمين: أسلوب التراضي المباشر وأسلوب التراضي بعد الاستشارة.

لكن ومع نهاية القرن العشرين بدأت الأصوات تتعالى، وتطالب بضرورة تعميم الوضوح والشفافية في الحياة الإدارية لتصبح هذه الأخيرة إدارة من زجاج، بحيث تقوم هذه الأخيرة بمجموعة من النشاطات الإدارية أهمها العقود والصفقات العمومية التي تكون عرضة لوقائع الفساد مما يؤدي إلى تشويه مبدأ الرضا الذي تقوم عليه هذه العقود، لذلك فإن المشرع الفرنسي قديما والمشرع الجزائري حديثا قد أوجد مجموعة من التدابير والأساليب القانونية التي من شأنها أن تضمن احترام قواعد المنافسة والعلانية من جهة، وتحول دون ارتكاب المخالفات للقواعد والإجراءات القانونية الواجب اتباعها من قبل المتعاملين وتساعد على اكتشافها واستجلائها من جهة أخرى. وهذه الأساليب منها ما هو قضائي الهدف منه حماية قواعد العلانية والمنافسة بشكل فعال قبل إبرام العقود والصفقات العمومية، ومنها ما هو غير قضائي تشرف عليه مجموعة من التنظيمات الإدارية من بينها مجلس المحاسبة الذي يسهر على الرقابة البعيدة لأموال الدولة، والجماعات الإقليمية والمرافق العمومية. وهذا ما يبين مدى أهمية هذه الدعوى الاستعجالية الموضوعية قبل التعاقدية والتي يتمتع بموجبها القاضي الإداري

بمجموعة من السلطات سواء كانت تحفظية أم قطعية. اعتمدت المنهجين التحليلي والمقارن في إعداد هذا البحث.

الإشكالية الجوهرية التي نعمل الإجابة عليها تتعلق بالمفهوم القانوني والقضائي لهذه الدعوى الاستعجالية، وما هي الأسس التي تقوم عليها؟ وما هي الخصائص التي تميزها عن غيرها من الدعاوى الأخرى؟ وما هي السلطات الاستثنائية التي يتمتع بها القاضي الإداري في هذه الدعوى؟ ومدى تأثير ذلك على صحة عملية إبرام الصفقات العمومية؟

للإجابة على هذه التساؤلات المطروحة ارتأينا تقسيم الموضوع إلى مبحثين أساسيين، نتناول في المبحث الأول النظام القانوني للدعوى الاستعجالية للصفقات العمومية. أما المبحث الثاني نتعرض للنظام القضائي للدعوى الاستعجالية للصفقات العمومية.

المبحث الأول: النظام القانوني للدعوى الاستعجالية:

مع نهاية القرن العشرين بدأت الأصوات تتعالى، وتطالب بضرورة تعميم الوضوح والشفافية في الحياة الإدارية، بحيث تقوم هذه الأخيرة بمجموعة من النشاطات الإدارية أهمها العقود والصفقات العمومية التي محلا لوقائع الفساد والتي تؤدي إلى تشويه مبدأ الرضا الذي تقوم عليه هذه العقود.

نتناول في هذا المبحث للنظام القانوني للدعوى الاستعجالية في مطلبين أساسيين نتعرض في المطلب الأول لأسس الدعوى وقواعد قبولها، أما المطلب الثاني النظام القضائي لهذه الدعوى.

المطلب الأول: أسس وقواعد قبول الدعوى الاستعجالية:

إن القضاء الاستعجالي الموضوعي هو إجراء قضائي خاص ذو أصل تشريعي أوروبي الهدف منه حماية قواعد العلانية والمنافسة قبل إبرام الصفقات العمومية، وذلك عن طريق إعطاء القاضي الإداري سلطات واسعة غير مألوفة في الإجراءات القضائية الاستعجالية العادية، إذ نعمل على دراسة هذا النوع من الإجراءات في هذا المطلب من خلال التعرض للأسس التي تقوم عليها هذه الدعوى وأحكام قبولها في الفروع التالية:

الفرع الأول: أسس الدعوى الاستعجالية:

نتعرض فيما يلي للمصادر التي تعتمدها هذه الدعوى، وكذا الخصائص التي تميزها عن الدعاوى الأخرى، ونطاق تطبيقها.

**أولا: مصادر الدعوى الاستعجالية:**

إن المشرع الأوروبي عمل على إيجاد دعوى قضائية فعالة تضمن احترام الأحكام الأوروبية في نطاق المنافسة والعلانية فقام بإصدار هذا الأخير القانون رقم 92- 10 بتاريخ 04 يناير 1992 تطبيقا لتعليمة الاتحاد الأوروبي تحت عنوان "طعن ورقابة" المؤرخة في 21 ديسمبر 1989 المتعلق بتنسيق الأحكام التشريعية والتنظيمية بين الدول الأعضاء، حيث تهدف هذه التعليمة بالرقابة الدقيقة للمقتضيات الخاصة بقانون المجموعة الأوروبية في مجال إبرام العقود والصفقات العمومية، وبعد ذلك أضاف قانون 1992 المعدل بقانون يناير 1993 المادة لـ 22 إلى قانون المحاكم الإدارية والمجالس الإدارية للاستئناف، والذي يمنح مجموعة من السلطات لرئيس المحكمة الإدارية أو من ينوب عنه والذي يفصل ابتدائيا ونهائيا⁽¹⁾ لكل شخص له مصلحة في إبرام العقد والذي يتضرر بسبب المخالفات المرتكبة في مجالي العلانية والمنافسة سمي هذا التوجيه بتوجيه الدعوى. Directrive de recours.⁽²⁾

جاء بها القانون الفرنسي رقم 665- 69 مع اختلاف في حجم السلطات الممنوحة للقاضي الإداري، حيث يرجع السبب في الاستقطاب السريع لهذا النمط من الإجراءات القضائية، أنه كان هناك فراغ تشريعي فيما يتعلق بوجود دعوى تصحيحية وقائية سابقة على إبرام العقود والصفقات العمومية، لأن دعوى الإلغاء التي توجه ضد القرارات الإدارية المنفصلة والتي تساهم في نفس الوقت في تكوين إرادة الإدارة الموضوعية، ظهرت لفترة طويلة من دون فعالية، لأن القاضي يبت فيها غالبا بعد توقيع العقد، وفي بعض الأحيان بعد تنفيذه، وذلك فضلا عن عدم تأثير إلغاء القرار المنفصل على الوجود القانوني للعقد نفسه، ما لم يتمسك به طرفاه بهذا الإلغاء أمام قاضي العقد لترتيب البطلان، مما ينبغي عدم وجود أي مصلحة عملية يحققها هذا الإلغاء بالنسبة للغير.

أما بالنسبة للقانون الجزائري، كان يتميز بالفراغ التشريعي الخاص بضمان الشفافية للمتعاملين، وهذا ما دفع بالمشرع لإيجاد هذا الحل القضائي الاستعجالي الموضوعي قبل التعاقد في القانون الجديد رقم 08- 09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية بعدما كان لا يوجد أي نص قانوني ينظم هذه المسألة الجوهرية والمهمة، إذ الهدف الأساسي من استحداث المادة 946 و947 فرض التطبيق الصارم لأحكام

⁽¹⁾ الحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري، ب ط، دار هومة، الجزائر، 2007، ص. 268.

⁽²⁾ Richer L'AURENT, Droit des contrats administratifs, T2, L.G.P.J, PARIS, 1999, p. 142.

المرسوم الرئاسي 02- 250 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية⁽¹⁾، كما سيكون للمادة 946 بالغ الأثر في تنفيذ أحكام التعديل الأخير للمرسوم الرئاسي السالف ذكره، لاسيما مادتيه 2مكرر و109، حيث تنص الأولى: "لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الراشد للمال العام، يجب أن تراعى الصفقات العمومية المساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات" بينما تنص المادة الثانية: "تفتح الأظرفة التقنية والمالية في جلسة علنية، بحضور جميع المتعهدين الذين يتم إعلامهم مسبقا، وذلك في تاريخ إيداع العروض المحدد في المادة 440 أعلاه تبلغ نتائج التقييم التقني والمالي للعروض في إعلان المنح المؤقت للصفقة"⁽²⁾، ليصدر مؤخرا المرسوم الرئاسي 10- 236⁽³⁾ تنص المادة 3 منه: "لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى مبادئ حركة الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات من احترام مبادئ هذا المرسوم".

ثانيا: خصائص الدعوى الاستعجالية:

إن الدعوى الاستعجالية التي نصت عليها المادة ل 225 من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية من القانون الفرنسي السالف ذكره والمواد 946 و947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد تظهر لنا مجموعة من المميزات والخصائص التالية:

1- تقنية قضائية قبل تعاقدية: يتم تحريك هذه الدعوى في مرحلة الإبرام، لأنها تهدف إلى الحدّ من المخالفات التي تمس قواعد العلانية والمنافسة، بحيث لها دور وقائي يحول دون تحريك دعوى الإلغاء بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه، وبالتالي بمجرد إبرام العقد تفقد هذه الدعوى قيمتها القانونية.

2- الدعوى الاستعجالية تحوّل للقاضي الإداري سلطات هامة: يتمتع القاضي الإداري وهو بصدد الفصل في الدعوى الاستعجالية بسلطات واسعة غير معروفة في النظام القانوني العام للقضاء الإداري بمفهومه اللاتيني، تتمثل هذه السلطات في الأمر Injonction والوقف Suspension والإلغاء L'annulation ولكنه لا يمكن له منح التعويض.

⁽¹⁾ مع العلم أنه تمّ تعديل المرسوم الرئاسي 02- 250 بموجب المرسوم الرئاسي 08- 383 مؤرخ في 24 جويلية 2008 معدل ومتمم للمرسوم الرئاسي 02- 250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج، عدد 62 لسنة 2008.

⁽²⁾ عبد الرحمن بريارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط1، منشورات بغدادية، الجزائر، 2009، ص.479.

⁽³⁾ المؤرخ في 13 أكتوبر 2010 الصادر في ج: العدد 58- 2010.



3- **دعوى قضاء مستعجل:** يوكل النظر في هذه الدعوى لقاضي فرد بحيث يفصل في هذه الدعوى بأول وآخر درجة وبصفة استعجالية.

4- **بيت القاضي الإداري في الموضوع:** القاعدة العامة أن القاضي الاستعجالي لا يمس بأصل الحق وإنما يتخذ التدابير الاستعجالية الفورية والضرورية فقط، إلا أنه في هذه الدعوى يفصل فيها بصفة استعجالية موضوعية أي ينظر في الموضوع⁽¹⁾.

ثالثا: مجال تطبيق الدعوى الاستعجالية:

إن الأحكام الخاصة بهذه الدعوى يمكن أن تثار في مادة إبرام العقود أو الصفقات العمومية وهذا ما جاء به الفصل الخامس من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

1- **الصفقات العمومية:** إن القانون الفرنسي السالف ذكره المؤرخ في 04- 01- 1992 قد منح إمكانية إثارة الدعوى الاستعجالية الموضوعية قبل التعاقدية على عقود التوريد والأشغال العامة فقط، وذلك إذا تجاوزت القيمة المحددة لتطبيق أحكام العلانية والمنافسة ذات الأصل الأوروبي، لكن بعد ذلك نصت المادة لـ 5 من القانون المؤرخ في 25- 01- 1993 على إمكانية إثارة هذه الدعوى الاستعجالية شاملا لمخالفات العلانية والشفافية المرتكبة عند إبرام كل الصفقات العمومية وبغض النظر عن قيمتها⁽²⁾.

أما بالنسبة للقانون الجزائري وفي إطار الجهود الرامية لإضفاء الشفافية على إبرام الصفقات العمومية، فقد تم وضع نصوص تسد هذا الفراغ وتعمل على تدعيم الشفافية، إذ تسمح للقاضي الاستعجالي التدخل قصد تأجيل إبرام الصفقات في الحالات التي لم تحترم فيها الإجراءات المسبقة المتعلقة بإجراءات الإشهار والمنافسة، وقد روعيت المصلحة العامة وعدم عرقلة الإدارة في نشاطاتها وذلك بأن لا يتجاوز هذا التأجيل أكثر من 20 يوما، ويفصل في الدعوى الاستعجالية في نفس الأجل⁽³⁾ وهذا ما نصت عليه المادة 3 من المرسوم الرئاسي 10- 1236 المتضمن قانون الصفقات العمومية.

2- **إبرام العقود الإدارية:** يقصد بإبرام العقود الإدارية عقود امتياز المرافق العامة، إذ يجب أن تكون مستوفية لجميع الشروط والأركان الضرورية، ويمكن الطعن فيها من خلال

⁽¹⁾ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص. 846.

⁽²⁾ مهند مختار نوح، المرجع نفسه، ص. 847.

⁽³⁾ عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد: ترجمة للمحكمة العادلة، ب ط، موفم النشر،

الجزائر، 2009، ص. 406.

الدعوى الاستعجالية، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على ما يلي: "يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية."

لكن ما نلاحظه أن المشرع الجزائري لم يحدد أنواع ونماذج لهذه العقود الإدارية، وإنما اكتفى بإدخالها في نطاق تطبيق هذه الدعوى الاستعجالية الموضوعية قبل التعاقدية.

الفرع الثاني: شروط قبول الدعوى الاستعجالية:

أولاً: صفة المدعى: Qualité de requérant

تكتسب صفة المدعى في الدعوى الاستعجالية بناء على المصلحة الخاصة بالمدعى أو بحكم القانون الذي يكسب هذه الصفة لصاحبها.

1- اكتساب الصفة بناء على المصلحة الخاصة بالمدعى: وهذا ما نصت عليه المادتين

ل22 ول23 من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف في فرنسا⁽¹⁾.

كذلك المشرع الجزائري تحدث عن وجوب توافر المصلحة في تحريك الدعوى ال استعجالية وهذا ما نصت عليه المادة 2/946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يتم هذا الإخطار من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد".

أما فيما يتعلق بالضرر فليس من الضروري إثبات وجوده، بل يكفي أن تكون هناك إمكانية كبيرة للظفر بالصفقة محل الإبرام لولا عدم خرق قواعد العلانية والمنافسة⁽²⁾.

وقد تم تطبيق القضاء الإداري الفرنسي هذه القاعدة بصرامة، بحيث حكمت المحكمة الإدارية Rennes بعدم قبول الدعوى المرفوعة من قبل أحد المستشارين البلديين المتعلقة بخرق بعض التزامات المنافسة والعلانية من جانب البلدية بسبب انعدام المصلحة. ولنفس السبب رفضت محكمة HICE الإدارية دعوى مقدمة من جانب إحدى منظمات حماية البيئة، وكذلك قرر مجلس الدولة أن نقابة مهنيي المارييتيك لا يمتلك صفة إمكانية إثارة هذه الدعوى، لأنه لا علاقة

⁽¹⁾ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص.848.

⁽²⁾ Richer L'AURENT, Droit des contrats administratifs, op. cit, p.145.



لها بعملية إبرام العقد ، ولكن المجلس نفسه قبل دعوى شركة Caso Nosta International لأنها تملك مصلحة في هذه الدعوى تتمثل في إمكانية النظر بالعقد المحتمل إبرامه⁽¹⁾.

2- اكتساب الصفة بناء على القانون: إن المدعين في هذه الحالة لا يكون أحد المتنافسين المتقدمين بالعروض ، بل يكون أحد الأشخاص العامة الرسمية بحيث يمنح له القانون صراحة حق تحريك الدعوى الاستعجالية الموضوعية قبل التعاقدية في حالة خرق لقواعد العلانية والمنافسة من أجل المحافظة على المصلحة العامة. وهذا ما جاء به قانون الإجراءات المدنية والإدارية في نص المادة 2/946: "يتم هذا الأخطار من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من هذا الإخلال ، وكذلك لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية". يعتبر هذا الأخير السالف ذكره حارسا للمشروعية المتعلقة بإبرام العقود والصفقات العمومية ، إذ يجوز لكل ممثل للدولة سواء على مستوى الولاية أو المؤسسات العمومية أن يثير دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدية ، إذا لمس خرقا للالتزامات العلانية والمنافسة.

في الحقيقة إن هذه الإمكانية المخولة لممثل الدولة من أجل ضبط المخالفات والتجاوزات في مجال العلانية والمنافسة في المرحلة السابقة على إبرام العقود والصفقات العمومية ، تتكامل مع الاختصاص الممنوح له برقابة أوجه المشروعية في المرحلة اللاحقة على إبرامها.

ثانيا: قاعدة القرار السابق:

القاعدة العامة في فرنسا أن الدعوى القضائية لا يمكن أن توجه إلا ضد قرار إداري ، فإذا لم تتخذ الإدارة قرارا بشأن نزاعها مع المتعاقد يجب على المدعى استصدار قرار في شكل طلب يتقدم به إلى الإدارة المعنية ، مما يترتب على عدم القيام بهذا الإجراء عدم قبول الدعوى القضائية⁽²⁾ ، وتطبق هذه القاعدة في مجال القضاء الكامل التعاقدية وغير التعاقدية ، ففي نطاق المطالبة بتعويضات قبل إثارة الدعوى يعتبر إجراء جوهريا يترتب على عدم القيام به عدم قبول الدعوى ، بحيث يعتبر الطلب المسبق من النظام العام وبالتالي يمكن للقاضي الإداري إثارته من تلقاء نفسه ، إلا أنه ونظرا لضرورة السرعة في تحريك هذه الدعوى فإن بعض المحاكم الإدارية الفرنسية تبدي بعض المرونة في تطبيق هذا الشرط الجوهري.

⁽¹⁾ مشار إليها من قبل مهند مختار نوح ، المرجع السابق ، ص. 848.

⁽²⁾ Andre DE- LAUBADERE- DELVOLLE et MODERNE, Traite des contras administratifs, T2, L.G.D.F, PARIS, 1984p. 910.

أما بالنسبة للقانون الجزائري فقد نصت عليه المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يجوز إخطار المحكمة بعريضة وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المناقصة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية".

فالمشرع لم يشر إلى وجوب استصدار قرار إداري سابق من المصلحة المتعاقدة، وإنما يكفي تحرير عريضة افتتاحية تتضمن أوجه الإخلال بالالتزامات الواجب توافرها في إبرام الصفقات العمومية.

ثالثا: الإطار الزمني لرفع الدعوى الاستعجالية:

1- إثارة الدعوى قبل إبرام العقد: إن القانون الفرنسي لم يحدد مدة معينة لإمكانية إثارة هذه الدعوى، وإنما اكتفى بالنص عليها في نص المادة 220 من قانون المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف: "... يمكن لرئيس المحكمة الإدارية أن يبت في الدعوى قبل إبرام العقد..." وفي نفس السياق نصت المادة لـ 230 من نفس القانون: "لا يمكن للقاضي أن يبت قبل إبرام العقد إلا ضمن الشروط المحددة..."، إذ حاول الفقه الفرنسي تحليل كلمة "يمكن" على أنها تعني بمفهوم المخالفة إمكانية إثارة هذه الدعوى قبل وبعد إبرام العقد على حد سواء، لكن الطابع الوقائي الذي تتمتع به هذه الدعوى جعل منها ترفع قبل إبرام العقد من أجل إصلاح المخالفات المرتكبة فيما يتعلق بقواعد العلانية والشفافية والإشهار. حيث أقر م. د. ف بأن ترفع هذه الدعوى قبل إتمام إبرام العقد، إذ يمكن للقاضي الإداري ممارسة سلطاته بفعالية، إذ المدعى يطلب إما إجراء مؤقت مثل أمر موجه للإدارة المختصة بمراعاة قواعد الإبرام أو وقف إبرام الصفقات العمومية... الخ⁽¹⁾.

2- النتائج المترتبة على عدم إثارة الدعوى قبل إبرام الصفقة العمومية: يترتب على مبدأ عدم جواز إثارة الدعوى الاستعجالية قبل إبرام العقد عدم إمكانية توجيه هذه الدعوى ضد قرار توقيع الصفقة ذاتها، وهذا واقعي لأنه بذلك يصبح تداخل بين دور القاضي الإداري في مجال قضاء الإلغاء ومجال القاضي الاستعجالي، وبالتالي هي تعمل على وضع الحدود بين كلا الاختصاصيين.

المطلب الثاني: النظام القضائي للدعوى الاستعجالية:

سنتطرق إلى النظام القضائي للدعوى في فرعين، نبعث في أولهما ضمانات هذه الدعوى وأسباب رفعها، وفي ثانيهما قواعد الحكم في الدعوى ونتناول كذلك لسلطات القاضي

⁽¹⁾ الحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجال الإدارية، المرجع السابق، ص. 270.



الإداري في هذه الدعوى، والإجراءات التي يتخذها هذا الأخير من أجل ضمان تنفيذ الالتزامات الخاصة بالعلانية والشفافية في إبرام الصفقات العمومية.

الفرع الأول: ضمانات الدعوى الاستعجالية وأسباب تدخل القاضي الإداري:

تتطرق في هذا الفرع للضمانات القانونية التي تتحصن بها الدعوى الاستعجالية وأسباب تدخل القاضي الإداري بناء على طلب المتعاقد مع الإدارة وفقا لما يقره القانون.

أولا: ضمانات الدعوى الاستعجالية:

إن القاضي الذي يختص بالفصل في الدعوى الاستعجالية هو قاضي فرد، وهذا ما أكد عليه المشرع الفرنسي، إذ الهدف من ذلك هو إيجاد مرونة متجاوبة مع طبيعة الإجراء، لأن ذلك يتلاءم مع طبيعة الشؤون المستعجلة⁽¹⁾.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري وهو بصدد النص على الاستعجال في المنازعات الإدارية، يتبين أنه يفصل بالتشكيكية الجماعية المنوط بها البت في دعوى الموضوع⁽²⁾، وبالتالي المشرع الجزائري أخذ بالتشكيكية الجماعية من أجل الفصل في هذا النزاع، حيث يرى الأستاذ Richer أن القضاء في هذه الحالة ليس قضاء مستعجلا حقيقيا لأن القاضي يبت بالموضوع أو بأصل الحق في نفس الدعوى.⁽³⁾

وبما أن القاضي يبت بصيغة الاستعجال، فإن ذلك يعني أن يبت فيها بالإسناد إلى الحد الأدنى من الشكليات، وفقا للقواعد العامة الخاصة بالقضايا الاستعجالية، فمثلا مبدأ الوجاهية يطبق بصورة مرنة، وهذا ما نصت عليه المادة 923 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يفصل قاضي الاستعجال وفقا لإجراءات وجاهية كتابية وشفوية". بيد أنه وبسبب السلطات الهامة التي يتمتع بها القاضي بموجب هذه الدعوى، فإن بعضا من الالتزامات التي لا يفرضها القانون في نطاق الدعوى الاستعجالية العادية تكون مفروضة عند تطبيق هذه الدعوى، إذ يجب تبادل المذكرات بين المدعى والإدارة المدعى عليها، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي وبسبب طبيعة هذه الدعوى قد لطف من هذا الإجراء، بحيث قضى بموجب تبليغ الإدارة المدعى عليها بالطلبات المقدمة من المدعى، إذ لا يعتبر رد الإدارة على هذه الملاحظات

(1) مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص. 862.

(2) انظر المادة 917 قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(3) Richer L'AURENT, Droit des contrats administratifs, op. cit, p. 144.

ملزما ، إضافة لتقييم ملاحظاتهم الشفهية تدعيما لملاحظاتهم الكتابية التي تقدموا بها⁽¹⁾ ، بموجب العريضة المنصوص عليها في نص المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة".

وبناءً عليه قد ألقى مجلس الدولة الفرنسي قرار رئيس محكمة CAEN لأن هذا الأخير لم يدع الأطراف لسماع ملاحظاتهم الشفهية في جلسة علنية ، وقد اعتبر مفوض الحكومة Lasuignes أن مبدأ الملاحظات الشفهية المقدمة من الأطراف خلال جلسة علنية يجب تحقيقه من جانب القاضي المختص بهذه الدعوى لسببين:

1- القاضي من خلال هذه الدعوى يمكن أن يبت بشكل نهائي بالموضوع.

2- المادة 6 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان تفرض مبدأ علانية المناقشات القضائية.

ثانيا: أسباب تدخل القاضي الإداري بناء على الدعوى الاستعجالية:

كما سبق أن ذكرنا أن هذه الدعوى ابتكرها المشرع الأوروبي بقصد حماية مبادئ العلانية والشفافية والمساواة بين المتعاملين ، وأي خرق لقواعد المنافسة عند إبرام العقود والصفقات العمومية ، وإذا كانت الأغراض الأساسية لهذه الدعوى هي حماية قواعد العلانية والمنافسة بصفة خاصة ، إلا أنه توجد نزعة لدى القضاء الإداري الفرنسي من أجل توسيع هذه الأغراض لتشمل مجموعة بعض الحالات الأخرى وهي كالآتي⁽²⁾:

1- **القواعد المتعلقة بالعلانية والمدد:** إن القواعد المتعلقة بالعلانية في الشكليات الجوهرية والإلزامية والتي يترتب على الإخلال بها إمكانية إثارة الدعوى الاستعجالية ، وبالتالي يعتبر خرقا لقواعد العلانية في حالة عدم تضمين الإعلان لمختلف البيانات الجوهرية والتي يفرضها القانون ، إضافة لذلك عدم مراعاة نشر الإعلانات لدى الجهات الرسمية والمحددة بموجب القانون وهي الجرائد اليومية ، وكذلك إذا تعلق الأمر بتجاوز المدة المحددة بموجب القانون من أجل استلام العروض.

2- **اختيار إجراء وطريقة إبرام الصفقات العمومية:** القاعدة العامة أن إبرام الصفقات العمومية تكون وفقا لطريقة طلب العروض ، أما الاستثناء هي طريقة التراضي طبقا لما يحدده القانون.⁽³⁾

⁽¹⁾ Patricia GRELLIER BESSMENN, Le memento des marchés publics des travaux, Edi, EVRILLES, PARIS, 2002, p.133.

⁽²⁾ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص. 869.

⁽³⁾ عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، ط1، الجسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص. 110.



يؤدي استخدام إحدى هتين الطريقتين في غير موضعهما إلى خرق التزامات المنافسة، كأن تستخدم الإدارة طريقة التراضي في غير الحالات المحددة على سبيل الحصر وهذا ما نصت عليه المادة 27 من المرسوم الرئاسي 10- 236 المتضمن قانون الصفقات العمومية.

3- المواصفات والخصائص التقنية: يجب أن لا تكون إحدى المواصفات أو خصوصيات التقنية تنطوي على عنصر تفضيلي لأحد المترشحين على حساب المتعاملين العموميين الآخرين. و استنادا لذلك قرر م. د. ف أن وضع مواصفات أكثر تعقيدا من المواصفات المنصوص عليها في القانون من شأنه أن يؤدي إلى خرق مبدأ المساواة بين المتعاملين وحصر المنافسة بين متعاملين معينين وإقصاء الآخرين من المنافسة.

4- عدم احترام الإدارة للشروط المنصوص عليها في الصفقات العمومية إذ يشكل خرقا وتجاوزا واضحا لالتزامات المنافسة بين المتعاملين.

5- التماطل في سريان العروض دون رضا المرشحين: بحيث يؤدي إلى تشويه المعطيات الاقتصادية لهذه العروض مما يبين أنه خرق بقواعد المنافسة.

6- قبول الإدارة العروض رغم عدم احترامها لبعض الأوضاع القانونية: إذا كان تفاضي الإدارة عن هذه الأوضاع لا يمس بالتزامات المنافسة، فهي لا تشكل خرقا يؤدي لتحريك الدعوى الاستعجالية، أما إذا كانت تؤثر في صحة الصفقات العمومية فإنه يعتبر خرقا يستدعي تدخل القاضي الإداري بناءً على إرادة المتعاملين، وبالمقابل فإن المخالفات التي تؤثر على مشروعية عملية الإبرام لكن لا تؤثر على مبدأ العلانية والمنافسة، لا تدخل ضمن نطاق المخالفات التي تكون محلا للدعوى الاستعجالية، أي لا يمكن الطعن فيها عن طريق هذه الدعوى، بل على المدعى أن يتجه نحو الطرق الأخرى للقضاء.⁽¹⁾

الفرع الثاني: الحكم في الدعوى الاستعجالية:

يتمتع القاضي الإداري بمجموعة من السلطات الهامة التي تؤهله للفصل في الدعوى الاستعجالية، نتطرق لها فيما يلي:

أولا: سلطات القاضي الإداري في الدعوى الاستعجالية:

إن هذا النظام القضائي الجديد يتضمن تجاوزا على بعض المحظورات التقليدية في نظام القضاء الإداري الفرنسي، فهو يعطي مساحة واسعة غير مألوفة من السلطات تصل إلى حد

⁽¹⁾ الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة.

إرسال أوامر للإدارة، وهذا ما نصت عليه المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته وتحدد الأجل الذي يجب أن يمثل فيه". وتدرج هذه السلطات الممنوحة للقاضي للبحث في الدعوى الاستعجالية ضمن زمرتين أو قسمين:⁽¹⁾

1- **الإجراءات التحفظية: Les mesures provisoires**: يملك القاضي الإداري طبقا للمادتين 220 و 230 من القانون الفرنسي والمادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية سلطة الأمر وفرض الغرامة التهديدية ووقف كل القرارات والإجراءات المتصلة بعملية الإبرام، نحاول شرح كل سلطة على حدا.

أ- **سلطة الأمر: L'injonction**: هي سلطة تمنح للقاضي الإداري قصد إلزام الإدارة للقيام بعمل معين أو الامتناع عنه، ومن المستقر عليه في فرنسا والجزائر منذ زمن طويل أن القاضي الإداري لا يستطيع إلزام الإدارة بأن تقوم أو تمتنع عن آرائه أو أن يحل محلها من أجل القيام بعمل يكون من صميم اختصاص الإدارة، إضافة إلى عدم إمكانية توجيه تهديدات مالية، وهذا أكد عليه مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 29-01-1970 والذي جاء فيه: "... حيث أنه ليس لمجلس الدولة أن يوجه أوامر للإدارة"⁽²⁾، إذ يرجع الأصل التاريخي للفلسفة التي قام عليها نشاط القضاء الإداري الفرنسي والقائمة أساس على مبدأ الفصل بين القضاء الإداري والإدارة العاملة الذي يحظر على القاضي الإداري تماما كل تدخل في شؤونها. حيث اعتبرت الأوامر التي يمكن أن يرسلها القاضي إلى السلطات الإدارية من شأنها أن تحوله إلى رجل إدارة بالمعنى الدقيق. مما يشكل خرقا للمبدأ السالف ذكره، إلا أن هذا المبدأ لم يكن مطبقا على إطلاقه في فرنسا لأن الإدارة تتلقى منذ زمن بعيد أوامر من جانب القضاء العادي، ويعتبر الاعتداء المادي المجال الخصب لذلك، فالقاضي الإداري نفسه ليس غريبا كليا عن مجال إرسال الأوامر، فهو يمكن أن يرسلها إلى الأفراد، والمثال على ذلك توجيه أمر للتعاقد مع الإدارة المخلة بالتزاماته بإخلاء موقع التنفيذ، تمهيدا لتنفيذ العقد على حسابه وكذلك في حالة طرد من يشغل الدومين العام دون وجه حق.

ولكن المشرع الفرنسي تدارك هذا الوضع بعد ذلك ليتدخل في 08-02-1995 حيث أصدر قانون 04-01-1995 الذي أجاز للقاضي الإداري توجيه أوامر للإدارة ولكن ضمن

⁽¹⁾ Patricia GRELLIER BESSMENN, Le memento des marchés publics des travaux, op.cit, p. 133.

⁽²⁾ سعيد سليمان، دور القاضي الإداري في معالجة منازعات عقود الإدارة، مجلة كلية الحقوق، دراسات قانونية، العدد 04، جامعة تلمسان، الجزائر، 2007، ص. 227.



حدود، فلا يوجه القاضي الأمر للإدارة إلا إذا اقترن حكمه بإجراء يجب اتخاذه من جانبها، كأن يأمر الإدارة بإعادة نشر الإعلان إذا كان غير مشروع⁽¹⁾.

وقد وضعت هذه السلطة موضع التطبيق الفعلي عدة مرات في فرنسا، بحيث أمر رئيس المحكمة الإدارية لمدينة "ستراسبورغ" إحدى الجماعات المحلية بأن تعيد الإجراء المتعلق بقبول الترشيحات وفقا لما ينص عليه القانون لضمان مشروعية هذا الإجراء. كما ألغى مجلس الدولة الفرنسي قرارا صادرا عن رئيس المحكمة الإدارية "Grenoble" بتاريخ 05- 05- 1995 لأن هذا الأخير رفض أن يأمر الإدارة بأن تراعي الالتزامات المفروضة قانونا⁽²⁾.

أما بالنسبة للقاضي الإداري الجزائري لا يستطيع توجيه أوامر للإدارة لحملها على تنفيذ أحكامه، رغم عدم وجود أي نص قانوني يمنعه من ذلك، وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر في 08- 03- 1999 والذي جاء فيه: "... حيث أنه لا يمكن للقاضي الإداري أن يأمر الإدارة..."⁽³⁾.

ولكن بصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد الذي جاء بأحكام تؤكد على إمكانية لجوء القاضي الإداري لتوجيه أوامر للإدارة من خلال المادة 946 منه: "يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته، وتحدد الأجل الذي يجب أن يمتثل فيه". وبالتالي لا يوجد أي مبرر قانوني للقاضي الإداري بعدم توجيه أوامر للإدارة من أجل الامتثال لالتزاماتها فيما يخص المنافسة والشفافية في إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية.

ب- سلطة الوقف Suspension: يتمتع القاضي الإداري في هذه الدعوى بسلطة وقف إبرام الصفقات العمومية ووقف تنفيذ أي قرار يتصل بها، وهي سلطة مهمة وخطيرة في نفس الوقت لأنها تعمل على شل العملية العقدية، أما فيما يتعلق بالشروط الواجب توافرها لتقرير هذا الوقف هو وجود أسباب جدية تبيح له اتخاذ هذا القرار أما فيما يخص صعوبة إصلاح القرار الذي ينتج عن تنفيذ القرار المتصل به، إذ م. د. ف قرر صراحة عدم اشتراطه ضمن الشروط الضرورية لذلك، لأنه بتقرير هذا الشرط يؤدي إلى الحد من فعالية سلطات القاضي الإداري ويضع عليه قيودا يتعلق بضرورة وجود الضرر، وهذا ما نصت عليه المادة 946/ الأخيرة من

(1) مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص. 874.

(2) أشار إليه مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص. 874.

- T.A Strasbourg 26-06-1997, construction industrielles

(3) قرار مجلس الدولة الجزائري الصادر بتاريخ 08- 03- 1999 في قضية بورطل رشيد والي ولاية ميله ومن معه، نقلًا عن الحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص. 268.

قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "و يمكن لها كذلك بمجرد إخطارها أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز عشرين (20) يوماً"، بحيث يخضع هذا الإجراء للسلطة التقديرية الكاملة للقاضي الإداري الذي يستطيع أن يرفض هذا الوقف لعدم وجود أسباب جديّة لدى المدعي.

ج- سلطة القاضي الإداري في الحكم بالغرامة التهديدية لإجبار الإدارة على تنفيذ أوامرها:

- **تعريف الغرامة التهديدية: Astreint:** هي إجراء الهدف منه ضمان تنفيذ الأحكام القضائية، حيث أنّ القاضي يستطيع بناء على هذا الإجراء أن يأمر المدين بتنفيذ التزامه عينياً خلال مدة معيّنة، فإذا تأخّر كان ملزماً بدفع غرامة تقدّر على أساس مبلغ معيّن عن كلّ فترة زمنية من الإخلال بالالتزام، وبالتالي يرجع للقضاء فيما تراكم على المدين من الغرامات الذي يجوز للقاضي أن يحو هذه الغرامات أو أن يخفّضها.

كان مجلس الدولة الفرنسي يرفض الحكم بالغرامة التهديدية على الإدارة في حالة امتناعها عن تنفيذ أحكامه، وهذا ما جاء في قراره المؤرخ في 1933/01/27: "... حيث أنه إذا كان للقاضي الحق في بيان الحقوق والالتزامات المتقابلة للأطراف وكذا التعويض المستحق، فإنه لا يمكن أن يتعدى ذلك ويتدخل في تسيير المصالح العامة، ويوجه تحت التهديد بعقوبات مالية...."⁽¹⁾.

إنّ تبني مجلس الدولة الفرنسي هذا الموقف كان نتيجة تأثره بظروف نشأته التاريخية والسياسية، حيث نشأ في أحضان الإدارة وارتبط بها ارتباطاً وثيقاً، كما يعدّ هذا الموقف تجسيدا لمبدأ الفصل بين السلطات التي تبناه رجال الثورة الفرنسية. تفتنّ المشرّع الفرنسي لهذه الوضعية ومنح للقاضي الإداري سلطات تسمح بضمان تنفيذ أحكامه لاسيما عن طريق إمكانية الحكم بالغرامة التهديدية على الإدارة من أجل حملها على التنفيذ وهذا ما نصّت عليه المادة الثانية من قانون 1980/07/16: "... في حالة عدم التنفيذ يمكن للقاضي الإداري أن يحكم بالغرامة التهديدية لضمان تنفيذ أحكامه ولو من تلقاء نفسه وبذلك فإن هذا القانون قد أعطى سلطة فرض الغرامات التهديدية لمجلس الدولة فقط"، بيد أن القانون رقم 90-125 المؤرخ في 1995/02/08 الذي أعطى القضاء الإداري بمختلف درجاته حق توجيه الأوامر للإدارة، قد قرن ذلك بإمكانية فرض غرامة تهديدية ضمّانا لتنفيذ الأحكام القطعية الصادرة عن جهات هذا القضاء ذاته، وهذا ما ذهب إليه الفقه الفرنسي من أجل سدّ الفراغ التشريعي. إذ قرّر مجلس

⁽¹⁾ سعيد سليمان، المرجع السابق، ص. 228.



الدولة الفرنسي في أحد أحكامه الشهيرة (حكم Barre et Honnet الصادر في 1974/05/10 أنه إضافة الغرامة التهديدية للأمر يعتبر من قبيل المبادئ العامة للقانون⁽¹⁾ .

