



قانونية دراسات



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

العدد الثالث والعشرون (23) - سبتمبر 2016

مدى فعالية النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية
في تحريك الدعاوى ضد منتهكي القانون الدولي الإنساني

أحمد سي علي

إدارة المخاطر والاستراتيجيات المستقبلية

وردة بلقاسم العياشي

المعلومة والمسؤولية الناشئة عنها

كريم كريمة

تنظيم رخص الاستعمال الخاص غير العادي للأماكن العمومية

بعوني خالد

حق الإنسان في معلوماته الشخصية

بن حيدة محمد

بطلان إجراءات الضبط القضائية

بوصلعة ثورية

إصلاح أساسي للحقوق السياسية للمرأة

حجيمي حدة

معايير المحاكمة العادلة في زمني السلم والحرب

شريف أمينة

أسس المسؤولية عن الأضرار الناتجة عن عمليات التلقيح
الإجباري على ضوء التشريع والقضاء الجزائري والفرنسي

عبد القادر يخلف

رئيس التحرير:

أ.د. فوزي أوصديق

oussedik@hotmail.com

نائب رئيس التحرير

أ. العربي بلحاج

larbibelhadj68@gmail.com

المراسلات باسم مدير مركز البصيرة
حي ماكودي 02 رقم 13 واد السمار - الجزائر
ها: 023.75.75.81
النقال: 05.60.18.59.00

البريد الإلكتروني:

info@albasseera.net
contact@albasseera.net
studies@albasseera.net
dirassatcan@yahoo.fr

الموقع الإلكتروني:

www.albasseera.net

حقوق الطبع محفوظة

ردم د : 1112-8003

التوزيع



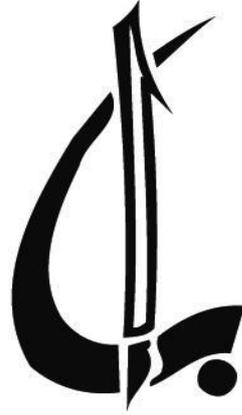
دار الخلدونية للنشر والتوزيع
05، شارع محمد مسعودي القبة الجزائر.
ها/فا: 021.68.86.48

بسم الله الرحمن الرحيم

قانون دراسات

دورية سداسية محكمة تصدر عن:

مركز البصيرة



للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية

العدد الثالث والعشرون

23

سبتمبر 2016م

قواعد النشر

11. توثق هوامش البحث وقائمة مصادره ومراجعته في نهاية البحث.
12. تخضع البحوث للتحكيم العلمي المتعارف عليه عالميا، ويبلغ الباحث بقرار هيئة التحرير في آجالها.
13. يعدّ البحث في حكم المسحوب إذا تأخر الباحث عن إجراء التعديلات المطلوبة على البحث لمدة تزيد عن شهر من تاريخ تسلمه الرد بوجوب التعديل.
14. لا يمكن للباحث أن يسحب بحثه بعد موافقة الهيئة العلمية عليه وإدراجه ضمن مواضيع المجلة.
15. الإدارة ليست ملزمة بنشر كل البحوث التي تصلها وليست ملزمة كذلك بإعادتها نشرت أم لم تنشر.
16. تعبر البحوث عن رأي صاحبها ولا تمثل بالضرورة رأي الدورية أو المؤسسة التي تصدرها.
17. يحق للدورية إعادة نشر البحث كاملا أو جزء منه بأي شكل وبأي لغة دون الحاجة إلى استئذان الباحث، إذ تتمتع الدورية بكامل الحقوق الفكرية للبحوث المنشورة فيها.
18. من حق الدورية إصدار عدد يخصص بأكمله لغرض واحد عند الحاجة.

**مركز البصيرة يرحب بأبحاثكم
واقترحاتكم ونصائحكم.**

تقبل البحوث والدراسات التي تعالج القضايا المتخصصة المتميزة. ويشترط في تلك الأعمال مراعاة قواعد النشر التالية:

1. أن يتوافق البحث مع أهداف الدورية ومحاورها.
2. أن يكون البحث غير منشور سابقا.
3. يرفق البحث بإقرار خطي بعدم تقديم البحث إلى أي جهة أخرى لغرض النشر.
4. ألا يكون البحث جزءا أو مقتطفا أو مقتبسا من رسالة تخرج نال بها صاحبها شهادة علمية.
5. يرفق البحث بملخصين: (العربية والفرنسية) أو (العربية والإنجليزية).
6. يقدم الباحث نبذة مختصرة عن سيرته الذاتية.
7. ترسل البحوث والدراسات إلكترونيا أو تسلم في قرص مضغوط إلى إدارة المجلة.
8. تقبل البحوث باللغات: العربية والفرنسية والإنجليزية، على ألا يقل عدد صفحات البحث عن 15 صفحة ولا يزيد عن 25 صفحة، وألا يزيد عدد الأشكال والملاحق عن 15 بالمائة من حجم البحث.
9. أن يكتب البحث ببرنامج (Word). ب: بخط: (Arabic Transparent) حجم 14 بالنسبة إلى المتن وحجم 10 بالنسبة إلى الهوامش (اللغة العربية) ويخط: (Times New Roman) حجم 12 بالنسبة إلى المتن وحجم 10 بالنسبة إلى الهوامش (اللغة الأجنبية).
10. أن يراعى في البحث المنهجية العلمية، ومناهج البحث العلمي. وعلى صاحبه الالتزام بالموضوعية.

آراء الباحثين لا تبهر بالضرورة عن وجهة نظر المركز

هيئة التحرير

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

الهيئة العلمية

رئيسا	أ. د. فوزي أوصديق (عميد سابق لكلية الحقوق / جامعة البليدة)
مقررا	أ. العربي بلحاج (أستاذ القانون بكلية الحقوق جامعة بومرداس)
عضوا	أ.د. تونسى بن عامر (عميد سابق لكلية الحقوق / جامعة بومرداس)
عضوا	أ. د. محمد حمد العسبلى (مقرر المنتدى الإسلامى للقانون الدولى الإنسانى بليبيا)
عضوا	أ. د. موسى دويك (مدير المعهد الفلسطينى للقانون الدولى الإنسانى-فلسطين)
عضوا	أ.د. سيدي ولد الخباز (رئيس جامعة نواكشوط)
عضوا	أ.د. بظاهر بوجلال (أستاذ بجامعة ليون، مدير مركز التربية والتعليم حول حقوق الإنسان-فرنسا)
عضوا	د. بن شويخ الرشيد (جامعة سعد دحلب البليدة)
عضوا	د. جمال محي الدين (جامعة سعد دحلب البليدة)
عضوا	د. عبد الهادي بن زيطة (جامعة أدرار)
عضوا	د. عجة الجيلالي (جامعة الشلف)
عضوا	د. فزو محمد آكلى (أستاذ القانون العام بكلية الحقوق / جامعة سعد دحلب - البليدة)
عضوا	د. أرزقي العربي أبرباش (كلية الحقوق / جامعة الجزائر)
عضوا	د. سعيد بونزرى (جامعة تيزي وزو)
عضوا	محمد ناصر بوغزالة (أستاذ التعليم العالى / جامعة الجزائر 1 / كلية الحقوق)
عضوا	يحي دنيديني (أستاذ التعليم العالى / جامعة محمد بوقرة - بومرداس - كلية الحقوق)
عضوا	أ.د. حدوم كمال (كلية الحقوق جامعة بومرداس)



دورية سداسية محكمة تصدر عن مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعلّمية-الجزائر

العدد الثالث والعشرون - سبتمبر 2016م - ذو الحجة 1437 هـ

محتويات

الصفحة	بقلم	الموضوع
07	العربي بلحاج نائب رئيس التحرير	الافتتاحية
09	الأستاذ الدكتور: أحمد سي علي أستاذ القانون الدولي - مدير مخبر القانون والأمن الإنساني كلية الحقوق والعلوم السياسية / جامعة - الشلف	مدى فعالية النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في تحريك الدعاوى ضد منتهكي القانون الدولي الإنساني
21	د/ وردة بلقاسم العياشي أستاذ مساعد بقسم الأنظمة - كلية الإدارة والأعمال جامعة الأميرة نورة بنت عبد الرحمن	"إدارة المخاطر والاستراتيجيات المستقبلية: دراسة حالة (شركة المعادن) بالمملكة العربية السعودية
43	د: كريم كريمة كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة - سيدي بلعباس	" المعلومة والمسؤولية الناشئة عنها "
61	د. بعوني خالد أستاذ محاضر قسم - ب- بكلية كلية الحقوق بودواو، بومرداس	تنظيم رخص الإستعمال الخاص غير العادي للأملاك العمومية
77	بن حيدة محمد أستاذ مؤقت كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الطاهري محمد، بشار	" حق الإنسان في معلوماته الشخصية "
93	الأستاذة: بوصلعة ثورية ماجستير في القانون الجنائي - بن عكنون - طالب دكتوراه	بطلان إجراءات الضبطية القضائية
101	الأستاذة: حجي حدة ماجستير في العلوم القانونية والإدارية كلية الحقوق جامعة الجزائر 1. تخصص/دولة ومؤسسات عمومية وفي السنة 1 دكتوراه	إصلاح أساسي للحقوق السياسية للمرأة
119	الأستاذة: شريف أمينة أستاذة مساعدة قسم أ كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة "الطاهر مولاي" سعيدة	معايير المحاكمة العادلة في زمني السلم والحرب
131	الأستاذ: عبد القادر يخلف الباحث في القانون الطبي - جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان - الجزائر	أساس المسؤولية عن الأضرار الناتجة عن عمليات التلقيح الإجباري على ضوء التشريع والقضاء الجزائري والفرنسي
147	الأستاذ: هلال شعوة أستاذ مساعد أ. /كلية الحقوق-جامعة عنابة	حماية المستهلك من جريمة الإعلان التجاري المضلل أو الكاذب

الافتتاحية

بِقلم الاستاذ العربي بلحاج

نائب رئيس التحرير

" المعلومة والمسؤولية الناشئة عنها " تناولت فيه مفهوم المعلومة من خلال تعريفها وطبيعتها القانونية والمسؤولية الناشئة عنها، عقديّة كانت أم تقصيرية، وإمكانية تطبيق أحكام المسؤولية الشئئية في حالة اعتبار المعلومة شيئاً.

المقال الرابع للدكتور بعوني خالد بكلية الحقوق جامعة امحمد بوقرة بومرداس الموسوم بـ " تنظيم رخص الاستعمال الخاص غير العادي للأماكن العمومية " تناول فيه بالدراسة السلطة الإدارية المختصة بمنح الرخص (رخصة الوقوف ورخصة الطريق) كذلك شروط منح رخص الشغل الخاص، المتعلقة بالجانب المالي أو غير المالي، بالإضافة إلى المركز القانوني لصاحب الرخصة وعلاقته بالإدارة ومدى قابلية إنهاء صلاحية الرخصة الممنوحة

المقال الخامس للأستاذ بن حيدة محمد من كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة الطاهري محمد ببشار المعنون بـ " حق الإنسان في معلوماته الشخصية " مقال تناول فيه صاحبه جانباً من حقوق الإنسان الأساسية المرتبطة ارتباطاً وثيقاً بشخصيته وكرامته، حيث عالج الموضوع من خلال مفهوم الحق في المعلومات الشخصية ومكانة هذا الحق ضمن الحقوق الأخرى.

مقال الأستاذة بوصلعة ثورية من جامعة الجزائر هو سادس مقال في هذا العدد، عنوانه بـ " بطلان إجراءات الضبطية القضائية "، تناولت فيه المذاهب النظرية للبطلان وأنواعه، من مطلق إلى نسبي، ثم عرجت على الآثار المترتبة على بطلان الإجراءات من خلال تحديد الأطراف التي يجوز لها التمسك

ها نحن في الموعد مع عدد جديد من دراسات قانونية، مجلتكم التي وصلت إلى عددها الثالث والعشرين، بفضل مساهمات الباحثين من جهة ومجهودات القائمين على تحكيم مقالاتها وإعدادها وإخراجها وتصحيحها وكل ما يلزم من أجل أن تصل إلى أيدي المهتمين بالعلوم القانونية، فجزى الله الجميع.

أول مقال في هذا العدد للأستاذ الدكتور أحمد سي علي من كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، عنوانه بـ " مدى فعالية النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في تحريك الدعاوى ضد منتهكي القانون الدولي الإنساني " تناول فيه بالدراسة نشأة المحكمة الجنائية الدولية ونظامها الأساسي وكذا أجهزة المحكمة من حيث ممارسة الاختصاص الدولي بالإضافة إلى ذلك دور المدعي العام في المحكمة ومدى فعالية صلاحياته.

ثاني بحث في هذا العدد للدكتورة وردة بلقاسم العياشي من كلية إدارة الأعمال بجامعة الأميرة نورة بنت عبد الرحمن من المملكة العربية السعودية، الموسوم بـ " إدارة المخاطر والاستراتيجيات المستقبلية: دراسة حالة (شركة المعادن) بالمملكة العربية السعودية " تطرقت فيه إلى مفهوم إدارة المخاطر من خلال تعريفها ومعنى إدارتها والخطوات المنتهجة في ذلك، ثم عرجت إلى مسألة الحوكمة وآليات التحكم في إدارة هذه المخاطر من خلال تطبيق إدارة رشيدة. وفي الأخير قامت الأستاذة بدراسة حالة شركة المعادن بالمملكة العربية السعودية كأنموذج تطبيقي للدراسة.

مقال الأستاذة كريم كريمة من كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الجبالي اليابس بسيدي بلعباس عنوانه



" حماية المستهلك من جريمة الإعلان التجاري المضلل أو الكاذب " مقال للأستاذ هلال شعوة من كلية الحقوق جامعة عنابة، تناول فيه بالدراسة موضوعا يتعلق بالخداع والغش الذي قد يقع على المستهلك الذي استأمن من يتعامل معه على حياته، خاصة فيما يخص بعض المواد التي تتعلق بمأكله أو مشربه أو مركبه. فتناول الموضوع من حيث التعريف بجريمة الإعلان المضلل والكاذب مستندا في ذلك إلى النصوص القانونية المنظمة لهذه الجريمة، وكذلك أركانها جزاؤها القانوني.

هذه مجمل المقالات التي ضمها هذا العدد، نضعها بين أيديكم للاستفادة منها والإفادة بها، ونعتذر إلى الأساتذة الباحثين عن طول المدة التي استغرقتها عملية النشر، لكن عذرنا في ذلك التزامنا بالأمانة العلمية التي تقتضيها عملية التحكيم والتصحيح وما إلى ذلك.

بالبطلان والدفع به، وكذا آثار تقرير البطلان ومصير الإجراء الباطل.

الأستاذة **حجيمي حدة** أسهمت في هذا العدد بمقالها المعنون بـ " إصلاح أساسي للحقوق السياسية للمرأة " تناولت فيه مدى تكريس الحقوق السياسية للمرأة في النصوص القانونية الدولية والوطنية، كحق المرأة في التصويت والترشح لمناصب عامة وكذا مسألة توسيع تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة من خلال دراستها لآليات توسيع حظوظها في المجالس المنتخبة والتطور الحاصل في التمثيل النسوي في تلك المجالس.

المقال الثامن للأستاذة **شريف أمينة** من كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة الطاهر مولاي بسعيدة الموسوم بـ " معايير المحاكمة العادلة في زمني السلم والحرب " تطرقت فيه إلى المعايير التي جاءت بها الصكوك الدولية، حيث تناولت المعايير المتعلقة بالقضاء، كمبدأ استقلال السلطة القضائية ومبدأ المساواة، ومعايير تتعلق بالمحاكمة، كالإحاطة بالتهمة وأدلتها وحق الدفاع وقرينة البراءة وغيرها، كذلك معايير تتعلق بالشخص محل المتابعة، كمنافشة الشهود وعدم جواز معاقبة المتهم مرتين والحق في الطعن والحق في التعويض.

مقال الأستاذ **يخلف عبد القادر** من جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان عنونه بـ " أساس المسؤولية عن الأضرار الناتجة عن عمليات التلقيح الإجباري على ضوء التشريع والقضاء الجزائري والفرنسي " مقال في مجال قلّ من يكتب فيه عندنا، تناول فيه بالبحث المسؤولية التي تتحملها المرافق الطبية عن الخطأ في عمليات التلقيح الإجباري، سواء كان الخطأ بسيطا أم جسيما، وكذلك مسؤولية الدولة دون خطأ عن عمليات التلقيح الإجباري من خلال دراسة كيفية ظهور هذه المسؤولية وشروط تقريرها. كل هذا من خلال ما جاء في التشريع والقضاء الجزائري والفرنسي.

مدى فعالية النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في تحريك الدعاوى ضد منتهكي القانون الدولي الإنساني

الأستاذ الدكتور: أحمد سي علي
أستاذ القانون الدولي - مدير مخبر القانون والأمن الإنساني
كلية الحقوق والعلوم السياسية / جامعة حسيبة بن بوعلي - الشلف

غاية عام 2000 إلى 39 دولة وبلغ عدد المصادقين عليه 42 دولة فقط.

اعتمدت الاتفاقية رسمياً من قبل مؤتمر الأمم المتحدة الديبلوماسي للمفوضين المعني بإنشاء محكمة جنائية دولية بتاريخ 1998/07/17 ساري النفاذ ابتداء من 2001/06/01.

لقد أعلن نظرياً قيام المحكمة الجنائية الدولية الدائمة بهدف محاكمة مرتكبي الجرائم ضد الإنسانية سواء اقترفت في نزاعات مسلحة دولية أم داخلية وسواء ارتكبت في حالة الحرب أم حالة السلم.

بعد 5 عقود من الحرب العالمية الثانية ونتيجة محاولات متفرقة لإنشاء هذه المحكمة الدائمة، تم التوصل إلى إقرار نظامها الأساسي، الذي يحدد أجهزتها ومجال اختصاصها وأدوات تنفيذها الذي من شأنه تحريك دعاوى ضد مرتكبي جرائم إبادة الجنس البشري، الجرائم ضد الإنسانية، جرائم الحرب وجرائم العدوان، وهي أدوات نتساءل حول مدى فعاليتها ومصداقيتها في تحقيق قواعد هذه الاتفاقية المنشئة للمحكمة الجنائية الدولية، ذلك ما نتناوله بالبحث وفقاً للخطة التالية:

المبحث الأول: المحكمة الجنائية الدولية

المطلب الأول: نشوء المحاكم الجنائية الدولية

المطلب الثاني: النظام الأساسي للمحكمة الجنائية

الدولية وممارسة الاختصاص الدولي

المطلب الثالث: أجهزة المحكمة الجنائية الدولية وممارسة

الاختصاص الدولي

الكلمات الدالة: النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، ممارسة الاختصاص الدولي، المدعي العام لدى المحكمة الجنائية الدولية، مصداقية المدعى العام.

مقدمة:

بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية وما صاحبها من إراقة دماء ملايين البشر، تعهد المجتمع الدولي بأن لا يتكرر ذلك مرة أخرى، ورغم ذلك شهد العالم خلال الفترة الممتدة من انتهاء هذه الحرب وحتى مطلع التسعينات من القرن الماضي ما يقرب من 250 نزاعاً مسلحاً على المستويات المحلية والإقليمية والدولية نتج عنها ما يتراوح تقديراً بين 70 و170 مليون قتيل.

إن هذه الخسائر البشرية المرعبة دفعت بالمجتمع الدولي إلى التصدي لبعض النزاعات بإنشاء محاكم جنائية دولية خاصة ثم التفكير في تأسيس محكمة دائمة تتمثل في المحكمة الجنائية الدولية.

إذا كان السويسري "غوستاف موانيه" واحداً ممن كان له الفضل الأول في تقديم مشروع اتفاقية دولية بشأن إنشاء هيئة قضائية دولية لمنع وردع أي مخالفة لاتفاقية جنيف المؤرخة في 1864/08/22، وذلك باقتراح في سنة 1872 تأسيس محكمة جنائية دولية دائمة بجنيف، فإن محاولته لاقت فشلاً في حينها، لكنها أسست لنجاح جاء بعد 126 عام، وذلك بانعقاد مؤتمر روما بإيطاليا في 17 جويلية سنة 1998 بحضور 160 دولة لأجل اعتماد النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، حيث وافقت عليه 120 دولة واعترضته 7 دول منها الولايات المتحدة الأمريكية، وإسرائيل، والصين والعراق، وامتنعت عن التصويت 21 دولة، ثم تزايد عدد الدول الموقعة إلى

العدل التابعة للجماعات الأوروبية لحقوق الإنسان (1)، فكلها كانت عوامل مشجعة لإنشاء محاكم دولية حتى خارج المنظمات الدولية.

هناك عامل آخر لا يمكن إغفاله وهو تطور القانون الجنائي الدولي الذي أسهم وبشكل ملحوظ خاصة بعد الحرب العالمية الثانية عام 1945 في التمهيد لنشوء المحاكم الجنائية التي تعتبر محكمة "نورينبرغ" لمحاكمة مجرمي الحرب من دول المحور الأوروبية ومحكمة "طوكيو" لمحاكمة مجرمي الحرب في الشرق الأقصى، وهما المحكمتان العسكريتان الدوليتان المؤقتتان المنشأتان للنظر في جرائم الحرب وجرائم ضد السلام وجرائم ضد الإنسانية اللتان اعتبرتتا بمثابة تشريع ذات بأثر رجعي (2)، فكانت المحكمتان بداية التمهيد لإنشاء المحكمة الجنائية الدولية الدائمة.

بعد مرور أكثر من 4 عقود على إنشاء المحكمتين السابقتين لكل من "نورينبرغ" و"طوكيو"، وإبان سقوط الاتحاد "السوفييتي" (سابقا)، ظهرت محكمتان جزائيتان دوليتان، اختصت الأولى بالجرائم التي ارتكبت في يوغسلافيا (سابقا) والثانية اقتصرت بخصوص الإبادة الجماعية التي نتجت عن النزاع داخل رواندا والانتهاكات الصارخة للقانون الدولي الإنساني.

أنشئت المحكمة الأولى بناء على قرار مجلس الأمن رقم 808 بتاريخ 1993/02/22 متبوعا بالقرار رقم 827 بتاريخ 1993/05/25، وأنشئت المحكمة الثانية بموجب قرار مجلس الأمن رقم 870 بتاريخ 1994/05/27 لمحاكمة مرتكبي أعمال الإبادة والانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني في رواندا على إثر أعمال

المبحث الثاني: المدعي العام لدى المحكمة الجنائية الدولية وصلاحياته

المطلب الأول: نظم الادعاء أمام المحكمة الجنائية الدولية

المطلب الثاني: صلاحية المدعي العام لدى المحكمة الجنائية الدولية

المبحث الثالث: مدى فعالية صلاحيات المدعي العام

المطلب الأول: العوامل الخارجية المؤثرة في مصداقية المدعي العام

المطلب الثاني: العوامل الذاتية المؤثرة في مصداقية المدعي العام.

المبحث الأول: المحكمة الجنائية الدولية

نتعرض في هذا المبحث إلى فكرة نشوء المحاكم الجنائية الدولية في مطلب أول، النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية وممارسة الاختصاص الدولي في مطلب ثان، وإلى أجهزة المحكمة الجنائية الدولية وممارسة الاختصاص الدولي في مطلب ثالث.

المطلب الأول: نشوء المحاكم الجنائية الدولية

مما لا شك فيه أن النظر إلى إنشاء قضاء دولي دائم يرجع لكونه عاملا مشجعا على قيام نظام دولي على أساس من القانون والعدل، ومع أن المجتمع الدولي الذي كان مؤسسا على مبدأ السيادة المطلقة للدول لم يعرف أجهزة تمارس الوظيفة القضائية على الصعيد الدولي، إلا أن التطور الذي شهده المجتمع الدولي أدى إلى وجود مثل هذه الأجهزة.

لا ننكر أن وجود المنظمات الدولية سمح بتنظيم الوظيفة القضائية على المستوى الدولي خصوصا ما يسمى بمحاكم عدل دولية كما هي الحال بالنسبة للمحكمة الدائمة للعدل الدولية في عهد عصبة الأمم ومحكمة العدل الدولية في عهد منظمة الأمم المتحدة ومحكمة

¹ شريف عتلم (المنسق الإقليمي لقسم الخدمات الاستشارية باللجنة الدولية للصليب الأحمر): المحكمة الجنائية الدولية - المواءمات الدستورية والتشريعية (مشروع قانون نموذجي)، الطبعة الخامسة ICRC 2008

رقم الإيداع: 2003/7852، ترقيم دولي: ISBN: 4-11-5677-997، ص: 13

² عمر سعد الله: معجم في القانون الدولي المعاصر ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية - بن عكنون / الجزائر الطبعة: 2005، ص: 388، 389

يعرف هذا النظام الأساسي ب: نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، وقد تضمن الديباجة الأساسية ويحتوي على 128 مادة موزعة على 13 بابا تشمل قواعد موضوعية وإجرائية بخصوص تجريم أفعال ومتابعة مرتكبيها⁽³⁾، وأهم اختصاصات هذه المحكمة تتمثل في الفصل في الجرائم التالية:

- جريمة إبادة الجنس البشري
- الجرائم ضد الإنسانية
- جريمة الحرب
- جريمة العدوان⁽⁴⁾.

يشكل هذا النظام الأساسي معاهدة دولية، فلا يجوز وضع تحفظات عليه ولا يمكن تسوية المنازعات الخاصة به إلا عن طريق المفاوضات⁽⁵⁾، وهو يحدد خصائص المحكمة الجنائية فيما يلي:

- إن المحكمة هي هيئة دائمة لها السلطة لممارسة اختصاصها على الأشخاص إزاء أشد الجرائم الدولية خطورة وتكون مكملة للولايات القضائية الجنائية الوطنية وهذا استنادا إلى ما جاء في المادة 1 من النظام الأساسي

- إن علاقة المحكمة الجنائية الدولية بمنظمة الأمم المتحدة تكون بموجب اتفاق تعتمده جميع الدول الأطراف في هذا النظام استنادا إلى المادة 2 منه

- للمحكمة شخصية قانونية دولية ولها اختصاص موضوعي يشمل النظر في جرائم الإبادة الجماعية،

الإبادة التي جرت فيها وما خلفته من فظائع وخسائر فادحة في الأرواح روعت البشرية⁽¹⁾ التي تمثلت في إزهاق حياة نحو 1 مليون من قبائل "التوتسي" هاجمتهم قبيلة "الهوتو"⁽²⁾.

كان لظهور اتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949 والبروتوكولين الإضافيين لعام 1977 دور هام مهد لإنشاء محكمتي يوغسلافيا السابقة عام 1993 ورواندا عام 1993 اللتين كان لقيامهما إضافة هائلة ونوعية في تطوير المسيرة القضائية المتعلقة بموضوع الجرائم الدولية.

مع تطور الأحداث والنزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية برزت مستجدات تتمثل بتنوع الجرائم التي تم اقترافها، الأمر الذي تطلب وضع حلول قانونية لملاحقة مرتكبيها خاصة مع ظهور جريمة العدوان في هذا المجال.

جاء نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية كمحطة رئيسية من محطات التوسع في التجريم بالنسبة للقانون الجنائي الدولي كخطوة جادة وملموسة وعازمة حتى لا يفلت من دائرة العدالة الجنائية الدولية كل من ينتهك قواعد القانون الدولي الإنساني.

كان الهدف من إنشاء محكمة جنائية دولية دائمة لمنحها اختصاصا قضائيا بشأن الجرائم الخطيرة التي تهم المجتمع الدولي باعتبارها مكملة للمحاكم الجنائية الوطنية، علما أن هذه المحكمة ترتبط باتفاقية وصل مع منظمة الأمم المتحدة ويكون مقرها مدينة لاهاي بهولندا حسب المادة 2 منها.

المطلب الثاني النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية

³ وائل أنور بندق: موسوعة القانون الدولي للحرب

دار الفكر الجامعي 30 شارع سوتير - الإسكندرية ص من: 293 إلى 390.

⁴ أحمد سي على دراسات في القانون الدولي الإنساني، المرجع السابق، ص:

193

⁵ شريف عتلم (المنسق الإقليمي لقسم الخدمات الاستشارية باللجنة الدولية للصليب الأحمر): المحكمة الجنائية الدولية - المواءمات الدستورية والتشريعية (مشروع قانون نموذجي)

المرجع السابق، ص: 27، 28.

¹ أحمد سي على: دراسات في التدخل الإنساني

الطبعة الأولى، رقم الإيداع الدولي: 2010/1909، سنة النشر:

2011/2010

دار الأكاديمية طبع - نشر - توزيع، ص: 152

² أحمد سي على دراسات في القانون الدولي الإنساني

الطبعة الأولى 1432هـ - 2011، رقم الإيداع الدولي: 2010/1913 ردمك: 5-6-

9931-9961-978، دار الأكاديمية طبع - نشر - توزيع، ص: 192.

تتكون المحكمة من الأجهزة التالية:

- 1- هيئة الرئاسة: تتكون من رئيس ونائبين له، ويتم انتخاب الرئيس ونائبه الأول والثاني بالأغلبية المطلقة لقضاة المحكمة، ومن مهام هذا الهيئة التنسيق مع المدعي العام فيما يتعلق بكافة الادعاءات على اختلافها
- 2- دائرة الاستئناف، دائرة المحاكمة الابتدائية ودائرة المحاكمة المسبقة التمهيدية

تقوم هذه الدائرة الأخيرة بدراسة ما يعرضه لها المدعي العام قبل إحالة الدعوى للمحكمة، وهي من أهم هذه الدوائر.

3- مكتب المدعي العام: يعمل بصفة مستقلة بوصفه جهازا منفصلا عن المحكمة ويكون مسؤولا عن تلقي الإحالات وأي معلومات موثقة عن جرائم تدخل في اختصاص المحكمة، وينتخب المدعي العام ونوابه من قبل جمعية الدول الأطراف ويستمر في عمله لمدة تسع سنوات.

4- قلم المحكمة: يكون مسؤولا عن الجوانب غير القضائية في إدارة المحكمة وتزويدها بالخدمات الإدارية المطلوبة (4).

ثانيا: الأمل المتبعة في إحالة الدعوى

تمارس المحكمة اختصاصها فيما يتعلق بجريمة مشار إليها في المادة 5 وفقا لقواعد النظام الأساسي في الأحوال التالية:

- إذا أحالت دولة طرف إلى المدعي العام وفقا للمادة 14 من النظام الأساسي حالة يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من هذه الجرائم التي قد ارتكبت

- إذا أحال مجلس الأمن متصرفا بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة حالة إلى المدعي العام يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من هذه الجرائم قد ارتكبت

الجرائم ضد الإنسانية، جرائم الحرب وجريمة العدوان كما سبق ذكره وهذا استنادا إلى المادة 5 من هذا النظام

- تمارس اختصاصها الزمني بشأن الجرائم التي يتم ارتكابها بعد دخول النظام الأساسي حيز التنفيذ، أما بشأن الاختصاص الشخصي فيكون محددًا تجاه الأشخاص الذين يرتكبون جرائم بعد بدء سريان نفاذ دخول النظام الأساسي، ولا يمكن محاكمة أي شخص عن جرائم ارتكبها قبل ذلك، وهذا استنادا إلى المادة 11 منه (1).

- تعمل المحكمة وفق مبدأ التكاملية (2) وأساسه عدم جواز المعاقبة مرتين وإعطاء الدولة المنسوب إليها الفعل غير المشروع فرصة إصلاحه ومعالجته بنفسها دون تدخل جهة خارجية عنها، وبالتالي احترام سيادة الدول، أما إذا لم تتم محاكمة الشخص داخليا أو تمت محاكمته ولكن بطريق صورية، فإن هذا الشخص يظل خاضعا لاختصاص المحكمة الجنائية الدولية الذي يستند إلى المبادئ التالية:

- مبدأ التعاون الدولي

- مراعاة مبادئ المحاكمة الواجبة والعادلة

- عدم تقادم بعض الجرائم الدولية

- مبدأ المسؤولية الفردية

- مبدأ التخصص

- مبدأ المسؤولية الدولية للدولة عن الجرائم الدولية (3).

المطلب الثالث: أجهزة المحكمة وممارسة اختصاص

أولا: تشكيل المحكمة الجنائية الدولية

¹ وائل أنور بندق: موسوعة القانون الدولي للحرب

دار الفكر الجامعي 30 شارع سوتير - الإسكندرية، المرجع السابق، ص: 294، 295.

² شريف عتلم (المنسق الإقليمي لقسم الخدمات الاستشارية باللجنة الدولية للصليب الأحمر): المحكمة الجنائية الدولية - المواءمات الدستورية والتشريعية (مشروع قانون نموذجي) المرجع السابق، ص: 34

³ المرجع ذاته، ص: من 34 إلى 43

⁴ شريف عتلم (المنسق الإقليمي لقسم الخدمات الاستشارية باللجنة الدولية للصليب الأحمر): المحكمة الجنائية الدولية - المواءمات الدستورية والتشريعية (مشروع قانون نموذجي) المرجع السابق، ص: 30.

بتقديم طلب لاحق يستند إلى وقائع وأدلة جديدة تتعلق بالحالة ذاتها.

إذا تبين للمدعي العام بعد الدراسة الأولية أن المعلومات المقدمة لا تشكل أساساً معقولاً لإجراء تحقيق، كان عليه أن يبلغ مقدمي المعلومات بذلك وهذا لا يمنع المدعي العام من النظر في معلومات أخرى تقدم إليه عن الحالة ذاتها في ضوء وقائع وأدلة جديدة⁽²⁾.

المطلب الثاني: نظم الادعاء أمام المحكمة الجنائية الدولية

تتم طرق ممارسة المحكمة لاختصاصاتها سواء أكانت دولة طرفاً إلى المدعي العام إحدى الجرائم أم من خلال مجلس الأمن أو إذا كان المدعي العام قد قام بمباشرة التحقيق، وهذا يعني أن النظام الأساسي قد وسع في صلاحية الجهات التي لها الحق في المطالبة بالتحقيق في ارتكاب الجرائم المذكورة في المادة 5 منه بعد أن كان أمر التحقيق قد انحصر لفترات طويلة في مجلس الأمن فقط كما كان الشأن بالنسبة لقرار إنشاء المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا، وهذا الأمر أضاف للنظام الأساسي مصدرين آخرين بالغي الأهمية وهما:

المصدر الأول: الدول الأطراف في الاتفاقية التي أصبحت بالإضافة إلى مجلس الأمن لها حق طلب التحقيق والمقاضاة في واقعة تمثل جريمة من الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة

المصدر الثاني: مكتب المدعي العام الذي يمكن له أن يبدأ التحقيق من تلقاء نفسه على أساس المعلومات المتعلقة بجرائم تدخل في اختصاص المحكمة ويكون قد تحصل عليها من الدول أو أجهزة الأمم المتحدة أو المنظمات الحكومية أو غير الحكومية أو عبر أي

إذا كان المدعي العام قد بدأ بمباشرة تحقيق فيما يتعلق بجريمة من هذه الجرائم وفقاً للمادة 10 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية⁽¹⁾.

المبحث الثاني: المدعي العام لدى المحكمة الجنائية الدولية وملاحياته

نتناول في هذا المبحث نظم الادعاء أمام المحكمة الجنائية الدولية في مطلب أول ثم نتطرق إلى صلاحية المدعي العام لدى المحكمة الجنائية الدولية في مطلب ثان.

المطلب الأول: صلاحية المدعي العام

يُباشِر المدعي العام التحقيقات من تلقاء نفسه على أساس المعلومات المتعلقة بجريمة تدخل في اختصاص المحكمة، وفي هذه الحالة يقوم بتحليل جديده المعلومات المتلقاة ويجوز له لهذا الغرض التماس معلومات إضافية من الدول أو أجهزة الأمم المتحدة أو المنظمات الحكومية الدولية وغير الحكومية، أو أي مصادر أخرى موثوق بها يراها ملائمة ويجوز له تلقي الشهادة التحريية أو الشفوية في مقر المحكمة.

إذا استنتج المدعي العام أن هناك أساساً معقولاً للشروع في إجراء تحقيق، يقدم إلى الدائرة التمهيدية طلباً للإذن بإجراء تحقيق مشفوع بأي مواد يجمعها ويجوز للمجني عليه إجراء مرافعات لدى الدائرة التمهيدية ووفقاً للقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات.

إذا رأت الدائرة التمهيدية بعد دراستها للطلب وللمواد المؤيدة أن هناك أساساً معقولاً للشروع في إجراء تحقيق وأن الدعوى تقع على ما يبدو في اختصاص المحكمة كان عليها أن تأذن بالبده في إجراء تحقيق وذلك دون المساس بما تقرره المحكمة فيما بعد بشأن الاختصاص ومقبولية الدعوى، ومع ذلك فإن رفض الدائرة التمهيدية الأذن بإجراء التحقيق لا يحول دون قيام المدعي العام

² شريف عتلم (المنسق الإقليمي لقسم الخدمات الاستشارية باللجنة الدولية للصليب الأحمر): المحكمة الجنائية الدولية - المواءمات الدستورية والتشريعية (مشروع قانون نموذجي) المرجع السابق، ص: 198

¹ راجع المادة 14، 10 من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية اعتمد من قبل مؤتمر الأمم المتحدة الدبلوماسي للمفوضين المعني بإنشاء محكمة جنائية دولية بتاريخ 17/07/1998، تاريخ النفاذ: 01/06/2001 وفقاً للمادة 126 من النظام الأساسي



المنظمات الحكومية أو غير الحكومية، ويجوز له تلقي الشهادة التحريية أو الشفوية في مقر المحكمة (2).

إذا استنتج المدعي العام أن هناك أساساً معقولاً للشروع في إجراء تحقيق يقدم إلى الدائرة التمهيدية طلباً بالإذن لإجراء تحقيق مشفوع بأي مواد مؤيدة يجمعها، ويجوز للمجني عليهم إجراء مرافعات لدى الدائرة التمهيدية استناداً إلى القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات وفقاً لما يلي:

- إذا رأت الدائرة التمهيدية بعد دراستها للطلب والمواد المؤيدة أن هناك أساساً معقولاً للشروع في إجراء تحقيق وأن الدعوى من اختصاص المحكمة كان عليها أن تأذن بالبداية في إجراء التحقيق دون المساس بما تقرره المحكمة فيما بعد بشأن الاختصاص ومقبولية الدعوى (3)

- إن رفض الدائرة التمهيدية الأذن بإجراء التحقيق لا يحول دون قيام المدعي العام بتقديم طلب لاحق يستند إلى وقائع أو أدلة جديدة تتعلق بالحالة ذاتها.

المبحث الثالث: مدى فعالية ملاحيات المدعي العام

قبل البحث في هذا الموضوع لا بد لنا من بيان أن مصداقية المدعي العام لو توفرت فإنها ستكون الأساس القانوني لتحريك الدعاوى ضد مرتكبي الجرائم المعاقب عليها وفقاً للنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، لاسيما بعد أن تبين لنا أن طرق الادعاء أمام المحكمة الجنائية الدولية تتم إذا أحالت دولة طرف موقعة ومصدقة على نظام روما، أو إذا أحال مجلس الأمن بأعضائه الخمسة الدائمين متصرفاً بموجب الفصل السابع من ميثاق منظمة الأمم المتحدة دون أن يمارس حق الفيتو من إحدى الدول الأعضاء.

يجب أن يكون قرار مجلس الأمن صادراً بالإجماع من طرف الأعضاء الدائمين، ذلك أنه إذا ما استخدم حق

مصادر أخرى موثوق بها يراها ملائمة، وذلك وفقاً لقواعد الفقرات 1 و2 من المادة 15 من النظام الأساسي (1).

لقد حُوّل للمدعي العام الحق في الإذن ببدء التحقيق استناداً إلى أي معلومات يتلقاها من أي مصادر موثوق بها، وهو أمر وإن كان له جانب إيجابي، لكنه يظهر بجانب سلبي عندما يوسع من الجهات التي لها الحق في التحقيق والمقاضاة.

ثانياً - نظم الادعاء أمام المدعي العام

سواء تحقق الادعاء الأولي من خلال الدولة الطرف أم من خلال المدعي العام أم مجلس الأمن، فلا بد من نظم إجرائية افتراض نظام روما ضرورة انصهار مجمل هذه الادعاءات داخلها وهي:

- الادعاء المثبت والخطي من قبل الدولة الطرف، أي مذكرة مكتوبة ومدعمة بمستندات تؤكد ارتكاب جرائم دولية يتعلق بمناسبتها الاختصاص النوعي والشخصي، والهدف هنا يكمن في تجنب الادعاءات الكيدية أو مجهولة المصدر أمام المدعي العام، وبالتالي عند إحالة دولة طرف للمدعي العام لحالة يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من تلك التي تدخل في اختصاص المحكمة أن تطلب من المدعي العام التحقيق في الحالة وظروفها وتكون مشفوعة بمستندات مؤيدة.

- إذا كان الادعاء مباشرة من قبل المدعي العام للمحكمة، فله الحق في أن يبشر التحقيقات من تلقاء نفسه على أساس المعلومات المتعلقة بجرائم تدخل في اختصاص المحكمة وعليه بتحليل جديّة المعلومات، كما يحق له التماس معلومات إضافية من الدولة أو أجهزة الأمم المتحدة أو

² شريف عتلم (المنسق الإقليمي لقسم الخدمات الاستشارية باللجنة الدولية للصليب الأحمر): المحكمة الجنائية الدولية - المواءمات الدستورية والتشريعية (مشروع قانون نموذجي)

المرجع السابق، ص: 164، 165

³ المرجع ذاته، ص: 166

¹ راجع المادة 15 من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية اعتمد من قبل مؤتمر الأمم المتحدة الديبلوماسي للمفوضين المعني بإنشاء محكمة جنائية دولية بتاريخ 17/07/1998، تاريخ النفاذ: 01/06/2001 وفقاً للمادة 126 من النظام الأساسي

نظام المحكمة بتاريخ 2000/12/31 ولم تصدق عليه إلى حد الآن⁽¹⁾.

لقد امتنعت الولايات المتحدة الأمريكية وإسرائيل عن التوقيع على نظام روما في حينه لأن السياسة الأمريكية ناهضة على أساس إخضاع القانون الدولي ذاته لمقتضيات السيادة الأمريكية.

تمسكت الولايات المتحدة بمبدأ سيادة الدولة حتى لو كان موافقا لنظرية التدخل الإنساني القسري ثم عادت إلى التعسف بهذه السيادة سواء في مواجهة أفغانستان، الصومال والعراق وفي مناطق أخرى من العالم.

إن هذا التناقض فرض على المدعي العام ضياعا كبيرا في كل حالة تعرض عليه قضية ما للنظر فيها، وهي هل يتمسك بمبدأ سيادة الدولة كما تريد أمريكا أم مبدأ التدخل الإنساني؟ بل إن هذا التعارض لا يزال قائما حتى يومنا الحاضر.

من جهة ثانية، سعت الولايات المتحدة إبان مؤتمر روما إلى المطالبة بتمكين مجلس الأمن وحده برخصة الادعاء أمام المحكمة وقامت بمعارضة شديدة لمنح هذا الاختصاص لدولة طرف وكذلك للمدعي العام على حد سواء، وهذا لا يخفى على المدعي العام الحالي.

صحيح أن ميثاق روما لم يمر انتهاء إلى مبيعة الموقف الأمريكي إلا على نحو جزئي وفق المادة 12 الفقرة 2 من نظام روما التي منحت الاختصاص القسري للمحكمة

الفيثو، الذي كثيرا ما تلجأ إليه الدول الغربية وعلى رأسها الولايات المتحدة الأمريكية، وهو غالبا ما يعتبر عقبة كبيرة في إنصاف الشعوب، فلا يبقى سوى الطريق الثالث، أي أن يباشر المدعي العام هذا التحقيق، وهنا نتساءل عن مدى توافر هذه المصادقية؟

للجواب عن ذلك، وحتى لا نتهم بمصادرة الإجابة، لا بد لنا من تحليل ذلك من خلال عوامل خارجية فرضها نظام روما وهي تتعلق بالصلاحيات التي يكملها المدعي العام يليها عوامل ذاتية تتعلق بوجهة نظره الخاصة وسلوكه الشخصي. نتناول في هذا المبحث العوامل الخارجية المؤثرة في مصادقية المدعي العام في مطلب أول وإلى العوامل الذاتية المؤثرة في مصادقية المدعي العام في مطلب ثان.

المطلب الأول: العوامل الخارجية المؤثرة

في مصادقية المدعي العام

يمكن تحليل هذه العوامل من خلال العقوبات والصعوبات التي أرسنها دبلوماسية المناورة لدى الولايات المتحدة الأمريكية أثناء الإعداد لإنشاء نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية التي يمكن تلخيصها في الآتي:

بداية، انصرفت الولايات المتحدة الأمريكية خلال بدء انعقاد مؤتمر روما لإقرار نظام عمل المحكمة، إلى تقييد عمل المحكمة من خلال الخضوع الدائم للولاية الاستثنائية للمحكمة إلى الموافقة المسبقة لدولة جنسية المتهم بصفة خاصة، وكان هدفها هو التستر على الجناة الأمريكيين ومنهم العسكريون حال ارتكابهم بالخارج لجرائم خطيرة وانتهاكات جسيمة للقانون الدولي الإنساني.

تحفظت الولايات المتحدة الأمريكية على النص الخاص بتجريم أسلحة الدمار الشامل بثتى أنواعها وعدم الاقتصار على الأسلحة الكيماوية والبيولوجية فقط، كما تحفظت مع إسرائيل على النص الخاص بتجريم الترحيل القسري وإدراج الاستيطان كوسيلة من وسائل التغيير الديمغرافي لطبيعة الأراضي المحتلة، لهذه الأسباب وغيرها وقعت دولتان على

¹ دراسات في القانون الدولي الإنساني: إعداد نخبة من المتخصصين والخبراء تقديم الدكتور مفيد شهاب - أستاذ القانون الدولي العام ووزير التعليم العالي والدولة للبحث العلمي - دار المستقبل العربي 41 شارع بيروت مصر الجديدة، القاهرة

صدر هذا الكتاب عن: بعثة اللجنة الدولية للصليب الأحمر بالقاهرة، رقم الإيداع في دار الكتب القومية: 2000/7271، الترقيم الدولي للكتاب: ISBN 977-239-163-5

مقال للأستاذ الدكتور محمود شريف مسيوني بعنوان: النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ص: 456



عليها خاصة بالنسبة لجرائم الحرب لدى حصول ادعاء بأن مواطنين من تلك الدولة قد ارتكبوا جريمة حرب فوق إقليمها، وهو ما سمي برخصة "الأوب أوت" (2).

إن هذه الجرائم هي التي اشتهرت بارتكابها كل من الولايات المتحدة الأمريكية وحليفتها إسرائيل، بل حتى هذا الموقف لم تكتف به الولايات المتحدة لمرة واحدة بل طلبت أن يكون مفتوحا وقابلا للتجديد بحيث يفلت الجاني من أي عقوبة، وباختصار، إن القيود المسبقة من خلال نظام روما الأساسي كمرحلة أولى من الادعاء سيؤدي بالضرورة إلى تقييد كل عمل جاد يؤدي إلى إرساء العدالة الدولية للإنسانية.

المطلب الثاني العوامل الذاتية المؤثرة في

مداقية المدعي العام

حددت المادة 13 من اتفاقية روما الأساسي نظامين للادعاء الدولي لينعقد الاختصاص التبعية للمحكمة الجنائية الدولية إضافة إلى الادعاء من مجلس الأمن، فقد يكون من قبل دولة طرف وأخرى من المدعي العام، ومثل هذا يمكن توسيمه بالادعاء القضائي، غير أنه إلى جانب ذلك النظام المزدوج للادعاء الدولي القانوني، فإن المادة 13 تبنت نظاما آخر للادعاء أمام المحكمة يمكن توسيمه هنا بالادعاء السياسي (3)، وهذا ما يجعل ادعاء المدعي العام يتعرض لعقوبات عديدة قبل إحالة الادعاء للمحكمة تتعلق بذات المدعي العام.