أمّا بالنسبة للقاضي الإداري الجزائري فقد أكد في العديد من أحكامه عدم جواز الحكم على الإدارة بالغرامة التهديدية وفقا لاجتهاد الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سابقا ومجلس الدولة حاليا⁽²⁾. وهذا ما أكد عليه قرار مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 10 - 04 - 2000 والذي جاء فيه: "... حيث إنه في الوضع الحالي للتشريع والاجتهاد القضائي لا يمكن النطق ضدّ الولاية أو البلدية بغرامة تهديدية"⁽³⁾. حيث يستند مجلس الدولة والغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في تبرير رفضها للنطق بالغرامة التهديدية على ما يلي:

- الغرامة التهديدية غير مبررة ضدّ الإدارة.
- يجب على العارض رفع دعوى التعويض في حالة رفض الإدارة تنفيذ الالتزام القضائي لصالحه.
- عدم استناد الغرامة التهديدية إلى أيّ نصّ قانوني ولا يمكن التصريح بها ضدّ الإدارة.
- في الوضع الحالي للتشريع والاجتهاد القضائي، لا يمكن الحكم بالغرامة التهديدية. بينما هناك مبررات موضوعية وقانونية تبرر اللجوء إلى الغرامة التهديدية:
- إذا كان هناك امتناع الإدارة عن تنفيذ التزام بعمل أو امتناع عن عمل دون مبرر شرعي وهذا مبرر موضوعي⁽⁴⁾.
- أمّا المبرر القانوني نصّت عليه المادتين 340 و 341 من قانون الإجراءات المدنية القديم والمادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد الذي نصّ صراحة على إمكانية اللجوء للغرامة التهديدية في مجال الصفقات العمومية وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة من قبل المصلحة المتعاقدة.

(1) مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص. 880.

(2) الحسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية - وسائل المشروعية - ، ط2، دار هومة، الجزائر، 2006، ص. 222.

(3) سعيد سليمان، المرجع السابق، ص. 229.

(4) الحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري، المرجع نفسه، ص. 270.

2- الإجراءات القطعية: Les mesures définitives⁽¹⁾: تتضمن الإجراءات القطعية سلطة إلغاء

القرارات المتعلقة بإبرام العقد، وإبطال بعض الشروط التعاقدية، نتعرض لكل سلطة على حدا.

أ- سلطة إلغاء القرارات المتعلقة بإبرام العقد: إنّ الإدارة تقوم بإصدار مجموعة من القرارات حين تعبّر عن إرادتها الموضوعية في معرض إبرامها لعقودها، وهذه القرارات تشكّل جوهر عملية الإبرام، إذ القاضي الإداري حين يبتّ في هذه الدعوى يتمتّع بسلطة إلغاء هذه القرارات إذا كانت منطوية على مخالفات لالتزامات العلانية والمنافسة، كما هو الحال غالباً في قرارات استبعاد بعض المتعاملين دون وجه حق، وفي الحقيقة إنّ سلطة الإلغاء التي منحت للقاضي الإداري من شأنها أن تؤدي إلى تفعيل الأحكام القضائية المتعلقة بإلغاء القرارات التي تساهم في تكوين إرادة الإدارة، وذلك بعدما كان أثر هذا الإلغاء نظرياً بحثاً وفقاً لنظرية القرارات الإدارية المنفصلة، لأنّ القاضي في هذه الدعوى لا يمكن أن يلغي قرار توقيع العقد كما هو الحال بالنسبة لقاضي الإلغاء عندما يتصدّى للقرارات المنفصلة ولا إلغاء العقد ذاته، وذلك يرجع إلى أنّه بمجرد صدور قرار التوقيع من السلطة المختصة وإن كان معيباً فإنّ قاضي الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية يستنفذ سلطاته.

ب- سلطة إبطال بعض الشروط التعاقدية⁽²⁾: يمكن للقاضي الإداري أن يبطل بعض

الشروط التي تسري على العقد الذي سوف يتمّ إبرامه، إذا كانت هذه الشروط تنطوي على عنصر تفضيلي. إذ السلطات التي يتمتّع بها القاضي الإداري في اتخاذ الإجراءات القطعية من شأنها أن تعطيه سلطة للبتّ في الموضوع وهذا يختلف عن سلطات القاضي في نطاق الدعوى المستعجلة العادية، وأهمّ شروطها أنّ القاضي عندما ينظر في طلبات الأفراد بإجراء تحقيق أو انتداب خبرة أو إثبات حالة⁽³⁾، يجب عليه أن لا يعيق القرار الإداري، كما يجب أن لا يتطرق إلى موضوع الدعوى الرئيسية التي تظلّ سليمة حتى تفصل فيه محكمة الموضوع⁽⁴⁾، الهدف منها إيجاد دعوى فعالة يتمّ بواسطتها فصل الموضوع في نزاع محاط بحالة من الاستعجال ممّا ينتج عنه أنّ هذا القضاء ليس قضاء استعجالياً بالمعنى القانوني للمصطلح، وإنّما هو أسلوب

⁽¹⁾ Patrecia GRELIER BESSMANN, Le mémento des marchés publics des travaux, op.cit, p.133.

⁽²⁾ Patrecia GRELIER BESSMANN, Le mémento des marchés publics des travaux, op.cit, p. 133.

⁽³⁾ حسين فريجة، الاستعجال الإداري في أحكام القضاء الإداري الجزائري، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، العدد 26، الجزائر، 2003، ص.26.

⁽⁴⁾ Andre DE LAUBADERE, DELVOLVE et MODERNE, Traité des contrats administratifs, op. cit, p. 1022 ets.



خاص من القضاء أعدّه المشرّع في سبيل معالجة بعض المشاكل التي يمكن أن تطرأ عند تبادل الإيجاب والقبول في معرض إبرام الصفقات العمومية.

وأمام هذه الامتيازات المتعدّدة والمتنوّعة الممنوحة للقاضي الإداري بموجب هذه الدعوى ثار نقاش في فرنسا حول تكييف هذه الدعوى، هل تنتمي إلى القضاء الكامل أم قضاء الإلغاء؟ استقر الرأي على اعتبارها من قبيل دعاوى القضاء الكامل، لأنها تجمع بين يدي القاضي الإداري سلطات كاملة، علماً أنه في هذه الدعوى لا يحقّ له أن يبتّ في طلبات التعويض⁽¹⁾، لأنّ ذلك يبقى تاماً من اختصاص قضاء القانون العام، حسب تعبير المحكمة الإدارية لمدينة 'ليل':

(... Le contentieux de l'indemnisation reste entièrement un contentieux de droit commun ...)⁽²⁾

في الحقيقة إن هذا الاتّساع في سلطات القاضي الإداري قد دفع بالبعض إلى طرح إشكالية جوهرية، تتمثّل فيما إذا كان بمستطاع قاضي الدعوى المستعجلة أن يبت بما لم يطلبه الخصوم، إذا كان يشكّل هذا الطلب نتيجة منطقية لما طلبوه؟

نعم يمكنه ذلك، كأن يطلب مثلاً وقف إبرام العقد فيقوم القاضي الإداري بوقف كلّ القرارات المتّصلة بإبرام هذا الأخير، باعتباره يشكّل نتيجة منطقية لعملية الوقف.

أمّا فيما يخص إجبار السلطة المختصة بإبرام الصفقات العمومية أن تلتزم بالإجراءات التي أمر بها القاضي في مجالي العلانية والمنافسة، إذ يمكن أن تكون مقترنة باحتمال فرض غرامة تهديدية على الإدارة، والأفان إجراء الأمر لن يكون له أي فعالية.

ثانياً: المدة المحدّدة للحكم وكيفية الطعن فيها:

إنّ المدة المحدّدة للحكم في هذه الدعوى هي عشرون يوماً، وذلك أيّاً كانت الطلبات التي تقدّم فيها، إلا أنّ هذه المدة ليست إلاّ مدّة دلالية Indicatif وليست مدّة سقوط، بمعنى انقضاء هذه المدة دون البتّ في الدعوى لا يكفّ يد القاضي عن النظر فيها⁽³⁾،

وهذا ما نصّت عليه المادة 947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: «تفصل المحكمة الإدارية في أجل (20) عشرين يوماً تسري من تاريخ إخطارها بالطلبات المقدّمة لها طبقاً للمادة 946 أعلاه».

⁽¹⁾ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص. 878.

⁽²⁾ T.A, Lille, 15/04/1994, Préfet de la somme/c/syndicat intercommunal d'électrification rural de Roisel-Hah, p. 1044

- أشار إليه مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص. 878.

⁽³⁾ Richer L'AURENT, Droit des contrats administratif, op.cit, p. 144.

ويرى جانب من الفقه الفرنسي أنّ هذه المدّة قصيرة بالمقارنة مع المسائل المعقدة التي يمكن أن يثيرها إبرام بعض العقود والصفقات العمومية.

الخاتمة:

في الأخير نستنتج أن الدعوى الاستعجالية جاءت كبديل عن الأحكام الصادرة بشأن القرارات المنفصلة أو التمهيدية للعملية العقدية، لأنّ الطريق القضائي محفوف بالعديد من الصعوبات وتعقيد الإجراءات التي تؤدي إلى التعتيل وبالتالي تأخر صدور الأحكام القضائية ممّا يؤدي إلى ضياع الفرصة على المتقدم بالطعن أمام قاضي الإلغاء ليولد هذا الحكم ميتا، لأنه لا يمكن لهذا المتعامل أن يحتج بهذا الحكم على المتعاقدين، لأنه لا يعتبر طرفا فيها من جهة، ولأنّ هذا الحكم في حدّ ذاته يتعارض مع مصالح المتعاقدين أو المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة بصفة خاصة من جهة أخرى، ممّا أدّى بالمشرع الجزائري إلى إيجاد هذه الدعوى من أجل ضمان احترام الأحكام القضائية الصادرة ليست عن قاضي الإلغاء، وإنّما الصادرة عن القاضي الاستعجالي الموضوعي قبل إبرام العقد، بحيث اعتمد المشرع هذه الطريقة مؤخرا وذلك من أجل ضمان احترام المبادئ الخاصة بالعلانية والشفافية، ونصّ على مجموعة من الإجراءات القضائية التي يتّخذها القاضي الإداري بعدما كان قانون الإجراءات المدنية يفتقر للإجراءات الضرورية التي تمكن القاضي الإداري من إلزام الإدارة باحترام التزاماتها، وكذلك وسائل تضمن له تنفيذ أحكامه، لاسيما توجيه أوامر للإدارة أو الحكم ضدها بالغرامة التهديدية، حيث أحسن المشرع عندما خصّ هذه الإجراءات القضائية بفصل خاص بها، إذ تنصّ المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نوعين من الإجراءات: الأوّل يتعلّق بالإجراءات التحفظية والتي تتضمن سلطة القاضي الإداري في الأمر للقيام بالعمل أو الامتناع عنه أو سلطة وقف إبرام الصفقة العمومية، وكذلك وقف تنفيذ جميع القرارات المتصلة بها، وهي سلطة رهيبة تعمل على شلّ العملية العقدية، حيث يشترط فيه شرطين شرط الجديّة وصعوبة إصلاح الضرر، إلّا أنّ ما استقرّ عليه مجلس الدولة الفرنسي هو عدم اشتراط هذا الشرط، لأنّه يعمل على الحدّ من فعالية سلطات القاضي الإداري في هذه الدعوى.

والنوع الثاني يتعلّق بالإجراءات القطعية التي تنقسم بدورها إلى سلطات جدّ مهمّة تتضمن إلغاء القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية، ومن خلال النصّ على هذا الإجراء قد عمل المشرع على القضاء على طريقة الطعن ضدّ هذه القرار أمام قاضي الإلغاء، لأنّه جعلها تدخل ضمن السلطات التي يتمتّع بها القاضي الاستعجالي، وبالتالي عمل على تكريس الفصل بين



القرار والعقد لما يتميز بينهما من اختلاف كبير وجوهري هذا من جهة، ولضمان عدم تدخل قاضي الإلغاء في اختصاصات قاضي العقد من جهة أخرى.

وسلطة إبطال بعض الشروط التعاقدية التي تنطوي على عنصر تفضيلي، بحيث تمنح للقاضي الإداري سلطة البث في الموضوع على خلاف ما هو موجود ومستقرّ عليه في القضاء الاستعجالي العادي الذي لا يمكنه أن يفصل في موضوع الحق.

ومن أجل ضمان تنفيذ هذه الأحكام المتضمنة الإجراءات القضائية، نصّ المشرع الجزائري على إمكانية القاضي الإداري توجيه أوامر للإدارة من خلال اتخاذ هذه الإجراءات، إضافة إلى الحكم بالغرامة التهديدية عن كل يوم يتأخر فيه عن عدم تنفيذ التزاماتها المتعلقة بالشفافية والعلانية، بعدما كان القاضي الإداري الجزائري لا يمكنه توجيه أوامر للإدارة ولا الحكم بالغرامات التهديدية، لأنها تشكل خرقاً لمبدأ الفصل بين السلطات، ولكن هذا الطرح غير صحيح إذا كان الأمر يتعلّق بمصالح المتعاملون المتقدمون بالعروض، بحيث يعمل هذا الإجراء على ضمان مبدأ الاحترام المتبادل بين الإدارة والمتعامل معها من ناحية وزرع الثقة بينهما من ناحية أخرى، حيث تتخذ هذه الإجراءات خلال مدّة قصيرة، وذلك تماشياً مع طبيعة الأعمال الإدارية وخاصة مجال إبرام الصفقات العمومية، التي يؤخذ بالعامل الزمني لتنفيذ هذه المشاريع، إذ لا يمكن إثارة هذه الدعوى إلا في مرحلة الإبرام أمّا بعد ذلك فيدخل ضمن اختصاص قاضي العقد الذي يتمتّع هو الآخر بسلطات واسعة وذلك لانتمائه للقضاء الكامل.

قائمة المراجع:

أولاً: الكتب العامة:

أ- باللغة العربية:

- 1- الحسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية: وسائل المشروعية، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2006.
- 2- الحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري، بدون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2007.
- 3- عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ترجمة للمحاكمة العادلة، بدون طبعة، موفم للنشر، الجزائر، 2009.
- 4- عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الثانية، منشورات بغدادية، الجزائر، 2009.

ب- باللغة الفرنسية:

5- Andre DE-LAUBADERE, DELVOLVE, Traité des contrats administratifs, T 2, L. G. D. F, PARIS, 1984.

6- Richer L'AURENT, Droit des contrats administratifs, T 2, L. G. P. J, PARIS, 1999.

ثانيا: الكتب المتخصصة:**أ- باللغة العربية:**

7- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، الطبعة الثانية، الجسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

8- مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005.

ب- باللغة الفرنسية:

9- Patricia GRELIER BESSMENN, Le mémento des marchés publics des travaux, Editions Eurolles, PARIS, 2002.

ثالثا: المقالات:**1- باللغة العربية:**

10- سعيد سليمان، دور القاضي الإداري في معالجة منازعات عقود الإدارة، مجلة كلية الحقوق، دراسات قانونية، العدد 4، جامعة تلمسان، الجزائر، 2007.

11- حسين فريجة، الاستعجال الإداري في أحكام القضاء الإداري الجزائري، العدد 26، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، الجزائر، 2003.

ب- باللغة الفرنسية:

54- Richer L'AURENT, La contractualisation de gestion des affaires publics, A. J. P. A, N°19, 2003.

رابعا: النصوص القانونية:**1- الدساتير:**

- المرسوم الرئاسي رقم 96- 438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996 المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء شعبي يوم 28 نوفمبر 1996 الصادر في الجريدة الرسمية، عدد 76- 1996.



- القانون رقم 08- 19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، المتضمّن التعديل الدستوري.

2- القوانين:

- القانون رقم 08- 09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر في الجريدة الرسمية، عدد 21- 2008.

3- الأوامر:

- الأمر رقم 66- 154 المؤرخ في 18 صفر 1986 الموافق لـ 25 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدّل والمتمّم الصادر في الجريدة الرسمية، عدد 47- 1966.

4- المراسيم الرئاسية:

- المرسوم الرئاسي رقم 02- 250 المؤرخ في 24 جوان 2002 المتضمن قانون الصفقات العمومية الصادر في الجريدة الرسمية، عدد 52- 2002.

- المرسوم الرئاسي 03- 301 المؤرخ في 11 سبتمبر 2003، يعدّل ويتمّم المرسوم الرئاسي 02- 250 المتضمن لقانون الصفقات العمومية الصادر في الجريدة الرسمية، عدد 55- 2003.

- المرسوم الرئاسي 08- 338 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008، يعدّل ويتمّم المرسوم الرئاسي 02- 250، الجريدة الرسمية، عدد 62- 2008.

- المرسوم الرئاسي 10- 236 المؤرخ في 27 أكتوبر 2010 الملغى للمرسوم الرئاسي 02- 250، الجريدة الرسمية، العدد 58- 2010.

عقد الامتياز ودوره كآلية لاستغلال العقار الموجه للاستثمار الصناعي في الجزائر

أ/ شايب باشا كريمة
كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب-البلدية-

مقدمة:

إن أول ظهور لحق الامتياز كان في إطار تطبيق أحكام القانون رقم 12/93 المؤرخ في 05 أكتوبر 1993 المتعلق بترقية الاستثمار إذ نصت المادة 23 منه على إمكانية منح جزء من الأراضي التابعة للأمولاك الوطنية الخاصة في إطار عقد الامتياز لإنجاز مشاريع استثمارية، وقد حدد المرسوم الصادران تحت رقم 331/94 و322/94 بتاريخ 17 أكتوبر 1994⁽¹⁾ تطبيقا لقانون ترقية الاستثمار، شروط منح الامتياز في المناطق الخاصة التي تدرج الاستثمار فيها وهي على الخصوص المناطق الواقعة في جنوب البلاد⁽²⁾.

ولقد نصت المادة 23 قانون ترقية الاستثمار على إمكانية تحويل عقد الامتياز إلى تنازل - بيع- وحدد ذلك المرسوم التنفيذي رقم 322/94 المتضمن منح حق الامتياز في المناطق الخاصة من خلال نص المادة السادسة (06) منه التي نصت على أنه: " يحق لصاحب الامتياز الحصول على ما يأتي طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما شريطة أن ينجز فعلا مشروع الاستثمار حسب الشروط والأجال المقررة. بعد أن صار عقد التنازل وسيلة تبرر بها إلى الوصول والحصول على القطع الأرضية المزمع إنجاز المشروع الاستثماري عليها والذي قد يؤدي من خلاله في النهاية إلى ضخ ممتلكات الدولة العقارية بالإضافة إلى إضعاف اقتصادها، مما قلل من حجم التنافس في مجال الاستثمار الصناعي، حيث بقيت ضعيفة لا تقوى على أن تتعدى حدود وطنها.

ومن أجل ذلك، وحفاظا على الأملاك الخاصة التابعة للدولة في أن توجه توجيهها سليما وتستغل استغلالا أمثل، وأن يتم تحقيق مبدأ الكفاءة والاقتصاد والفعالية والحصول على

(1) جريدة رسمية عدد 67.

(2) عمر حمي باشا وليلى زروقي: المنازعات العقارية، طبعة جديدة في ضوء آخر التعديلات وأحداث الأحكام، دار هومة، الطبعة الأولى 2006، ص 136.



أكبر عائد بأقل كلفة، فقد كان لا بد من أن يتم اتخاذ القرار السياسي بالمباشرة في الاعتماد على أحسن العقود وأضعفها ويستتبع ما سبق من إعداد، اتخاذ كافة الإجراءات العملية لإتمام التعاقد مع الجهة التي تتوفر لديها الكفاءة الكاملة في إنجاز المشروع، على أن إنجاز المشروع يتطلب أن يكون وفق شروط ومواصفات محددة بالعقد على وجه الدقة، وأن ينجز العمل كاملاً بمدة زمنية محددة وذلك بالاعتماد على آلية جديدة لاستغلال العقار الصناعي وهو عقد الامتياز غير القابل للتنازل.

أولاً: الامتياز القابل للتنازل:

مراعاة للتطور التشريعي للامتياز الواقع على العقار الصناعي سيتم التطرق في مرحلة أولى للامتياز في حالة إمكانية تحوله إلى تنازل، وذلك بطلب صاحب الامتياز حسب الشروط المحددة في التنظيم المعمول به من خلال قانون ترقية الاستثمار، وكذا قوانين المالية للسنوات المتعاقبة منذ 1994، كما يبين ذلك المنشور الوزاري رقم 1395 المؤرخ في أول أبريل 1995 المتضمن منح الامتياز في أراضي الأملاك الوطنية الواقعة ضمن المناطق الخاصة، وكذا في إطار الأمر رقم 11/06 الذي يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية.

أما في مرحلة ثانية فسيتم التطرق إلى الامتياز غير القابل للتنازل من خلال التشريعات التي نظمتها حسب الترتيب الزمني لها.

أ- الامتياز في إطار قانون ترقية الاستثمار: لقد ميز المشرع في إطار المرسوم التشريعي رقم 12/93 المتعلق بترقية الاستثمار بين نوعين من المناطق الخاصة، فهناك المناطق المطلوب ترقيتها وأخرى تسمى مناطق التوسع الاقتصادي، وفي إطار المرسوم التشريعي رقم 12/93 أصدر رئيس الحكومة المرسوم التنفيذي رقم 322/94 المؤرخ في 17 أكتوبر 1994 المتعلق بمنح امتياز أراضي الأملاك الوطنية الواقعة في المناطق الخاصة في إطار ترقية الاستثمار⁽¹⁾.

ولقد عرفت المادة الأولى (01) من دفتر الشروط النموذجي المتعلق بمنح امتياز أراضي أملاك الدولة لإنجاز استثمارات في المناطق الخاصة الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 322/94⁽²⁾ على أن الامتياز هو: " ذلك العقد الذي تخول بموجبه الدولة لمدة معينة حق الانتفاع بقطعة أرضية متوفرة تابعة لأملكها الخاصة شخصاً طبيعياً أو معنوياً يخضع للقانون الخاص، مقيم

(1) جريدة رسمية عدد 67 ل 19/10/1994.

(2) أنظر كذلك المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 322/94.

أو غير مقيم أو مؤسسة عمومية اقتصادية لتشغل تلك الأرض أساس في إقامة مشروع استثمار في منطقة خاصة في إطار المرسوم التشريعي 12/93 المؤرخ في 03 أكتوبر 1993 والمتعلق بترقية الاستثمار". والملاحظ حسب الدكتور عجة الجليلي⁽¹⁾ أن هذا التعريف تبنى نفس الأفكار التي ينادي بها فقهاء القانون الإداري، بشأن عقود الامتياز باعتبارها أحب أشكال تسيير المرفق العمومي وعلى أساس أنه تصرف قانوني يجد أساسه في دفتر شروط تعدده سلطة عمومية مؤهلة لهذا الغرض.

ب- في إطار قوانين المالية التالية لقانون ترقية الاستثمار:

1- القانون رقم 18/93 المؤرخ في 29 ديسمبر 1994 المتضمن قانون المالية لسنة 1994⁽²⁾:

والذي حدد بموجب المادة 17 إجراءات وكيفيات التنازل، إذ استبدل إجراءات التنازل بالتراضي عن أراضي الأملاك الوطنية الخاصة، بطريقة جديدة للاستغلال وهي عقد الامتياز مع إمكانية تحويله إلى تنازل، حيث جاء بنص المادة 17 على أنه: "يمكن أن تمنح هيئات عمومية أو معترف بمنفعاتها العمومية وجمعيات ليس لها طابع سياسي ومؤسسات عمومية ذات طابع اقتصادي أو أشخاص طبيعيين أو معنويين خاضعين للقانون الخاص أراضي تابعة للأملاك الوطنية الخاصة للدولة من أجل سد حاجيات تكتسي على الخصوص طابع المنفعة العامة، لاسيما إنجاز مشاريع التجهيز أو الاستثمار المقررة في إطار سياسة التنمية الوطنية"⁽³⁾. وإن الامتياز المذكور في هذه المادة، يمنح لصاحبه الحق في الحصول على رخصة البناء وفقا للتشريع المعمول به، وكذا احتمال تحويله إلى تنازل يتحدد ذلك عن طريق التنظيم.

وعلى هذا الأساس فإن القرار الإداري المتعلق بمنح امتياز على أراضي الأملاك الوطنية الخاصة والخاضع للإشهار بالمحافظة العقارية، لا يمنح للمستفيد إلا حق انتفاع فقط، ويمنعه من إبرام كل وصف ناقل للملكية⁽⁴⁾.

2- القانون رقم 27/95 المؤرخ في 31 ديسمبر 1995 المتضمن قانون المالية لسنة 1996⁽⁵⁾: والذي

نص على أن عقد المنح "قاصدا الامتياز"⁽⁶⁾ بإمكانية تحول هذا العقد إلى تنازل وذلك في إطار

⁽¹⁾ د/ عجة الجليلي: الكامل في القانون الجزائري للاستثمار، دار الخلدونية، الجزائر، 2006، ص 612.

⁽²⁾ جريدة رسمية عدد 88 ل 1993/12/30.

⁽³⁾ لقد تم إلغاء هذه المادة لاحقا بموجب المادة 13 من الأمر 11/06 المؤرخ في 2006/08/30 المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية.

⁽⁴⁾ بوجردة مخلوف: المرجع السابق، ص 83.

⁽⁵⁾ جريدة رسمية عدد 82 ل 1995/12/31.

⁽⁶⁾ بوجردة مخلوف: المرجع السابق، ص 84.



ترقية الاستثمار المقرر للتنمية الوطنية، أن تمنح أراضي تابعة للأمولاك الوطنية الخاصة لصالح المستثمرين لإنجاز مشاريعهم الاستثمارية ويخول هذا العقد لصاحبه بموجب المادة الحق في الحصول على رخصة للبناء طبقاً للتشريع المعمول به، كما يخوله حق تأسيس رهن لصالح هيئات القرض على القطعة الممنوحة يشمل الحق الحقيقي العقاري الناجم عن المنح وكذا على البنائيات المشيدة عليها، وهذا لضمان القروض الممنوحة خصيصاً لتمويل المشروع المقرر⁽¹⁾.

3- القانون رقم 02/97 المؤرخ في 31 ديسمبر 1997 المتضمن قانون المالية لسنة 1998⁽²⁾:

وفي إطار هذا القانون يتم إبرام عقد الامتياز بطريقتين، إما بالمزاد العلني، أو بالتراضي⁽³⁾:

الطريقة الأولى: إبرام عقد الامتياز عن طريق المزاد العلني: يمكن المنح بالامتياز للأراضي التابعة للأمولاك الوطنية الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع عمومية بصفة أصلية، وكقاعدة عامة عن طريق المزاد العلني وذلك لفائدة هيئات عمومية أو معترف بمنفعتها العمومية، أو إلى الجمعيات التي لا تتسم بالطابع السياسي والمؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي أو أشخاص طبيعيين أو اعتباريين خاضعين للقانون الخاص.

على أنه يمكن أن يتحول المنح بالامتياز إلى تنازل، وذلك بناء على طلب من صاحب حق الامتياز فور الانتهاء من المشروع الاستثماري، ومع مراعاة الأحكام القانونية في مجال التنازل عن الأملاك الوطنية الخاصة. كما يمكن لصاحب حق الامتياز طلب تحويل حق الامتياز إلى تنازل في أجل أقصاه سنتان (02) بعد الأجل المنصوص عليها في عقد الامتياز للانتهاء من المشروع الاستثماري أي بعد الإنجاز الجزئي فقط للمشروع.

الطريقة الثانية: إبرام التنازل عن طريق التراضي: فإذا كان المنح بالامتياز عن طريق المزاد العلني القاعدة العامة والأصل فإن التنازل أو المنح بالامتياز للأمولاك الوطنية الخاصة، عن طريق التراضي هي الاستثناء ويتم ذلك لفائدة المستثمرين الذين استفادوا من المزايا المحددة بموجب التشريع والتنظيم المعمول به. وفي غياب التنظيم المحدد لشروط وكيفيات تطبيق هذا التراضي، صدرت تعليمات وزاريتان عن وزير المالية التعليمية الوزارية الأولى تحت رقم 1316 مؤرخة في 14 مارس 2001، والتعليم الوزارية الثانية تحت رقم 1873 مؤرخة في 14 أبريل 2001

⁽¹⁾ أنظر المادة 2/148 من الأمر رقم 27/95 المؤرخ في 12/31/1995 المتضمن قانون المالية لسنة 1996.

⁽²⁾ جريدة رسمية عدد 89 ب 1997/12/31.

⁽³⁾ أنظر المادة 51 من القانون رقم 02/97 المؤرخ في 12/31/1997 المتضمن قانون المالية لسنة 1998.

تتضمنان تجميد طريقة التراضي طبقا مع إلزام مديري الأملاك الوطنية تقدم تنفيذ قرارات المنح بالامتياز عن طريق التراضي⁽¹⁾.

ج- الامتياز في إطار قانون تطوير الاستثمار: إن الأمر 03/01 المؤرخ في 20 أوت 2004 المتضمن تطوير الاستثمار قد جاء بنوع جديد من المناطق التي يتطلب تهيئتها مساهمة خاصة من الدولة، أما فيما يخص التصرفات التي يمكن إبرامها على هذه المناطق فإنه يمكن التمييز بين نوعين منها، وذلك من خلال المادة الأولى منه التي تنص على أنه: " يحدد هذا الأمر الذي يطبق على الاستثمارات الوطنية والأجنبية المنجزة في النشاطات الاقتصادية المنتجة للسلع والخدمات، وكذا الاستثمارات التي تنجز في إطار منح الامتياز و/ أو الرخصة" في حين إن الفقرة الثانية من المادة 12 من نفس الأمر التي تشير إلى نفس المضمون نصت على: "... يتم الاتفاق على بنود هذه الاتفاقية ولاسيما عند منح حق الامتياز و/أو رخصة قد تتجسد في استثمار لنيل هذه المزايا". فقد تم حذف هذه الفقرة بعد تعديل وتتميم هذه المادة بموجب الأمر رقم 08/06 المؤرخ في 15 جويلية 2006، الذي يعدل ويتمم الأمر 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار⁽²⁾.

وعليه يفهم أنه يمكن إبرام نوعين من التصرفات القانونية في إطار قانون تطوير الاستثمار على شكل امتياز وهما:

1- عقد منح حق الامتياز: الذي يتم إبرامه عن طريق عقد إداري بكل الشروط المستمدة من العقود المدنية كالشهر⁽³⁾.

2- الرخصة: وتتم عن طريق قرار إداري.

وحسب أحكام هذا الأمر فإن هذين التصرفين يمكنهما أن يتحولا إلى تنازل⁽⁴⁾. فإذا تعلق الأمر بالأملاك الوطنية الخاصة، يبرم بشأنها عقد المنح بالامتياز، الذي يعتبر من حيث الطبيعة القانونية عقد إيجار من نوع خاص⁽⁵⁾، كما هو الحال بالنسبة للمناطق الخاصة، أما إذا تعلق الأمر بالأملاك الوطنية العامة فتبرم الإدارة ترخيصا باستغلال واستعمال لتشغل

(1) بوجردة مخلوف: المرجع السابق، ص 86.

(2) جريدة رسمية عدد 47.

(3) بوجردة مخلوف: المرجع السابق، ص 76.

(4) إن المشرع يحدد بالتفصيل كيفيات وشروط إبرامهما ومجال تطبيقهما إلا أن المشرع قد فصل في أمر مكان وحدود التي يقع عليها كل تصرف.

(5) جريدة رسمية عدد 53 ل 2006/08/30.



الأمكنة إذ يتم الاستغلال فيها عن طريق الرخصة أو عقد شغل مؤقت لهذه العقارات، باعتبار أن هذه الأملاك بحكم طبيعتها القانونية لا يمكن اكتسابها بالتقادم أو التنازل.

د- الامتياز في إطار الأمر رقم 11/06: لقد صدر الأمر رقم 11/06 بتاريخ 30 أوت 2006، ليحدد شروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية⁽¹⁾، الذي بدوره أكد إمكانية تحويل الامتياز قانون إلى تنازل وذلك بطلب صاحب الامتياز بشرط الإنجاز الفعلي لمشروع الاستثمار ووضعه الخدمة وفقا لبنود وشروط دفتر الأعباء المحدد عن طريق التنظيم وبعد أن تتأكد من ذلك قانونا الإدارات والهيئات المؤهلة⁽²⁾.

وبموجب هذا الأمر، فإنه يمنح الامتياز بالمزاد العلني أو بالتراضي، عن الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والمتوفرة، لفائدة المؤسسات والهيئات العمومية أو الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاضعين للقانون الخاص وذلك لاحتياجات مشاريع استثمارية، وبشروط احترام قواعد التعمير المعمول بها.

وعليه فإن الامتياز يمكن أن يمنح وفق صيغتين، فإما عن طريق المزاد العلني أو عن طريق التراضي الذي يرخص بموجب:

- قرار من الوالي بناء على اقتراح لجنة خاصة⁽³⁾.

- لائحة من المجلس الوطني الاستثماري بالنسبة للمشاريع التي تستفيد من نظام الاتفاقية وهي الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني لاسيما عندما تستعمل تكنولوجيات خاصة من شأنها أن تحافظ على البيئة، وتحمي المواد الطبيعية، وتدخر الطاقة وتفضي إلى تنمية مستدامة⁽⁴⁾.

وتطبيقا لأحكام الأمر رقم 11/06، صدر المرسوم التنفيذي رقم 121/07 المؤرخ في 23 أفريل 2007 يتضمن تطبيق أحكام الأمر رقم 11/06 المؤرخ في 30 أوت 2006 الذي يحدد

⁽¹⁾ جريدة رسمية عدد 53 ل 2006/08/30.

⁽²⁾ أنظر المادة 1/10 من الأمر 11/06 المؤرخ في 2006/08/30، المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية.

⁽³⁾ والتي تم إنشاؤها لاحقا بموجب المرسوم التنفيذي رقم 120/07 المؤرخ في 2007/04/23، يتضمن تنظيم لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمارات وضبط العقار وتشكيلتها وسيرها.

⁽⁴⁾ أنظر المادة 02/10 من الأمر رقم 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار.

شروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية⁽¹⁾، والذي أوجب أن تكون الأوعية العقارية التي يمكن أن تكون محل حق امتياز أو تنازل في إطار هذا المرسوم:

- تابعة للأملاك الخاصة للدولة

- غير مخصصة وليست في طور التخصيص لفائدة مصالح عمومية تابعة للدولة لتلبية حاجياتها.

- واقعة في قطاعات معمرة أو قابلة للتعمير، كما هو محدد في أدوات التهيئة والتعمير⁽²⁾.

أما فيما يخص منح الامتياز للأراضي التابعة لأملاك الدولة الموجهة لإنجاز مشاريع استثمار ذات طابع صناعي أو سياحي أو تجاري أو خدماتي فيتم كما يلي:

الصيغة الأول: عن طريق المزاد العلني المفتوح أو بالتعهدات المختومة، عندما تكون واقفة

على مستوى:

- بلديات ولايات الجزائر وعنابة وقسنطينة ووهران

- بلديات مقر الولاية ومقر الدائرة في الولايات الأخرى لشمال البلاد

- بلديات مقر الولاية في الهضاب العليا

وفي هذا الحالة، أي عندما يمنح الامتياز عن طريق المزاد العلني فإن مبلغ الإتاوة السنوية

يمثل ناتج عملية المزايدة⁽³⁾.

الصيغة الثانية: عن طريق التراضي، وعلى أساس إتاوة إيجارية سنوية تحددها إدارة أملاك

الدولة عندما:

- تكون واقعة خارج البلديات المبنية سابقا، وفي بلديات ولايات جنوب البلاد⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ جريدة رسمية عدد 27 ل 2007/04/25.

⁽²⁾ أنظر المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 121/07 المؤرخ في 2007/04/23، المتضمن تطبيق أحكام الأمر رقم 11/06 المؤرخ في 2006/08/30 الذي يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية.

⁽³⁾ أنظر المادة 02/09 من المرسوم التنفيذي رقم 121/07.

⁽⁴⁾ أنظر المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 121/07.



إذ يمكن للمجلس الوطني للاستثمار منح الامتياز بالتراضي للأراضي التابعة للأمولاك الدولة مهما كان موقعها والموجهة لمشاريع الاستثمار مستفيدة من نظام الانتفاكية وفقا لأحكام الأمر رقم 03/01 وطبقا للمادة 11 من الأمر رقم 11/06⁽¹⁾.

أما مبلغ الإتاوة، فيجب أن يمثل 20/1 أي 5 % من القيمة التجارية والذي يمثل كذلك السعر الافتتاحي عندما يمنح الامتياز عن طريق المزاد العلني⁽²⁾. ويحول الامتياز الممنوح لمدة عشرين (20) سنة قابلة للتجديد قانون إلى تنازل بمجرد إنجاز مشروع الاستثمار وفقا للبنود والشروط المنصوص عليها في دفتر الشروط⁽³⁾، وبطلب من المستفيد، شريطة الإنجاز الفعلي للمشروع وبدء النشاط.

وفي حالة قيام المستفيد من الامتياز بإنجاز مشروعه في الآجال المحددة في عقد منح حق الامتياز وطلب تحويله، بعد بدء النشاط إلى تنازل في أجل سنتين (02) بعده المدة المحددة لإنجاز المشروع، فإن هذا التحويل يتم على أساس:

- القيمة التجارية التي تحددها مصالح أملاك الدولة عند إبرام عقد منح الامتياز، مع خصم المبلغ الإجمالي للأتاوى المدفوعة في إطار منح حق الامتياز بالتراضي.

- سعر تنازل يمثل عشرين (20) مرة مبلغ الإتاوة السنوية الناتجة أصلا عن المزاد العلني مع خصم المبلغ الإجمالي للأتاوى المدفوعة في إطار منح حق الامتياز عن طريق المزاد العلني⁽⁴⁾.

وعندما يقوم المستفيد من حق الامتياز بإنجاز مشروعه ويطلب تحويله، بعد بدء النشاط إلى تنازل بعد أجل سنتين (02) من تاريخ انتهاء آجال إنجاز المشروع، فإن هذا التحويل يتم على أساس القيمة التجارية للقطعة الأرضية كما تحددها مصالح أملاك الدولة وبدون أي خصم.