صحيح أن المدعي العام ونوابه من القضاة مشهود لهم بالنزاهة والكفاءة، لكن الأمر ليس كذلك في مرحلتنا الحاضرة على الأقل، فمع ذلك وتحليل المادة 13 الفقرة أ، استحدثت اتفاقية روما نظام المدعي العام للثبوت من جدية الادعاءات المرفوعة إلى المحكمة قبيل إحالتها الاحتمالية إليها من قبله.

بمناسبة الجرائم المحالة إليها من قبل مجلس الأمن (1)، فقد شكل ذلك قيودا موضوعيا ليس كليا لكنه مؤثر لدرجة معينة.

لما كانت جرائم الحرب والعدوان من الجرائم التي يهتز لها الضمير البشري يتطلب إيقاع أشد العقوبات بالجناة تصل إلى حد الإعدام، فإن ما جاءت به المادة 77 من نظام روما لجهة العقوبات واجبة التطبيق في مواجهة الجناة تستبعد عقوبة الإعدام حتى لو انصرفت إلى جرائم الإبادة الجماعية، وهذا ما يخالف ما قرره محاكم جنائية دولية سابقة كما في محكمتي "تورمبرغ" و"طوكيو" حيث تقرر فيهما عقوبة الإعدام في مواجهة مجرمي الحرب.

يشكل ذلك تقييدا كبيرا لما يمكن أن تكون عليه العقوبة عند إدانة المتهمين في جرائم ضد الإنسانية أو العدوان وجرائم أخرى وتقييدا لعمل المدعي العام ذاته وتأثيرا في مصداقيته لأن الولايات المتحدة الأمريكية كانت تسعى من وراء ذلك لتمكين مجرمي الحرب من مواطنيها من الإفلات من العقاب.

إن وجود المادة 126 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الذي يتطلب استيفاء 60 وثيقة للتصديق أو القبول أو الانضمام لتطبيق اتفاقيات جريمة إبادة الجنس البشري أو اتفاقيات جنيف وبروتوكولها الإضافيين لمن يخالف قواعد القانون الدولي الإنساني سيؤدي إلى صرف العديد من الدول عن عقد اختصاص المحكمة المستحدثة وعدم إنفاذ نظام روما في مواجهتها لأن هذه الدول تعلم الفشل المسبق في جميع مثل هذه الأصوات، وهذا القيد يرتب ثقلا على المدعي العام، وهو يعلم أنه لم يصل إلى مبتغاه.

هناك مسألة أخرى تتعلق بوجود المادة 124 من نظام روما التي أشارت إلى أنه يجوز للدولة عندما تصبح طرفا في النظام الأساسي أن تعلن عدم قبولها اختصاص المحكمة لمدة سبع سنوات من بدء سريان هذا النظام

² شريف عتلم (المنسق الإقليمي لقسم الخدمات الاستشارية باللجنة

الدولية للصليب الأحمر): المحكمة الجنائية الدولية -المواءمات

الدستورية والتشريعية (مشروع قانون نموذجي)

المرجع السابق، ص: 158.

³ المرجع ذاته، ص: 161

¹ راجع المادة 12 الفقرة 2 من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية

اعتمد من قبل مؤتمر الأمم المتحدة الدبلوماسي للمفوضين المعني

بإنشاء محكمة جنائية دولية بتاريخ 1998/07/17، تاريخ النفاذ:

2001/06/01 وفقا للمادة 126 من النظام الأساسي

مصادر أخرى موثوق بها يراها ملائمة، ويجوز له تلقي الشهادة التحريرية أو الشفوية في مقر المحكمة.

لا شك أن مصدر معلومات المدعي العام والحالة هذه ستكون من خلال موظفي منظمة الأمم المتحدة الذين قد لا يزودونه بالمعلومات الصحيحة أو الكافية، علما أن العوامل الذاتية لمصادقية المدعي العام ترتبط بعاملين ذاتيين هما:

- الإبقاء على صلته الوثيقة بالأمم المتحدة

- التأثير الذي تتم ممارسته عليه من قبل الولايات المتحدة وحلفائها

إن دلينا يكون استنادا إلى المادة 42 الفقرة 4 من النظام الأساسي للمحكمة التي مفادها أن المدعي العام ينتخب بالاقتراع السري بالأغلبية المطلقة لأعضاء جمعية الدول الأطراف، ويتولى المدعي العام ونوابه مناصبهم لمدة تسع سنوات ما لم يتقرر لهم عند انتخابهم لمدة زمنية أقصر⁽¹⁾، وبالتالي لا شك أن الولايات المتحدة الأمريكية وسيطرتها على عدد كبير من الدول سيؤثر في اختيار المدعي العام الذي تريده وهذا قد يعرفه هذا المدعي العام مسبقا.

نذكر هنا أن الولايات المتحدة الأمريكية حاولت عند مناقشة قانون مؤتمر روما الأساسي استنهاض آلية يكون من شأنها تقييد سلطات المدعي العام لمواجهة المثالب الاحتمالية لنهوض نظام المدعي العام الفرد.

استتبع ذلك أن صار في واقع الأمر نظام روما وكلما وجد أساسا معقولا للشروع في التحقيقات أن يحيل الادعاء برمته إلى إحدى الدوائر القضائية التمهيدية للمحكمة ذاتها بغية استفتاء الإذن منها بإجراء هذه التحقيقات، مما أدى إلى أن يصبح للدائرة القضائية التمهيدية للمحكمة وحدها التي تتشكل بحسب المادة 39

يتبين أن هذه المادة خاصة الفقرة: ج تكشف أن الولايات المتحدة الأمريكية بالنظر إلى ما بذلته من جهد منذ انعقاد مؤتمر روما لأن يكفل هذا النظام إلى استئثار انعقاد الاختصاص أمام المحكمة لمجلس الأمن وحده لأنها كانت ترى أن المدعي العام إذا لم يكن خاضعا للأهواء السياسية الأمريكية فقد يرتب لمجلس الأمن وحده لأنها كانت ترى أن المدعي العام إذا لم يكن خاضعا لأهواء السياسة الأمريكية فقد يرتب ذلك احتمالا أن يرخص له إذن استشارة الاختصاص التبعية للمحكمة بمناسبة الجرائم الأشد خطورة التي قد يضطلع بها بالخارج الرعايا الأمريكيون كلما كانت الجرائم قيد النظر قد ارتكبت داخل دولة قبلت اختصاص المحكمة.

إن هذه العوامل الذاتية الرامية إلى إرضاء سياسة الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها سيكون دائما حاضرا في شخص المدعي العام الذي سيتم فرضه وتعيينه من خلال الدول التي تهيمن عليها.

لو افترضنا من جهة ثانية أن المدعي العام وردته أي معلومات موثقة ومستندة، فيكون عليه أن يتحقق من صحتها أيا كان مصدر الشكوى المرفوعة إليه سواء أكان من هيئات غير حكومية أم أفراد أم عن أي مصادر أخرى موثوق فيها يراها المدعي العام ملائمة،

وبتحليل هذه الموثوقية من جهة والمصادر من جهة أخرى، لا نجد في تاريخ المحكمة الجنائية الدولية أي قضية كان فيها المدعي العام يمتلك هذه المصادقية.

من جهة ثالثة، لو افترضنا أن المدعي العام قد تخلى عن خضوعه لأي إملاءات أو توجيهات استنادا لما منحت له المادة 10 من فقرتها الأولى والثانية التي مفادها أن للمدعي العام أن يباشر التحقيقات من تلقاء نفسه على أساس المعلومات المتعلقة بجرائم تدخل في اختصاص المحكمة، وبعدها يقوم بتحليل جدية المعلومات المتلقاة ويجوز له لهذا الغرض التماس معلومات إضافية من الدول أو أجهزة الأمم المتحدة أو المنظمات الحكومية الدولية أو غير الحكومية أو أي

¹ راجع المادة 42 الفقرة 4 من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية

اعتمد من قبل مؤتمر الأمم المتحدة الدبلوماسي للمفوضين المعني بإنشاء محكمة جنائية دولية بتاريخ 1998/07/17، تاريخ النفاذ:

2001/06/01 وفقا للمادة 126 من النظام الأساسي



عليه اليوم من تطوير وتأثير على الرأي العام، يمكن اعتبارها السلطة الأولى المؤثرة حتى في اتخاذ القرار السياسي ليس في الولايات المتحدة الأمريكية وحدها فقط، بل في دول الغرب الأخرى، ولا يخفى على أحد أن اللوبي الصهيوني يمتلك سيطرة شبه كلية على وسائل الإعلام في الغرب، وقد استطاع تسخير هذه الوسائل لخدمة أهدافه وأغراضه وادعاءاته المضللة والكاذبة.

إن ما يمكن أن يصدق على العامة يمكن أن يصدق أحيانا على بعض الخاصة في مناحي وجوانب الحياة المختلفة، فهذا العامل لا يمكن إهماله كعامل ذاتي في التأثير على إيجاد أفكار مسبقة يمكن أن يكون عليها المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية قناعته، وبالتالي ابتعاده عن الموضوعية.

لا شك أنه ليس هناك اختلاف في أنه منذ إنشاء هذه المحكمة قام المدعي العام بالنظر بطلبات إحالة تقدم بها الأفراد وأحيانا مؤسسات، فقد اقتصر دوره في هذه الحالات على استلام مستندات الادعاء لتسليمها إلى الدائرة التمهيديّة، وهذه بدورها كأحد أجهزة المحكمة لا يمكن أن نحكم عليها بالموضوعية المطلقة في كل ما تقوم بدراسته لأن لها حق القرار إما في الموافقة على الادعاء أو الإعادة برفض هذا الادعاء، وبالتالي، فإن المدعي العام يعلم مسبقا بأنه ليس هو صاحب القرار في رفعه الدعوى، بل هو مستلم لمستندات يتسلمها، هذا بافتراض أن هذا الادعاء المقدم لن يمس بدولة لها تأثير كبير على أجهزة المحكمة، فالشعور المسبق يكون لديه بأنه ليس الفاعل الأساسي في الادعاء سيجعل من عمله أيضا بعيدا عن المصادقية في إرساء قواعد العدل والإنصاف.

نعتمد من جهتنا بأنه إذا كانت الضحية دولة صغيرة أو ضعيفة أو أفراد منها والمتهم ممن تحميهم الولايات المتحدة الأمريكية، فإن المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية، وبافتراض أنه قبل كافة الوثائق والأدلة المقدمة له من المدعين فإن جهده الأكبر سيكون منصبا في البحث عن أي سبب أو معلومة مهما قل شأنها ليتخذها كدليل على أن الادعاء القائم أمامه ليس كافيا للبدء في الإجراءات القانونية لإحضار المتهمين ومحاكمتهم،

الفقرة 2 من عدد من القضاة يتراوح عددهم بين ثلاثة وقاض واحد ولهم قول الفصل في شأن الإذن للمدعي العام بالشروع في إجراء مثل هذه التحقيقات الدولية (1).

إن الادعاءات الدولية التي يستثيرها على نحو مباشر المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية ذاته، فقد كان من شأن المادة 15 من نظام روما أن ضمنّت في ذلك الشأن فقرتيها الأولى والثانية في ذلك الأخير أن يستحث الاختصاص الدولي التبعية للمحكمة الجنائية الدولية بمناسبة أي معلومات موثقة ومصدرة قد يتحقق له استيفؤها أيا كان مصدر الشكوى المرفوعة عليه وسواء تمخض من ثم ذلك المصدر عن هيئات غير حكومية أم أفراد أم عن أي مصادر أخرى موثوق فيها يراها المدعي العام ملائمة (2)

يكون المدعي العام ولعلمه المسبق بأنه لن تكون له القدرة على إقناع قضاة هذه الدائرة الذين يخضعون لإملاءات الدول المسيطرة على منظمة الأمم المتحدة وأولها الولايات المتحدة الأمريكية، فإن ذلك قد يدفعه إلى التردد والمماطلة كثيرا لو أن الأمر تعلق بأفراد لهم علاقة بالولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها من الغرب وإسرائيل على الخصوص، لكنه لن يتردد لو أن الأمر تعلق بدولة ضعيفة أو صغيرة، وبالتالي فالأدلة المقدمة إليه ستكون مشفوعة بقناعته الخاصة، وهو لا يستطيع تكوين قناعة ذاتية لأن اختياره المسبق لهذا المنصب جاء لإرضاء هذه الدول.

من جانب آخر لا ننسى دور الإعلام وتأثيره، فإذا كانت الصحافة تدعى بالسلطة الرابعة، فإن وسائل الإعلام مع ما تتوفر عليه من إمكانيات تكنولوجية وما أصبحت

¹ شريف عتلم (المنسق الإقليمي لقسم الخدمات الاستشارية باللجنة الدولية للصليب الأحمر): المحكمة الجنائية الدولية -المواءمات الدستورية والتشريعية (مشروع قانون نموذجي)

المرجع السابق، ص: 166

² شريف عتلم (المنسق الإقليمي لقسم الخدمات الاستشارية باللجنة الدولية للصليب الأحمر): المحكمة الجنائية الدولية -المواءمات الدستورية والتشريعية (مشروع قانون نموذجي)

المرجع السابق، ص: 165

الدولية كهيئة قضائية عالمية تسعى للحد من ظاهرة الإفلات من العقاب للجرائم الدولية المرتكبة بحق الإنسانية سواء كان مرتكبوها أفرادا عاديين أم عسكريين أم قادة أم رؤساء، إلا أنه بعد أن تحولت الفكرة إلى الواقع والتطبيق، تبين أن هذه المحكمة كانت ميسرة قبل تأسيسها.

إن إجماع الكثير من الدول عن التصديق على نظام المحكمة الجنائية الدولية لهو إدراك صحيح ناجم عن قراءة لمستقبل هذه المحكمة بأنها لن تكون محكمة قضائية أو قانونية وإنما سياسية، وبالتالي فإن المدعي العام لن يكون بأي حال أفضل من حال موظف كبير في منظمة الأمم المتحدة التي لم يعد خافيا على أحد سيطرة الولايات المتحدة الأمريكية عليها. وأرى أن تسمية أمينها العام بأنه أشبه بموظف لدى الخارجية الأمريكية فيه من الصواب والدقة.

إن ما تنتهجه الدول الصغرى أو المعتدى عليها من أسلوب اللجوء إلى رفع دعاوى أمام محاكم دول يأخذ قضاؤها الاختصاص الدولي شاملا لاسيما لجهة معاقبة المتهمين بجرائم ضد الإنسانية وكذلك مجرمو الحرب وجرائم العدوان إنما هو الوسيلة المثلى لملاحقتهم في كل مكان ومعاقبتهم على أعمالهم العدوانية، وإن كانت النتائج لن تظهر قريبا لكنها تكفي أن تجعل هذه الفئة يعيشون حياة الخوف من اعتقالهم واحتجازهم في دول عديدة من العالم، ونأمل أنه سيأتي ذلك اليوم الذي ينال فيه كل من انتهك القانون الدولي الإنساني خلال نزاع مسلح مهما كانت طبيعته جزءا.

مع مراعاة ما تقدم ذكره، ولتحقيق فاعلية المحكمة الجنائية الدولية لهدفها، نقدم بعض الاقتراحات التي نعتبرها ضرورية لمواجهة الوضع الحالي للقضاء الجزائي الدولي التي نلخصها في الآتي:

- ضرورة تعاون الدول الكبرى بحسن نية وبكل إخلاص للعدالة مع أجهزة المحكمة الجنائية الدولية وتعهدا بتنفيذ التزاماتها الدولية على الصعيدين الداخلي والدولي

وبالتالي سيفقد القدرة وبعامل ذاتي أيضا على اتخاذ القرار والاتهام.

الخاتمة

يتبين على ضوء ما تقدم أن مسألة المصادقية في عمل المحكمة الجنائية الدولية لا تقتصر على صلاحيات المدعي العام وإنما تشمل كافة أجهزتها ودوائرها كهيئة قضائية عالمية مما جعلها محل جدل بين مختلف الاتجاهات ذات الصلة.

هناك اتجاه ثابت في القانون الدولي والقوانين الوطنية للمحاكمة يقرر معاقبة مرتكبي الجرائم الدولية، إلا أن ذلك يتطلب أن يكون المعيار واحدا والمكيال واحدا يستبعد الأهواء والاعتبارات السياسية وخصوصا فكرة المعاملة المزدوجة أو فكرة الكيل بمكيالين والأخذ بمعيارين، وهما فكرتان مطبقتان حاليا على نطاق واسع في العلاقات الدولية وحتى في إطار المنظمات الدولية بما فيها هذه المحكمة وأجهزتها، ودليلنا أنه حتى بعد دخول المحكمة الجنائية الدولية حيز التنفيذ وممارستها لسلطاتها، إلا أننا نجد أن مرتكبي الجرائم الدولية ضد الإنسانية مازالوا يتمتعون بحرياتهم وهم ليسوا متأثرين بأفعالهم كونهم تحت حماية دولة معينة لها وزنها المتميز.

إن المحكمة الجنائية الدولية وهي نتيجة النظام الدولي الحالي الذي نرى فيه أنه نتاج بعض الدول الكبرى توجهه وتخضعه لها، فيما الدول الضعيفة مجبرة على الخضوع له، ولذلك فقد أدى هذا النظام لا إلى تطبيق سليم للشرعية الدولية أو تطويرها وإنما إلى طمسها كليا وتامها.

إن علة النظام الدولي الحالي تكمن في كونه نظاما يستند بل ويقوم على أساس من التفرقة والتمييز بين من يملكون القوة ومن لا يملكونها، ولهذا أصبح العالم الحالي بتركيبته يشكل ميدان المتناقضات، بل بعبارة أدق ميدان الغلبة والبقاء للأقوى تسيطر عليه الدول العظمى.

عندما تأسست منظمة الأمم المتحدة في القرن الماضي تطلعت إليها الدول الصغيرة والضعيفة في حينها علي أنها ستكون الحامي والراعي لحقوق الدول كافة بما فيها هذه الدول المستضعفة حديثة النشأة، غير أننا نلاحظ أنها ليست كذلك، وعندما تم طرح فكرة المحكمة الجنائية



تقديم الدكتور مفيد شهاب - أستاذ القانون الدولي العام ووزير
التعليم العالي والدولة للبحث العلمي - دار المستقبل العربي 41
شارع بيروت مصر الجديدة، القاهرة

صدر هذا الكتاب عن: بعثة اللجنة الدولية للصليب الأحمر
بالقاهرة

رقم الإيداع في دار الكتب القومية: 2000/7271 - التقييم الدولي
للكتاب:

ISBN 977-239-163-5

5-عمر سعد الله: معجم في القانون الدولي المعاصر

ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية - بن عكنون /
الجزائر الطبعة: 2005

6-وائل أنور بندق: موسوعة القانون الدولي للحرب

دار الفكر الجامعي 30 شارع سوتير - الإسكندرية - جمهورية
مصر العربية.

ثانيا: **الاتفاقيات الدولية: 1-نظام روما الأساسي للمحكمة
الجنائية الدولية**

اعتمد من قبل مؤتمر الأمم المتحدة الديبلوماسي للمفوضين
المعني بإنشاء محكمة جنائية دولية بتاريخ 17/07/1998، تاريخ
النفاذ: 01/06/2001 وفقا للمادة 126 من النظام الأساسي

- السعي الجاد والدائم إلى مراجعة النظام الدولي من
خلال تبني اتفاقية دولية بشأن عدم التمييز في الخضوع
للقانون الدولي العام عموما والقانون الدولي الإنساني
على الخصوص

- البدء بالإصلاحات التدريجية لنظام التمثيل لدى
مجلس الأمن لا سيما لجهة الدول دائمة العضوية

نأمل أن يأتي ذلك اليوم الذي تصبح فيه كافة الدول على
قدم المساواة في المنظمة الدولية وعندها ستكون المحكمة
الجنائية الدولية ومدعيها العام خير ضمان للعدالة
الإنسانية التي ينشدها ويتطلع إليها بنو البشر.

تم بحمد الله وتوفيقه وكفى

يوم الخميس 13 ذو القعدة 1432 هـ الموافق ل 19

سبتمبر 2013

الأستاذ الدكتور أحمد سي علي

المراجع

أولا: الكتب

1-أحمد سي علي: دراسات في القانون الدولي الإنساني

الطبعة الأولى 1432هـ - 2011، رقم الإيداع الدولي: 2010/1913
ردمك: 6-5-9931-9961-978، دار الأكاديمية طبع - نشر -
توزيع.

2-أحمد سي علي: دراسات في التدخل الإنساني

الطبعة الأولى، رقم الإيداع الدولي: 2010/1909، سنة النشر:
2010/2011 دار الأكاديمية طبع - نشر - توزيع.

3-شريف عتلم (المنسق الإقليمي لقسم الخدمات الاستشارية
باللجنة الدولية للصليب الأحمر): المحكمة الجنائية الدولية:
المواءمة الدستورية والتشريعية (مشروع قانون نموذجي)،
الطبعة الخامسة: سنة 2008، رقم الإيداع: 2003/7859، التقييم
الدولي ISBN: 997-5677-11-4

4-دراسات في القانون الدولي الإنساني: إعداد نخبة من
المتخصصين والخبراء

"إدارة المخاطر والاستراتيجيات المستقبلية: دراسة حالة (شركة المعادن) بالمملكة العربية السعودية"

كهد / وردة بلقاسم العياشي
أستاذ مساعد بقسم الأنظمة - كلية الإدارة والأعمال
جامعة الأميرة نورة بنت عبد الرحمن

مقدمة:

مقدمة

إن موضوع إدارة المخاطر أصبح محل اهتمام الكثير من السلطات العامة أو السلطات الرقابية بل أيضا استحوذ على اهتمام المؤسسات المالية ومجموعة العشر التي تعتبر هي المنظمة الأساسية للعولمة، والجدير بالذكر أن إدارة المخاطر التقليدية تركز على المخاطر الناتجة عن أسباب مادية أو قانونية مثال: الكوارث الطبيعية أو الحرائق، الحوادث، الموت، والدعاوي القضائية (ومن جهة أخرى فإن إدارة المخاطر المالية تركز على تلك المخاطر التي يمكن إدارتها باستخدام أدوات المالية التي تركز على تلك المخاطر التي يمكن إدارتها باستخدام أدوات المقايضة المالية.

إن حدوث سلسلة من الأزمات والمخاطر في الكثير من المؤسسات العامة والخاصة في مختلف أنحاء دول العالم، التي كان السبب الرئيسي في انفجارها، الفساد وسوء الإدارة وافتقار المؤسسات إلى الرقابة والخبرة بالإضافة إلى نقص الشفافية، مما أدى إلى بروز مفهوم الحوكمة (الإدارة الرشيدة) التي تضمن حسن إدارة المؤسسات والمنظمات وتحد من التصرفات غير السليمة للقيادات، كما أن الجدير بالذكر أن الحوكمة ظهرت كجزء من ثقافة عالمية تهض على تعزيز مشاركة الأطراف المجتمعية المختلفة مع الحكومة في صنع وتنفيذ السياسات العامة للتعبير عن التفاعل أو المشاركة بين الدولة والمجتمع المدني والقطاع الخاص لتحقيق التنمية المستدامة. وسنحاول معالجة هذا الموضوع من خلال الخطة التالية:

الفصل الأول: مفهوم إدارة المخاطر وأهم تطوراتها
المبحث الأول: تعريف المخاطر وتحديد أصنافها وأبعادها
المبحث الثاني: معنى إدارة المخاطر وأهم خطواتها
الفصل الثاني: الحوكمة وآليات التحكم في إدارة المخاطر في عصر الاضطرابات
المبحث الأول: مدى تطبيق الإدارة الرشيدة في مختلف مراحل استراتيجيات التحوط في إدارة المخاطر
المبحث الثاني: سياسات إدارة المخاطر وتنفيذ مختلف مستويات الحوكمة:

" دراسة حالة من شركة المعادن "

بالمملكة العربية السعودية

خاتمة: النتائج والتوصيات

A scientific paper entitled: (Future risks and strategies,a case study of Saudi Arabian Mining Coompany)

Abstract:

The occurrence of a series of crises and risks in many public and private institutions in various parts of the world – wich the main cause for their explosion was corruption, mismanagement, lack of control and expertise, in addition to a lack of transparency-led to the emergence of the concept of governance (good



الفصل الأول: مفهوم إدارة المخاطر وأهم تطوراتها

المبحث الأول: تعريف المخاطر وتحديد أبعادها وأبعادها

**أولاً/ تعريف المخاطر:

يمكن تعريف المخاطر بأنها مزيج مركب من احتمال تحقق الحدث ونتائجه، وتعرف المخاطر أيضاً بأنها عبارة عن ربط بين احتمال وقوع حدث والآثار المترتبة على حدوثه.

ويمكن النظر إلى تعريف الخطر من عدة زوايا، وفيما يلي سنتناول مضامينها ومحتواها:

*-**الخطر من المنظور القانوني:** "هو احتمالية وقوع حادث مستقبلاً، أو حلول أجل غير معين خارج إرادة المتعاقدين قد يهلك الشيء بسببه، أو يحدث ضرر منه" (1).

*-**الخطر من وجهة نظر التأمين:** "هو حادث مستقبل محتمل الوقوع لا يتوقف على إرادة أي الطرفين اللذين تم بينهما العقد" (2).

*-**المخاطر من المنظور المالي:** "تعرف بأنها إمكانية حدوث انحراف في المستقبل بحيث تختلف النتائج المرغوب في تحقيقها عما هو متوقع. أو "عدم التأكد من الناتج المالي في المستقبل لقرار يتخذه الفرد الاقتصادي في الحاضر على أساس نتائج دراسة سلوك الظاهرة الطبيعية في الماضي" (3).

*-**المخاطر من المنظور الرقابي:** "تمثل الآثار غير المواتية الناشئة عن أحداث مستقبلية متوقعة أو غير متوقعة تؤثر على ربحية المؤسسة ورأس مالها".

*-**المخاطر من المنظور الاقتصادي:** "هي الحالة التي تتضمن احتمال الانحراف عن الطريق الذي يوصل إلى نتيجة متوقعة أو مأمول" (4) كما ينظر إليها على أنها توقع اختلافات في العائد بين المخطط والمطلوب والمتوقع حدوثه. (الهوري سيد، 1985، ص 109) (5).

governance), which ensures good management of institutions and organizations, and limit the unsound actions by leaders. It is also worth mentioning that governance emerged as part of a global culture to enhance the participation of various parties of community with the government in the making and implementation of public policies to express interaction or partnership between the state and civil society and the private sector to achieve sustainable development. We will try to address this issue through the following plan:

Introduction:

Chapter one: The concept of risk management and the most important development.

The first topic: the definition of risk, its types and dimensions.

The second topic: the meaning of risk management and the most important steps.

Chapter two: Governance and control mechanisms in the management of risk in an era of unrest.

The first topic: the extent of applying good governance in various stages of precaution strategies in risk management.

The second topic: risk management policies and the implementation of various levels of governance((Case study Mining company in Riyadh, Kingdom of Saudi Arabia.

Conclusion: Findings and recommendations.

المخاطر الإستراتيجية على اعتبار أنها لا تحدث بشكل منتظم (7).

- مخاطر إستراتيجية: تتضمن الخسائر التي تنشأ من أسباب بخلاف التغيرات في الاقتصاد، مثل أخطار الطبيعة وعدم نزاهة الأفراد الآخرين. ولأنها قابلة للتنبؤ، فهي تصلح أكثر للمعالجة بواسطة التأمين من المخاطر الديناميكية.

*- مخاطر بحثة ومخاطر المضاربة:

- مخاطر مضاربة: هي عبارة عن موقفا يحمل إمكانية حدوث إما خسارة أو مكسبا.

- مخاطر بحثه: هي فئة من المخاطر تكون فيها الخسارة هي النتيجة الوحيدة الممكنة. وترتبط المخاطر البحثة بأحداث أو عوامل خارجة عن سيطرة الطرف المعرض للخطر.

لتوافق مع القوانين: يهتم بنواحي مثل الصحة والسلامة، والبيئة، والمواصفات التجارية، وحماية نظم المعلومات، والتوظيف والنواحي القانونية.

- انطلاقا مما تقدم نستطيع استخلاص مسببات المخاطر على النحو التالي:

- أسباب المخاطر الاستراتيجية: تتمثل في (المنافسة - تغيرات الزبائن - تغيرات الصناعة - طلبات العملاء).

- أسباب المخاطر المالية: تتمثل في (أسعار الفائدة - الصرف- الائتمان).

- أسباب المخاطر التشغيلية: تتمثل في (التنظيمات- الثقافة - تركيبة مجلس الإدارة).

- المخاطر الأخلاقية: تتمثل في (العقود - الحوادث الطبيعية - الموردون - المحيط).

**** - ثالثا / أهداف المخاطر وأبعادها:**

يرى الكثير من الباحثين في مجال إدارة المخاطر أن هناك طرق عديدة لتصنيف المخاطر في المؤسسة، والتي تستخدم لتحديد التأثير الكلي عليها لذا سنحاول استعراض أهمها فيما يلي:

** ثانيا/المسببات الرئيسية للمخاطر: يمكن أن تنتج المخاطر التي تواجه أي مؤسسة وأنشطتها من عوامل خارجية أو داخلية، ويمكن أن تنتج من عوامل داخلية وخارجية معا، ويمكن تحديد مسببات المخاطر من خلال تصنيف أنشطة المؤسسة أو المنظمة، وهذا ما سنتطرق إليه فيما يلي:

*- إستراتيجية: تهتم بالأهداف الاستراتيجية طويلة الأجل للمنظمة، ويمكن أن تتأثر بعدة عوامل منها(مدى توافر رأس المال والمخاطر السياسية والسيادية، والتغيرات القانونية والتشريعية، والسمعة، وتغيرات البيئة الطبيعية).

*- تشغيلية: تهتم بنواحي النشاط اليومي التي تواجهها المنظمة خلال سعيها نحو تحقيق الأهداف الاستراتيجية.

*- الإدارة المعرفية: تهتم بالإدارة الفعالة والرقابة على مصادر المعرفة والإنتاج وغيرها من عوامل الحماية والاتصالات. وقد تتضمن العوامل الخارجية الاستخدام غير المسموح به أو سوء الاستخدام للملكية الفكرية، وانقطاع الطاقة، والمنافسة التكنولوجية، وقد تتضمن العوامل الداخلية فشل النظم الإدارية أو فقدان أهم عناصر القوى البشرية.

*- مالية: تهتم بالإدارة الفعالة والرقابة على النواحي المالية للمنظمة وتأثير العوامل الخارجية مثل مدى توافر الائتمان، وأسعار الصرف، وتحركات أسعار الفائدة ومختلف التعرضات السوقية الأخرى.

*- المخاطر الخاصة تتصل بمؤسسة بعينها أو بنوع معين من الأصول (6).

*- مخاطر إستراتيجية ومخاطر ديناميكية:

- مخاطر ديناميكية، يقصد بها تلك المخاطر الناشئة من حدوث تغيرات في الاقتصاد، والمخاطر الديناميكية تنفيذ في العادة المجتمع على المدى الطويل حيث إنها نتيجة لتعديلات وتسويات لتصحيح إساءة تخصيص الموارد، ورغم أن هذه المخاطر الديناميكية قد تؤثر في عدد كبير من الأفراد، إلا أنها أقل قابلية للتنبؤ من



*-مخاطر المال ومخاطر الأعمال:

- مخاطر الأعمال تأتي من طبيعة أعمال المؤسسة وتصل بعوامل تؤثر في منتجات السوق.

- أما المخاطر المالية فمصدرها الخسائر المحتملة في الأسواق المالية نتيجة تقلبات المتغيرات المالية.

وتكون هذه المخاطر في العادة مصاحبة لنظام الاستدانة (الرافعة المالية) حيث أن المؤسسة المالية تكون في وضع مالي لا تستطيع فيه مقابلة التزاماتها من أصولها الجارية.

*-مخاطر عامة ومخاطر خاصة:

- المخاطر العامة ترتبط بأحوال السوق أو الاقتصاد عامة.

المبحث الثاني: معنى إدارة المخاطر وأهم خطواتها

****اولا/ تعريف إدارة المخاطر:** هي "تنظيم الحياة مع توقع أحداث مستقبلية تؤدي إلى تأثيرات غير ملائمة" (7)، وعرفت أيضا بأنها: "الوسائل المنظمة لتحديد وقياس المخاطر مع تطوير واختيار وإدارة الخيارات الملائمة للتعامل معها" (8).

-وتعرف أيضا بأنها: "الإجراءات التي تتبعها المنظمات بشكل منظم لمواجهة الأخطار المصاحبة لأنشطتها، بهدف تحقيق المزايا المستدامة من كل نشاط ومن محفظة كل الأنشطة" (9).

-وتعتبر إدارة المخاطر جزء أساسي في الإدارة الاستراتيجية لأي منظمة أو مؤسسة، فهي تهتم بإحكام الرقابة والسيطرة على المخاطر في جميع أنشطة المؤسسة، وتحديد العلاج النوعي لكل نوع من أنواع المخاطر وعلى جميع مستوياتها، بالإضافة إلى إعداد الدراسات قبل الخسائر أو بعد حدوثها، وذلك بغرض منع ودفع حدوثها، أو تكرار مثل هذه المخاطر (10).

-والجدير بالذكر أن التركيز الأساسي لإدارة المخاطر الجيدة هو التعرف على الأخطار ومعالجتها. ومن بين الأهداف الأساسية لإدارة المخاطر ما يلي:

٨- إدارة المخاطر تساعد على فهم الجوانب الإيجابية والسلبية المحتملة لكل العوامل التي قد تؤثر على المنظمة، فهي تزيد من احتمال النجاح وتخفف كلا من احتمال الفشل وعدم التأكد من تحقيق الأهداف العامة للمنظمة.

٨- أنشطة إدارة المخاطر يجب أن تكون مستمرة ودائمة التطور وترتبط باستراتيجية المنظمة وكيفية تطبيق تلك الاستراتيجية. ويجب أن تتعامل بطريقة منهجية مع جميع الأخطار التي تحيط بأنشطة المنظمة في الماضي والحاضر وفي المستقبل على وجه الخصوص.

٨-تقوم إدارة المخاطر بالحماية وبإضافة قيمة للمنظمة ولمختلف الأطراف ذات المصلحة من خلال دعم أهداف المنظمة عن طريق:

-تقديم إطار عمل للمنظمة بغرض دعم تنفيذ الأنشطة المستقبلية بأسلوب متناسق ومتحكم فيها.

-تطوير أساليب اتخاذ القرار والتخطيط وتحديد الأولويات عن طريق الإدراك الشامل والمنظم لأنشطة المنظمة، والتغيرات والفرص السلبية والإيجابية المتاحة.

-المساهمة في الاستخدام (التخصيص) الفعال لرأس المال والموارد المتاحة للمنظمة.

-خفيض التقلبات في مجالات النشاط غير الأساسية.

-حماية وتطوير أصول وسمعة المنظمة.

-تطوير ودعم القوى البشرية وقاعدة معلومات المنظمة.

-تعظيم كفاءة التشغيل (11).

**ثانيا/ أهم خطوات عملية إدارة المخاطر:

1-التخطيط: يكون التخطيط لعملية إدارة المخاطر برسم خريطة نطاق العمل والأساس والمعايير التي سيعتمد عليها وكذلك وضع إطار للعملية وأجندة للتحليل.

2-التعرف على المخاطر: إن التعرف على المخاطر يتم عن طريق:

إدارة المخاطر ضمن مرحلة التصور للمشروعات وخلال مراحل تنفيذ مشروع معين.

تطوير الإستراتيجية والسياسة	تحديد الإدارة المسؤولة عن تطوير الإستراتيجية والسياسة
التقدير الكمي	الأهمية والاحتمال
الإجراء المتوقع للتطوير	توصيات لتخفيض المخاطر
أساليب المعالجة والتحكم في المخاطر	الوسائل الأولية التي يتم بواسطتها إدارة المخاطر حالياً ومستويات الثقة في أساليب التحكم المطبق.
التحمل	توقعات لخسارة والتأثير للخطر، احتمال وحجم الخسائر على العوائد المتوقعة
توقعات الإدارة العليا	أو اصحاب المصلحة وتوقعاتهم
طبيعة المخاطر	مثال: إستراتيجي، تشغيلي، مالي، معرفي، وقانوني
مجال المخاطر	الوصف غير الكمي للأحداث وحجمها ونوعها وعددها وعدم استقلاليتها
المخاطر	إسم الخطر

جدول وصف المخاطر (14)

6-تقدير المخاطر:

يمكن تقدير المخاطر بأسلوب كمي أو نوعي من حيث احتمال التحقق والنتائج المحتملة. والنتائج من حيث التهديدات أو فرص النجاح قد تكون مرتفعة أو متوسطة أو منخفضة، كما قد تكون الاحتمالات مرتفعة أو متوسطة أو منخفضة إلا أنها تتطلب تعريفات مختلفة من حيث التهديدات وفرص النجاح (15).

*والجدير بالذكر أن لتقدير المخاطر خصائص أهمها ما يلي:

٨-التحديد المعتمد على الأهداف: إن المنظمات والفرق العاملة على مشروع ما جميعها لديها أهداف، فأى حدث يعرض تحقيق هذه الأهداف إلى خطر سواء جزئياً أو كلياً يعتبر خطورة.

٨- التحديد المعتمد على التصنيف: وهو عبارة عن تفصيل جميع المصادر المحتملة للمخاطر.

٨-مراجعة المخاطر الشائعة: في العديد من المنظمات هناك قوائم بالمخاطر المحتملة (12).

3-تحديد المخاطر:

٨- التعرف على المخاطر ذات الأهمية.

٨-يمكن أن يبدأ التعرف إلى المخاطر من مصدر المشاكل أو المشكلة بحد ذاتها.

٨-عندما تعرف المشكلة أو مصدرها فإن الحوادث التي تنتج عن هذا المصدر أو تلك التي قد تقود إلى مشكلة يمكن البحث فيها (13).

4-تحليل المخاطر:

إن العمل على عدم تعرض المنظمة للخطر والمجازفة يتطلب معرفة جوهرية بالمنظمة والسوق التي تشارك فيه، والبيئة القانونية والاجتماعية والسياسية والثقافية التي تتواجد ضمنها، ويتطلب كذلك الفهم السليم لأهداف المنظمة الاستراتيجية والتشغيلية، ويشمل ذلك العوامل الحيوية لضمان والفرص والتهديدات المرتبطة بتحقيق تلك الأهداف.

5-وصف المخاطر:

يهدف وصف المخاطر إلى عرض الأخطار التي تم تعريفها بأسلوب منهجي، (مثلاً باستخدام جدول) ويمكن استخدام جدول منفصل لوصف المخاطر لتسهيل عملية وصف وفحص الأخطار، واستخدام أسلوب مصمم بطريقة جيدة ضروري للتأكد من إجراءات تعريف ووصف وفحص الأخطار بطريقة شاملة. وإذا أخذنا في عين الاعتبار نتائج واحتمالات كل خطر متضمنها الجدول، يصبح من الممكن إعطاء الأولوية للأخطار الرئيسية والتي تحتاج إلى التحليل بطريقة أكثر تفضيلاً. ومن الضروري دمج



- ٨- ادراك أهمية ثقة أصحاب المصلحة في المنظمة.
 ٨- معرفة كيفية إدارة الاتصالات مع مجتمع الاستثمار كلما أمكن ذلك.
 ٨- التأكد من تطبيق أنشطة إدارة المخاطر بفاعلية.
 ٨- إصدار سياسة إدارة المخاطر واضحة بحيث تغطي فلسفة إدارة المخاطر ومسئوليتها.

* يجب على وحدات العمل:

- ٨- التعرف على الأخطار التي تندرج ضمن منطقة مسؤولياتهم وتأثيراتها المحتملة على مناطق أخرى، وتأثير المناطق الأخرى على وحدة العمل.
 ٨- اعداد مؤشرات الأداء التي تسمح لهم بمراقبة الأنشطة الرئيسية والمالية، ومراقبة مدى التقدم تجاه الأهداف والتعرف على التطورات التي تتطلب مثل (التنبؤات والموازنات).

- ٨- تصميم نظم للتبليغ عن الانحرافات في الموازنات والتنبؤات بطريقة منتظمة للسماح باتخاذ القرارات المناسبة.

- ٨- التبليغ المنظم والسريع إلى الإدارة العليا عن أي أخطار جديدة أو فشل في إجراءات التحكم المطبقة.

* ويجب على الأفراد:

- ٨- إدراك مسؤولياتهم عن الأخطار الفردية.
 ٨- إدراك كيفية المساهمة في التطوير المستمر لأدوات إدارة المخاطر.

- ٨- إدراك أن إدارة المخاطر والوعي بالمخاطر هما الجزء الأساسي في ثقافة المنظمة.

- ٨- التبليغ المنظم والسريع للإدارة العليا عن الأخطار الجديدة أو فشل إجراءات التحكم المطبقة (17).

9- إعداد تقارير المخاطر والاتصالات (التقرير

الخارجي):

- * تحتاج المنظمة إلى تقديم تقرير إلى أصحاب المصلحة بشكل منتظم موضحا سياسات إدارة المخاطر ومدى الفاعلية في تحقيق أهدافها (يتطلع أصحاب المصلحة بصفة متزايدة إلى المنظمة لتقديم الدليل على

- ٨- يمكن استخدام نتائج عملية تحليل المخاطر لأعداد وصف لخصائص المخاطر والتي ستعطي بدورها تصنيف حسب الأهمية النسبية لكل خطر كما ستوفر أداة لترتيب مجهودات معالجة المخاطر حسب أولوياتها، وسيؤدي ذلك إلى ترتيب كل خطر تم تعريفه بحيث يعطي صورة لأهمية النسبية.

- ٨- يسمح هذا الأسلوب برسم المخاطر على منطقة النشاط التي تتأثر به، وكذلك وصف إجراءات التحكم المطبقة، وتحديد المجالات التي قد يحتاج فيها زيادة استثمارات التحكم في المخاطر أو تخفيضها أو أعاده توزيعها.

- ٨- التعريف بالمسؤولية يساعد على التعرف على ملكية المخاطر، وحديد أفضل الموارد الإدارية الواجب تخصيصها.

7- تقييم المخاطر:

- عندما يتم الانتهاء من عملية تحليل المخاطر، فإنه من الضروري إجراء مقارنة بين تقدير الأخطار ومقاييس المخاطر التي تم إعدادها بواسطة المنظمة. ومقياس المخاطر قد يتضمن العوائد والتكاليف ذات العلاقة، والمتطلبات القانونية والعوامل الاجتماعية والاقتصادية والبيئية، واهتمامات أصحاب المصلحة. ويستخدم تقييم المخاطر لاتخاذ قرارات تجاه الأخطار ذات الأهمية للمنظمة، وفيما إذا كان المخاطر يجب قبوله أو معالجته (16).

8- إعداد تقارير المخاطر والاتصالات (التقرير

الداخلي):

- تحتاج مستويات مختلفة داخل المنظمة إلى معلومات متنوعة عن عملية إدارة المخاطر.

- * ويجب على الإدارة العليا (مجلس الإدارة) مايلي:

- ٨- المعرفة بأهم الأخطار التي تواجه المنظمة.
 ٨- المعرفة بالتأثيرات المحتملة على حملة الأسهم عند تحقق انحرافات عن المدى المتوقع للأداء.

- ٨- توفير مستويات مناسبة من الوعي داخل المنظمة.

***- يجب أن يقدم أي نظام لمعالجة المخاطر (كحد أدنى) ما يلي:**

٨- التشغيل الفعال والكفاء للمنظمة.

٨- الرقابة الداخلية الفعالة.

٨- القوانين والتشريعات

***- ترتبط عملية فعالية تكلفة إجراءات التحكم في المخاطر بتكلفة تطبيق تلك الإجراءات بالمقارنة بالمزايا المتوقعة من تخفيض المخاطر.**

**** - طرق التعامل مع المخاطر (18):**

*- بعد أن تتم عملية التعرف على المخاطر وتقييمها فإن جميع التقنيات المستخدمة للتعامل معها تقع ضمن مجموعات رئيسية هي:

٨- **النقل:** وهي وسائل تساعد على قبول الخطر من قبل طرف آخر وعادة ما تكون عن طريق العقود أو الوقاية المالية. التأمين هو مثال على نقل الخطر عن طريق العقود وقد يتضمن العقد صيغة تضمن نقل الخطر إلى جهة أخرى دون الالتزام بدفع أقساط التأمين.

٨- **التجنب:** وتعني محاولة تجنب النشاطات التي تؤدي إلى حدوث خطر ما. ومثال على ذلك عدم شراء ملكية ما أو الدخول في عمل ما لتجنب تحمل المسؤولية القانونية. إن التجنب يبدو حلاً لجميع المخاطر ولكنه في الوقت ذاته قد يؤدي إلى الحرمان من الفوائد والأرباح التي كان من الممكن الحصول عليها من النشاط الذي تم تجنبه.

٨- **التقليص:** وتشمل طرق للتقليل من حدة الخسائر، ولعل أحسن مثال على ذلك شركات تطوير البرمجيات التي تتبع منهجيات للتقليل من المخاطر وذلك عن طريق تطوير البرامج بشكل تدريجي.

٨- **القبول:** ويعني قبول الخسائر عند حدوثها. إن هذه الطريقة تعتبر استراتيجية مقبولة في حالة المخاطر الصغيرة والتي تكون فيها تكلفة التأمين ضد الخطر على مدى الزمن أكبر من إجمالي الخسائر.

فاعلية إدارة الأداء غير المالي للمنظمة في مجالات مثل شؤون المجتمع، وحقوق الإنسان، وممارسات التوظيف، والصحة والسلامة، وحماية البيئة).

***- تتطلب السيادة التنظيمية الحيدة أن تتبنى المنظمات أسلوب منهجي في إدارة المخاطر بحيث:**

- يحمي مصالح مختلف أطراف المصلحة في المنظمة.
- يتأكد من قيام مجلس الإدارة بتنفيذ واجباته الخاصة بإدارة الاستراتيجية وبناء القيم ومراقبة أداء المنظمة.
- يتأكد من تطبيق وسائل الرقابة الإدارية وأدائها بشكل كافي.

***- يجب أن تكون إجراءات إعداد تقارير المخاطر واضحة ومتوفرة لدى أصحاب المصلحة في المنظمة.**

***- يجب على معد التقارير الرسمية أن يتناول:**

- ٨- أساليب الرقابة، خاصة المسؤوليات الإدارية لإدارة المخاطر.
- ٨- الإجراءات المستخدمة في تعريف الأخطار وكيفية التعامل معها بواسطة نظم إدارة المخاطر.
- ٨- تطبيق نظم الرقابة الأولية بغرض إدارة الأخطار الهامة.
- ٨- تطبيق نظم المتابعة والمراجعة.

***- يجب تسجيل أي نقص كبير غير مغطى من قبل النظام أو أي نقص في النظام نفسه، وكذلك تحديد الخطوات التي تم اتخاذها بالفعل للتعامل مع هذا النقص.**

10- معالجة المخاطر:

تعتبر معالجة المخاطر بمثابة عملية اختيار وتطبيق إجراءات بغرض التغيير في المخاطر. وتتضمن معالجة المخاطر التخفيض (التحكم في المخاطر) كأحد أهم عناصرها، وتمتد أكثر إلى تجنب المخاطر، وتمويل المخاطر.