وعند انقضاء مدة الامتياز المحددة بعشرين (20) سنة على الأقل وفي حالة التجديد فإن تعيين مبلغ الإتاوة السنوية يتم استنادا إلى السوق العقارية⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ أنظر المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 121/07.

⁽²⁾ أنظر المادة 1/09 من المرسوم التنفيذي رقم 121/07.

⁽³⁾ أنظر نموذج دفتر الشروط الذي يحدد البنود والشروط المطبقة على منح حق الامتياز عن طريق المزاد العلني للقطع الأرضية التابعة للأمولاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 121/07، جريدة رسمية عدد 27 لسنة 2007.

⁽⁴⁾ أنظر المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 121/07 والمادة 2/10 من الأمر رقم 11/06.

⁽⁵⁾ أنظر المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 12/07، وأنظر المادة 3/10 من الأمر 11/06، والمادة 24 من دفتر الشروط.

يكرس حق الامتياز أو التنازل بعقد إداري تعده إدارة الأملاك الوطنية مرفقا بدفتر الشروط يحدد برنامج الاستثمار الواضح كذا بنود وشروط الامتياز والتنازل⁽¹⁾.

ويترتب على الامتياز المستفيد منه ما يلي:

- الحصول على رخصة البناء

- إنشاء رهن رسمي لصالح هيئات القرض، يقع على الحق العيني العقاري الناتج عن الامتياز وكذا على البنايات المقرر إقامتها على الأرض الممنوح امتيازها - وذلك لضمان القروض الممنوحة لتمويل المشروع الذي تمت مباشرته فقط⁽²⁾.

في حين يترتب بقوة القانون على كل تقصير من المستفيد بالالتزامات التي يتضمنها دفتر الشروط، حسب نص المادة الخامسة (05) من الأمر رقم 11/06 إلى فسخ عقد منح الامتياز بقوة القانون، عن طريق الجهة القضائية المختصة، بمبادرة من مدير الأملاك الوطنية المختصة إقليميا، وتدفع الدولة نتيجة الفسخ تعويضا مستحقا بعنوان القيمة المضافة المحتملة التي أتى بها المستثمر على القطعة الأرضية من خلال الأشغال المنجزة قانونا دون أن يتجاوز هذا المبلغ قيمة المواد وسعر اليد العاملة. أما حسب أحكام النص التطبيقي لهذا الأمر المتمثل في المرسوم التنفيذي رقم 121/07، وبموجب نص المادة 14 منه فإنها تنص: "... كل إخلال بالالتزامات التي تضمنها دفتر الشروط المستفيد من حق الامتياز أو التنازل، بقوة القانون إلى فسخ العقد وفقا لأحكام المادة 120 من الأمر 58/75...".

ولا يحق للمستفيد من حق الامتياز المخل بالالتزامات أن يطلب الاستفادة من التعويض إلا في حاجة كما إذا كانت أشغال البناء المنجزة غير قابلة للهدم ومطابقة لبرنامج إنجازه وبرخصة البناء، وتحدد مصالح أملاك الدولة المختصة إقليميا مبلغ القيمة المضافة المحتملة، المدخلة على القطعة الأرضية موضوع حق الامتياز، دون أن يتجاوز هذا المبلغ قيمة المواد وسعر اليد العاملة المستعملة وتحول الامتيازات والرهون المحتملة المثقلة للقطعة الأرضية بسبب صاحب حق الامتياز المخل بالتزاماته إلى التعويض الناجم عن الفسخ⁽³⁾.

⁽¹⁾ أنظر المادة 07 من الأمر رقم 11/06، وأنظر المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 121/07.

⁽²⁾ أنظر المادة 08 من الأمر رقم 11/06.

⁽³⁾ أنظر المادة 3/9 والمادة 3/14 من المرسوم التنفيذي رقم 121/07.

**ثانيا: الامتياز غير القابل للتنازل:**

نظرا للنتائج السلبية التي لوحظت عمليا من جراء تملك الأراضي التابعة للأموال الوطنية الخاصة لصالح المستثمرين، قبل إنجازهم للمشاريع المقررة، فقد تم تبني فكرة منح امتياز مع إمكانية تحوله لتنازل فيما بعد، بشرط إنجاز المشروع المقرر⁽¹⁾، غير أن هذه الوسيلة من استغلال العقار الصناعي لم تجد نفعاً أمام المجهودات التي ظلت السلطات العمومية تبذلها قصد تشجيع الاستثمار والإسهام في تحقيق النمو الاقتصادي والاجتماعي للبلاد، وهكذا تم وضع عدة نصوص قانونية كان من شأنها خلق الإطار القانوني الأكثر ملاءمة لعلميات الاستثمار، فجاءت عدة قوانين ذات الصلة بالعقار الصناعي تحمل في طياتها بعض الثغرات انعكست سلباً على المجهود الاستثماري، بيد أن سلسلة الإصلاحات والثغرات في القوانين لازالت متواصلة فيما يتعلق باستغلال العقار الصناعي، ولعل في الكيفية المثلى لاستغلاله وهو ما يمليه حتما الواقع ومن ثم يستمد القانون الجديد قوته ومدى تفاعله مع هذا الواقع خاصة وأن المشرع قد استغنى عن العقود السابق دراستها والإرساء على نوع معين يعد كآلية وحيدة لاستغلال العقار الصناعي وذلك من خلال الأمر 04/08 المؤرخ في أول سبتمبر 2008، الذي يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأموال الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية⁽²⁾، والذي ألغى جملة وتفصيلاً أحكام الأمر رقم 11/06⁽³⁾، وأحكام المادة 82 من القانون رقم 12/07 المتضمن قانون المالية لسنة 2008 لاغياً بذلك كل إمكانية لتحويل الامتياز إلى عقد تنازل.

لقد جاء الأمر 04/08 بهدف تحديد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأموال الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية⁽⁴⁾، وتسري أحكام هذا الأمر وإجراءاته الجديدة المعتمدة في مجال منح الامتياز على الأملاك العقارية التي تشكل الأصول المتبقية للمؤسسات العمومية المحلة والأصول الفائضة للمؤسسات العمومية الاقتصادية، كما يعاد إدماج الأراضي الموجودة بالمناطق الصناعية والمتوفرة وكذا الأراضي الموجودة بمناطق النشاط والمتوفرة، ويستثنى من تطبيق أحكام الأمر 04/08 أصناف الأراضي التالية:

(1) بوجردة مخلوف: المرجع السابق، ص 83.

(2) جريدة رسمية عدد 49 ل 2008/09/03.

(3) أنظر المادة 15 من الأمر 04/08 المؤرخ في 2008/09/01 الذي يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأموال الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية.

(4) أنظر المادة 04 من الأمر 04/08.

- الأراضي الفلاحية
- القطع الأرضية المتواجدة داخل المساحات المنجمية
- القطع الأرضية المتواجدة داخل مساحات البحث عن المحروقات استغلالها ومساحات حماية المنشآت الكهربائية والغازية.
- القطع الأرضية المتواجدة داخل مساحات المواقع الأثرية والثقافية⁽¹⁾.
- وتطبيقاً لأحكام الأمر رقم 04/08 السالف الذكر فقد صدر مرسومان تنفيذيان:
 - المرسوم التنفيذي الأول تحت رقم 152/09 المؤرخ في 02 ماي 2009 ويحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية⁽²⁾ والذي أوجب أن تكون الأوعية العقارية التي يمكن أن تكون محل امتياز في إطار هذا المرسوم:
 - تابعة للأمالك الخاصة للدولة
 - غير مخصصة وليست في طور التخصيص لفائدة مصالح عمومية تابعة للدولة لتلبية حاجياتها.
 - واقعة في قطاعات معمرة أو قابلة للتعمير كما هو محدد في أدوات التهيئة والتعمير باستثناء المشاريع الاستثمارية التي يستلزم تمركزها خارج هذه القطاعات بسبب طبيعتها.
 - أما المرسوم التنفيذي الثاني فتحت رقم 153/09 مؤرخ في 02 ماي 2009، ليحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأصول المتبقية التابعة للمؤسسات العمومية المستغلة وغير المستغلة المحلة والأصول الفائضة التابعة للمؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها.
- وبموجب هذه النصوص التطبيقية تكون القطع الأرضية المتوفرة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية محل منح امتياز لمدة أدناها ثلاث وثلاثون سنة (33) سنة قابلة للتجديد مرتين وأقصاها تسع وتسعون (99) سنة. ويمنح الامتياز على أساس دفتر أعباء عن طريق المزاد العلني المفتوح أو المقيد أو بالتراضي.
- يقوم الوزراء المختصون قطاعياً أو الوالي باختيار نمط الامتياز بالمزاد العلني المفتوح أو المحدود. وعندما يتعلق الأمر بقطعة أرض تابعة للدولة تم إسناد تسييرها إلى هيئة عمومية

⁽¹⁾ أنظر المادة 02 من الأمر رقم 04/08.

⁽²⁾ جريدة رسمية، عدد 27 ل 2009/05/06.



مكلفة بالضبط والوساطة العقارية، يرخص منح الامتياز عن طريق المزاد العلني المفتوح أو المحدد باقتراح من هذه الهيئة بناء على قرار من الوالي المكلف بترقية الاستثمارات⁽¹⁾.

ويقصد بالمزاد العلني المفتوح عرض الامتياز عن طريق المنافسة لكل شخص طبيعي أو معنوي يرغب في الاستفادة من الامتياز على الأرضية المعينة وذلك لإنجاز مشروع استثماري وفقا لقواعد التهيئة والتعمير المطبقة⁽²⁾.

أما المزاد العلني المحدود فهو عرض الامتياز عن طريق المنافسة على أرضية موجهة لمشروع استثماري ذي طبيعة محددة مسبقا وفق الحاجيات الاجتماعية والاقتصادية وإمكانية الاستعادة من نقل التكنولوجيا، والذي يشارك فيه المستثمرون الذين تتوفر فيهم بعض شروط التأهل فقط⁽³⁾.

أ- إجراءات وشروط منح الامتياز غير القابل للتنازل وأسباب إسقاطه: يقوم الوزراء المختصون قطاعيا أو الوالي باختيار نمط الامتياز بالمزاد العلني المفتوح أو المحدود⁽⁴⁾. وعندما يتعلق الأمر بقطعة أرض تابعة للدولة تم إسناد تسييرها إلى هيئة عمومية مكلفة بالضبط والوساطة العقارية، يرخص منح الامتياز عن طريق المزاد العلني المفتوح أو المحدد باقتراح من هذه الهيئة بناء على قرار من الوالي المكلف بترقية الاستثمارات⁽⁵⁾.

ويقصد بالمزاد العلني المفتوح عرض الامتياز عن طريق المنافسة لكل شخص طبيعي أو معنوي يرغب في الاستفادة من الامتياز على الأرضية المعينة وذلك لإنجاز مشروع استثماري وفقا لقواعد التهيئة والتعمير المطبقة⁽⁶⁾.

أما المزاد العلني المحدود فهو عرض الامتياز عن طريق المنافسة على أرضية موجهة لمشروع استثماري ذي طبيعة محددة مسبقا وفق الحاجيات الاجتماعية والاقتصادية وإمكانية

(1) أنظر المادة 09 من المرسوم التنفيذي رقم 152/09.

(2) أنظر المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 152/09.

(3) أنظر المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 152/09.

(4) أنظر المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 152/09.

(5) أنظر المادة 09 من المرسوم التنفيذي رقم 152/09.

(6) أنظر المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 152/09.

الاستفادة من نقل التكنولوجيا ، والذي يشارك فيه المستثمرون الذين تتوفر فيهم بعض شروط التأهل فقط⁽¹⁾.

1- إجراءات منح الامتياز غير القابل للتنازل عن طريق المزاد العلني وشروطه: يتم منح

الامتياز عن طريق المزاد العلني ، إما عن طريق المزايدات الشفوية ، وإما بالتعهدات المختومة ، ويعلن قبل ثلاثين (30) يوما على الأقل عن طريق ملصقات وإعلانات تنشر في يوميتين وطنيتين مرتين على الأقل ، وعند الاقتضاء بأية وسيلة إخبارية أخرى تتضمن على الخصوص ما يأتي:

- التعيين الدقيق والمفصل للقطعة الأرضية ومساحتها ونظام التعمير المطبق والثلث الأدنى المعروض وكذا مدة الامتياز.

- تحديد تاريخ المزايدات الشفوية أو تاريخ آخر لإيداع التعهدات المختومة وكذا تاريخ فرز هذه التعهدات⁽²⁾.

ولقد حدد دفتر الشروط الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 152/09 وكذا دفتر الشروط الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 153/09 نفس إجراءات المزايدات الشفوية وكذا طريقة إجراء التعهدات المختومة ، ولقد سميت بـ "صيغة الامتياز" ، كما تم تبيان باقي إجراءات المنح وهي كالآتي:

- **المزايدات الشفوية:** يعلن الموظف الذي يرأس جلسة المزايدة عن الثلث الأدنى المعروض المذكور في الملصقات ، تكون المزايدات بمبلغ لا يقل عن ألف دينار (1000 دج) إذا لم يتجاوز الثلث الأدنى المعروض خمسمائة ألف دينار (500000 دج) وبألفي دينار (2000 دج) عندما يفوق الثلث الأدنى المعروض خمسمائة ألف دينار (500000 دج).

ولا يعلن عن منح الامتياز عن طريق المزايدات الشفوية إلا بعد انطفاء شمعتين موقدتين على التوالي بفارق دقيقة واحدة بينهما على المزايدة الواحدة نفسها. وإذا لم تقع أية مزايدة خلال مدة اشتعال هذه الأضواء ، يعلن المزاد لصالح صاحب العرض الذي أوقدت عليه الشمعتان ، ولا يعلن المزاد حتى تتم مزايدة واحدة على الأقل بمبلغ الثلث الأدنى المعروض ، ولا يمكن تخفيض هذا السعر في الجلسة نفسها. وإذا لم تجر أية مزايدة ، يؤخر منح الامتياز ويؤجل إلى جلسة يحدد تاريخها فيما بعد ويعلن فيها حسب نفس أشكال الجلسة الأولى. وإذا قدم شخصان أو عدة أشخاص في آن واحد مزايدات متساوية تخولهم حقوق متساوية رسو المزاد ، تجري

⁽¹⁾ أنظر المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 152/09.

⁽²⁾ أنظر المادة 03 من دفتر الشروط الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 152/09.



مزايدات جديدة يشارك فيها هؤلاء الأشخاص دون سواهم، وإذا لم تقع أية مزايدة جديدة، تجري القرعة بينهم حسب الكيفية التي يحددها رئيس مكتب المزاد.

- **التمهيدات المختومة:** يقدم عرض عن منح الامتياز عن طريق تعهد عليه طابع ومصحوب باستمارة معلومات مطابقة للنموذج الذي تسلمه الإدارة مع إثبات دفع كفالة تمثل 10 % من مبلغ الثمن الأدنى المعروض للجزء الذي يرغبون أن يكونوا مزايدين فيه.

يمكن أن يرسل عرض منح الامتياز عن طريق البريد أو يودع مباشرة في مقر المديرية الولائية لأملاك الدولة المعنية في الإعلانات الإخبارية في موعد أقصاه آخر يوم عمل يسبق اليوم الذي تجري فيه عملية الفرز قبل إغلاق المكاتب، ويترتب على الإيداع المباشر تسليم المودع وصلا.

وإذا كان الإرسال عن طريق البريد، يجب أن يكون في ظرف موصى عليه مع إشعار بالاستلام وفي ظرف مزدوج يحمل الظرف الداخلي منهما العبارة الآتية: "التعهد من أجل منح الامتياز... الجزء رقم... المزاد المؤرخ في...".

يترتب على عرض منح الامتياز قانونا، قبول المتعهد كل الأعباء والشروط المفروضة في دفتر الشروط هذا، ولا يمكن إلغاء التعهد بعد تاريخ الأجل النهائي للإيداع المبين في الإشهار.

ويمكن أن يشارك في المزاد كل الأشخاص الذين يثبتون موطننا أكيدا ويسرهم على الوفاء ماليا ويتمتعون بحقوقهم المدنية⁽¹⁾، ويجب على الأشخاص الذين يريدون المشاركة في المزاد أن يدفعوا كفالة ضمان مالية تمثل 10 % من مبلغ الثمن الأدنى المعروض للجزء الذين يرغبون أن يكونوا مزايدين فيه، ويجب على الطرف المسدد أن يقدم الإثبات بإرفاق الوصل المسلم له بتعهده أو بتقديمه إلى مكتب المزاد في حالة المزايدات الشفوية قبل بدء العلميات.

وتدفع الكفالة إلى صندوق مفتشية أملاك الدولة المختصة إقليميا، نقدا أو بواسطة صك معتمد يخصم مبلغ الكفالة الذي يدفعه الشخص الذي رسا عليه المزاد من ثمن المزايدة، يرد حساب الكفالة التي تسلمها للمزايدين الآخرين أو لذوي حقوقهم، بناء على تقديم قسيمة الدفع أو وصله، بعد أن يضع المدير الولائي لأملاك الدولة عليه عبارة تشهد أن المزاد لم يتم إعلانه لصالح المودع⁽²⁾. كما يجب على كل شخص يكون نائبا عن غيره أن يثبت ذلك

⁽¹⁾ أنظر المادة 04 من دفتر الشروط النموذجي الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 152/09.

⁽²⁾ أنظر المادة 05 من دفتر الشروط النموذجي بالمرسوم التنفيذي رقم 152/09.

بووكالة تودع لدى مكتب المزاد ويصدقها الوكيل⁽¹⁾، كما يضاف شرط اليسر على الوفاء في حالة منح الامتياز على الأصول العقارية.

- فتح الأظرفة - مكتب المزاد: يجري المزاد عن طريق المزايدات الشفوية أو بفرز التعهدات المختومة في التاريخ المبين في المصققات والإعلانات الصحفية وحسب الكيفية المقررة، بواسطة لجنة فتح الأظرفة تنصب كمكتب المزاد فإذا وقع المزاد عن طريق التعهدات المختومة، يجب على المتعهدين إلا في حالة وقوع مانع ناتج عن قوة القاهرة، أن يحضروا إلى جلسة فرز العروض شخصيا أو عن طريق تعيين وكيل يزود بوكالة، ويجب على الوكالة المذكورة سابقا أن تقبل العرض الوحيد المتعلق بجزء معين أو العرض الأنفع للخزينة العمومية في حالة تعدد التعهدات التي تتعلق بالجزء نفسه وإذا تساوت العروض، يدعي المتنافسون قصد انتقاء الفائز منهم، ليقدم كل واحد منهم تعهدا في عين المكان اعتمادا على العروض المذكورة من بين المتنافسين المعنيين بواسطة القرعة.

ويحرر محضر المزاد في الجلسة نفسها، ويوقعه أعضاء مكتب المزاد (لجنة فتح الأظرفة) والراسي عليهم المزاد، ويقوم رئيس مكتب المزاد بتسوية جميع الاحتجاجات التي قد تحدث وقت المزاد أو بمناسبة العمليات التي تعد تابعة له في شأن صفة المزايدين أو يسرهم على الوفاء المالي أو صحة المزايدات أو أية أحداث أخرى تتعلق بالمزاد⁽²⁾.

⁽¹⁾ أنظر المادة 06 من دفتر الشروط النموذجي، المرجع السابق،

⁽²⁾ أنظر المادة 08 من دفتر الشروط النموذجي الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 152/09، وفي هذا الصدد فقد كشف المدير الجهوي للوساطة والضبط العقاري بعنابة، أن ولاية عنابة قد شهدت العملية الأولى لبيع خمسة (05) مواقع عقارية في إطار عملية منح الامتياز للبيع بالمزاد العلني التي تمت في 28 / 10 / 2009 ببلدية عنابة إذ تم سحب 50 دفتر شروط لعملية منح الامتياز عن البيع بالمزاد العلني والإشارة فإن الأصول الخمسة تخص الأصول المتبقي لمجمع عقاري كان تابعا للمؤسسة الوطنية للتأمين بالتجهيزات المنزلية بالمنطقة الصناعية "مبوجة" بسيدي عمار على مساحة 8500 متر مربع، وحدد السعر الافتتاحي ب 16 مليون دينار، كذلك موقع ثان كان تابعا للمؤسسة العمومية بالعلاييق على مساحة 6800 متر مربع مؤسسة "ب.أ.أس" بالحجار، وأرض شاغرة في الوني على مساحة هكتار و200 متر مربع كانت تابعة لمؤسسة توزيع مواد البناء، ناهيك عن أرض شاغرة على مساحة ثلاثة هكتارات بالمنطقة الصناعية برحال، كما أن عملية البيع الأولية شملت 34 عقاريا بكل من عنابة، وهران، تيارت، بومرداس والبليدة، على أن تتم العملية الثانية خلال السداسي الأول من السنة المقبلة 2010، وأن هناك 1000 عقار سيتم بيعه عن طريق منح الامتياز، أنظر:ع. زهيرة، جريدة الخبر لـ 14 أكتوبر 2009



- التوقيع على العقود والانطلاق في الأشغال: يوقع حالا على أصل محضر منح الامتياز أعضاء المكتب والراسي عليه المزاد أو ممثله، وإذا لم يتمكن هذان الأخيران، وحرما من ذلك أو لم يعرفا كيفية الإمضاء، يشار إلى ذلك في المحضر.

ويجب أن تحمل الأوراق التي تظل ملحقة بمحضر المزاد عبارة "ملحق" ويوقع عليها كل الأطراف، تكتب الإحالات والإضافات على هامش العقود ويوقع عليها كل الأطراف وتحسب الكلمات المشطوبة ويعلن بطلانها بواسطة عبارة "يوقع عليها كذلك كل الأطراف"⁽¹⁾.

ويجب على الراسي عليه المزاد أن يعين في محضر المزاد موطننا داخل إقليم اختصاص دائرة مفتشية أملاك الدولة المختصة إقليميا وإلا صح تبليغه كل العقود اللاحقة في مقر البلدية التي جرى فيها المزاد.

ويتم إعداد العقد الإداري المتضمن منح الامتياز على القطعة الأرضية لفائدة الراسي عليه المزاد من طرف مدير أملاك الدولة بموجب قرار تفويض وزير المالية، وفي كلتا الحالتين يرخص بعملية منح الامتياز عن طريق المزاد العلني المفتوح أو المحدود عن الأصول المتبقية والأصول الفائضة بما فيها الأراضي المتوفرة في المناطق الصناعية بقرار من الوزير المكلف بترقية استثمارات، بناء على اقتراح من الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري.

وتتجسد عملية حيازة القطعة الأرضية الممنوحة وبدء الانتفاع منها من المستفيد من منح الامتياز عن طرق محضر يعده المدير الولائي لأملاك الدولة، بعد تسليم عقد الامتياز فورا، ويجب على المستفيد من حق الامتياز أن يشرع في انطلاق مشروعه خلال المدة المحددة في دفتر الشروط ولا يجب تجاوزها ابتداء من تاريخ تسليم رخصة البناء ويجب على المستفيد من حق الامتياز إنهاء الأشغال وتقديم المطابقة في أجل محدد من تاريخ تسليم رخصة البناء.

تمدد آجال انطلاق وتنفيذ الأشغال المنصوص عليها في دفتر الشروط إذا حال بسبب قاهر دون التقييد به، وذلك بمدة تساوي المدة التي تعذر فيها على المستفيد من حق الامتياز الوفاء بالتزاماته، ولا يمكن بأي حالة من الأحوال اعتبار صعوبات التمويل سببا قاهرا.

وبعد عمليات تجريبية لعرض العقارات في السوق خلال الثلاثي الأخير لسنة 2009 والثلاثي الأول لسنة 2010، فمن بين 56 أصلا يضم أراضي ومباني موزعة على 13 ولاية مقترحة لمنح حق الامتياز، 44 منها تم منح الامتياز عليها، فهذه العقارات تغطي مساحة إجمالية تقدر بـ 647.025 م² مما يعني عدم رفض السوق لهذا العرض بل تبنى الآليات القانونية التي تؤطر

⁽¹⁾ أنظر المادة 09 من دفتر الشروط النموذجي الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 152/09.

الحصول على العقار، فقد تم سحب 709 دفتر شروط ومشاركة 217 مستثمر في المزاد العلني بعد دفع الكفالة وكذا التزايد المعتبر في قيمة الإتاوات الناتجة عن المزاد العلني ومستوى السعر الافتتاحي⁽¹⁾. إلا أنه ورغم هذه النتائج قد بدأت نسبة الإقبال الواسع والتنافس الشديد في وسط المشاركين تقل بشكل ملحوظ، إذ تم تسجيل بطء في إجراءات منح العقار بالتراضي من جهة وقلة الإقبال على صيغة المزاد العلني من جهة أخرى⁽²⁾. هذه المؤشرات لم تكن في مستوى تطلعات أغلبية المستثمرين ولم تكن كذا في خدمة عملية العرض العقاري والتخفيف من ضغط السوق.

نظرا إلى ما سبق وبغية إنعاش الاستثمار، قررت السلطات العليا إدخال إجراءات جديدة في مجال الحصول على العقار العمومي الموجه للاستثمار، هذه التدابير عدلت جذريا بعض أحكام الأمر رقم 08/ 04 بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2011، وذلك باستبعاد صيغة المزاد العلني والاحتفاظ من الآن فصاعدا فقط بصيغة التراضي.

2- إجراءات منح الامتياز غير القابل للتنازل عن طريق التراضي: بعد التعديل الذي مس الأمر رقم 08 - 04 المؤرخ في أول سبتمبر 2008 بموجب القانون رقم 11 - 11 المؤرخ في 18 جويلية 2011، وردت مذكرة من المديرية العامة للأموال الوطنية تحت رقم 07982 مؤرخة في 08 أوت 2011 إلى كل مديريات أملاك الدولة على مستوى كل ولاية تفيد أن أحكام الأمر رقم 08 - 04 وكذا المرسومين المتخذين تطبيقا لها غير المعنية بالتعديلات والتي جاء بها قانون المالية التكميلي لسنة 2011 تبقى سارية المفعول ويتعين الأخذ بها عاديا. على أن يتم إعداد دفتر الشروط الذي من الواجب إرفاقه بعقد منح الامتياز الذي سيعد حسب النموذج الخاص بصيغة التراضي والمرفق للمرسوم التنفيذي رقم 09/ 152 أو المرسوم التنفيذي رقم 09 - 153 المؤرخين في 02 ماي 2009 وهذا حسب طبيعة العقار مع تكييفه مع الأحكام الجديدة المتخذة في هذا المجال وكذا خصوصيات العملية.

وعليه كيف يتم منح الامتياز بالتراضي وما هي شروطه؟

(1) كلمة المديرية العامة الوطنية للوساطة والضبط العقاري: عرض العقار بصيغة حق الامتياز بين الارتياح والتحريرات، مجلة Aniref Voice، عدد رقم 06، جويلية - سبتمبر 2010، ص 10.

(2) أنظر مذكرة رقم 07982 للمديرية العامة للأموال الوطنية مؤرخة في 08/08/2011.



* الإجراءات الواجب اتباعها فيما يخص المشاريع الخاضعة لموافقة المجلس الوطني للاستثمار⁽¹⁾ يودع الملف على مستوى الشباك الوحيد اللامركزي وتختلف الملفات حسب ما يلي:

- بالنسبة إلى المشاريع التي تتجاوز قيمتها 500 مليون دينار جزائري.
 - بطاقة المشاريع الكبرى مملوءة من طرف المستثمر
 - تبرير حيازة قطعة أرض لإقامة المشروع
 - نسخة من القانون الأساسي للشركة
 - الموافقة من طرف السلطات المختصة بالنسبة إلى ممارسة النشاطات المقننة
 - مستخرج الضرائب للمستثمر و/أو الشركاء في النشاط
 - وضعية المستثمر و/أو الشركاء في النشاط مع مصالح الصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية وصندوق التأمينات للعمل لغير الأجراء.
 - وبالنسبة للمشاريع ذات الأهمية الوطنية:
 - بطاقة المشاريع الكبرى مملوءة من طرف المستثمر
 - تبرير حيازة قطعة أرض لإقامة المشروع
 - مخطط أعمال على مدى 25 سنة وعناصر تقييم المدروسة.
 - نسخة من القانون الأساسي لشركة
 - أما بالنسبة للمشاريع ذات الشراكة الأجنبية
 - بطاقة للمشاريع الكبرى مملوءة من طرف المستثمر
 - نسخة من القانون الأساسي للشركة
 - مستخرج الضرائب للمستثمر و/أو الشركاء في النشاط
- والمشاريع التي تتطلب موافقة المجلس الوطني للاستثمار تصنف إلى ثلاثة (03) أصناف من المشاريع وهي:

- المشاريع الاستثمارية التي تتجاوز قيمتها 500 مليون دج التابعة للنظام العام

(1) عن موقع الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار www. ANDI. DZ

- المشاريع ذات الأهمية الوطنية الناتج عنها اتفاقية استثمار
 - مشاريع الاستثمارية المشارك فيها الأجانب مهما كانت قيمتها.
- ويتعين على المستفيد من الامتياز أن يقدم مخطط تمويل للعملية المذكورة في دفتر الشروط، ويجب أن يوضح مخطط التمويل هذا ما يأتي:
- التكلفة المالية التقديرية للمشروع المزمع إنجازه الذي يجب أن يقدم وصفا دقيقا عنه.
 - مبلغ القسط الشخصي (رأس المال الخاص للمستفيد من الامتياز)
 - مبلغ الاعتمادات المالية التي يمكنه الحصول عليها أو التي يستطيع التصرف فيها⁽¹⁾.
- على أنه يمكن أن تستفيد المشاريع الاستثمارية، بناء على اقتراح من المجلس الوطني للاستثمار، وبعد قرار مجلس الوزراء، من تخفيض إضافي على مبلغ الإتاوة الإيجارية السنوية المحددة من طرف مصالح أملاك الدولة المختصة إقليميا والتي تمثل 20/1 من القيمة التجارية للقطعة الأرضية محل منح الامتياز. يتم تحيين الإتاوة السنوية بعد انقضاء كل فترة إحدى عشرة (11) سنة
- تخضع الإتاوة الإيجارية السنوية التي تحددها مصالح أملاك الدولة لتخفيض يطبق كما يأتي:
- 90 % خلال فترة الاستغلال التي يمكن أن تمتد كذلك من سنة (01) واحدة إلى ثلاث (03) سنوات.
 - 50 % خلال فترة الاستغلال التي يمكن أن تمتد كذلك من سنة (01) واحدة إلى ثلاث (03) سنوات.
 - الدينار الرمزي للمتر المربع (م²) خلال فترة (10) سنوات وترتفع بعد هذه المدة إلى 50 % من مبلغ إتاوة أملاك الدولة بالنسبة للمشاريع الاستثمارية المقامة في الولايات التي استعملت لتنفيذ برنامج الجنوب والهضاب العليا.
 - الدينار الرمزي للمتر المربع (م²) خلال فترة خمس عشرة (15) سنة وترتفع بعد هذه المدة إلى 50 % من مبلغ إتاوة أملاك الدولة بالنسبة للمشاريع المقامة في ولايات الجنوب الكبير⁽²⁾.

⁽¹⁾ أنظر المادتين 14 و15 من دفتر الشروط النموذجي الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 09 - 153.

⁽²⁾ أنظر المادة 15 من القانون رقم 11 - 11 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011 المعدل للمادة 09 من الأمر رقم 08 - 04.

أنظر مذكرة صادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية تحت رقم 01395 مؤرخة في 2012/02/12 مرفقة بنسخة من مقرر رقم 59/01 للمجلس الوطني للاستثمار الدورة 59 بتاريخ 2011/12/22 المكرسة لمداوات مجلس الوزراء المنعقدة بتاريخ 2011/12/18 التي خصصت لمنح مزايا خاصة للاستثمار في ولايات الجنوب والهضاب العليا وأن المزايا التي تضمنتها هذه المقررة تخص بمجال الضرائب، الجمارك وأملاك الدولة.



وتطبق هذه الأحكام أيضا على مشاريع الاستثمارات التي حصلت مسبقا على الامتياز بقرار من مجلس الوزراء وهي المشاريع التي:

1- يكون لها طابع الأولوية والأهمية الوطنية مثل الاستثمارات الإنتاجية التي يمكنها أن تساهم في استبدال عمليات الاستيراد في القطاعات الاستراتيجية للاقتصاد الوطني.

2- تشارك في تلبية الطلب الوطني على السكن.

3- تكون محدثة لمناصب الشغل أو القيمة المضافة بشكل قوي وتعكسها على الخصوص تقليص البطالة في المنطقة والتحول التكنولوجي.

4- تساهم في تنمية المناطق المحرومة أو المعزولة والتي يحد قاتمها المجلس الوطني للاستثمار

*** إجراءات منح الامتياز بالتراضي من طرف الوالي:** تضمن نص المادة الخامسة (05) من القانون رقم 11 - 11 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011 على أنه يرخص الامتياز بالتراضي بقرار من الوالي بناء على اقتراح من لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمارات وضبط العقار على الأراضي التابعة للأمولاك الخاصة للدولة والأصول العقارية المتبقية للمؤسسات العمومية الاقتصادية وكذا الأراضي التابعة للمناطق الصناعية ومناطق النشاطات.

وعليه يقدم كل مترشح للاستفادة من قطعة أرض طلبا موقعا ومصادقا عليه إلى الوالي المختص إقليميا يكون مرفقا بملف يشمل⁽¹⁾:

- دراسة تقنية واقتصادية

- بطاقة تقنية

- نسخة من القانون الأساسي بالنسبة للأشخاص المعنية.

- مخطط المشروع

تجتمع لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمار وضبط العقار برئاسة الوالي الذي يعود إليه قرار الموافقة والذي بناء عليه يتم إعداد العقد المتضمن منح الامتياز الذي تمنح بموجبه الدولة باعتبارها مالكة ترقية حق الانتفاع لمدة معينة على الأراضي التابعة للأمولاك الخاصة للدولة المتوفرة وكذا الأملاك العقارية التي تشكل الأصول المتبقية للمؤسسات العمومية المحلة والأصول الفائضة المؤسسات العمومية الاقتصادية لفائدة المؤسسات والهيئات

⁽¹⁾ يقدم الملف في سبعة (07) نسخ.

العمومية والأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاضعين للقانون الخاص وذلك لاحتياجات مشاريع استثمارية.

ويكرس الامتياز بعقد إداري تعده إدارة أملاك الدولة مرفقا بدفتر أعباء يحدد بدقة برنامج الاستثمار، وكذا بنود وشروط منح الامتياز مع اتخاذ التدابير اللازمة من طرف مصالح مديرية أملاك الدولة قصد التكفل الناجع بالملفات مع إعطاء أهمية خاصة للجوانب الآتية⁽¹⁾:

- تعيين القطع الأرضية ملك الدولة المتوفرة التي من شأنها استيعاب مشاريع استثمارية
- المساهمة على مستوى لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمارات وضبط العقار في تكوين بنك معلومات في مجال وفرة الأملاك المبنية وغير المبنية بكل أصنافها القانونية سواء كانت أملاك الدولة، أصولا على مستوى المناطق الصناعية ومناطق النشاطات أم أصلا متبقية وفائضة.

- التدخل الفعلي والناجع في أعمال لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمارات وضبط العقار، لا سيما في مجال تعيين الملك وتحديد وضعيته القانونية وكذا مساحته.

- السرعة في تحرير وإمضاء عقد منح الامتياز وكذا أثناء إجراءات تسجيله وإشهاره قصد تسليمه للمستثمر في آجال قريبة وفي هذا الإطار وبغية مرافقة المستثمر وتخفيض العبء المالي المرتبط بعملية منح الامتياز نص المادة 18 من قانون المالية التكميلي لسنة 2011 المعدلة المادة 28 من قانون المالية التكميلي لسنة 2010 إمكانية تقسيم دفع حقوق التسجيل وكذا رسم الإشهار العقاري بمناسبة إعداد عقد منح الامتياز للأملاك الدولة.

- تحصيل منظم للأتاوى المستحقة

- متابعة إنجاز الاستثمار

- متابعة المستثمرين المخلين⁽²⁾

ويترتب على منح الامتياز ما يلي:

- يخول من خلاله للمستفيد الحق في الحصول على رخصة البناء

⁽¹⁾ أنظر المذكرة الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية تحت رقم 01395، مرجع سابق، ص 04.

⁽²⁾ أنظر المذكرة الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية تحت رقم 01395، مرجع سابق، ص 05.



- يسمح للمستفيد بإنشاء رهن رسمي لصالح هيئات القرض على الحق العيني العقار الناتج عن الامتياز وكذا على البنائيات المقرر إقامتها على الأرض الممنوح امتيازها وذلك لضمان القروض الممنوحة لتمويل المشروع الذي تم مباشرته فقط⁽¹⁾.

- أنه يرتب حق انتفاع لمدة محددة قابلة للتجديد مرتين⁽²⁾.

- إنه يقع على قطعة أرضه تابعة للأموال الوطنية الخاصة للدولة موجهة للاستثمار.

- أنه يمنح لشخص طبيعي أو معنوي يخضع للقانون الخاص ولفائدة المؤسسات والهيئات العمومية⁽³⁾.

- أنه يكون لقاء دفع إتاوة إيجارية سنوية

*** شروط الانتفاع بالامتياز عن طريق التراضي:** وهي عبارة عن أعباء واردة في دفتر الشروط

المرفق بعقد الامتياز تقع على عاتق المستفيد بعد حيازته للقطعة أو العقار وبدء الانتفاع، أو تتجسد هذه الحيازة عن طريق محضر المدير الولائي لأموال الدولة بعد تسليم عقد الامتياز فوراً⁽⁴⁾. وتتمثل هذه الشروط إجمالاً في:

1- يمنح الامتياز لمدة أدناها ثلاث وثلاثون (33) سنة قابلة للتجديد مرتين وأقصاها تسع وتسعون (99) سنة. وفي حالة تجديد الامتياز تسترجع الدولة القطعة الأرضية أي يفقد الامتياز. كما يجب على مالك البنائيات المنجزة على الأرض المبنية أو غير المبنية الممنوح عليها الامتياز

(1) أنظر المادة 11 من الأمر 08 - 04.