*- يجب أن تشير المنظمة إلى أي متطلبات قانونية فيما يخص بيان سياسة المنظمة مثال الصحة والسلامة.

*- ترتبط بعمليات إدارة المخاطر مجموعة مندمجة من الأدوات والتقنيات يتم استخدامها في المراحل المختلفة للنشاط. وللعمل بشكل فعال تتطلب عملية إدارة المخاطر:

٨- التزام الرئيس التنفيذي ومدراء المنظمة.

٨- توزيع المسؤوليات داخل المنظمة.

٨- تخصيص الموارد الملائمة لتدريب وتطوير الوعي بالمخاطر من قبل أصحاب المصلحة.

*- يقع على عاتق الإدارة العليا مسؤولية تحديد الاتجاه الاستراتيجي للمنظمة، وخلق بيئة وهياكل إدارة المخاطر لتعمل بصورة فعالة. ويمكن أن يتم ما سبق من خلال مجموعة من المدراء، أو لجنة غير تنفيذية، أو لجنة المراجعة أو أي وظيفة تتلاءم مع أسلوب المنظمة في العمل وتكون قادرة على العمل كراعي لإدارة المخاطر.

*- وتجدر الإشارة إلى أنه يجب أن تأخذ الإدارة العليا بعين الاعتبار عند تقييم نظام الرقابة الداخلية مايلي:

٨- طبيعة ومدى حجم الأخطار المقبولة التي تستطيع المنظمة تحملها ضمن نشاطها الخاص.

٨- احتمالية تحقق تلك الأخطار.

٨- كيفية إدارة الأخطار غير المقبولة.

٨- قدرة المنظمة على تخفيض احتمال تحقق المخاطر وتأثيره على النشاط.

٨- تكاليف وعوائد المخاطر وأنشطة التحكم في المخاطر المطبقة.

٨- الآثار الضمنية لقرارات الإدارة العليا على المخاطر.

ب - دور وحدات العمل: لقد انبثق لوحدها العمل أدوار أهمها ما يلي:

- تتحمل وحدات العمل المسؤولية الأولى في إدارة المخاطر على أساس يومي.

- كما أن كل المخاطر التي لا يمكن تجنبها أو نقلها يجب القبول بها. وتعد الحرب أفضل مثال على ذلك حيث لا يمكن التأمين على الممتلكات ضد الحرب.

٨- الاستسلام: يجب حساب العامل النفسي لدى الجهة المخاطرة وإقناعها بالتوجه إلى المصلحة الدائمة لا السريعة.

11- مراقبة ومراجعة عمليات إدارة

المخاطر:

*- تتطلب إدارة المخاطر الفعالة نظام لتقديم التقارير والمراجعة للتأكد من التعرف الفعال على الأخطار وفحصها وأن إجراءات التحكم في المخاطر الملائمة قد تم اتخاذها. ويجب إجراء المراجعة الدورية للسياسة ومستويات التوافق مع القوانين، ومراجعة معايير الأداء لتحديد فرص التطوير.

*- يجب تذكر أن المنظمات وعلى البيئية التي تعمل فيها وأنه تم عمل التعديلات الملائمة للنظم.

*- يجب أن تتأكد عملية الرقابة من تطبيق إجراءات التحكم المناسبة على أنشطة المنظمة، وأن الإجراءات قد تم فهمها وأتباعها.

*- يجب على أي عمليات للرقابة والمراجعة أن تحدد فيما إذا كانت:

٨- الإجراءات المتبعة قد أعطت النتائج المخطط له.

٨- الإجراءات المتبعة والمعلومات التي تم جمعها بغرض فحص الأخطار كانت ملائمة.

٨- التطوير المعرفي قد ساعد على الوصول إلى قرارات أفضل وتحديد الدروس المستفادة لفحص وإدارة الأخطار مستقبلا (19).

** - ثلاث/ التنظيم الهيكلي لإدارة المخاطر:

١ - سياسة إدارة المخاطر:

*- يجب على سياسة إدارة المخاطر بالمنظمة أن تضع منهجها وميولها تجاه المخاطر وكذلك منهجها في إدارة المخاطر. كما يجب على سياسة المخاطر تحديد المسؤوليات تجاه إدارة المخاطر داخل المنظمة كلها.

٨- تركيز عمل المراجع الداخلي على الأخطار الهامة، التي تم تحديدها بواسطة الإدارة، ومراجعة عمليات إدارة المخاطر داخل المنظمة.

٨- تقديم الدعم الفعال والمشاركة في عمليات إدارة المخاطر.

٨- تسهيل أنشطة تحديد وفحص الأخطار وتعليم العاملين بإدارة المخاطر والمراجعة الداخلية.

٨- تنسيق عملية إعداد تقرير المخاطر المقدم للإدارة العليا ولجنة المتابعة الداخلية.

*- بغرض تحديد الدور الأكثر ملاءمة لمنظمة معينة، يجب على المراجعة الداخلية التأكد من عدم الإخلال بالمتطلبات المهنية الخاصة بتحقيق الاستقلالية والموضوعية (22).

و- الموارد والتطبيق:

*- يجب توفير الموارد الضرورية لتطبيق سياسة إدارة المخاطر بالمنظمة.

*- تحتاج إجراءات التحكم إلى قياسها من حيث التأثير الاقتصادي والاجتماعي المتوقع في حالة عدم اتخاذ أي إجراء بالمقارنة بتكلفة الإجراءات المقترحة، وكذلك تحتاج إلى معلومات أكثر تفصيلاً وافتراسات أكثر مما هو متوفر حالياً.

*- يجب أولاً تحديد تكاليف التطبيق، ويجب حسابها بدقة معقولة لأنها ستصبح الأساس الذي ستقاس على أساسه فعالية التكاليف. كما يجب تقدير التكلفة المتوقعة في حالة عدم اتخاذ أي إجراء، ثم بمقارنة النتائج يمكن للإدارة أن تقرر تطبيق أو عدم تطبيق إجراءات التحكم في المخاطر.

*- التوافق مع القوانين والتشريعات ليس اختياري، حيث يجب على المنظمة أن تتفهم القوانين المطبقة، وأن تطبق نظام للرقابة لتحقيق التوافق مع القوانين. ويوجد أحياناً

- تعتبر وحدات العمل مسؤولة عن نشر الوعي بالمخاطر داخل نشاطها، كما يجب تحقيق أهداف المنظمة من خلال نشاطها.

٨- يجب أن تصبح إدارة المخاطر موضوعاً للاجتماعات الدورية للإدارة وذلك للأخذ في الحسبان مجالات التعرض للخطر ووضع أولويات العمل في ضوء تحليل فعال للخطر.

٨- يجب أن تتأكد إدارة وحدة العمل من شمول إدارة المخاطر ضمن المرحلة الذهنية للمشروعات وحتى انتهاء المشروع.

٢- وظيفة إدارة المخاطر: اعتماداً على حجم المنظمة قد يتحمل وظيفة إدارة المخاطر من مدير للخطر يعمل جزء من الوقت، إلى قسم لإدارة المخاطر يعمل طول الوقت. ويجب أن تتضمن وظيفة إدارة المخاطر ما يلي: (20)

٨- وضع سياسة واستراتيجية إدارة المخاطر.

٨- التعاون على المستوى الاستراتيجي والتشغيلي فيما يخص إدارة المخاطر.

٨- تصميم ومراجعة عمليات إدارة المخاطر.

٨- التنسيق بين أنشطة مختلف الوظائف التي تقدم النصيحة فيما يخص نواحي إدارة المخاطر داخل المنظمة.

٨- تطوير عمليات مواجهة المخاطر والتي تتضمن برامج الطوارئ واستمرارية النشاط (21).

٨- إعداد التقارير عن المخاطر وتقديمها للإدارة العامة وأصحاب المصلحة.

د - دور المراجع الداخلي: قد يختلف من منظمة لأخرى، وعملياً قد يتضمن دور المراجع الداخلي على مايلي:



العامة أو الخاصة بطريقة تحمي أموال المستثمرين والمقرضين وكافة أصحاب المصلحة كما أنها تخلق ضمانات ضد الممارسات غير الأخلاقية، أو مانعني بها الممارسات الدالة على سوء إدارة المؤسسات (26).

وآخرون ينظرون إليها باعتبارها مجموعة ممارسات وعدد من الأنشطة ويرون أن الحوكمة:

*- عبارة عن أسلوب ممارسة سلطات الإدارة الرشيدة.

*- تعني الممارسات والكيفية التي يتم بها ضبط أداء الشركات ورفع كفاءتها من أجل دعم الأداء الاقتصادي والقدرات التنافسية وجذب الاستثمارات.

*- الحوكمة تعني قيام مجلس الإدارة بالعديد من الأنشطة والممارسات نيابة عن المستثمرين والتي تتضمن مساءلة المديرين ومحاسبتهم عن أدائهم لتحقيق أهداف المؤسسة أو الشركة.

وانطلاقاً مما سبق يمكننا القول أن الحوكمة: "عبارة عن مجموعة من المبادئ الإدارية والمحاسبية والمالية لرقابة ومكافحة الفساد المالي ومنع انهيار الشركات وذلك من خلال التحديد الدقيق للحقوق والمسؤوليات بين مختلف المشاركين في الشركة مثل مجلس الإدارة والمديرين والمساهمين ومختلف أصحاب المصالح الآخرين، كما أنها تبين القواعد والإجراءات لاتخاذ القرارات بخصوص مختلف شؤون الشركة، وهي بذلك توفر الهيكل الذي يمكن من خلاله وضع أهداف الشركة ووسائل تحقيق تلك الأهداف ورقابة الأداء (27).

ولعل تجب الإشارة هنا إلى أن الحوكمة تركز بشكل مباشر على المساءلة والشفافية التي ينتج على تطبيقها ما يلي:

٨- تأكد أفراد الشعب بأن الحكومة والمنظمة تقوم على خدمة مصالحهم.

٨- تساعد وتفيد في توجيه استثمارات المواطنين.

بعض المرونة في حالة أن تكلفة تخفيض خطر ما لا تتناسب مع تلك المخاطر (22).

*- إحدى وسائل الحصول على حماية مالية ضد تأثير الأخطار عن طريق تمويل المخاطر هي التأمين، ومع ذلك يجب ملاحظة أن بعض الخسائر أو بعض عناصر الخسارة غير قابلة للتأمين، على سبيل المثال التكاليف غير القابلة للتأمين المصاحبة للحوادث الصحية والسلامة والبيئية، والتي قد تتضمن أضرار لنفسية الموظف ولسمعة المنظمة (23).

الفصل الثالث: الحوكمة وآليات التحكم في إدارة المخاطر في عصر الاضطرابات

المبحث الأول: مدعى تطبيق الإدارة الرشيدة في مختلف مراحل استراتيجيات التحول في إدارة المخاطر (دراسة حالة شركة التعدين العربية السعودية "معادن")

إن ما يجب الإشارة إليه أولاً وقبل كل شيء هو اختلاف رؤى الباحثين حول مفهوم الحوكمة تبعاً لخلفياتهم العلمية، فيرى المختصين في المحاسبة أن الحوكمة تعني: "تحقيق الشفافية ومزيد من الإفصاح المحاسبي للقوائم المالية ومرتببات رجال الإدارة، والالتزام بالعمل بمعايير المحاسبة الدولية" (24).

ويعرفها فقهاء القانون بأنها: "مجموعة من القواعد القانونية التي تحافظ على بيانات المؤسسات وتضمن الحفاظ على الحقوق للأطراف المختلفة المستفيدة من المؤسسة" (25).

والجدير بالذكر فيما يخص مفهوم الحوكمة هو النظرة العامة أو الشاملة والتي يجب أن تكون محل اهتمام رجال الإدارة، فمنهم من يرى أن الحوكمة عبارة عن مجموعة من الضوابط وبالتالي ينظرون إلى الحوكمة على أنها:

*- تعني مجموعة من الضوابط الداخلية والخارجية التي تمكن المجتمع من التأكد من حسن إدارة المؤسسات

أكثر قدرة على تبادل الثقة فيما بينهم عبر الحدود الوطنية، عن الاحترام وتعلم كل منهم من الآخر.

2-تعتمد الحوكمة على العنصر البشري الذي يتمتع بثقافة تنظيمية تتناسب هذا الفكر، ويجب الإشارة إلى أن الحوكمة توجهها بالعنصر البشري تعتمد على الأخلاق والمثل العليا، لدرجة أن البعض يذكر أن (الحوكمة = الأخلاق).

3-تتميز الحوكمة بانتشارها الذاتي، حيث لا يمكن تطبيقها على مجال محدد دون غيره، بل إذا بدأنا بأحد المجالات توسعت وانتشرت من تلقاء نفسها إلى مختلف المجالات وكافة القطاعات.

4-الحوكمة عملية مستمرة بمعنى إذا بدأنا بتطبيق الحوكمة فلا نستطيع أن نتراجع.

5-الحوكمة ذات توجه استراتيجي مما يدعم عملية الانتشار والاستمرار وهذا ما يستوجب ضرورة وضع رؤية ورسالة وأهداف واقتراح بدائل وخطط استراتيجية لتحقيق النجاح المرغوب والذي يتمثل في الأهداف المراد تطبيقها.

6-تبنى على فكرة تضيق النطاقات (زمني-مكاني - إجرائي) وهذا بدوره يؤدي إلى منع الاختراق، وبالتالي يضيق الفاصل الزمني بين القرار والنتائج وكذا بين التنفيذ والمتابعة والمساءلة.

7-وضوح المنفعة المباشرة: حيث تستوجب تحقيق الشفافية حتى تصل هذه المنافع لكافة الأطراف ذات العلاقة.

8-تتضمن الرقابة بمستوياتها المختلفة سواء كانت:

- الرقابة المانعة (قبل الأداء - أثناء الأداء).

- الرقابة اللاحقة (الرقابة المصححة) (29).

وقد اهتمت المؤسسات المالية الدولية كصندوق النقد الدولي والبنك الدولي بترشيد الإدارة وأجرت الكثير من الدراسات لهذا الغرض، كما أصدرت منظمة التعاون

٨- تساهم في ترشيد عملية صنع واتخاذ القرارات الاستراتيجية في المؤسسة أو الشركة.

٨- تعزز التوجيه والرقابة المانعة لكافة الانحرافات بالشركة.

كما تبنى الحوكمة على أسس فكرية مضمونها ضرورة الحفاظ على القوة الاستثمارية للمؤسسات من أجل تحقيق النمو الدائم من الإيرادات والموارد الكافية وتمتية القيمة المضافة على المستوى القومي، مع زيادة الربحية وأيضاً تنمية القدرة على التكيف السريع مع المتغيرات والمستجدات المحلية والعالمية، وأيضاً القدرة على مواجهة الأزمات وحل المشكلات من خلال القيادة الإدارية التي تحكمها الأخلاق والقيم والتي تتمتع بمزيد من القدرات والمهارات ومختلف السمات اللازمة لتحقيق ذلك ومن هذا المضمون نجد أن للحوكمة عدة جوانب هي:

-جانب إداري متضمناً الرقابة اللازمة لحماية كافة الحقوق.

-جانب تنظيمي

-جانب محاسبي متضمناً الشفافية والإفصاح المالي.

-جانب قانوني يهتم بالضوابط التي تكفل لكل فرد الحفاظ على حقه.

ومنه يمكننا القول أن الحوكمة بالمعنى الواسع تتضمن كيفية إقامة هيكل يقوم على إتباع المعايير الدولية للشفافية والوضوح والدقة في القوائم المالية (28)، حتى يتمكن المستثمرين والدائنين من المقارنة بسهولة بين الاستثمارات البديلة.

*- كما تتميز الحوكمة بعدة خصائص أهمها مايلي:

1-المرونة في التطبيق: الحوكمة تطبق على كل دولة حسب ظروفها وعلى كل نشاط حسب طبيعته، " تبنى الحوكمة على فكرة النماذج الشخصية". ولا يعني التقارب العالمي حدوث التوحيد العالمي لقواعد حوكمة الشركات وسلوكها بل يعني أن المستثمرين والشركات يصبحون



ب-القرارات التي يتخذونها في الهيئة العامة للمساهمين وتصبح ملزمة لمجلس إدارة الشركة.

ج- التصويت الذي يعطي الأكثرية المالكة للأسهم أن تتخذ القرارات الملزمة المتعلقة بتبرئة ذمة مجلس الإدارة عن الفترة السابقة وانتخاب مجلس إدارة جديدة لقيادة الشركة في الأعوام المقبلة.

د-الإفصاح عن مركز الشركة المالي ونتائج أعمالها وتدقيقاتها النقدية بما يمكن المساهمين من تقييم أداء الإدارة وتوجيه قراراتها في الأعوام المقبلة.

دور أصحاب المصالح: ومن أهم أصحاب المصالح الموردين الذين يوردون للشركة حاجاتها من السلع والخدمات مما يتطلب من الشركة معاملتهم بشفافية وتسديد حقوقهم في الوقت المناسب، واستبعاد العمولة أو السمسرة وغيرها من أدوات الفساد الإداري، وإن وضوح الإعلانات عن المناقصات والسعي لاستدراج العروض من أحسن الشركات للحصول على تنافسية كاملة وإعلام المعارضين بأسس المفاضلة ودعوتهم لجلسات فض العروض بشفافية، وسماع شكاوهم ومعالجتها، كل ذلك يسهم بخلق جو من الشفافية والمعايير الأخلاقية في تعامل الشركة مع الموردين والدائنين. ولا يقل المستهلكين أهمية عن الموردين بالإضافة إلى الوكلاء أو الموزعين، إذ على الإدارة أن تتقيد بالمواصفات وتعمل باستمرار على تطوير المنتج لكسب ثقة المستهلكين في الداخل والخارج. ومن الأهمية بمكان التعامل مع العاملين بعدالة، وتطوير نظام الحوافز لإظهار دور كل عامل في كمية الإنتاج ونوعيته، وقابلية هذا المنتج للبيع. وهذا المنتج للبيع. وهذا يحتاج إلى تطوير نظام المعلومات لتقديم أساس متكامل لمراكز التكلفة المبنية على الأنشطة، وليس مجرد تحميل التكاليف الفعلية دون تحديد الهدر والضياع.

ولا يقل عن ذلك أهمية إرضاء العاملين في القطاع العام وإشعارهم بأن القطاع العام قادرا على العمل بكفاءة وربحية مما يمكنه من دفع أجورهم وزيادة الإنتاج

الاقتصادي والتنمية عام 1999م مبادئ للإدارة الرشيدة ثم قامت بتعديلها عام 2004م وعممتها على دول العالم بهدف تطبيقها وهي:

-الإطار التنظيمي: يقصد به البنية التنظيمية لكافة شركات ومؤسسات القطاع العام الاقتصادي والقوانين والأنظمة التي تمكن هذه الوحدات التنظيمية من أداء أعمالها وتوزيع المسؤوليات بين هذه الوحدات التنظيمية ومستوى السلطات الممنوحة لهذه الوحدات ومدى توفر النزاهة والشفافية في علاقات هذه الوحدات مع بعضها ومع البيئة الاقتصادية التي تقدم مدخلات هذا القطاع وتستهلك مخرجاته ومدى توفر الموارد اللازمة لتحقيق أهدافه.

-حقوق المساهمين والمعاملة

المتساوية: تركزت كافة معايير الحوكمة (الإدارة الرشيدة) ومنها المبادئ التي أصدرتها منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية على الشركات المساهمة التي كان لها الدور الأول في تجميع عوامل الإنتاج وتسريع وتيرة التنمية الاقتصادية بصورة عامة وفي الغرب بشكل خاص بل إن شركات المساهمة هي التي حققت الثورة الصناعية عن طريق جمع المدخرات وتوظيفها بتصرف إدارة خاضعة للمساءلة. ومن هنا كان مبدأ حقوق المساهمين هو المبدأ الثاني من مبادئ الإدارة الرشيدة. إذ يشكل المساهمون جزءا مهما من مقومات الشركة المساهمة فهم اللذين يدفعون أموالهم لتمكين إدارة الشركة من شراء الموجودات المختلفة وتعيين الموارد البشرية المؤهلة لتمكين الشركة من تحقيق أهدافها من خلال تأمين السلع المناسبة لحاجات المستهلكين ودفع الأجور العادلة للعمال ودفع الضرائب للحكومة وتوزيع الأرباح على المساهمين، ويبين هذا المبدأ أن هؤلاء المساهمين يجب أن يطمئنوا على أموالهم، عن طريق مجموعة من المتطلبات وهي:

أ-المعلومات الكافية.

التقارير يتمكن مجلس الإدارة من قياس مستوى الخطط ومستوى الربحية والتدفقات النقدية. وإن وجود نظام للمعلومات يؤمن حماية المعلومات وتوفر الثقة في تلك المعلومات التي يجب أن تبقى موضوعا للتدقيق من قبل أجهزة الرقابة الداخلية والخارجية هو الضمانة الأولى لكي تبنى قرارات مجلس الإدارة على قاعدة بيانات صحيحة.

والجدير بالذكر أن مجلس الإدارة هو السلطة أو الجهة المناسبة لترسيخ المعايير الأخلاقية التي تطبق في الشركة من خلال إضفاء جو من الشفافية وتقبل الرأي الآخر وخلق تقاليد أخلاقية تسود في علاقات الشركة مع مختلف الأجهزة الإدارية والعاملين فيها. ولا يقل عن ذلك أهمية تبادل الثقة بين الشركة من جهة والمتعاملين معها من موردين أو مستهلكين من جهة ثانية. كما أن رسم السياسات العامة المتعلقة بكافة وظائف الشركة في مجال الشراء والتخزين والإنتاج والبيع وما يقتضيه ذلك من دراسات وإعداد خطط استراتيجية للشركة من أهم اختصاصات مجلس الإدارة، وهذا ما ضرورة معرفته لنتائج السياسات عن طريق تلقي تقارير الرقابة الداخلية ودراسة المعلومات الواردة من الجهات الخارجية ذات العلاقة بهذه السياسات كالمستوردين والوكلاء والمستهلكين ونقابات العمال وأجهزة الرقابة الحكومية وغيرها، مما يمكن من اتخاذ القرارات التصحيحية في الوقت المناسب.

أضف إلى ذلك أن تقسيم العمل وتوزيع المهام داخل مجلس الإدارة يساعد على تنفيذ القرارات التي يجب أن تبقى محصورة بيد المدير العام ولجنته التنفيذية، أما القرارات الرقابية فيجب أن تبقى بيد لجنة التدقيق من أعضاء مجلس الإدارة غير المتفرغين، ولاشك بأن إشراك مندوبين عن العمال في مجلس الإدارة يعطي المجلس واقعية في التعرف على الأحداث ومشاركتهم في اتخاذ القرارات يجعلها أكثر قابلية للتنفيذ الفعال. وتمثل مجالس الإنتاج خلفية يمكن الاعتماد عليها من أجل مشاركة أكبر في اتخاذ القرارات والعمل على كشف مواطن خلل

والإنتاجية التي تكفل لهؤلاء العاملين دفع حوافزهم وضمان صحتهم وصحة عائلاتهم، ولعل أهم هذه الأطراف ذات العلاقة الدولة التي تمتلك أصول الشركة وتقدم لها الدعم المادي والمعنوي اللازم مما يقتضي المحافظة على الأموال المستثمرة وحمايتها من الغش والتلاعب واستثمارها بالشكل المناسب وإدارتها إدارة رشيدة.

- الإفصاح والشفافية: يركز مبدأ الإفصاح والشفافية على ضرورة اعتماد الشركات والمؤسسات العامة منها أو الخاصة على نظام متطور للمعلومات يسمح بنشرها والإفصاح عنها لكافة الأطراف ذات العلاقة في داخل الشركة وفي خارجها، إذ أن إدراج الشركة المساهمة في السوق المالي يلقي على عاتقها مسؤولية الإفصاح عن قوائمها المالية السنوية بحسب معايير المحاسبة المالية الدولية نظرا لما تقدمه هذه المعايير من معلومات هامة لتقويم أداء الشركة ذات العلاقة وتمكين مختلف الأطراف من الاطلاع عليها بحرية، وبالإضافة للقوائم المالية السنوية، فإن ثمة تقارير مالية ربعية (كل ثلاثة أشهر) تتناول المركز المالي ونتائج العمليات والتدفقات النقدية وهي والقوائم المالية السنوية ترفق بتقرير مدقق حسابات مستقل لإضفاء المصداقية على تلك القوائم المالية والتقارير الربعية. ولا يخفى أن هذه القوائم المالية تنتشر معززة بتقرير مدقق الحسابات المستقل بالصحف اليومية لإتاحة الفرصة للجمهور للاطلاع عليها ويمكن لأي متضرر أن يرفع دعوى لمقاضاة الإدارة أو مدقق الحسابات مطالبا بالتعويض عما أصابه من ضرر.

- مسؤولية مجلس الإدارة: إن تمكين مجلس إدارة أي منظمة أو مؤسسة أو شركة من معرفة حقيقة ما يجري فيها من خلال السجلات المنتظمة والتقارير المختلفة التي تعد من واقع تلك السجلات، يعتبر من أهم الركائز الأساسية لعمل المؤسسة.

ومن خلال هذه التقارير يتمكن مجلس الإدارة من إعداد الخطط المرحلية أو طويلة الأجل، ومن خلال هذه



استكمال ومتابعة تنفيذ المشاريع القائمة، مع التميز في الكفاءة، والإنتاجية، والسرعة، أيضاً التوسع في تطوير المشاريع ذات العائد العال، والمخاطر المنخفضة.

٨- حالة الشركة: تنتمي شركة المعادن إلى القطاع الصناعي، كانت الشركة مملوكة بالكامل للدولة قبل طرح 50% من أسهمها في عام 2008م للإكتتاب العام في سوق الأسهم السعودي ((تداول))، ومنه أصبحت 50% حكومي و50% مساهمة.

٨- أنشطتها: تمثل الصناعات المعدنية دافعا أساسيا للطموحات الاستراتيجية للمملكة، حيث تمحورت مختلف أنشطة "معادن" في البداية على زيادة إنتاجها من الذهب والذي يشمل الآن خمسة مناجم ولديها أكثر من إحدى عشر مليون أوقية من موارد الذهب المتوافقة مع مواصفات اللجنة المشتركة لاحتياطات الخام ((JORC))⁽³⁰⁾.

* - كما تجدر الإشارة إلى أن "معادن" تعمل على تحقيق التنوع الاقتصادي من خلال بناء الركيزة الثالثة للصناعات السعودية وتجسد ذلك في الآتي:.

1- مرحلة (1997-1999): البداية، تم تأسيس الهيكل التنظيمي.

2- مرحلة (2000-2002): تم فيها تطوير مشاريع الذهب، في عام 2000 تشغيل منجم الذهب في الحجار، وفي عام 2002 تم إفتاح منجم الذهب في بلغة، يوجد خمسة مناجم قائمة (منجمان جديان قيد التنفيذ- ثلاثة مناجم أخرى قيد التطوير)، منجم الذهب في الأمار المنطقة الوسطى بالمملكة العربية السعودية، أما فيما يخص الموارد والإنتاج (150,000 أوقية متوسط إنتاج الذهب السنوي، 11 مليون أوقية احتياطات الذهب).

3- مرحلة (2003-2006): تم تأسيس البنية التحتية، في عام 2004 إرساء النظام الجديد للتعدين، في عام 2006 موافقة مجلس الوزراء على سكة حديد الشمال-الجنوب، في عام 2006 تمت الموافقة على إنشاء ميناء رأس الخير.

4- مرحلة (2007-2008): أهم ما يميز هذه الفترة هو الرسملة، حيث تم إنشاء مشروع الفوسفات

قد لا يكشفها المدققون ولا تظهر في التقارير المالية. وإن حضور العمال في جلسات القوائم المالية السنوية التي تقر فيها أرباح الشركة وخسائرها وتبرأ فيها ذمة مجلس إدارة الشركة أمر لا غنى عنه من أجل الوصول إلى المستوى المطلوب من المساءلة والشفافية.

** - ولما كانت هذه المبادئ تتصف بالعمومية والشمول فإنني سأحاول في هذه الورقة بيان مدى تطبيق هذه المبادئ وسياسات إدارة المخاطر في مختلف مستويات الحوكمة على شركة التعدين العربية السعودية "معادن" و" شركة المراعي: قطاع المشتريات والمبيعات"، وذلك على في المبحث الموالي:

المبحث الثاني: سياسات إدارة المخاطر وتنفيذ مختلف مستويات الحوكمة: دراسة حالة كل من شركة المعادن وشركة المراعي بالمملكة العربية السعودية

أولاً/ شركة التعدين العربية السعودية ((معادن))

1-لمحة تعريفية لشركة "معادن":

لقد تم تأسيس شركة التعدين العربية السعودية ((معادن)) بموجب المرسوم الملكي رقم م/17 بتاريخ 1417/11/13 هـ الموافق لـ 1997/03/22م، بغرض ممارسة مختلف أوجه النشاط التعديني في المملكة العربية السعودية، حيث تتلخص رؤيتها ورسالتها في أن تصبح شركة تعدين عالمية مساهمة ومربحة، تولي أكبر قدر من الاهتمام بالموارد البشرية، الصحة، وإدارة المخاطر والسلامة، والقضايا البيئية، ولتجسيد ذلك على أرض الواقع لابد أن تكون تلك الرؤية وهذه الرسالة مقبولة في إطار من القيم والمبادئ ((تتمثل في العمل الجماعي، والمسؤولية والملكية، ومكافحة الفساد وحماية النزاهة، العناية والإدارة الرشيدة للمخاطر "الحوكمة")) التي تدفع لتوجيه سلوكيات الموظفين لتحقيق الأنشطة والأعمال بأداء متوازن ما بين الربحية التجارية والمهنية الأخلاقية وفقاً لاستراتيجية الشركة التي تعمل على

الألمنيوم سنويا، وقد بدأ الإنتاج التجاري في يناير 2012م⁽³²⁾.

*- وتعتبر مدينة وعد الشمال التعدينية مشروع عملاق يؤسس لمدينة استراتيجية كبرى جديدة، حيث ينتج 3 ملايين طن من منتجات الفوسفات، و1,5 مليون طن من حمض الفوسفوريك و1,1 مليون طن من الأمونيا 4,5 (MSA)، و100000 طن من حمض الفوسفوريك المنقى، أضف إلى ذلك 250,000 طن من MCP/DCP.

و50,000 طن من STPP، والاستفادة من الغاز والسكك الحديدية والشراكات العالمية.

*- أما "المعادن الصناعية": فهي تقوم أساسا على المغنيزايت، حيث بدأ منجم الغزالة الإنتاج في 2011 من مصنع المعالجة في المدينة المنورة وتشمل المنتجات الكاولين والبوكسايت الصناعي، وقد بدأ منجم الزبيرة الإنتاج في عام 2008، ويعد البوكسايت مصدرا للألومينا اللازمة لصناعة الأسمت ويدخل الكالونين في صناعة الخزف (السيراميك)

٨- بناء القدرات البشرية في معادن:

لقد كان لتعاون حكومة المملكة العربية السعودية من خلال وزارة البترول والثروة المعدنية مع الشركة الأثر الإيجابي لوضع الخطوات الأولى لصناعة التعدين في المملكة لتصبح الركيزة الثالثة للصناعة السعودية التي تسعى إلى بناء القدرات البشرية حيث أصبح متوسط النمو السنوي 40%، أما فيما يخص نظام السعودة فقد حققت "معادن" خلال الفترة (2005-2012) نسبة 66% من توفير مناصب الشغل للسعوديين وهذا يعتبر مؤشر جيد جدا لتطبيق نظام السعودة بالمقارنة مع الشركات الأخرى، وتطمح شركة "معادن" إلى سعودة كلية خلال الفترة (2017-2022) (33).

المشترك مع سابق عام 2007، وفي عام 2008م طرحت "معادن" 50% من الشركة للاكتتاب العام في سوق الأسهم السعودي ((تداول))

5- ملاحظة (2009-2012): تسعى "معادن" إلى توسيع وتنمية أنشطتها، ففي عام 2009 قامت بإنشاء مشروع الألمنيوم المشترك مع ألكوا، "معادن للألمنيوم" وهو أكبر مجمع متكامل للألمنيوم في العالم يقوم على استثمارات بمبلغ 10.8 مليار دولار، حيث يتركز المشروع في منطقة رأس الخير التي يوجد فيها مصنع الدرفلة (ينتج 38000 طن سنويا، الأكثر تقدما في العالم، صفائح التعليب والتغليف ومواد صناعة السيارات والبناء)، والمصهر الذي ينتج (740000 طن سنويا) (31)، الألمنيوم المصهور والسبائك والقضبان على شكل حرف T والصفائح والألواح)، ومصفاة الألومينا الذي ينتج (1,8 مليون طن سنويا، وهي المصفاة الأولى والوحيدة من نوعها في الخليج).

أما في البعثية، تتميز بوجود البوكسايت الذي ينتج 4 ملايين طن سنويا، أيضا عمليات النقل بتكلفة تنافسية عبر سكة حديد الشمال-الجنوب، هذا بالإضافة إلى الإنتاج الأولي من مشروع الألمنيوم الذي يمر حاليا بمرحلة التشييد والكثير من المبادرات الكبرى والمشاريع الأخرى التي تقوم "معادن" بتنفيذها كما أن فرق الاستكشاف تعمل على توسيع نطاق الموارد المتاحة في مجالات المشاريع القائمة وتوسيع نشاطات شركة معادن باستخدام أحدث التقنيات كشركة تعدين عالمية.

أما فيما يخص مشاريع شركة معادن للفوسفات، فيمكن القول أن لديها احتياطات بمعايير عالمية حيث قدرت بـ 07% من احتياطات الفوسفات المعروفة في العالم، بالإضافة إلى جودة عالية مناسبة للأغذية والأعلاف، كما تجدر الإشارة أن شركة معادن للفوسفات تقوم على استثمارات بقيمة 05,6 مليار دولار، تنتج 03 ملايين طن من سماد الفوسفات ثنائي الألمنيوم سنويا، و1,4 مليون من حمض الفوسفوريك سنويا، و4,5 مليون طن من حمض الكبريتيك سنويا، و1,1 مليون طن من



اللجنة التنفيذية، لجنة المراجعة، لجنة الترشيحات والمكافآت)- الإدارة التنفيذية، فهي التي تطبق توجيهات وقرارات مجلس الإدارة، وينظر إلى لجنة الترشيحات المنبثقة من مجلس الإدارة نجد من أهم أدوارها ترشيح المدراء ومدراء العموم وترشيح كذلك أعضاء مجلس الإدارة الجدد وكذلك أعضاء مجلس الإدارة الجدد والكثير من الصلاحيات التي خولت لها مذكورة في لائحة خاصة بالمهام المنوطة لهذه اللجنة.

**** -** وبتطبيق شركة المعادن أعلى معايير النزاهة والشفافية في علاقتها مع جميع الشركاء سواء كانوا مقاولين أو شركاء محليين (سابق- ألكوا) وإيمانها كذلك بالعمل الجماعي، فمفهوم كلمة شركة لا يعني الانفراد في اتخاذ القرار وإنما هو مشاركة جميع موظفين والعمل بروح الفريق المتعاون، وهذا يقتضي بأن تكون هناك مسؤولية تجاه الشركة والمجتمع، فنظام الشركات السعودية ولائحة الحوكمة الصادرة من هيئة سوق المال، والنظام الأساسي للشركة الذي يوضح معالمها وأنشطتها يأتون في المقدمة كمارسات ريادية مستمدة من القوانين واللوائح والوثائق السابق ذكرها والخاضعة لمراقبة ومتابعة الجمعية العامة للمساهمين، الذين يتابعون أداء الشركة ونشاطاتها بصورة مستمرة ودقيقة، والأدوار التي أنيطت لمجلس الإدارة وصلاحيات رئيس المجلس والدور الريادي الذي يلعبه الرئيس التنفيذي للشركة.

والجدير بالذكر أن شركة المعادن من الشركات الأولى في المملكة العربية السعودية التي أجرت تقييم الأداء لمجلس إدارتها قام به فريق استشاري مستقل خضع فيه المجلس لإجراء المقابلات وتوزيع استبانات واستعراض محاضر وتقارير مجلس الإدارة أمام المساهمين، وهذا ما يجسد مبدأ الشفافية والمساءلة والحفاظ على حقوق المساهمين⁽³⁴⁾.

**** -** والسؤال المطروح هنا هو ما مدى تطبيق شركة المعادن لآليات التحكم في إدارة المخاطر؟؟؟

2- الحوكمة وإدارة المخاطر بالشركة:

إن تطبيق الحوكمة داخل أي مؤسسة أو شركة يحتاج إلى عدد من الضوابط والمتطلبات سواء على المستوى الداخلي أو الخارجي، وهذا ماتم إستنتاجه واستخلاصه من خلال المقابلات التي تمت مع مختلف مديري الإدارات في شركة "معادن" ((نائب مجلس إدارة الشركة، مديرة السلامة والصحة المهنية، الإدارة العامة للإتصال والشؤون الإعلامية، الإدارة القانونية وحوكمة الشركة، الإدارة العامة للمالية وخزينة الشركة، الإدارة العامة للتنمية المستدامة)) والاستبانة التي تم توزيعها على مختلف القطاعات المذكورة أعلاه، حيث نجد أن مفهوم الحوكمة في شركة المعادن يقوم على ثلاثة ركائز أساسية تتمثل في نظام الشركات ولائحة حوكمة الشركات والنظام الأساسي للشركة كما أننا نجد أن الممارسات الريادية التي تتم في إطار متطلبات الإدارة الرشيدة التي تفرضها شركة "معادن" والمتمثلة فيما يلي:

1. مصفوفة الصلاحيات.
2. إرشادات تضارب المصالح والسلوك المهني.
3. دليل سياسات وإجراءات الالتزام.
4. دليل المساهمين.
5. دليل مجلس الإدارة.
6. لائحة لجنة الإدارة.
7. لائحة لجنة إدارة المخاطر الإستراتيجية.
8. لائحة لجنة المراجعة.
9. لائحة اللجنة التنفيذية.
- 10- لائحة لجنة الترشيح والمكافآت.
- 11 - لجنة المسؤولية الاجتماعية للشركة.
- 12 - وثيقة سياسة الإفصاح والشفافية.
- 13 - وثيقة سياسة الاتصال الخاصة بحوكمة الشركة.

**** -** تقوم إدارة الشركة من خلال هيكلها التنظيمي المتمثل في الجمعية العمومية للمساهمين التي من أهم اختصاصاتها هي تحديد صلاحيات والتزامات الشركة وأي تعديل في النظام الأساسي لأبد أن يرجع فيه للجمعية العامة ثم يأتي بعد ذلك مجلس إدارة الشركة:)

التواصل مع المستشارين والخبرات السابقة، وتضطلع لجنة المراجعة المنبثقة عن مجلس الإدارة بمسؤولية مراقبة نظام الضوابط الداخلية والإجراءات والمواجهات التي تحكم إدارة المخاطر وتقوم بالاطلاع على ورصد التقارير الدورية لإدارة المخاطر بواسطة لجنة المخاطر التكتيكية ولجنة المخاطر التشغيلية، متبعة في ذلك الاستراتيجيات المالية التي تحدد معالم الخطر بلغة الأرقام يجب على الشركة اتخاذ قرار بشأنه وبالتالي يدخل ضمن مسار الصناعة المالية من صناعة المشتقات وصناعة التأمين لأن أي خطر يكون له معاملة مالية وهذا يتطلب أن بعد تحديد المخاطر عن طريق الأهداف التي ترجوها وتحديد السيناريوهات التي سوف تعالج فيها.

*- يجب على لجنة المراجعة أن تصنف المخاطر حسب تقسيم معايير الأيزو الدولية للمخاطر بالمقارنة مع شركة أخرى ذات مستوى في التعدين، حيث يقسم إلى ثلاث نطاقات طبقاً لمستوى المخاطر هل هو عالي أو متوسط أو منخفض⁽³⁵⁾.

** - أيضاً هناك المراجعة الداخلية والخارجية وهي إحدى متطلبات الهيئة السعودية للمحاسبين القانونيين (S-O-C-P-A) وتتمثل في مايلي:

٨- التدقيق الداخلي: نشاط مستقل، موضوعي، يضمن الجودة، حيث يقوم المدقق الداخلي بفحص وتقييم مدى كفاية وفعالية أنظمة الرقابة الداخلية بالمنظمة وجودة الأداء عند تأدية الأنشطة المختلفة. وتتمحور صلاحيات المراجع في:

- تقييم الممارسات.
- رصد المخاطر للمكافحة والإبلاغ عنها لإدارة الشركة.
- تقديم اقتراحات للتحسين.
- إعداد التقارير الرسمية الممنهجة التي تشمل جميع الجوانب السابقة.

إن المقصود بإدارة المخاطر في شركة المعادن هو عمل منظم يتضمن دراسة وتحليل وتصنيف كافة أنواع المخاطر لتحديد وتقييم مخاطر العمل المتوقعة أثناء تنفيذ الخطة الاستراتيجية والعمل على تلافيتها واختيار أفضل الطرق لمواجهتها عند الحدوث لضمان تحقيق فاعلية التنفيذ لأهداف مع الزيادة في الفرص الإيجابية النتائج المرجوة من المشاريع وتقليل تهديدات تلك المشاريع.

كما أن الخطة المعتمدة في إدارة المخاطر لشركة المعادن تهدف إلى: - تحقيق المزايا من كل نشاط من الأنشطة.

- التعرف على الأخطار ومعالجتها قبل ت
- إضافة أقصى قيمة مضافة مستدامة لكل أنشطة المشروع.
- تساعد على فهم الجوانب الإيجابية والسلبية المحتملة لكل العوامل التي قد تؤثر على المشروع.
- تزيد من احتمال النجاح وتخفض من احتمال الفشل وعدم التأكد من تحقيق الأهداف الاستراتيجية.

والجدير بالذكر أن إدارة المخاطر هي أحد المتطلبات الرئيسية الواردة في لائحة حوكمة الشركات من هيئة سوق المال السعودية التي تعرف الخطر بأنه احتمال الخسارة أو تضاعف فرص الربح الناجمة عن الأحداث التي يمكن أن تؤثر سلباً على تحقيق أهداف الشركة، حيث تسعى معادن من خلال إدارة المخاطر إلى رصد وإدارة المخاطر التي تهدد الأعمال والكادر البشري والعالم الخارجي لها. فأصبحت إدارة المخاطر جزءاً لا يتجزأ من إدارة الشركة

** - وقد إعتمدت شركة "المعادن" أسلوب إدارة المخاطر وفقاً لمعيار "ISO 31000" الذي يقوم على المراقبة والمراجعة وتقدير الخطر من خلال تأسيس الحالة: (تحديد الخطر - تحليل الخطر - تقييم الخطر) ومن تم كيفية التعامل مع الخطر وذلك بالرجوع إلى



وطبيعة استخداماتها، علاوة على ذكر ايضاحات عن أرصدة الشركة من النقد، أو الأصول القابلة للتحويل السريع إلى نقد من بداية الفترة المالية إلى نهايتها.

٨- ايضاحات حول القوائم المالية:

- معلومات عامة عن الشركة.

- اسس إعداد القوائم المالية.

- ملخص للسياسات المحاسبية الهامة

- معلومات إضافية عن بنود القوائم المالية.

- الإفصاح عن معلومات لم يعلن عنها في القوائم المالية.

٨- تقرير مجلس الإدارة: حسب المادة الثالثة والأربعون هو تقرير يجب على كل شركة مساهمة مدرجة في السوق المالية السعودية أن تقدمه إلى المستثمرين من خلال إرفاقه بالقوائم المالية للشركة وذلك بموجب قواعد التسجيل والإدراج الصادرة عن هيئة السوق المالية⁽³⁶⁾.

وتنص المادة التاسعة التي تم طرحها لأول مرة عام 2008 وطبقت في عشرة شركات الأولى وطنياً فيما يخص الشفافية والإفصاح في تقرير مجلس الإدارة، حيث يعد التقرير أحد المصادر المهمة للمعلومات والبيانات التي يحتاجها المستثمرون للتعرف على أنواع النشاط الرئيسية للشركة وطبيعة استثماراتها وهيكله إدارتها ومستوى أدائها خلال العام المالي. كذلك يعد هذا التقرير من التقارير التي يعتمد عليها المستثمر في بناء قراره الاستثماري بالإضافة إلى البيانات المالية الأخرى، فهو رسالة سنوية من مجلس إدارة الشركة للمساهمين والمستثمرين تتضمن مجموعة من المعلومات الأساسية حول نشاط الشركة وأبرز ما قامت به من مشاريع إضافة إلى تحليل النتائج التشغيلية والمالية. ومن جانب آخر، يقدم التقرير تصوراً واضحاً حول هيكله مجلس إدارة الشركة ومدى التزامها لأحكام لائحة حوكمة الشركات.

٨- التدقيق الخارجي: هو عملية يقوم بها المدقق المستقل بفحص القوائم المالية والسجلات المحاسبية بهدف إعطاء رأي عن مدى عدالة القوائم المالية والحسابات والتزامها بمعايير المحاسبة المقبولة عموماً.

**- أما فيما يخص مسألة الشفافية والإفصاح عن المعلومات المالية:

تعمل شركة المعادن على الاستفادة القصوى من المعلومات في القوائم المالية

التي تصدرها الشركة حسب المادة الثانية والأربعون، تلتزم شركة المعادن بإصدار وتزويد المستثمرين ودوي العلاقة بكل المعلومات الخاصة بالشركة والمحاسب يلتزم بقواعد هيئة السوق المالية ويجب على الشركة تزويد الهيئة المالية لتداول بقوائم مالية مدققة وهي كالاتي:

٨- تقرير مراجعي الحسابات: يوضح للمساهمين نطاق المراجعة ورأيه في إعداد وعرض القوائم المالية.

٨- قائمة المركز المالي: تكون قائمة المركز المالي في العادة ضمن الجزء الأول في القوائم المالية، وهي تمثل صورة مفصلة للوضع المالي للشركة عند نشرها. وتشتمل قائمة المركز المالي على أصول الشركة (موجوداتها)، وخصومها (مطلوباتها)، وحقوق مساهميها مما يعطي فكرة واضحة عن قيمتها الدفترية.

٨- قائمة الدخل: وتوضح الشركة في بيان قائمة الدخل بالتفصيل المصادر المختلفة لإيراداتها ومصروفاتها التي تعكس صورة واضحة حول أداء الشركة.

٨- قائمة التغيرات في حقوق المساهمين: توضح بالتفصيل التغيرات في حقوق الملكية خلال الفترة المالية.

٨- قائمة التدفقات النقدية: توضح بالتفصيل حجم التدفقات النقدية الداخلة إلى الشركة والخارجة منها خلال الفترة المالية الماضية، وتفصل في مصادر الأموال النقدية وما شابهها وسبل إنفاقها على بنود التشغيل والاستثمار والتمويل. وتقدم قائمة التدفق النقدي بشكل أوضح تفاصيل دقيقة حول مصادر النقد المتوافرة للشركة

خاتمة ((النتائج والتوصيات)):

إن بتطبيقنا لمبادئ الحوكمة في إدارة المخاطر بالشركة يحقق لنا الكثير من المزايا التي تستفيد منها كلا من الدولة، المستثمرين، الشركات، ويمكننا عرضها على التوالي في الآتي:

أولاً / بالنسبة للدولة:

- ارتفاع القدرة التنافسية للدولة نتيجة ارتفاع القدرة التنافسية لكل من الأفراد والشركات والقطاعات.
- تحسين مستوى الأداء الاقتصادي.
- زيادة تدفق الاستثمارات الأجنبية (مباشرة أو غير مباشرة) للداخل.
- زيادة القدرة على النفاذ للأسواق المالية العالمية.
- زيادة نسب المواطنة الاستثمارية نتيجة ارتفاع صحة وسلامة مناخ الاستثمار.

ثانياً / بالنسبة للشركات:

- تحسين الصورة الذهنية عن المؤسسات.
- ارتفاع مستوى الأداء بالشركات.
- ازدياد الطلب على أسهم الشركة وبالتالي ترتفع قيمة السهم في السوق.
- ارتفاع قيمة الشركة الناتج عن تحسين الصورة المؤسسية وارتفاع قيمة الأسهم.
- تخفيض التكاليف بشكل عام والتكاليف الاستثمارية خاصة.

ثالثاً / بالنسبة للمستثمرين:

- ازدياد دقة تسعير الأوراق المالية.
- تحسين إجراءات المتابعة والإشراف.
- ارتفاع درجة حماية حقوقهم في الشركات.
- تخفيض المخاطر.
- ضمان الحصول على الحقوق ومراعاة العدالة في المعاملة (المعاملة المتكافئة للمستثمرين).

قائمة الهوامش:

- (1)- أشرف عبد الحميد، الحوكمة والتقارير المالية المنشورة للشركات المصرية، كلية التجارة بسوهاج، جامعة جنوب الوادي، المجلد السادس عشر، العدد الثاني، ديسمبر 2003م، ص15.
- (2)- المرجع السابق نفسه، ص17.
- (3)- إبراهيم أبو النجا، سنة 1992م، ص 112.
- (4)- vaughan,emmett and another , fundamentals of risk and insurance , johnwiley&sons , 1999 , p 07
- (5)- عبد السلام، ناشد محمود، إدارة أخطار المشروعات الصناعية والتجارية الأصول العلمية، القاهرة، دار الثقافة العربية، طبعة أولى، سنة 1989م، ص 38.
- (6)- المرجع السابق نفسه، ص 41.
- (7)- خالد طارق، حبيب أحمد، إدارة المخاطر: تحليل قضايا في الصناعة المالية الإسلامية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، جدة، المملكة العربية السعودية، سنة 2003م، ص 28
- (8)- المرجع السابق نفسه، ص 30.
- (9)- طارق عبد العال حماد، إدارة المخاطر، الإسكندرية، الدار الجامعية، ص 25.
- (10)هندي منير إبراهيم، الفكر الحديث في إدارة المخاطر، الإسكندرية، مؤسسة المعارف ن سنة 2003م، ص 20.
- (11)- سمير عبد الحميد رضوان، المشتقات المالية ودورها في إدارة المخاطر، مصر، دار النشر للجامعات، سنة 2005م، ص 58.
- (12)- حسين القاضي، أثر الفساد والإصلاح الاقتصادي في الوطن العربي، المؤتمر الأول، جامعة دمشق، تشرين الأول 2008م.
- (13)- stulz,r , risk management and derivatives , mason,ohion: thomson south-western , 1st ed ,2003,p7
- (14)- المرجع السابق نفسه، ص 08.
- (15)- m-t-todinov, reliability and risk models:selling reliability requirements,john wiley x sons,ltd ,2005,p16



(34)- مقابلة وحوار مع المهندس محمد الحميدي الغضبانى، مدير السلامة والصحة المهنية بالشركة، 03-04-2013م.

(35)- الأستاذ ياسر عبد الرؤوف بري، الرجوع السابق ذكره.

(36)- المرجع السابق نفسه.

قائمة المراجع:

أولا / المراجع باللغة العربية:

• أشرف عبد الحميد، الحوكمة والتقارير المالية المنشورة للشركات المصرية، مجلة البحوث التجارية المعاصرة، كلية التجارة بسوهاج جامعة جنوب الوادى، المجلد السادس عشر، العدد الثانى، ديسمبر 2003م.

• إبراهيم الكراسنة، أطر أساسية ومعاصرة في الرقابة على البنوك وإدارة المخاطر، صندوق النقد العربى، معهد السياسات الإقتصادية، أبوظبى، مارس 2006.

• الكسندر شكولنكوف، جون د- سوليفان، مكافحة الفساد منظورات وحلول القطاع الخاص، مركز المشروعات الدولية الخاصة، 2003.

• حسين القاضي، أثر الفساد والإصلاح الإقتصادى فى الوطن العربى، المؤتمر الأول، جامعة دمشق، تشرين الأول 2008.

• جون سوليفان، وآخرون، ترجمة سمير كريم، حوكمة الشركات فى القرن الحادى والعشرين، واشنطن، مركز المشروعات الدولية الخاصة دي سي، 2003.

• جوزيف هـ- جودين، ستيفن د. جولد برج، ماهى أممية المعايير المحاسبية السليمة ومعايير إعداد التقارير - حوكمة الشركات فى القرن الحادى والعشرين - الفصل 15- مركز المشروعات الدولية الخاصة، غرفة التجارة الأمريكية، واشنطن، 2003.

• خان طارق الله، حبيب أحمد، إدارة المخاطر: تحليل قضايا فى الصناعة المالية الإسلامية، المعهد الإسلامى للبحوث والتدريب، البنك الإسلامى للتنمية، جدة، المملكة العربية السعودية، 2003.

(16)- جون سوليفان وآخرون، ترجمة سمير كريم، حوكمة الشركات فى القرن الحادى والعشرين، واشنطن، مركز المشروعات الدولية الخاصة دي سي، سنة 2003م، ص 52.

(17)- المرجع السابق ذكره، ص 53.

(18)- شهيرة عبد الشهيد، قواعد إدارة الشركات تصبح سعيا دوليا: ماذا يمكن عمله فى مصر، سلسلة أوراق عمل، بورصة القاهرة والإسكندرية، 2001م، ص 41.

(19)- المرجع السابق نفسه، ص 42.

(20)- يحيى محمد أبو طالب، نظرية المحاسبة والمعايير المحاسبية والدولية فى ضوء التطور التاريخى للفكر المحاسبى، مكتبة عين شمس، القاهرة، 2003م، ص 35.

(21)- المرجع السابق نفسه، ص 37.

(22)- <http://www.maaden.com.sa>، موقع شركة معادن.

(23)- موقع تداول، <http://www.tadawul.com.sa>

(24)- المرجع السابق نفسه.

(25)- مقابلة وحوار مع الأستاذ عقيل بن محسن العنزى، مدير الشؤون الإعلامية، ب شركة المعادن، 03-04-2013م.

(26) المرجع السابق نفسه.

(27) مقابلة وحوار مع الأستاذ بكر عبد اللطيف الهبوب، مدير الشؤون القانونية وحوكمة الشركة، بشركة المعادن، 03-04-2013م.

(28) المرجع السابق نفسه.

(29) Abd el-moneim, a.m , risk assesment and risk management , center for advancement of postgraduate , studies and research, cairo university press egypt, 2005,

(30)- المرجع السابق نفسه.

(31)- مقابلة وحوار مع الأستاذ ياسر عبد الرؤوف بري، الإدارة المالية، بشركة المعادن، 03-04-2013م

(32)- مقابلة وحوار مع الأستاذ عبد الرحمن الصم، إدارة الموارد البشرية، 03-04-2013م

(33)- مقابلة وحوار مع المهندس نبيل بن عبد العزيز الفريخ، نائب رئيس شركة المعادن النفيسة، 03-04-2013م

• موقع شركة معادن: <http://www.maden.com.sa>

• موقع تداول: <http://www.tadawul.com.sa>

ثالثا/ المراجع باللغة العربية:

• - A bd EL-moneim,A.M,(2005):” Risk assesment and risk management” , Center for advancement of postgraduate studhes and research,Cairo University Press,Egypt.

•-M-T.Todinov. (2005):” Reliability and Risk models: selling reliability requirements», John Wiley x sons,LTD.

•-Stulz,R.(2003):”Risk management and derivatives 1st ed Mason,Ohion: Thomson south-western.

•- Vaughan,Emmett and another,(1999):” Fundamentals of Rhsk and Insurance”, johnwiley&sons.

•- سمير عبد الحميد رضوان، المشتقات المالية ودورها في إدارة المخاطر، مصر، دار النشر للجامعات،2005.

•- شهيرة عبد الشهيد، قواعد إدارة الشركات تصبح سعيًا دوليًا: ماذا يمكن عمله في مصر، سلسلة أوراق عمل، بورصة القاهرة والأسكندرية،2001.

•- طارق عبد العال حماد، إدارة المخاطر، الإسكندرية، الدار الجامعية،2003.

•- عبيد بن سعد المطيري، تطبيق الإجراءات الحاكمة للشركات في المملكة العربية السعودية، المجلة العربية للعلوم الإدارية، مجلد 10، عدد 03/09/2003.

•- عبد السلام، ناشد محمود، إدارة أخطار المشروعات الصناعية والتجارية الأصول العلمية، القاهرة، دار الثقافة العربية، ط1،1989.

•- هولي ج جريجوري وجيسون ر. ليلين، دور لجنة المراجعة في حوكمة الشركات، الفصل الثالث عشر، حوكمة الشركات في القرن الحادي والعشرين،2003.

•- هندي منير إبراهيم، الفكر الحديث في إدارة المخاطر، الإسكندرية، مؤسسة المعارف،2003.

•- يحي محمد أبو طلب، نظرية المحاسبة والمعايير المحاسبية والدولية في ضوء التطور التاريخي للفكر المحاسبي، مكتبة عين شمس، القاهرة،2003.

ثانيا/ المقابلات الرسمية:

1-شركة المعادن: تمت الزيارة والمقابلة يوم 03/04/2013م

•- المهندس: نبيل بن عبد العزيز الفريح، نائب رئيس شركة المعادن النفيسة والأساس.

•- المهندس: محمد الحميدي الغضبانى، مدير السلامة والصحة المهنية.

•- الأستاذ: عقيل بن محسن العنزي، مدير الشؤون الإعلامية.

•- الأستاذ بكر عبد اللطيف الهبوب، مدير الشؤون القانونية وحوكمة الشركة.

•- الأستاذ: ياسر عبد الرؤوف بري، إدارة المالية.

•- الأستاذ: عبد الرحمن الصم، إدارة الموارد البشرية.

" المعلومة والمسؤولية الناشئة عنها "

كريم كريمة

كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الجيلالي الياقوب-سيدي بلعباس

المقدمة

لم تمس فكرة التجريد المرتبطة بعصر الأنترنت الاقتصاد والمعاملات بأن أصبحت غير مادية، بل وصلت آثارها كل مجالات الحياة التي يتدخل القانون (عام وخاص، داخلي ودولي) لتنظيمها، وهو ما يدفع رجال القانون إلى ضرورة إعادة النظر في بعض المشاكل القانونية من أجل البحث عن سبيل لإعادة تجديد النظريات التي تعد حديثة من منظور القرن الماضي كالمسؤولية الناشئة عن الأشياء التي ارتبط ظهورها بالاستعمال المتزايد للألة في الإنتاج والاقتصاد ككل.

فبعدها كان الشيء الملموس محلا للتعاقد والمتسبب في المساءلة، أصبح بالإمكان التعامل في المعلومة وبرؤوس أموال ضخمة وبشكات غير ملموسة بل مجرد مواقع على الأنترنت، فهل تعد المعلومة " شيء" بمفهوم المادة 138 من القانون المدني الجزائري تلزم متولي حراستها ورقابتها تعويض ما ينشأ عنها من أضرار سواء كانت المعلومة صحيحة أم خاطئة؟ وإذا كان الأمر كذلك فكيف يمكن التعرف على حراسة ورقابة المعلومة وهل يكون مقدم خدمة الأنترنت مسؤولا رغم أنه لم ينتجها بل ينقلها أو يتوسط في توزيعها؟

والإجابة عن هذه التساؤلات وأخرى ستكون وفقا للخطة التالية:

المبحث الأول: مفهوم المعلومة

تعد المعلومة في الوقت الحالي مصدر القوة لارتباطها بمختلف مجالات وجوانب الحياة العصرية. فالمعلومة هي المادة الخام للبحوث العلمية، وتعد الآن ركيزة أساسية في تطور المجتمع وتحقيق الرفاهية، لذلك من يملك المعلومات الصحيحة في الوقت المناسب يملك

خطة البحث:

المقدمة

المبحث الأول: مفهوم المعلومة

المطلب الأول: تعريف المعلومة

الفرع الأول: التعريف القانوني والفقه للمعلومة.

الفرع الثاني: تمييز المعلومة عما يشابهها.

الفرع الثالث: أنواع المعلومة.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للمعلومة

الفرع الأول: الاتجاهات الفقهية حول تحديد طبيعة

المعلومة.

الفرع الثاني: محاولة التعرف على طبيعة المعلومة

اعتمادا على القانون الوضعي الجزائري.

المبحث الثاني: المسؤولية الناشئة عن المعلومة.

المطلب الأول: المسؤولية الخطئية (العقدية

والتقصيرية) الناشئة عن المعلومة

الفرع الأول: المسؤولية العقدية.

الفرع الثاني: المسؤولية التقصيرية.

المطلب الثاني: إمكانية تطبيق أحكام المسؤولية

الشيئية لاعتبار المعلومة شيئا

الفرع الأول: فعل المعلومة باعتبارها الشيء المولد

للضرر

الفرع الثاني: حراسة المعلومة باعتبارها الشيء المولد

للضرر

الخاتمة

18 78 من قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش⁴...

كما توجد نصوص أخرى تستعمل مصطلحات مشابهة كالمعطيات أو البيانات les donnés مصطلح مستعمل في قانون 09-04 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها- المحدد سابقا-، أو الخبر la nouvelle الذي استعمله القانون العضوي 12-05 المتعلق بقانون الإعلام⁵، قد استعمل تارة مصطلح المعلومة في المادة 2/40 لا يمكن أن تستعمل هذه المعلومات... وتارة أخرى الخبر في المادة 1/68: "يتمثل نشاط الصحافة... ويتكون من أخبار..."، والمادة 73: "يعد صحفيا محترفا في مفهوم هذا القانون العضوي، كل من يتفرغ للبحث عن الأخبار... أو تقديم الخبر..."، وأيضا المواد 84، 89، 87، 115.

فعلى الرغم من تعدد النصوص المتضمنة لهذا المصطلح إلا أنها لم تحدد تعريفا لها، لذلك سيتم البحث عن تعريفه لها في التشريعات الأجنبية وأيضا في الاجتهادات الفقهية.

الفرع الأول: التعريف القانوني والفقهية للمعلومة.

بالرجوع لبعض التشريعات الأجنبية كقانون الإمارات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 1 لسنة 2006 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية فإن مادته الأولى عرفت المعلومات الإلكترونية على أنها "بيانات ومعلومات ذات خصائص إلكترونية في شكل نصوص أو رموز أو أصوات أو رسوم أو صور أو برامج الحاسب الآلي أو غيرها"⁶، كما عرفها القانون رقم 2 لسنة 2006

⁴ المؤرخ في 25 فبراير 2009، ج ر عدد 15، المؤرخ في 8 مارس 2009، ص. 12.

⁵ المؤرخ في 12 يناير 2012، ج ر عدد 2، مؤرخ في 15 يناير 2012 الذي ألغى قانون 07-90 المتعلق بالإعلام

⁶ وهو نفس التعريف الذي وضعه قانون المعاملات التجارية الإلكترونية الأمريكي لسنة 1999 في الفقرة العاشرة من المادة الثانية: بأنها تشمل البيانات والكلمات والصور والأصوات والرسائل وبرامج

عناصر القوة والسيطرة¹. ولكن ما المقصود بها وهل تدخل المشرع لتحديد طبيعتها؟

المطلب الأول: تعريف المعلومة

توجد عدة نصوص قانونية تضمنت صراحة مصطلح "معلومة" منها الجزائية²: كتلك المتعلقة بتقديم معلومات كاذبة أو مضللة توقع في الغلط أو التدليس أو جنحة إشهار كاذب-المادة 429 وما يليها من قانون العقوبات-، أو جريمة التعدي على السر المهني- المادة 301 من قانون العقوبات-، التعدي على الرسائل والحياة الخاصة أو ما يعرف بالتعدي على المعلومات الخاصة بالشخص - المادة 303 مكرر إلى المادة 303 مكرر 3 من قانون العقوبات-، والتجارية: منها المادة 8 من قانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية³ التي تلزم البائع قبل اختتام عملية البيع بإخبار المستهلك بأي طريقة... بالمعلومات النزيهة والصادقة المتعلقة بميزات هذا المنتج أو الخدمة، وأيضا المواد 17،

¹ - للتفصيل أكثر حول أهمية المعلومة، أنظر صباح محمد كلو، تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وإنعكاساتها على المؤسسات المعلوماتية، مجلة مكتبة الفهد الوطنية، مج 6، ع 2، رجب - ذو الحجة 1421هـ - أكتوبر 2000- مارس 2001م، ص. 62؛ هاني شحادة الخوري، تكنولوجيا المعلومات على أعتاب القرن الحادي والعشرين، الجزء الأول مدخل تعريفي، الطبعة الأولى، مركز الرضا للكمبيوتر، دمشق، 1998، ص. 12 إلى 14، حسن طامر داود، جرائم نظم المعلومات، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، مركز الدراسات والبحوث، الطبعة الأولى، 2000-1420، الرياض المملكة العربية السعودية، ص. 17؛

Géraldine DANJAUME , « La responsabilité du fait de l'information », Doctrine I, 1996-3895, n°1.

² - اعتمادا على قانون العقوبات الجزائري الصادر بموجب أمر 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المعدل والمتمم، والذي تعدد فيه النصوص المستعملة لمصطلح المعلومة: المادة 65، 63، إلى 70 الخاصة بجرائم التعدي على الدفاع الوطني أو الإقتصاد الوطني، وأيضا المواد 2، 4، 5، 6، ن قانون 04-09 المؤرخ في 15 أوت 2009 المتعلق بالقواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، ج ل ر عدد 47 المؤرخة في 16 أوت 2009، ص. 5.

³ - المؤرخ في 23 يونيو 2004، ج ر عدد 41، المؤرخة في 27 يونيو 2004، ص. 3.

يمكن نقلها إلى الغير بأي وسيلة من الوسائل"، واعتماداً على هذا المفهوم بنى بعض الفقه تعريفه للمعلومة بأنها "الهيئة أو الحالة الخاصة للمادة أو الطاقة التي يمكن نقلها أو إبلاغها للغير"⁴، لكن انتقد هذا الاتجاه لعدم اهتمامه بمحتوى الرسالة وقيمتها المالية والقدرة على استيعابها مع الإشارة لقيام المسؤولية المدنية في حق مقدم خدمة المعلومات اتجاه المستخدم العادي، وهو ما أدى إلى ظهور الاتجاه الضيق للمعلومات.

الاتجاه المضيق لمفهوم المعلومة يرتكز هذا الاتجاه على القيمة المالية للمعلومة وما تضيفه من أفكار للمتلقي ليكون التعريف الضيق للمعلومة: "كل رسالة ذات معنى تُنقل إلى الغير وتتوقف قيمتها المالية على نوعية مضمونها الإعلامي"⁵، كما يعرفها البعض بأنها "كل رسالة تحتوي على معنى وقيمة مالية ويمكن نقلها للغير بحيث تزيد من يقين المتلقي وتقلل من درجة الشك لديه"⁶. وحتى تعتبر كل رسالة قابلة للتبليغ للغير معلومة يمكن أن تؤدي إلى قيام المسؤولية لا بد أن تضمن ضرورة تقديم شيء إضافي، وللتأكد من وجودها بتلك الحالة يتم التمييز بين الوضعية قبل وبعد تقديمها وهذا ما يعرف بالتطبيق الضيق للنظرية الرياضية حول المعلومة بأن تؤدي المعلومة دور التقليل من درجة عدم

في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات بأنها كل " ما يمكن تخزينه ومعالجته وتوليده ونقله بوسائل تقنية المعلومات وبوجه خاص الكتابة والصور والصوت والأرقام والحروف والرموز والإشارات وغيرها".

وفي نفس المعنى تدور تعاريف قوانين أخرى كقانون البحرين رقم 83 لسنة 2002 بشأن المعاملات الإلكترونية بأنها تلك البيانات والنصوص والصور والأصوات والرموز وبرامج الحاسوب والبرمجيات ويمكن أن تكون قواعد البيانات والكلام، أما القانون الفرنسي فقد عرفها القانون رقم 82-652 الصادر في 29 يوليو 1982 الخاص بالاتصالات السمعية والبصرية بأنها: "رنين أو صوت أو صورة أو مستند أو معطيات أو خطابات أيا كانت طبيعتها"، ونفس المعنى أخذ به قانون إمارة دبي بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية رقم 2 لسنة 2002 ولكنه يضيف للتعريف وجود خصائص إلكترونية للمعلومة، أما القانون الأردني الخاص بالمعاملات الإلكترونية رقم 85- لسنة 2001 فهو يشترط أن تعتمد على الوسائل الإلكترونية لإنشائها وإرسالها وتخزينها¹.

وأمام عدم وجود نص قانوني جزائري يعرف المعلومة، فإنه سيتم الاستعانة بالفقه الذي انقسم إلى اتجاهين في تعريف المعلومة واحد واسع والآخر ضيق².

الاتجاه الموسع لمفهوم المعلومة على رأسه الفقيه الفرنسي CATALA³ الذي يعتبر المعلومة: " كل رسالة

Voir, Pierre CATALA, « Ebauche d'une théorie juridique de -³ « Tout message l'information », D, 1984, Chron, p.98. communicable à autrui par un moyen quelconque constitue une information »

⁴ - « la forme ou l'état particulier de la matière ou de l'énergie susceptible d'une signification », Voir, J-C GALLOUX, « Ebauche d'une définition juridique de l'information », D.1994.Chron, p.229.

⁵ Voir, Elise DARAGON, « Etude sur le statut juridique de -⁵ l'information », D.1998.Chron. P.65.

⁶ Voir, Géraldine DANJAUME, « La responsabilité du fait de -⁶ l'information », J.C.P.éd. G. 1996, I. n°.3895.n°3.

الكمبيوتر والبرامج الموضوعية على الأقراص المرنة وقواعد البيانات أو ما شابه ذلك.

¹ - للتعرف على معظم التعاريف التي وضعتها التشريعات العربي والغربية للمعلومة، راجع خالد ممدوح إبراهيم، امن الجريمة الإلكترونية الدار الجامعية، الإسكندرية، 2008، صص 26-27.

² - راجع في ذلك التقسيم، محمد سامي عبد الصادق، " خدمة المعلومات الصوتية والالتزامات الناشئة عنها، دراسة لعقد خدمة المعلومات الصوتية في ضوء قانون تنظيم الاتصالات المصرية رقم 10 لسنة 2003"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، صص 36-40.

بحيث تساعد بعد تحليلها على إعطاء المعلومات، أما المعلومة فهي المعنى الذي يستخلص من هذه البيانات. فالفرق يظهر فنيا تقنيا⁷: بحيث إن البيانات هي كل ما يتم إدخاله على جهاز الكمبيوتر قصد تشغيله ومعالجته داخل هذا الجهاز للحصول على المعلومة. مثلا إذا تعلق الأمر بعملية الدفع فلا يمكن القول بأنها قد تمت فعلا لمجرد وجود معطيات خاصة بهذه العملية يتم استعمالها: رقم الحساب الرقم السري تقديم الطلب... بل لابد من معالجتها للحصول على معلومات مفيدة. فيمكن وضع المعادلة التالية: المعلومة هي معطيات+ برنامج أو وسيلة للمعالجة:

(l'information=donnes+modèle d'interprétation)

من ذلك يظهر أنه يمكن أن يكون للمعطيات معان متعددة على حسب طرق فهمها وشرحها مثلا لو يتم وضع الأرقام التالية 12102011 يمكن فهمها على أساس أنها تاريخ ميلادي وهو 12 من شهر أكتوبر 2011، ولكن لو كان إدخال المعلومة ضمن جهاز مبرمج بطريقة التاريخ في الدول الأنجلوسكسونية فهو يعد 10 من شهر ديسمبر 2011، كما قد يعد الرقم السري، كما يمكن ألا يكون لها معنى محدد، والبعض الآخر⁸ يوسع مجال التمييز ليشمل المعلومة والبيانات والمعرفة التي تعد مفاهيم مختلفة ومتداخلة بشكل عام:

فالمعرفة هي: حصيلة التجارب والخبرات اليدوية والعملية. والمعلومات والدراسات لفترة زمنية وتكون مرتبطة بشخصية الإنسان وأرضيته الثقافية والعلمية فهي إذن مظهر إنساني بحيث ترتبط بالتفكير والمراقبة وإدراك المتغيرات وتقييم المعلومات. أما المعلومات فهي: بيانات محددة ترتبط مفاهيمها بالإنسان أو الحاسوب أو مختلف وسائل التوثيق والمعلومات، قد تكون أرقاما ورموزا أو كلمات... وهي حقائق أو بيانات يمكن أن تكون كميات

⁷ راجع، محمد سامي عبد الصادق، خدمة المعلومات الصوتية والالتزامات الناشئة عنها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 36 إلى 40.

⁸ راجع تفصيل ذلك، هاني شحادة الخوري، المرجع السابق، ص 22-23.

اليقين أو نقص في المعرفة¹. فلا بد أن تمتاز بالإضافة والتحديد بأن تكون محددة، فالتبليغ الحقيقي يفترض ذلك بأن يكون بالإمكان حصر المعلومة في دائرة خاصة بها بألا تكون شائعة يسهل استخدامها من قبل الكافة².

كما أن جانبا كبيرا من الفقه المصري³ يأخذ بهذا الاتجاه منهم من يضع تعريفا لها: " كل رسالة تحمل معنى ودلالة وتتوقف قيمتها المالية على نقلها الإعلامي"⁴، ومنه من يعرفها على أنها "رموز أو مجموعة رموز تنطوي على إمكانية الإفضاء إلى معنى"⁵.

الفرع الثاني: تمييز المعلومة عما يشابهها.

لتحديد مجال تعريف المعلومة بدقة لا بد من التمييز⁶ بين المعلومات (les informations) والبيانات أو المعطيات (les donnes) فهذه الأخيرة تعبر عن مجموعة من الأرقام والكلمات والرموز أو الحقائق أو الإحصاءات الخام التي لا علاقة بين بعضها البعض، يتم تحميلها وتصنيفها وتوصيف محتواها واختزلها داخل الحاسب الآلي أو أي وسيلة أخرى من وسائل الاتصال الحديثة

¹ راجع في ذلك، Géraldine DANJAUME, art-prec.n° 4، وأيضاً محمد حسين منصور، "المسؤولية الإلكترونية...، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، 2003 ص 265.

² راجع في تفصيل خصائص المعلومة، محي الدين عبد المجيد، "فعل الاختلاس كركن مادي في جرائم السرقة"، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليايس، 2006-2007، ص 274-276.

³ للتعرف على مختلف التعاريف التي أتى بها الفقه المصري، راجع محمد سامي عبد الصادق، المرجع السابق، ص 39.

⁴ انظر، أيمن إبراهيم العشماوي، "المسؤولية المدنية عن المعلومات"، دار النهضة العربية، طبعة 2004، ص 34.

⁵ وهو التعريف الذي وضعه محمد سامي الشواء، ثورة المعلومات وانعكاساتها على قانون العقوبات، دار النهضة العربية، 1994، ص 174.

⁶ لكن البعض لا يرى ضرورة للتمييز بين المعلومة والبيانات ما دامت الحماية تشملهما معا، راجع في ذلك، نائلة عادل فريد قورة، "جرائم الحاسب الآلي الاقتصادية - دراسة نظرية وتطبيقية" - منشورات الحلبي الحقوقية، 2005، ص 98.

الفرع الثالث: أنواع المعلومة.

للمعلومة عدة أنواع يمكن حصرها في ثلاثة: ⁴

1-المعلومات الاسمية قد تكون مرتبطة

بشخص المخاطب بها: اسمه، موطنه، حالته الاجتماعية بالتالي فهي خاصة بالشخص لا يجوز للغير الاطلاع عليها إلا بموافقة الشخصية أو بأمر من السلطات المختصة وكل تعد عليها يعد تعديا على الحياة الخاصة⁵ ويكون محلا للمتابعة الجزائية وفقا للمادة 303 مكرر من قانون العقوبات المعدل والمتمم.

كما قد تكون منسوبة للآخر مما يستدعي إدلاء الغير برأيه الشخصي فيها وهي بذلك تتفق مع المعلومات المحددة سابقا في ارتباطها بالشخص، ولكن تختلف عنها في أنها موجهة أصلا للغير وليست لصيقة بشخصية صاحبها كالمقالات الصحفية والملفات الإدارية لدى جهة معينة⁶.

فهذه المعلومات محمية بتدخل القانون وهي غالبا ما تكون سرية مقصورة على أصحابها فقط، لا يجوز انتهاكها أو إفشائها أو اختراق الشبكة للاستيلاء عليها، ليشكل ذلك إما اعتداء على سر من أسرار الدولة أو على الحياة الخاصة أو إفشاء السر المرتبط بالوظيفة وكلها أفعال معاقب عليها في قانون العقوبات.

2-المعلومات المتعلقة بالمصنفات الفكرية

وهي تلك المصنفات المحمية بقوانين الملكية الفكرية يستوي في ذلك أن تكون تلك القوانين متعلقة بالملكية الأدبية والفنية أو متعلقة بالملكية الصناعية، مثل هذه

أو أرقاما وهي تحتمل الخطأ والصواب ولا تفترض الارتباط أو المنطقية على خلاف المعرفة التي تعد تقييما للواقع أو الحالة وفهم لها وفق المعلومات المتوفرة عن هذه ظاهرة أو الواقعة، فهي ترتبط بالتفكير والإدراك والتقييم والترابطات.

أما عن البيانات فهي المواد الخام التي تحول إلى مواد مصنعة للحصول على معلومات وتقارير ومؤشرات تقييد من الناحية العملية، وبعد معالجة البيانات يتم الحصول على المعلومة وصولا إلى المعرفة.

فالبيانات تعد المادة الخام التي تشتق منها المعلومة، أما المعلومة فهي البيانات التي خضعت للمعالجة والتحليل والتفسير بهدف استخراج المقارنات والمؤشرات والعلاقات التي تربط الحقائق والأفكار والظواهر بعضها مع البعض أو بمفهوم مبسط مواد مصنعة جاهزة للاستخدام، أما المعرفة فهي المادة المستخرجة من المعلومات مثلا: يعد الكتاب المغلق مشتملا على مجموعة من البيانات ولكن عندما يفتح يجد القارئ معلومات تساعده في تكوين المعرفة¹.

كما تختلف المعلومة عن الخبر في أن هذا الأخير هو الإبلاغ بشيء حدث وهو ما ينقل من وقائع². وتختلف عن الفكرة Idée التي قد تصلح منهجا أو أساسا لوضع البرنامج داخل الحاسوب وتخزينها شبكة الأنترنت، وهي بهذه الصفة يمكن أن تقوم باعتبارها مالا، أما المعلومة Information فهي ثمرة الفكرة³

¹- راجع تفصيل ذلك، عبد الرحمان الصباح، نظم المعلومات الإدارية، دار زمران للنشر، عمان 1998، ص ص.15-21؛ محمد محمد الهادي، بنوك المعلومات المحلية ودورها في التنمية الاجتماعية في الوطن العربي، دار المرين، الرياض، دون تاريخ للنشر، ص ص.33-34.

²- حول مفهوم الخبر، أنظر، ماجد راغب الحلو، حرية الإعلام والقانون، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص.294.

³- راجع في ذلك، إسماعيل عبد النبي شاهين، "أمن المعلومات في الأنترنت بين الشريعة والقانون"، بحث مقدم في فعاليات مؤتمر "القانون والكمبيوتر والأنترنت"، المنظم من طرف كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 982.

⁴- راجع تفصيل ذلك، خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص ص.29-30؛ إسماعيل عبد النبي شاهين، المقال السابق، ص ص.982-983.

⁵- للتفصيل أكثر حول حماية الحق في الخصوصية أو الحياة الخاصة من التعدي عليه، كريم كريمة، مقال منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة جيلالي لياس، سيدي بلعباس، عدد، 3.

⁶- راجع محمد حسام محمود لظفي، عقود خدمات المعلومات، 1994، دون دار النشر، ص.56، مشار إليه من طرف خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص.29.



الفرع الأول: الاتجاهات الفقهية حول تحديد طبيعة المعلومة.

تضاربت الآراء الفقهية حول تحديد الطبيعة القانونية للمعلومة باعتبارها ذات قيمة اقتصادية يمكن أن تباع وتشتري: **اتجاه منكر للوصف المالي للمعلومة** لأنها من طبيعة خاصة، فباستثناء المعلومات من طبيعة معنوية لا يمكن الاستئثار بها ولكنها تدخل ضمن طائفة المنافع والخدمات كما أنها تقوم بالمال³.

اتجاه يرى أن المعلومة مجموعة مستحدثة من القيم: فبالنسبة لبعض الفقه⁴ المعلومة في ذاتها قيمة مالية أشبه بالسلعة، فهي نتاج لعمل بشري تنتهي وبحسب الأصل إلى من يحوز العناصر المكونة لها بطريقة مشروعة، ليضعها في شكل ما حتى تكون صالحة للاطلاع عليها وتبليغها بشكل مفهوم، بالتالي فهي قيمة قابلة للتملك في ذاتها وتعد منتجا بصرف النظر عن دعائها المادية.

أغلب الفقه⁵ اعتبرها سلعة تأييدا لموقف الفقيه CATALA: فهي تعد من السلع المعلوماتية Information goods لأنه يمكن تحويلها إلى اللغة التي يفهمها الحاسوب⁶ فيمكنه أن ينفذها أو يحفظها أو ينسخها أو ينقلها أو يطبعها إما أن تكون في صور أو أصوات أو نصوص أو أفلام... فالسلع المعلوماتية هي

³ - راجع في ذلك محي الدين عبد المجيد. رسالة دكتوراه دولة في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليايس، سيدي بلعباس، ص.279.
⁴ - Pierre CATALA, « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », D.1984, Chronique, pp..97-98..

⁵ - منهم: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، "الجوانب القانونية لتعامل عبر وسائل الاتصال"، بحث مقدم في فعاليات، " مؤتمر القانون والكمبيوتر"، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المحدد سابقا، ص.998؛ محمد بن إبراهيم السحيباني، "السلع المعلوماتية-مع التركيز على برامج كتب التراث الإسلامية-"، بحث مقدم في مؤتمر، " القانون والكمبيوتر والأنترنيت"، المحدد سابقا، ص.260 وما يليها.

⁶ - لغة الحاسوب هي لغة الآلة machine langages تتكون من ثنائيات التي تاخذ قيمتين الصفر أو الواحد BIT.

المعلومات تخرج من مجال هذه الدراسة لأنها أحكام خاصة لا بد من التطرق إلى تفاصيلها.

3- المعلومات المتاحة أو يسميها البعض

المباحة: يقصد بها تلك المعلومات المتاحة للجميع يمكنهم الحصول عليها لأنها بدون مالك كالنشرات الجوية، وخرائط الأحياء الإلكترونية، وتقارير البورصة تتعد ملكيتها للأسبق إلى جمعها وصياغتها، ومثل هذه المعلومات إذا تم تجميعها بغرض معالجتها ليتم تشغيلها على الكمبيوتر وتخزينها واسترجاعها أو بقصد خلق معلومات جديدة، فإنها تنقسم إلى معلومات معالجة (informations traitées) المعلومات التي تعالج للتشغيل على جهاز الكمبيوتر بقصد تخزينها وحفظها فيه واسترجاعها وقت الحاجة، غالبا ما يتم الاعتماد على هذا النوع من المعلومات خاصة مع الاستعمال اليومي لشبكة الأنترنت. وقد تكون معلومات محصلة (informations résultats) وهي تلك الناتجة عن معالجة مجموعة من المعلومات وتقرر حق ملكيتها طبقا لقاعدة حياة المال المنقول.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للمعلومة

اعتبرت المعلومة دائما خدمة، ولكن مع نهاية القرن الماضي أصبحت كقيمة اقتصادية وسلعة قابلة للدخول في مجال الاستهلاك المستمر، حيث أضحت سلعة يمكن أن تتخذ الطابع الدولي بتدويلها بأي صيغة من الصيغ وتكون مقبولة بكل سهولة) عن طريق العقود الإلكترونية أو عبر شبكة الأنترنت التي تمتاز بطابعها الدولي¹. فإذا كان هذا هو موقف معظم الدول المتطورة، فهل يمكن اعتبار المعلومة وفقا للقانون الجزائري وبالرجوع إلى مصدره التاريخي² خدمة أم سلعة أو بوجه عام مال يمكن التصرف فيه؟

¹ - راجع تفصيل ذلك، عمر محمد بن يونس، المجتمع المعلوماتي والحكومة الإلكترونية مقدمة إلى العالم الافتراضي Introduction to Cyberspace، موسوعة التشريعات العربية، الطبعة الأولى 2002-2003، دون بلد النشر، ص.52-53.

² - بحيث سيتم الاعتماد على المنهج التاريخي والمقارن بدراسة القانون الفرنسي خصوصا.

لأنظمة المعلوماتية... لم يتدخل ضمنها المشرع لتحديد تعريف أو تكييف للمعلومة ليسهل على القاضي فيما بعد تطبيق النصوص القانونية الموضوعية والمتعلقة بالمعاملات التقليدية، لذلك سيتم الاعتماد على النصوص القانونية المحددة للمنتج، الشيء والمال قصد محاولة تحديد المعالم القانونية للمعلومة.

بناء على المادة 3 من قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش³ فيعرف المنتج بأنه: "كل سلعة أو خدمة يمكن أن تكون موضوع تنازل بمقابل أو مجاناً". أما الخدمة فتعرف على أنها: "كل عمل مقدم، غير تسليم السلعة، حتى ولو كان هذا التسليم تابعا أو مدعما للخدمة المقدمة". أما السلعة: "كل شيء مادي قابل للتنازل عنه بمقابل أو مجاناً".

وعن طريق دراسة تحليلية لهذه النصوص يمكن الوصول للنتائج التالية التي تظهر متعارضة، بحيث لا يمكن اعتبار المعلومة منتجا: لا سلعة ولا خدمة وذلك لما يلي:

- ربط المشرع مفهوم السلعة بالوجود المادي للشيء والمعلومة تمتاز بالتجريد فهي غير ملموسة-لا مادية-

- ولا يمكن اعتبارها خدمة لأن المشرع ربطها بالعمل والمعلومة ليست عملا بل معنى يفهم من بعد معالجة بعض البيانات أو المعطيات بناء على برامج معينة ونقلها أو إعادة معالجتها أو بثها، فهي نتيجة للعمل وتعد محلا أو موضوعا لعمل معين، مثلا مورد منافذ الدخول للأنترنيت عمله هو توفير الوسائل التقنية التي تسمح الحصول على خدمات المعلوماتية عبر الأنترنيت، ومتعهد الإيواء عمله تخزين المعلومات أما مورد المعلومات فهو الذي يقوم ببث المعلومات على الأنترنيت. فاعتبارها خدمة كان التكييف القديم للمعلومة.

فهل تعد شيئا يمكن التعامل فيه؟ الشيء هو كل محل أو موضوع مادي يمكن تملكه لإشباع حاجة الشخص الاقتصادية أو الروحية وهو يعد محلا للحق المالي مثله

³ - المؤرخ في 25 فبراير 2009.

كل معلومة تحفظ بشكل إلكتروني يكون من السهل إعادة إنتاجها، وهي تمتاز بعدة خصائص تميزها عن السلع العادية: فهي من السلع العامة يمكن للكافة الانتفاع بها دون أن تتخفف قيمتها ولا جودتها إلا إذا اشترط للدخول إليها شروط معينة، وهي من سلع التجربة فلا يتعرف على لجودتها إلا بعد تجربتها، كما تحتاج إلى العتاد كسلعة مكملة لها، كما تمتاز بتناقص التكلفة المتوسطة للإنتاج إلى أن تصبح منخفضة جدا عند إعادة إنتاجها وسوقها ليست سوق منافسة كاملة¹.

فالمعلومة داخل الأنترنيت من قبيل الحقوق المالية المعنوية لأنها تعطي لصاحبها سلطة عليها، فالحق العيني يقوم على وجود علاقة بين شخص وشيء (بين صاحب الحق ومحلّه-المعلومة)²

الفرع الثاني: محاولة التعرف على طبيعة المعلومة اعتمادا على القانون الوضعي الجزائري.

إن التشريعات التي اهتمت بالمجال المعلوماتي منها المرسوم التنفيذي المتعلق بالأنترنيت المرسوم التنفيذي 257-98، المؤرخ في 25 أوت 1998، وقانون 09-04 المتضمن قواعد الوقاية من الجرائم الإلكترونية، وقانون 04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 المعدل والمتمم لقانون العقوبات الذي نص على الحماية الجزائية

¹ - للتفصيل حول تلك الخصائص المميزة للسلع المعلوماتية، راجع، محمد بن إبراهيم السحيباني، المقال السابق، ص ص 260-إلى 266.

² - وهو أيضا التكييف الذي يمنح اعتمادا على أحكام الشريعة الإسلامية لأن خصائص المال بناءا عليها تتمثل في: يميل عليها طبع الإنسان، ويمكن إحراز المال بتعيينه عينا أو منفعة وهو صالح لتحقيق مصالح الناس كما أن المعلومة قابلة للانتفاع بها، كما يحرص الإنسان على حماية المال ومنع الغير من الاعتداء عليه وهو الحال اتجاه المعلومة، راجع في تفصيل موقف الشريعة الإسلامية من تكييف المعلومة، إسماعيل عبد النبي شامين، "أمن المعلومات في الأنترنيت بين الشريعة والقانون"، بحث مقدم في فعاليات مؤتمر "القانون والكمبيوتر والأنترنيت"، المنظم من طرف كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المحدد سابقا، ص 987.

يمكن إذن أن تكون محلا للعقد بمفهوم المادة 54 من القانون المدني الجزائري المعرفة للعقد⁶، ما جعل للشيء مفهوماً واسعاً لا يكيف على أنه مادي ملموس، بالتالي فكل النصوص المحتوية لهذا المصطلح "شيء" تتعلق بالمال الذي يعد من عناصر الذمة المالية حتى لو كان المال غير مادي⁷.

ولكن يوجد من يعارض إمكانية اعتبار المعلومة مالا⁸، فالمنتج يعد مالا مادياً أو معنوياً يولد المسؤولية دون خطأ من المنتج في حالة تسبب العيب في المنتج في الضرر - وهو فعلاً ما أخذت به المادة 140 مكرر من القانون المدني⁹: يكون المنتج مسؤولاً عن الضرر الناتج عن عيب في منتجه، حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية. يعتبر منتجاً، كل مال منقول ولو كان متصلاً بعقار لا سيما المنتج الزراعي والمنتج الصناعي وتربية الحيوانات والصناعة الغذائية والصيد البري والبحري والطاقة الكهربائية.

فالمال هو كل شيء ذو قيمة مالية يمكن تملكه، فعلى الرغم من تأكيد هذا الفقه على القيمة المرتفعة للمعلومة لكن تكييفها كمال تكييف منتقد، فإذا كان لصاحب المعلومة حق عليها فهو منظم وفقاً لقانون الملكية الفكرية والأدبية، ولكن هذا القانون لا يؤكد الملكية بل يقوم بالحماية لوجود حق المؤلف، فلا وجود لنص قانوني يؤكد ملكية المعلومة من طرف صاحبها، فالملكية هي التي تمنح للشخص سلطة استعمالها ومراقبتها واستغلالها فإذا كان صاحب المعلومة يتحكم في إمكانية الاستغلال فهو ليس في وضعية لمعرفة محتوى المعلومة، فهو لا يملك حقاً يمنع على الغير من التعرف

مثل العمل، أما المال هو ذلك الممتلك أي ذلك الحق ذو القيمة المالية، ففكرة المال بذلك أوسع من فكرة الشيء¹. بناء على هذا المفهوم التقليدي فالأشياء تعد ذات طبيعة أصلاً مادية لكن المعلومة تعد غير مادية.

وبالرجوع إلى نصوص القانون المدني (الجزائري ومصدره القانون الفرنسي) التي تستعمل مصطلح الشيء فهي لم تحدد تعريفاً له، ولكن تدخل القضاء لتحديده: اعتماداً على اجتهاد قضائي فرنسي في المجال المدني في سنة 1991² اعتبر أن الصورة المحفوظة والمنسوخة تكون شيئاً بمفهوم المادة 1/1384 من القانون المدني الفرنسي التي تقابل المادة 138 من القانون المدني الجزائري، نفس الحكم يطبقه على المعلومة لأنه يمكن إعادة نسخها وحفظها. كما يوجد اجتهاد قضائي آخر في المجال الجزائري³ الذي اعتبر أن اختلاس المعلومات الموجودة في مجموعة من الأقراص مملوكة للغير يعد سرقة واردة على شيء بمفهوم المادة 311-1 من قانون العقوبات الفرنسي الجديد، وبتطبيق علاقة التعدي مادامت السرقة تقع على الأشياء والمعلومة كانت محلاً للسرقة فالمعلومة إذن هي شيء وهو نفس المصطلح الذي قصده المشرع في المادة 1/1384 من القانون المدني الفرنسي والمتعلقة بالمسؤولية عن الأشياء⁴.

فالمعلومة تعد شيئاً يمكن التصرف فيه، والتعامل به وبيعه عن طريق التنازل عنه كالمحل التجاري الذي يحوي عناصر معنوية، فإذا لم تكن المعلومة محلاً لحق فكري وأدبي يمكن بيعها كالمعلومة المكتشفة من الصحفي يمكنه بيعها لشركة إعلامية مثل التلفزيون⁵،

⁶ - والتي تقابلها المادة 1126 من القانون المدني الفرنسي.

⁷ - Voir. Emmanuel TRICOIRE, « La responsabilité du fait des choses immatérielles », Libre droit Mélanges en l'honneur de PHILIPPE LE TOURNEAU, Dalloz 2008, p.985.

⁸ - Voir, Géraldine DANJAUME, art-préc..n°.33.

⁹ - الصادر بموجب امر 58-75 المؤرخ في 26-09-1975، والمعدل والمتمم، وقد تمت إضافة المادة 140 مكرر بموجب قانون 10-05 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

¹ - أنظر التمييز بين المال والشيء، رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص.309-311.

² - TGI Paris, 27 février 1991, JCP 1992, &d.G,II,21809, note P.Le TOURNEAU.

³ - Cass.crim.12-01-1989.

⁴ - Voir, Géraldine DANJAUME, art-précit..n°.24-25-26.

⁵ - Voir, Géraldine DANJAUME, art-précit..n°.27-28.

المالية حتى لو كان هذا المال غير مادي⁵. فالمعلومات تعد أموالا منقولة لأنه يمكن تقويمها بالمال انطلاقا من قيمتها الاقتصادية المرتفعة، بالتالي يصح أن تكون محلا للحقوق المالية خاصة حق الملكية ويمكن التصرف فيها بحيث يرد عليها كل أنواع التعاملات، مدنية أو تجارية، ومحلا للعقود، كما تتمتع بحماية القانون خاصة القانون المدني تطبيقا للقواعد العامة المتعلقة بحماية الحق وعناصره⁶، خاصة أنه قد تم الاعتراف بإمكانية حجز شيء غير مادي كبرامج الحاسب الآلي مثلا⁷، والمعطيات المعلوماتية⁸. والمنتج هو مال لذلك تعد المعلومة منتجا فتوزيع كتاب أو قرص أو أسطوانة تحوي معلومات يؤدي هذا السند الذي يحويها إلى قيام هذه المسؤولية، مما يترتب عليه تعديل التعريف الذي وضعه المشرع الجزائري للمنتج في قانون 09-03 المحدد سابقا.

المبحث الثاني: المسؤولية الناشئة عن المعلومة.