فإذا سمح المشرع بتوقيع رهن رسمي على حق الانتفاع وعلى ملكية البنائيات المتوقع إنجازها فهذا يعني يجوز التعامل فيهما وهذا ما لا يتعارض مع بيعها في المزاد العلني بشرط أن يلتزم المستفيد الجديد بنفس الأعباء الواقعة على عاتق المستفيد السابق، مع إعلام إدارة أملاك الدولة تحت طائلة البطلان بأي معاملة يحتمل إجراؤها على حق الامتياز وإلا يسقط حق الامتياز من المستفيد الجديد، وهذا ما يتم تطبيقه في الواقع.

(2) إذا رهن حق الانتفاع وجب ألا يكون ذلك لأزيد من مدته. ولكن في حالة الفسخ أو عند انتهاء الامتياز يلزم المستفيد بإرجاع الأرض أو أصل العقار خالي من أية رهون عقارية.

(3) وبهذا يكون المشرع قد وسع من مجال المشاركة بالنسبة للأشخاص الذين يمكنهم الاستفادة من منح الامتياز عن طريق التراضي ومع المؤسسات والهيئات العمومية وذلك بموجب أحكام قانون المالية التكميلي لسنة 2011 بعدما أن كان هذا الحق يقتصر على الأشخاص الطبيعية والمعنوية الخاضعة للقانون الخاص.

(4) أنظر المادة 20 من دفتر الشروط الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 152/09 والمادة 19 من دفتر الشروط الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 153/09.

تسديد لفائدة الدولة بصفتها مالكة للأرض إتاوة إيجارية سنوية تحددها إدارة أملاك الدولة بالاستناد إلى السوق العقاري⁽¹⁾.

2- يدفع المستفيد من الامتياز زيادة على مبلغ الإتاوة السنوية الناتجة عن الامتياز، أجر مصلحة أملاك الدولة وحقوق التسجيل، وكذا رسم الشهر العقاري لعقد منح الامتياز⁽²⁾.

3- يتحمل المستفيد من الامتياز كل الضرائب والرسوم والمصاريف المتنوعة التي تلحق أو يمكن أن تلحق بالعقار الممنوح خلال مدة الامتياز ويتكفل، ابتداء من تاريخ بدء الانتفاع، بكل أعباء المدينة ومصلحة الطرق والشرطة وكذا كل التنظيمات الإدارية المقررة أو التي يمكن أن تتقرر بدون أي استثناء وأي تحفظ⁽³⁾.

4- يعتبر كل مستفيد من الامتياز عارفا تمام المعرفة للقطعة الأرضية التي اكتسب عليها الامتياز ويأخذها في الحالة التي هي عليها يوم بدء الانتفاع، دون أن يطلب ضمانا أو أي تخفيض في الثمن بسبب الإتلاف أو أخطاء في التعيين أو لأسباب أخرى. ويمنح الامتياز بدون ضمان في قياس المساحة، ولا يمكن القيام بأي طعن تعويض ثمن أو تخفيض أو رفعه مهما كان الفرق في الزيادة أو النقصان في القياس أو القيمة غير أنه عندما يكون في نفس الوقت خطأ في تعيين الحدود وفي المساحة المعلنة، يحق لأي طرف أن يثير فسخ العقد. لكن إذا توفر أحد الشرطين فقط، لا يمكن قبول أي طلب للفسخ أو التعويض. ويطلب كذلك الفسخ إذا ضم الامتياز ملكا أو جزءا من ملك غير قابل أن يكون محلا لمنح الامتياز. ولا يمكن في أي حال من الأحوال ومهما كان السبب، مطالبة الدولة بأي ضمان كان ولا حتى أن تكون طرفا، لكن إذا كان موضوع الحق التابع للدولة محل نزاع وجب على المستفيد من منح الامتياز إبلاغ الإدارة بالأشكال⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ أنظر المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 09/152 والمادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 09/153.

⁽²⁾ أنظر المادة 08 من نفس المرجع السابق.

⁽³⁾ أنظر المادة 07 من نفس المرجع.

⁽⁴⁾ أنظر المادة 05 من دفتر الشروط الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 09/152 المؤرخ في 02/05/2009 المحدد لشروط وكيفية منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، والمادة 05 من دفتر الشروط الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 09/153 المؤرخ في 02/05/2009 المحدد لشروط وكيفية منح الامتياز على الأصول المتبقية التابعة للمؤسسات العمومية المستقلة وغير المستقلة المحلة والأصول الفاتضة التابعة للمؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها، جريدة رسمية عدد 27.



5- ينتفع المستفيد من منح الامتياز بالارتفاقات الإيجابية ويتحمل الارتفاقات السلبية، الظاهرة منها والخفية، الدائمة والمنقطعة التي يمكن أن تثقل القطعة الأرضية محل منح الامتياز، إلا إذا تذرع ببعضها واعتذر عن الأخرى تحت مسؤوليته دون أي طعن ضد الدولة ودون أن يلتمس ضمان الدولة بأي حال من الأحوال ودون أن يمكن هذا الشرط من منح أكثر من الحقوق الناتجة عن القانون أو من السندات الشرعية غير المتقدمة، سواء للمستفيد من منح الامتياز أم للغير⁽¹⁾. ويفرض هذه الشروط التعسفية فذلك يعد خروجاً عن الإطار العام للعقود والآثار المترتبة عليها من ضمانات، الأمر الذي يجعل هذا العقد هو عقد إذعان⁽²⁾.

6- يجب على صاحب الامتياز إبلاغ بكل الممتلكات الثقافية المكتشفة على قطعة الأرض محل الامتياز مدير أملاك الدولة المختص إقليمياً الذي يعلم مدير الثقافة للولاية⁽³⁾، حيث تحافظ الدولة بملكية كل الممتلكات الثقافية خصوصاً البنايات والفسيفساء، والنقوش الخفية والبروز والتماثيل والميداليات والمزهريات والنقوش والكنوز والنقود القديمة والأسلحة وكذلك المناجم والمعادن الموجودة أو التي قد تكتشف على الأصل العقاري محل منح حق امتياز، أو في باطنه⁽⁴⁾.

7- تحتفظ الدولة بملكية كل الممتلكات الثقافية خصوصاً البنايات والفسيفساء، والنقوش الخفية، والتماثيل والميداليات والمزهريات، والنقوش والكنوز والنقود القديمة والأسلحة وكذلك المناجم والمعادن الموجودة والتي تكتشف على أو في باطن الأرض محل منح الامتياز، أو على الأصل العقاري محل الامتياز أو في باطنه. يجب على صاحب الامتياز الإبلاغ عن كل الممتلكات الثقافية والأشياء الأثرية المكتشفة على قطعة الأرض محل الامتياز إلى مدير أملاك الدولة المختص إقليمياً الذي يعلم مدير الثقافة للولاية قصد تنفيذ أحكام القانون رقم 04/98 المؤرخ في 15 جويلية 1998 المتعلق بحماية التراث الثقافي.

(1) أنظر المادة 05 من دفتر الشروط الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 152/09.

(2) بينما المستثمر مطالب بتقديم وصف دقيق عن المشروع وهو يجهل الوصف الدقيق للعقار الذي قد يحمل عيوب ظاهرة وأخرى خفية، الأمر الذي قد يؤدي لعملية إنجاز المشروع أو العزوف عن الإنجاز.

(3) أنظر المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم 153/09 وذلك قصد وضع القانون رقم 04/98 المؤرخ في 15/06/1998 والمتعلق بحماية التراث.

(4) أنظر المادة 06 من دفتر الشروط النموذجي الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 153/09 والمادة 12 من دفتر النموذجي الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 152/09.

8- يجب على المستفيد من حق الامتياز أن يشرع في انطلاق أشغال مشروعه خلال مدة محددة في دفتر الشروط ابتداء من تاريخ تسليم رخصة البناء ، كما يجب عليه إنهاء الأشغال وتقديم شهادة المطابقة في أجل محدد من تاريخ تسليم رخصة البناء ، وتمديد آجال الانطلاق وتنفيذ الأشغال المنصوص عليها في دفتر الشروط إذا حال بسبب قاهر دون التقيد به ، وذلك بمدة تساوي المدة التي تعذر فيها على المستفيد من حق الامتياز الوفاء بالتزاماته ولا يمكن بأي حال من الأحوال اعتبار صعوبات التمويل بسبب قاهر⁽¹⁾.

9- عند إتمام البناءات المقررة في المشروع الاستثماري المعايينة قانونا بناء على شهادة المطابقة تكرر إجباريا ملكية البناءات المنجزة من طرف المستثمر على الأرض الممنوح امتيازها بمبادرة من هذا الأخير بعقد موقت⁽²⁾.

10- لا يمكن التنازل عن ملكية البناءات والحق العيني العقاري⁽³⁾ الناتج عن الامتياز بالنسبة للمدة المتبقية إلا بشروط وهي:

- إنجاز البناءات المقررة في المشروع الاستثماري المعايينة قانونا بشهادة المطابقة المسلمة من المصالح المختصة بالتعمير.

- بدء النشاط المعايين قانونا من اللجنة المختصة بذلك

يجب أن يكون النشاط معايينا كذلك قانونا من الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار بالنسبة للمشاريع التي تكون موضوع تصريح بالاستثمار.

مع وجوب إعلام إدارة أملاك الدولة ، تحت طائلة البطلان بأي معاملة يحتمل إجرائها على حق الامتياز⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ أنظر المادة 29 من دفتر الشروط النموذجي المرفق المرسوم التنفيذي 152/09 والمادة 23 دفتر الشروط النموذجي المرق بالمرسوم التنفيذي رقم 153/09.

⁽²⁾ أنظر المادة 18 من المرسوم التنفيذي 152/09 ، وأنظر المادة 14 من الأمر 08 - 04.

⁽³⁾ المشرع يؤكد على أن حق الانتفاع في هذه الحالة هو حق غير عقاري وليس حق شخصي عكس ما ورد في قرار المحكمة العليا بخصوص الملكية التجارية التي يشهها التاجر أو الصناعي والتي تعتبر ملكية شخصية ولا يعتبر المستأجر منتفعا ولو كان يستعمل ويستغل المحل التجاري ، 179136/1998/03/25 ، ملف 179136 ، الاجتهاد القضائي الغرفة العقارية ، ص 220.

⁽⁴⁾ أنظر المادة 19 من المرسوم التنفيذي رقم 152/09.



وما يلاحظ أن النصوص القانونية المنظمة لحق الامتياز وكذا بنود دفتر الأعباء قد نصت على الحقوق التي يستفيد منها الحاصل على الامتياز ولا سيما إمكانية توقيع رهن رسمي لضمان القروض على حق الامتياز وعلى البنائيات المقرر إنجازها كما تم التطرق إليه سابقا مع إمكانية التنازل عنها بشروط، لكن هذه النصوص والبنود لم تتناول حالة ما إذا توفى المستفيد من الامتياز والآثار المترتبة على ذلك؟ وهنا لا يسعنا إلا الرجوع إلى القواعد العامة المتعلقة بحق الانتفاع وتكييف هذه الحالة وفق ما تقتضي به المادة 852 من القانون المدني والتي تنص على أنه: «ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين فإن لم يعين أجل عد مقررًا لحياة المنتفع وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين وإذا كانت الأرض المنتفع بها مشغولة عند انقضاء الأجل أو عند موت المنتفع بزرع قائم أبقيت للمنتفع أو لورثته إلى حين إدراك الزرع بشرط أن يدفعوا أجرة إيجار الأرض عن هذه الفترة من الزمن».

وتأسيسا على ذلك فإنه يمكن أن تنتقل الحقوق والالتزامات الناشئة عن حق الامتياز إلى الورثة سواء توفى المستثمر قبل إنجاز مشروعه أم بعد إنجاز مشروعه وذلك في حدود مدة الانتفاع المتبقية وهذا ما يتم تطبيقه في الواقع.

ب- أسباب إسقاط حق الامتياز: إن أسباب إسقاط الحق تختلف حسب الحالات الآتية:

- يعد عقد الامتياز باطلا إذا تضمن شرط منع التنازل أو الإيجار من الباطن للامتياز قبل إتمام المشروع⁽¹⁾. وبمفهوم المخالفة أنه لا يمكن للمستفيد من الامتياز أن يتنازل أو يؤجر الامتياز من الباطن بعد إتمام المشروع على أن تبقى الدولة هي المالكة للقطعة الأرضية في كل الأحوال⁽²⁾.

أما إذا لم يتضمن عقد الامتياز هذا الشرط فكذلك لا يستطيع المستفيد من الامتياز تحت طائلة الإسقاط أن يتنازل أو يؤجر من الباطن منح الامتياز قبل إتمام المشروع وتشغيله

(1) أنظر المادة 2/17 من المرسوم التنفيذي رقم 152/09.

(2) من الناحية العملية فإن عمليات منح الامتياز التي كانت تتم سابقا بالمزاد العلني كانت تغني المستأجر من الباطن وكذا المتنازل له الجديد سواء مشتري أو موهوب له عن إجراءات المشاركة من جديد في المزاد العلني للحصول على العقار الصناعي فمن باب أولى أن طريقة الحصول عليه بالتراضي كذلك تغنيهم عن ذلك.

- وفي حالة تنازل أو إيجار من الباطن من الامتياز بعد إنجاز مشروعه يجب إعلام إدارة أملاك الدولة تحت طائلة البطلان بأي معاملة يحتمل إجراؤها على حق الامتياز حتى يمكن منح المستفيد الجديد رخصة تلحق بدفتر الشروط إلى غاية نهاية المدة وعن تجديد الالتزام يتم منح دفتر أعباء جديد للمستفيد الجديد وكذلك حتى يتم معاينة من المصالح، وكذلك حتى تتمكن المصالح التقنية المختصة من معاينة النشاط الجديد يحترم قواعد التعمير ومعايير البيئة الناجمة عن الأحكام التنظيمية المعمول بها والمطبقة على المنطقة المقصودة.

ويمنع تحت طائلة الإسقاط من استعمال جزء أو كل من القطعة الأرضية الممنوح امتيازها لأغراض غير تلك التي منحت له من أجلها وهذا ما تضمنه نص المادة 09 من دفتر الشروط النموذجي الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 09 - 152 في حين ولنفس الأسباب تجد أن المادة 09 من دفتر الشروط النموذجي الملحق بالمرسوم رقم 09 - 153 تنص على أنه: «لا يمكن الاستفادة من الامتياز تحت طائلة الفسخ الفوري، أو يتنازل أو يؤجر من البطن حق الامتياز قبل إتمام المشروع وتشغيله لما يكون حق الامتياز ممنوحا على قطعة أرض جرداء. ولا يمكن الاستفادة من الامتياز التنازل عن حق الامتياز للمجموع العقاري خلال مدة خمس (05) سنوات ابتداء من تاريخ منح الامتياز لما يكون الامتياز ممنوحا على أصل عقاري مبني.

ويمنع عليه صراحة أيضا، تحت طائلة الفسخ الفوري، من استعمال كل الأصل العقاري الممنوح أو جزء منه لأغراض غير تلك التي منحت له من أجلها».

ومنه يفهم أن المشرع قد استعمل مصطلح "إسقاط الحق" والذي يكون كنتيجة لبطلان العقد أو لفسخه⁽¹⁾.

أما فسخ الامتياز فيكون في الحالات الآتية:

1 - في أي وقت وباتفاق الطرفين

2- بمبادرة الإدارة إذا لم يحترم المستفيد من الامتياز بنود دفتر الشروط، وفي هذه الحالة يوجه له إعداران برسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام، وإذا كان بدون جدوى، تباشر الجهات القضائية المختصة في إجراء إسقاط الحق طبقا لأحكام المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 09/152 أو طبقا لأحكام المادة 21 من المرسوم التنفيذي رقم 09/153 إذا تعلق الأمر بالأصول العقارية.

وعند عدم انتهاء صاحب الامتياز من المشروع الاستثماري في الأجل المحدد في عقد الامتياز مع احترام طبيعة المشروع والبرنامج المحدد في دفتر الشروط ورخصة البناء، يمكن منح صاحب الامتياز أجلا إضافيا يتراوح من سنة (01) إلى ثلاث (03) سنوات حسب طبيعة وأهمية المشروع.

وفي حالة عدم إتمام المشروع عند انتهاء الأجل الإضافي، فإن إسقاط الحق يؤدي إلى دفع إتاوة من الدولة تعويضا مقابل فائض القيمة التي أتى بها المستثمر على القطعة الأرضية من

⁽¹⁾ لأن البطلان يختلف عن الفسخ، فالبطلان هو الجزء على تخلف ركن من أركان العقد أو تخلف شرط من الشروط اللازمة لركن من أركانه. أما الفسخ فهو الجزء على عدم تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد لكن يلتقي الفسخ والبطلان من حيث الأثر حيث يترتب عن كل واحد منها أنه يعاد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد وإذا كان هذا مستحيل جاز الحكم بالتعويض.



خلال الأشغال المنجزة بصفة نظامية، دون أن يتجاوز هذا المبلغ قيمة المواد وسعر اليد العاملة المستعملة، مع اقتطاع نسبة 10 % على سبيل التعويض، على أن تتكفل مصالح أملاك الدولة المؤهلة إقليميا بتحديد فائض القيمة.

3 - حالة إنجاز البناء في الآجال المحددة وبدون مطابقتها للبرنامج المحدد و/ أو رخصة البناء فإن إسقاط الحق يتم بدون أي تعويض.

4- عند عدم إنجاز المشروع في الآجال المحددة مع عدم مطابقة البناء مع البرنامج المحدد فإنه لا يمكن لصاحب الامتياز طلب الاستفادة من التعويض.

5- وعند النطق بهدم البناء من طرف القضاء المختص، فإنه يتعين على صاحب الامتياز وبمصاريفه الخاصة القيام بإعادة القطعة الأرضية محل الامتياز إلى حالتها الأصلية، وتحول الامتيازات والرهون التي يحتمل أنها أثقلت القطعة الأرضية بسبب صاحب الامتياز المخل بالتزاماته إلى مبلغ التعويض الناجم عن إسقاط الحق.

وما يلاحظ أن المادة 12 من الأمر 08-04 المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية المعدل والمتمم قد وسعت من أسباب إسقاط الحق التي تكون نتيجة كل إخلال من المستفيد من الامتياز للتشريع العقاري المفعول والالتزامات التي يتضمنها دفتر الأعباء والتي يمكن أن كل إخلال بالأمر ناتج عن ضائقة مالية أو تعرضه للإفلاس ففي هذا الصدد تضمنت المادتان 23 و29 من دفتر الشروط النموذجي المرفقين بالمرسومين التنفيذييين على التوالي رقم 09-152 و09-153 أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال اعتبار صعوبات التمويل سببا قاهرا تمنعه من الانطلاق في الأشغال وإنهائها.

خاتمة:

إن حل مشكلة العقار الموجه للاستثمار في مجاله الصناعي لا يتوقف عند هذا الحد، إذ يتعين مباشرة كل مسعى يحد أقصى من فرص النجاح والمتابعة المستمرة والمتجددة، وأن أي تردد في هذا المجال سيزيد من تفاقم الوضع وسيعطل الحركة الضرورية. ويتمثل الرهان من الآن فصاعدا في إدراك أهمية الاختلالات المرتبطة بمسار استغلال العقار، وأيضا الأخطار التي قد ترهن خلال العشريات القادمة أي تنمية مستدامة في الوطن⁽¹⁾، وباعتبار العقار الصناعي الوسيلة المثلى للاستثمار، وفي إطار العوالة فقد تخلى المستثمر عن السلوك التقليدي الذي يعرقل مفهوم التطور الاقتصادي ويقيده

⁽¹⁾ المجلس الوطني والاقتصادي: لجنة آفاق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، ملخص مشروع التقرير حول شكل العقار في الجزائر عائق أمام التنمية الاقتصادية، دورة 24 جوان 2004، ص 34.

في حدود معينة ذلك المتمثل في الملكية الكلاسيكية التي تتكون من ثلاثة عناصر وهي: التصرف، الاستعمال والاستغلال، إذ أصبح العنصر الأخير المتمثل في الاستغلال هو أهم عامل لدى المستثمر⁽¹⁾. وفي إطار ترقية الاستثمار وكذا تطويره تطلب الأمر التحديد الدقيق لكيفية استغلال العقار الصناعي كمفهوم جديد للاستثمار مع البحث عن كفاءات وطرق معينة للاستغلال.

المراجع:

النصوص التشريعية والتنظيمية:

- 1- القانون رقم 11 / 11 المؤرخ في 18 جويلية 2011، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011، جريدة رسمية، عدد 40.
- 2- القانون رقم 11 - 16 المؤرخ في 28 ديسمبر 2011، يتضمن قانون المالية لسنة 2012، جريدة رسمية عدد 72.
- 3- الأمر 08- 04 المؤرخ في 01 سبتمبر 2008 يحدد شروط وكفاءات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية جريدة رسمية عدد 49
- 4- الأمر 06- 11 المؤرخ في 30 أوت 2006 يحدد شروط وكفاءات منح الامتياز والتنازل على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية. جريدة رسمية عدد 53
- 5- الأمر 06- 08 المؤرخ في 15 جويلية 2006 يعدل ويتمم الأمر 01- 03 المؤرخ في 20 أوت والمتعلق بتطوير الاستثمار جريدة رسمية عدد 47
- 6- المرسوم التشريعي 93- 12 المؤرخ في 05 أكتوبر 1993 يتعلق بترقية الاستثمار جريدة رسمية رقم 64
- 7- المرسوم التشريعي 83- 18 المؤرخ في 21 ديسمبر 1993 المتضمن قانون المالية لسنة 1994
- 8- المرسوم التنفيذي 09- 153 المؤرخ في 02 ماي 2009 يحدد شروط وكفاءات منح الامتياز على الأصول المتبقية التابعة للمؤسسات العمومية المستغلة وغير المستغلة المحلة والأصول الفائضة التابعة للمؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها، جريدة رسمية عدد 27
- 9- المرسوم التنفيذي 09- 152 المؤرخ في 02 ماي 2009 ويحدد شروط وكفاءات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، جريدة رسمية عدد 27

(1) بوجردة مخلوف: المرجع السابق، ص 05.



- 10- المرسوم التنفيذي 07- 121 المؤرخ في 23 افريل 2007 يتضمن تطبيق أحكام الأمر 06- 11 الذي يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، جريدة رسمية عدد 27
- 11- المرسوم 73- 45 المؤرخ في 28 فيفري 1973 المتضمن تشكيل اللجنة الاستشارية لإنشاء المناطق الصناعية، جريدة رسمية عدد 20

المؤلفات:

- 1- د/عجة الجيلالي: الكامل للقانون الجزائري للاستثمار، دار الخلدونية، الجزائر 2006
- 2- بوجردة مخلوف: العقار الصناعي، دار هومة، الجزائر، 2006
- 3- عمر حمدي باشا وليلى زروقي: المنازعات العقارية، دار هومة، الجزائر، 2006

منهج التنازع ومتطلبات عقود التجارة الدولية في عصر العولمة والرقمية

د. بن أحمد الحاج.
أستاذ محاضر(ب) - رئيس قسم الحقوق.
كلية الحقوق والعلوم السياسية.
جامعة د.الطاهر مولاي، سعيدة - الجزائر-

مقدمة:

تتخصص وظيفة قواعد تنازع القوانين في مجال العقود الدولية في إسناد الرابطة العقدية المتصلة بعنصر أجنبي إلى أحد القوانين المتنازعة لحكمها، حيث يتولى القاضي حل النزاع بترجيح قانون من بين تلك القوانين وتفضيله سواء كان وطنيا أم أجنبيا، مما يعني أن العلاقة العقدية تمر بمرحلتين تتمثل الأولى في تعيين القانون الواجب التطبيق أي إسناد العلاقة لقانون معين، بينما تتمثل الثانية في إعمال ذلك القانون بشأنها.

وإذا كان منهج قاعدة الإسناد والذي يعود لفقهاء "Savigny" في القرن التاسع عشر هو من يحدد الاختصاص التشريعي الذي يخضع له العقد الدولي بما يؤدي إلى تطبيق قانون الإرادة وفقا لما تتجه إليه غالبية النظم القانونية الوطنية، إلا أن التطور الذي عرفته العلاقات التجارية العابرة للحدود خاصة بعد سياسات التحرر العالمية الناجمة عن عولمة الاقتصاد أظهر إلى الواجهة تساؤلات قانونية بدأت تطرح حول مدى ملاءمة المعايير التقليدية المتصلة بمنهج التنازع لمقتضيات التجارة الدولية في عصر العولمة والرقمية.

فالملاحظ من ناحية أولى أن تحديد القانون واجب التطبيق يتم وفقا لقاعدة الإسناد بطريقة مجردة من خلال الربط بين العلاقات القانونية المتصفة بالطابع الدولي وأحد القوانين الداخلية المتزاحمة لحكمها، وذلك بغض النظر عن مضمون القانون المختص، لذلك ليس غريبا أن تعاني عقود التجارة الدولية من عدم ملاءمة أغلبية القواعد الوطنية لحكم ما تثيره من مسائل، لأنها قواعد وضعت خصيصا لمواجهة العلاقات الداخلية وليس الدولية، الأمر الذي مهد لظهور ما أصبح يطلق عليه الفقهاء اصطلاحاً "أزمة منهج التنازع في مجال عقود التجارة الدولية".



وقد كان لتوجه الاقتصاد العالمي نحو التحرر وإزالة الحواجز والحدود الجغرافية على هذا النحو، أثره على القانون الدولي الخاص عامة، وعلى منهج التنازع القائم على ظاهرة الحدود السياسية على وجه الخصوص، حيث بدأ يبدو واضحا عدم قدرة هذا الأخير على مجازاة الوثبات المتسارعة للمعاملات التجارية العابرة للحدود، وهو ما أدى ببعض الفقه إلى الدعوة لضرورة تحييده حتى لا يكون عائقا أمام نمو وتطور التجارة الدولية والعقود المرتبطة بها.

ومن ناحية أخرى فإن أعمال ذات المنهج على عقود التجارة الإلكترونية الدولية، سيصطدم بالعديد من الصعوبات والمشاكل القانونية، وما قد يزيد من حدة هذه الصعوبات وتلك المشاكل، طبيعة المعايير التي يعتمدها منهج الإسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق، من حيث كونها معايير مادية تركز على ضوابط جغرافية لا تتلاءم مع طبيعة المعاملات التي تجرى في فضاء افتراضي غير ملموس.

المطلب الأول: العولمة الاقتصادية ومنهج تنازع القوانين:

مما لا شك فيه أن هناك تأثيرا جدياً بالغ لعولمة الاقتصاد وتحول العالم إلى كيان موحد من حيث كثافة الاتصالات والمعاملات على كافة فروع القانون، طالما أن هناك علاقة تبادلية وتلازمية بين تطور العلاقات الاجتماعية بين الأشخاص والقواعد القانونية التي تحكمها.

ولا ريب أن القانون الدولي الخاص ليس ببعيد عن واقع ذلك التطور، فالأكيد أن معظم التغيرات التي تصيب العلاقات الخاصة الدولية ستؤثر حتماً في هذا الفرع من فروع القانون أكثر من أي فرع آخر، خاصة وأنه قانون قام ويقوم في الأصل على ظاهرة الحدود السياسية التي تفصل بين الدول، والتي تعدّ أساساً له، في حين لم تعد هذه الظاهرة ذات أهمية في عالم أضحى بمثابة قرية كونية صغيرة ومجتمع محدود الأبعاد يعلو فوق الأقاليم الجغرافية لكل الدول.

ولما كان منهج تنازع القوانين واحداً من أهم مناهج القانون الدولي الخاص، فطبيعي أن يتأثر هو الآخر بما لحق العلاقات العابرة للحدود من تغيير أصابها في الشكل والمضمون.

الفرع الأول: مفهوم العولمة الاقتصادية:

يجمع الكثير من الباحثين على أن انهيار الكتلة الاشتراكية وسقوط جدار برلين في نهاية الثمانينات يشكلان بداية اتجاه العالم نحو عولمة الاقتصاد⁽¹⁾، لكن هذا لا يعني أن

⁽¹⁾ أنظر: منذر الشرع، عولمة الاقتصاديات الوطنية -التحديات والفرص المتاحة- مجموعة دراسات حول العولمة وأثرها في المجتمع والدولة، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، 2002، ص 103.

هذه الظاهرة جاءت وليدة الصدفة، بل هي في الحقيقة عودة للحلم الذي رافق الإنسان، حيث كان يتطلع منذ القدم لتوسيع مدهاء والتنقل والاستثمار ونقل الثروات وتحقيق الأرباح وتأمين الأسواق وفتح آفاق أوسع⁽¹⁾.

وقد جاءت بداية التسعينيات لتعبر عن مرحلة جديدة تتميز بالأحادية القطبية وسيادة نموذج اقتصاد السوق والحرية الاقتصادية والتخلي عن اقتصاد الأوامر، وهو سيناريو تتوحد فيه التوجهات وتتجانس فيه الأهداف خاصة من الناحية التجارية والاقتصادية.

وبهذا أصبح العالم يعيش في نظام معلوم تسقط فيه حواجز المسافات بين الدول والقارات، وتتزايد فيه احتمالات التأثير والتأثر المتبادلين، خاصة في ظل التطور الهائل في مجال الاتصالات، والتي عمقت عولمة جميع جوانب الحياة الاقتصادية من حركة السلع ورؤوس الأموال والخدمات واليد العاملة عبر حدود الدول، فكان لذلك عظيم الأثر على النمو الكبير الذي تشهده التجارة الدولية والتدفقات المالية.

وهكذا فإن مصطلح العولمة الاقتصادية يشير إلى عملية تعميق مبدأ الاعتماد المتبادل بين الفاعلين في الاقتصاد العالمي، بحيث تزداد نسبة المشاركة في التبادل الاقتصادي الدولي من حيث المستوى والحجم والوزن، سواء في مجال السلع أم الخدمات أم عناصر الإنتاج، لتشكل النسبة الأهم في النشاط الاقتصادي العالمي مقارنة مع النشاط الاقتصادي على الصعيد المحلي⁽²⁾.

وفي مقابل ذلك يعتبر بعض المفكرين العولمة الاقتصادية بأنها تحول العالم بفضل الثورة التكنولوجية والمعلوماتية وانخفاض تكاليف النقل وحرية التجارة الدولية إلى سوق واحدة، مما يخلق منافسة أكثر حدة وشمولية وذلك في سوق السلع والعمل ورأس المال⁽³⁾.

وفي سبيل تحديده لمفهوم الظاهرة، يرى البعض بأن العولمة الاقتصادية ليست في الحقيقة إلا مرحلة تاريخية تتميز بتحول في آليات السوق، لذلك فهي تعبر عن وصول نمط الإنتاج الرأسمالي من عالمية التبادل والتوزيع والسوق والتجارة إلى عالمية دائرة الإنتاج وإعادة الإنتاج⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ أنظر: حشماوي محمد، الاتجاهات الحديثة للتجارة الدولية في ظل العولمة الاقتصادية، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، 2006، ص 74.

⁽²⁾ أنظر: عبد الحميد عبد المطلب، العولمة واقتصاديات البنوك، الدار الجامعية، 2005، ص 17.

⁽³⁾ أنظر: عبد الحميد عبد المطلب، المرجع السابق، ص 18.

⁽⁴⁾ أنظر: المرجع السابق، ص 20.



ومن منظور آخر فإن العولمة الاقتصادية هي السمة الرئيسية التي يتسم بها النظام الاقتصادي العالمي الجديد الذي بدأ يتشكل في العقد الأخير من القرن العشرين والقائم على تزايد درجة الاعتماد المتبادل بفعل اتفاقيات تحرير التجارة العالمية والتحول في آليات اقتصاد السوق، لذلك يتجه البعض إلى تعريفها بأنها: "الاندماج الكامل لمختلف دول العالم عبر نموذج يستعمل السوق والتجارة والمال والتقنية والغزو الإعلامي لفرض زعامة أصحابه وهيمنتهم"⁽¹⁾، بينما يرى جانب آخر بأنها: "النزعة السوقية الكونية وظهور السوق الاقتصادي بوصفه بداية الموقف ونهايته"⁽²⁾.

وواضح من خلال كل هذه التعريفات أن العولمة الاقتصادية ما هي في الحقيقة إلا تجسيد لوضع أضحى يعيش العالم فيه على شكل قرية صغيرة محدودة الأبعاد بفعل ثورة التكنولوجيا والاتصالات، ويقوم على إطار منظم عابر للقوميات، اضمحلت فيه فكرة الاقتصاد الموجه وذابت فيه الحدود السياسية، وحلّ فيه مفهوم اقتصاد السوق، فحررت بذلك الأسواق ورفعت القيود وتراجعت وظائف الدولة.

ومن الطبيعي أن يؤدي هذا التحول في العلاقات الاقتصادية الدولية إلى التأثير في نطاق وآليات القانون الدولي الخاص الذي يقوم على فكرة الحدود السياسية لحل مشكلة تنازع القوانين، وهو ما جعل الفقه يؤكد على أنّ العولمة الاقتصادية وأهدافها تتنافى مع مناهج هذا القانون عموماً، ومنهج التنازع على وجه الخصوص.

الفرع الثاني: العولمة الاقتصادية تتنافى ومنهج تنازع القوانين:

يهتم علم تنازع القوانين كأحد مواضيع القانون الدولي الخاص بتحديد القانون واجب التطبيق على التصرفات القانونية التي تتم بين الأشخاص ويكون أحد عناصرها أجنبياً.

وإذا كان القانون الدولي الخاص عامة ومنهج التنازع بوجه خاص، قد ارتبطت من حيث نشأته وتطوره بحركة التجارة الدولية والعقود والصفقات المتعلقة بها، فإن سياسات التحرر العالمية والتطور الهائل في وسائل المواصلات والاتصالات، قد أثرت بشكل كبير في هذا الفرع وذلك المنهج، وكانت سبباً في توجيه سهام نقد عديدة إليهما من طرف الفقه الحديث كونهما أضحياناً متخلفين عن مجاراة الوثبات السريعة لحركة التبادل التجاري الدولي في عصر العولمة.

⁽¹⁾ أنظر: أحمد صدقي الدجاني، العولمة - رؤية تحليلية لواقع ظاهرة العولمة ومستقبلها، مجموعة دراسات حول العولمة وأثرها في المجتمع والدولة، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، 2002، ص 20.

⁽²⁾ أنظر: الحبيب الجنحاني، العولمة من منظور عربي، سلسلة المعرفة للجميع، العدد 19، 1998، ص 103.

فغني عن البيان أن القانون الدولي الخاص هو قانون يقوم على ظاهرة الحدود السياسية الفاصلة بين الدول، وذلك لتحديد نطاق انطباق قانون الدولة، في حين إن العولمة الاقتصادية تقوم أساسا على إلغاء الحدود السياسية وتحرير التجارة العالمية والاعتماد على الفضاء الإلكتروني لعقد الصفقات، مما يعني في الأخير أن ظاهرة العولمة الاقتصادية تتنافى مع أصل وسبب وجود القانون الدولي الخاص ومنهج التنازع⁽¹⁾.

أولا- ظاهرة الحدود السياسية أصل وجود القانون الدولي الخاص وتنازع القوانين:

يطلق على القانون الدولي الخاص وصف «دولي» لأن العلاقة القانونية التي يتناولها حكمه لا تنحصر بعناصرها المتمثلة في الأطراف أو السبب أو الموضوع داخل إقليم دولة واحدة⁽²⁾، بل تتعداه إلى إقليم أو أقاليم دول أخرى، وعليه فإن القانون الدولي الخاص هو قانون موصوم بظاهرة الحدود السياسية وبطابع سياسي ظاهر⁽³⁾، حتى قيل بأن لهذا القانون وظيفة سياسية أكثر منها قانونية.

فمن المعلوم أن العلاقات القانونية تنقسم عموما إلى قسمين، يشمل الأول العلاقات الوطنية، وهي التي تقوم أو ترتبط في جميع عناصرها بدولة واحدة، فيكون القانون الداخلي لهذه الدولة هو المختص بتنظيمها، وذلك من دون تدخل أي نظام قانوني آخر خاص بدولة أخرى، بينما يشمل الثاني العلاقات التي تتعدى نطاق وحدود الدولة الواحدة، فنكون في هذه الحالة بصدد علاقة ذات طابع دولي أو ذات عنصر أجنبي، وهنا تتدخل قواعد القانون الدولي الخاص.

ولا شك أن منهج تنازع القوانين لا ينأى عن هذا لكونه أهم مجالات القانون الدولي الخاص، إذ غالبا ما ينصرف الذهن إلى القانون الدولي الخاص في مجمله عندما نطلق لفظ تنازع القوانين⁽⁴⁾، فإعمال هذا المنهج مرتبط هو الآخر بدولية العلاقات القانونية، أي بعلاقات تتجاوز حدود النظام القانوني الداخلي لدولة واحدة.

وعليه وحتى يقوم التنازع بين قوانين دول مختلفة يجب أن نكون بصدد علاقة قانونية تشتمل على عنصر أجنبي، أي أن يكون الأشخاص الذين تتعقد بينهم تلك العلاقة أجنبيا، أو أن يكون المحل الذي ينصب عليه التصرف واقعا في إقليم دولة أخرى، أو أن يكون السبب

⁽¹⁾ انظر: احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 32.

⁽²⁾ انظر: علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984، ص 24.

⁽³⁾ انظر: احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص 36.

⁽⁴⁾ انظر: المرجع السابق، ص 37.



المنشئ لها أجنبياً⁽¹⁾. أو بمعنى آخر أن تمتد العلاقة القانونية المعروضة على القاضي إلى إقليمي دولتين على الأقل، فلو انحصرت عناصرها داخل إقليم دولة واحدة لم يكن هناك محل لإعمال تنازع القوانين متى اتحد الأطراف في الجنسية.

وغني عن البيان أن ظاهرة الحدود السياسية هي التي تقف وراء تحديد كل المفاهيم السابقة من حيث تحديد جنسية الأطراف، ومواطنهم، ومحل إقامتهم، ومحل إبرام التصرف القانوني، ومكان تواجد العلاقة القانونية، والسبب المنشئ لها.