لتعدد أساليب الحماية المدنية للمعلومات داخل الإنترنت، تتعدد التشريعات التي تنظمها: فيمكن أن تتم الحماية من خلال أحكام العقود أو أحكام المسؤولية التصريحية أو من خلال الأحكام المتعلقة بالعلامات

على محتوى المعلومة إذا كانت سرية أم لا، فالمعلومة تعتبر محلا للحق خاصة بالنسبة لمؤسسات الإعلام الآلي أو تلك التي تدير بنوك المعطيات، ولكن لا يمكن أن تكون محلا لحقوق عينية فهي شيء غير مادي نظامها القانوني محدد عن طريق الملكية الفكرية الصناعية والحرفية¹.

بالتالي تعد المعلومة مالا قانونا إذا أصبحت مادية matérialisée وقابلة للتخزين archivable وتؤدي إلى قيام المسؤولية دون خطأ²، وذلك وفقا للمفهوم التقليدي للشيء الذي يرتبط دائما بالوجود المادي. ولكن المفهوم الحديث يعتمد على القيمة الاقتصادية للشيء، بل وقد اعتبر البعض أن البرامج والمعلومة ككل لها قيمة اقتصادية تشغل حيزا في جهاز الكمبيوتر على شكل نبضات إلكترونية تشبه الكهرباء التي استقر الفقه على اعتبارها شيئا خطرا يؤدي إلى قيام المسؤولية عن الأشياء³، كما أن البعض يضيف أن تحديد مفهوم الشيء والمال نابع من الذهن وليس من طبيعة الشيء، لذلك فقد يكون موضوعه شيئا غير مادي له قيمة اقتصادية، فالبرامج في جوهرها معلومة بطريقة ما ولها قيمة اقتصادية فلا بد من معاملتها على أنها مال⁴.

فأصبح للشيء مفهوم واسع لا يكيف على أنه مادي ملموس فقط، بالتالي فكل النصوص المحتوية لهذا المصطلح "شيء" تتعلق بالمال يعد من عناصر الذمة

⁵ -Voir. Emmanuel TRICOIRE, «La responsabilité du fait des choses immatérielles », Libre droit Mélanges en l'honneur de PHILIPPE LE TOURNEAU, Dalloz 2008,p.985.

⁶ - حول إعتبار المعلومة مال راجع، خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص.ص.34-35.

⁷ - Voir, Muriel Fabre-Magnan, « Les obligations ». PUF droit.2004. Paris. P.774.

⁸ - المعطيات المعلوماتية هي كل عملية عرض للوقائع أو المعلومات أو المقاميم في شكل جازم للمعالجة داخل منظومة معلوماتية، بما في ذلك البرامج المناسبة التي من شأنها جعل منظومة معلوماتية تؤدي وظيفتها، وهو التعريف الذب حددته المادة 2 من قانون 04-09 المؤرخ في 5 أغسطس 2009، يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، ج ر عدد 47، الصادرة في 16 أغسطس 2009، ص. 5، والمادة 6 من القانون نفسه نظمت حالة حجز المعطيات المعلوماتية.

¹ -Voir, Christian LARROUMET, « Droit civil » tome 2 les biens droits réels principaux, 3 édition, Economica, Delta , paris;1998.n°.4.p.6.

² - Voir, Cyril ROJINSKY, « Sens interdit – la responsabilité du créateur de lien hypertexte du fait du contenu illicite du site cible », juris com-net, 17 décembre 2001 , pp.3-4, <http://www.juriscom.net>

³ - راجع في ذلك، نبيلة اسماعيل رسلان، " المسؤولية في مجال المعلوماتية والشبكات"، دار الجامعة الجديدة 2007، الاسكندرية، ص. 68.

⁴ - راجع تفصيل ذلك، نبيلة اسماعيل رسلان، المرجع السابق، ص.ص.59-60.



تتمثل المسؤولية المدنية في مجال الاتصالات والمعلومات أساسا في إلزام الأجهزة التي تعمل في هذا المجال بتعويض الأضرار الناجمة عن أنشطتها الضارة غير المشروعة. وللمسؤولية في هذا المجال أهمية خاصة ترجع لخطورة الأضرار والخسائر التي قد تحدث عن الأنشطة المعلوماتية التي غالبا ما تكون بأموال واستثمارات ضخمة، قد تكون المسؤولية عقدية كما قد تكون تقصيرية أكثر اتساعا من الأولى ولكن غالبا ما يتم ربطها بركن الخطأ⁴.

الفرع الأول المسؤولية العقدية:

تعد المسؤولية عقدية إذا تم الإخلال بالتزام عقدي وكانت المعلومة هي محل العقد كحالة مزود خدمة المعلومات على الأنترنت الذي يكون قد تعاقد مع منتج المعلومة: كوكالة صحفية يرغب في مساءلتها عن عدم دقة المعلومات المقدمة أو كانت مغلوبة تكون المسؤولية هنا عقدية، كما أن المسؤولية عن الفيروسات في الغالب ما يتم اعتبارها مسؤولية عقدية على أساس الالتزام بضمان التعرض، وضمان العيوب الخفية وضمان صلاحية المبيع للعمل⁵.

وتطبيقا للقواعد العامة فإنه يمكن الاتفاق على التخفيف أو الإعفاء من المسؤولية تطبيقا للمادة 178 من القانون المدني

التجارية أو تلك المتعلقة بالسرقة أو المتعلقة بقوانين براءات الاختراع¹.

ولكن بالنسبة لأحكام الشريعة الإسلامية فالأمر أسهل وأبسط وذلك لربطها بين المسؤولية الجنائية والمادية للمغتصب (المعتدي على المعلومات) وذلك عن طريق العقوبة المدنية، فالفقه الإسلامي يلزم كل من يحدث ضررا للغير بتعويضه سواء كان محدث الضرر (مغتصب المعلومة) قاصرا أو بالغا، مجنونا أو عاقلا مريدا لإحداث الضرر أم لا، حتى لو كان محدث الضرر شخصا معنويا عملا بالحديث الشريف " لا ضرر ولا ضرار " تأسيسا على قاعدة التكافل الاجتماعي إذا كان الفاعل شخصا طبيعيا وقاعدة " تحمل التبعة " إذا كان الشخص معنويا².

فالحديث إذن عن المسؤولية يقصد من ورائه الحديث عن مدى الحماية القانونية للمعلومة وبالتالي إبعاد مجال التعدي على الحياة الخاصة وذلك لسببين: الأول أن التعدي على الحياة الخاصة لا يدخل في إطار المسؤولية المدنية التي تشترط إثبات الفعل المسبب للضرر، أما الثاني فهو أن محل دراسة التعدي على الحياة الخاصة هو حماية حق شخصي خاص³. لذلك هل يمكن اعتبار المسؤولية الناشئة عقدية أو تقصيرية؟ خطئية أو موضوعية؟

المطلب الأول: المسؤولية الخطئية (العقدية والتقصيرية) الناشئة عن المعلومة

¹- وإن كان البعض يرى أن بأن تلك الأنظمة القانونية تعد محلا للنقد ليبقى الإتجاه الأكثر شيوعا هو الذي يتخذ من قوانين حق المؤلف أساسا لحماية أمن المعلومات في الأنترنت، راجع في تفصيل ذلك، اسماعيل عبد النبي شامين، " أمن المعلومات في الأنترنت بين الشريعة والقانون"، بحث مقدم في فعاليات مؤتمر "القانون والكمبيوتر والأنترنت"، المنظم من طرف كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المحدد سابقا، ص.984 وما يليها.

²- راجع في تفصيل ذلك، اسماعيل عبد النبي شامين، المقال السابق، ص.990-991،

³ - Voir, Géraldine DANJAUME, art-préc, n°.5

⁴- راجع في ذلك، ابراهيم الدسوقي أبو الليل، " الجوانب القانونية للتعامل عبر وسائل الإتصالات الحديثة"، بحث مقدم في فعاليات مؤتمر القانون والكمبيوتر والأنترنت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص.1019 إلى 1021.

⁵- راجع، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.297-305؛ عزة محمود خليل، الحماية القانونية لمستخدمي الحاسبات ضد فيروسات الحاسب، ضمن، الطريق المصري السريع للمعلومات وتحديات التنمية القومية، أبحاث ودراسات المؤتمر العلمي الثالث لنظم المعلومات وتكنولوجيا الحاسبات، القاهرة 12-14 ديسمبر 1995، المنظم من طرف الجمعية المصرية لنظم المعلومات وتكنولوجيا الحاسبات، الناشر المكتبة الأكاديمية 1997، الطبعة الأولى، ص.141-147؛ محمد سامي عبد الصادق، المرجع السابق، ص.126-127.

ومشروعية كل ما يتاح للقارئ من معلومات، فالركيزة التي تبنى عليها المسؤولية هي إمكانية السيطرة على المعلومات واختيار ما يصلح منها للنشر واستبعاد ما لا يصلح. فتقديم الخدمة وهي إتاحة المعلومات للجمهور إما عبر الحاسوب أو الصحف موضوع لعقد واحد مهما كانت وسيلة التعبير عن المعلومة⁴. فإثبات الخطأ يعد ضروريا إذا كانت المسؤولية عقدية بالنسبة للمتعاقد الدائن بتقديم المعلومة، أو تقصيرية قائمة على الخطأ إذا كان المضرور من الغير كحالة إثبات خطأ الصحفي أو صاحب المجلة لنشر أخبار أو معلومات غير صحيحة وذلك اعتمادا على المادة 115 من القانون العضوي 05-12 المتعلق بالإعلام⁵.

دون نسيان المسؤولية الخطئية عن الفيروس الذي يعد من قبيل برامج الحاسب يتم تصميمه لأهداف تخريبية، وهو كيان منطقي عبارة عن نبضات أو إشارات إلكترونية مغنطة داخل الشرائح الموجودة في ذاكرة الحاسب وتستغل حيزا فيها وينسخ نفسه وهو ما يشكل خطورته التدميرية، التي قد تمس الثروة المعلوماتية وأجهزة الحاسب التي تتحكم وتسير عدة مجالات وعمليات كالمجال البنكي أو النقل. فقد تكون المسؤولية خطئية غالبا إما عقدية أو تقصيرية⁶.

⁴ راجع في ذلك، محمد سامي عبد الصادق، المرجع السابق، ص 130-131.

⁵ المؤرخ في 12 يناير 2012، ج ر عدد 21 مؤرخ في 15 يناير 2012، حيث تنص المادة 115: " يتحمل المدير مسؤول النشرية أو مدير جهاز الصحافة الإلكترونية، وكذا صاحب الكتابة أو الرسم مسؤولية كل كتابة أو رسم يتم نشرها من طرف نشرية دورية أو صحافة إلكترونية. ويتحمل مدير خدمة الإتصال السمعي البصري أو عبر الأنترنت وصاحب الخبر الذي بثه المسؤولية عن الخبر السمعي و/أو البصري المبتث من قبل خدمة الإتصال السمعي البصري عبر الأنترنت."، فمحتوى المادة جاء موسعا لمجال المسؤولية مقارنة بالمادة 41 من قانون 07-90 المتعلق بالاعلام الملغى والتي كانت تنص: " يتحمل المدير أو كاتب المقال أو الخبر مسؤولية أي مقال ينشر في نشرية دورية أو أي خبر يبتث بواسطة الوسائل السمعية البصرية".

⁶ للتفصيل أكثر حول الحماية من الفيروسات وتحديد أنواعها ومفهومها والمسؤولية القائمة عنها خاصة العقدية، راجع، عزة

الجزائري، وهو غالبا ما تتضمنه العقود الإلكترونية بحيث يضع المورد بنودا تحدد من مسؤوليته، وهذه البنود لا تكون نافذة إذا كان أساس المسؤولية هو الفعل الضار مهما كان سببه الخطأ واجب الإثبات أو المفترض¹.

الفرع الثاني: المسؤولية التقديرية.

كما يمكن أن تعتبر المسؤولية عن المعلومة تقصيرية، تقوم على إثبات الخطأ كالمسؤولية الناتجة عن التعدي على محتوى برامج الحاسب التي تعد جريمة، أو المنافسة غير المشروعة، وحتى في مجال الفيروسات فإذا تعدد مورد المعلومة إرسالها وهي تحوي فيروسات يعد مرتكبا لخطأ شخصي أو يعد مسؤولا عن خطأ غير الخاضعين لسلطته².

باعتبار المعلومة شيئا غير مادي وهي مصدر الضرر فكيف يمكن لشيء غير ملموس أن يتسبب في ضرر ملموس؟ في الحقيقة توجد عدة حالات معروفة تؤكد أن المعلومة قد تتسبب في ضرر: مثلا إفشاء السر المهني أو الصناعي، أو تقديم معلومات خاطئة ولكن في هذه الحالة الأمر يتعلق بالمسؤولية عن الخطأ الشخصي للإخلال بالتزام عقدي وهو الالتزام بالسرية، وهذا الشرط الأول لقيام المسؤولية يطرح مشاكل وصعوبات في مجال المعلومات³، فمقدم خدمة المعلومات (منها الصوتية مثلا) يعد مسؤولا عن عدم مشروعية المعلومات، ويكون في ذلك كالناشر ورئيس التحرير الذي يسأل عما تحويه الصحيفة من معلومات لأن واجبه المهني يلزم عليه التحري عن دقة

¹-Voir, Geraldine DANJAUME, art-precit.n°.31-32 ;

Frédérique DUPUIS-TOUBOL, Marie-Hélène

TONNELIER, Stéphane LEMARCHAND, art-préc,n°.14-15-16.

² راجع، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 305-307، 290-291؛ محمد سامي عبد الصادق، المرجع السابق، ص 126-127، 130-131.

³-Voir,Geraldine DANJAUME, art-precit.n°.31-32 ; Frédérique DUPUIS-TOUBOL, Marie-Hélène TONNELIER, Stéphane LEMARCHAND, art-précit,n°.21.



المسؤولية عن الأفعال الشخصية، لقيامها على فكرة الخطأ المفترض فهي تقوم لمجرد إحداث شيء غير حي ضررا للغير⁴ نظمها المشرع في المادة 138 من القانون المدني الجزائري التي تنص: "كل من تولى حراسة شيء، وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة، يعتبر مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء".⁵

وهذه المسؤولية لا يمكن الإعفاء منها إلا بإثبات السبب الأجنبي وذلك بناء على المادة 138 / 2 التي تنص: يعفى من هذه المسؤولية، الحارس للشيء إذا أثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه مثل عمل الضحية أو عمل الغير⁶ أو الحالة الطارئة أو القوة

الغير، المسؤولية عن فعل الأشياء، التعويض-، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص.ص 82 إلى 85.
⁴- راجع حول طبيعة المسؤولية عن الأشياء، علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية. في القانون المدني الجزائري، المسؤولية عن فعل الغير، المسؤولية عن فعل الأشياء، التعويض-، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص.ص 100-101؛ محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع باعتباره مصدرا للالتزام، القواعد العامة والقواعد الخاصة، ديوان المطبوعات الجامعية، 1686، الجزائر ص. 201 إلى 215؛ عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء في مبادئها القانونية وأوجهها العملية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر الطبعة الثانية، 1981، ص.ص 379 إلى 395؛

Muriel Fabre-Magnan, « Les obligations », Puf, paris.2004, p ..p.773 et suit.

⁵- قد أخطأ المشرع في الترجمة وذلك بمقارنة النصين العربي والفرنسي للمادة، والمتمثل في استعمال عبارة—له قدرة الاستعمال— عوض أن يستعمل عبارة عليه سلطة الاستعمال (..sur elle un pouvoir d'usage)

⁶- يوجد إختلاف بين عمل الضحية وخطأ الضحية، فالخطأ وحده يتم أخذه بعين الإعتبار ومو ينتج من سلوك غير مادي للضحية وإذا توافرت الشروط الثلاث للقوة القاهرة: خارج عن النطاق، عدم التوقع، لا يمكن دفعه، يتم إبعاد المسؤولية إطلاقاً، لذلك يرى الفقهاء بضرورة تعديل المادة بتعويض مصطلح عمل الضحية بمصطلح خطأ الضحية، وذلك بالإعتماد أساساً على المقارنة بين هذه المادة والمادة 127 المتعلقة بالسبب الأجنبي الذي يعفي من المسؤولية والتي تتحدث عن الخطأ وليس العمل: "إذا أثبت الشخص أن الضرر نشأ عن سبب لا يد له فيه

كما أن منشئ المعلومة أو الشخص الذي يقدم ويكشف ويُطلع الجمهور على شيء ما بغض النظر عن الشكل أو الفكرة، فعلى الرغم من أن المعلومة خاصة به إلا أنه يقدمها لهم. لذلك فهو المسؤول على أساس الخطأ. ولكن هل يمكن أن تقوم دون إثبات للخطأ؟ وهو موضوع البحث.

المطلب الثاني: إمكانية تطبيق أحكام المسؤولية الشبئية باعتبار المعلومة شيئاً

يرى الفقه¹ أيضاً أن المسؤولية في مجال المعلومات التي تبت عبر شبكات الإنترنت هي مسؤولية موضوعية، تقوم على أساس الخطأ المفترض من واقع حيازة المعلومات وحراسته وهي مسؤولية مفترضة لا يشترط لقيامها إثبات الخطأ وهي غالباً ما تكون مسؤولية عن الأشياء ولكن قد تكون مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه²، سينحصر الحديث فقط عن المسؤولية على فعل الأشياء³ غير الحية، التي تعد مسؤولية مستقلة عن

محمود خليل، الحماية القانونية لمستخدمي الحاسبات ضد فيروسات الحاسب، الطريق المصري السريع للمعلومات وتحديات التنمية القومية، أبحاث ودراسات المؤتمر العلمي الثالث لنظم المعلومات وتكنولوجيا الحاسبات، القاهرة 12-14 ديسمبر 1995، المنظم من طرف الجمعية المصرية لنظم المعلومات وتكنولوجيا الحاسبات، الناشر المكتبة الأكاديمية 1997، الطبعة الأولى، ص.ص 131، 134-142، 141-147.

¹- محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية القانونية في مجال شبكات الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص. 116.
²- تتحقق هذه المسؤولية في مجال الإنترنت في حالة أن تتولى شركة القيام بجميع مراحل بث المعلومات ويسأل في مواجهة الشخص المضروب في جميع هذه المراحل ويعد كل متدخل في أي مرحلة على الشبكة تابعا له ويسأل عن فعله.

³- هذا النوع من المسؤولية لم تتعرض له التشريعات القديمة ومصدر تنظيمها القانوني في الدول العربية لا يرجع إلى الشريعة الإسلامية بل القانون الفرنسي وإن كانت الشريعة الإسلامية تساوي بين مسؤولية الشخص عن فعله ومسؤوليته عن التعدي الناشئ بواسطة الشيء لذلك لم يهتم الفقهاء بوضع مسؤولية خاصة عن فعل الأشياء، راجع حول التطور التاريخي للمسؤولية عن الأشياء، علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري- المسؤولية عن فعل

يكون بإلحاق ضرر غالبا ما يكون اقتصاديا بتكبد خسائر فادحة للاعتماد على معلومات غير صحيحة مقدمة أو مغرضة، كما قد تكون صحيحة ولكن لا تتفق مع المواصفات المتفق عليها، أو يكون ضررا جسمانيا بعد الخلط ما بين نبات سام وآخر قابل للاستهلاك نتيجة لعدم وضوح الصور والمعلومات التي تضمنها كتاب خاص بالنباتات³.

والإتصال في هذه الحالات بين المعلومة والشخص تحقق عن طريق القراءة، أو قراءة الأجوبة المقدمة من طرف بنك المعطيات أو عن طريق المشاهدة إذا كان التلغاف هو وسيلة نقل وبت المعلومة الخاطئة المتعلقة مثلا بكارثة طبيعية نتيجة لغرق ناقلة للبترول وتسببها في بقعة سوداء كبيرة. فيستوي أن تكون المعلومة صحيحة أو المعلومة خاطئة⁴ المهم أن تلحق ضررا بالغير، يتحمل من يتولى حراستها ما تسببه من أضرار دون إثبات الخطأ.

وعلى العموم، فإن فعل المعلومة كنشاط اقتصادي يتسبب في الضرر لأنها ذات طاقة كامنة خطيرة، تعد في الوقت نفسه مصدرا لربح وفائدة كبيرة تفوق تلك المتحصل عليها من المنتجين، فيظهر من المنطقي أن يتحمل ذلك المنتفع منها مسؤولية النشاط الاقتصادي

³ - وذلك بالإعتماد على الإجتهاد القضائي الفرنسي، TGI, Paris, 1 ch,

1 sect, 18 mai 1986, D.1986 sémm. p.35.

راجع تفاصيل ذلك القرار،

Frédérique DUPUIS-TOUBOL, Marie-Hélène

TONNELIER, Stéphane LEMARCHAND, « Responsabilité civile et internet », Etude et chroniques, 640..., n°.18 ;

Géraldine DANJAUME, « La responsabilité du fait de l'information », Etude, Doctrine 1996, 3895. n°.8.

⁴ - للتفصيل أكثر حول المسؤولية عن المعلومات الصحيحة وغير الصحيحة والتي غالبا ما تكون خطئية إما عقدية أو تقصيرية مع أمثلة عن الاجتهادات القضائية الفرنسية،

Géraldine DANJAUME, art-pré c.n°.6-11. وأيضا محمد حسين

منصور، المرجع السابق، ص ص.267 إلى 282.

القاهرة. والشروط الواجب توافرها في المسؤولية عن الأشياء هي الضرر، فعل الشيء، الحراسة التي تطرح مشاكل بالنسبة للمسؤولية عن المعلومة. سيتم التفصيل في تلك الشروط على النحو التالي:

الفرع الأول: فعل المعلومة باعتبارها الشيء المولد للضرر

عند الحديث عن النظام القانوني لفعل الشيء الذي يمثل الرابطة السببية التي تجمع بين الشيء والضرر اللاحق، بأن يكون الشيء هو مسببه¹، كان للقضاء اجتهاد واسع لمحاولة تحديد الأنواع التي قد يعرفها الشيء المتسبب في قيام المسؤولية عن الأشياء²، ولكن عموما تم التمييز بين الأشياء التي تعد في حركة وأشياء ثابتة أو جامدة لا تتحرك يشترط فيها الإتصال بالشخص المضرور لقيام المسؤولية وهو ما لا يشترط في النوع الأول.

باعتبار المعلومة تكون غالبا في الأسطوانات أو الأقراص المضغوطة، فما هو الحل الذي سيطبق؟ لا يمكن اعتبار المعلومة إلا شيئا جامدا لا تقوم المسؤولية عنه إلا بوجود الإتصال بالشخص المضرور، الذي قد

كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أوم خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير...." والإبقاء على ذلك الخلط يشكل إجحافا في حق المضرور، وهو موقف علي علي سليمان، راجع ذلك في مرجعه، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، الفقرة 90 ما يليها، ص ص.93 إلى 96.

¹ - Voir, Muriel Fabre-Magnan, op-cit. pp.775-776.

² - لقد كان للتطور التاريخي الذي عرفه القضاء والفقهاء الفرنسي حول تحديد الأشياء المسببة للضرر والتي تؤدي إلى قيام المسؤولية أثر بالغ على بعض التشريعات العربية التي لم تأخذ بالمعيار القضائي وهو عدم التمييز بين الأشياء بجعل المفهوم واسعا كما فعله القانون الجزائري بل أخذت بعض التشريعات العربية منها. القانونين المدنيين السوري والمصري، خاصة المادتين 189 مدني سوري والمادة 187 مدني مصري، بمعيار الأشياء الخطرة بحيث تنصان: أن كل من تولي حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسؤولا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر، راجع حول تفصيل تأثرهما بالفقه والقضاء الفرنسيين، محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص ص.232-237.

تكون للشخص على الشيء سلطة فعلية مستقلة بحيث يستطيع استعماله وتوجيهه كيفما يشاء³. فكيف تتحقق فكرة الحراسة على المعلومات؟

إذا تم وضع برنامج للإعلام الآلي عبر الشبكة فإن للشخص سلطة الاستعمال: وهو الاستغلال الحقيقي للبرنامج، أما سلطة التسيير فتتمثل في البث والنشر الرقمي للمعلومة-البرنامج-وذلك بجعل البرنامج موجودا بكل حرية على الشبكة وللجميع وليس لفئة معينة أما الرقابة فتطرح مشاكل. وبناء على أحد القرارات القضائية الفرنسية⁴ المشهورة المتعلقة بـ Antenne 2 التي لم يعتبرها القضاء حراسة للمعلومات والصور محل النزاع، المتمثلة في بث لقاء رياضي أجري في إيطاليا وتم أخذ الصورة والصوت من طرف مصالح التلفزيون الإيطالي، والسبب يرجع لأنها لا تتمتع بالرقابة والاستعمال والإدارة والتوجيه.

أما إذا تعلق الأمر بالإنترنت فإن القائمين بالاتصال وموردي الدخول كمبدإ لا يمكن اعتبارهم حارسين للمعلومات التي يقومون بنقلها أو التي يمنحون الدخول إليها، لكن الوضعية تختلف بالنسبة لأشخاص آخرين: فمن منتج المعلومة كمستعمل الأنترنت الذي يقوم بتوجيه رسالة لمستعمل آخر للأنترنت عبر خدمة الرسائل أو المنتديات يمكن اعتباره حارسا للمعلومات التي يقوم بإنتاجها. فهل نتيجة لذلك كل وسيط في المعاملات الإلكترونية التي تتم عبر الأنترنت يعد حارسا للمعلومات التي يقوم بنقلها حتى ولو لم ينتجها؟ أم لا بد من التمييز ودراسة كل وضعية على حدة؟

جعل المشرع الجزائري مورد خدمة الأنترنت بناء على المادة 14 من المرسوم التنفيذي 98-257 الذي يضبط

الذي يمارسه¹. كل ذلك يؤكد إمكانية قيام المسؤولية عن الأشياء لكن من دون وجود اجتهاد قضائي منشور يؤكد هذه النتيجة التي تعد مفيدة للمضروب لصعوبة إثبات الخطأ، ولكن الصعوبة الأكبر تكمن في تحديد مدى توافر شرط حراسة الشيء على المعلومة.

الفرع الثاني: حراسة المعلومة باعتبارها الشيء المولد للضرر

إن المسؤولية عن فعل الأشياء منوطة بحراسة الشيء وليس بالشيء نفسه²، والغالب أن يكون الحارس هو نفسه مالك الشيء في ذلك تسهيل على المضروب وضمان له للحصول على التعويض من شخص معروف بالتالي الحراسة تكون فعلية من دون أن يشترط المشرع الحراسة القانونية، فالمصطلح جاء واسعا لذلك فمجرد الحياة كاف للقول بوجود حراسة مادية تتيح للشخص السيطرة على الشيء سيطرة فعلية: كالمالك وحتى السارق وذلك لأن له سلطات الاستعمال والتسيير والرقابة المحددة قانونا اعتمادا على المادة 138 من القانون المدني الجزائري، فيقصد بالحراسة السيطرة على الشيء باستعماله وإدارته والرقابة عليه بأن يمتلك الشخص سلطة إصدار الأوامر بالنسبة للشيء حتى وإن لم تستعمل فعلا.

أولا: تحديد حارس المعلومة باعتبارها شيئا

يقصد بالاستعمال استخدام الشيء باعتباره أداة لتحقيق غرض معين كالمستأجر والمستعير يعدان حارسين للشيء، أما الإدارة أو التسيير فيقصد بها سلطة التوجيه وإصدار الأوامر وغالبا ما تتصل بسلطة الاستعمال، أما الرقابة فهي سلطة استخدام الشيء بطريقة مستقلة باعتبار الحارس سييدا للشيء، فالحراسة نتيجة لذلك:

¹- Voir, Emmanuel TRICOIRE, op- cit ; p.998.

²- بناء على التطور الذي عرفته هذه المسؤولية في البداية كان يشترط أن يكون الشيء بحد ذاته خطرا أو يتضمن صفات الخطورة، راجع حول ذلك التطور، محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص 224-232.

³- راجع في ذلك، علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون الجزائري...، المرجع السابق، ص 114-116.

⁴- TGI Paris, 1 ch.27 févr. 1991: JCP 1992, éd. G, II, 21809.

عن الأشياء الحل لتعويض الضرر³. أما المسؤولية عن برامج الحاسب غالبا ما تكون على أساس الخطأ لأنها تعد جرائم سماها المشرع الجزائري بجرائم المعلوماتية، المنظمة بموجب قانون 04-15 وقانون 09-04، كما قد تكون عبارة عن منافسة غير مشروعة، وغالبا ما يتم الاعتماد على المسؤولية العقدية إذا وجدت علاقة عقدية. المسؤولية عن الفيروس خطئية غالبا إما عقدية أو تقصيرية -كما سبق تحديده-، ولكن قد تكون مفترضة نتيجة لفعل الأشياء وهو المجال الواسع لتطبيقها خاصة وأن الفيروس يتسم بالقدرة التدميرية والتخريبية بالإتلاف والتعديل والنسخ مما يؤدي إلى إلحاق أضرار بالغير⁴.

ثانيا: تحديد المقنود من حراسة المعلومة

ولكن ما هو المقصود من الرقابة أو عموما حراسة المعلومة؟ للإجابة لا بد من التفرقة بين حراسة الاستعمال *la garde du comportement*: تقتصر سيطرة الشخص على مظهر المعلومة-برنامج الحاسب مثلا- وتشغيلها كما هي الحال بالنسبة لمن يتولى عملية نقل أو بث المعلومة فقط، وحراسة التكوين *la garde de structure* التي تظل للمالك أو المنتج الذي كان له دخل في تركيبها أو تكوينها، الذي يحتفظ بالسيطرة على مضمون المعلومات-برنامج الحاسب مثلا-، فهذه الحراسة يملكها من يمكنه الكشف عن العيوب المتعلقة بالشيء. فحارس الاستعمال يكون مسؤولا عن الأضرار التي يحدثها الشيء لأسباب لا تتعلق بتكوين الشيء بل

شروط وكيفيات إقامة خدمات -أنترنت- واستغلالها¹، هو من يتحمل المسؤولية عن محتوى الصفحات وفقا للأحكام التشريعية المعمول بها وهي قواعد القانون المدني باعتباره الشريعة العامة في المعاملات.

فمورد برامج الحاسب يعد مسؤولا باعتباره المنتج يقع عليه الالتزام بضمان الضرر الذي يصيب أي إنسان أو مال مادي أو معنوي مباشر أو غير مباشر، لأن حراسة البرنامج تتطلب عناية خاصة عند استعمالها في مجالات وظروف معينة، ولاشك أن خلل البرنامج يلعب دورا إيجابيا في إحداث الضرر ولو لم يتصل ماديا بالمضروب، تتعد الحراسة لصاحب السلطة الفعلية عليه².

أما القائم بالإيواء أثناء عمله فيقوم بتخزين المعلومات وهي الفرضية الأكثر لقيام المسؤولية عن المعلومة، فهو لا يعد مسؤولا مدنيا عن فعل المعلومات المخزنة إذا لم يكن على علم بطابعها الخطر وغير المشروع، وأنه في الوقت الذي وصل إلى علمه ذلك لم يتصرف لإبعاد تلك المعلومات أو جعل الدخول إليها مستحيلا، فالمشرع في هذه الحالة نظم المسؤولية باعتباره مهنيا محترفا على أساس الخطأ لأن القانون وضع على عاتق مقدم خدمة الأنترنت التزاما بإرجاع الدخول إلى المعطيات غير المشروع مستحيلا، ولكن إذا لم يتم إثبات الخطأ فلا يمكن قيام المسؤولية على هذا الأساس لتظهر المسؤولية

¹ - المؤرخ في 25 أوت 1998، ج ر، عدد 63. المؤرخ في 4 جمادى الأولى 1419، ص 5، تنص مادته 14: «يلتزم مقدم خدمات أنترنت خلال ممارسة نشاطاته بما يلي:....-تحمل مسؤولية محتوى الصفحات وموزعات المعطيات التي يستخرجها وبأورها طبقا للأحكام التشريعية المعمول بها. -إعلام مشتركه بالمسؤولية المترتبة عليهم فيما يتعلق بتحتوى الصفحات التي يستخرجونها وفقا للأحكام التشريعية المعمول بها. - اتخاذ كل الإجراءات اللازمة لتأمين حراسة دائمة لمضمون الموزعات المفتوحة لمشاركه قصد منع النفاذ إلى الموزعات التي تحتوي معلومات تتعارض مع النظام العام أو الأخلاق.»

² - للتفصيل أكثر حول نوعا الحراسة-الاستعمال والتكوين-، راجع محمد حسين منصور. المرجع السابق، ص ص 284-285؛

Frédérique DUPUIS-TOUBOL, Marie-Hélène TONNELIER, Stéphane LEMARCHAND, op-cit, n°.22.

³ - وهو نفس الموقف إذا تم الإعتماد على القانون الفرنسي ل 01 أوت 2001 الذي نظم مسؤولية القائم بالإيواء ومورد الدخول للأنترنت، راجع تفصيل ذلك،-Emmanuel TRICOIRE, op.cit. pp.992-993. 994.

⁴ - للتعرف على مفهوم وخصائص وأنواع الفيروس، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ص 292-296.



المهتم ببرامج الفيروسات والوقاية منها ومحاربتها لأنه تابع للشركة التي يعمل لحسابها، ففي هذه الحالة حراسة التكوين بصدد الجهاز أو البرنامج المحمل بالفيروس تكون لمالكه أو منتجه، لكن تنتقل حراسة الاستعمال للمشتري والمستأجر المرخص له باستخدام ذلك البرنامج، أو في حالة حيازته حيازة فعلية من دون أن يكون له حق عليه - كسرقة البرنامج-. والخطأ المفترض في هذه الحالة هو إفلات الفيروس من زمام سيطرة صاحبه وينطلق لأداء نشاطه دون قدرة التحكم فيه³ فلا بد من التمييز إذا كانت المعلومة المتضمنة الفيروس مرفقة عن قصد بالرسالة المرسله تكون المسؤولية على أساس الخطأ الشخصي⁴، ولكن في غالب الأحيان يكون المرسل جاهلا لوجود الفيروس أو أن جهازه يحويه فهل يعد مسؤولا بقوة القانون عن ذلك لأن خطأه مفترض؟

توجد قضية عرضت على القضاء الفرنسي وإن كانت لا تتعلق مباشرة بالمسؤولية عن الأشياء غير المادية خصوصا المعلومة، إلا أن ما بنى عليه القضاة موقفهم يعتمد عليه أيضا في المسؤولية التقصيرية وهو قرار محكمة النقض الفرنسية الغرفة التجارية في 25 نوفمبر 1997⁵: شركة تجارية متمثلة في مجلة للإعلام الآلي تمنح لقرائها قرصا مضغوطة يحوي مجموعة من البرامج لكن لسوء الحظ كان يحوي فيروسا، للدفاع عن نفسها وإبعاد المسؤولية والخطأ من جانبها تمسكت بثلاثة دفوع

³ - للتفصيل أكثر حول المسؤولية عن الأشياء فيما يتعلق بالفيروسات، محمد حسن منصور، المرجع السابق، ص 308-310.

⁴ - الخطأ نفسه قد يعتبر جزائيا لتعديده على أنظمة المعالجة الآلية للمعطيات قانون 04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 المعدل والمتمم لقانون العقوبات الذي نص على حماية جزائية لأنظمة المعلوماتية من خلال تجريم كل أنواع الاعتداءات التي تستهدف أنظمة المعالجة الآلية للمعطيات: الدخول غير المشروع لأنظمة المعلوماتية تغيير أو إتلاف المعطيات....، والقانون 04-09 المؤرخ في 5 أوت 2009 المتضمن القواعد الخاصة بالوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها.

⁵ -Com.25nov.1997.Bull.civ.IV.n°308. JCP E.1998 .II.853.B.GROSS.

بالاستعمال المعيب، أما حارس التكوين فيكون مسؤولا عن عيوب الشيء¹.

بالتالي فنشر أو بث معلومات غير صحيحة سيكون المنتج هو المسؤول عما يترتب عليها من أضرار بناء على المسؤولية عن الأشياء - المادة 1/1384 قانون مدني فرنسي وتقابلها المادة 138 من القانون المدني الجزائري-، أما في حالة بث معلومات صحيحة لكن تم نشرها لجمهور لا يمكنه الدخول إليها كبث معلومات محمية بسر الدفاع لأشخاص ليس لهم الحق في ذلك، فمقدم الخدمة أي مورد المعلومة يعد المسؤول عن بث المعلومات اعتمادا على نفس السند القانوني²، أما إذا تعذر تحديد سبب الضرر هل يتعلق بالاستعمال أم التكوين فيمكن رفع الدعوى ضد الحارسين معا لتكون المسؤولية بالتضامن تطبيقا للقواعد العامة - المادة 126 من القانون المدني الجزائري-.

فكرة الرقابة تتمثل في سلطة تجنب أن يتسبب الشيء في إلحاق الضرر، ففي مجال براءة الاختراع المخترع هو الحارس لأنه وحده له المعارف والقدرة على تعديل اختراعه أو بكل بساطة استبعاده من السوق إذا كان يظهر خطرا. إذن في مجال الإعلام الآلي تنتج الرقابة من السيطرة على وظائف البرنامج والقدرة على تجنب أن يكون استعماله خطرا يولد أضرارا، وقصد الحماية من الفيروس يلزم اتخاذ الحيطة والحذر عند شراء البرنامج أو نسخه أو قبوله من الأشخاص ومحاولة الحصول على برامج مضادة للفيروس بشكل دوري.

تثبت الحراسة وتمنح سلطات: الاستعمال والتسيير والرقابة لمصممه أو منتجه الذي يتولى استعماله وتسييره ورقابته لحساب نفسه، بالتالي لا يعد حارسا يسأل بناء على أحكام المسؤولية عن الأشياء الخبير المعلوماتي

¹ - راجع في ذلك، مبيلة اسماعيل رسلان، المرجع السابق، ص 55-56.

² -Voir, Frédérique DUPUIS-TOUBOL, Marie-Hélène TONNELIER, Stéphane LEMARCHAND, art-préc.n° .22.

جهاز مملوك لتابعه- رب العمل- أو من مقهى للإنترنت، فالأمر يختلف: في الحالة الأولى يملك هو سلطة اختيار وظائفه والبرامج التي يستعملها مع إجراءات الحماية يعد بذلك ممارسا لسلطة رقابة حقيقية فيعد الحارس يتحمل ما يترتب على ذلك من أضرار، أما في الحالة الثانية فلا يتمتع تجاه الجهاز بأي سلطة رقابة فلا يعد حارسا ولا يتحمل المسؤولية².

فسلطة الرقابة تتمثل في القدرة على التعديل في المعلومة من أجل ألا تتسبب في التعدي على حقوق الغير فمادام الشخص يستفيد اقتصاديا من استعمال المعلومة واستغلالها نتيجة نجاح البرنامج فلا بد عليه أن يتحمل جبر الضرر الناتج عن فعل تلك المعلومة³ وهذا التعويض يكون متناسبا مع الضرر الذي يقع، على خلاف الاعتماد على الضمانات المحددة في عقد البيع والممنوحة للمشتري إذا تمسك بالضمان أو بالعيوب الخفية.

الذاتمة

المسؤولية عن الأشياء غير المادية على رأسها المعلومة في الوقت الحالي غائبة في القانون الوضعي وهو ما يؤكد كل قارئ أو باحث في المراجع المتعلقة بالمسؤولية عن الأشياء⁴، فهذه المسؤولية ستؤدي إلى إظهار مسؤول آخر إضافة إلى مسؤولية المنتج التي نظمها القانون في المادة 140 مكرر من القانون المدني الجزائري، فهي سوف تؤمن خطر ضرر هذا النوع الجديد من الأشياء غير المادية⁵.

فالمعلوماتية تطرح عدة مشاكل مهمة في هذا المجال، يتطلب معها جعل نصوص القانون المدني تتمكن من مقاومة الصعوبات التي ظهرت بمجيء هذا الفضاء

هي: -لم تقم هي بإنتاج الأقراص بنفسها وهو مجرد هدية مع المجلة؛

-ولا يدخل ضمن مجال الضمان الذي يقع على عاتقها كباقي؛

- وأخيرا تمسكت بأنها قد قامت بتجارب للتأكد من سلامة القرص قصد التمسك بالقوة القاهرة. ولكن القضاة رفضوا النقض في نقاطه الثلاث مؤيدين موقف قضاة الموضوع، فالشركة ملزمة بضمان المخاطر الناشئة عن المتاجرة بهذا القرص وتعويض الأضرار الناشئة عن الفيروس فمجرد القيام بإجراءات المراقبة للتأكد من أن القرص قابل للاستعمال لا يكفي لقيام القوة القاهرة، فالقضاة أكدوا أنه لا توجد حاجة لأن يكون صاحب برنامج الإعلام الآلي هو المتسبب في تخريب القرص لقيام المسؤولية على عاتقه.

فعلى الرغم من أن الأمر يتعلق بالمسؤولية العقدية إلا أن وجود ضرر قابل للتعويض يسمح بالتفكير في أن هذا الحل يمكن نقله في مجال المسؤولية التصديرية، فالأضرار لحقت معطيات الإعلام الآلي التي تعد ذات قيمة مرتفعة كما تؤدي إلى الهلاك المادي للجهاز، وهو ما يشكل أول شرط لقبول المسؤولية عن الأشياء غير المادية وهي مسؤولية موضوعية. فالتوضيحات التي احتواها القرار تبعد التمسك بالمسؤولية عن الخطأ لأن القضاة اعتمدوا على المسؤولية دون خطأ يجعل أساسها الضمان الموضوعي للخطر¹.

إن مشكلة حراسة البيانات قد تطرح أيضا في حالة إرسال رسالة إلكترونية مخربة véroillé، حيث لا تطرح سلطة الاستعمال والإدارة صعوبات لأنها تحققت من فعل الإرسال لكن مشكلة الرقابة تظهر متشابكة، وللتعرف على توافرها من عدمه لا بد من تحديد الرابطة الموجود بين شروط الإرسال ووجود سلطة الرقابة على محتوى الرسالة، وذلك بالتمييز بين كون الشخص قام بإرسال الرسالة من جهازه الخاص أم من

² -Emmanuel TRICOIRE, op- cit, p.1002.

³ -Voir,Emmanuel TRICOIRE, op-cit.p.1001.

⁴ -والتي يناهز بها بكل حماسة،

Emmanuel TRICOIRE, op-cit, p.989-1000.

⁵ -Voir, Emmanuel TRICOIRE, op-cit.p.999.

¹ - Voir.Emmanuel TRICOIRE, op-cit.p.996-997.

فإذا كان العالم الافتراضي ثم بناؤه من قبل الإنسان، فهل سيؤدي ذلك إلى طرح التساؤل عن سيقطن هذا العالم الافتراضي؟ وهل ستحل المعلومة محل البشر؟ وباعتبار المعلومة شيئاً بمفهوم المادة 138 من القانون المدني الجزائري، وهل هذا يعني أن كل شخص سيكون مسؤولاً بقوة القانون عن كل معلومات يتحكم فيها وتسبب ضرراً للغير فيسأل عن كل كلامه، والجمل التي تلحق ضرراً وهل هو أمر منطقي؟

الجديد للاتصال-الأنترنت¹، التي ستضرب بكل المبادئ القانونية التقليدية إن لم يتم مواءمتها مع هذا التطور المتسارع للمعاملات، الذي لا يمكن أن يتحقق إلا بتنظيم قانوني مفصل لتلك المعاملات وما قد يترتب عنها من مسؤولية مع الإبقاء على قواعد القانون المدني متناسبة معها، فلا بد من وجود تكامل بين المجالين التشريعي والمعلوماتي بوضع نصوص خاصة بهذا النوع الجديد من المعاملات (المعاملات الإلكترونية) المعتمدة على الوسائل والطرق الرقمية أو المعلوماتية².

كما أن بعض الفقه³ نادى بضرورة وضع نظام خاص بالمسؤولية يكون موحداً يبعد كل اختلاف بين المسؤولية العقدية والتقصيرية، ويؤكد ويؤسس لقرينة مسؤولية منتج المعلومة مع جعل خطأ الضحية لا يؤخذ به إلا في حالات خاصة بالاستعمال غير العادي لبنك المعطيات. كما يظهر من اللازم تفعيل الرقابة اللاحقة للمعلومة وللأنشطة المعلوماتية التي توكل إلى جهات الرقابة المختصة كاللجنة الوطنية-الفرنسية-للمعلومات والحريات وذلك لضمان احترام تلك الأنشطة الممارسة للقواعد المنظمة لتجميع وبتث المعلومات والتقييد بالهدف من النشاط وعدم التعدي على الحقوق والحريات⁴، لأن الرقابة السابقة التي نظمها المشرع غير كافية والمتمثلة في الحصول على ترخيص مسبق للعمل في نشاط الاتصال والمعلومات⁵.

¹ -Voir, Frédérique DUPUIS-TOUBOL, Marie-Hélène TONNELIER, Stéphane LEMARCHAND, », art-préc,n°.23..

² -راجع في كل ذلك، عمر محمد بن يونس، المرجع السابق، ص.65 إلى 74.

³ -Voir, Géraldine DANJAUME, art-préc, n°.34.

⁴ - راجع تفصيل ذلك، ابراهيم الدسوقي أبو الليل، المقال السابق، ص 1016-1017.

⁵ - من ذلك ضرورة الحصول على ترخيص من الجهة المختصة كما حددته عدة نصوص قانونية، المادة 3 من المرسوم التنفيذي 162-07 المؤرخ في 30 مايو 2007، المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي 123-01 المؤرخ في 9 مايو 2001 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية، الكهربائية وعلى مختلف

خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، ج ر عدد 37 المؤرخة في 7 يونيو 2007، ص.12؛ وأيضاً المادة 4 من المرسوم التنفيذي 217-98 المؤرخ في 25 غشت 1998، الذي يضبط وينظم شروط وكيفيات لإقامة خدمات أنترنات واستغلالها، ج ر، عدد 63 المؤرخة 4 جمادى الأولى 1419، ص.5؛ المادتين 2 و3 من المرسوم التنفيذي 123-01 المؤرخ في 9 مايو 2001 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من انواعالشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، ج ر عدد 27، مؤرخة في 13 مايو 2001، ص.13.

تنظيم رخص الاستعمال الخاص غير العادي للأماكن العمومية

د. بعوني خالد
استاذ محاضر قسم -ب- بكلية
كلية الحقوق بودواو، بومرداس

مقدمة

باستعمال أو شغل جزء من المال العام دون إحداث تغييرات أو أعمال حفر أو بناء فيه، كالسماح للتاجر بعرض بضاعته على الرصيف، في حين إن الرخصة الثانية تتضمن شغل جزء من المال العام مع السماح للمرخص له بإجراء أعمال الحفر والبناء في منطقة معينة من هذا المال، أي إمكانية تغيير أساس الطريق العمومي، كالسماح بإنجاز محطات البنزين على جانب الطريق العام.

وعليه فإن لرخص الشغل الخاص أهمية بالغة، تسمح من جهة بمراقبة وتنظيم استعمال المال العام استعمالاً خاصاً غير عادي، ومن جهة أخرى تمكن الإدارة من الحصول على عائد مالي مقابل هذا الاستعمال، الأمر الذي يستلزم دراسة كيفية تنظيم هذه الرخص ابتداءً وانتهاءً، وذلك من خلال قانون الأملاك الوطنية 90-30⁽¹⁾ المعدل والمتمم بموجب القانون 08-14⁽²⁾ وكذا من خلال المراسيم التنفيذية ذات الصلة بهذا الموضوع.