فالعقد يعتبر دولياً إذا أبرم بين وطني وأجنبي وذلك لتطرق الصفة الأجنبية للأطراف، أو بين أجنبى متحدي أو مختلفي الجنسية في دولة أجنبية وترتب عليه انتقال رؤوس أموال عبر الحدود، وذلك لتركز العنصر الأجنبي في سبب التعاقد وهو المكان محل التعاقد، كما يعد ذلك العقد دولياً إذا تم بين أشخاص حول محل متواجد في دولة غير الدولة التي أبرم فيها، وفي كل هذه الحالات يلعب «إقليم الدولة» الدور الحاسم لاعتبار ذلك العقد دولياً.

وعلى هذا الأساس فإن تحديد القانون الواجب التطبيق يعتمد هو الآخر على ضوابط مكانية تمنح الاختصاص لنظام قانوني خاص بدولة معينة، كضابط محل إبرام العقد، أو مكان تنفيذه، أو محل إقامة المدين بالأداء المميز في العقد، وغير ذلك من الضوابط التي تختلف باختلاف التشريعات الوطنية.

ثانياً- منحه التنازع القائم على ظاهرة الحدود السياسية يتنافى والعولمة الاقتصادية:

مضت الإشارة إلى أن فقه القانون الدولي الخاص قد استقر على أن هذا الفرع من فروع الدراسات القانونية يدين بوجوده إلى ظاهرة الحدود السياسية الفاصلة بين الدول، وأن الحاجة إلى هذا القانون قد ولدت لفض مشكل التنازع بين قوانين الدول المختلفة لحكم العلاقات القانونية التي نشأت عبر تلك الحدود.

غير أن هذا المنهج والقائم على مرتكزات مكانية لا يتلاءم مع مقتضيات العولمة الاقتصادية القائمة على تحرير أسواق التجارة ورأس المال ومبدأ إهمال الحدود الجغرافية في كل تعامل اقتصادي وتجاري، ذلك أن سياسات التحرر العالمية والتي بدأت إرهاصاتها منذ منتصف القرن الماضي جعلت من العالم كله قرية صغيرة وسوقاً واحدة مترامية الأطراف، إذ لم تعد هناك حدود لأسواق وطنية، وإنما أصبح العالم كله مجالاً واحداً لسوق جديدة تتنوع خدماتها ومنتجاتها⁽²⁾.

⁽¹⁾ ويذهب أغلب الفقه إلى القول بأن قواعد هذا القانون لم توضع في الأصل إلا من أجل التصدي لموضوع تنازع القوانين. أنظر: علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 06.

⁽²⁾ أنظر: محمد إبراهيم موسى، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص 7.

وما زاد من اختفاء ظاهرة الحدود السياسية في مجال المبادلات الاقتصادية الدولية ظهور شبكة الاتصالات الدولية للمعلومات التي أحدثت ثورة حقيقية في نطاق التجارة الدولية، حيث أصبحت هذه الأخيرة تتم في عالم افتراضي مفتوح يربط أكثر من مائتي دولة من دون حدود جغرافية أو سياسية، ويسمح فيها للجميع مهما كان مكان تواجدهم بالحصول على السلع والخدمات دون الحاجة إلى الانتقال⁽¹⁾.

ومعلوم أنّ وجود شبكة الانترنت قد استتبع وجود عالم افتراضي لا تحدّه أية حدود سياسية أو جغرافية، مما جعل طبيعة التعامل التي تتم عبر هذه الشبكة تتعارض مع فكرة الإقليم والجغرافيا، "فالمكان الأرضي يعد عدوا لتلك الشبكة والمهام المنوطة بها، ومن ثم فلا قيمة له في مواجهتها"⁽²⁾.

إن العولمة الاقتصادية باعتبارها نتيجة مباشرة لعولمة وسائل الاتصال قد جاءت لتقلب وتغير كل المفاهيم التي استقر عليها القانون الدولي الخاص ومنهج تنازع القوانين، ذلك أنها ظاهرة تتخطى الحدود الجغرافية التقليدية وتتجاهلها إلى مجال خاص بها هو مجال غير وطني لا تسوده أي سلطة سياسية أو إقليمية.

والحال هذا فإن قواعد منهج التنازع الدولي للقوانين والتي تتولى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي بالاعتماد على المكان الذي يتوطن فيه المتعاقد، أو قانون الدولة التي يتواجد بها مقر عمله الرئيسي، أو قانون الدولة الذي يتوطن فيها المدين بالأداء المميز، أصبحت قواعد وأحكام خالية من أي مفعول ويتعذر إعمالها⁽³⁾.

ويلاحظ بعض الفقه أن الاعتماد على مناهج القانون الدولي الخاص بمفهومه التقليدي في عصر العولمة والرقمية، سيؤدي لا محالة إلى إصابة المعاملات التجارية بأبلغ الضرر⁽⁴⁾، ذلك أن التنوع والاختلاف المستمد من الطابع الوطني والإقليمي لقواعد التنازع سيكون عائقاً أمام ديناميكية العولمة الاقتصادية عموماً، وتطور التجارة الدولية على وجه الخصوص، فالأمر يتعلق بسوق عالمية تذوب فيها الحدود السياسية بين الدول وتسقط فيها حواجز المسافات بين القارات،

⁽¹⁾ أنظر: أحمد سامي ربحان، الانترنت، دار الفاروق للنشر والتوزيع، القاهرة، 1999، ص 26.

⁽²⁾ أنظر:-

-Dessementet(F), Internet, les droits de la personnalité et le droit international privé, in le déficit d'internet, Actes du Colloque de Lausanne du 28 février 1997, Genève, 1997, p47.

⁽³⁾ أنظر: أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص 39.

⁽⁴⁾ أنظر: محمد إبراهيم موسى، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 14.



وعليه فمن غير الملائم القول بوجود قوانين وطنية متعددة يمكن أن تخضع لها الروابط العقدية ذات الطابع الدولي والدائرة في مجتمع واحد هو مجتمع التجار العابر للحدود⁽¹⁾.

المطلب الثاني: أزمة منهج التنازع في ظل تحرير التجارة العالمية:

إن الأصل كما أشرنا إليه سابقا هو خضوع عقود التجارة الدولية للقانون المختار من قبل الأطراف، فإن لم تتصد تلك الإرادة لهذا الاختيار تعين على القاضي المختص بالنظر في النزاع إسناد العقد لقانون الدولة الأوثق صلة وفقا لما تشير إليه ضوابط الإسناد الاحتياطية في قانونه.

ولكن لوحظ أنه وفي كثير من الأحيان أن يتولى القاضي تطبيق قانونه الوطني تطبيقا مباشرا بغض النظر عما تقرره قاعدة الإسناد، وهو ما بدا واضحا مع ازدياد تدخل الدولة في المجالين الاقتصادي والاجتماعي من خلال إصدارها لقوانين التوجيه المتعلقة بهذين المجالين.

ولما كان القانون الدولي الخاص ليس إلا مرآة تعكس صورة القانون الداخلي فقد كان طبيعيا أن تمتد قوانين التوجيه الاقتصادي والاجتماعي إلى ميدانه، فظهر بذلك ما يعرف بـ"منهج القواعد ذات التطبيق الضروري".

وإذا كان ظهور منهج القواعد ذات التطبيق الضروري قد ارتبط بتطور دور الدولة ونموه في ظل المذهب الاشتراكي وانتشار مظاهرها تدخلها مع مطلع القرن الماضي⁽²⁾، إلا أنه ومن خلال استطلاع واقع التجارة العالمية اليوم والتي بدأت تأخذ اتجاها متصاعدا نحو التحرر من كافة القيود خاصة مع نشأة منظمة التجارة العالمية، بدا واضحا من خلال الدراسات التي أجريت أن المشرعين قد عمدوا في الدول المتقدمة والمتخلفة على حدّ السواء إلى تبني العديد من القواعد ذات التطبيق الضروري والتي تتضمن قيودا تشريعية لتحقيق وحماية المصالح الضرورية للجماعة⁽³⁾.

⁽¹⁾ أنظر: أبو العلا علي أبو العلا النمر، نظرة انتقادية للسياسة التشريعية المصرية في مجال الاستثمار ونقل التكنولوجيا، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، السنة الرابعة والأربعون، جامعة عين شمس، يوليو، 2002، ص 353 و354.

⁽²⁾ أنظر: محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق -دراسة تحليلية وتطبيقية- دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 17.

⁽³⁾ أنظر: جمال محمود الكردي، حق المؤلف في العلاقات الخاصة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص 147. وأنظر أيضا: رشا علي الدين، النظام القانوني لحماية البرمجيات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2006، ص 347. وأنظر: أحمد عبد الكريم سلامة، تحرير التجارة العالمية وأثره على النظام القانوني للعقود الدولية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد الثاني، العدد 19، جامعة المنصورة، 1996، ص 570.

وبهذه المثابة فإن النظام الاقتصادي العالمي الجديد والذي يقوم على مبدأ حرية التجارة بين الدول لم يساهم فقط في انتعاش الأسواق العالمية وتحقيق معدلات نمو عالية للتجارة الدولية، بل أدى أيضا من الناحية القانونية إلى تزايد في عدد القواعد والقوانين الحمائية، وبالنتيجة تنامي دور منهج القواعد ذات التطبيق الضروري في ميدان العقود الدولية باعتبارها الأداة الرئيسية لتبادل القيم والثروات عبر حدود الدول.

ولأن منهج القواعد ذات التطبيق الضروري هو منهج منافس لقاعدة الإسناد في إطار النظرية العامة لتنازع القوانين كونه يستتبع بالضرورة استبعاد قاعدة الإسناد⁽¹⁾، وبالتالي قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الدولية، فإنه يبدو واضحا أن منهج التنازع أضحى في أزمة حقيقية في ظل اتجاه الدول نحو التوقيع على اتفاقيات التجارة الدولية، وما ترتب عن ذلك من تزايد في عدد القواعد ذات التطبيق الضروري.

وقبل التعرض لملامح أزمة منهج التنازع في ظل هذا الوضع، وجب البحث بداية في مضمون ومبادئ اتفاقيات تحرير التجارة العالمية وذلك قبل البحث في أزمة منهج التنازع في ظل تنامي عدد القواعد ذات التطبيق الضروري وذلك فيما يلي:

الفرع الأول: مضمون اتفاقيات تحرير التجارة العالمية:

تعد جولة أروغواي للمفاوضات التجارية متعددة الأطراف أكثر الجولات شمولا، حيث ركزت على تحرير التجارة الدولية في السلع وكيفية إزالة القيود التعريفية وغير التعريفية التي تحول دون انسياب التبادلات التجارية الدولية، علاوة على إدراجها موضوعات جديدة لم يتم التطرق إليها في الجولات السابقة مثل موضوع تجارة الخدمات وحقوق الملكية الفكرية، وبحث كيفية تطبيق القواعد المنصوص عليها في اتفاقية الغات على قطاعي المنتجات الزراعية والمنسوجات.

وقد انتهت المفاوضات التجارية المتعددة الأطراف في نطاق جولة أروغواي بالتوقيع على الوثيقة الختامية بالمغرب في 15/04/1994 من قبل 117 دولة، وأسفرت عن 22 اتفاقية دولية منشئة لحقوق وواجبات تقع على الدول الأعضاء بالإضافة إلى سبع اتفاقيات تتضمن تفسيرات تشريعية توضح أحكاما واردة في الاتفاقيات الدولية⁽²⁾.

(1) أنظر: أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2001، ص 301.

(2) أنظر: أيمن النحراوي، لوجستيات التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، 2009، ص 23.



وقد شملت الاتفاقيات الموقع عليها بعد مفاوضات جولة أورغواي لأول مرة موضوع التجارة في المنتجات والسلع الزراعية وقطاع المنسوجات والملابس الجاهزة، فلم يعد التحرير منصبا على مجال السلع في المنتجات الزراعية فحسب بل امتد ليشمل السلع الصناعية.

وعلاوة على ذلك فقد تم إدخال موضوع قطاع الخدمات لأول مرة فيما أصبح يعرف باتفاقية تحرير الخدمات "GATS"⁽¹⁾، وكذا مجال الملكية الفكرية والاستثمار الذي له علاقة بالتجارة الدولية، وغيرها من المجالات التي لها صلة بهذه التجارة، فشملت هذه الاتفاقيات جميع الجوانب التي كانت مهمة في التجارة الدولية مثل المنتجات الزراعية والخدمات أو تلك التي كانت تخضع لأنظمة خاصة مثل المنسوجات والملابس الجاهزة، مع العلم أن الاتفاقيات الناجمة عن هذه الجولة تعد اتفاقيات متكاملة لا تقبل التجزئة، فإذا أن تقبل في مجملها أو ترفض دون أن يكون لعضو انتقاء بعضها وعدم الأخذ بأحكام أخرى لا تتلاءم مع مصالحه⁽²⁾.

الفرع الثاني: تنامي دور القواعد ذات التطبيق الضروري في ظل اتفاقيات تحرير التجارة العالمية:

لقد صاحب تحرير التجارة العالمية سعى حثيث من قبل المشرعين الوطنيين نحو سنّ قواعد أمرة تتولى حماية المصالح الأساسية سواء السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية أو الثقافية للجماعة، مما يدل على أن دور منهج القواعد ذات التطبيق الضروري لم ينحصر في ظل الوضع الراهن للمعاملات الاقتصادية العابرة للحدود، بل مازالت له ذات الأهمية التي اكتسبها من قبل أمام القضاء الوطني.

إن المتأمل في الاتفاقيات المبرمة في مجال المبادلات التجارية الدولية الحديثة، يجد أنها تهدف في معظمها إلى تحرير تلك المبادلات من كافة القيود الكمية أو التعريفية، وكذا الإلغاء التدريجي للرسوم والضرائب التي تعوق انسياب التجارة عبر الحدود⁽³⁾.

وتلعب المنظمة العالمية للتجارة دورا كبيرا في هذا المجال، حيث تسعى منذ نشأتها إلى تحقيق نظام تجاري عالمي جديد يقوم على تحرير التجارة بين دول العالم، وذلك من أجل ضمان أكبر قدر من حرية المبادلات في جميع مجالات التجارة، والوصول إلى أسواق أكثر اتساعا⁽⁴⁾.

(1) اختصارا لـ: "General Agreement of Trade in Services".

(2) أنظر: حشماوي محمد، المرجع السابق، ص 136.

(3) أنظر المادة: 07 من اتفاقيات المنظمة العالمية للتجارة بشأن المنسوجات والملابس.

(4) أنظر: أحمد عبد الكريم سلامة، تحرير التجارة العالمية وأثره على النظام القانوني للعقود الدولية، المرجع السابق، ص 557.

وانطلاقاً مما اتجهت إليه منظمة التجارة العالمية من حق جميع الدول الأعضاء بوضع أو تعديل قوانينها بما ينسجم مع حماية مصالحها التنموية والاقتصادية والتكنولوجية، مما يحمل في ثناياه ترخيصاً صريحاً للدول في سن القوانين ذات التطبيق الضروري في المجال الذي ينطوي من وجهة نظرها على أهمية خاصة⁽¹⁾.

وهكذا فإن تحرير التجارة العالمية قد أثر بشكل كبير على المنظومة القانونية للدول المختلفة، حيث بدأ المشرعون يتدخلون لوضع قواعد تتولى تقييد الحرية الاقتصادية وضبطها حماية للمجتمع من أزمات ظاهرة العولمة الاقتصادية، وذلك بما يحقق التعايش والتوازن بين تلك الحرية من جهة، ومقتضيات حق الفرد والدولة من جهة ثانية⁽²⁾.

وبهذا فإن انسحاب الدولة من الحياة الاقتصادية تماشياً مع تعاليم المذهب الفردي وآليات اقتصاد السوق لا يعني بتاتا الانسحاب المطلق والتام من لعب أي دور في تلك الحياة، فدورها في ظل هذا الوضع يجعل منها دولة ضابطة لها أن تتدخل بموجب قواعد قانونية تنظم مناخ الأعمال، كتلك الواردة في قانون الاستهلاك، وقانون الاستثمار، وقانون المنافسة، وقوانين مكافحة التضخم، وكل ذلك في سبيل حماية اقتصاد الدولة من الأزمات التي قد تسببها له الرأسمالية الزاحفة، وهذا بالإضافة إلى تدخله لتنظيم مجالات أخرى ترتبط وتتأثر بتحرير التجارة كتلك المتعلقة بالصحة وحماية المستهلك، وكذا حماية البيئة⁽³⁾.

⁽¹⁾ انظر: على سبيل المثال: المادة 8 من الجزء الخاص بحماية الملكية الفكرية. مشار إليه في: فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنت، دراسة تطبيقية لعقود التجارة الإلكترونية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002، ص 110 و111.

⁽²⁾ انظر: عليان بوزيان، نسبية الحرية الاقتصادية وأثرها على التنظيم التشريعي في الجزائر - فكرة النظام العام الاقتصادي - بحث مقدم للملتقى الوطني حول الاستقرار التشريعي والتنظيمي ضمان للاستثمار ودعم مناخ الأعمال في الجزائر، كلية الحقوق، جامعة معسكر، يومي 21 و22 أبريل 2009.

⁽³⁾ وتعد العلاقة بين التجارة والبيئة من الأمور المستحدثة في العلاقات التجارية الدولية، والتي اكتسبت أهمية متزايدة تدريجياً مع تزايد الوعي الدولي بموضوعات الحفاظ على البيئة، وانعكس بالتالي على أوجه النشاط الاقتصادي والتجاري الدولي، وتمت ترجمته إلى مجموعة معايير وضوابط ينبغي مراعاتها والالتزام بها من قبل مختلف الدول. أنظر: سهيل حسين الفتلاوي، التنظيم الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007، ص 179.

وفي هذا الإطار تنص المادة الرابعة من الأمر رقم 03/01 المؤرخ في 20/01/2001 والمعدل بالأمر رقم 08/06 والمتعلق بتطوير الاستثمار على أنه: "تتجز الاستثمارات في حرية تامة مع مراعاة التشريع والتنظيمات المتعلقة بالنشاطات المقتنة وحماية البيئة"



وترتبط على هذا فإن القواعد القانونية ذات التطبيق الضروري لا تتراجع في ظل اقتصاد السوق كما قد يتبادر إلى أذهان البعض مقارنة مع الاقتصاد الموجه الذي يعتمد على تدخل الدولة في مختلف الأنشطة التجارية والاقتصادية، بل إن الاقتصاد الحر يتطلب هو الآخر تدخلا تشريعا لوضع نظام قانوني يحقق الانضباط، وينظم المنافسة، ويقيد من حرية التجارة والتعاقد، حتى وإن كان هذا التدخل تدخلا من نوع خاص يتلاءم والتطورات الاقتصادية الحاصلة.

وبالفعل فقد أكد الفقه بأن الدول أصبحت تسعى اليوم جاهدة إلى التدخل بموجب نصوص قانونية دقيقة لفرض سلوكيات معينة يتعين إتباعها في إطار علاقات التبادل الاقتصادي والتجاري، وهو ما يعني أن عدد القوانين الحمائية سيتزايد في ظل تلك الاتفاقيات، وهو تزايد يمكن ملاحظته على صعيد المنظومة القانونية لكل الدول⁽¹⁾.

فالدول النامية ستجد نفسها مجبرة على سن قوانين حمائية من أجل حماية تجارتها ومنتجاتها خلال فترات السماح من شدة المنافسة التي ستقرض عليها من طرف الدول المتقدمة، أما هذه الأخيرة فستلجأ إلى اتخاذ تدابير تسلب الدول النامية العديد من المزايا، والتي تكون قد حصلت عليها من خلال انضمامها للمنظمة العالمية للتجارة.

ومما لا شك فيه أن تدخل الدولة على هذا النحو هو تدخل يتعارض مع أهداف المنظمة العالمية للتجارة، الأمر الذي قد يحول دون تشجيع الاتجار في السلع والخدمات، ويقف كعائق أمام إنشاء نظام تجاري حر ومتعدد الأطراف، فقد نصت المادة: 01/02 من الاتفاق المتعلق بشأن القيود الفنية على التجارة على أنه: "يكفل الأعضاء عدم إعداد القواعد الفنية أو اعتمادها أو تطبيقها بغية خلق عقبات لا ضرورة لها أمام التجارة الدولية، أو لا يكون لها هذا الأثر. ولهذا الغرض لا ينبغي أن تكون القواعد الفنية مقيدة للتجارة بأكثر مما يجب لتحقيق غرض مشروع مع مراعاة المخاطر التي قد يثيرها عدم تحقيقه، ومن بين هذه الأغراض المشروعة متطلبات الأمن القومي، ومنع ممارسات الغش، وحماية حياة أو صحة الإنسان أو الحيوان أو النبات أو حماية البيئة".

ولما كانت العقود هي الأداة الفنية التي تتم بها عمليات انتقال السلع والخدمات ورؤوس الأموال عبر الحدود، فهذا يعني أنها ستتأثر حتما بالقواعد الحمائية التي تسنها الدولة في شتى المجالات،

⁽¹⁾ لقد أكد العديد من المراقبين في الدول الرأسمالية ذاتها هذا التوجه، حيث أقروا بأن الاتجاهات الحمائية في أوروبا وأمريكا مستمرة في التنامي، ومن ثم فإن الاتفاقات الجديدة والمتعلقة بتحرير التجارة العالمية هي اتفاقات ينبغي عدم اعتبارها أمرا مسلما به في كل الأحوال. أنظر في هذا: إبراهيم العيسوي، الغات وأخواتها - النظام الجديد للتجارة العالمية ومستقبل التنمية العربية، الطبعة الثالثة، لبنان، يناير، 2001، ص97.

خاصة في مجال حماية المستهلك، والرقابة على الصرف ونشاط البنوك والتأمينات، والنشاطات المتعلقة بالاستيراد، والقوانين الضريبية، والقوانين المتعلقة بالائتمان وغيرها.

فإذا كانت الدولة تسعى من خلال هذه الإجراءات إلى حماية المصالح الحيوية والضرورية في المجتمع، إلا أنّ تطبيق هذه القواعد على عقود التجارة الدولية هو تطبيق يتنافى في الحقيقة مع أهداف المنظمة العالمية للتجارة، ذلك أن أعمال منهج التنازع سيؤدي إلى تطبيق قانون وطني معين، وذلك بما يحويه من قواعد جاءت في الأصل لحماية مصالح الدولة، وبغض النظر عما إذا كان ذلك يتماشى ومصالح التجارة الدولية والمتعاملين في نطاقها، وفي هذا تغليب لمصلحة الدولة وإرادتها على إرادة الأفراد، وهذا معناه محاصرة تلك العقود بكم هائل من القواعد الحمائية، وهذا ما يتعارض مع حرية التجارة ومقتضياتها.

ومن ناحية أخرى فإن استئثار كل دولة بوضع قواعد قانونية في ظل ما يواجه المجتمع الدولي من متغيرات اقتصادية، سيؤدي في النهاية إلى تباين هذه القواعد من دولة لأخرى⁽¹⁾، وهو ما يعني اختلاف الحلول التي توضع لحسم المنازعات الناشئة عن إبرام وتنفيذ العقود المتصلة بالتجارة الدولية، وكل هذا من شأنه الإخلال بالأمان القانوني والإضرار بمصالح المتعاملين الدوليين.

الفرع الثالث: أزمة منهج التنازع في ظل تنامي دور منهج القواعد ذات التطبيق الضروري:

إذا كانت الرابطة العقدية العابرة للحدود تخضع في الأصل للقانون الذي اتفق عليه الأطراف بمقتضى منهج التنازع، إلا أنه يتعين على القاضي مراعاة أعمال القواعد ذات التطبيق الضروري على المسائل التي تدخل في نطاق سريانها، وهو ما يؤدي بالضرورة إلى تعطيل أعمال قاعدة الإسناد واستبعاد قانون العقد، فتجزأ الرابطة العقدية بذلك، حيث تخضع في بعض جوانبها لقانون الإرادة، بينما تخضع في جوانبها الأخرى للقواعد ذات التطبيق الضروري⁽²⁾.

(1) انظر: رشا علي الدين، المرجع السابق، ص 324.

(2) أنظر:-

-Pommier (J-Ch), Principe d'autonomie et loi du contrats en droit privé conventionnel, thèse, paris, 1992, p 195.



وبهذه المثابة فإن أعمال القواعد ذات التطبيق الضروري يعد منهجا منافسا يطبقه القاضي إلى جانب منهج التنازع ويقيد من مجال أعمال قانون العقد، فهذا الأخير لا ينطبق إلا بشأن المسائل التي لا تشملها تلك القواعد بالتطبيق⁽¹⁾.

ومعلوم أن إدراك القواعد ذات التطبيق الضروري لأهدافها يقتضي إعمالها على كافة الروابط القانونية التي تدخل في مجال سريانها بصرف النظر عن القانون الذي يحكم العلاقة العقدية المطروحة أمام القضاء الوطني بمقتضى منهج التنازع، فمسألة الاختيار غير مطروحة هنا أمام القاضي الوطني، وذلك لأن إعماله لتلك القواعد إنما يتم بصورة مستقلة عن قاعدة الإسناد، ووجود هذه القواعد الأمرة يلزمه بتطبيق قانونه الوطني مباشرة على العلاقة محل النزاع بمجرد توافر الرابطة التي تبرر اتصال المسألة المطروحة بنظامه القانوني⁽²⁾.

ففي نزاع قائم بين إحدى الشركات البريطانية التي تستغل وتدير إحدى القرى السياحية في جزيرة "كنارى" الإسبانية وأحد المواطنين الألمان، أصدرت المحكمة الفيدرالية العليا الألمانية قرارا بتاريخ 19/03/1997⁽³⁾، طبقت فيه القواعد الحمائية الواردة في القانون الألماني لتوفير الحماية للمتعاقد المستهلك بالأولوية على قانون العقد، والذي اتفق الطرفان صراحة على إعماله بشأن العقد المبرم بينهما، وهو في هذا النزاع قانون جزيرة "Man".

وتعود وقائع هذا النزاع إلى عقد أبرم بين الشركة المذكورة أعلاه والتي يتواجد مقرها بجزيرة "Man" البريطانية ومواطن ألماني، وكان العقد هو عقد الانتفاع بوحدة سكنية بنظام اقتسام الوقت، وقد تضمن مجموعة من الشروط من بينها شرط عدم جواز الرجوع عن العقد بعد توقيعه، وشرطا يقضى بإقرار الاختصاص القضائي لمحكمة موطن المدعي، وشرطا آخر يقضى باختصاص قانون جزيرة "Man" بحكم العقد.

وعلى إثر خلاف وقع بين الطرفين رفعت الشركة دعوى قضائية أمام المحكمة المختصة تطلب فيها الحكم على المتعاقد الألماني بدفع الثمن المستحق عليه من قيمة الوحدة السكنية

⁽¹⁾ إذا كانت القواعد ذات التطبيق الضروري هي من القواعد ذات التطبيق المباشر فإن العكس غير صحيح، إذ ليست كل القواعد ذات التطبيق المباشر من القواعد ذات التطبيق الضروري، حيث لا يكفي لاتسام هذه الأخيرة بتلك الصفة أن يكون مشرعا قد أراد إعمالها بشكل مباشر، بل كثيرا ما يتوسع المشرع في معيار انطباق بعض القواعد المادية على حساب القوانين الأجنبية، دون أن يتوقف ذلك على وجود صلة بين أهداف تلك القواعد ونطاق تطبيقها.

⁽²⁾ أنظر:-

-Toubiana(A), le domaine de la loi du contrat en droit international privé- contrats internationaux et dirigisme étatique, thèse, Paris, Dalloz, 1992, n° 258.

-Cour fédérale d'Allemagne, 19 mars 1997, Rev.crit, 1998, p 610, note Lagarde (P).

⁽³⁾ أنظر:-

محل العقد ، وكذا نصيبه من مصاريف الصيانة والخدمات. وأمام هذا دفع المدعى عليه ببطلان العقد للغبن، كما دفع احتياطيا بتحلله من أي التزام لأنه رجع عن العقد طبقا للقانون الألماني، لاسيما تلك المتعلقة بحق الرجوع في عقود الترويج للسلع في موطن المشتري.

وإذا كانت المحكمة الابتدائية قد ألزمت المدعى عليه بدفع المبلغ المستحق للشركة، إلا أن محكمة الاستئناف قد رأت خلاف ذلك بعد أن طعن المدعى عليه في الحكم الصادر، حيث قررت بأنه وإذا كان القانون الواجب التطبيق على عقد المشاركة الزمنية هو قانون جزيرة "Man" الذي يقضي بصحة اشتراط أحد المتعاقدين على الآخر حظر الرجوع عن العقد، إلا أن أحكام القانون الألماني الصادر بتاريخ 16/01/1986 والذي يعترف بحق الرجوع في عقود ترويج السلع في موطن المشتري تكون هي واجبة التطبيق بالأولوية على أحكام قانون الإرادة المختار من قبل المتعاقدين، وهو الأمر الذي أكدته المحكمة الفدرالية الألمانية في قرارها السابق.

وعليه فإن التطبيق المباشر لقانون القاضي لا يتم بناء على فكرة الاختيار التي تقوم عليها قواعد التنازع، لأن وجود قاعدة من القواعد ذات التطبيق الضروري في ذلك القانون يستبعد أي مزاحمة أو تنافس بين تلك القواعد وقواعد قانون آخر، فيكون بذلك للقواعد ذات التطبيق الضروري الأولوية على قواعد الإسناد في التطبيق، إذ يتعين على القاضي البحث أولا في قانون دولته عن أي قاعدة تستلزم أعمالها، فإن لم يجد وجب عليه تطبيق القانون الذي تحيل إليه قاعدة الإسناد.

وأمام اتجاه الدول نحو سن قواعد أمرة لحماية اقتصادياتها الوطنية من خطر العولمة وتحرير التجارة العالمية، عاودت فكرة النظام العام الاقتصادي إلى الظهور من جديد، ليس فقط في الدول النامية، بل حتى في أنظمة الدول الصناعية، وهو ما يعني أن القواعد ذات التطبيق الضروري أصبحت تشكل هجمة وطنية أو حكومية من شأنها أن تؤدي إلى وضع منهج التنازع في أزمة حقيقية، حيث لن يكون له في ظل هذا الوضع إلا دور احتياطي ومن الدرجة الثانية بالنسبة للقواعد ذات التطبيق الضروري، بل إن جانبا من الفقه قد ذهب إلى أبعد من ذلك حينما قرر أن تزايد عدد القوانين الحمائية سيؤدي لا محالة إلى تدمير منهج التنازع⁽¹⁾، طالما أن تلك القواعد إنما تعبر في الحقيقة عن "المفاهيم الانغلاقية ونزاعات التطرف الوطني"⁽²⁾.

وحتى وإن كانت الدول المختلفة معذورة فيما تتجه إليه من فرض قيود تشريعية مضادة لأنها تهدف من وراء ذلك لحماية منتجاتها وتجارها وتعاقدها في ظل انسياب التجارة العالمية

(1) أنظر: أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص301.

(2) أنظر: -Pommier (J-Ch), op.cit, p 195.



وتحررها، إلا أن هذا قد يكون حسب جانب كبير من الفقه معقول هدم في أسس قواعد التنازع التي تعد دليلا على تطور ونمو الفكر القانوني الراقي الداعي إلى تحقيق العدالة بعيدا عن النزعة الوطنية غير المبررة⁽¹⁾.

المطلب الثالث: منهج التنازع ومنازعات عقود التجارة الإلكترونية الدولية:

لقد سمح التطور الهائل في وسائل التكنولوجيا الحديثة التي شهدها ومازال يشهدها العالم اليوم في مجال الاتصالات والمعلومات، إلى ظهور أساليب جديدة للتعاقد، حيث أصبح هذا الأخير يتم عبر شبكات الاتصال المتاحة للجميع من غير حدود، وفي كل زمان ومكان، الأمر الذي فتح المجال واسعا لبروز نوع جديد من التجارة هو التجارة الإلكترونية⁽²⁾.

وعليه فقد أضحت الصفقات تتم وفق نمط جديد يرتكز على شبكات الاتصال الرقمية، فألغيت الحدود والقيود أمام دخول الأسواق التجارية، وتحول العالم كله إلى سوق مفتوحة تضمن شمولية الممارسة في البيع والشراء وتبادل السلع والخدمات أمام المتعاقدين، وذلك بغض النظر عن المواقع الجغرافية التي يتواجدون بها.

وطبيعي أن يؤدي هذا التحول في معالم الاقتصاد العالمي إلى حدوث تغيير كبير في المفاهيم التي كانت سائدة في المعاملات المدنية والتجارية، وإثارة تحديات ومشاكل قانونية تتعلق بفروع القانون المختلفة، لعل أهمها مشكلة تحديد النظام القانوني الذي تخضع له العقود الدولية المبرمة عبر وسائل الاتصال الحديثة.

فالمأمل في ضوابط الإسناد التي تحكم القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، يجد بأنها تعتمد بشكل رئيسي على تحديد المكان، في حين أن المعاملات التي تتم عبر الشبكة الإلكترونية والتي جعلها تسبح في فضاء افتراضي ليس له أية روابط أو صلات مكانية.

وعليه فإنه يبدو منطقيا أن يثير منهج التنازع الدولي للقوانين، والذي هو في المقام الأول تنازع من حيث المكان، صعوبات عند إعماله على عقود التجارة الإلكترونية، وهو ما يمكن

(1) أنظر: رشا علي الدين، المرجع السابق، ص 347 و348.

(2) التجارة الإلكترونية E-commerce تختلف في معناها عن الأعمال الإلكترونية E-business، ذلك أن هذه الأخيرة هي أوسع وأشمل من التجارة الإلكترونية، فهي تمتد - أي الأعمال - إلى جميع الأنشطة الإدارية والإنتاجية والمالية والخدماتية، ولا تتعلق فقط بالعلاقة بين البائع أو المورد والعميل. أنظر في هذا: يونس عرب، منازعات التجارة الإلكترونية، الاختصاص والقانون الواجب التطبيق وطرق التقاضي البديلة، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر التجارة الإلكترونية الذي أقامته منظمة الأسكوا، هيئة الأمم المتحدة، من 08 إلى 10 أكتوبر 2000، ص 3.

ملاحظته سواء عند إعمال نظرية الأداء المميز على هذا النوع من العقود، أو عند إعمال معايير الاختصاص القانوني التقليدي الأخرى.

أولا- صعوبة إعمال نظرية الأداء المميز على عقود التجارة الإلكترونية الدولية:

لقد حاول العديد من فقهاء القانون الدولي الخاص تطبيق نظرية الأداء المميز في العقد لتحديد النظام القانوني الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، وذلك في حالة انعدام الإرادة الصريحة وتعذر الكشف عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين.

وإذا كانت فكرة الأداء المميز والتي تقوم على تفريد معاملة العقود بحسب الوزن القانوني والواقعي للالتزام الأساسي في العقد، تحظى بسهم وافر من التأييد لدى العديد من الفقهاء، إلا أن إعمالها في مجال عقود التجارة الإلكترونية يصادفه العديد من الصعوبات والمشاكل القانونية.

فمن جهة أولى يكون صاحب الأداء المميز هو المتعاقد الذي ينفرد بوضع شروط العقد، ويكون بالتالي القانون الواجب التطبيق على ذلك العقد هو قانون محل إقامة أو مركز إدارة نشاط هذا المتعاقد، مما يعني أن الأمر يتعلق بعقد إذعان يسند فيه لقانون الطرف القوي في العلاقة العقدية، وفي هذا تحقيق لمصلحته وتضحية بمصلحة الطرف الضعيف اقتصاديا طالما أنه قد يخضع لقوانين لا يعرفها قد تهدد حياة مشروعه أو منشأته.

والشيء الملاحظ بالنسبة لكثير من عقود التجارة الإلكترونية أنها عقود تتضمن معنى الإذعان عندما تأخذ شكل العقود النموذجية المفروضة على صفحة الويب، ويكون فيها صاحب الأداء المميز هو البائع أو مقدم الخدمة، فتخضع بالتالي تلك العقود لقانون دولة البائع أو قانون دولة مورد الخدمة تطبيقا لنظرية الأداء المميز وفي ذلك حتما إجحاف وإضرار بمصالح الطرف الآخر في العقد.

ومن ناحية ثانية نلاحظ أن تحديد قانون العقد يتم وفقا لهذه النظرية على ضابط إسناد رئيسي هو محل الإقامة المعتادة للطرف الملتزم أو مركز إدارته فيما لو كان شخصا اعتباريا بوصفه المحل المفترض لتنفيذ هذا الالتزام⁽¹⁾. فإذا كان قانون محل إقامة المدين بالأداء المميز على هذا النحو هو المعيار الواجب الإلتحاق لكونه الأوثق صلة بالعلاقة العقدية، فإن الملاحظ بالنسبة إليه أنه معيار ذو طابع إقليمي ويعتمد على مرتكزات جغرافية، ومثل هذه المعطيات لا

⁽¹⁾ أنظر: صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 345.



تتلاءم مع طبيعة المعاملات التي تتم عبر الشبكة الدولية للاتصالات، فالحقائق والآليات التقنية المستخدمة تجعل من الصعب معرفة الموقع الجغرافي للمتعاقد الذي يملك مشروعاً.

وبالإضافة إلى هذا فإن المواقع الإلكترونية التي تتم من خلالها عمليات التعاقد قد تكون مواقع مؤقتة والإعلان عنها على الإنترنت لا يشكل اتصالاً مستمراً وجوهرياً مع النطاق المكاني، بل حدث عارض بالنسبة للمتعاقد، ومن ثمة يصعب إعمال نظرية الأداء المميز لتحديد محل الإقامة المعتاد والدائم للمدين الملتزم بالأداء المميز في العقد.

وتظهر من جهة ثالثة صعوبة أخرى تتجلى في العقود المبرمة عبر شبكة الإنترنت والتي تتميز بطبيعة مركبة تتساوى فيها الالتزامات من حيث الأهمية الاقتصادية، بحيث يجوز اعتبار كل واحد منها أداءً مميزاً في العقد، كما لو تم إبرام عقد مفاضلة عبر الشبكة يلتزم فيه كل طرف بأداء يتساوى من حيث الوزن مع أداء الطرف الآخر، ففي هذه الحالة يصعب تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد لصعوبة تحديد صاحب الأداء المميز فيه.