ويقصد بتنظيم رخص الشغل الخاص، معرفة الأحكام القانونية المتعلقة بالرخصة، سواء رخصة الطريق أم الوقوف، من حيث السلطة المختصة بمنحها والشروط الواجب توافرها لمنحها، والآثار أو المراكز التي تترتب عليها وأخيراً انتهائها.

الاستعمال الخاص للأماكن العمومية قائم على الشغل الاحتاري أو الاستثنائي لهذه الأملاك، من قبل فرد أو أفراد محددين بذواتهم، لاستعمال جزء من الأملاك العمومية، بناءً على إذن مسبق من الإدارة، خاضع لسلطتها التقديرية، في مقابل مالي يدفعه المستعمل الخاص.

وينقسم الاستعمال الخاص إلى استعمال عادي وغير عادي، فيتحقق الأول عندما يكون الاستعمال المخصص للأماكن العمومية بحسب طبيعتها والغرض منها، في حين يتحقق الاستعمال الثاني عندما يكون الاستعمال المخصص للأماكن العمومية يختلف في نوعيته عن الاستعمال المخصص أصلاً لهذه الأملاك، مما يؤدي إلى حرمان الغير من استعمال الجزء المشغول من الأملاك في الغرض المخصص له.

لذلك فإن الاستعمال الخاص غير العادي يشكل صورة أقوى وأكثر ديمومة من الاستعمال الخاص العادي، فهو استعمال لا يتفق مع تخصيص الأملاك للنفع العام، بل ويمس في وعاء هذه الأملاك ويعدل فيه، الأمر الذي يجعله خاضع لقواعد متميزة، قائمة على ضرورة الحصول على إذن مسبق من الإدارة.

ويتخذ هذا الإذن المسبق إما صورة الرخصة الإدارية أو صورة عقد إداري، تتمتع الإدارة في شأنه بسلطة تقديرية واسعة، ابتداءً وانتهاءً، وإن كان المركز القانوني لصاحب الإذن يختلف بحسب ما إن كان إذنه عبارة عن رخصة أو عقد. وتنقسم الرخصة الإدارية للاستعمال الخاص غير العادي، أو كما يسمى الشغل الخاص، إلى رخصة الوقوف ورخصة الطريق، فالأولى تتضمن الترخيص

¹ القانون رقم 90-30 المؤرخ في 1-12-1990 يتضمن قانون الأملاك الوطنية، الجريدة الرسمية رقم 52، بتاريخ 2-12-1990.

² القانون رقم 08-14 المؤرخ في 20 يوليو 2008، يعدل ويتم القانون رقم 90-30 المؤرخ في 1-12-1990 والمتضمن قانون الأملاك الوطنية، الجريدة الرسمية رقم 44، بتاريخ 3/8/2008.



من المرسوم التنفيذي 12-427 تنص: "تسلم رخصة الطريق أو ترفض تسليمها، السلطة المكلفة بتسيير الأملاك العمومية..."، كما نجد أن المادة 13 من المرسوم التنفيذي 04-390 المتعلق برخصة شبكة الطرق⁽²⁾ تنص: "تسلم رخصة شبكة الطرق بقرار من السلطة المكلفة بتسيير الملك العمومي المعني....".

وعليه، يلاحظ بأن قانون الأملاك الوطنية يجعل السلطة الإدارية المخولة بمنح رخصة الطريق هي الإدارة المكلفة بالمحافظة على الأملاك العمومية، في حين يجعلها المرسومان التنفيذيان المذكوران، الإدارة المكلفة بتسيير الأملاك العمومية، فهل الإدارة المكلفة بالمحافظة على الملك العمومي هي نفسها المكلفة بتسييره أم أن الأمر مختلف؟

بالرجوع إلى المواد 5 و9 و64 من قانون الأملاك الوطنية المعدل والمتمم، يمكن القول بأن السلطة الإدارية المكلفة بتسيير الأملاك الوطنية هي المكلفة بالمحافظة عليها، فتتظيم التسيير يؤدي إلى المحافظة على الأملاك العمومية، مما يجعل عدم وجود التعارض بين قانون الأملاك الوطنية والمرسومان التنفيذيان المذكوران فيما يخص هذه المسألة.

ومهما يكن الأمر، فإنه وبالرجوع إلى المادة 72 من المرسوم التنفيذي 12-427 نجد أنها تميز في السلطة المختصة بتسليم رخصة الطريق، بحسب ما إذا كان سند الشغل منشأ لحقوق عينية أم لا.

1- كون الرخصة غير منشئة لحقوق عينية:

وهذه هي الحالة العادية، حيث أن رخصة الطريق لا تنشئ حق عيني لصاحب الرخصة، فهنا تسلم الرخصة أو يرفض تسليمها، السلطة المكلفة بتسيير الأملاك العمومية، ويسلمها رئيس المجلس الشعبي البلدي أو الوالي بقرار إذا كان مرفق الأملاك العمومية لا تتولاه

المبحث 1. السلطة الإدارية المختصة بمنح الرخص:

تختلف السلطة الإدارية التي تمنح رخصة الطريق عن السلطة التي تمنح رخصة الوقوف بعض الشيء، وذلك بحسب الصفة التي تمنح لهذه السلطة في مجال الأملاك العمومية.

المطلب 1- بالنسبة لرخصة الوقوف:

لم ينظم قانون 90-30 المعدل والمتمم أحكام رخصة الوقوف، وإنما نص عليها فقط، الأمر الذي يستلزم الرجوع إلى المرسوم التنفيذي 12-427⁽¹⁾، حيث نجد الفقرة 2 من المادة 72 منه تتكلم عن السلطة الإدارية المختصة بتسليم أو رفض تسليم رخصة الوقوف، وتتمثل في السلطة الإدارية المكلفة بأمن المرور (la police de la circulation) عبر مرفق الأملاك العمومية المعني، وهي:

- يسلمها رئيس المجلس الشعبي البلدي بقرار، فيما يخص الطرق البلدية، وكذلك الطرق الوطنية أو الولائية الواقعة داخل التجمعات السكانية.

- يسلمها الوالي بقرار فيما يخص الطرق الوطنية والولائية الواقعة خارج التجمعات السكانية.

وعليه، فالعبارة هنا بمكان تواجد الطريق المعني برخصة الوقوف، فداخل التجمعات السكانية والطرق البلدية، تكون السلطة المختصة هي رئيس البلدية، أما خارج التجمعات السكانية فالإختصاص يؤول لوالي الولاية الموجود بإقليمها الطريق المعني.

المطلب 2- بالنسبة لرخصة الطريق:

بالرجوع إلى أحكام الفقرة 1 من المادة 64 من قانون الأملاك الوطنية 90-30 المعدل والمتمم، نجد أنها تنص: "... وتكون هذه الرخصة في شكل قرار من السلطة الإدارية المكلفة بالمحافظة على الأملاك الوطنية العمومية..."، في حين نجد أن الفقرة 2 من المادة 72

² مرسوم تنفيذي رقم 04-392 المؤرخ في 1 ديسمبر 2004، يتعلق برخصة شبكة الطرق، الجريدة الرسمية، العدد 78، بتاريخ 5 ديسمبر 2004.

¹ مرسوم تنفيذي رقم 12-427 المؤرخ في 16-12-2012 يحدد شروط وكيفية إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة، الجريدة الرسمية رقم 69، بتاريخ 19-12-2012.

غير أنه، فيما يخص شغل مرافق الأملاك العمومية التابعة للدولة شغلاً مؤقتاً أو استعمالها استعمال ملك خاص، إذا أمكن انتزاعها من استعمال الجميع مؤقتاً أو دون الوقوع في المحذور، فإن الوالي هو الذي يأذن به، وهو إذ يمارس هذا الإختصاص إنما يمارسه بصفته ممثلاً للدولة ولكل وزير من الوزراء المكلفين كل فيما يخصه، وهو بهذه الصفة يتخذ جميع قرارات الإدارة التي تتعلق بالأملاك العمومية، مع مراعاة الأحكام القانونية والتنظيمية التي تنص على خلاف ذلك⁽²⁾، وهذا ما يجعل أن الوالي هو المختص بمنح رخصة الطريق فيما يتعلق بالأملاك العمومية الموجودة على مستوى إقليم ولايته.

بالإضافة إلى الوالي، فالبنسبة للبلدية فإن رئيس المجلس الشعبي البلدي هو الذي يسلم رخصة الطريق بالنسبة للشغل المبرمج على الطريق البلدي، والأمر نفسه بالنسبة للهيئات العمومية الأخرى والتي قد تنص تنظيمات خاصة على منحها سلطة تسيير أملاكها العمومية.

* الأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أو القانون الخاص أو أشخاص طبيعيين، وذلك بموجب رخصة أو عقد، هذه الطوائف تطرح الكثير من التساؤلات: فإن كان للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام، وعلى العموم، سلطة إتخاذ القرار بإصدار رخصة الطريق، فإن الإشكال يطرح بالنسبة للأشخاص المعنويين التابعين للقانون الخاص والأشخاص الطبيعيين المسيرين للأملاك العمومية، فهل يتمتعون بسلطة إصدار القرار!؟

بالرجوع إلى الفقرة 2 من المادة 72 من المرسوم التنفيذي 12-427، والتي سبقت الإشارة إليها، يلاحظ بأنها تتكلم عن عدم وجود سلطة إدارية أخرى تتولى تسيير الأملاك العمومية، فمن هذا المنطلق فإن الأشخاص المعنويين التابعين للقانون الخاص والأشخاص الطبيعيين لا يشكلون سلطة إدارية، مما يجعل الإختصاص يؤول في إصدار رخصة الطريق إلى رئيس المجلس الشعبي

سلطة إدارية أخرى، وهذا طبقاً للفقرة 2 من المادة 72 من المرسوم التنفيذي 12-427.

وعليه، فهذه المادة إفتترضت حالتين لتسليم أو رفض تسليم رخصة الطريق غير المنشئة لحقوق عينية، حالة أصلية وأخرى إحتياطية.

فبالنسبة للحالة الأصلية فتتمثل في السلطة الإدارية المكلفة بالتسيير، أما الحالة الإحتياطية فتتمثل في رئيس البلدية أو الوالي.

غير أن الإشكال الذي يطرح: ما هي السلطات الإدارية الأخرى المكلفة بتسيير الأملاك العمومية؟

بالرجوع إلى المادة 5 من قانون الأملاك الوطنية المعدلة سنة 2008، نجدها تنص: " تسيير الأملاك الوطنية وتستغل وتستصلح، بحكم طبيعتها وغرضها أو استعمالها لتحقيق الأهداف المسطرة لها، إما مباشرة من قبل هيئات الدولة والجماعات العمومية الأخرى المالكة، وإما بموجب رخصة أو عقد، من قبل أشخاص معنويين تابعين للقانون العام أو القانون الخاص أو أشخاص طبيعيين.

ولهذا الغرض، يتعين عليها السهر على حماية الأملاك الوطنية وتوابعها والمحافظة عليها "

فإنطلاقاً من هذه المادة يمكن القول أن الهيئات المسيرة للأملاك العمومية، هي:

* هيئات الدولة والجماعات العمومية الأخرى، وهي التي تسيير أملاكها بصفة مباشرة، فالبنسبة للأملاك العمومية التابعة للدولة فإنه يختص بها كل وزير تدخل هذه الأملاك في قطاع نشاطه، حيث يحدد الوزير، القواعد العامة لتسيير الأملاك العمومية التي يتكفل بها والمحافظة عليها، وإذا تداخلت صلاحيات عدة قطاعات وزارية في الشريحة الواحدة من الأملاك الوطنية أو أساسها الواحد، يشترك الوزراء المعنيون في دراسة هذه القواعد وضبطها⁽¹⁾.

² وهذا طبقاً للفقرات 2، 3، 4 من المادة 57 من المرسوم التنفيذي 12-427.

¹ وهذا طبقاً للمادة 56 من المرسوم التنفيذي 12-427، كما يستنتج من نص المادة 9 من قانون الأملاك الوطنية 90-30.



الخاص للأمالك العمومية الممنوحة إما بناءً على قرار (في حين المادة استعملت مصطلح "عقد" لترجمة مصطلح "Acte" الوارد في نص المادة باللغة الفرنسية) أو إتفاقية من أي نوع، وهنا رخصة الشغل الخاص قد تمنح بناءً على رخصة الوقوف أو رخصة الطريق.

ولما كانت رخصة الوقوف لا تتضمن إقامة مشتملات على الأملاك العمومية المعنية، فإنه لا يمكن أن تترتب عليها حقوق عينية، عكس رخصة الطريق فإنها تتضمن إقامة مشتملات وتغيير في أرضية الأساس، مما يترتب عليه إمكانية ترتيب حقوق عينية على المنشآت المقامة.

ولقد فصل المرسوم التنفيذي 12-427 من خلال الفقرتين 6 و 7 من المادة 72 منه، في السلطة المختصة بمنح رخصة الطريق المنشئة لحقوق عينية، حيث يتم تسليمها من قبل الوزير المكلف بتسيير مرفق الملك العام المعني، أي الذي يتبع قطاع نشاطه، ويكون ذلك بناءً على تقرير من الوالي المختص إقليمياً.

غير أنه، في حالة ما إذا كانت الأشغال المراد إنجازها أو النشاط المرخص به يشمل أقاليم عدة ولايات، فإن رخصة الطريق تسلم من قبل الوزير المكلف بتسيير مرفق الملك العام المعني، دون أن تشير المادة إلى ضرورة أن يكون ذلك مسبقاً بتقرير من الولاية المعنية.

وعليه، من الضروري تعديل هذا الوضع، بأن يسبق قرار الوزير المعني في حالة تجاوز النشاط والأشغال عدة ولايات، تقرير من الولاية المعنية لأنهم هم الأقرب إقليمياً للنشاط الممارس من جهة، ومن جهة أخرى يعتبر الوالي ممثل للدولة في مجال تسيير الأملاك العمومية.

وتجدر الإشارة أخيراً، أنه لكي تترتب حقوق عينية بناءً على الشغل الخاص في هذه الحالات، لا بد أن لا ينص سند الشغل صراحة على عدم إنشاء هذه الحقوق العينية، وإلا فلا يمكن ترتيبها على الأملاك العمومية⁽⁴⁾.

البلدي أو الوالي بحسب الحالة، أي أننا هنا في إطار الحالة الإحتياطية.

2- كون الرخصة منشئة لحقوق عينية:

إن فكرة إنشاء حقوق عينية على الأملاك العمومية، هي فكرة جديدة جاء بها القانون 08-14 المعدل والمتمم لقانون الأملاك الوطنية 90-30، حيث أضاف للجزء الثاني، الباب الأول، الفصل الأول، قسم ثاني مكرر عنوانه بـ "الشغل الخاص للأمالك الوطنية العمومية المنشئ لحقوق عينية"، تضمن 6 مواد من 69 مكرر إلى 69 مكرر 5.

ذلك أنه، وإن كان الأصل أن الأملاك الوطنية العمومية لا يمكن أن يترتب عليها حقوقاً عينية لصاحب الشغل الخاص⁽¹⁾، إلا أن المشرع قرر في هذا التعديل الأخير ترتيب حقوق عينية على المنشآت والبنائات والتجهيزات ذات الطابع العقاري، التي ينجزها صاحب رخصة الشغل الخاص، من أجل ممارسة نشاط مرخص له بموجب سند الشغل ما لم ينص هذا السند على خلاف ذلك⁽²⁾.

إن هذه الفكرة الجديدة، عرفت ظهورها في فرنسا في بداية التسعينات، فبعد تفكير وتحضير صدر قانون بتاريخ 25 جويلية 1994 متعلق بتأسيس حقوق عينية على الأملاك العمومية، والذي أضاف مواد جديدة (L.34_1 إلى L.9_34) ضمن قسم جديد لقانون أملاك الدولة، غير أن هذه الفكرة التي جاءت ضمن هذه المواد لا يمكن تطبيقها على كل الأملاك العمومية⁽³⁾.

تجد فكرة إمكانية ترتيب رخصة الطريق لحقوق عينية، أساسها في المادة 69 مكرر من قانون الأملاك الوطنية المعدل سنة 2008، والتي تنص على رخصة الشغل

¹ أنظر: عبد الغني بسبوني عبد الله، القانون الإداري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان، دون سنة، ص 293.

² وهذا ما نصت عليه الفقرة 1 من المادة 69 مكرر من قانون الأملاك الوطنية المعدل سنة 2008.

³ أنظر:

.141,142 Edition, Armand colin ,Paris, 1997,P Philippe

Godfrin, Droit administratif des biens,5e

⁴ وهذا ما يظهر من خلال الفقرة 1 من المادة 69 مكرر من قانون

الأملاك الوطنية المعدل سنة 2008، والفقرة 3 من المادة 72 من المرسوم التنفيذي 12-427.

بتحقق شروط منح الرخصة، فإنه يكون للسلطة الإدارية المختصة السلطة التقديرية في منح هذه الرخصة أم لا، غير أنها لا يمكنها الرفض إلا إذا كان ذلك مؤسسا على أسباب شرعية، كأن تكون الرخصة المطلوبة تعرقل حقيقة حركة المرور أو تشكل تهديد على النظام العام، كما أن المحافظة على الأملاك العمومية على أحسن وجه تعتبر سببا من أسباب الرفض، ذلك أن هذه الأملاك مخصصة للجمهور، والإدارة ملزمة بالمحافظة على ذلك⁽³⁾.

وقصد تحديد شروط رخص الشغل الخاص - سواء كانت رخصة الوقوف أو الطريق - لابد من الرجوع إلى النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع، وذلك لاستخراج الأحكام المتعلقة بها.

وبالرجوع إلى قانون الأملاك الوطنية المعدل، وعلى الخصوص المادة 64 منه، نجدتها تقيد الرخصة بمدة زمنية، حيث جعلت الشغل الخاص مؤقتاً، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى جعلته مؤقتاً بدفع مقابل مالي.

ولقد أكدت هذه الأحكام جزئياً المادة 70 من المرسوم التنفيذي 12-427، كون أن الاستعمال الخاص يترتب عليه دفع أتاوى، وكونه مؤقت.

في حين أضافت المادة 70 في فقرتها الأخيرة، من المرسوم نفسه، ضرورة أن تتماشى رخص الشغل المؤقت مع طبيعة استعمال الأملاك العمومية أي التخصيص المقرر لها.

غير أنه، وبالرجوع إلى الفقرة 1 من المادة 73 من المرسوم التنفيذي 12-427 نجدتها تنص على أن رخص الشغل الخاص هي التي تحدد الشروط التقنية والمالية ومدة الشغل، مما يجعل هذه الشروط قد تختلف من رخصة إلى أخرى.

وعلى العموم، نجد أن الفقه، وعلى وجه التحديد الفرنسي، مختلف بشأن هذه الشروط وذلك راجع إلى

³ أنظر:

3- السلطة المختصة بمنح رخصة شبكة الطرق:

كحالة خاصة لرخصة الطريق، فإن رخصة شبكة الطرق تسلم بموجب قرار من السلطة المكلفة بتسيير الملك العمومي المعني، وهم:

- رئيس المجلس الشعبي البلدي فيما يتعلق بشغل مبرمج على الطريق البلدي.

- الوالي إذا كان الشغل المبرمج يخص طريقاً ولائياً أو جزءاً من طريق وطني موجود داخل تراب الولاية.

- وزير الأشغال العمومية إذا كان الشغل المبرمج يخص طريقاً سياراً أو جزء من طريق وطني موجود داخل تراب عدة ولايات⁽¹⁾.

وفي الأخير، يمكن ملاحظة الإختلاف الموجود بين السلطة الإدارية المختصة بمنح رخصة الوقوف والسلطة المختصة بمنح رخصة الطريق، فبالرغم من أن كلا النوعين يتخذ صورة قانونية واحدة وهي الترخيص، إلا أن السلطة المختصة بمنح رخصة الوقوف تشكل جهات الضبط أو البوليس العادية، أما بالنسبة لرخصة الطريق فإن الذي يمنح الترخيص هو الجهة التي يتبعها المال، والحكمة من ذلك واضحة، لأن الاستعمال الأول يعتبر استعمالاً بسيطاً للمال العام ولا خطر منه مطلقاً، أما الاستعمال الثاني فإن المحافظة على المال العام فيه تقع على عاتق الشخص العام الذي يملكه أو يقع المال في حيازته، ولهذا كان لهذا المالك السلطة في تقدير درجة الخطورة التي يتعرض لها المال العام من جراء استعماله هذا النوع من الاستعمال الخاص⁽²⁾.

المبحث 2- شروط منح رخص الشغل الخاص:

¹ وهذا ما نصت عليه المادة 13 من المرسوم التنفيذي 04-392 المتعلق برخصة شبكة الطرق.

² محمد أنس قاسم جعفر، النظرية العامة للأملاك الإدارية والأشغال العمومية الطبعة 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992،

ص44.



لدى المستفيد من هذا السند، لأنه في أي وقت يمكن وضع حدٍ للاستعمال الخاص للملك العام⁽⁴⁾.

إن طابع التأقيت هذا يؤدي إلى صعوبة استغلال الأملاك العمومية وتشجيع الاستثمارات عليها، إذن يعتبر كعقبة أحياناً لجلب الاستثمارات الهامة وتوظيف أموال مهمة فوق الملك العام⁽⁵⁾.

كما أنه، وإن كانت رخصة الشغل الخاص هي التي تحدد مدة الاستعمال عموماً، إلا أن القانون حدد المدة القصوى لهذه الرخصة، وذلك في حالة ما إذا كان الشغل الخاص للأملاك الوطنية العمومية منشئاً لحقوق عينية، حيث يحدد سند الشغل مدة الرخصة حسب طبيعة النشاط والمنشآت المرخصة وبالنظر لأهمية هذه الأخيرة، دون إمكانية تجاوز هذه المدة خمساً وستين (65) سنة، وهذا طبقاً للمادة 69 مكرر الفقرة 3 من قانون الأملاك الوطنية المعدل سنة 2008.

غير أنه، وبالرجوع إلى الفقرة 5 من المادة 72 من المرسوم التنفيذي 12-427 والمتعلقة برخصة الطريق سواء المنشئة أو غير المنشئة لحقوق عينية، نجد أنها لا تحدد المدة القصوى لهذه الرخصة، وإنما تركتها تحدد في سند الشغل الخاص حسب طبيعة النشاط والمنشآت المرخص بها وأهمية الاستثمارات ومدة اهتلاكها.

في حين أنه، وبالرجوع إلى الفقرة 3 من المادة 75 من المرسوم نفسه والمتعلقة بعقد إمتياز استعمال الأملاك العمومية، نجد أنها تحدد المدة القصوى لهذا العقد بخمس وستين (65) عاماً، وذلك على أساس المادة 69 مكرر من قانون الأملاك المذكورة.

ومن هنا يظهر أن المرسوم التنفيذي 12-427 جعل تحديد المدة القصوى لسند الشغل الخاص تقتصر على عقد الإمتياز دون رخصة الشغل الخاص (خصوصاً رخصة الطريق)، وهذا في حقيقة الأمر مخالف لأحكام

اختلفها بحسب الرخصة وموضوعها وظروفها، إلا أنه يمكن تقسيم هذه الشروط إلى شروط ذات طابع مالي وأخرى ذات طابع غير مالي⁽¹⁾.

المطلب 1- شروط ذات طابع غير مالي:

انطلاقاً من المادة 64 من قانون الأملاك الوطنية والمادة 70 من المرسوم التنفيذي 12-427، يمكن القول أن شروط منح رخص الشغل الخاص غير المالية تتمثل في مدة الشغل كونه مؤقتاً، وضرورة أن يتماشى مع التخصيص المقرر للمال العام.

1- مدة الشغل الخاص:

لقد أكدت مختلف النصوص القانونية ذات العلاقة بالموضوع، أن الشغل الخاص يكون مؤقتاً، أي محدد بمدة زمنية سواء طالت أو قصرت.

وعليه، فإن كل شغل أو استعمال للأملاك العمومية لا بد أن يكون مؤقتاً، أي أن سندات الشغل الخاص لا يمكن أن تمنح لمدة غير محددة، كما أنه، يمكن للإدارة المسيرة للملك العمومي، وفي أي وقت، أن تقوم بسحب سندات الشغل وذلك بسبب المنفعة العامة⁽²⁾.

إن مبدأ عدم قابلية الأملاك العمومية للتصرف يترتب بالضرورة صفة التأقيت بالنسبة لسند الشغل الخاص⁽³⁾، ويتربط على صفة التأقيت هذه أن يتولد عدم الاستقرار

¹ انظر:

-Norbert Foulquier, Droit administratif des biens, Lexis Nexis, Paris, 2011, P.295-303.

-Philippe Godfrin, Michel Degoffe, Droit administratif des biens, 9e édition, Sirey, Paris, 2009, P.155-166.

-Pierre Delvolvé, L'utilisation privative des biens publique, Revue française de droit administratif, N°2, Mars-Avril 2009, P.231-239.

² Norbert Foulquier, OP. CIT, P.295, 296.

³ Yves Gaudemet, Droit administratif des biens, Tome 2, L.G.D.J Lextenso éditions, Paris, 2011, P.266

⁴ Pierre Delvolvé, OP. CIT, P.236.

⁵ محمد بوجيدة، تدبير الأملاك العامة للجماعات المحلية وميثاقها، رخصة شغل الملك العام الجماعي مؤقتاً، شركة بابل للطباعة والنشر، الرباط، 1998، ص7.

- ضرورة إحترام حقوق الجمهور المستعمل للمال العام (الاستعمال العادي).
- إجبارية عدم الإساءة إلى المحافظة على الأملاك العمومية.
- عدم الإضرار أو عدم تهديد حقوق أصحاب الشغل الآخرين المستفيدين من رخص الشغل الخاص.
- إن هذه الحدود أو الشروط المنصوص عليها في المادة 70 من المرسوم المذكور، كان قد قررها مجلس الدولة الفرنسي في عدة قضايا، وأضاف لها حدود أخرى تتمثل في:
 - ضرورة إحترام مبدأ حرية التجارة والصناعة.
 - إجبارية إحترام قواعد المنافسة.
 - ضرورة إحترام بعض الحالات وواجبات الشفافية⁽³⁾.

وعليه يشترط لمنح الرخصة أن يكون الشغل الخاص يتماشى مع أهداف تخصيص المال العام، مما يستوجب على الإدارة رفض منح الرخصة في حالة التعارض الظاهر، فهذا الشغل الخاص وإن كان لا يتطابق مع أهداف تخصيص المال، إلا أنه لا يصل إلى درجة التعارض معه، ولا يؤدي إلى تعريض المال إلى التلف أو الهلاك، كما لا يقف حجرة عثرة في سبيل حصول المرخص لهم على حقوقهم من شغل سابق⁽⁴⁾.

وتجدر الإشارة، أنه في بداية الأمر رفض هذا النوع من الاستعمال الخاص على اعتبار أنه يتعارض مع تخصيص المال العام لاستعمال الكافة، غير أن التشريعات التي صدرت مؤيدة لحق الإدارة في منح الاستعمال الخاص وضعت حداً لهذا الرفض، وكان دافع هذه الوجة التشريعية هو النظرة الحديثة للأملاك العمومية، والتي لها قيمة اقتصادية تجبر الإدارة على

المادة 69 مكرر من قانون الأملاك الوطنية، وخصوصاً في نصها الأصلي باللغة الفرنسية، والتي تتكلم عن صاحب رخصة الشغل الخاص بموجب تصرف أو اتفاقية من أي نوع⁽¹⁾، والتصرف هنا يكون قرار أو عقد، عكس المصطلح المستعمل في المادة نفسها باللغة العربية "عقد".

إن هذا الأمر يستلزم من السلطة التنفيذية مصدره التنظيم (المرسوم التنفيذي)، أن تعدل أحكام الفقرة 5 من المادة 72 من المرسوم التنفيذي، وتتص على المدة القصوى لرخصة الطريق المحددة قانوناً وهي 65 سنة، نظراً لأهمية هذه الرخصة مقارنة برخصة الوقوف، خصوصاً إذا كانت منشئة لحقوق عينية عقارية.

وتجدر الإشارة في الأخير، إلى أنه يمكن لصاحب سند الشغل الخاص سواءً كان في شكل رخصة الطريق أو الوقوف، أن يطلب تجديد سنده وذلك إذا انقضى أجله⁽²⁾.

2- أن تتماشى الرخصة مع تخصيص المال العام:

إن الفقرة الأخيرة من المادة 70 من المرسوم التنفيذي 12 - 427، تشترط في رخصة الشغل الخاص، أن تتماشى مع طبيعة استعمال الأملاك العمومية، التي يحق للجمهور أن يمارسها ممارسة عادية دون أن يضايق استعمال مرافق الأملاك الوطنية المقصودة استعمالاً عادياً، كما يجب أن لا تسيئ إلى المحافظة على الأملاك العمومية، ولا تضر حقوق أصحاب رخص آخرين.

إن الشغل الخاص هو في حد ذاته يعتبر استعمال غير عادي، أي غير مطابق للتخصيص المعد له المال العام المشغول، من أجل ذلك فإن الإدارة تتمتع بسلطة واسعة فيما يتعلق بمنح الرخص أو رفض منحها أو حتى فيما يتعلق بالشروط المفروضة على صاحب الرخصة، فهي تتمتع بسلطة تنظيمية.

غير أن هذه السلطة الواسعة تعرف بعض الحدود وتتمثل في:

³ أنظر:

Jean Dufau, Le domaine public, Le moniteur, Paris, 2001, P.394-402

⁴ محمد عبد الحميد أبو زيد، المرجع في القانون الإداري، دار النهضة العربية، مصر، 1999، ص 803.

¹ Art 69 bis: " Le titulaire, par acte ou convention de tout nature...".

² ومذا طبقاً للفقرة الأخيرة من المادة 74 من المرسوم التنفيذي 12-427.



إنطلاقاً من الفقرة 1 من المادة 64 منه، ومادام أن قانون الأملاك الوطنية إهتم بتنظيم بعض أحكام رخصة الطريق، فإنه نظم الأتاوى الخاصة بها من خلال المادة 70 منه، حيث يترتب على الاستفادة من رخص الطريق في الأملاك الوطنية العمومية وجوب دفع الأتاوى، ويحدد القانون شروطها وكيفياتها ونسبتها⁽⁶⁾، أي أن هذه الأتاوى يحددها قانون آخر غير قانون الأملاك الوطنية، وهو في الأصل قانون المالية⁽⁷⁾.

كما نجد أن المرسوم التنفيذي 12-427 نص على دفع المستفيد من رخصة الشغل أتاوى مقابل استفادته من الأملاك العمومية، وهذا ما يظهر من الفقرة 2 من المادة 70 منه. في حين أن المادة 73 من فقرتها 3 من هذا المرسوم فصلت في مسألة الشخص العمومي الذي يقبض هذه الأتاوى، حيث تنص: "تقبض أتاوى الشغل لفائدة الشخص العمومي الذي سلم رخصة الوقوف ولفائدة الشخص العمومي مالك مرفق الأملاك العمومية المعني فيها يخص رخصة الطريق".

وعليه، فإن الأمر يختلف في الشخص العمومي الذي يقبض أتاوى الشغل الخاص، وذلك بحسب الرخصة الممنوحة، فبالنسبة لرخصة الوقوف فإن من يقبض الأتاوى هو إما رئيس المجلس الشعبي البلدي وإما الوالي، باعتبارها السلطة الإدارية المكلفة بتسليم رخصة الوقوف. في حين، أنه بالنسبة لرخصة الطريق فإن من يقبض الأتاوى هو مالك مرفق الأملاك العمومية المعني بالرخصة، وليس الجهة الإدارية التي تسلم الرخصة، وهذا أمر منطقي، ذلك أنه، في هذه الحالة الشغل الخاص يستلزم إقامة مشتملات وحفر وتغيير في أرضية الأساس للملك العمومي، أي أن هناك مساس بالأملاك العمومية وحق المالك، فكان من الطبيعي أن يقبض أتاوى هذا الشغل، والتي تكون جد مهمة.

استغلالها بما يتناسب مع التخصيص⁽¹⁾، لذلك نجد أن المادة 63 من قانون الأملاك الوطنية تجعل الشغل الخاص للأملاك العمومية موافقاً لغرض تخصيصها حتى وإن كان غير مطابق لهذا التخصيص.

المطلب 2- الشروط ذات الطابع الملحق: الأتاوى

باعتبار أن الاستعمال الخاص غير العادي للأملاك العمومية هو استثناء يرد على الأصل المتمثل في الاستعمال الجماعي العادي، فإنه يتم بمقابل مالي يدفعه مستعمل المال العام، لأنه يستأثر به وحده، وتعود عليه دون غيره فائدة من ورائه⁽²⁾.

ولقد إعتبر البعض أن هذا المقابل أجراً ولكن الرأي الراجح أن هذا المقابل رسماً وليس أجراً⁽³⁾، لأن مستعمل المال العام هنا ليس في مركز تعاقدية وإنما في مركز تنظيمي، يخضع في استعماله لهذا المال لقواعد تنظيمية تكون معدة ومحضرة بصفة مسبقة⁽⁴⁾.

وعليه، فإن المقابل المادي الذي تتقاضاه الإدارة مقابل قبولها تسليم رخص الاستعمال الخاص يكتف على أساس أنه ضريبة تشبه الضرائب المالية غير المباشرة، وعلى هذا الأساس فإن تحديده يتم بمقتضى تعريفه عامة تطبق على الكافة حتى يتحقق مبدأ المساواة أمام الضريبة، ويتم تحديد هذه التعريفية أو الرسم بمقتضى سلطة الإدارة الإفرادية⁽⁵⁾.

ولقد نص قانون الأملاك الوطنية 90-30 المعدل والمتمم على أن الشغل الخاص يكون مقابل أتاوى، وهذا

¹ محمد ماهر أبو العينين، التراخيص الإدارية والقرارات المرتبطة والمتعلقة بها في قضاء وإفتاء مجلس الدولة، دراسة تحليلية، الكتاب الأول، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، 2006، ص 122.

² ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر،

الإسكندرية، 2004، ص 141

³ محمد أنس قاسم جعفر، المرجع السابق، ص 142

⁴ ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 142

⁵ محمد فاروق عبد الحميد، التطور المعاصر لنظرية الأموال العامة في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988، ص

⁶ وهذا هو نص المادة 70 من قانون الأملاك الوطنية المعدل والمتمم.

⁷ وهذا يستفاد على سبيل المثال من الفقرة 6 من المادة 6 من المرسوم

التنفيذي 04-392 المتعلق برخصة شبكة الطرق

الحيازة في مواجهة الغير⁽⁴⁾، ولكنه ليس له الحق في رفع هذه الدعوى ضد الإدارة التي يكون لها الحق في أن تتمسك إتجاه دعواه بمبدأ عدم جواز التصرف في الأملاك العمومية.

وينتهي هذا الرأي أنه ليس لأحد من أصحاب رخص الشغل الخاص حق ملكية، وليس لأحد منهم على المال العام سوى ضرب من الحيازة، فهو حق في الحفظ والصيانة دون التملك⁽⁵⁾.

وذهب العميد "دوجي" إلى معاملة صاحب رخص الشغل الخاص وصاحب الاستعمال العام معاملة واحدة فيما يتعلق بتكييف طبيعة حق استعمال المال العام، وذلك لتمثل تلك المواقف مع مستغل المرافق العامة، وإن كانت تلك المواقف تختلف تبعاً لطبيعة علاقتها مع تخصيص المال للنفع العام.

في حين إتجه البعض الآخر إلى تكييف حق صاحب رخصة الشغل الخاصة بأنه حق مختلط يخضع في جزء منه لأحكام القانون العام ولإختصاص القضاء الإداري، والجزء الآخر لأحكام القانون الخاص ولإختصاص المحاكم العادية، وإن كانت بعض أفكار الفقه الحديث قد إتجهت إلى إعتناق فكرة الحقوق العينية الإدارية⁽⁶⁾.

وفي هذا الإطار، نجد أن الفقيه "جون ديفو" يرى بأن صاحب رخصة الشغل الخاص يوجد في وضعية شرعية وتنظيمية للقانون العام، فحقوقه وواجباته منظمة بنصوص عامة وغير شخصية، وكذلك بواسطة الرخصة الممنوحة له، والتي تشكل تصرف إداري إنفرادي. فهذا هو السبب الذي يجعل أن قرارات منح أو رفض أو سحب الرخصة، تكون موضوع دعوى تجاوز السلطة أمام القاضي الإداري.

أما بالنسبة لرخصة الوقوف فهي تتضمن استعمالاً بسيطاً للملك العام لا يتضمن إقامة مشتملات على الملك العمومي، والأتاوى التي تقابله تكون بسيطة، فتقبضها السلطة التي سلمت هذه الرخصة.

المبحث 3- المركز القانوني لمالك الرخصة وعلاقته بالإدارة:

يتمتع صاحب رخصة الاستعمال الخاص بحقوق ويتحمل إلتزامات صادرة عن الترخيص الممنوح له من قبل الإدارة بناءً على سلطتها التقديرية.

غير أن سلطة الإدارة اتجاه تلك التراخيص، سواءً منحاً أو منعاً، ليست مطلقة، لأن السلطة التقديرية يجب أن لا تكون تحكمية، فالتقدير المتروك للإدارة يجب أن يخضع لرقابة القضاء لتثبت على الأقل أنها لم تهدف إلى تحقيق أهداف شخصية بعيدة عن المصلحة العامة⁽¹⁾.

ويترتب على ذلك، أنه إذا وضعت الإدارة بعض القواعد التي تنظم بواسطتها منح تراخيص الشغل الخاص، فإنها تكون ملزمة بإحترام وعدم الخروج عليها⁽²⁾.

المطلب 1- المركز القانوني لمالك الرخصة:

ذهب بعض الفقه إلى أن صاحب رخصة الشغل الخاص يكون له حق حيازة بسيطة يخوله سلطات محددة على المال الذي يشغله، تختلف عن سلطات الحق العيني المدني، فهو حق حيازة وليس مجرد وضع يد على المال العام، كما أن الحيازة هنا تعتبر بسيطة إذ لا تخول صاحبها حقوق عينية، وإنما تمنحه حقاً منقولاً لا يجوز رهنه، كما أن هذا الحق يمكن للإدارة أن تعدله أو تنتهيه بإرادتها المنفردة⁽³⁾، لذلك إعتراف القضاء العادي لصاحب الرخصة، ومنذ زمن طويل، بإمكانية رفع دعوى

¹ أنظر: محمد الأعرج، القانون الإداري المغربي، الجزء الثاني، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، الرباط، 2010، ص 50.

² أنظر: محمد عبد الحميد أبو زيد، الانتفاع بالمال العام، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 176.

³ أنظر: محمد الأعرج، المرجع السابق، ص 50، 51.

⁴ Philippe Godfrin, OP. CIT, P. 119

⁵ أنظر: محمد عبد الحميد أبو زيد، المرجع في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 805.

⁶ أنظر: محمد عبد الحميد أبو زيد، الانتفاع بالمال العام، المرجع السابق، ص 177.



يجوز له أن يرفع دعوى الحيابة لحماية حيازته لهذا الحق، بالإضافة إلى الحق في المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية. هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، فإنه يترتب على إعتبار هذه التكاليف إرتفاقات إدارية، أنه يجوز للإدارة أن تلغي هذه الحقوق أو تعدل فيها إذا دعت المصلحة العامة إلى ذلك، غير أنه يجب تعويض صاحب الحق إذا لحق به ضرر بسبب هذا التعديل، كما أنه له حق الطعن في قرار الإدارة، الذي يمس بهذه الحقوق، أمام القضاء الإداري، إذا أساءت الإدارة في استعمال سلطتها⁽⁵⁾.

المطلب 2- علاقة صاحب الرخصة بالإدارة:

بغض النظر عن تكييف العلاقة التي تربط بين صاحب رخصة الشغل الخاص والإدارة المانحة لها، والتي ثار بشأنها خلاف بين الفقهاء، في إعتبارها تعاقدية أو تنظيمية قائمة على كون الرخصة قرار إداري إنفرادي⁽⁶⁾، فإنه لا شك في أن الحقوق التي تتولد للأفراد من جراء هذا الاستعمال الخاص، تظل ثابتة ومستقرة طالما بقي المال مخصصاً للنفع العام.

وعليه، يجب على الإدارة إحترام حقوق صاحب الرخصة، كما أنها تخضع فيها يتعلق بمنح الرخصة أو رفض منحها أو إلغائها للأحكام المقررة في القوانين واللوائح بالنسبة لكل نوع من أنواع الاستعمال، فلا يجوز لها أن ترفض منح الرخصة بالاستعمال إذا كان طالبها مستوفياً للشروط التي فرضتها القوانين واللوائح، كما أنها لا تستطيع إلغاء الرخصة، طالما كان صاحبها حصل عليها طبقاً للإجراءات القانونية السليمة وظل مستوفياً لجميع الإلتزامات المفروضة عليه بناءً على الرخصة، إلا

فحسب البعض، فإن صاحب الشغل الخاص - على عكس الاستعمال العام - يجب أن يعتبر كصاحب حقوق عينية إدارية على الأملاك العمومية، هذا التكييف يبرر على أساس أن صاحب رخصة الشغل الخاص في وضعية على الخصوص فردية وتتميز ببعض الدوام⁽¹⁾.

وبالرجوع إلى قانون الأملاك الوطنية يلاحظ أنه إعتترف سنة 2008، بموجب التعديل الأخير، بإمكانية ترتيب حقوق عينية على الأملاك العمومية لصاحب رخصة الشغل الخاص، والمتمثلة في رخصة الطريق، وذلك حسب التفصيل السابق بيانه.

كما أنه يجوز ترتيب حقوق إرتفاق على الأملاك العمومية، حتى كانت هذه الإرتفاقات لا تتعارض مع تخصيص الأموال للمنفعة العامة⁽²⁾، فإذا كان التكييف المراد تقريره على الأملاك العمومية متعارضاً مع المنفعة العامة التي خصصت لها هذه الأملاك، فإنه لا يجوز ترتيبه عليها. أما إذا كان هذا التكييف غير متعارض مع المنفعة العامة التي خصصت لها هذه الأملاك العمومية، فإنه يجوز ترتيبه عليها⁽³⁾.

ولقد ثار خلاف بين الفقه والقضاء في فرنسا حول تكييف هذه التكاليف بأنها حقوق إرتفاق، فكان القضاء هناك يعتبرها حقوق إرتفاق، ولكنه رجع بعد ذلك وإعتبرها حقوق ذات طبيعة خاصة، أما الفقه فقد إعتبرها حقوق إرتفاق إدارية⁽⁴⁾.

ويترتب على ذلك، أنه يمكن لصاحب الحق في هذه التكاليف أن يطالب الإدارة المالكة للملك العمومي بحقه عن طريق دعوى عينية، تقابل دعوى الاستحقاق في حالة الملكية، وهي دعوى الأفراد بحق الإرتفاق، كما

¹ أنظر:

Jean Dufau, OP. CIT, P.410 -

² وهذا ما أكدته الفقرة الأخيرة من المادة 66 من قانون الأملاك الوطنية المعدل سنة 2008 بقولها: «... وكذا الاتفاقات التي تتوافق مع تخصيص الملك المعني».

³ أنظر: محمد الأعرج، المرجع السابق، ص 51.

⁴ أنظر: محمد عبد الحميد أبو زيد، الانتفاع بالمال العام، المرجع السابق، ص 179.

⁵ - أنظر: محمد الأعرج، المرجع السابق، ص 51.

⁶ للتوضيح أكثر أنظر: محمد الأعرج، المرجع السابق، ص 51، 52.

- محمد عبد الحميد أبو زيد، المرجع في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 808-811.

ملزم، ودون تعويض، بتحمل السلبيات التي تنتج له بسبب ذلك⁽⁴⁾.

وبالرجوع إلى قانون الأملاك الوطنية، ومن خلال المادة 64 الفقرة 2، يلاحظ أنها تلزم صاحب رخصة الطريق أن يقوم، وعلى نفقته، وبناءً على طلب من السلطة المختصة، بتغيير مواقع قنوات الماء والغاز والكهرباء، أو الهاتف بسبب متطلبات تقنية أو أمنية⁽⁵⁾، أو لدعم الطريق العمومي، أما إذا كان الغرض من هذه الأشغال هو تغيير الطريق أو إنجاز عمليات التجميل، فإن ذلك يخول لصاحب الرخصة الحق في التعويض نتيجة تغيير مواقع القنوات المذكورة.

يستفاد من خلال هذه المادة أنه، إذا كانت الأشغال المنجزة سببها متطلبات أمنية أو تقنية أو لدعم الطريق العمومي، فإن صاحب رخصة الطريق يتحمل السلبيات الناتجة عن ذلك ودون تعويض، وهذه السلبيات تتمثل في تغيير مواقع القنوات المذكورة سابقاً، أي أن الأشغال أنجزت لصالح الملك العمومي المشغول.

غير أنه، إذا كانت الأشغال تهدف إلى تغيير الطريق أو إنجاز عمليات التجميل، فإن لصاحب الرخصة الحق في التعويض، مما يفهم أن الأشغال المنجزة تكون لصالح ملك عمومي آخر غير الملك المشغول.

إن هذا الاستنتاج يصطدم وكون عمليات التجميل قد تنجز لصالح الملك المشغول، ومع ذلك يستفيد صاحب رخصة الطريق من التعويض.

كما أنه، وبالرجوع إلى المرسوم التنفيذي 04-392 الخاص برخصة شبكة الطرق، يلاحظ أنه يُحمل صاحب الرخصة الأعباء الناتجة عن العراقيل والنفقات المنجزة عن بعض الأشغال التي تنجز على الملك العمومي المشغول، ويكون ذلك دون تعويض⁽⁶⁾، مما يُنتج،

إذا تبين لها أن إعتبارات الصالح العام تتطلب عدم وجود هذه الرخصة⁽¹⁾.

إن الأمر لا يتوقف عند هذا الحد، بل يصل إلى درجة تمتع صاحب رخصة الشغل الخاص بحماية في مواجهة الإدارة، حيث له الحق في استعمال المال العام، وعلى الخصوص، إنجاز أشغال أو إقامة المنشآت المسموح بها في سند الشغل (رخصة الطريق هنا).

ولصاحب الرخصة أن ينجز أشغال الصيانة اللازمة للمنشآت التي أنجزها، فلما سمحت الإدارة له بإنجاز قنوات تحت الملك العمومي، فإنه يجب عليها أن ترخص له أيضاً بإجراء أشغال الصيانة اللازمة لهذه القنوات⁽²⁾.

كما أن الاستعمال من قبل صاحب الرخصة يجب أن لا يعرقل من قبل الإدارة، فصاحب الرخصة الذي ليس له إمكانية توجيه دعاوى الحيازة ضد الإدارة أمام القاضي العادي، يمكنه رفع دعوى المسؤولية أمام القاضي الإداري، وذلك إذا كانت الإضرابات التي تمس بالاستعمال مصدرها فعل الإدارة.

ذلك أنه، وفي كثير من الأحيان، عمليات الأشغال العمومية تؤدي إلى إضطراب في الشغل الخاص، وفي بعض الظروف، يمكن أن تطرح مسؤولية الإدارة على أساس نظرية أضرار الأشغال العمومية⁽³⁾.

ويميز القضاء الفرنسي بين الأشغال العمومية المنجزة لفائدة الملك العمومي محل الشغل الخاص، والأشغال العمومية المنجزة لفائدة ملك عمومي آخر، ففي هذه الحالة الأخيرة، لصاحب الرخصة الحق في التعويض عن الأضرار الناشئة عن الأشغال العمومية المنجزة. أما في حالة الأشغال المنجزة لفائدة الملك العمومي المشغول، كالأشغال المنجزة للمحافظة عليه أو بهدف تحقيق استعمال أفضل، فإن صاحب الشغل الخاص

⁴ Philippe Godfrin, Michel Degoffe, OP. cit, P. 169.