ثانياً- صعوبة إعمال معايير الاختصاص القانوني التقليدية:

إن صعوبة التعويل على ضوابط مكانية لتحديد القانون المختص بحكم الرابطة العقدية الإلكترونية المتسمة بالطابع الدولي لا تظهر عند إعمال نظرية الأداء المميز فقط، بل تطرح بشكل جلي حتى في حالة الاعتماد على ما يعرف بالإسناد الجامد والتحديد المسبق للقانون الأوثق بتلك الرابطة، وذلك لأنه إسناد يعتمد أيضاً على نفس الضوابط كضابط محل إبرام العقد أو محل تنفيذه أو الموطن المشترك للمتعاقدين.

1- صعوبة تحديد المكان الحقيقي لإبرام العقد: تأخذ الكثير من النظم القانونية، ومن بينها القانون الجزائري⁽¹⁾ بضابط محل إبرام العقد الدولي لتحديد القانون المختص بحكمه عند امتناع المتعاقدين عن اختياره صراحة أو ضمناً.

وواضح أن العقود المبرمة بين حاضرين لا تثير أية مشكلة تذكر، من حيث تحديد مكان وزمان إبرام العقد، كما أنه من السهل أيضاً الوصول إلى هذا التحديد عندما يتم التعاقد عن طريق وسائل الاتصال التقليدية كالهاتف أو الفاكس، وذلك بإعمال النظرية التي اعتمدها المشرع في هذا الشأن، علماً أن التشريعات قد انقسمت حول هذه المسألة بين أربع نظريات، هي نظرية الإعلان عن القبول، نظرية تصدير القبول، نظرية تسليم القبول، ونظرية العلم بالقبول.

(1) أنظر: المادة 18 من القانون المدني الجزائري.

وقد اخذ القانون النموذجي للتجارة الالكترونية لسنة 1996 بالمكان الذي استلمت فيه رسالة البيانات، والذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، وإذا كان له أكثر من مقر عمل كان هذا المقر هو المقر الأوثق صلة بالمعاملة المعنية، أو مقر العمل الرئيسي، فإذا لم يوجد مقر عمل يعتبر أن رسالة البيانات قد أرسلت واستلمت من مقر الإقامة المعتاد⁽¹⁾.

وإذا كان اختلاف النظم القانونية حول تحديد المكان الحقيقي لإبرام العقد بين الغائبين يشكل في حد ذاته عائقاً يحول دون تطور المبادلات التجارية الدولية، فإن الأخذ بهذا الضابط في مجال العقود الإلكترونية من شأنه خلق مشكلة حقيقية قد تجعل من هذه العقود عقوداً تسبح في مجال خال من القانون⁽²⁾.

وأساس ذلك أن أنظمة نقل الرسائل الالكترونية تسجل فقط اللحظة التي سلمت فيها الرسالة من نظام معلومات لآخر، ومن دون أن تبين المكان الجغرافي الذي تم فيه ذلك، وهذا يعني أن تحديد محل إبرام العقد هو أمر شبه مستحيل، فمجتمع الانترنت هو مجتمع افتراضي ينقسم إلى مناطق شبكية للاتصالات، وليس إلى أقاليم محددة كما هو الحال في العالم الحقيقي، فهو عالم رقمي لا يعرف غير الأرقام والبيانات.

وحتى لو افترضنا أن القاضي قد استطاع تحديد محل إبرام العقد بإعمال إحدى النظريات السابقة، وبالتالي تعيين القانون المختص بحكم الرابطة العقدية، فإن ذلك التحديد غالباً ما يكون عرضياً وفجائياً في المعاملات الالكترونية، وليست له أي صلة فنية بالعقد، خاصة في ظل انتشار الحواسيب الآلية المحمولة والهواتف النقالة، وهو ما يجعل من انعدام ملاءمة القانون المطبق على ذلك العقد أمراً محقق الوقوع.

وأمام هذا التزاحم في الفرضيات التي يطرحها العالم الافتراضي يرى بعض الفقه⁽³⁾ أن المخرج منها هو البحث في قواعد الإثبات إذ يتعين على كل من يدعي بأن العقد قد أبرم في مكان معين أن يثبت ذلك بالدليل، وعلى من يدعي خلاف ذلك أن يقيم الدليل على من يدعي عليه.

2- صعوبة تحديد المحل الحقيقي لتنفيذ العقد: يلعب محل تنفيذ العقد دوراً بالغ الأهمية في القانون الدولي الخاص إذ بإمكان القاضي الاعتماد عليه لتحديد القانون الواجب التطبيق

(1) أنظر المادة 4/15 من قانون اليونسترال لسنة 1996.

(2) أنظر: Vivant(M), commerce électronique cherche droit, Droit et patrimoine, décembre 1997, p50.

(3) أنظر: يوسف العلي، مدى صلاحية قواعد تنازع القوانين لحكم التعاملات التي تتم على شبكة الانترنت، دراسة في القانون الدولي الخاص الكويتي، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الالكترونية، أكاديمية شرطة دبي، من 04/26 إلى 04/28، دبي، الإمارات العربية المتحدة، ص25.



على العقد، ففي هذا المكان تتجسد الالتزامات التعاقدية وتظهر إلى الوجود، وهذا هو المهم بالنسبة للمتعاقدین فضلا عن كونه عادة محل إقامة أحد المتعاقدين على الأقل⁽¹⁾.

وتلك الأهمية هي التي جعلت اتفاقية روما لسنة 1980 والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية تتبني ضابط مكان تنفيذ العقد من أجل تعيين القانون المختص بحكم المسائل الخاصة بكل طرق التنفيذ والإجراءات التحفظية وفوائد التأخير وغيرها⁽²⁾.

والأصل أن تحديد مكان التنفيذ لا يثير مشكلة حقيقية في مجال عقود التجارة الالكترونية، لأنه عادة ما يتم تنفيذ الالتزامات المترتبة عنها خارج الشبكة، وأن إبرامها هو الذي يتم بالطريق الالكتروني، أم تنفيذها فمقترن بأشياء مادية، فيكون بذلك مكان تسليم البضاعة أو تقديم الخدمة هو محل تنفيذ العقد.

غير أن الصعوبة قد تثار في الحالات التي يتم فيها تنفيذ العقد الكترونيا، كما هو الحال عند تحميل برنامج معين من وعلى الانترنت، فالتساؤل الذي يطرح هنا هو هل مكان التنفيذ في هذه الحالة هو مكان مقدم الخدمة، أم مكان المستضيف، أم مكان وجود الحاسب الآلي المرسل إليه البرنامج المراد تحميله؟

وعلى الرغم من أهمية المسألة، فإن النظم القانونية على اختلافها لم تقدم حلا لهذه المشكلة، كما أن التوجيه الأوربي رقم 2001/44 الصادر في 2001/12/22 والمتعلق بالاختصاص وتعريف وتنفيذ الأحكام في المجالين المدني والتجاري، لا يتضمن أي تفسير يتم بموجبه تحديد محل تنفيذ العقد الالكتروني الذي ينفذ بالوسائل الالكترونية تنفيذا كليا أو جزئيا.

ولتفادي هذه المشكلة وما يترتب عنها من آثار تمس استقرار المعاملات الالكترونية ذهب بعض الفقه إلى القول بان أفضل الحلول هي تلك المستمدة من قانون اليونسنترال النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي سنة 1996⁽³⁾، حيث نصت المادة 4/15 على أنه: «تعتبر رسالة البيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، ويعتبر أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه»، ومنه يرى هذا الاتجاه بان محل تنفيذ العقود التي تتم عبر شبكة الانترنت هو مكان المنشأة الرئيسية للبائع، وهو أيضا مكان محل إقامة المشتري⁽⁴⁾.

(1) أنظر: احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 200.

(2) أنظر المادة 1/10 من الاتفاقية.

(3) أنظر: انظر صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 419.

(4) أنظر:-

3- صعوبة تحديد الموطن الحقيقي للمتعاقدين: إن مفهوم الموطن في إطار الأنظمة القانونية الداخلية يقوم على حالة واقعية تتجاوز مع حاجة قانونية هي الربط بين الشخص والمكان برابطة قانونية⁽¹⁾.

والأصل أن تحديد موطن أي شخص مرتبط بمكان تواجد وقت إبرام أو تنفيذ التصرف، وتطبيق هذه الفكرة يعني الوصول إلى المكان الحقيقي الذي يتواجد فيه المتعاقدون، وهو مكان ثابت ودائم يتوطن فيه هؤلاء من أجل إدارة مصالحهم.

وعلى الرغم من وضوح هذه الفكرة في نطاق المعاملات الدائرة في العالم الحقيقي، إلا أن أعمالها في مجال المعاملات الإلكترونية الواقعة في العالم الافتراضي ليس بالأمر اليسير، فالتعاملات التي تتم على الشبكة الإلكترونية تعتمد بالدرجة الأولى على عناوين إلكترونية لا تعطي مؤشرات أو دلالات حقيقية على الموطن الحقيقي للمتعاقد⁽²⁾.

ومعروف أن العنوان الإلكتروني الذي يتعاقد من خلاله المتعاملون في التجارة الإلكترونية قد لا يكون مرتبطاً ببلد معين، كما هو الحال بالنسبة للعناوين التي تنتهي في الأخير برموز «com» أو «org»، فهذه المواقع دولية لا تنتمي لأية دولة، كما أن المواقع التي تنتهي برموز مثل «dz» أو «fr» أو «eg» ليس لها أية دلالات حقيقية على ارتباطها بمكان معين، وذلك لأن التسجيل بهذه المواقع لا تحكمه القواعد الخاصة المتعلقة بالعمل التجاري أو الترخيص التجاري⁽³⁾، إذ قد تكون هناك شركة معينة قد ترغب في الحصول على موقع خاص بها على صفحة انترنت جزائرية مثلاً، فتشترك ويكون موقعها الإلكتروني ينتهي برموز dz ومن دون أن يعني هذا بأن موطنها متواجد فعلاً بهذه الدولة، مما يعني في الأخير استحالة الاعتماد على هذا المعيار لتحديد القانون المختص بحكم هذا النوع من العلاقات العقدية.

وبهذا يظهر عجز وقصور وعدم ملاءمة المعايير التقليدية لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية وذلك لأنها معايير جاءت في الأصل للقيام بهذا التحديد في نطاق المعاملات التي تتم في العالم الحقيقي وليس لمعاملات تتم في مجال افتراضي لا علاقة له بالمرتكزات الجغرافية.

(1) أنظر: يوسف العلي، المرجع السابق، ص 21.

(2) أنظر: Cahard (O), Les régulation international du marché électronique, L.G.D.J, 2002, p149.

(3) أنظر: يوسف العلي، المرجع السابق، ص 22.



خاتمة:

على الرغم من تأكيد التشريعات الوطنية الحديثة على دور الإرادة في اختيار قانون العقد الدولي، وهو ما يعد تأييدا منها لمبدأ سلطان الإرادة، إلا أنّ إعمال هذا المنهج من شأنه أن يؤدي في مفهومه التقليدي إلى تطبيق قانون وطني على عقود تجاوز بطبيعتها حدود الدولة الواحدة، وهذا من شأنه إصابة تلك العقود بأبلغ الضرر.

فلقد أصبحت معطيات وجود القانون الدولي الخاص ومناهجه لا تتلاءم مع واقع العلاقات الاقتصادية الدولية الراهنة، ذلك أنّ هذا القانون هو فرع من فروع الدراسات القانونية والذي يدين بوجوده إلى ظاهرة الحدود السياسية، في حين أن واقع تلك العلاقات يثبت بأن العالم أصبح يعيش في قرية كونية لا تعترف بالحدود السياسية، مما يجعل مناهج القانون الدولي الخاص بما في ذلك منهج تنازع القوانين تتنافى وظاهرة العولمة الاقتصادية.

إن النظام الاقتصادي العالمي الجديد والقائم على مبدأ حرية التجارة العالمية قد أدى على خلاف ما توقعه الكثيرون إلى تنامي دور منهج القواعد ذات التطبيق الضروي بعد اتجاه المشرعين في الدول المختلفة إلى سنّ تشريعات آمرة تحمي المصالح الجوهرية في مجتمعاتهم، وهو ما سمح بتفعيل أزمة منهج التنازع طالما أن إعمال المنهج الأول - أي منهج القواعد ذات التطبيق الضروي - يقضي بالضرورة استبعاد المنهج الثاني - أي منهج التنازع - .

والملاحظ من ناحية أخرى أنّ تطبيق منهج التنازع على عقود التجارة الإلكترونية الدولية يثير صعوبات حقيقية، وذلك أمام عدم فاعلية ضوابط الإسناد الاحتياطية في مواجهة العالم الافتراضي الإلكتروني، ذلك أن سبب وجود القانون الدولي الخاص يعود بالأساس إلى تقسيم المجتمع الدولي إلى دول تفصل بينها حدود سياسية، في حين أن المجتمع الإلكتروني لا يقوم على ركائز جغرافية، وهو ما يصعب على القاضي مهمة تحديد القانون واجب التطبيق عن طريق الاستعانة بضوابط إقليمية كضابط مكان إبرام العقد أو تنفيذه أو ضابط موطن المتعاقدين وحتى الجنسية المشتركة لهؤلاء.

وبهذه المثابة فإن العولمة الاقتصادية كأحد أهم الظواهر التي شهدتها نهاية الألفية الماضية، قد أدى إلى إحداث انعكاسات ملموسة في هذا النطاق، حيث جاءت لتحيي الدعوة إلى تحرير العقود الدولية من سلطان الأنظمة القانونية الوطنية خاصة في ظل استمرار قصور وعجز منهج التنازع التقليدي عن حكم مستجدات التعامل التجاري الدولي.

العقوبة الإدارية كبديل للعقوبة الجنائية

أستاذ مساعد - المركز الجامعي النعمة
أ/قوراني مجدوب

المقدمة:

تتشرك العقوبة الإدارية والجنائية في صفة العمومية حيث توقع كل منهما على من يخالف القانون بوجه عام. واستنادا إلى هذا التشابه ما بين العقوبة الإدارية والجنائية فيما يتعلق باشتراكهما في صفة العمومية، فقد نادى بعض شراح القانون الإداري إلى استبدال العقوبة الجنائية بأخرى إدارية، لا سيما المقررة منها لحماية مصالح اجتماعية لا تستدعي مواجهتها بجزاء جنائي، حيث يكفي لحمايتها أن يقرر المشرع لذلك جزاء إداريا⁽¹⁾. لما ينتج عن هذا الجزاء الإداري من تضاد لسلبيات الجزاء الجنائي من المساس بسمعة المعاقب وحتى عائلته بالسوء في جرائم لا تشكل نية إجرامية آثمة لدى مرتكبها⁽²⁾.

وصفة البديل هذه من بين ما دفعنا لاختيار الموضوع - ورقة بحثية - إذ تتميز العقوبة الإدارية في أحد مظاهرها وفي حالات معينة بكونها بديلا للعقوبة الجنائية لأسباب وأهداف يقدرها المشرع عند رسمه وتبنيه سياسة تشريعية معينة في مجال التجريم والعقاب.

خاصة وأن المؤسس الدستوري الجزائري في الفقرة السابعة من المادة 122 من الدستور الجزائري المعدل سنة 1996، لم يدرج تنظيم المخالفات من بين الموضوعات المحجوزة للمشرع ولا التي يمارس فيها هذا الأخير انفرادا تشريعا مطلقا، بل يمكن تنظيمها بقانون أو لأئحة مستقلة من قبل السلطة التنفيذية التنظيمية بمقتضى ما يحوزه رئيس الجمهورية دستوريا من اختصاص واسع ومرن في مجال عملية وضع القوانين بالمعنى العام، والتي من الممكن جدا أن تتوسع وتشمل كل ما ليس محجوزا للمشرع، والتي من بينها بطبيعة الحال تنظيم الجرائم والمخالفات الإدارية والعقوبات المقابلة والمناسبة لها، عدا ما تعلق منها بالعقوبات السالبة للحرية التي يجب أن تبقى من اختصاص المشرع وحده دون سواه ومن ثم، فإن السياسة التشريعية

(1) أمين مصطفى محمد، النظرية العامة لقانون العقوبات الإداري، دار الجامعة الجديدة، مصر، 1996، ص. 341.

(2) محمد باهي أبو يونس، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2000، ص. 30.



الجنائية التي يفترض إتباعها من قبل المشرع تتعلق بعدم جدوى تدخل قانون العقوبات وأساليبه العقابية والإجرامية لملاحقة بعض أنواع السلوك الاجتماعي غير السوي، إذ يمكن الالتجاء إلى القوانين الأخرى في تقرير الجزاء المناسب لذات السلوك وبالتالي الاكتفاء بالجزاء الإداري أو المدني باستثناء العقوبات السالبة للحرية. بل حتى هذه يمكن استيعابها واحتوائها بتوظيف نفس نصوص قانون العقوبات العام، بدليل أن هذا الأخير كثيرا ما ينص على طرح عقوبة الغرامة المالية أو الغلق، إما عقوبة تبعية أو بديلة يحكم بها القاضي الجزائي، فلماذا لا يستد أمر الفصل بها كعقوبة أيضا إلى السلطة الإدارية بموجب عقوبة إدارية، هي تأتي بنفس النتيجة وأحسن عمليا، مع تفادي سلبيات الوصمة الاجتماعية للعقاب؟

ذلك ما سنتطرق له بتحديد المفهوم القانوني للعقوبة الإدارية (أولا)، وكذا الوقوف على الضمانات القانونية الموضوعية والإجرائية المقررة لضمان عدالة العقوبة الإدارية (ثانيا).

أولا: مفهوم العقوبة الإدارية:

يعتبر القانون الألماني من أسبق القوانين التي استعانت بنظام الجزاءات الإدارية، كبديل للجزاءات الجنائية التقليدية، وذلك بقانون يطلق عليه باللغة الألمانية "Ordnungswidrigkeiten" ولقد صدر أول قانون لنظام الـ OWIG عام 1949، واقتصر تطبيقه فقط على انتهاك بعض القواعد المنظمة للحياة الاقتصادية في ألمانيا⁽¹⁾.

هذا ما سنتطرق إليه من خلال تعريف العقوبة الإدارية (1)، ومن ثم الوقوف عما يميزها عن العقوبات المشابهة لها (2).

1- تعريف العقوبة الإدارية: لقد عرف الأستاذ F. MODERNE العقوبة الإدارية كما يلي:

« La dépenalisation est. conçue d'avantage comme une méthodologie de substitution des peines que come la suppression d'incriminations anciennes. La machine pénale engorgée par des délits mineurs, est ici relayée par l'appareil administratif jugé plus performant. S'est développée ainsi une branche du droit répressif. dénommée par les pénalistes (droit administratif penal) »⁽²⁾

⁽¹⁾ أمين مصطفى محمد، النظرية العامة لقانون العقوبات الإداري، دار الجامعة الجديدة، 1996، ص. 80.

⁽²⁾ MODERNE F. ، « Répression administrative et protection des libertés devant le juge constitutionnel: Les leçons du droit comparé »، In Mélanges، CHAPUS R. ، Droit administratif، Montchrestien ، 1992 ، Paris، p. 412 ; Voir aussi، DECOCQ E. ، « La dépenalisation du droit de la concurrence » ، RJC ، N° spécial ، (Où en est la dépenalisation dans la vie des affaires) ، N° 11 ، Novembre ، 2001 ، p 8

ما يظهر على هذا التعريف أن الأستاذ F. MODERNE اعتمد على ظاهرة الحد من العقاب، أي الإبقاء على تجريم سلوك معين ولكن مع تخفيف العقوبة الخاصة به، فيصبح من قبيل الفعل الاستثنائي الأكثر اعتدالاً⁽¹⁾.

أما الأستاذ أمين مصطفى محمد فعرف العقوبة الإدارية بأنها: "تلك الجزاءات ذات الخاصية العقابية التي توقعها سلطات إدارية مستقلة أو غير مستقلة، وهي بصدد ممارستها - بشكل عام - لسلطتها العامة تجاه الأفراد، بغض النظر عن هويتهم الوظيفية، وذلك كطريق أصلي لردع خرق بعض القوانين واللوائح"⁽²⁾. وبناء على هذا التعريف فإنه يخرج من نطاق العقوبة الإدارية بعض العقوبات المشابهة لها.

2- **تميز العقوبة الإدارية عما يشابهها:** للعقوبة الإدارية غاية محددة وهي تحقيق التوافق بين النشاط الفردي ومتطلبات المصلحة العامة، دون خرق لحقوق الأفراد، الأمر الذي يكسبها ذاتية مستقلة عما قد يختلط بها من نظم قانونية كتدابير الضبط الإداري، وعما قد يشار إليها في الفلسفة العقابية من جزاءات تأديبية أو تعاقدية أو جنائية.

أ- **العقوبة الإدارية وتدابير الضبط الإداري:** للعقوبة الإدارية صفة ردعية تواجه بها الفعل المخالف بغرض زجر وردع مقترفها على أن يأتي بمثلها، بغية حماية النظام العام⁽³⁾. في حين أن الضبط الإداري يتمثل في تقييد النشاط الخاص من خلال فرض القيود والضوابط على ممارسة الأفراد لحرياتهم ونشاطاتهم بهدف حماية النظام العام⁽⁴⁾.

ومن ثم فإن فيصل التفرقة بين العقوبة الإدارية وتدابير الضبط الإداري تكمن في الغاية المبتغاة من كل منهما، فإذا كانت تلك الغاية ردع المخالف وزجر غيره كذا في إطار العقوبة الإدارية، في حين أنه إذا كان القصد من الإجراء توقي ارتكاب مخالفة على وشك الوقوع دخل هذا الإجراء في نطاق تدابير الضبط الإداري⁽⁵⁾.

ب- **العقوبة الإدارية والعقوبة التأديبية والتعاقدية:** لا تطبق الجزاءات التأديبية Les sanctions disciplinaires إلا داخل مجموعة محددة كالنقابة مثلاً، بهدف ضمان احترام

(1) الشوا محمد سامي، القانون الإداري الجزائري، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 1996، ص. 16.

(2) أمين مصطفى محمد، المرجع السابق، ص. 227.

(3) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص. 16.

(4) كنعان نواف، القانون الإداري، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان - الأردن، ص. 264.

(5) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص. 17.



القواعد المنظمة لتلك المجموعة، فلا تطبق تلك الجزاءات على جميع المواطنين بغض النظر عن هويتهم الوظيفية⁽¹⁾.

ومن هنا فإن توقيع العقوبة التأديبية يقتضي وجود رابطة وظيفية بين المخالف والدولة، تخول للإدارة الحق في توقيع العقاب عليه، متى تجاوز مقتضيات واجبه الوظيفي⁽²⁾.

في حين أن الجزاءات التعاقدية Les sanction contractuelles لا يتسنى توقيعها إلا على من تربطه بالإدارة علاقة تعاقدية، يكون لها بموجبها معاقبته متى أخل بالتزاماته التعاقدية المنصوص عليها بالعقد الإداري⁽³⁾. وعلى العكس من ذلك فإن توقيع العقوبة الإدارية حق تملك الإدارة استعماله حيال كل من يخالف نص قانوني أو قرار إداري من المخاطبين به. ومن ثم يمكننا القول بأن العقوبة الإدارية تتسم بصفة العمومية حيث لا يقتصر توقيعها على فئة تربطها بالإدارة رابطة خاصة وظيفية كانت أو تعاقدية.

ج - العقوبة الإدارية والجنائية: تشترك العقوبة الإدارية والجنائية في صفة العمومية حيث توقع كل منهما على من يخالف القانون بوجه عام. واستنادا إلى هذا التشابه ما بين العقوبة الإدارية والجنائية فيما يتعلق باشتراكهما في صفة العمومية، فقد نادى بعض شرّاح القانون الإداري إلى استبدال العقوبة الجنائية بأخرى إدارية، لا سيما المقررة منها لحماية مصالح اجتماعية لا تستدعي مواجهتها بجزاء جنائي، حيث يكفي حمايتها أن يقرر المشرع لذلك جزاء إداري⁽⁴⁾. لما ينتج عن هذا الجزاء الإداري من تضاد لسلبات الجزاء الجنائي من المساس بسمعة المعاقب وحتى عائلته بالسوء في جرائم لا تشكل نية إجرامية آثمة لدى مرتكبها⁽⁵⁾.

(1) أمين مصطفى محمد، المرجع السابق، ص. 17.

(2) للإطلاع أكثر بخصوص العقوبة التأديبية أنظر:

MATTIAS Guyomar، "Le control des sanctions professionnelles"، RFDA، Revue bimestrielle، novembre-décembre، no 6، 2007، p. 1199 et s.

(3) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص. 20.

(4) أمين مصطفى محمد، المرجع السابق، ص. 341.

(5) محمد باهي أبو يونس، الرقابة القضائية على شرعية.....، المرجع السابق، ص. 30.

ثانيا: الضمانات القانونية الموضوعية والإجرائية لتوقيع العقوبات الإدارية:

تتسم العقوبة الإدارية بالطابع الردعي، أي أنّ غايتها العقاب على التقصير في أداء التزام، وخاصيتها أنها قرارات إدارية فردية، فهي تمثل تطبيقا لقانون عقوبات خاص هو قانون العقوبات الإداري⁽¹⁾.

لذا يجب إخضاع سلطة العقاب التي تتمتع بها الهيئات الإدارية إلى مجموعة من القواعد الدستورية التي تطبق على أي جزاء عقابي، ومن ثمّ على كلّ الجزاءات الإدارية. فسلطة العقاب للهيئات الإدارية المستقلة تنشأ في ظلّ التناقض بين طبيعة القرار الإداري والطابع القضائي إذ أنها تمثل "تقاضيا بعيدا عن القضاء" Justice hors le juge " لكن ما يبرر الطابع غير المألوف لسلطة العقاب هو خضوعها لقواعد حمائية موضوعية، وكذلك إجرائية مستمدة من قانون العقوبات، كل ذلك مع احتفاظها ببعض الخصائص المميزة نوضحها على النحو التالي:

I - الضمانات الموضوعية أو الشرعية لتوقيع العقوبات الإدارية: في ظل غياب تقنين موحد يعرّف النظام القانوني للعقوبات الإدارية، يجعل من الصعب البحث عن الضمانات الموضوعية التي تقيّد الهيئات الإدارية أثناء ممارستها لسلطة العقاب، هذا ما جعلنا نقارن بينها وبين القواعد المطبقة أمام القضاء الجزائي، إذ إنّه يحترم مبدأ الشرعية، فلا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن إلا بنص قانون بالنسبة للمشرع (أ)، وكذا بالنسبة للقاضي (ب).

● **تعريف مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات:** يعني مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني يحدد تلك الجريمة والجزاء المقرر لها بألفاظ محددة، وذلك لمنع تحكّم القاضي، إذا ما ترك له حرية تقدير الأفعال المجرمة وجزاءاتها.

وقد نشأ هذا المبدأ في القرن الثامن عشر (18) كردة فعل على تحكّم القضاة في ذلك الوقت، حيث كانوا يخلطون بين الجريمة الجنائية والرذيلة الأخلاقية والمعصية الدينية⁽²⁾.

وقد نصت المادة الخامسة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789 على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات كما يلي: "لا يجوز منع ما لم يحظره القانون ولا يجوز الإكراه على

⁽¹⁾ قانون العقوبات الإداري يرفع عن الفعل غير المشروع - في حيز قانون العقوبات - صفة التجريم، ويقرر له جزاء إداري. فقانون العقوبات الإداري ليس جنائيا خالصا أو إداريا خالصا، ولكنه ثمرة التعاون بين قواعد كل من القانون الجنائي والقانون الإداري. لتوضيح أكثر راجع: أمين مصطفى محمد، النظرية العامة لقانون العقوبات، المرجع السابق.

⁽²⁾ بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجزائي العام، الطبعة السابعة، دار هومة، الجزائر، 2008، ص. 50.



إتيان عمل لم يأمر به القانون⁽¹⁾، كما أضافت المادة الثامنة من الإعلان المذكور أعلاه بأنه: "لا يعاقب أحد إلا بمقتضى قانون قائم وصادر قبل ارتكاب الجنبه ومطبق تطبيقا شرعيا".

وتم تكريس هذا المبدأ في الدستور الجزائري المعدل سنة 1996، بمقتضى المادة 47 منه والتي جاء نصها كما يلي: "لا يتابع أحد ولا يوقف أو يحجز إلا في الحالات المحددة بالقانون وطبقا للأشكال التي نص عليها". وذلك ما تم تكريسه بمقتضى المادة الأولى من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن تقنين العقوبات المعدل والمتمم بالقانون رقم 04-15 المؤرخ في: 10 نوفمبر 2004⁽¹⁾ حيث جاء نص المادة كالآتي: "لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون".

فالجزء الإداري يستلزم لمشروعيتها أن لا تقدم الإدارة على اتخاذه إلا بناء على نص قانوني باعتباره إجراء مقيد لحرية المواطنين⁽²⁾، وأن المشرع هو وحده المنوط به الاختصاص بتحديد تلك الإجراءات⁽³⁾. كما يتحدد مبدأ الشرعية بإكمال عنصرين، يتمثل الأول منهما في المخالفة القانونية المقررة وفقا للوصف الوارد في النص المجرم، وهو ما يمكن أن يطلق عليه مبدأ شرعية المخالفة الإدارية. أما ثانيهما فهو قاعدة ضابطة لمحلله فلا يمكن وفقا لمقتضاها أن يتقرر الجزاء إلا بناء على نص وهو ما يمكن أن نطلق عليه مبدأ الجزاء الإداري⁽⁴⁾.

أ) بالنسبة للمشرع:

- الالتزام بتحديد عناصر الفعل المجرم وكذلك الجزاء المقرر له تحديدا كافيا وواضحا.

(1) الجريدة الرسمية الجزائرية العدد 71 لسنة 2004.

(2) محمد باهي أبو يونس، الرقابة القضائية على شرعية...، المرجع السابق، ص. 47.

(3) تختص السلطة التشريعية كقاعدة عامة بإصدار التشريعات المختلفة ومع ذلك فقد يعترف المؤسس الدستوري للسلطة التنفيذية بالتشريع استثناء، وهذا ما يعرف بالتفويض التشريعي. وتعود أهمية هذا إلى تحويل المادتين 34 و37 من الدستور الفرنسي لسنة 1958 للسلطة التنفيذية صلاحية تحديد المخالفات، وذلك حين قضت المادة 37 من الدستور الفرنسي لسنة 1958 صراحة على وجوب تحديد السلطة التشريعية للجنايات والجنح، أما المادة 37 فقد حولت السلطة التنفيذية صلاحية التشريع في المخالفات. وفي السياق نفسه فإن المؤسس الدستوري الجزائري حول السلطة التشريعية صلاحية وضع قواعد العقوبات والإجراءات الجزائية، لا سيما تحديد الجنايات والجنح والعقوبات المطابقة لها، الأمر الذي يفتح المجال واسعا للسلطة التنفيذية بتحديد المخالفات. للإطلاع أكثر أنظر: عزاوي عبد الرحمن، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، الجزء الأول، دار الغرب للنشر والتوزيع، وهران- الجزائر، 2009، ص. 65 وما بعدها.

(4) محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص. 40.

-تحديد القواعد الإجرائية الموصلة إلى تطبيق القواعد الموضوعية على المخالفات والجرائم مع بيان وضمان حقوق الدفاع وطرق الطعن في القرارات والأحكام الصادرة في العقوبة.

(ب) بالنسبة للقاضي: الالتزام بتطبيق العقوبات المقررة للفعل المخالف مسبقا من قبل المشرع. تسبب حكمه عند النطق بالعقوبة بإثبات العناصر المادية والمعنوية المكونة للفعل الإجرامي.

2- الضمانات القانونية الإجرائية لتوقيع العقوبة الإدارية:

لا توجد في الحقيقة إجراءات موحدة في مادة القمع الإداري، لكن هناك مجموعة من القواعد التي توطّر هذه المرحلة سواء القواعد التي وردت في النصوص التشريعية أو التنظيمية أو المستمدة من القضاء الدستوري والإداري، أو بالمقارنة مع الضمانات الإجرائية المكرّسة في المادة الجزائية، إذ إنها تؤسّس على ضرورة حماية حرية وحياة المهنيين. رغم أنّ العقوبات التي توقعها الإدارة العامة لا يمكن أن تكون سالبة للحرية إلا أنّ الضمانات الإجرائية الجزائية يجب تطبيقها على القمع الإداري لقسوته⁽¹⁾.

(أ) الإخطار: من الضروري إخطار المخالف بما تنوي الإدارة اتخاذه في حقه من إجراءات وتدابير إذا لم يتدارك الأمر وتصحيح وضعيته اتجاه القانون.

(ب) وجوب أخذ رأي جهة معينة: ويعد هذا إجراء شكليا قانونيا هاما ولو كان هذا الرأي استشاريا بالنسبة لمن ينعقد له الاختصاص قانونيا باتخاذ قرار العقوبة الإدارية، لأن إغفاله يؤدي إلى هدر إحدى الضمانات القانونية التي قررها المشرع وكفلها القانون بأن تكون هذه اللجنة أو الجهة الإدارية بجانب الوزير أو أية سلطة إدارية أخرى يستعين برأيها ومشورتها.

(ج) كفالة حق الدفاع: لا يحق أن تبنى العقوبة الإدارية على الشك أو الحدس، بل يجب أن تبنى على اليقين، والسبيل إلى ذلك هو وجوب الموازنة بين حق الدولة في توقيع العقاب على المخالف للاقتصاص منه باسم المجتمع ولصالحه من جهة، وحق المتهم المرتكب المخالفة أو الجريمة الإدارية في الدفاع عن نفسه. وألا يؤخذ فجأة، ولذلك يعتبر الدفاع أهم ضمانات قانونية وقضائية لعدالة العقوبة الإدارية.

⁽¹⁾ بل وأكثر خاصة لعدم وجود فصل بين جهتي الاتهام والعقاب كما هو مطبق في أصول المحاكمة في تقنين العقوبات والإجراءات الجزائية.

**الغاتمة:**

مما تقدم يتبين لنا ما تتمتع به العقوبة الإدارية من خصوصيات، من حيث كونها زجرية وردعية وهي بهذه المثابة تنطوي دائماً على خطورة احتمال المساس بالحريات والحقوق وممارسة الأنشطة الخاصة الفردية، انتقاصاً أو تحديداً.

• فالقرار المتضمن العقوبة الإدارية يصدر - كما تدل عليه تسميته - بنية العقاب، شأنه في ذلك شأن العقوبة الجنائية - في مفهوم قانون العقوبات - التي يصدرها القاضي الجنائي لكن مع هذا التشابه فإن ذلك لا ينفي ما بينهما من تمايز واختلاف.

• أن المعيار المتبع في تطبيق العقوبة الإدارية والجنائية لمواجهة الجريمة الجنائية أو المخالفة الإدارية، هو معيار مزدوج، يشتمل على أهمية المصلحة المحمية قانوناً ثم معيار الخطورة التي ينطوي عليها السلوك المخالف الذي يرتكبه الشخص ليوافق بإجراء زجري عقابي من جنس عمله.

• أن العقوبة الإدارية بكل ما فيها من إيجابيات وسلبيات، تطرح مشكلة هامة، هي البحث عن التوازن بين حق الإدارة وسلطتها في دورها الردعي من جهة، وبين عدم المساس بحقوق الأفراد.

حقوق الإنسان في ظل تنامي الظواهر الإجرامية المستحدثة

كح / يعقر الظاهر

مقدمة:

يعد موضوع الجريمة وحماية حقوق الإنسان، من الموضوعات الشائكة التي لم يتم الحسم فيها بعد، رغم العديد من الملتقيات والندوات العلمية الوطنية والدولية، التي نظمت حول هذا الموضوع، والتي لم تصل إلى اتفاق بشأن هذه الظاهرة.

ويعتبر المجتمع متحضراً عندما يتصف بالعدل والمساواة، وتمتع الأفراد بحرياتهم العامة والخاصة، وتضامن فيه حقوق الإنسان، وتمنع الجريمة، فعندما تسود في المجتمع هذه القيم، ويفهم الأفراد المعاني السامية لها، عندئذ يوصف ذلك المجتمع بالمجتمع المتحضر، يقول الله تعالى في كتابه الكريم: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْوَجْرِ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾⁽¹⁾.

إن الإنسان هو محور الحقوق جميعاً، فهي مبدئياً لا تكون إلا له، وإن كانت مقيدة لمصلحة المجتمع في بعض الأحيان، فليس هذا التقييد إلا لمصلحة الإنسان نفسه، الذي لا بد له من التعايش الاجتماعي مع أخيه الإنسان، وقد كان من نتائج التقدم المذهل في مجال العلوم والتكنولوجيا الحديثة، أن استفاد كل من الأختيار والأشرار من ثمرات هذا التقدم، فظهرت أنواع عديدة من الجرائم كالجرائم المنظمة والجرائم الإلكترونية التي أضافت أعباء جديدة على الأجهزة الأمنية.

وتعد ظاهرة الإجرام من الظواهر التي تضرب بجذورها في أعماق التاريخ، فقد واكبت تطور المجتمع البشري، وتزايدت مع مرور الزمن وتطورت مع تطوره، وأصبحت في الوقت الحاضر أكثر تنظيماً وخطورة على أمن واستقرار الشعوب.

⁽¹⁾ سورة الإسراء الآية (70)



وتبدو الجريمة في عالم اليوم مثل نقطة زئبق، خبيثة ومراوغة، نحاصرها ونكافح مرتكبيها آملين القضاء عليها، ولكنها سرعان ما تظهر في أمكنة أخرى أو في المكان نفسه، وبعد فترة من الزمن تتخذ لنفسها أسباباً للظهور وأشكالاً للعمل.

كما أن العالم يعاني الآن من ظاهرة الإجرام المنظم، حيث تشهد الجريمة المنظمة تطوراً مذهلاً كما وكيفا، فالتطورات السياسية والاقتصادية والاجتماعية، أفرزت أنماطاً جديدة وعديدة من العمليات الإجرامية المتصفة بالدقة والتخطيط والتنظيم، تقوم بتنفيذها عصابات محترفة لها شبكة اتصالات جد متطورة، ولها ما يمكنها من توسيع نشاطها الإجرامي واختراق الحدود الوطنية والدولية بسهولة تامة.