⁵ يلاحظ أن هذه العبارة وردت في تعديل 2008، في حين أن النص في ظل قانون 90-30 كان يستعمل عبارة " بسبب أشغال ذات مصلحة عمومية ".

⁶ وذلك طبقاً للمادة 6 الفقرة 2 من المرسوم التنفيذي 04-392 المتعلق برخصة شبكة الطرق.

¹ أنظر: محمد عبد الحميد أبو زيد، الانتفاع بالمال العام، المرجع السابق، ص 187.

² Jean Dufau, OP. CIT, P. 402

³ Philippe Godfrin, OP. CIT, P. 121.



وإذا تواجد صاحب الرخصة المنتهية المدة في الأماكن التي كان يشغلها، فإن هذا التواجد يعتبر غير قانوني، إذ يصبح شاغل للأماكن العمومية دون سند.

غير أنه، يمكن للإدارة أن تقوم بتجديد الرخصة المنتهية الصلاحية، واشترط القضاء الفرنسي في هذا التجديد أن يكون صريحاً بموجب قرار وليس تجديداً ضمناً، إلا أن هذا التجديد ليس بحق⁽⁴⁾.

وبالرجوع إلى الفقرة الأخيرة من المادة 74 من المرسوم التنفيذي 12-427، والخاصة بتجديد رخصة الشغل الخاص، نجد أنها تنص على إمكانية تجديد الرخصة وليس الحق في التجديد، كما جعلت التجديد يخضع لنفس الإجراءات والشروط التي يخضع لها طلب الرخصة في البداية، مما يجعل أن للإدارة سلطة واسعة في قبول أو رفض التجديد.

المطلب 2- إنهاء الرخص قبل انتهاء مدتها:

باعتبار أن الشغل الخاص يتصف بكونه مؤقت، فإنه قابل للإلغاء في كل وقت، ولو قبل نهاية المدة المحددة في سند الشغل، غير أن ذلك لا بد أن يقترن بأسباب، حددت أطرها العامة الفقرة 3 من المادة 70 من المرسوم التنفيذي 12-427، وتتمثل في:

- دافع يتعلق بالمنفعة العامة أو المنفعة العمومية،
- بسبب حفظ النظام.

ويلاحظ أن هذين السببين يحملان مفهوماً واسعاً، خاصةً فيما يتعلق بفكرة المنفعة العامة أو المنفعة العمومية، وهذه الفكرة المرنة والواسعة تمثل، في حقيقة الأمر، آخر ما أصبح مجلس الدولة الفرنسي يعتمد عليه للإقرار بصحة سبب إلغاء رخصة الشغل الخاص، حيث أن هذه الأسباب عرفت تطوراً وتوسعاً في ظل قضاء هذا

طرف صاحب الرخصة وإما على عاتقه"، وهذه المادة خاصة بالسند المنشئ لحق عيني.

⁴ Jean-Marie Aubry, Pierre Bon, Jean-Bernard Aubry, Philippe-Terneyer, Droit administratif des biens, 6e édition, Dalloz, Paris, 2011, P.142

وبمفهوم المخالفة، أنه إذا كانت العراقيل ناتجة عن أشغال منجزة لصالح ملك عمومي آخر، فإنه يستلزم التعويض عنها لصاحب الرخصة.

المبحث 4 - نهاية رخص الشغل الخاص:

على اعتبار أن الشغل الخاص مؤقت فإن الرخصة التي تسمح به تكون قابلة للإلغاء، وهذا ما يظهر في العديد من النصوص القانونية التي تنظم هذا الموضوع⁽¹⁾.

وباستقراء هذه النصوص، نجد أن رخصة الشغل المؤقت تنتهي نهاية طبيعية بانتهاء مدتها، أو تنتهي قبل نهاية مدتها، وهي نهاية ترجع لكون الشغل مؤقت قابل للإلغاء في أي وقت.

المطلب 1 نهاية الرخص بانتهاء مدة صلاحيتها:

إن رخص الشغل الخاص تنتهي نهاية عادية بإنقضاء المدة المحددة فيها⁽²⁾، ذلك أن الشغل الخاص دائماً مؤقت.

ويترتب على هذه النهاية نتائج هامة، حيث أن صاحب الرخصة المنتهية ملزم بإخلاء فوراً قطعة الأملاك العمومية التي كان يشغلها، فليس له أي حق في التجديد، كما أن الإدارة غير ملزمة بتعويضه في حالة عدم تجديد الرخصة. كما يجب على صاحب الرخصة أن يهدم الأشياء والبنائيات التي كان قد أنجزها على الملك العمومي، وإذا لم تلتزمه الإدارة بهدم المنشآت المنجزة، فإنها تحتفظ بها وتتحول إلى أملاك عمومية⁽³⁾.

¹ كالفقرتين 3، 4 من المادة 69 مكرر 4 من قانون الأملاك الوطنية المعدل، والفقرة 3 من المادة 70 والفقرة 2 من المادة 73، والمادة 74 من المرسوم التنفيذي 12-427.

² أنظر الفقرة 2 من المادة 14 من المرسوم التنفيذي 04-392 المتعلق برخصة شبكة الطرق.

³ تنص المادة 69 مكرر 4 في فقرتها الأولى من قانون الأملاك الوطنية المعدل: "يجب إبقاء المنشآت والبنائيات والتجهيزات ذات الطابع العقاري الكائنة على ملحقات الملك العمومي المشغول على حالتها عند انقضاء أجل سند الشغل، إلا إذا نص هذا السند على تهديمها إما من

الأجل المنصوص عليه، بسبب آخر غير عدم الوفاء بينود وشروط الرخصة، يتم تعويض صاحب الرخصة عن الضرر المباشر المادي والأكيد الناشئ عن النزاع المسبق للحيازة، توضح قواعد تحديد التعويض ضمن سند الشغل⁽²⁾.

ومن هنا يظهر مشكل التناقض بين هذه المادة (69 مكرر 4 الفقرة 3) والمادتين 70 الفقرة 3 و74 الفقرة 1 من المرسوم التنفيذي 12-427، حيث أن المادة 69 مكرر 4 حددت سبباً واحداً للسحب وهو عدم الوفاء بينود وشروط الرخصة، وإلا فالأمر يستلزم التعويض، أما المادتين 70 و74 من المرسوم التنفيذي فقد وضعت أسباب عامة وواسعة، وجعلت المادة 74 السحب في غير الحالات المحددة يؤدي إلى التعويض، بمعنى أن هذه المادة خرجت عما نص عليه قانون الأملاك الوطنية المعدل في مادته 69 مكرر 4، وأضافت أسباب السحب السالفة الذكر، بما فيها عدم الوفاء بالبنود أو الشروط، والذي يمكن إدخاله في السبب المشروع وفقاً للتشريع المعمول به.

صحيح أن المادة 69 مكرر 4 تخص فقط السند المنشئ لحقوق عينية، أما المادة 74 من المرسوم التنفيذي تخص السند أو الرخصة سواء المنشئة أو غير المنشئة لحقوق عينية، إلا أن التناقض والخروج عما جاء في قانون الأملاك الوطنية يبقى قائماً، على الأقل فيما يتعلق بالسند المنشئ لحقوق عينية.

هذا الخروج والتناقض ليس هو الوحيد، إذ يمكن تسجيل أسباب أخرى نصت عليها المادة 14 من المرسوم التنفيذي 04-392 المتعلق برخصة شبكة الطرق، والتي تتمثل في:

- حالة عدم استعمال الرخصة لمدة ستة (6) أشهر.
- حالة توقف الأشغال لمدة شهرين.
- حالة وفاة المستفيد.

² وهذا هو نص الفقرة 3 من المادة 69 مكرر 4 من قانون الأملاك الوطنية المعدل.

المجلس، فأقر بأسباب مختلفة كالمنفعة الجمالية، وضرورة بناء أو استغلال مباني عمومية، حماية المرفق العام، ضرورة إعادة تنظيم المرفق العام، إلى أن أصبح يقر بأن السحب يمكن أن يجري بكل الأسباب المتعلقة بالمنفعة العامة، بل وإعتبر أن المنفعة المالية للإدارة تدخل ضمن المنفعة العامة التي تبرر السحب⁽¹⁾.

كما أن الفقرة 1 من المادة 74 من المرسوم نفسه، أضافت أسباب أخرى للإلغاء أو السحب قبل نهاية مدة السند، وتتمثل في:

- السبب المشروع وفقاً للتشريع المعمول به.
- القيام بالأشغال العمومية لمنفعة الملك العمومي المشغول.
- بسبب تجميل الطرق.
- تعديل محور طريق عمومي موجود.
- كون نفقات أنابيب الماء والكهرباء والغاز والخطوط الهاتفية تستهلك خلال فترة طويلة نظراً لمدة الرخصة الأصلية.

وتعتبر هذه الأسباب مشروعة تبرر سحب أو إلغاء الرخصة، دون أن يترتب لصاحب الرخصة المنزوعة الحق في أي تعويض، أما في الحالة العكسية، أي السحب أو الإلغاء خارج هذه الأسباب يترتب عليه دفع تعويض للمستفيد الذي سحبت منه الرخصة.

وتجدر الإشارة، أن تعديل قانون الأملاك الوطنية لسنة 2008 أضاف المادة 69 مكرر 4 في ظل الأحكام المتعلقة بسند الشغل الخاص المنشئ لحقوق عينية، إذ يلاحظ في فقرتها الثالثة أنها تنص على سبب آخر للسحب قبل الأجل المنصوص عليه في سند الشغل، ويتمثل في عدم الوفاء بينود وشروط الرخصة، ففي هذه الحالة تسحب الرخصة دون أي تعويض لصاحبها.

غير أن المشكل يطرح في الحالة العكسية، حيث أن الفقرة نفسها تجعل أنه في حالة سحب الرخصة قبل

¹ Jean-Marie Aubry et autres, OP.CIT, P.144, 145.



الرخصة أو رفض منحها، كما لها السلطة في إنهاء الرخصة بعد منحها، حتى قبل انتهاء مدة صلاحية الرخصة المعنية، لدوافع تتعلق بالمنفعة العمومية أو حفظ النظام، كما رأينا سابقاً، وهذا راجع لكون الرخصة دائماً تتصف بالتأقيت ومركز صاحبها تنظيمي وليس تعاقدية.

وفي مقابل استعمال الأملاك العمومية استعمالاً خاصاً غير عادي بموجب رخصة، نجد إمكانية استعمال هذه الأملاك بموجب عقد إداري، يكون فيه الطرف المتعاقد مع الإدارة في وضع أو مركز قانوني أقوى من وضع أو مركز صاحب الرخصة الإدارية، وهذا ما يفتح المجال لدراسة أخرى تكمل هذا الموضوع، وهي استعمال الأملاك العمومية استعمالاً خاصاً غير عادي بموجب عقد إداري.

المراجع:

1. القانون رقم 90-30 المؤرخ في 1-12-1990 يتضمن قانون الأملاك الوطنية، الجريدة الرسمية رقم 52، بتاريخ 2-12-1990. - القانون رقم 08-14 المؤرخ في 20 يوليو 2008، يعدل ويتم القانون رقم 90-30 المؤرخ في 1-12-1990 والمتضمن قانون الأملاك الوطنية، الجريدة الرسمية رقم 44، بتاريخ 3/8/2008.
2. مرسوم تنفيذي رقم 04 - 392 المؤرخ في 1 ديسمبر 2004، يتعلق برخصة شبكة الطرق، الجريدة الرسمية، العدد 78، بتاريخ 5 ديسمبر 2004.
3. مرسوم تنفيذي رقم 12-427 المؤرخ في 16-12-2012 يحدد شروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة، الجريدة الرسمية رقم 69، بتاريخ 19-12-2012.
4. عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان، دون سنة.
5. محمد فاروق عبد الحميد، التطور المعاصر لنظرية الأموال العامة في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988.
6. محمد عبد الحميد أبو زيد، الانتفاع بالمال العام، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.
7. محمد أنس قاسم جعفر، النظرية العامة للأملاك الإدارية والأشغال العمومية المطبوعة 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.

- حالة عدم إحترام أحد الشروط أو البنود المحددة في رخصة شبكة الطرق، إذ هذا السبب الأخير هو الوحيد الذي يتوافق مع ما جاء في المادة 69 مكرر 4 من قانون الأملاك الوطنية المعدل. وإن كان المرسوم التنفيذي 04-392 لا يقرر إمكانية التعويض في حالة السحب خارج هذه الأسباب.

الختام:

إن لدراسة رخص الشغل الخاص أو الاستعمال الخاص غير العادي للأملاك العمومية، جانب كبير من الأهمية، خصوصاً في ظل بحث الإدارة الجزائرية في الوقت الحالي على مصادر لتمويل الخزينة، قصد مواجهة الأزمة المالية التي تعيشها الجزائر جراء تراجع عائداتها من النفط.

ولعل الإدارة الناجعة للأملاك العمومية هي تلك التي تحقق نقطتين هامتين، أولاهما استثمار الأملاك الوطنية، بصفة عامة، بإعتبارها مصدر من مصادر الثروة، وثانيها المحافظة على هذه الأملاك.

ولاحظنا أن من أوجه الاستثمار في مجال الأملاك العمومية منح رخص الشغل الخاص وما تحققه من أتاوى لصالح الإدارة، وعلى الخصوص رخصة الطريق التي لها عائد هام.

غير أن سعي الإدارة حالياً لتحقيق هذا الهدف يجب أن تحكمه ضوابط، فلا يمكن للإدارة أن تضحي بالصالح العام أو أن يصبح هذا الأخير، مجرد هدف ثانوي إلى جانب المصلحة الاقتصادية، بل لا بد أن يظل الاستعمال الخاص غير العادي يتمشى مع طبيعة استعمال الأملاك العمومية، ذلك أن هذه الأملاك مخصصة أصلاً لاستعمال الجمهور لها استعمالاً عادياً، هذا من جهة، ومن جهة أخرى يجب أن لا يسيء هذا الاستعمال الخاص إلى المحافظة على الأملاك العمومية، بل ولا يضر بحقوق أصحاب رخص آخرين.

ومن أجل تحقيق هذه الضوابط، فإن للإدارة سلطة تقديرية في منح رخص الشغل الخاص، ابتداءً وانتهاءً، إذ أن للإدارة سلطة تقديرية في الموافقة على منح

8. محمد بوجيدة، تدبير الأملاك العامة للجماعات المحلية وميئاتها، رخصة شغل الملك العام الجماعي مؤقتاً، شركة بابل للطباعة والنشر، الرباط، 1998
9. محمد عبد الحميد أبو زيد، المرجع في القانون الإداري، دار النهضة العربية، مصر، 1999
10. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004
11. محمد مامر أبو العينين، التراخيص الإدارية والقرارات المرتبطة والمتعلقة بها في قضاء وإفتاء مجلس الدولة، دراسة تحليلية، الكتاب الأول، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، 2006
12. محمد الأعرج، القانون الإداري المغربي، الجزء الثاني، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، الرباط، 2010
13. Edition, Armand colin ,Paris, 1997 Philippe Godfrin, Droit administratif des biens, 5e-
14. Philippe Godfrin, Michel Degoffe, Droit administratif des biens, 9e édition, Sirey, Paris, 2009.
15. Pierre Delvolvé, L'utilisation privative des biens publique, Revue française de droit administratif, N°2, Mars-Avril 2009
16. -Jean Dufau, Le domaine public, Le moniteur, Paris, 2001
17. Jean-Marie Auby, Pierre Bon, Jean-Bernard Auby, Philippe-Terneyer, Droit administratif des biens, 6e édition, Dalloz, Paris, 2011.
18. Norbert Foulquier, Droit administratif des biens, Lexis Nexis, Paris, 2011
19. Yves Gaudemet, Droit administratif des biens, Tome 2, L.G.D.J Lextenso éditions, Paris, 2011,

حق الإنسان في معلوماته الشخصية

الأستاذ: بن حيدة محمد

كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الطاهري محمد-بشار

privée qui nuit portée de l'information et des données personnelles dans de nombreuses manifestations, qui nécessite Trouver sa place dans le système juridique.

مقدمة:

لقد عرفت شخصية الفرد في العقود الأخيرة اهتماما متزايدا كأحد أبرز أعضاء المجتمع الدولي، وارتقت مكانته في مجال الحصول على حقه في النطاق القانوني الدولي من خلال حقه في مقاضاة دولته ومباشرة الشكاوى ضدها، وذلك باعتباره المنطلق الرئيسي الذي شغل الفقه والأنظمة الوضعية للاهتمام بالحقوق والحريات والمحور الرئيسي الذي قررت من أجله، والهدف الجوهرية الذي تسعى لتنمية وجوده ورفع مستواه المادي والمعنوي.

ولا يزال الاهتمام بالفرد قائما ومستمرًا خاصة أمام التطور العلمي والابتكارات التكنولوجية التي وسعت من فرص التواصل وحرية التعبير، وعلى الرغم من أن تكنولوجيا المعلومات الحديثة تعد خطوة كبيرة تجاه تبادل المعلومات فهي تشكل تحديا هائلا حيث إن الاحتمالات الكامنة في تجميع المعلومات والبيانات ومعالجتها تشكل تهديدا خطرا على المعلومات والبيانات الشخصية، وذلك بخلقها فرصا جديدة لتمارس الدولة رقابتها على المعلومات والبيانات الشخصية للأفراد والتدخل فيها وذلك أمام سهولة نطاق الاعتداء عليها، واستحداثها أشكالاً جديدة للانتهاك يصعب تحديد مصادرها وأساليبها فضلا عن إثباتها قانونيا أو قضائيا من جهة أخرى.

ومن هنا تتجلى أهمية بحث موضوع الحق في حماية المعلومات والبيانات الشخصية، وذلك باعتباره أكثر

ملخص المقال:

تعتبر المعلومات والبيانات الشخصية من الحقوق الأساسية للإنسان وذلك لارتباطها الوثيق بشخصيته وتعلقها الشديد بكرامته. وذلك لما تجسده من مظاهر تشكل صميم وجوه شخصية الإنسان كحالته العائلية أو وضعه الصحي والقضائي أو انتماءاته السياسية والعقدية... وهو ما يطرح ضرورة البحث عن المفهوم القانوني لهذا الحق، والضمانات القانونية التي يتمتع بها خاصة في ظل التكريس القانوني للحق في الاطلاع على المعلومات وحرية الوصول إليها، الذي يقتضي توشي الموضوعية والمسؤولية والدقة في نشرها واستعمالها، وأمام المناداة بحماية الحق في الحياة الخاصة الذي يتداخل نطاقه بالمعلومات والبيانات الشخصية في العديد من المظاهر، مما يقتضي البحث عن مكانته الحقيقية ضمن المنظومة الحقوقية.

Résumé de l'article

Les données de l'information et personnelles des droits fondamentaux, le spectre près, elles se rapportent à sa personnalité et de la dignité attachée intense et donc quand ses manifestations constituent l'âme et l'essence de la personnalité humaine, la famille, la santé et la position juridique ou politique et les affiliations Streptococcus Khalth... ce qui soulève la nécessité de rechercher le concept juridique de ce droit, et les garanties juridiques dont jouissent privées en vertu de la consécration juridique du droit d'accéder à l'information et la liberté d'accès à, et qui nécessite l'objectivité, la responsabilité et la précision dans le déploiement et l'utilisation, et en face de préconiser la protection du droit à la vie

المبحث الأول: مفهوم الحق في المعلومات الشخصية

يعتبر الحق في المعلومات والبيانات الشخصية من أهم حقوق الإنسان الحديثة التي فرضتها سهولة وحرية تداول المعلومات وبساطة انتشارها في وقت أصبحت المعلومة هي محور التطور وركيزة ازدهاره بل وأصبح الاطلاع على المعلومات حقا من الحقوق الأساسية التي تكفل للأفراد حق المعرفة والرقابة والشفافية وهو ما يفرض ضرورة البحث عن المرتكزات القانونية التي تمنح الأشخاص الحق في حماية معلوماتهم وبياناتهم الشخصية.

المطلب الأول: تعريف الحق في المعلومات الشخصية

يعرف الحق في المعلومات والبيانات الشخصية بأنه حق الأفراد والجماعات أو المؤسسات في أن يحددوا لأنفسهم متى وكيف وإلى أي مدى يمكن للمعلومات الخاصة بهم أن تصل إلى الآخرين، وحق الفرد في أن يضبط عملية جمع المعلومات الشخصية عنه، وعملية معالجتها آليا وحفظها وتوزيعها واستخدامها في صنع القرار الخاص به أو المؤثر فيه¹.

وعرفه المشرع الجزائري من خلال المرسوم التشريعي رقم 94-01 المتعلق بالمنظومة الإحصائية بأنه الحق في حماية المعلومات الفردية التي تسمح بالتعرف على الأفراد الذين تنطبق عليهم²، أو هو منع نشر أي معلومة اسمية أو إحصائية قد تسمح بالتعرف على الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين³، أو الحق في حماية المعلومات الطبية أو القضائية التي يشكل كشفها أو الاطلاع عليها مساسا بشرف المواطنين والعائلات.

كما حدد المشرع الفرنسي المعلومات والبيانات الشخصية في المادة الرابعة من رقم 17 الخاص بالمعلوماتية والحريات الصادر في 06 يناير 1978، وبأنها المعلومات الاسمية التي تسمح بشكل مباشر أو غير مباشر وتحت أي شكل، بالتعرف على الشخص محل هذه المعلومات، أو تجعله قابلا للتعرف عليه،

الحقوق ارتباطا بالشخصية وأشدّها تعلقا بالكرامة الأدمية وذلك لما يتضمنه الاعتراف به وكفالاته من حماية للعديد من الحقوق والحريات الأخرى كحماية هويته، وتفصيل حياته الأسرية وكذا كل ما يتعلق بالأسرار الطبية والمالية ومضمون التحقيقات القضائية الأولية.

كما تنبثق حماية المعلومات والبيانات الشخصية انطلاقا من الحق في الحصول على المعلومات وحرية تداولها والوصول إليها، والحق في البحث والدراسة والاستعلام والإحصاء وحرية تدفق المعلومات في إطار الحق في المعرفة، وكذا من حرية الإعلام وأخلاقيات مهنة الإعلام والعاملين في ميدان المعلومات والتوثيق والمكتبات العامة، والحق في الشفافية وما سواها من الحقوق المتصلة بالمعلومات، مما يقتضي البحث في الضمانات التي رصدتها التشريعات الدولية والداخلية للالتزام بشروط أخلاقيات المعلومات ومقتضياتها وضرورة توخي الموضوعية والمسؤولية والدقة والنوعية في نشرها واستعمالها والاطلاع عليها، واحتراما للحق في الحياة الخاصة.

فما هو مفهوم الحق في المعلومات والبيانات الشخصية؟ وما هي الضمانات التي رصدتها التشريعات لكفالاته؟ وكيف يمكن الموازنة بين التمتع بحمايته في ظل ممارسة واحترام الحقوق الأخرى؟

سنحاول الإجابة عن إشكالية البحث وفق خطة منهجية تتكون من مبحثين، نحاول في (المبحث الأول) تحديد مفهوم الحق في حماية المعلومات والبيانات الشخصية، وذلك بتوضيح تعريف الحق في المعلومات والبيانات الشخصية (المطلب الأول)، وتحديد المعلومات المعنية بالحماية (المطلب الثاني)، ثم نبين الضمانات القانونية التي تحكم جمع واستخدام المعلومات الشخصية (المطلب الأول)، أما في (المبحث الثاني) فنتناول مكانته ضمن الحقوق الأخرى، بداية بعلاقته بالحق في الحياة الخاصة (المطلب الأول)، ثم في (المطلب الثاني) علاقته بالحق في الاطلاع على المعلومات.

المطلب الثاني: مظاهر الحق في حماية المعلومات الشخصية

يتضمن الحق في المعلومات الشخصية العديد من المعلومات التي يشكل الاعتداء عليها مساسا به وقد تجلى بعضها من خلال تحديد تعريفه، وسنوضح المعلومات الشخصية التي أقر المشرع الجزائري وغيره من التشريعات الأخرى حمايتها بشكل صريح.

أولاً: المعلومات العائلية

تعد حرمة الحياة العائلية للشخص عنصرا أساسيا ومهما من عناصر الحق في الحياة الخاصة ولقد أجمع الفقه القانوني والمحاكم على تأكيد حق الإنسان في حماية أسراره العائلية، وعلّة ذلك أن حياة الإنسان العائلية تحمل بين جنباتها أسراراً تمس الأخلاق والشرف والاعتبار والعلاقات الأسرية والاجتماعية التي يحتاج الشخص لإحاطتها بالكتمان وحفظها بعيدا عن معرفة الناس.⁷

لقد اعتبر المشرع الجزائري المعلومات التي تنطوي على طابع عائلي محض من المعلومات والبيانات الشخصية التي تقتضي الحماية المطلقة وذلك بنص المادة 74 من المرسوم 67-77 المتعلق بالمحفوظات الوطنية، حيث نصت على أنه يجوز الاطلاع على المعلومات الخاصة للشخصيات العامة التي قدمت خدمة على المستوى الوطني أو المحلي خلال 06 أشهر من وفاتهم، أما إذا كانت المعلومات تنطوي على معلومات ذات طابع عائلي محض فلا يجوز الاطلاع عليها، وهو ما يبين تفريق المشرع الجزائري بين المعلومات العادية والمعلومات الشخصية، حيث جوز الاطلاع على المعلومات المتعلقة بالمصلحة العامة بعد 06 أشهر من الوفاة أما المعلومات الشخصية التي تنطوي على أمور ومعلومات عائلية محضة فلا يجوز الاطلاع عليها مطلقاً.

كما أدرج جانب من الفقه الفرنسي الحياة العائلية وكل ما يرتبط بها من بنوة وزواج وطلاق وحياة عاطفية ضمن الحق في الخصوصية، بل إن الأمور العاطفية

وحدها البعض الآخر بأنها المعلومات المتعلقة بأحد الأشخاص وذلك من حيث اسمه، ولقبه موطنه، وجنسيته، وضعه المالي والاجتماعي⁴.

واعتبر قانون المملكة المتحدة لحماية البيانات لعام 1998 المعلومات بأنها حساسة إذا كانت متعلقة بالأصل العرقي أو آرائه السياسية أو دينه، أو ما شابه ذلك من معتقدات أو الانتماء إلى النقابات العمالية أو صحته الجسدية أو العقلية أو حياته الجنسية أو جريمة مرتكبة أو أي جريمة متهم بها أو أي محاكمات على أي جريمة مرتكبة أو متهم بارتكابها، أو أنها كل ما يتعلق برسم ميوله واتجاهاته السياسية ومعتقداته الدينية وجنسيته وهويته⁵.

وذهب البعض الآخر إلى أن المعلومات والبيانات الشخصية هي كل المعلومات المتعلقة بشخص طبيعي محدد، أو يمكن تحديده من خلال الرجوع إلى رقم هويته أو واحد أو أكثر من العوامل المحددة لهويته المادية أو الفسيولوجية أو العقلية أو الاقتصادية أو الثقافية أو الاجتماعية أو تلك المتعلقة برسم ميوله واتجاهاته السياسية ومعتقداته الدينية وجنسيته وهويته⁶.

يتضح من التعاريف القانونية أن كل المعلومات أو البيانات مهما كانت طبيعتها سواء تعلقت باسم الشخص أم وضعه الاجتماعي أم رقم هاتفه أم ميوله السياسية أم الدينية... إلخ، وسمح الكشف عنها أو الاطلاع عليها بالتعرف على الشخص محل هذه المعلومات، أو جعلته قابلاً للتعرف عليه بشكل مباشر أو غير مباشر، يشكل مساساً بهذا الحق، لأن المعلومات والبيانات المجهولة لا تنتهك الحياة الخاصة باعتبار أن المجهول لا خصوصية له، ولكن المسؤولية تثور عند المساس بالمعلومات والبيانات العائدة لأفراد معينين الأمر الذي يمس حياتهم الخاصة فتكون بذلك المعلومة اسمية إذا سمحت بالتعرف على الشخص محل هذه المعلومة بشكل مباشر أو غير مباشر.

المتعلق بحماية الصحة وترقيتها¹²، حيث نصت المادة 206 مكرر 01 " يضمن احترام شرف المريض وحماية شخصيته بكرمان السر المهني الذي يلزم به كافة الأطباء وجراحي الأسنان والصيداللة"، مما يبين أن الحالة الصحية للفرد تندرج ضمن الحقوق الشخصية وتستمد حمايتها من النصوص التي تحمي السر المهني، كما تعد المعلومات الطبية من المعلومات المعنية بالحماية، وهو ما بينه المشرع الجزائري في ما يتعلق بالحياة الخاصة بعد 100 سنة ابتداء من تاريخ ميلاد الشخص بالنسبة للوثائق التي تحتوي على معلومات فردية ذات طابع طبي لا سيما الملفات التي تمس بالحياة الخاصة¹³.

ولم يقف المشرع الجزائري عند هذا الحد، بل أكد على ذلك من خلال إضفاء الحماية على الملفات الطبية التي تتضمن تفاصيل عن الحالة الصحية للفرد¹⁴، التي تتكون من الوثائق وصور الأشعة والتقارير الخاصة بالمريض والفحوصات والتحليل وكل الشهادات التي يدون فيها الطبيب ما توصل إليه من ملاحظات والعلاج المقترح للمريض ومتابعة حالته الصحية والتطورات الحاصلة ومراقبة حالته الصحية¹⁵، كما يندرج ضمن الحالة الصحية التي يشملها السر كل ما يتعلق بالفحوص التمهيدية والفحوص التكميلية وتشخيص المرض والعلاج اللازم له، وشخصية المريض الذي يداويه¹⁶.

كما يشمل السر الطبي كل المعلومات التي من شأنها الكشف عن عيوب وأمراض وحالته النفسية والعقلية وينبغي الالتزام بكرمان هذه الأسرار وعدم استخدامها إلا في الأغراض التي تم الحصول على هذه الأسرار من أجلها¹⁷، وهو ما نص عليه المشرع الفرنسي صراحة من خلال حقوق المرضى من قانون الصحة العامة الفرنسي 2002 على أن كل شخص تولى العناية به صاحب مهنة صحية أو مؤسسة أو شبكة صحية أو أي منظمة أخرى تشارك في الوقاية أو العلاجات له الحق في احترام حياته الخاصة وسرية المعلومات المتعلقة به¹⁸.

للبنات تعتبر من أدق مظاهر الحياة الخاصة ولا يجوز الكشف عنها سواء كانت حقيقة أم مجازا⁸، وقد أكدت المحكمة الدستورية المصرية العليا في قرارها المؤرخ في 18 مارس 1995، أن الحق في الزواج والحقوق المنقرعة عنه لم ينظمها الدستور لأنها مندرجة ضمن الحق في الحياة الخاصة باعتباره مكملا للحرية الشخصية⁹.

ثانيا: المعلومات القضائية

تعتبر المعلومات القضائية ضمن المعلومات الشخصية، حيث أدرجها المشرع الجزائري ضمن المعلومات المتعلقة بالحياة الخاصة للأفراد، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 10 من المنظومة الإحصائية على أنه لا يجوز الاطلاع على المعلومات المتعلقة بالقضايا المطروحة أمام القضاء وليس لها صلة بالحياة الخاصة للأفراد إلا بمرور 50 سنة من اختتام القضايا المطروحة¹⁰.

كما حددت المادة 88 التي كفلت حق الاطلاع على المعلومات المتعلقة المصادر الوثائقية للمحفوظات الوطنية ومحفوظات الجماعات المحلية¹¹، أنه لا يجوز الاطلاع على المعلومات الجنائية المفصول فيها نهائيا إلا بعد مرور 50 سنة.

يتضح من خلال النصين السابقين أن هناك فرقا بين المعلومات القضائية المتعلقة بالحياة الخاصة للأشخاص العاديين والمعلومات القضائية للشخصيات العامة، حيث لا يجوز الاطلاع على المعلومات القضائية المتعلقة بالأشخاص العاديين نهائيا، أما الشخصيات العامة فيجوز الاطلاع على المعلومات القضائية الخاصة بهم بعد مرور 50 سنة، وذلك بهدف الموازنة بين حق الأفراد في حماية خصوصيتهم ومصلحة المجتمع في تحقيق المصلحة العامة.

ثالثا: المعلومات المحية

تعتبر المعلومات المتعلقة بصحة الفرد من صميم خصوصياته التي لا يجوز الكشف عنها، وهو ما أقره المشرع الجزائري من خلال القانون رقم 90 - 17

المالية من تحديد هوية الشخص ورصيده المالي وموارد وأموال الأشخاص يفهم أن المشرع قصد حماية أسرار هذه الذمة المالية باعتبارها مظهرا من مظاهر الحياة الخاصة لهؤلاء الأشخاص.

المطلب الثالث: ضمانات حماية المعلومات والبيانات الشخصية

وقد انصبت جل القوانين المكملة للمعايير الدولية لحماية البيانات الشخصية على تعزيز إجراءات تأمين معالجة المعلومات الخاصة بالأفراد بما في ذلك حماية الأفراد من إساءة استخدام المعلومات الخاصة بهم وتزويدهم بالحق في الحصول على الملفات الخاصة بهم وكذلك حق تصحيحها وتدقيقها¹⁹، وهو ما أقره المشرع الجزائري عندما كفل للأفراد الحق في الاطلاع على المعلومات الشخصية المتعلقة بهم لتصحيحها أو تعديلها إذا تجاوزها الزمن أو كانت القوانين الخارج بها العمل تمنع أو إكمالها أو ضبطها عند عدم صحتها أو عند وجود أي التباس²⁰.

كما منع التشريع الجزائري من استخدام المعلومات الواردة في استثمارات التعديدي أو التحقيق التي تتضمن التسجيل الإحصائي لأغراض الرقابة الاقتصادية والمالية وخصوصا الجبائية أو القمع الاقتصادي، كما لا يجوز الانتفاع بها في مجال التحقيقات القضائية أو المنافسة التجارية أو لغرض الإدلاء بالشهادات²¹، ويفرض القانون على كل شخص الالتزام بأداء الشهادة لدى القضاء إذا كلف بذلك تكليفا صحيحا، ويقرر توقيع العقوبة عليه إذا تخلف عن الحضور أو امتنع بغير مبرر قانوني عن الإدلاء بشهادته، إلا أن هذا الواجب قد يتعارض مع الملزمين بكتمان السر المهني. وقد حسمت بعض التشريعات هذا التعارض بأن غلبت واجب الالتزام بكتمان السر المهني على أداء الشهادة.

وهو ما أقره القانون الفدرالي الألماني الخاص ببنوك المعلومات وحماية الحياة الخاصة للأفراد صراحة عندما منح الجهة المتضررة طلب تصحيح البيانات ولل فرد الذي اعتدى على حقوقه نتيجة الوصول إليها أو تغييرها

رابعاً: المعلومات المتعلقة بالذمة المالية

تعد المعلومات المتعلقة بالذمة المالية للشخص من المعلومات والبيانات الشخصية التي لا يجوز إفشاؤها أو المساس بها بأي شكل من الأشكال وذلك بموجب النصوص القانونية المنظمة للسر المهني في التشريع الجزائري، حيث نص القانون المتعلق بالنقد والقرض الصادر بموجب الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003 في المادة 117 منه على أنه يخضع للسر المهني تحت طائلة قانون العقوبات... كافة عمال البنوك مهما كانت درجتهم سواء كانوا مسيرين أم مستخدمين، ويشمل السر المصرفي كل المعلومات المتعلقة بالزبون أو العميل من مراسلات وحسابات ومختلف الوثائق البنكية المتعلقة بهذا الزبون أو العميل.

فلا يجوز للبنك إفشاء المعلومات المتعلقة بالذمة المالية عن العملاء كحالتهم المالية، وغيرها من تفاصيل معاملاتهم مع البنك أو أسماء الزبائن سواء كانوا أشخاصا طبيعية أم معنوية إلا بإذن من المعنيين أنفسهم أو ورثتهم أو الموصى لهم أو في حالة إدلائهم بالشهادة أمام الجهات القضائية المختصة وذلك وفقا لنص المادة 117 سالف الذكر.

كما نص القانون 157 لسنة 1981 المتعلق بالضرائب المعدل في المادة 131 من هذا القانون على ضرورة المحافظة على السرية المالية للأشخاص وكذا البيانات المقدمة من الممول، وهذا الالتزام قائم على كل من اطع على هذه البيانات من الموظفين في قطاع الضرائب حتى ولو ترك وظيفته، وتحظر المادة نفسها في فقرتها الأخيرة على غير العاملين الاطلاع على المقررات الضريبية كما تلتزم مصلحة الضرائب بعدم إعطاء أي بيانات من الملفات الضريبية تقديرا لسرية كل ما يتعلق بالذمة المالية.

وتتعد لجان الطعن الضريبي في سرية تامة كما تتعد في السرية نفسها جلسات المحاكم المتعلقة بالضرائب للحفاظ على سرية الذمة المالية لأصحابهما من خلال كل المواد. يتجلى بوضوح أن كل ما يتعلق بالذمة



المطلب الأول: علاقة الحق في حماية المعلومات الشخصية بالحق في الحياة الخاصة

يعتبر الحق في الحياة الخاصة أو الحق في الخصوصية²⁵، أحد أركان الحرية الشخصية، التي تكفل للإنسان كرامته وتضمن له إنسانيته، وذلك لجمعه بين الجانب المادي والمعنوي لشخصية الإنسان وإرتباط حمايته والتتع به بمدى كفالة آدمية الإنسان.

أولاً: تعريف الحق في الحياة الخاصة

يشكل تحديد تعريف دقيق ومفهوم واضح له أحد الإشكالات الرئيسية التي تعترض الحق في الحياة الخاصة وذلك بالنظر إلى الجدل الذي تعرض له البحث عن تعريف جامع مانع له، وبالرغم من ذلك إلا أن هذا لم يمنع بعض المحاولات الفقيهة والقضائية التي انقسمت في ذلك إلى ثلاثة معايير.

حيث عرفه معيار الوحدة بأنه الحق في أن يترك المرء وشأنه²⁶، ثم معيار المكان الذي يعرفه بأن الحياة الخاصة هي كل ما لا يعتبر من قبيل الحياة العامة²⁷، ومعيار المظاهر الذي يعرفه بأنه احترام خلوة الشخص وسكينة، والامتناع عن التصوير أو التسجيل أو التنصت على الأبواب أو عن طريق الأجهزة في الأماكن المحمية قانوناً، ومنع استغلال بعض عناصر الشخصية كالاسم أو الصورة وذلك دون رضاء أو إذن صاحبها... إلخ²⁸.

وقد أولى المشرع الجزائري للحق في الحياة الخاصة أهمية بالغة، وأضفى عليه قدسية منيعة بالنص عليه في كل الدساتير المتعاقبة²⁹، من دستور 1996 في نفس هذا السياق.

ثانياً: الحق في حماية المعلومات الشخصية مظهر من مظاهر الحياة الخاصة

تكمن علاقة الحق في حماية المعلومات الشخصية مع الحق في الحياة الخاصة في ارتكاز جانب من الفقه في تعريف الحق في الحياة الخاصة على الحق في حماية المعلومات والبيانات الشخصية، وبأن -الحق في الحياة الخاصة- هو قدرة الأفراد على التحكم في سرية بياناتهم

الحق في محوها في غير الحالات القانونية وعند الخروج عن هدفها²².

وقد نادت المؤتمرات الدولية والتشريعات الداخلية بضرورة التزام المسؤولين عن إعداد الملفات المتعلقة بالبيانات والمعلومات الشخصية بتوفير بعض الضمانات التي من شأنها توفير حماية للحق في الحياة الخاصة بداية بمبدأ تحديد الغاية الذي ينبغي بموجبه أن تكون الغاية التي أنشئت وجمعت من أجلها البيانات والمعلومات محددة ومشروعة ومعلنة قبل إنشائها حتى يمكن التحقق منها، وأن تكون لا تزال ذات صفة بالغاية المستهدفة²³، وقد ألزمت الاتفاقية الأوروبية لحماية الأفراد من المعالجة الإلكترونية للمعلومات الشخصية الدول الأعضاء بضرورة وضع تشريعات خاصة لحمايتها، وأن تحرص على أن تكون البيانات دقيقة وكاملة، وأن تحدد مدة حفظها، وعدم إفشائها أو استعمالها في غير الحالات المخصصة لذلك²⁴.

كما حددت منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية المبادئ الأساسية التي تقوم عليها الحق في المعلومات والبيانات الشخصية التي تشكل مضمون هذا الحق وجوهره، ومنها جمع البيانات الشخصية بوسائل مشروعة وعادلة، ومبدأ ألا يكشف عنها أو تستخدم لأغراض أخرى إلا بموافقة أو بسلطة القانون، وإعطائها ضمانات أمنية معقولة ضد المخاطر مثل فقدان البيانات أو الدخول غير المصرح به عليها أو تدميرها أو استخدامها أو تعديلها أو الكشف عنها.

المبحث الثاني: مكانة الحق في حماية المعلومات الشخصية ضمن الحقوق الأخرى

تقرض العديد من المعطيات البحث عن طبيعة العلاقة التي تربط الحق في حماية المعلومات الشخصية بالحقوق الأخرى، وذلك لما يتضنه من عناصر تجسد جل مظاهر الشخصية مما جعله يتداخل مع الحقوق الأخرى كالحق في الحياة الخاصة، وكذلك بالنظر إلى التهديدات التي فرضها الاعتراف ببعض الحقوق الأخرى كالحق في الاطلاع.

موضوع حماية المعلومات والبيانات الشخصية باعتبارها أحد الشروط الأساسية التي تحكم أخلاقيات المعلومات وتحدد نطاق ومضمون التمتع به.

أولاً: تعريف الحق في الاطلاع على المعلومات

يعرف بأنه قدرة الأفراد على الحصول على المعلومات والبيانات من المؤسسات الحكومية والاطلاع على السجلات ذات الصلة، وتشمل كلمة الأفراد المواطنين والمقيمين، كما تسمح بعض الدول لأي فرد في العالم بالحصول على المعلومات دون أن يعد سببا للحصول عليها³⁶.

وترد ممارسة الحق في الاطلاع على المعلومات الجديرة بالكشف من طرف الهيئات المتمثلة في المعلومات المؤسسية، المعلومات التنظيمية، المعلومات التشغيلية، القرارات والتصرفات ومعلومات عن الخدمات العامة، معلومات متعلقة بالميزانية، معلومات عن الاجتماعات المفتوحة، معلومات متعلقة باتخاذ القرار والمشاركة العامة، وأن يكون القيد في حدود الاستثناءات التي يحددها القانون³⁷.

كما يمكن الاطلاع ونشر وكشف المعلومات المتعلقة بالسيرة الذاتية لأصحاب المناصب العامة في الدولة حتى يستطيع من خلالها الجمهور تقييم مدى صلاحية الشخص وكفاءته، كنشر صورته وتاريخ حياته وأفكاره السياسية ورصيدهم المالي... إلخ، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري من خلال المادة 04 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته³⁸، حيث أُلزم بعض أصحاب المهن العامة كرئيس الجمهورية وأعضاء البرلمان ورئيس المجلس الدستوري وأعضاءه والولاة والقضاة... إلخ بضرورة التصريح بممتلكاتهم قصد ضمان الشفافية وحماية الممتلكات العامة، ويتضمن جرد الأموال العقارية والمنقولة وتحديد الذمة المالية من حيث أصولها وفروعها بالنسبة للمعني وأبنائه القصر في الجزائر أو في الخارج.

كما جوز الاطلاع على المعلومات الشخصية للشخصيات العامة التي قامت بدور هام في الحياة

ومعلوماتهم الشخصية، والتحكم في من يمكنه الوصول إلى هذه المعلومات سواء كانوا أفرادا آخرين أم حكومات أم حواسيب³⁰ مما يبين أن الحق في حماية المعلومات أو البيانات الشخصية يندرج ضمن دراسات حقوق الإنسان لاعتباره ينصب على حماية الحق في الحياة الخاصة.

وهو ما أكده المشرع الفرنسي، حيث أسند الحماية القانونية للحق في المعلومات والبيانات الشخصية إلى المادة 09 من القانون المدني الفرنسي التي تعترف بالحق في الحياة الخاصة³¹، واعتبر القانون الأمريكي الكشف عن المعلومات والوقائع الإحصائية لمرض مخز أو عجز عن سداد دين مساسا بالحياة الخاصة للأفراد³².

يعتبر الحق في حماية المعلومات والبيانات الشخصية من المظاهر الأساسية التي يتكون منها الحق في الحياة الخاصة، وذلك لما تتضمنه من حالات ووقائع تعد من أخص أسرار الفرد، وأدق تفاصيل حياته مما يشكل سندا قانونيا يرتكز عليه الشخص للجوء إلى القضاء عند المساس بمعلوماته الشخصية، وذلك لأن القيمة التي تكفلها حماية المعلومات والبيانات الشخصية والحق في الحياة الخاصة هي جوهر وصميم الشخصية.

وقد جسد القضاء الفرنسي هذا المعني من خلال قضية أوديفر " Odléver " التي تمحورت حول الحصول على المعلومات عن الأم الطبيعية، واعتبرت المحكمة أن ما حدث تدخل في الحق في الحياة الخاصة المكفول بالمادة الأوروبية الثامنة من حقوق الإنسان³³، ورأت أن رفض السلطات الفرنسية تقديم المعلومات يمثل توازنا مناسباً بين مصالح المدعي ومصالح والدته التي كانت تسعى صراحة للحفاظ على سرية هويتها³⁴.

المطلب الثاني: علاقة الحق في حماية المعلومات الشخصية بالحق في الاطلاع على المعلومات

يعتبر التكريس القانوني للحق في الاطلاع على المعلومات³⁵ أحد المنطلقات الرئيسية التي ينطلق منها



2/ الاعتراف الداخلي بالدقة في الاطلاع على المعلومات:

أما المشرع الجزائري فقد اعترف بالحق في الاطلاع استجابة لحاجات المواطن في مجال الإعلام والمعرفة العلمية والتقنية⁴⁵، وبهدف تسهيل المعرفة للتراث التاريخي والوثائقي المحلي وتطوير المعارف التاريخية والثقافية، وهو ما نص عليه قانون الأرشيف الوطني في نص المادة 10 الفقرة الأولى " يتم فتح الأرشيف العمومي للاطلاع بحرية ومجانا بعد 25 سنة من إنتاجه، وأكدته في المادة 11 يتم الاطلاع على الأرشيف العمومي الذي يكون بطبيعته في متناول العامة دون أجل محدد.

ومنح الحق في الاطلاع على المعلومات الواردة في الفهارس أو المدونات الإحصائية وتدقيقها⁴⁶ واعترفت المادة 02 من المنظومة الإحصائية بحق الاطلاع بالنسبة للوقائع الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. كما نص على أن من بين المهام الرئيسية لإنشاء مركز المحفوظات الوطنية هو تبليغ المعلومات للجمهور عن طريق قسم خاص بالدراسات والنشر وإعداد التقارير السنوية والدراسات والجدول والجرد والمعارض والمؤتمرات⁴⁷.

كما سخر الوسائل التي تتيح التكريس الفعلي له، سواء عن طريق نشر أم بث الوقائع والأحداث، أم الرسائل أم الأفكار أم أي وسيلة مكتوبة أو مسموعة أو متلفزة أو إلكترونية⁴⁸، أو عن طريق تنظيم الملتقيات الدراسية والزيارات والمعارض والمحاضرات، أو بإصدار المجلات الدورية والدراسات الوافية الوثائق وكل مصادر البحث⁴⁹، مما يبين حرص المشرع الجزائري لتكريس الحق في الاطلاع على المعلومات.