واليوم أصبحت ظاهرة الإجرام من أخطر الظواهر في العالم المعاصر لما تحدثه من آثار على المستويات الخاصة والعامة للشعوب في ميدان حقوق الإنسان، باعتبارها ظاهرة مست الفرد ككائن بشري، وقد سعت القوانين الداخلية والمواثيق الدولية لحمايته، ونظراً لما لها من أضرار على جميع دول العالم في ميادينها الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

وعليه فالسؤال المطروح لمعالجته في بحثنا هذا هو: ما هو تأثير الجريمة على تمتع الإنسان بحقوقه التي نادى بها الشرائع السماوية والقوانين الوضعية 5.

ومما لا شك فيه أن الجريمة بصفة عامة، والجرائم المستحدثة بصفة خاصة، تعد اليوم من أخطر الجرائم التي تهدد حقوق الإنسان، والتي من أهمها حقه في الحياة وحقه في العيش في سلم وأمن.

واقع حقوق الإنسان في المجتمع الدولي المعاصر:

إن التطور المادي المذهل الذي وصل إليه الغرب لم يرافقه أي تطور أخلاقي أو روحي مواز له، بل على العكس من ذلك، فالدين لم يعد له أي أثر في حياة الفرد، وأصبحت المادة والسيطرة المادية والاقتناء المادي هو الإله الذي يعبد، والمفاهيم الأخلاقية قد تغيرت، وأكثر ما كان فضيلة صار شيئاً رجعيّاً متخلفاً، وقد أبيحت المحرمات إلا قليلاً.

فالأسرة قد تفككت وأصرها، والرابطة الزوجية قد انحلت وعاطفة الآباء والأمهات تجاه أبنائهم قد جفت، ورحمة الأبناء بآبائهم قد فقدت، وسادت علاقة السفاح بين الرجال والنساء، وتغيرت المصطلحات، فالحب بمعناه السامي لم يعد له وجود، وحل محله في المصطلح العلاقات المحرمة.

أولاً: مفهوم حقوق الإنسان:

يشير مصطلح "حقوق الإنسان" ببساطة إلى الحقوق التي يعتقد أن كل البشر ينبغي أن يتمتعوا بها لأنهم آدميون وينطبق عليهم الشرط الإنساني، أي أن هذه الحقوق ليست منحة من أحد، ولا يستأذن فيها من السلطة، وهذه الأخيرة لا تمنحها ولا تمنعها، فبينما قد تختلف الأنظمة القانونية من دولة إلى أخرى، فإن الحقوق الطبيعية والمقررة "للإنسان" هي استحقاقات لا لبس ولا غموض حولها في القانون الوطني والدولي، ومن ذلك على سبيل المثال حق الإنسان الحياة، وحقه في الأكل، والملبس، والمسكن، وحقه في محاكمة عادلة... إلخ من الحقوق.⁽²⁾

ويزعم الفرنسيون أنهم أول شعب أعلن حقوق الإنسان، ففي عام 1789 حين تسلم رجال الثورة الحكم في فرنسا، نشروا بيان حقوق الإنسان والمواطن تحقيقاً للمثل العليا والمبادئ الرفيعة التي دعا إليها الفلاسفة الفرنسيون، ثم جعلوا هذا البيان مقدمة للدستور الفرنسي عام 1791، وبذلك أضافوا عليه صبغة قانونية متميزة، وقد لخصوا حقوق الإنسان في ثلاث كلمات: (الحرية) (المساواة) (الأخوة).

أما الأمريكيان فيزعمون أنهم أصحاب حقوق الإنسان، وأن الفرنسيين ليسوا إلا مقلدين لهم، وحثتهم قوية لأن وثيقة إعلان الاستقلال تحمل تاريخ 1776.

وقد جاء في مقدمة الوثيقة التي وضعها ممثلو الولايات المتحدة الأمريكية (إننا نعد الحقائق التالية من البديهيات: خلق الناس جميعاً متساوين، وقد منحهم الخالق حقوقاً خاصة لا تتزعم منهم، (الحياة، والحرية، والسعي وراء السعادة).⁽³⁾

ويتمثل المصدر الرئيس لأفكار حقوق الإنسان في العالم الحديث في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الذي اعتمده الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10/ديسمبر 1948، وفي عام 1966 اعتمدت الأمم المتحدة وثيقتين دوليتين ترتكزان على الحقوق التي نودي بها في الإعلان العالمي، وهما العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وهذه الوثائق المشار إليها تعرف معاً "بالشرعية الدولية لحقوق الإنسان".⁽⁴⁾

⁽²⁾ فيصل شطناوي، حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، الطبعة الثانية، دار الحامد للنشر، عمان 2001، ص 17

⁽³⁾ محمد عنجريني، حقوق الإنسان بين الشريعة والقانون (نصاً ومقارنة وتطبيقاً) الطبعة الأولى، دار الفرقان

للنشر والتوزيع، الأردن 2002، ص 23

⁽⁴⁾ فيصل شطناوي، المرجع السابق، ص 14/12



ثانيا: سنتطرق لدراسة موجزة لاهم هذه الحقوق والتي نذكر منها:

1. **الحق في الحياة:** ومن بين أهم الحقوق التي تحظى بالاحترام في الشرائع السماوية والقوانين الوضعية، الحق في الحياة وهو أثمن ما يملكه الإنسان، فلا يجوز لأحد أن يعتدي عليها بغير حق وهذا الحق مرتبط ارتباطا وثيقا بحقوق أخرى كالحق في العيش بحرية وكرامة، لقد نصت المواثيق الدولية على هذا الحق، فنص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أن: " كل إنسان له الحق في الحياة، الحرية والأمن".⁽⁵⁾

2. **الحق في الأمن والحرية الشخصية:** وهو حق الإنسان في السلامة والحماية من الاعتداء بالقبض عليه أو حبسه تعسفا، وحقه في أن يكون حرا من كل استرقاق، كما يضاف إلى ذلك حق الإنسان في ألا تتعرض أمواله للسطو والسلب والسرقة، وحقه في سلامة عرضه وكرامته وحرمة مسكنه، وحماية هذه الحقوق هي التزام على عاتق السلطة الحاكمة التي من واجبها حماية رعاياها والرعايا الأجانب المتواجدين فوق إقليمها، وعلى هذا نجد أن أكبر ما يثير قلق المجتمع الدولي اليوم هي مشكلة التعرض للتعذيب والألام والمعاملة الوحشية والتجارب الطبية والعلمية التي يتعرض لها الشخص دون إرادته.⁽⁶⁾

والتعذيب عبارة عن شكل خطير وتصرف لا إنساني من أشكال العقوبات والمعاملات الوحشية ويعتبر جريمة في حق الكرامة الإنسانية، وهو ما نصت عليه المواثيق الدولية الخاصة بحقوق الإنسان مثل الإعلان العالمي لسنة 1948، والاتفاقية الدولية لحقوق الإنسان والمدنية والسياسية إضافة إلى الاتفاقيات الإقليمية ومن أهمها الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، وفي هذا الإطار نصت المادة (47) من الدستور الجزائري على منع إيقاف متابعة واحتجاز أي مشبوه خارج الحالات المحددة قانونا، وحددت المادة (48) منه ضمانات إضافية بأن أخضعت إجراء التوقيف للنظر في مجال التحريات الجزائية للرقابة القضائية وحددت مدته، بـ 48 ساعة كما منحت للشخص المعني بهذا الإجراء حق الاتصال فورا بأسرته.⁽⁷⁾

⁽⁵⁾ المادة (03) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948

⁽⁶⁾ غازي حسن صباريني، الوجيز في حقوق الإنسان وحياته الأساسية، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1995، ص 98

⁽⁷⁾ المواد (47) و(48) من الدستور الجزائري لعام 1996

إن توافر الأمن والحماية للإنسان حق من حقوق الإنسان منذ القديم، ولا يقتصر الأمن على حماية النفس من الاعتداء عليها فحسب، بل يدخل في معنى الأمن أمور كثيرة جامعها (الخوف) من جهة ما، تسبب القلق الحياتي للإنسان، فالحصول على الحقوق الحياتية، من مآكل ومشرب وملبس ومسكن وتعليم وتطبيب، تدخل في معنى الأمن، وتحقيقا لهذا المسمى فقد عمدت بعض الدول، ومن بينها الجزائر، إلى إدخال ما يسمى (الأمن الغذائي) في برامجها، وذلك لتوفير الغذاء، وإدخال ما يسمى (بالضمان الاجتماعي) لتوفير التطبيب.⁽⁸⁾

أما التدليل على حقوق الأمن للإنسان بمعناه الواسع، فإن الله سبحانه وتعالى، قد من على أهل قريش بأن أطعمهم من جوع وآمنهم من خوف⁽⁹⁾، لأن الشارع الحكيم قد آمنهم من كل خوف على مصالحهم جميعا، وخاصة على تجارتهم في رحلتي الشتاء والصيف.

3. الحق في التنقل: يقصد بها أن يكون لكل فرد حق الانتقال من مكان لآخر سواء داخل الدولة الواحدة أي ضمن حدودها الإقليمية البرية، الجوية والبحرية، أو من دولة إلى أخرى غير مقيد ولا يخضع في ذلك لأي مانع إلا ما يفرضه القانون من قيود لأسباب أمنية وأمن الدولة أو الأفراد، أو لأسباب متعلقة بالصحة العامة وأسباب اقتصادية وسياسية بالنسبة للمواطن داخل إقليم دولته، فالقاعدة العامة أن حقه في التنقل مطلق، لكنه قابل لتقييد كعقوبة تبعية في بعض الجرائم، كما يحدث مثلا في حالة إعلان الطوارئ وانتشار الأوبئة الفتاكة.⁽¹⁰⁾

وقد تضمن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان النص على هذا الحق في المادة (13) منه، كما أشار إليه الدستور الجزائري في المادة (44) منه التي تنص على أنه: "يحق لكل مواطن يتمتع بحقوقه المدنية والسياسية أن يختار بحرية موطن إقامته، أو أن يتنقل عبر التراب الوطني، حق الدخول إلى التراب الوطني والخروج منه مضمون له".

4. سرية المراسلات: ومضمونها عدم جواز مصادرة سرية المراسلات بين الأفراد لما يتضمنه ذلك من اعتداء على حق ملكية الخطابات المتضمنة لهذه المراسلات ولما في ذلك من انتهاك لحرية الفكر واحترام الحياة الخاصة للأفراد وأسرارهم، ولحق بالمراسلات الكتابية كوسيلة تقوم

⁽⁸⁾ إسماعيل يحي رضوان عدارية، مبادئ حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية مبنية على التكريم والعدل، مجلة

كلية أصول الدين (الصراف)، السنة الثانية، العدد الثالث، سبتمبر 2000، ص 88

⁽⁹⁾ سورة قريش

⁽¹⁰⁾ إسماعيل البدوي، الحريات العامة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر 1981 م، ص 386



مقامها، كالمكالمات الهاتفية والبريد الإلكتروني الشخصي على شبكات الانترنت، والتي يحضر التصنت عليها كقاعدة عامة، واستثناءً إذا هدد أمن الدولة كحالة الحرب والفتن والعمليات الإرهابية، وأيضاً حالات التحقيق القضائي وداخل المؤسسات العقابية ومراكز إعادة التربية والتأهيل الاجتماعي أين يحق للإدارة أن تراقب، الرسائل الواردة والخارجة من هذه المؤسسات⁽¹¹⁾. وقد أشار إلى هذا الحق الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في مادته (12)، كما نص عليه الدستور الجزائري في نص المادة (23) فقرة 02 منه.

ثالثاً: التناقض الغربي بشأن حماية حقوق الإنسان:

إن السياسة الغربية في التعامل مع دول العالم الثالث في مجال حقوق الإنسان لم تتغير على مدى الخمسين سنة الماضية، وما الحملة التي تشنها الدول الغربية على هذه الشعوب بشأن الديمقراطية وحقوق الإنسان إلا محاولة منها لإعادة تشكيل السلبية والطاعة المطلوبة من الشعوب والأمم وفق صيغ وأشكال جديدة، لاعتماد شرعية التدخل في الشؤون الداخلية للدول، والذي يشكل في نظرنا عدواناً على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والمواثيق الدولية المتضمنة لهذه الحقوق، وجناية على القانون الدولي وعلى الإنسانية جمعاء.

إن نظرة واعية لواقع حقوق الإنسان في عالمنا المعاصر، وخاصة في الغرب، تبين بجلاء فشل الحضارة الغربية المعاصرة في عطاؤها للإنسانية في مجال حقوق الإنسان، فالغرب في ظل قوانينه الوضعية المجردة من الجانب الروحي، يتخبط اليوم في مستنقع الجريمة والعنصرية، وما الجرائم المرتكبة في قلب أوروبا ضد المسلمين إلا دليل على ذلك، فقد مارست العديد من الأنظمة الغربية أعمالاً إجرامية في حق الشعوب، استناداً إلى قوانين كانت هي من وراء وضعها.

كنص المادة (22) من عهد العصبة الذي أباح للغرب استعمار الشعوب، أو بواسطة هيئات دولية أنشأتها كهيئة الأمم المتحدة التي تحولت منذ 1990 إلى منبر يسمح بتجويع الشعوب، وشن الحرب عليها.⁽¹²⁾

⁽¹¹⁾ حسن ملحم، محاضرات في نظرية الحريات العامة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائري، الجزائر 1995، ص 56

⁽¹²⁾ عمار مساعدي، خمسون سنة بعد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، مجلة كلية أصول الدين (المصراط)،

السنة الأولى، سبتمبر 1993، ص ب

كما أن الناس اليوم يتحدثون عن عقدة اللون، أو العنصرية التي ما زالت متفشية بين الشعوب الغربية التي تظهر تمسكها بحقوق الإنسان، ولا شك أن خطبة رسول الله ﷺ في حجة الوداع لا تدع مجالاً للشك في إنكاره الشديد لأي تمييز بسبب اللون والعنصر.

لقد قال محمداً رسول الله ﷺ: « لا فضل لعربي على عجمي، ولا لأبيض على أسود إلا بالتقوى، وقال مخاطباً آل بيته: لا يأتيني الناس يوم القيامة بأعمالهم وتأتوني بأنسابكم إن أكرمكم عند الله أتقاكم».

وقال ﷺ: «الناس سواسية كأسنان المشط، لا فضل لعربي على أعجمي إلا بالتقوى».⁽¹³⁾

ولقد أوصى عمر بن الخطاب سعد بن أبي وقاص رضي الله عنهما حين ولاه على قيادة فتح العراق فقال له: «يا سعد لا يغرنك من الله أن قيل خال رسول الله ﷺ، فإن الله عز وجل لا يمحو السيئ بالسيئ ولكنه يمحو السيئ بالحسن، فإن الله ليس بينه وبين أحد نسب إلا طاعته، فالناس شريفهم ووضيعهم في ذات الله سواء، الله ربهم وهم عباده، يتفاضلون بالعبادية ويدركون ما عنده بالطاعة، فانظر الأمر الذي رأيت النبي ﷺ عليه منذ بعث إلى أن فارقتنا فالزمه».⁽¹⁴⁾

والحق يقال أنه لا يوجد في التاريخ من دعا إلى الإنسانية، والأخوة، والتسامح، والرحمة والفضيلة، والعدل والمساواة وطبقها عملياً سوى الإسلام ورسالات الأنبياء عليهم الصلاة والسلام، ويدلنا على ذلك قوله سبحانه وتعالى: ﴿يَأَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾.⁽¹⁵⁾

وقال تعالى في كتابه العزيز ﴿قُلْ يَا أَهْلَ الْكِتَابِ تَعَالَوْا إِلَىٰ كَلِمَةٍ سَوَاءٍ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ أَلَّا نَعْبُدَ إِلَّا اللَّهَ وَلَا نُشْرِكَ بِهِ شَيْئًا وَلَا يَتَّخِذَ بَعْضُنَا بَعْضًا أَرْبَابًا مِنْ دُونِ اللَّهِ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَقُولُوا اشْهَدُوا بِأَنَّا مُسْلِمُونَ﴾.⁽¹⁶⁾

الجريمة في المجتمع الدولي المعاصر:

التأصيل الواقعي للظاهرة الإجرامية في المجتمع البشري لا يخفى على أحد، فطبيعة البشر المتسمة بالقصور والنقصان هي التي جعلت الإنسان يرتكب أعمالاً إجرامية في مجتمعه، وفي

⁽¹³⁾ حديث نبوي شريف متفق عليه

⁽¹⁴⁾ رواه البخاري

⁽¹⁵⁾ سورة الحجرات الآية (13)

⁽¹⁶⁾ سورة آل عمران الآية (64)



هذا الصدد نجد القوانين الوضعية قد اهتمت بهذا الموضوع اهتماماً كبيراً، حيث استهجنته، وعاقبت على الإجرام بصفة عامة، على أساس أن الإجرام سلوك منحرف يحرمه الشرع، ويمنعه القانون ويعاقب عليه.⁽¹⁷⁾

غير أن السؤال الذي يمكن طرحه هنا هو:

هل لهذه الظاهرة أشكال وأوصاف وأقسام وأنواع، أم لا؟ وإن وجدت فما هي؟

ذلك ما سوف نتعرض له في الفقرات الموالية:

أولاً/ التعدد الإجرامي:

الجرائم ليست على شاكلة واحدة، بل هي أنواع عديدة ومتعددة، والتعدد الذي نقصده هنا لا يتعلق بجوهر الجريمة، بل بشكلها، فالجريمة في الحضارة الغربية المعاصرة اتخذت أشكالاً عديدة ومتعددة كجرائم الإرهاب، والجرائم العادية، وجرائم المخدرات، وجرائم الكمبيوتر وغيرها.

أ/ الجرائم العادية: يقصد بالجرائم العادية، تلك الجرائم التي يرتكبها مجرمون عاديون دون تنظيم مسبق لها، وهي تتصف بالعشوائية، كالقتل مثلاً، وهي عادة ترتكب بمعرفة ولصالح فرد أو عدد من الأفراد أو المجموعات التي تقيم علاقات عارضة، لممارسة أنشطة غير مشروعة في فرع معين من فروع الإجرام.⁽¹⁸⁾

ب/ الجرائم المنظمة: أما النوع الثاني من الجرائم الذي يسود حضارة الغرب المعاصرة هو الإجرام المنظم، وهو إجرام قائم على تنظيم ثابت ومؤسس، له قواعد للتنفيذ، يقوم به مجرمون قساة القلوب، لا دين يردعهم، ولا خلق يمنعهم، ولا ضمير ينهاهم، ومن خلال ما سبق يتضح أن ظاهرة الإجرام المنظم تمثل عدواناً على الإنسانية جمعاء.

وهكذا فقد طال الإجرام المنظم الاقتصاد الوطني للدول، مهدداً الاقتصاد الدولي بواسطة الشبكات الإجرامية المنتشرة عبر العالم، وقد أصبح الإجرام الدولي من القوة بمكان، حيث أصبح المجرمون المنتظمون لا تقف في وجههم أية قوة لمنعهم من ممارسة نشاطهم الإجرامي في نطاق

⁽¹⁷⁾ عمار مساعدي، مكافحة الإجرام والإجرام المنظم، مجلة كلية أصول الدين (الصراط)، السنة الثانية،

العدد الرابع، مارس 2001، ص 62

⁽¹⁸⁾ علاء الدين شحاتة، التعاون الدولي لمكافحة الجريمة، الطبعة الأولى، إيتراك للنشر والتوزيع، القاهرة

2000، ص 22

إقليمي معين، فهم ينتسبون إلى منظمات إجرامية دولية متخصصة في عمليات الاختطاف، والاعتصاب، والدعارة، والاتجار بالمؤثرات العقلية، والأسلحة، وغسل الأموال المسروقة، والتهرب بكافة أشكاله، وتحويل الأموال العامة بصفة غير قانونية عن طريق عمليات بنكية سرية، والاتجار بجوازات السفر المزورة، والتحايل في التجارة الدولية، وغير ذلك.⁽¹⁹⁾

ثانياً/ واقع الجريمة في المجتمعات الغربية:

رغم الجهود المتواصلة التي تبذلها الدول والحكومات والمنظمات المختلفة، تظل الجريمة في مقدمة كافة المخاطر الأمنية التي تهدد الإنسان على مر العصور والأزمان.

وقد باتت الجريمة بمختلف صورها المتجددة على رأس قائمة اهتمامات صناع القرار على المستويات الوطنية والإقليمية والدولية، لكونها المعضلة الدائمة التي تُقلق طمأنينة المجتمعات كافة، تأخذ من مالها وجهدها، وتعكر صفوها وتعيق نموها وازدهارها، ومما يدعو للخوف أننا لا نرى لمشكلة الجريمة بؤادر علاج في الأفق، بل وعلى العكس تشهد الجريمة كل يوم تطوراً جديداً في أنماطها، واستحداثاً في أساليبها ومضاعفات في خسائرها وتكاليفها المالية، حيث بلغت تكاليف الجريمة في الولايات المتحدة الأمريكية وحدها (524) بليون دولار في العام.

بالإضافة إلى ذلك أصبحت الجريمة مهنة تستقطب مختلف الكفاءات والخبرات بعائدها الاقتصادية المغرية التي تنافس عائدات غيرها من المهن الشريفة.⁽²⁰⁾

فالجريمة بعد أن كانت تأخذ أصبحت الآن تدفع، وخاصة لمن لا يستحقون من الأشرار والمارقين على أخلاقيات المجتمع.⁽²¹⁾

⁽¹⁹⁾ محمد إبراهيم زيد، الجريمة المنظمة تعريفها أنماطها وجوانبها التشريعية، (أبحاث حلقة علمية حول الجريمة المنظمة وأساليب مكافحتها)، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض 1999، ص 24

⁽²⁰⁾ محمد الأمين البشري، التحقيق في قضايا الجريمة المنظمة، (أبحاث حلقة علمية حول الجريمة المنظمة وأساليب مكافحتها)، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض 1999، ص 141

⁽²¹⁾ في دراسة ميدانية أجراها "ريتشارد فريمان" Richard B, Freeman الاقتصادي بجامعة هارفارد الأمريكية عام 1989 في مدينة بوسطن الأمريكية، وضع أن الشباب وصغار السن الذين تسربوا من المدارس، يحصلون من الجريمة على مبالغ تتراوح ما بين (10 إلى 19) دولاراً في الساعة لا يدفعون منها الضرائب، مقابل (05) دولارات في الساعة للعاملين في مهن شريفة ويدفعون منها الضرائب، وتشير الدراسة إلى توفر فرص العمل في مجال الجريمة، مقابل ندرة فرص العمل الشريفة.



وتتوجه الأنظار عند الكلام عن التنظيمات الإجرامية لأول وهلة إلى تنظيمات المافيا (Mafia) أو الكوزا نوسترا (Cosa Nostra)، في إيطاليا ذات التاريخ الطويل، الذي بدأ عند البعض في القرن الماضي، وتعتبر المافيا اليوم النموذج الذي على أساسه تكون المقارنة بالنسبة للتنظيمات الإجرامية الأخرى، وخاصة عند الكلام عن التشكيل والبناء الذاتي لهذه التنظيمات.

واليوم يتكلم الباحثون ورجال إنفاذ القوانين وبعض رجال السياسة عن مسميات أخرى للتنظيمات الإجرامية، مثل المافيا الأمريكية، عصابات المثلث الصينية، عصابات الياكوزا اليابانية، مجموعة الكارتل الكولومبية، والرابطة الكندية، والمافيا التركية، ومن الواضح أن بروز هذه التنظيمات كان سببه أنها خرجت في نشاطها من المجال الداخلي إلى إقليم الدول الأخرى، فحازت بناءً على ذلك لقباً جديداً، هو التنظيمات الإجرامية العابرة للحدود الوطنية (Transnational Crime).⁽²²⁾

إن هذا الواقع لا يمكن نكرانه، فهو حقيقة واقعة في الحضارة الغربية التي ارتكزت على الجانب المادي للحياة، وتهميشها واستبعادها لكل ما هو غير مادي وتخليها عن الحدود الدنيا من الروحانية النصرانية، وتخليها عن كافة الحلول الإلهية، فقد أطلقت العنان لشهوات الإنسان كلها، وصاغت نظاماً أخلاقياً يتمحور حول الفرد والأنانية الحيوانية، هذا الواقع، طبع الحضارة الغربية بالأنانية المفرطة، فأضحى الإنسان في الغرب أنانياً في كل شيء وعدوانياً على كل شيء، ألم يحن الوقت أن يتحرر الإنسان الأوروبي من أغلب مسلماته الحضارية، وأن يمتنع عن إرهاب الإنسانية في الحضارات الأخرى بحجة يردها إلى معادة الشعوب الأخرى لحضارة اليوم.⁽²³⁾

ثالثاً/ واقع الجريمة في المجتمعات العربية:

إن العالم العربي لا يقل حضا عن الغرب في انتشار الجريمة بين أرجائه، بسبب ابتعاد المسلمين عن دينهم، وتأثرهم بالجانب المادي للحضارة الغربية.

فجرائم الاتجار بالمخدرات بالطرق المعقدة التي تمارس بها حالياً، انتقلت إلى الدول العربية عن طريق استغلال الوسائل العلمية الحديثة والمتطورة في الغرب، فكم من عملية جراحية

⁽²²⁾United Nations, World Ministerial Conference on Organized Transnational Crime, Napoli, Italy: 21/23 November 1994.

⁽²³⁾عمار مساعدي، المرجع السابق، ص 261

أجريت لأشخاص لشحنهم بالمخدرات، وكم من أدوات وآلات استخدمت من قبل العصابات الإجرامية لنقل السموم من مكان لآخر.

فالاتصالات والمواصلات والحيل المستعملة في التعامل الإجرامي انتقل من الغرب إلى العرب، وقد ترك آثاراً سيئة في هذه المجتمعات.⁽²⁴⁾

ولأن المجتمعات العربية ليست متماثلة في درجة تطورها فطبيعي أن لا تتماثل أنماط الجريمة فيها، فمجتمعات الخليج مثلاً تختلف إلى حد ما عن بقية المجتمعات العربية، لأنها مجتمعات حديثة، والأسباب وراء ذلك هي:

. معدلات نمو وتحول عالية وغير مسبقة.

. امتلاك الكثير من الأدوات التقنية وكيفية التعامل معها.

. معدلات تحضر مرتفعة (+80%).

. موقف مالي متميز ونشاط اقتصادي متنوع ومتطور.

. شبكات اتصال ومواصلات متقدمة وحديثة.⁽²⁵⁾

وخليق بنا أن نشير إلى أن الجريمة أصبحت تمثل تحدياً كبيراً يواجه المجتمع الدولي عموماً والأجهزة الأمنية الوطنية لإنفاذ الوانين بصفة خاصة، وأصبحت آثارها تفسد اليوم كل شريحة من المجتمع اقتصادياً واجتماعياً وسياسياً، وتشير الإحصاءات المنشورة بدول العالم عن الآثار الاقتصادية والاجتماعية للجريمة المنظمة إلى فداحة الخسارة الاقتصادية والمالية التي تسببها هذه الجريمة وتفاقمها عاماً بعد عام.

حيث يقدر صندوق النقد الدولي أن ما يقرب من (500) بليون دولار تتداولها الأيدي في عالم الإجرام من مكاسب غير مشروعة، وهذا يعكس المكاسب الطائلة التي تحققها الجريمة بعكس المقولة القديمة التي تقول بأن (الجريمة لا تفيد).⁽²⁶⁾

⁽²⁴⁾ عمار مساعدي، مرجع السابق، ص 262

⁽²⁵⁾ الأصم عبد الحافظ أحمد الأصم، الجريمة المنظمة وأساليب مواجهتها في الوطن العربي، ملخصات إصدارات الجامعة في مجال مكافحة الإرهاب، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض 2005، ص 211

⁽²⁶⁾ محسن عبد الحميد أحمد، الآثار الاقتصادية والاجتماعية للجريمة المنظمة عبر الدول ومحاولات مواجهتها إقليمياً ودولياً، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض 1999، ص 97



الخاتمة:

إن الدفاع عن حقوق الإنسان وحمايتها من أي اعتداءات إجرامية مناطا بالأساس بفضة الباحثين ورجال الأمن المؤمنين بالمثل الإنسانية العليا والرفيعة، حيث يكون من واجبهم ليس فقط الدعوة لاحترام حقوق الإنسان وتوفير سبل حمايتها تبعاً للظروف، وإنما صياغة الأولويات والاستراتيجيات التي تيسر النضال من أجل تحسين الوضع القانوني في بلدنا، لأن قضايا حقوق الإنسان متصلة اتصالاً وثيقاً بحسن تنظيم العلاقات الأمنية والاقتصادية والاجتماعية، وتوفير الظروف الملائمة لتحقيق الاستقرار الاجتماعي، ولكي يصل الإنسان إلى إدراك حقوقه وواجباته، وأن يعرف أن كل حق يقابله واجب وأن الوجه الآخر للحرية هو المسؤولية.⁽²⁷⁾

كما أن مكافحة الجريمة، تبقى مهمة مستمرة وطويلة إذ أن القضاء عليها مبرماً أشبه بحله مستحيل التحقق، وذلك لأنها وجدت منذ وجود قابيل وهابيل أبناء سيدنا آدم عليه السلام، وستظل موجودة إلى أن يقوم المجتمع الفاضل القائم على مبادئ العدل والمساواة وحماية حقوق الإنسان، ويؤمن أفرادها بالقيم الإنسانية النبيلة التي أتت بها الأديان السماوية، ويتحلى أبناؤه بالأخلاق القويمة وبتقافة التسامح، فيكون هدفهم، إتقان العمل لإرضاء الله تعالى ويعمر الأرض التي أستخلفهم سبحانه فيها إلى أن تقوم الساعة.

وإن أمن كل وطن عربي مسلم هو أمن لنا جميعاً، ونسعد دائماً كلما كان الأمن هو السماء التي تظلل الوطن، وكلما تهاوت عوامل الشر والضلال وعلا الحق والخير والسلام، ونحمد الله أن نشهد في هذا الوطن العزيز، كما في غيره من وطننا العربي تعزيز المسيرة الأمنية للارتقاء بحقوق الإنسان، ونتطلع دائماً أن يكون الغد بمشيئة الله أفضل من الحاضر.

⁽²⁷⁾ محمد عنجبريني، المرجع السابق، ص 15

مساهمة المتهم في تدعيم قرينة البراءة

كح/أ / دريسى جمال

ملخص:

يستمد عنوان البحث فكرته الأساسية من المبادئ المقررة في قانون الإجراءات الجزائية فمن النظرة الأولى للعنوان يتضح جليا أنه يتضمن محورين أولهما حق المتهم المتمثل في الحقوق والحريات الفردية التي تكفلها له القوانين وهي قرينة البراءة وثانيهما يتمثل في حق المتهم في مواجهة الادعاء الموجه إليه من قبل الخصم بتقديم أدلة تبقي على القرينة الأصلية المتمثلة في البراءة ودحض كل ما يتعارض معها.

إن مساهمة المتهم في تدعيم قرينة البراءة يتخذ مظهرين: أولهما إيجابي ويتمثل في حق المتهم في الإثبات والثاني سلبي يتمثل في حق المتهم في الصمت.

إن مبدأ حرية الاقتناع المعترف بها للقاضي الجزائري قد لا تجعل المتهم يستفيد كثيرا من الضمانات، فمع الاعتراف له بهذا إلا أنه ليس هناك أدنى شك في أن يفسر القاضي الجزائري الدليل ضد مصلحة المتهم خاصة إذا لم يوجد هناك سبب آخر لسلكه وكان مركز المتهم في الدعوى يستدعي منه تقديم أدلة تدحض المزاعم والتهم الموجهة إليه، لذلك يحرص المشرع دائما عند الاعتراف بحق ما للمتهم أن يقرر ضمانات تكفل حقوقه وحرياته وتلزم عمليا القاضي الذي يتمتع بحرية التقدير مراعاتها وفي مقدمتها حقه في الدفاع عن نفسه، إذ يتيح له القانون تقديم كل ما يثبت براءته ضد الاتهام الموجه إليه متى لزم الأمر، ذلك أن أصل البراءة يخول للمتهم رغم الاتهام الموجه إليه عدم إلزامه بتقديم أدلة إذ من واجب القاضي أن يعامله معاملة البريء، لكن متى ظهر أي دليل مقنع للقاضي ففي هذه الحالة للمتهم الدفاع عن براءته بشتى وسائل الإثبات القانونية.

هدف الدراسة ودوافعها:

إن الهدف من اختيار موضوع مساهمة المتهم في تدعيم قرينة البراءة هو تبيان المسائل التالية:

- 1- تبيان أن الأصل في الإنسان البراءة
- 2- لا يلزم المتهم بعبء إثبات براءته كأصل
- 3- أن قرينة البراءة المعترف بها للمتهم لا يأخذ بإطلاقها فهي لا تعفي المتهم من تقديم أدلة إثبات براءته بشكل نهائي بل يحق للمتهم الدفاع عن نفسه لدحض المزاعم التي ترمي إلى إسقاط قرينة البراءة الأصلية.



الإشكالية المطروحة:

هل قرينة البراءة تعفي المتهم من تقديم أدلة لتعريفها؟ وما هو نطاق ومظاهر مساهمة المتهم في الإثبات؟

للإجابة عن هذه الإشكالية ارتأيت أن أعالج الموضوع ضمن مبحثين:

- تناول المبحث الأول السند القانوني لقرينة البراءة ونتائجها
- أما المبحث الثاني فقد تناول مظاهر مساهمة المتهم في تدعيم قرينة البراءة.

مقدمة:

يستمد عنوان البحث فكرته الأساسية من المبادئ المقررة في قانون الإجراءات الجزائية فمن النظرة الأولى للعنوان يتضح جليا أنه يتضمن محورين أولهما حق المتهم المتمثل في الحقوق والحريات الفردية التي تكفلها له القوانين وهي قرينة البراءة وثانيهما يتمثل في حق المتهم في مواجهة الادعاء الموجه إليه من قبل الخصم بتقديم أدلة تبقى على القرينة الأصلية المتمثلة في البراءة ودحض كل ما يتعارض معها.

يعتبر البحث في مسألة الإثبات من المواضيع البالغة الأهمية خصوصا في الميدان الجزائي كونه يرتبط بالجهد المبذول من قبل المحقق قصد الوصول إلى الحقيقة وتحديد مرتكب الجريمة ثم تسليط الجزاء المناسب عليه، فالغرض من الإثبات هو التدليل على وقوع الجريمة وتحديد مسؤولية مرتكبها⁽¹⁾، وهو إقامة الدليل الذي يبنى عليه الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي إما بقيام الجريمة ونسبتها إلى شخص معين بصفته فاعلا أو شريكا فيها⁽²⁾ ويكون لهذا الأخير الذي يتمتع بقرينة البراءة الأصلية درء كل ما يمس بهذه القرينة وإن لم يكن ملزما بذلك في الأصل، حيث إن وجد ما يتعارض معها بأن قدم الخصم الآخر دليلا يثبت التهمة المسندة إلى المتهم ففي هذه الحالة ما على هذا الأخير سوى تقديم الأدلة التي تنفي عنه التهمة.

فإذا كان القاضي الجزائي حرا في الاقتناع وله أن يستمد اقتناعه من أي دليل يطمئن إليه صوت ضميره، فلا بد من أن يكون هذا الاقتناع مبنيا على المنطق والفكر السديد بعيدا عن الميولات الشخصية والأهواء وأن يكون اقتناعه بالدليل الناجم عن الدعوى من دون أن يملأ

(1) أحمد شوقي الشلقاني، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر دون سنة الطبع، ص 433.

(2) طواهرى إسماعيل، النظرية العامة للإثبات في القانون الجنائي الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر،

كلية الحقوق، 1994/1993 ص3

عليه المشرع طريقة معينة للكشف عن الحقيقة أو يملي عليه الدليل حجية معينة، وعليه أن يضع من بين أولوياته قرينة البراءة الأصلية التي يتمتع بها المتهم، فلا يدع مجالاً لأي شك ينتابه على أنه قرينة على قيام المتهم بالجريمة.

إن مبدأ حرية الاقتناع المعترف بها للقاضي الجزائي قد لا تجعل المتهم يستفيد كثيراً من الضمانات، فمع الاعتراف له بهذا إلا أنه ليس هناك أدنى شك في أن يفسر القاضي الجزائي الدليل ضد مصلحة المتهم خاصة إذا لم يوجد هناك سبب آخر لسلكه وكان مركز المتهم في الدعوى يستدعي منه تقديم أدلة تدحض المزاعم والتهم الموجهة إليه، لذلك يحرص المشرع دائماً عند الاعتراف بحق ما للمتهم أن يقرر ضمانات تكفل حقوقه وحرياته تلزم القاضي الذي يتمتع بحرية التقدير اتباعها، وهذا ما يصون مبدأ قرينة البراءة الأصلية المعترف بها للفرد باعتبار أنها من الحقوق الشخصية وتعد ضماناً مهماً له ضد تعسف السلطة من جهة وضد الانتقام الذي يمكنه المجني عليه.

هدف الدراسة ودوافعها:

إن الهدف من اختيار موضوع مساهمة المتهم في تدعيم قرينة البراءة هو تبيان المسائل التالية:

- 1- تبيان أن الأصل في الإنسان البراءة
- 2- لا يلزم المتهم بعبء إثبات براءته
- 3- حق المتهم في الدفاع عن نفسه لدحض مزاعم الخصم التي تسقط عنه أصل البراءة.

الإشكالية المطروحة: هل قرينة البراءة تعفي المتهم من تقديم أدلة لتعريفها؟ وما هو نطاق

ومظاهر مساهمة المتهم في الإثبات؟

للإجابة عن هذه الإشكالية ارتأيت أن أعالج الموضوع ضمن مبحثين: تناول المبحث الأول السند القانوني لقرينة البراءة ونتائجها أما المبحث الثاني فقد تناول مظاهر مساهمة المتهم في تدعيم قرينة البراءة.

المبحث الأول: السند القانوني لقرينة البراءة ونتائجها:

المطلب الأول: السند القانوني لقرينة البراءة:

يقصد من قرينة البراءة أن المتهم بريء حتى يقوم الدليل القاطع والمقنع على إدانته⁽³⁾ ويوجد سنده في القوانين المعاصرة⁽⁴⁾ التي تتجه إلى حماية المتهم على اعتبار أن مركزه في الدعوى ضعيف مقارنة مع جهة الاتهام التي تسعى إلى إثبات الواقعة الإجرامية ونسبتها إلى المتهم إلى

(3) أحمد شوقي الشلقاني، المرجع السابق، ص 434.

(4) تنص المادة الأولى من قانون العقوبات "لا جريمة ولا عقوبة أو تدبير من غير قانون" فهذه المادة كتطبيق لمبدأ الشرعية العقابية وتكرس مبادئ الإجراءات من بينها قرينة البراءة التي يتمتع بها المتهم.



جانب الادعاءات والأدلة التي يتقدم بها المجني عليه، فيمكن القول بوجود نوع من عدم التوازن والتناسب بين الأطراف من الناحية العملية.

أولاً: السند القانوني لقرينة البراءة على الصعيد الدولي:

1- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10 ديسمبر 1948: قضت المادة الحادية عشرة من هذا الإعلان بأن كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئاً إلى أن تثبت إدانته قانوناً بمحاكمة علنية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عن نفسه وتضمن الإعلان كذلك عدة نصوص تقرر حقوقاً أخرى للمتهم نذكر منها:

أ. حظر التعذيب أو المعاملات القاسية أو الوحشية أو الحاطة بالكرامة (م05)

ب. عدم جواز القبض أو الحجز التعسفي (م09)

ج. حق المتهم في محاكمة عادلة (م10)

د. حماية الحياة والأسرة والمسكن والمراسلات والشرف (م12)

ويعد هذا الإعلان المتضمن المبادئ السامية من بينها قرينة البراءة مرحلة مهمة، حيث بدء الاهتمام الدولي بحقوق المتهم على الرغم من أنه غير ملزم قانوناً للدول الأعضاء.

أما على مستوى الاتفاقيات الإقليمية فقد استوحيت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وحيثياتها الأساسية معظم المبادئ التي وردت بهذا الإعلان.

2- العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الصادر في 16 ديسمبر 1966: وقد قضى هذا العهد

بأن: كل متهم بجريمة له الحق في أن يعتبر بريئاً حتى تثبت إدانته طبقاً للقانون (م14 ف2)

وقد تضمن هذا العهد النص على حقوق أخرى للمتهم على غرار تلك التي تضمنها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والتي تعد بمثابة نتائج لقرينة البراءة نذكر منها:

أ. حظر التعذيب والمعاملات غير الإنسانية والحاطة بالكرامة (م09)

ب. الحق في الحرية والسلامة الشخصية والحق في عدم جواز القبض أو الحجز التعسفي

كما لا يجوز حرمان أحد من حريته إلا وفقاً للقانون (م09)

ويتميز هذا العهد عن الإعلان العالمي بأنه يفرض التزاماً قانونياً على الدول الأعضاء بضرورة

احترام ما ورد فيه والعمل على تنفيذه في قوانينها الداخلية.

ثانياً: على الصعيد الإقليمي:

اهتمت الدول بالحقوق والحريات الأساسية وصاغت في شكل اتفاقية تلزم الدول الأعضاء بما تضمنته لا سيما تلك المتعلقة بحقوق المتهم نذكر على سبيل المثال الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لسنة 1950 وقد تم توقيع هذه الاتفاقية في الرابع من نوفمبر 1950 من الدول الأعضاء في مجلس أوروبا في ذلك الوقت، وتتميز هذه الاتفاقية بأنها ملزمة للأعضاء الموقعين عليها، وقد تضمنت آليات فعلية لضمان تنفيذ ما جاء بها من أحكام وقد قضت المادة السادسة منها في فقرتها الثانية بأنه: "يعد بريئاً كل متهم بارتكاب جريمة حتى تثبت إدانته قانوناً" ولقد جاء النص على بعض الضمانات الأخرى للمتهمين المكتملة لقرينة البراءة منها:

- أ. حظر التعذيب والعقوبات والمعاملات غير الإنسانية أو المهينة.
- ب. حق كل إنسان في الحرية والأمن، ولا يجوز حرمان أحد حريته إلا وفقاً للقانون.
- ج. لكل مقبوض عليه أو محبوس الحق في المحاكمة في فترة معقولة.
- د. لكل شخص كان ضحية القبض أو الحبس بالمخالفة لأحكام هذه المادة الحق في التعويض.
- هـ. كما تقرر المادة السادسة في فقرتها الثالثة للمتهم الحق فيما يلي:-
 - أن يبلغ في أقرب وقت وبلغه يفهمها وبالتفصيل بطبيعة التهمة الموجهة إليه وسببها.
 - أن يمنح الوقت والتسهيلات اللازمة لإعداد دفاعه.
 - أن يدافع عن نفسه بنفسه أو عن طريق محام.
 - سؤال شهود الإثبات أو طلب سؤالهم وإمكانية استدعاء شهود النفي أو سؤالهم بنفس شروط شهود الإثبات.
 - و- الاستعانة بمرجم.

ثم أضاف الملحق أو البرتوكول السابع الذي أضيف إلى هذه الاتفاقية والموقع في 22 نوفمبر 1984، تضمنت المادة الثالثة أنه لكل شخص صدر ضده حكم نهائي بالإدانة ثم ألغي هذا الحكم أو صدر عفو خاص عنه بسبب واقعة جديدة تقطع بوقوع خطأ قضائي طلب التعويض عن العقوبة التي طبقت عليه نتيجة هذا الحكم وفقاً للقانون، ما لم يكن مسؤولاً كلياً أو جزئياً عن عدم الكشف عن الواقعة الجديدة في الوقت المناسب.

**المطلب الثاني: نتائج قرينة البراءة:**

من النتائج المترتبة على قرينة البراءة الأصلية المعترف بها للمتهم ما يلي:

1- **عدم إلزام المتهم بعبء إثبات براءته:** الأصل أن المتهم يظل بريئاً من التهمة المسندة إليه ما لم يتم دليل قاطع تقدمه سلطة الاتهام على ارتكابه الجريمة محل الدعوى، ويقصد بعبء الإثبات هو تكليف أحد الخصوم بإقامة الدليل على صحة ما يدعيه ويسمى التكليف بالإثبات عبءاً لأنه حمل ثقيل ينوء به من يلقي عليه، وإنما كان التكليف بالإثبات أمراً ثقيلاً لأن من كلف به قد لا يملك الوسائل التي بها يتمكن من إقناع القاضي بصدق ما يدعيه، ويرجع أساس القاعدة إلى احترام الوضع الظاهر وبراءة الذمة⁽⁵⁾.

وإذا كان الأصل في المتهم البراءة فإنه لا يلزم حينها بتقديم دليل على براءته ما دام القانون يعتبره بريئاً رغم التهم المسندة إليه، بل عليه سوى مناقشة الأدلة التي تجتمع حوله لكي ينفي ما نسب إليه أو يضع تلك الأدلة في مظلة الشك في صحتها.

إن عبء إثبات التهمة من قبل النيابة العامة لا يقصد منه أن تكون مهمتها قاصرة على تجميع عناصر الاتهام فقط، بل عليها أن تصب مهمتها على إظهار الحقيقة وليس إنكارها.

لكن هل يلزم المتهم بإقامة الدليل إذا ما توفر سبب من أسباب الإباحة أو مانع من موانع العقاب؟ يحوز للمتهم أن يدفع بوجود سبب من أسباب الإباحة أو مانع من موانع العقاب ولا يكون ملزم بإقامة الدليل على ذلك، ذلك أن من واجب المحكمة أن تتأكد من انتفاء هذه الأسباب قبل الحكم بإدانة المتهم، إذ يقع على عاتقها التأكد من قيام الجريمة على أركانها بما فيها الأسباب التي تحول دون إدانة المتهم، لكن إذا لم يتمسك المتهم بهذه الدفوع من قبل لا يجوز له أن ينعى على أي خطأ قانوني أمام محكمة النقض ما لم تكن مدونات الحكم المطعون فيه تشتمل في ذاتها على صحة هذا الدفع⁽⁶⁾.

لكن قد ترد على هذه القاعدة استثناءات قانونية وتتمثل في الحالات التي يلزم فيها القانون بنص صريح المتهم بتقديم دليل من أمثلتها الأمر 96- 05 المعدل بالأمر الرئاسي 03-

⁽⁵⁾ المستشار مصطفى مجدي هرجه، أحكام الدفوع في الاستجواب والاعتراف، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للطباعة والنشر، القاهرة، 1999، ص 25.

⁽⁶⁾ د/ أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، طبعة معدلة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 223.

04 الخاص بالمنافسة الذي يفترض في المتهم علمه بواقعة الغش إذا كان من المشتغلين في التجارة فيقع عليه عبء إثبات انتفاء العلم بالغش.

2- الشك يفسر لمصلحة المتهم: النتيجة الطبيعية التي تتطلبها قرينة البراءة هي وجوب

تفسير الشك لصالح المتهم، هذا، رجوعاً للأصل العام في الإنسان وهو براءة الذمة من الادعاء الموجه إليه، وتعني قاعدة الشك يفسر لمصلحة المتهم أنه عندما لا يقتنع القاضي اقتناعاً يقينياً تاماً بإدانة المتهم وكذلك عندما يقتنع بأن الأدلة التي قدمتها النيابة العامة غير كافية للإدانة، فإنه يتعين عليه أن يقضي ببراءة المتهم إذ لا يستطيع أن يحكم بالإدانة إلا إذا كانت أدلة الاتهام أكيدة ومقنعة على سبيل الجزم واليقين.

يقصد بالشك هو التردد بين أمرين هما ثبوت التهمة المنسوبة للمتهم ومدى مسؤوليته عنها وهي أيضاً تساوي أدلة الإثبات مع أدلة النفي.

إن قاعدة تفسير الشك لصالح المتهم ترد على الشك الذي يكتفئ الوقائع وليس القانون سواء تعلق هذا الشك بالموضوع بحيث يتأرجح مضمون الدليل بين معنيين متناقضين أم كان الشك شخصي مصدره عدم اطمئنان القاضي إلى صدق الدليل.

من بين النتائج المهمة المترتبة على قاعدة الشك يفسر لصالح المتهم:

- أ- الحكم ببراءة المتهم.
- ب- صون الحرية الشخصية التي يتمتع بها المتهم في مختلف مراحل الدعوى.
- ت- حماية المتهم ضد تعسف السلطة عند افتراض الجرم في حقه وتفسير الشك لصالحه.
- ث- تفادي ضرر لا يمكن تعويضه إذا ما ثبت براءة المتهم من الاتهام الموجه إليه.
- ج- الحفاظ على ثقة الفرد في القضاء.

المبحث الثاني: مظاهر مساهمة المتهم في تدعيم قرينة البراءة:

إن مساهمة المتهم في تدعيم قرينة البراءة يتخذ مظهرين: أولهما إيجابي ويتمثل في حق المتهم في الإثبات والثاني سلبي يتمثل في حق المتهم في الصمت وهو ما سأوضحه كالتالي:

المطلب الأول: حق المتهم في الإثبات:

1- مضمون حق المتهم في الإثبات: كان المتهم في السابق هو المكلف بإثبات براءته من

الاتهام المنسوب إليه نظراً لسيادة قرينة إذنبه، حيث كان مجرد الاتهام يقوم افتراضاً قوياً بأن المتهم مذنب، وكان يفرض على المتهم أن يثبت براءته بتقديم شهود تنفي ما نسب إليه بعد أدائهم القسم الديني وبتكريس مبدأ أصل البراءة في القانون الوضعي والمواثيق الدولية ذات



الصلة بحقوق الإنسان، تدعم حق المتهم في الإثبات برغبته الحرة في تقديم ما يقنع القاضي على ما ينفي الاتهام المنسوب له الذي يقع على سلطة الاتهام.

إن حق المتهم في الإثبات لا يفهم على إطلاقه ذلك أن هذا يعد بقية من بقايا النظام الاتهامي على المستوى الإجرائي الذي تسود فيه المساواة بين المتهم وسلطة الاتهام بمعنى أنه الذي يجمع بين حقوق الاتهام والدفاع في أن يجمع كل منهما الأدلة لكي يواجه بها خصمه في محاكمة علنية فرغم أنه يصبو إلى ضمان الحرية الشخصية للمتهم إلا أن هذا الاهتمام يفوق اهتمامه بفاعلية العدالة الجنائية، إذ يكون القاضي أشبه بالمتفرض على الخصوم ولا تكون له حرية الاقتناع الشخصي أي أن دور القاضي ينحصر سلباً على الأدلة المعروضة عليه من قبل الخصوم الأمر الذي يجعل تحقيق العدالة محدوداً ونسبياً، ويكون أمر الوصول إلى الحقيقة والكشف عنها غير مؤكد، على خلاف النظام التتقيني والتحرري الذي يتميز بارتكازه على فكرة الحقيقة واتخاذها هدفاً للتنظيم الإجرائي، غير أن هذا النظام أيضاً لم يحم وزن الحرية الشخصية للمتهم الذي أصبح تحت رحمة القاضي، فيلزم بتقديم أدلة النفي⁽⁷⁾، بهذا استدعت الحاجة إلى نظام يوفق بين مزايا النظامين السابقين، إذ يجمع بين الإثبات المقيد والإثبات الحر ولا يأخذ بالحرية المطلقة ولا بالتقييد الكامل، وإنما يجعل لكل منهما مجالاً في الإثبات⁽⁸⁾ يوازي بين حقوق الدفاع وحقوق الاتهام، ويكون دور القاضي إيجابياً من زاوية أن ضرورة البحث عن الحقيقة تستوجب تقديم الأدلة التي يبني عليها الاقتناع القضائي، ولا يتقيد بالأدلة المعدة سلفاً ولا يكون المتهم ملزماً بإثبات براءته بما أنه يتمتع بقرينة البراءة طيلة المراحل التي تمر بها الدعوى، ويعرف هذا النظام بالنظام المختلط.

إن تقرير حق المتهم في الإثبات يجعله خصماً فعالاً في الدعوى العمومية، فيكون دوره إيجابياً في تدعيم وضمان فعالية أصل البراءة فهو حق المتهم في مواجهة الأدلة التي تقدمت بها النيابة العامة إثباتاً للجريمة بتقديم أدلة تنفي ما توصلت إليه هذه الأخيرة.

2- نطاق ومظاهر حق المتهم في الإثبات: في نطاق تحديد حق المتهم في الإثبات فإن هذا الحق يظل قائماً طوال مدة الاتهام مادام أن الدعوى لا تزال قائمة ولم يتم الفصل فيها نهائياً، بل يظل قائماً حتى في مرحلة المحاكمة أثناء المرافعات والمناقشات التي تتم بجلسة المحكمة.

⁽⁷⁾ د / أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 93

⁽⁸⁾ د / أحمد حبيب السماك، نظام الإثبات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مجلة الحقوق الكويتية،

العدد الثاني، السنة الحادية والعشرون 1997، ص 148.

إن من مظاهر حق المتهم في الإثبات عديدة نذكر منها:

في المرحلة السابقة على المحاكمة: يجوز للمتهم أن يقدم طلباته ودفعه إلى قاضي التحقيق ويفصل الأخير في هذه الطلبات والدفع مبينا الأسباب التي استند إليها، كما يجوز للمتهم أن يستعين بمدافع ويقدم شهود النفي ويستعين بخبير.

وفي مرحلة المحاكمة: فإن للمتهم حق المشاركة في التحقيق بالجلسة بتقديم أدلة من أجل دحض أدلة الاتهام، كما أن له بصفة خاصة الاستعانة بشهود نفي، ولا يجوز للمحكمة أن ترفض أدلة النفي التي تقدم بها المتهم تأسيسا على أن أدلة الثبوت في الدعوى كافية؛ بل لا بد عليها من البحث في أدلة النفي التي تقدم بها المتهم وتحقق في دعواه.

المطلب الثاني: حق المتهم في الصمت:

إذا كان للمتهم حق في المساهمة الإيجابية في الإثبات عن طريق الحق في تقديم الأدلة التي تدحض الاتهام المنسوب إليه، فإنه يستطيع أيضاً أن يلتزم الصمت دون أن يفسر هذا الصمت على أنه اعتراف منه بالتهمة ومن ثم دليل على الإدانة، فحق المتهم في الصمت حق أصيل من حقوق الدفاع ولو كان ذلك بالصمت دون تقديم دليل، فلا ينبغي أن يستنتج من هذا الصمت دليل على سلامة ما نسب إليه من اتهام.

إن القاعدة المقررة في القانون المدني هي أن الإقرار المدني يمكن أن يكون ضمنيا، ومنه يعتبر السكوت أو الامتناع علامة للإقرار الضمني في بعض الحالات، فهل يعد صمت المتهم اعترافا منه بالجريمة؟

من بين الحقوق التي تكفلها الشرعية الإجرائية هو حق المتهم في إبداء أقواله بكل حرية وتتخذ الأقوال التي يدلي بها المتهم مظهرين أحدهما إيجابي ويتمثل في إنكار الواقعة المسندة إليه والآخر سلبي يتمثل في صمت المتهم وعدم الإجابة عن الأسئلة الموجهة إليه.

إن صمت المتهم وإبداء أقواله بكل حرية من الحقوق التي كفلتها الدساتير والاتفاقيات الدولية، فيعد بذلك حقا من حقوق الدفاع المعترف بها للمتهم التي لا يجوز الاعتداء عليها فمن الواجب أن يتمتع المتهم بالحرية التامة في الإجابة عن الأسئلة التي توجه إليه من قبل المحقق، ومن حقه أيضا أن يلتزم الصمت إن رأى أن الصمت أفضل وسيلة للدفاع عن نفسه لأن الموقف يخضع لتقديره الخاص ولا عقاب عليه إذا امتنع عن الإجابة عن أي سؤال⁽⁹⁾ وقد ورد التأكيد على حق المتهم في الإجابة

(9) د / حسين بشيت خوين، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية خلال مرحلة التحقيق الابتدائي، دراسة مقارنة، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 1998، ص 151.



والصمت في العديد من المؤتمرات والاتفاقيات الدولية نذكر منها اللجنة الدولية للمسائل الجنائية المنعقدة في برن عام 1939، وتوصيات المؤتمر الدولي السادس لقانون العقوبات المنعقد في روما 1953، والمؤتمر الدولي الذي نظّمته اللجنة الدولية لرجال القانون في أثينا سنة 1955، وكذا الحلقة الدراسية التي نظّمها الأمم المتحدة لدراسة موضوع حماية حقوق الإنسان أثناء الإجراءات الجزائية بفيينا عام 1960 وتوصيات لجنة حقوق الإنسان بهيئة الأمم المتحدة عام 1962⁽¹⁰⁾، وعقدت هذه المؤتمرات لبحث مسألة وضع الضمانات الكفيلة لحقوق المتهم أثناء الاستجواب حيث حثت في مجموعها على عدم جواز إجبار المتهم على الكلام، والاعتراف بحقه في الإدلاء أو عدم الإدلاء بأقواله بكل حرية، فهذا مبدأ جوهرى يفرض نفسه في جميع إجراءات الدعوى، فلا يصح في جميع الأحوال تأويل صمته على وجه يضرّ بمصلحته أو أن يستغل بأي كيفية في الإثبات⁽¹¹⁾.

إن مبدأ حرية القاضي في الاقتناع لا يجعل المتهم يستفيد كثيرا من حق الصمت، فمع عدم إجابة المتهم عن الأسئلة التي يوجهها إليه المحقق أو القاضي لا يعد ذلك اعترافا ضمنيا منه بالوقائع المنسوبة إليه، كما أن التشريعات تذهب إلى عدم جواز الأخذ بقريضة صمت المتهم واستعمالها ضده لمصلحة الاتهام، وليس هناك شك في أن القاضي قد يفسر هذا الصمت ضد مصلحة المتهم خاصة إذا لم يوجد هناك سبب آخر لسلكه، وكان مركزه في الدعوى يستدعي أن يتقدم ببعض الإيضاحات لكي يرد بها على الاتهامات القائمة ضده، إلا أن القاضي الذي يبني اقتناعه بالإدانة مع التزام المتهم الصمت يكون قد فرض عليه عبء إثبات عدم صحة الاتهامات الموجهة إليه، وهذا بلا شك يعد تناقضا مع قرينة البراءة التي يتعين على القاضي الالتزام بها وبتنائجها، بل إن هناك تشريعات أقرت للمتهم بحقه في الصمت، واعتبرت امتناعه عن الإجابة كإقرار منه بعدم الإدانة⁽¹²⁾.

⁽¹⁰⁾ د/ نصر الدين مرونك، محاضرات في الإثبات الجنائي، الجزء الثاني، أدلة الإثبات الجنائي، الكتاب الأول، الاعتراف والمحركات دون رقم الطبعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 146 و 147.

⁽¹¹⁾ المستشار فرج علواني هليل، التحقيق الجنائي والتصرف فيه، دون رقم الطبعة، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 1999، ص 768.

⁽¹²⁾ د/ عبد الحميد الشواربي، الإثبات الجنائي في ضوء القضاء والفقهاء النظرية والتطبيق، دون رقم الطبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية سنة 1996، ص 25.

اعتراض البعض على تبييه المتهم إلى حقه في الصمت أو الكذب ذلك أن المجتمع لا يكون له حق كشف كذبه أو الوصول إلى الحقيقة، فمثل هذه الأمور تصطدم بحق المجتمع في الإثبات وإظهار الحقيقة بشأن جريمة وقعت عليه، أما البعض الآخر ذهب إلى الاعتراف بحق المتهم في الصمت مع إنكار حقه في الكذب، والبعض الآخر ذهب إلى إنكار هذا الحق على أساس أن المشرع تجاهل النص على الحق في الصمت، فلا بد من معاملة المتهم على نفس الحالة أنظر الدكتور عبد الحميد الشواربي، نفس المرجع، ص 22، والمحامي محمود زكي شمس، المرجع السابق، ص 253.

إن صمت المتهم إما أن يكون طبيعياً أو متعمداً ، فيكون صمت المتهم طبيعياً متى كان أصم أو أبله ، وفي هذه الحالة إذا كان المتهم يعرف الكتابة يحزر له السؤال ويجيب عنه كتابة ، أما إذا كان يجهل الكتابة فيجوز للمحقق أو القاضي أن يعين له مترجماً ذا خبرة في التحدث مع أمثاله ، وإن كان ليس هناك ما يحول بين المحقق أو القاضي وإدراك معاني تلك الإشارات التي يوجهها إلى المتهم رداً على سؤاله عن الجريمة التي يجري التحقيق معه بشأنها أو يحاكم من أجلها ما دام كان في استطاعة المحقق أو المحكمة أن تبين معنى تلك الإشارات ، وإذا جاءت الإشارات أو كتابة الأصم أو الأبله واضحة الدلالة في ارتكاب الفعل المكون للجريمة دون ما لبس أو غموض ، كان ذلك دليلاً بالمعنى القانوني ويجوز الاعتداد به في الإثبات متى اطمئنت إليه المحكمة⁽¹³⁾ ، ويكون متعمداً في حالة رفض المتهم الإجابة عن الأسئلة الموجهة إليه ، لكن السؤال المطروح هنا ما هو نطاق حق المتهم في رفض الإجابة عن تلك الأسئلة؟

نطاق حق المتهم في الصمت ومظاهره:

يتحدد نطاق حق المتهم في الصمت بحسب ما إذا كان الاستجواب مجرد وسيلة للدفاع أو كان وسيلة للتحقيق والاستدلال⁽¹⁴⁾:

- فإذا كان الاستجواب وسيلة للدفاع فقط كما في مرحلة المحاكمة ، فإن المتهم لا يجبر إطلاقاً على الإجابة ، وله دائماً حق الصمت ، وإن كان للقاضي الحق في تقرير سلوك المتهم من حيث صمته وسكوته وحركاته ومدى ترده في الإجابة ومناقضاته ومبالغاته وانفعالاته وتعبير وجهه ، ولعل المشرع المصري تماشياً مع هذا الاتجاه قضى بأنه لا يجوز استجواب المتهم إلا إذا قبل بذلك ، وإذا ظهر أثناء المرافعة والمناقشة بعض الوقائع يرى لزوم تقديم إيضاحات عنها من المتهم لإظهار الحقيقة يلفته القاضي إليها ، ويرخص له بتقديم تلك الإيضاحات (م 274 ف2 ق.أ.ج) ، وإذا امتنع المتهم عن الإجابة أو كانت أقواله في الجلسة مخالفة لأقواله في محضر جمع الاستدلالات أو التحقيق ، جاز للمحكمة أن تأمر بتلاوة أقواله الأولى (م 274 ف3 ق.أ.ج) ، هذا يعني أن للمتهم الحق في الصمت لاسيما إزاء ما يوجه إليه من اتهام إذا قضى النص بعدم جواز الاستجواب إلا إذا قبل بذلك المتهم ، وقد اعترف المشرع الفرنسي بحق المتهم في الصمت في مرحلة جمع الاستدلالات بنص صريح بعد تعديل المادة

⁽¹³⁾ المستشار عدلي خليل ، اعتراف المتهم فقها وقضاء ، دون طبعة ، دار الكتب القانونية ، الإسكندرية ، سنة 1992 ، ص 131 و 132 .

⁽¹⁴⁾ د/ قدرى عبد الفتاح الشهاوي ، حجية الاعتراف كدليل ادانة في التشريع المصري والقانون المقارن ، دون طبعة ، توزيع منشأة المعارف ، الإسكندرية ، سنة 2005 ، ص 59 و 60 .



1/63 من قانون الإجراءات الجنائية بموجب القانون رقم 516 لسنة 2000 الصادر في 15 يونيو 2000 حيث نص التعديل الجديد على أنه يتعين إخبار الشخص المحتجز بوليسياً بحقه في عدم الإجابة عن الأسئلة التي توجه إليه من المحققين وكذا يطبق الحق في الصمت في مرحلة التحقيق الابتدائي وفقاً للمادة 3/116 والمتعلقة بالحضور الأول أمام قاضي التحقيق حيث تنص هذه المادة على عدم جواز استجواب المتهم إلا برضاه.

- أما إذا كان الاستجواب مجرد وسيلة للتحقيق، ففي هذه الحالة لا يحق للمتهم الصمت، بل يجب عليه أن يقدم ما لديه من برهان وأقوال ودفاع ودفع وكل ما يكون من شأنه إثبات براءته، حتى لا يفسر صمته ضد مصلحته، نظراً لكون الاستجواب لا سيما أثناء التحقيق هو وسيلة لكشف الحقيقة والاستدلال عليها من عناصر وجزيئات التحقيق، خاصة أن الاستجواب يعد وسيلة أيضاً بالإضافة إلى ذلك من وسائل الدفاع عن النفس، فلا بد من الإقرار له بحقه في عدم الإجابة عن كافة الأسئلة التي قد توجه إليه أثناء الاستجواب ومن ثمة فإن كل فعل يوجه إليه لحمله على الاعتراف يجب أن يكون محل إدانة لما يحمله من مساس بحق الدفاع عن نفسه، ويترتب على ذلك بطلان الاستجواب والحكم المبني عليه وإذا أسفر عن الاستجواب الباطل أي دليل كاعتراف المتهم بالتهمة، فلا يصح للمحكمة التعويل على هذا الاعتراف⁽¹⁵⁾، ذلك أن تعمد المتهم الصمت لا يعني أنه مدان فقد يكون هذا الصمت وليد أسباب مثل الرغبة في إنقاذ شخص عزيز عليه كصمت الابن عندما توجه إليه تهمة ارتكبتها والده⁽¹⁶⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن بعض التشريعات تأخذ بحرية المتهم في الإجابة وحقه في الصمت، إلا أنها تختلف من حيث النص عليهما إذ تقضي بعضها صراحة بهذا الحق منها المادة 218 ف2 (ق.أج السوداني) التي تنص صراحة: "لا عقاب على المتهم إذا امتنع عن الإجابة عن الأسئلة أو أدلى بإجابة كاذبة وللمحقق أن يستتج ما يراه عادلاً من ذلك الامتناع أو من الإجابة الكاذبة" ويقابل هذا النص المادة 218 ف2 (ق.أج الهندي) والمادة 29 (ق.أج الهولندي) وكذا المادة 73 (ق.أج البولندي) والمادة 193 (ق.أج الفنزولي)، بينما تذهب بعض التشريعات إلى ضرورة تبييه المتهم قبل الاستجواب على حقه في أن يمتنع عن الإجابة منها المادة (114 ف1 ق.أج الفرنسي)، أما التشريع الأنجلو-أمريكي فقد عدل عن الاتجاه القديم الذي يعتبر المتهم مذنباً حال صمته، إذ أقرت بحق المتهم في رفض الإجابة، وبالتالي اعتبرت صمت المتهم كإقرار منه بعدم الإدانة، فنص التعديل الدستوري الخامس الأمريكي على عدم جواز إجبار الشخص على أن يشهد ضد

(15) د/ نصر الدين مروك، المرجع السابق، ص 148.

(16) المستشار عدلي خليل، المرجع السابق، ص 132.

نفسه في الدعوى العمومية، وتطبيقا له للمتهم حق الصمت بمرحلة الاستدلالات والتحقيق والمحكمة، ولا يعتبر ذلك الصمت دليلا للإدانة⁽¹⁷⁾، كما أن القانون الإنجليزي لا يلزم المتهم بالإدلاء بتصريحات حول الأفعال المنسوبة إليه تجنباً من أن تقدم كحجج ضده⁽¹⁸⁾، وهناك تشريعات لا تنص على هذا الحق صراحة، إنما تأخذ به ضمناً كالقانون البلجيكي والسوفييتي (م 14 ف3 ق.أ.ج)، بل هناك تشريعات مثل القوانين السويسرية تلزم المتهم بالإدلاء بمعلومات عن الوقائع المسندة إليه (م 104 ق.أ.ج)، كما تضعف مركز المتهم الذي يرفض الإدلاء بإقرارات رغم تبصيره بالعواقب، وأن رفضه الكلام سوف تعتبره المحكمة قرينة على الإدانة⁽¹⁹⁾، أما في الجزائر فقد نصت المادة 100 ق.أ.ج على أنه "يتحقق قاضي التحقيق حين مثول المتهم لديه لأول مرة من هويته، ويحيطه علماً صراحة بكل واقعة من الوقائع المنسوبة إليه، وينبهه بأنه حر في عدم الإدلاء بأي إقرار، وينوه عن ذلك التنبيه في المحضر، فإذا أراد المتهم أن يدلي بأقوال، تلقاها قاضي التحقيق منه على الفور، كما يوجه المتهم بأن له الحق في اختيار محام عنه، فإن لم يختار محامياً عين له القاضي محامياً من تلقاء نفسه إذا طلب منه ذلك⁽²⁰⁾، وينوه عن ذلك بالمحضر، كما ينبغي للقاضي علاوة عن ذلك أن ينبه المتهم إلى وجوب إخطاره بكل تغيير يطرأ على عنوانه ويجوز للمتهم اختيار موطن له في دائرة اختصاص المحكمة".

يتضح من نص المادة أن المشرع الجزائري يقر للمتهم حقه في الإدلاء أو عدم الإدلاء بأقواله، وعلى القاضي تنبيهه بذلك قبل الشروع في الاستجواب وإلا كان الاستجواب باطلاً باعتبار أن ذلك يعد إجراءً جوهرياً يجب القيام به، كما يلاحظ أن المتهم له حق الصمت لغاية توكيل محام فقط، بمعنى أن حق الصمت مشروط بحضور محام مع المتهم هذا على عكس القانون المصري الذي جعله حقاً مطلقاً في جميع مراحل الدعوى بما في ذلك مرحلة المحاكمة،

(17) د / قدرى عبد الفتاح الشهاوي، حجبة الاعتراف كدليل إدانة، المرجع السابق، ص 63.

(18) Gaston Stefani, Georges Levasseur, Bernard bouloc, Procédure Pénale, 16^{ème} Edition, Précis Dalloz, 1996, P 521.

(19) د / قدرى عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص 73.

(20) في السابق كان قانون الجنايات الفرنسي يجرى بدون حضور محام الدفاع عن المتهم لكن تغير الأمر قصد تكريس الحقوق والحريات الفردية وبالتالي الشرعية الإجرائية، فأدخل القانون 1897/12/08 لأول مرة المحامي خلال مرحلة التحقيق وتضمن عدة تغييرات في مجال كفالة ضمانات المتهم خلال هذه المرحلة.

-Gaston Stefani, Georges Levasseur, Bernard Bouloc, Procédure Pénale 12^{ème} Edition, Précis, Dalloz, 1984, p 82



بينما القانون الجزائري حصرها عند المثل الأول أمام قاضي التحقيق فقط دون بقية مراحل التحقيق، كما أنه لم ينص عليها في مرحلة المحاكمة⁽²¹⁾.

وترتيباً لما سبق نقول إن صمت المتهم أو سكوته لا يعني بأي حال من الأحوال دليلاً على اعترافه، فيمكن أن يأخذ تفسيراً آخر في بعض الحالات كأن يكون دليلاً على البراءة وبناءً عليه لا يجوز أن يبنى حكم الإدانة على مجرد صمت المتهم عن الإجابة لعدم توفر الاعتراف على شرط الصراحة والوضوح كما أن حق المتهم في الصمت قرّر لصالحه كأساس لقاعدة عدم جواز إجبار شخص على تجريم نفسه، ومنها لا يجوز إجباره على تقديم دليل ضد مصلحته.

قائمة المراجع:

- 1- د/ أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، طبعة معدلة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 223.
- 2- أحمد شوقي الشلقاني، مبادئ الإجراءات الجنائية في التشريع الجزائري، الجزء الثاني الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر دون سنة الطبع
- 3- د/ أحمد حبيب السماك، نظام الإثبات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الثاني، السنة الحادية والعشرون 1997
- 4- د/ عبد الحميد الشواربي، الإثبات الجنائي في ضوء القضاء والفقهاء النظرية والتطبيق، دون رقم الطبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية سنة 1996
- 5- المستشار عدلي خليل، اعتراف المتهم فقها وقضاء، دون طبعة، دار الكتب القانونية الإسكندرية، سنة 1992،
- 6- د/ حسين بشيت خوين، ضمانات المتهم في الدعوى الجنائية خلال مرحلة التحقيق الابتدائي، دراسة مقارنة، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، سنة 1998
- 7- د/ نصر الدين مروك، محاضرات في الإثبات الجنائي، الجزء الثاني، أدلة الإثبات الجنائي، الكتاب الأول، الاعتراف والمحرمات دون رقم الطبعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004
- 8- المستشار مصطفى مجدي هرجه، أحكام الدفع في الاستجواب والاعتراف، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للطباعة والنشر، القاهرة، 1999

⁽²¹⁾ د/ نصر الدين مروك، المرجع السابق، ص 146.



- 9- المستشار فرج علواني هليل، التحقيق الجنائي والتصريف فيه، دون رقم الطبعة، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 1999
- 10- د/ قدرى عبد الفتاح الشهاوي، حجية الاعتراف كدليل إدانة في التشريع المصري والقانون المقارن، دون طبعة، توزيع منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2005
- 11- طواهرى إسماعيل، النظرية العامة للإثبات في القانون الجنائي الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 1994/1993
- 12- Gaston Stefani, Georges Levasseur , Bernard bouloc Procédure Pénale, 16^{ème} Edition, Précis Dalloz, 1996, P 521.
- 13-Gaston Stefani, Georges Levasseur , Bernard Bouloc Procédure Pénale 12^{ème} Edition, Précis Dalloz, 1984, p 82

مركز البصيرة للبحوث والدراسات والظلمة العلمية

46، تعاونية الرشد القبة القديمة – الجزائر.

ها : 00.213.21.28.97.78 - 00.213.0550.54.83.05 فا : 021.28.36.48

البريد الالكتروني: / markaz_bassira@yahoo.fr الموقع الالكتروني: www.Bassiracenter.com

دفعاً لعملية البحث على مستوى المركز والتواصل العلمي مع مختلف المؤسسات البحثية والباحثين، يفتح المركز فضاءه العلمي، أمام كل القدرات العلمية الجادة من خلال الاشتراك أو الكتابة في دورياته المتخصصة: دراسات اقتصادية، دراسات إستراتيجية، دراسات إسلامية ودراسات أدبية، ودراسات قانونية ودراسات اجتماعية ودراسات نفسية أو من خلال التواصل العلمي مع المركز .

- تصدر الدوريات فصلياً، أي أربع أعداد في السنة لكل دورية.
- الاشتراك السنوي في الدورية الواحدة للأفراد: 1000 دج لكل دورية، وخارج الوطن: 14 دولار.
- للمؤسسات في الجزائر: 1200 دج و خارج الوطن: 15 دولار.

قسيمة الاشتراك السنوي

دورية دراسات إسلامية ودراسات إستراتيجية ودراسات اقتصادية ودراسات قانونية ودراسات أدبية ودراسات اجتماعية ونفسية، تاريخية، الطفولة والأرطفونية.
تصدر أربع مرات في السنة

الاسم واللقب أو المؤسسة.....الهاتف.....
العنوان.....

- | | |
|--|--|
| <input type="checkbox"/> دراسات إستراتيجية | <input type="checkbox"/> دراسات أدبية |
| <input type="checkbox"/> دراسات قانونية | <input type="checkbox"/> دراسات إسلامية |
| <input type="checkbox"/> دراسات اجتماعية | <input type="checkbox"/> دراسات اقتصادية |
| <input type="checkbox"/> دراسات تاريخية | <input type="checkbox"/> دراسات نفسية |
| <input type="checkbox"/> دراسات أرطفونية | <input type="checkbox"/> دراسات الطفولة |

يُرسل الاشتراك إلى رقم الحساب الجاري : مؤسسة دار الخلدونية
Ccp : 7625589 clé 81

ملاحظة : ترسل قسيمة الاشتراك وصورة الحوالة البريدية يمكن تسديد
المباشر والاستلام المباشر على مستوى المركز.

تكاليف البريد مقدرة ضمن سعر المجلة