ثانيا: الحق في حماية المعلومات الشخصية استثناء على الحق في الاطلاع

بالرغم من الأهمية التي يتمتع بها الحق في الاطلاع على المعلومات إلا أن ذلك لم يمنع بعض القيود التي توازن بين حق الشخص في التمتع بخصوصية وحق

الوطنية أو المحلية خلال 06 أشهر من وفاتهم إذا كانت المعلومات لا تتطوي على طابع عائلي محض³⁹.

1/ الاعتراف الدولي بالدقة في الاطلاع على المعلومات:

اعترفت التشريعات الدولية بالحق في الاطلاع على المعلومات أو الحق في حرية تداول المعلومات، أو الحق في الولوج إلى المعلومة⁴⁰، واعتبرته من الحقوق الأساسية التي تعزز إمكانية تحقيق حقوق الإنسان الأخرى وآلية هامة وعملية لدعم وتعزيز حماية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية من جانب، وكمكون أساسي ولازم للتمتع بالحقوق المدنية والسياسية⁴¹، ويمنع المزيد من الانتهاكات للحقوق الأخرى في مجال الرقابة والمحاسبة الموضوعية والمنظمة، حيث لا يمكن للفرد ممارسة حقوقه والمطالبة بها إذا كان يجهلها، وهو ما يوفره الحق في الحصول على المعلومات من المعرفة الكافية التي تسمح بممارستها والمطالبة بها.

وهو ما اعتبرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها 59 في جلستها الأولى سنة 1946 حجر الزاوية لجميع الحريات الذي تتوقف على ممارسته جل الحقوق الأخرى، وبينت أهميته ودوره في تعزيز المشاركة العامة ومحاربة الفساد في المادة 13 من اتفاقية مكافحة الفساد 31 أكتوبر 2003، ونظمتها المادة 19 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية باعتباره من الحقوق التي تكفل ممارسة حرية التعبير والإعلام⁴².

كما بين الميثاق العربي لحقوق الإنسان في المادة 32 المبادئ التي يقوم عليها كاستقاء الأنباء والأخبار والإحصائيات والأفكار من مصادرها المختلفة، وحدد القيود الواجب مراعاتها عند ممارسته، المتمثلة في احترام حقوق الآخرين أو سمعتهم أو حماية الأمن الوطني أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة⁴³، ونصت المادة 09 من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب على أن من حق كل فرد أن يحصل على المعلومات، وأن يعبر عن أفكاره وينشرها في إطار القوانين واللوائح⁴⁴.

وفي قضية ليندر ضد السويد، حيث قامت السلطات السويدية من فصله من عمله بناء على المعلومات الشخصية المحفوظة في سجل سري لدى الشرطة، وقدم ليندر التماسا باعتبار هذا الفصل تم بالاعتداء على حياته الخاصة، واعتبرت المحكمة التدخل أمرا ضروريا بغية حماية الأمن الوطني لدولة السويد، إلا أنه تبين في نهاية المطاف أن الفصل كان بسبب معتقداته السياسية وتم الاعتذار له ومنح تعويضا من قبل الحكومة السويدية⁵¹.

ومنه فالحق في حماية المعلومات والبيانات الشخصية من القيود والاستثناءات الرئيسية التي يجب المحافظة عليها واحترامها عند ممارسة الحق في الاطلاع على المعلومات، فهو من الركائز التي توضح نطاقه وحدود ممارسته.

الثامنة:

يعتبر موضوع حماية المعلومات والبيانات الشخصية من أهم حقوق الإنسان الذي يكفل إقرارها والمحافظة عليها أهم الضمانات لحماية شخصية الإنسان وصيانة كرامته باعتبارها تجسد جل مظاهر شخصية الإنسان، ولم تطرح إشكالية حمايتها بصفقتها حقا مستقلا من حقوق الإنسان إلا من خلال المخاطر التي أفرزها التكريس القانوني للعديد من للحق في الاطلاع على المعلومات، والمناداة بحماية خصوصيات الأفراد في ظل التطورات التكنولوجية والتقدم العلمي.

أمام هذه المعطيات كان من الضروري التساؤل حول مصير معلومات الأفراد التي تتضمن كيانهم المادي والمعنوي وتحكم مصير هويتهم وخصوصيتهم وأسرارهم وتعكس شخصيتهم، التي لا يمكن للإنسان أن يشعر بإنسانيته دون المحافظة عليها، بل فرض ضرورة البحث في المنظومة القانونية عن الوسائل القانونية التي تمنع المساس بهذه المعلومات بأي شكل من الأشكال.

ونظرا لأهميتهما ومكانتها ضمن شخصية الإنسان فقد ذهبت العديد من النصوص القانونية والتطبيقات القضائية إلى أن السند القانوني لحمايتها ارتكز على

الدولة في تحقيق الصالح العام، ويشكل الحق في الحياة الخاصة أحد القيود الرئيسية التي تحكم وتقيّد ممارسة الحق في الاطلاع، حيث نصت المادة 19 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية قيد ممارسته بعدة قيود، منها حماية النظام العام، واحترام حقوق الآخرين، وسمعتهم.

يتجلى من خلال النصوص القانونية أن تكريس الحق في الحصول على المعلومات أو حرية تداول المعلومات يشكل أحد الاعترافات بالحق في حماية المعلومات والبيانات الشخصية بشكل غير مباشر باعتبار الاعتداء يرد على المعلومات من جهة، ويؤكد الطرح السابق حول ارتباط الحق في الحياة الخاصة بالمعلومات والبيانات الشخصية من جهة أخرى، باعتبار أن هذا الأخير ارتبط في جل النصوص القانونية الذي كرسه بالاعتراف به كأحد أهم القيود الرئيسية لممارسة الحق في الحصول على المعلومات.

وقد أكد القضاء هذا في العديد من القضايا ومن ذلك في العديد من الحكم الذي توصلت إليه القضاء الإيطالي عندما اعتبر أن الحق في الحياة الخاصة يعد من أخطر القيود على ممارسة الحق في الاطلاع على المعلومات وذلك من خلال قضية "غويرا" التي رفع مقدمو الالتماس الذين عاشوا بالقرب من مصنع للمواد الكيماوية عالي الخطورة شكوى ضد السلطات المحلية في إيطاليا، وبأنها أخفقت بتزويدهم بالمعلومات المتعلقة بمخاطر التلوث وكيفية المضي قدما في حال وقوع حادث خطير جدا، وأن المشكلات البيئية الخطيرة قد تؤثر على مصالح الأفراد وتمنعهم من التمتع بمنزلهم وهكذا يعتبر الأمر تدخلا في حقهم في حياتهم الخاصة والعائلية، ونتيجة لذلك تقيدت الحكومة بالتزام إيجابي لتزويد مقدمي الالتماس بالمعلومات الضرورية لتقييم مخاطر العيش في بلدة قريبة من مصنع للمواد الكيماوية شديد الخطورة، إذ إن الإخفاق في تزويدهم بالمعلومات يعد خرقا للحقوق الواردة في المادة الثامنة⁵⁰.

الهوامش

1. سوزان عدنان، حماية الحياة الخاصة في مواجهة الانترنت، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29، العدد الثالث، 2013، ص 433.

2. تنص المادة 25 من المرسوم التشريعي رقم 94-01 المؤرخ في 15 يناير 1994 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 03 المؤرخة في 16 يناير 1994 المتعلق بالمنظومة الإحصائية على أن "المعلومات الفردية التي يتحصل عليها أجهزة المنظومة الإحصائية بواسطة تطبيق هذا المرسوم التشريعي وتسمح بالتعرف على الأفراد الذين تنطبق عليهم، لا سيما المعلومات الواردة في إستمارة التعداد أو التحقيقات التي تتضمن التسجيل الإحصائي...".

3. تنص المادة 35 من المرسوم التشريعي رقم 94-01 المتعلق بالمنظومة الإحصائية "يمنع نشر أي معلومة إسمية أو إحصائية قد تسمح بالتعرف على الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين...".

4. رضاع فتيحة، الحماية الجنائية للمعلومات على شبكة الانترنت مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012، ص 30.

5. Sami FEDAOUI, La protection des donnéespersonnelles face aux nouvelles exigences de sécurité, Master II Recherche, Mention droit public approfondi, spécialitéSystèmesjuridiques et protection des droits, Faculté de droit, des sciences économiques et de gestion. Année académique 2007,2008. P 17.

أنظر كذلك: د. فاروق محمد أحمد الإباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت "دراسة تطبيقية لعقود التجارة الإلكترونية الدولية"، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص 151.

6. Sami FEDAOUI,op-cit, P 17.

7. أسامة بن غانم العبيدي، حماية الحق في الحياة الخاصة في مواجهة جرائم الحاسب الآلي والانترنت، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد 23 العدد 46، ص 63.

علاقتها بالحق في الحياة الخاصة، وذلك باعتبارها مظهرا من مظاهره، وأن جل العناصر التي تتضمنها المعلومات تقع تحت مظلة الحق في الحياة الخاصة، وأن الاعتداء عليها يتحقق بالكشف عن أي مظهر من مظاهره سواء عن طريق اسمه أم رقم هاتفه أم وضعه الاجتماعي أم اتجاهه السياسي أم معتقده الديني أم حتى ميولاته الجنسية... يسمح بمعرفة الشخص المتعلقة به أو يجعله قابلا للتعريف بصفة حقيقية، أما إذا وردت في شكل مبهم فلا يتحقق الاعتداء.

كما شكل التكريس القانوني للحق في الاطلاع على المعلومات وإبراز أهميته كأحد الحقوق التي تشكل حجر الزاوية للعديد من الحقوق الأخرى، أهمية بالغة في تحديد الحماية القانونية للمعلومات والبيانات الشخصية حيث ارتبط الاعتراف به بمدى حمايتها، باعتبارها أحد الاستثناءات والقيود الرئيسية التي تعيق ممارسته، إلا أن إقرارها كان باعتبارها مظهرا من مظاهر الحق في الحياة الخاصة.

كما يفرض الاعتراف بالحق في المعلومات الشخصية ضرورة التفريق بين المعلومات الشخصية المتعلقة بالشخصيات العادية والمعلومات الشخصية المتعلقة بالشخصيات العامة التي تقتضي المصلحة الكشف عنها في بعض الحالات، وذلك بهدف الموازنة بين حق الفرد في حماية معلوماته الشخصية وحق الجماعة في تحقيق المصلحة العامة.

يتجلى من خلال البحث أن الاعتراف بالمعلومات والبيانات الشخصية أصبح من الأولويات الأساسية التي يجب الاهتمام بها على النطاق الدولي والداخلي باعتبارها حقا قانونيا مستقلا بذاته له نطاقه ومظاهره وإجراءات حمايته، وليس بصفته مظهرا من مظاهر الحق في الحياة الخاصة، لأن ذلك يضيء تداخلا بين الحقوق وي طرح إشكالات في نطاقها.

18. فواز صالح، تأثير التقدم العلمي في مجال الطب الحيوي على حقوق المرضى دراسة قانونية مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25 العدد 02، 2009، ص 499.

19. ميت هولم، الإنفتاح والولوج إلى المعرفة دليلك إلى الشأن العام، المعهد الدنماركي لحقوق الإنسان، 2008، ص 27.
20. تنص المادة 43 في فقرتها الأولى من المرسوم التشريعي 94 - 01 المتعلق بالمنظومة الإحصائية على أنه " يمكن لأي شخص أن يطلب تصحيح المعلومات التي تهمه، الواردة في الفهارس أو المدونات الإحصائية أو إكمالها أو ضبطها عندما يقدم الشخص المذكور الدليل على أن البيانات التي وردت فيها غير صحيحة أو غير كاملة أو فيها التباس أو تجاوزا الزمن أو كانت القوانين الجاري بها العمل تمنع جمعها أو استعمالها أو تبليغها أو المحافظة عليها...".

21. وهو ما نصت عليه المادة 25 من المرسوم التشريعي رقم 94 - 01 المتعلق بالمنظومة الإحصائية، أنظر: أ. بوكحيل بوجمة، الدليل العملي لحقوق المواطن اتجاه الإدارة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، (بدون تاريخ النشر) ص 16.

22. Gilles Libreton, Libertés publiques et droits de L'homme, 5^e édition, Armand colin, Paris, 2001, p 300.

23. Sami fedaoui, op-cit, P19, 20.

24. د. علي أحمد الزغبى، حق الخصوصية في القانون الجنائي " دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب طرابلس، 2006، ص 45.

25. بن حيدة محمد، الاستقلال القانوني للحق في الحياة الخاصة، مجلة الجنان لحقوق الإنسان، جامعة الجنان، طرابلس، العدد السابع (07)، ديسمبر 2014، ص 76، 77.

26. معيار الوحدة ويعرف بالمعيار الإيجابي ويجمع بين كل المفاهيم التي تركز على الوحدة كالعزلة والالفة والسكينة، د محمد أمين فلاح الخرشنة، جرائم الاعتداء على الحق في الحياة الخاصة في قانون العقوبات الأردني، مجلة الحقوق، المجلد الثامن، ص 379، 380.

27. معيار المكان ويعرف بالإتجاه السلبي لصعوبة التوصل إلى تعريف إيجابي، والذي يعتمد في تعريفه على أساس التمييز

8. د. عصام أحمد البهجي، حماية الحق في الحياة الخاصة في ضوء حقوق الإنسان والمسؤولية المدنية "دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، (بدون تاريخ النشر)، ص 251.

9. المرجع نفسه، ص 251.

10. القانون رقم 88-09 المؤرخ في 26 يناير 1988 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 04 المؤرخة في 27 يناير 1988 المتعلق بالأرشيف الوطني.

11. تنص المادة 88 من المرسوم رقم 67-77 المؤرخ في 20 مارس 1977 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 27 المؤرخة في 03 أبريل 1977 المتعلق بالمحفوظات الوطنية. "أ- يجوز الإطلاع بكل حرية على المصادر الوثائقية لدى المحفوظات الوطنية ومحفوظات الجماعات المحلية بعد خمس وعشرون سنة، باستثناء القضايا الجنائية التي تصبح أسوة بتلك بعد خمسين سنة من الفصل في الدعوى...".

12. القانون رقم 90 - 17 المؤرخ في 31 جويلية 1990، المنشور في الجريدة الرسمية المؤرخة في 15 أوت 1990 العدد 35، السنة 37، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.

13. الفقرة 03 من المادة 10 القانون رقم 88-09 المتعلق بالأرشيف الوطني.

14. تنص الفقرة الثانية من المادة 206 مكرر 02 من القانون المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، نفس القانون السابق " .. كما ينطبق السر المهني على حماية الملفات الطبية ما عدا إصدار أمر قضائي بالتفتيش ".

15. بومدان عبد القادر، المسؤولية الجزائرية للطبيب عن إفشاء السر المهني، رسالة ماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2010، 2011، ص 65.

16. د. راييس محمد، مسؤولية الاطباء المدنية عن إفشاء السر المهني في ضوء القانون الجزائري، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، العدد الأول، 2009، ص 252.

17. عارف علي عارف، إفشاء السر في الفقه الإسلامي "السر الطبي نموذجاً"، مجلة الإسلام في آسيا، الجامعة الإسلامية العالمية، ماليزيا، المجلد 07، العدد، 02، ديسمبر 2010، ص 04.



العائلية ومسكنه ومراسلاته، لا يجوز للسلطة العامة أن تعترض لممارسة هذا الحق إلا إذا نص القانون على هذا التعرض، وكان مما يعتبر في المجتمع الديمقراطي إجراء ضرورياً لسلامة الدولة أو الأمين العام أو رضاء البلاد الاقتصادي أو حفظ النظام أو منع الجريمة أو حماية الصحة والأخلاق، أو حماية حقوق الآخرين وحررياتهم"، الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وحررياتهم الأساسية، المعتمدة من طرف مجلس أوروبا بتاريخ 04 نوفمبر 1950 بروما، المعدلة وفق البروتوكول رقم 11 من مجموعة المعاهدات الأوروبية، دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 30 أيلول 1953 أنظر: ديفيد ويسبروت، جون فيتزباتريك وآخرون، مختارات من أدوات حقوق الإنسان الدولية وبيولوجرافيا للبحث في القانون الدولي لحقوق الإنسان، ترجمة: فؤاد سروجي، مراجعة وتدقيق: عماد عمر الطبعة الأولى، الأملية للنشر والتوزيع، الأردن، 2007، ص 429.

34. توبي مندل وآخرون، دراسة استقصائية عالمية حول خصوصية الإنترنت وحرية التعبير، منشورات اليونيسكو، منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة، 2012، ص 62.

35. لقد وردت عدة تسميات للحق في الحصول على المعلومات حيث يطلق عليه: الحق في الإطلاع على المعلومات أو الحق في الحصول على المعلومات، أو الحق في حرية تداول المعلومات، أو الحق في الولوج إلى المعلومة أو الحق في المعرفة.

36. أحمد درويش وآخرون، حرية تداول المعلومات في مصر، تقديم إسماعيل سراج الدين، مكتبة الإسكندرية، مصر، 2009، ص 72.

37. آليات إتاحة وتداول المعلومات "دراسة مقارنة"، برنامج الشفافية والمسائلة، مركز دعم تنمية المعلومات، 2013، ص 7.

38. القانون رقم 01-06 المؤرخ في 20 فبراير 2006، المنشور في الجريدة الرسمية العدد 14، المؤرخة في 08 مارس 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد وكافحته.

39. تنص المادة 74 من المرسوم 67-77 المتعلق بالمحفوظات الوطنية

40. ميت هولم، المرجع السابق، ص 01.

بين الحياة الخاصة والحياة العامة، أي بين الحياة العلنية والحياة غير العلنية، وأن طابع السرية هو الذي يضيء ويميز الحياة الخاصة على الحياة العامة التي يعيشها الفرد على مشهد من المجتمع، أنظر:

Alice GRBONVAL, La protection de la vie privée du salaire, DEA de droit privé Université de lille, Faculté des sciences juridiques - politique et sociales, Année universitaire 2001/2002, p13.

28. ومعيار المظهر أو الاتجاه التعدادي والذي ركز على مضمونه بتعداد الأمور التي تندرج ضمنه أو أشكال الاعتداء عليه، انظر: د. عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 60.

29. نص دستور 1963 في المادة 14 أنه "لا يجوز الاعتداء على حرمة المسكن، ويضمن حفظ سر المراسلة لجميع المواطنين" ثم جاء دستور 1976 ليعترف بذلك صراحة من خلال المادة 49 "لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة ولا شرفه، والقانون يصونهما سرية المراسلات والمواصلات الخاصة بكل أشكالها مضمونة".

30. أ. محمد الطامر، الحريات الرقمية " المفاهيم الأساسية"، الطبعة الأولى، مؤسسة حرية الفكر والتعبير، القاهرة، 2013، ص 06.

31. L'article 09 du code civile la loi du 17 juillet 1970 "Chacun a droit au respect de sa vie privée les juges peuvent sans préjudice de la réparation du dommage subi prescrire toutes mesures telles que séquestre saisie et autres propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée: ces mesures peuvent s'ilya urgence être ordonnées en référé".

32. ممدوح خليل بحر، الحماية الجنائية للحق في الحياة الخاصة "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1983، ص 259.

33. تنص المادة الثامنة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان "تنص المادة 08 من الاتفاقية لأوروبية لحقوق الإنسان 1950 " لكل شخص الحق في أن تحترم حياته الخاصة وحياته

"أ". الأمر رقم: 71-36 المؤرخ في 03 يونيو 1971، المنشور في الجريدة الرسمية رقم: 49 المؤرخة في 18 يونيو 1971 المتضمن إحداهن مؤسسة للوثائق الوطنية.

48. تنص المادة 03 من القانون العضوي رقم 12-05 المتعلق بالإعلام" يقصد بأنشطة الإعلام، في مفهوم هذا القانون العضوي، كل نشر أو بث لوقائع أو رسائل أو آراء أو أفكار أو معارف، عبر أي وسيلة مكتوبة أو مسموعة أو متلفزة أو إلكترونية، وتكون موجهة للجمهور أو فئة منه".

49. تنص المادة الرابعة الفقرة الثامنة من المرسوم رقم 87-11 المؤرخ في 06 يناير 1987 المنشور في الجريدة الرسمية رقم 02 المؤرخة في 07 يناير 1987 المتضمن إنشاء مركز للمحفوظات الوطنية" تتمثل مهمة المركز في المحافظة على التراث الوثائقي الوطني وإستغلاله وتبليغه للجمهور...8- يصدر مجلة دورية، ودراسا وافية، ومجموعات ووثائق ومصادر بحث....".

50. الأعمال الإلكترونية وأمن المعلومات، الجمهورية اليمنية، المركز الوطني للمعلومات، مارس 2005، ص 23.

51. توبي مندل وآخرون، المرجع السابق، ص 22.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

1- النصوص القانونية:

أ. الصكوك الدولية:

• الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وحرّياتها الأساسية، المعتمدة من طرف مجلس أوروبا بتاريخ 04 نوفمبر 1950 بروما، المعدلة وفق البروتوكول رقم 11 من مجموعة المعاهدات الأوروبية، دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 30 أيلول 1953.

• الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المعتمد من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 10 كانون الأول 1948 المنشور في الجريدة الرسمية رقم 64، المؤرخة بتاريخ 10 كانون الأول 1963، المعتمد من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 16 كانون الأول 1966، انضمت إليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 16 أيار/مايو 1989 المنشور في

41. محمد فوزي الخضر، القضاء والإعلام حرية التعبير بين النظرية والتطبيق" دراسة مقارنة"، المركز الفلسطيني للتنمية والحريات الإعلامية (مدى)، رام الله، فلسطين، 2012، ص 34. أحمد عزت، حرية تداول المعلومات (دراسة قانونية)، الطبعة الثانية، مؤسسة حرية الفكر والتعبير، القاهرة، 2013، ص 07.

42. كما عزز الإعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة 1948 في المادة 19" أن لكل شخص حق التمتع بحرية الرأي والتعبير ويشمل هذا الحق التماس المعلومات والأفكار وتلقيها وإذاعتها الآخرين بأية وسيلة ودونما اعتبار للحدود" المعتمد من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 10 كانون الأول 1948 المنشور في الجريدة الرسمية رقم 64، المؤرخة بتاريخ 10 كانون الأول 1963، المعتمد من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 16 كانون الأول 1966، انضمت إليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 16 أيار/مايو 1989 المنشور في الجريدة الرسمية عدد 20 المؤرخة بتاريخ 17 أيار/مايو 1989، السنة 26.

43. تنص المادة 32 من الميثاق العربي لحقوق الإنسان.... أعتد من طرف القمة العربية السادسة عشر، بتاريخ 23 مايو 2004 بتونس.

44. المادة 09 من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان... أعتد بموجب القرار 115، الصادر عن منظمة الوحدة الإفريقية بتاريخ 18 يونيو 1981 بنairobi، كينيا.

45. تنص المادة 05 من القانون العضوي رقم 12-05 المؤرخ في 12 يناير 2012، المنشور في الجريدة الرسمية العدد 02، المؤرخة في 15 يناير 2012، المتعلق بالإعلام " تساهم ممارسة أنشطة الإعلام على الخصوص فيما يأتي:- الإستجابة لحجات المواطن في مجال الإعلام والثقافة والتربية والترفيه والمعارف العلمية والتقنية....".

46. تنص المادة 43 من المرسوم التشريعي رقم 94 - 01 المتعلق بالمنظومة الإحصائية في فقرتها الثانية "...ولهذا الغرض يمكن لأي شخص مستجوب أن يطلع على المعلومات التي تهمه وتكون قد جمعت أثناء التحقيقات الإحصائية وأن يدققها...".

47. تنص المادة 05 الفقرة أ من المرسوم رقم 87-11 مؤرخ في 06 يناير 1987 كما أنشأ المرسوم 71-36 في المادة 05 الفقرة

• أحمد درويش وآخرون، حرية تداول المعلومات في مصر، تقديم إسماعيل سراج الدين، مكتبة الإسكندرية، مصر، 2009.

• أحمد عزت، حرية تداول المعلومات (دراسة قانونية)، الطبعة الثانية، مؤسسة حرية الفكر والتعبير، القاهرة، 2013.

• توبي مندل وآخرون، دراسة استقصائية عالمية حول خصوصية الإنترنت وحرية التعبير، منشورات اليونيسكو، منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة، 2012.

• ديفيد ويسبروت وجون فيتزباتريك، مختارات من أدوات حقوق الإنسان الدولية وبلوغرافيا للبحث في القانون الدولي لحقوق الإنسان، ترجمة: فؤاد سروجي، مراجعة وتدقيق: عماد عمر الطبعة الأولى، الأملية للنشر والتوزيع، الأردن، 2007.

• د. فاروق محمد أحمد الإباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت "دراسة تطبيقية لعقود التجارة الإلكترونية الدولية"، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002.

• د. عصام أحمد البهجي، حماية الحق في الحياة الخاصة في ضوء حقوق الإنسان والمسؤولية المدنية "دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، (بدون تاريخ النشر).

• بوكحيل بوجمعة، الدليل العملي لحقوق المواطن اتجاه الإدارة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، (بدون تاريخ النشر).

• د. علي أحمد الزغبى، حق الخصوصية في القانون الجنائي "دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب طرابلس، 2006.

• محمد الطامر، الحريات الرقمية " المفاهيم الأساسية"، الطبعة الأولى، مؤسسة حرية الفكر والتعبير، القاهرة، 2013.

• ميت هولم، الإنفتاح والولوج إلى المعرفة دليلك إلى الشأن العام، المهد الدنماركي لحقوق الإنسان، 2008.

• محمد فوزي الخضر، القضاء والإعلام حرية التعبير بين النظرية والتطبيق "دراسة مقارنة"، المركز الفلسطيني للتنمية والحريات الإعلامية (مدى)، رام الله، فلسطين، 2012.

• آليات إتاحة وتداول المعلومات "دراسة مقارنة"، برنامج الشفافية والمسائلة، مركز دعم تنمية المعلومات، 2013.

• الأعمال الإلكترونية وأمن المعلومات، الجمهورية اليمنية، المركز الوطني للمعلومات، مارس 2005.

الجريدة الرسمية عدد 20 المؤرخة بتاريخ 17 أيار/مايو 1989، السنة 26.

• الميثاق العربي لحقوق الإنسان أعتمد من طرف القمة العربية السادسة عشر، بتاريخ 23 مايو 2004 بتونس.

• الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان أعتمد بموجب القرار 115، الصادر عن منظمة الوحدة الإفريقية بتاريخ 18 يونيو 1981 بنيروبي، كينيا.

ب/ النصوص الداخلية:

• الأمر رقم 36-71 المؤرخ في 03 يونيو 1971، المنشور في الجريدة الرسمية رقم: 49 المؤرخة في 18 يونيو 1971 المتضمن إحداث مؤسسة للوثائق الوطنية.

• المرسوم رقم 67-77 المؤرخ في 20 مارس 1977 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 27 المؤرخة في 03 أبريل 1977 المتعلق بالمحفوظات الوطنية.

• المرسوم رقم 87-11 المؤرخ في 06 يناير 1987 المنشور في الجريدة الرسمية رقم 02 المؤرخة في 07 يناير 1987 المتضمن إنشاء مركز للمحفوظات الوطنية.

• القانون رقم 88-09 المؤرخ في 26 يناير 1988 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 04 المؤرخة في 27 يناير 1988 المتعلق بالأرشيف الوطني.

• القانون رقم 90 - 17 المؤرخ في 31 جويلية 1990، المنشور في الجريدة الرسمية المؤرخة في 15 أوت 1990 العدد 35، السنة 37، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.

• المرسوم التشريعي رقم 94-01 المؤرخ في 15 يناير 1994 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 03 المؤرخة في 16 يناير 1994 المتعلق بالمنظومة الإحصائية.

• القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006، المنشور في الجريدة الرسمية العدد 14، المؤرخة في 08 مارس 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد وكافحته.

• القانون العضوي رقم 12-05 المؤرخ في 12 يناير 2012، المنشور في الجريدة الرسمية العدد 02، المؤرخة في 15 يناير 2012، المتعلق بالإعلام.

-2- الكتب:

• د. محمد أمين فلاح الخرشة، جرائم الاعتداء على الحق في الحياة الخاصة في قانون العقوبات الأردني، مجلة الحقوق، المجلد الثامن.

ثانياً: باللغة الفرنسية

• Alice GRBONVAL, La protection de la vie privée du salaire, DEA de droit privé Université de lille, Faculté des sciences juridiques - politique et sociales, Année universitaire 2001/2002.

• Gilles Libreton, Libertés publiques et droits de L'homme, 5 édition, Armand colin, Paris, 2001.

• Sami FEDAOUI, La protection des données personnelles face aux nouvelles exigences de sécurité, Master II Recherche, Mention droit public approfondi, spécialité Systèmes juridiques et protection des droits, Faculté de droit, des sciences économiques et de gestion. Année académique 2007,2008 .

3- الرسائل الجامعية:

أرسائل الدكتوراه:

• ممدوح خليل بحر، الحماية الجنائية للحق في الحياة الخاصة " دراسة مقارنة "، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1983.

• ب.مذكرات الماجستير:

• بومدان عبد القادر، المسؤولية الجزائية للطبيب عن إفشاء السر المهني، رسالة ماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2010، 2011.

• رصاع فتيحة، الحماية الجنائية للمعلومات على شبكة الانترنت مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012، ص 30.

د. المقالات العلمية:

• أسامة بن غانم العبيدي، حماية الحق في الحياة الخاصة في مواجهة جرائم الحاسب الآلي والإنترنت، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد 23 العدد 46.

• بن حيدة محمد، الاستقلال القانوني للحق في الحياة الخاصة، مجلة الجنان لحقوق الإنسان، جامعة الجنان، طرابلس، العدد السابع، ديسمبر 2014.

• سوزان عدنان، حماية الحياة الخاصة في مواجهة الانترنت، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29، العدد الثالث، 2013.

• د. ريس محمد، مسؤولية الاطباء المدنية عن إفشاء السر المهني في ضوء القانون الجزائري، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، العدد الأول، 2009.

• عارف علي عارف، إفشاء السر في الفقه الإسلامي " السر الطبي نموذجاً"، مجلة الإسلام في آسيا، الجامعة الإسلامية العالمية، ماليزيا، المجلد 07، العدد، 02، ديسمبر 2010.

• فواز صالح، تأثير التقدم العلمي في مجال الطب الحيوي على حقوق المرضى دراسة قانونية مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25 العدد 02، 2009.

بطلان إجراءات الضبطية القضائية

بصحة الأستاذة: بوسلعة ثورية
. ماجستير في القانون الجنائي- بن عكنون- في صدد إعداد شهادة دكتوراه.

الشكلية والموضوعية المتعلقة به يجعله محمياً بعيداً من أي دفع بالبطلان.

المطلب الأول: المذاهب النظرية للبطلان

ظهرت عدة مذاهب فقهية عالجت مسألة البطلان إلا أن التشريعات في تقريرها لبطلان العمل الإجرائي لجأت إلى اتباع إحدى النظريتين وهما نظرية البطلان القانوني والبطلان الذاتي وهناك نظرية ثالثة تدعى بالشكلية (Nullité Formelle) إلا أنها لم تلق الاهتمام التشريعي الكافي للاعتماد عليها في تنظيم البطلان الإجرائي وهي تعتبر أن كل ما يخالف قاعدة يرتب البطلان فهي تضع كل القواعد الإجرائية في نفس درجة الأهمية دون الحاجة لنص قانوني لحالات البطلان.

الفرع الأول: نظرية البطلان القانوني Nullité Textuelle

وتعتمد هذه النظرية على وضع وحصر حالات البطلان كجزاء للإخلال بقواعد قانون الإجراءات في نصوص صريحة من طرف المشرع مانعاً بذلك الخروج عن هذه الأحكام والحالات، ويصبح القاضي في هذه الحالة مقيداً بهذه القواعد الإجرائية والحالات المحددة فيها، حيث لا يمكنه تقرير بطلان إجراء لم يقرّر بطلانه المشرع، كما ليس له الامتناع عن تقرير بطلان إجراء كان قد أقرّ بطلانه المشرع، وبهذا فإن تحديد حالات البطلان من شأنه القضاء على السلطة التقديرية للقاضي وينزع منه كل صلاحية في دراسة مدى صحة الإجراء وقابليته ليكون محلاً للبطلان، مما أدى إلى ظهور انتقادات عديدة ومعارضة في تبني هذه النظرية نظراً لعيوبها المتعددة فهي إلى جانب تقييد سلطة تقدير القضاء، فإنه من المستحيل والصعب حصر حالات البطلان، كما أنه ليس بإمكان المشرع التنبؤ بكل هذه الحالات. ومن نتائج هذه الانتقادات ظهور نظرية جديدة هي نظرية البطلان الذاتي.

الفرع الثاني: نظرية البطلان الذاتي Substantielle

حتى تكون الإجراءات الجزائية صحيحة ومنتجة لأثارها القانونية لا بدّ من توافر شروطها الموضوعية والشكلية، وفي حالة ما إذا شابها عيب فإنه حتماً سيختلّ المسار الحقيقي للهدف والغرض الذي من أجله تم اتخاذ هذا الإجراء، ولضبط تنظيم تنفيذ هذه القواعد الإجرائية وكيفية تحقيق غايتها تم وضع رقابة على هذه الإجراءات الجزائية والقائمين بها، وعن طريقها منح المشرع هذه الوسيلة للقضاء لحماية المشروعية الإجرائية، والتأكد من أن جهاز البحث ملتزم بعمله بالقواعد القانونية المقررة لحماية حقوق الأفراد ومنع العمل الإجرائي المخالف للقانون من ترتيب آثاره وذلك من خلال تقرير بطلانه.

لم يعرف التشريع الوضعي بصراحة البطلان، لكن الجانب الفقهي كان كفيلاً بذلك حيث تعددت المفاهيم ووجهات النظر في شأنه حيث جاء في تعريفه له:

" أنه من الجزاءات الذي تنفرد به القواعد الإجرائية وهو جزء إجرائي لا يوقع على مرتكب المخالفة بل يوقع على الإجراء المخالف ذاته".

وفي تعريف آخر:

"هو جزاء مقرّر في قانون الإجراءات الجزائية لعدم مراعاة أحكامه التي وضعها ليكون في مراعاتها الوصول إلى الحقيقة تحقيقاً لمصلحة العقاب مع كفالة ضمانات تلتزمها السلطات حيال الخصوم من مراعاة للحريات الأساسية ومصلحة الخصوم".

ومن خلال هذه المفاهيم يتبين لنا الأهمية التي يشكّلها البطلان بالنسبة لسير الدعوى العمومية فهو وسيلة فعّالة و لازمة لتحقيق سلامة العدالة.

فهو يعتبر حجر الزاوية في قانون الإجراءات، فاستيعاب القواعد العامة للبطلان والعمل على احترامها يؤدي حتماً للانضباط والحرص على العمل بتنفيذ الإجراء الجزائي بوجه سليم بصفقتها تصرفات وأعمال قضائية تباشر ضمن معايير وضوابط محددة، لأن الإجراء الصحيح الذي لا يشوبه أي عيب وتم فيه احترام كل الشروط



بالإنابات القضائية وشروط إصدارها، كما ينشأ البطلان في حالة عدم مشروعية موضوع الإجراء الجنائي كالحصول على اعتراف باستعمال وسائل الإكراه، وأيضا عن تخلف سبب إجراءات وأوامر التحقيق.

الفرع الثالث: الموقف الفرنسي والجزائري في نظرية البطلان

كلا التشريعان أخذتا بنظيرتي القانون والذاتية لتقرير البطلان، حيث جاء النص على البطلان القانوني صراحة في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري في المواد 48، 65، 157 ق إ ج ج، وفي القانون الفرنسي في المادة 170 ق إ ج، أما بالنسبة للبطلان الذاتي فقد جاء وروده في المادة 159 ق إ ج الجزائري حيث اكتفى فيها المشرع الجزائري بتقرير المبدأ العام الواجب أخذه بعين الاعتبار عند الحكم بالبطلان وهو عدم مراعاة الإجراءات الجوهرية المترتب عليها الإخلال بالنظام العام وحقوق الخصوم وفي المادة 172 من ق إ ج الفرنسي.

والملاحظ في الأمر وطبقا لمضمون المادة 157 ق إ ج الجزائري فإن ميدان البطلان جاء محددا وبشكل واضح في قانون الإجراءات حيث جاءت النصوص المتعلقة بإجراءات البطلان في القسم 10 من الفصل الأول للباب الثالث الخاص ببطلان إجراءات التحقيق دون مرحلة الضبطية القضائية، فهل معنى ذلك أن الإجراءات الضبطية القضائية لم تبلغ أهمية إجراءات التحقيق القضائي إلى درجة إخراجها كليا عن هذا القسم، أم إن اتخاذ المشرع مثل هذا التصرف راجع لاكتفائه فقط بفرض الرقابة على أعمال الضبطية القضائية (المادة 12 ق إ ج الجزائري) وجعل أعضائها تحت إدارة النيابة التي من خلالها يتم مراقبة وتوجيه الإجراءات التي يقوم بمباشرتها رجال الضبطية القضائية دون تعرضها للدفع بالبطلان، حيث يقوم وكيل الجمهورية بمراجعة كل الأعمال والإجراءات التي يقوم بتنفيذها رجال الضبطية القضائية قبل إرسال ملف الدعوى إلى الجهات القضائية المختصة.

كما أن رقابة غرفة الاتهام على هذه الأعمال تعتبر ضمانا للحقوق والحريات، ومن خلال تقريرها يكون المشرع قد سوى بينها وبين أعمال التحقيق القضائي من حيث الجهة المختصة برقابتها.

أولاً: حالات البطلان نص عليها القانون

ما يهّمنا هو الحالات المتعلقة ببطلان إجراءات الضبطية القضائية، التي جاء ورودها قليلا في قانون

وترجع نشأتها إلى الفقه والقضاء الفرنسي وجاءت نتيجة لما ذهب إليه المشرع الفرنسي في قانون التحقيقات الجنائية القديم الذي تعرض فيه إلى بعض الحالات القليلة فقط التي يتم فيها تقرير البطلان بشأنها، ونظرا للحاجة الملحة ولتحقيق العدالة كان من الضروري الأخذ بهذه النظرية وذلك لتقرير البطلان لحالات وقواعد أخرى.

وتعتمد هذه النظرية على عدم حصر الحالات المقرر فيها البطلان في نصوص قانونية بل يكون ذلك فقط على سبيل المثال، وعلى عكس النظرية الأولى فهي تعيد للقاضي سلطته التقديرية في تقييم العمل الإجرائي حيث أجازت له باستخلاص غرض المشرع من وراء تقريره، وأن يرى إذا ما كان يتعلق الإجراء بقاعدة جوهرية تستلزم البطلان أم إنها غير كذلك لا تستدعي بطلان ذلك الإجراء.

وقد أتت هذه النظرية بنتائج إيجابية عادت على العمل الإجرائي، فما يميزها عن البطلان القانوني أنها تتميز بالمرونة حيث يقاس البطلان على أهمية القاعدة الإجرائية وجسامته المخالفة ومدى تعلقها بالنظام العام أو بحقوق الخصوم.

كما أنها أعادت الثقة بالقضاء وبسلطته التقديرية، وهذا كله جاء لضمان تحقيق مصلحة حسن سير العدالة، فبتطبيق هذه النظرية تم تفادي تعطيل سير الدعوى الجنائية وفرار المجرمين.

إلا أن تعدد محاسن هذه النظرية لا يعني خلوها من العيوب حيث يأخذ عنها وجود صعوبة لدى الفقه في التمييز بين الإجراءات الجوهرية وغيرها.

ومن التشريعات الآخذة بهذا المذهب التشريع المصري في المادة 331 قانون الإجراءات الجزائية التي تنص:

" يترتب البطلان على عدم مراعاة أحكام القاعدة المتعلقة بأي جزاء جوهري". وفي هذه الحالة يلعب القضاء دورا مهما في تحديد الحالات الواجبة للبطلان معتمدا في ذلك على أهمية القاعدة الإجرائية، فإذا كانت جوهرية تتعلق بالنظام العام أو بحقوق الخصوم فالإجراء المشوب بعيب هو معرض للبطلان حتما، أما إذا كان العيب قد شاب إجراء تنظيميا هدفه فقط حسن السير الإداري يتعلق بالوظيفة فلا يلحقه البطلان.

ومن الإجراءات الجوهرية كتلك المتعلقة بشروط الصفة والاختصاص وعدم مراعاة شروط إجراء التفتيش والقبض وشروط توفّر حالات التلبس والإجراءات المتعلقة

بطلان بوجود الرضا إذا كان يتعلق بمصلحة الخصوم فصاحب الشأن التنازل عنه.

لذلك يرى الفقه من واجب تعديل هذه المواد وجعلها تتلاءم أكثر فيما بينها ورفع التناقض عنها حتى يسهل تطبيقها.

أما في التشريع الفرنسي فقد نص في المادة 59/ف2 ق إ ج على تعرض الإجراءات المتعلقة بالتفتيش بمعرفة ضابط الشرطة القضائية للبطلان وذلك في حالة مخالفة أحكام المواد 56، 56-1، 57 من ق إ ج، والمواد 76، 95 منه.

وتعتبر المادة 48 من ق إ ج الجزائري النص الوحيد الصريح الخاص ببطلان إجراءات الضبطية القضائية.

ثانياً: حالات بطلان الإجراءات الجوهرية (النظرية الذاتية)

وهذه الحالات لم يأت نص صريح في القانون يقرّر بطلانها وتركها لسلطة تقدير القضاء، فهو وحده له تقرير ما إذا كان الإجراء المشوب بعيب معرضاً للبطلان أم لا.

والقضاء الجزائري يعتمد في تحديده لذلك على معيار المصلحة وأهمية الإجراء، فإذا كان الإجراء جوهرياً فيتم تقرير بطلانه، أما في حالة العكس فلا يتعرض للبطلان مثل الإجراءات المنصوص عليها على سبيل المثال وعلى وجه الإرشاد والتنظيم وهي قواعد ذات طابع إداري لا ينال من صحتها.

فالمشرع الجزائري نجده في عدة مواد يلزم على رجال الضبطية القضائية التقيد ببعض الواجبات والإجراءات، إلا أنه لا يرتب على مخالفتها بطلاناً بل يكتفي فقط بقيام مسؤوليتهم الشخصية التي يترتب عليها عقوبات تأديبية وهذا ما نجده في الإجراءات الواجب احترامها خلال إجراء التوقيف للنظر في المادة 51 ق إ ج، حيث لا يقرر بطلاناً إذا ما جاوز ضابط الشرطة القضائية مدة التوقيف أو أغفل عن إبلاغ وكيل الجمهورية به.

واكتفى فقط بتقرير عقوبات في حالة مخالفة هذه الأحكام، أما المادة 51 مكرر التي تم إضافتها بموجب قانون رقم 01 - 08 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات والمادة 51 مكرر 1، اللتين تستوجبان إخطار الموقوف بحقوقه وتأمين اتصالاته بعائلته وإجراء الفحص الطبي، أما المادة 52 فجاءت لإلزام ضابط الشرطة القضائية

الإجراءات الجزائري، حيث نص المشرع ببطلان إجراء التفتيش المجرى بمعرفة ضابط الشرطة القضائية وذلك في المادة 48 التي تنص:

" يجب مراعاة الإجراءات التي استوجبتها المادتان 45 و47 ويترتب على مخالفتها البطلان".

وبموجب هذه المادة فعلى القائم بإجراء التفتيش احترام الشروط المنصوص عليها في المواد 45 و47 ق إ ج الجزائري المتعلقة بحضور إجراء التفتيش من صاحب البيت أو ممثل عنه وأن يكون محل الإجراء يشتهه في وجود به دلائل على ارتكاب الجريمة، وواجب كتمان السر المهني والالتزام بالوقت القانوني لتنفيذ الإجراء، وعدم الإخلال به إلا في الأحوال المبيّنة في القانون.

وفي حالة ما إذا قام ضابط الشرطة القضائية بمخالفة هذه الأحكام يصبح ذلك الإجراء وبموجب القانون باطلاً لا ينتج أثراً ولا يمكن الاستناد إليه كدليل في الإدانة، بالإضافة إلى أن إجراء التفتيش لا يمكن إجراؤه إلا بمعرفة ضابط للشرطة القضائية وليس للأعوان القيام والاستقلالية به وإلا أصبح الإجراء باطلاً، إلا إذا كان ذلك في إطار معاونة ضابط الشرطة القضائية في تحرياته وتحت إشراف ورقابة هذا الأخير.

وما يمكن ملاحظته في المواد المتعلقة بإجراءات الضبطية القضائية هو وجود بعض التناقضات في هذه المواد، فالمادة 64 ق إ ج المتعلقة بمرحلة التحقيق الأولي للضبط القضائي التي تنص بعدم جواز إجراء تفتيش منزل إلا بالحصول على رضا مكتوب من صاحبه، وفي نفس الوقت تحيل إلى أحكام المواد 44 و47 التي تشترط هي الأخرى قبل إجراء تفتيش بمنزل الحصول على إذن قضائي لذلك وضمن الوقت القانوني المحدد.

بينما لم يحل المشرع إلى المادة 64 في نص المادة 48 فهل بإحالتة المادة 64 لأحكام المواد 44 و47 هو يشمل بذلك نص المادة 48 لأحكام المادة 64، فإن كان كذلك فالأمر سيزيد تعقيداً، لأنه إذا لم يتم مراعاة المواد 44 و47 في تطبيق المادة 64 يؤدي إلى بطلان إجراء التفتيش وهذا يعني أن حصول ضابط الشرطة القضائية على الرضا المشروط بالمادة 64 لا قيمة له دون وجود إذن قضائي ولتقادي ذلك عليه الحصول على الرضا والإذن معاً، فهل يعقل أن يكون هذا الإجراء منطقياً؟ علماً أن الرضا هو أصلاً يصحح الإجراء الباطل فلا



تحديد البطلان على أساس الأضرار اللاحقة بأحد الخصوم المعنيين بالإجراء، حيث يخرج من دائرتها القواعد المتعلقة بالنظام العام، ويدعى بنظام "لا بطلان بغير ضرر" وقد جاءت به المادة 802 ق إ ج الفرنسي بقانون 06 أوت 1975 وبموجبها لا يجوز للجهات القضائية بما فيها محكمة النقض الحكم بالبطلان حتى ولو كان الإجراء المخالف المنصوص عليه بالقانون تحت طائلة البطلان أو يعدّ من الإجراءات الجوهرية، إذا كان ذلك الإجراء المعيب لم يلحق ضررا بالطرف الذي له حق التمسك بهذا البطلان.

وهذا المعيار لا نجده في التشريع الجزائري، حيث اكتفى هذا الأخير فقط بما أخذه مسبقا عن القانون الفرنسي دون التأثر بتعدلاته اللاحقة التي جاءت وفقا للتغيرات الاجتماعية والواقعية.

المطلب الثاني: أنواع البطلان

اختلفت وتعددت أنواعه وفق معايير مختلفة، والرأي الغالب في مصر وفرنسا أن معيار التفرقة هو المصلحة، فإذا كانت المصلحة ترمي إلى حماية المجتمع فهذا يعني من النظام العام ومخالفتها تؤدي للبطلان المطلق، أما إذا كانت المصلحة ترمي لحماية مصالح الأفراد الخاصة فمخالفتها تؤدي للبطلان النسبي، ويرى البعض في هذا المعيار أنه غير كاف ومناسب كون احتمال اجتماع هذه المصالح، وفصلوا أن يكون معيار التفريق بين أنواع البطلان مبنيا على أساس أهمية المصلحة المعتدى عليها والضرر الناجم عن هذا الاعتداء سواء كان عاما أم خاصا.

وقد ميّز القانون المصري بصراحة بين البطلان النسبي والمطلق وذلك في المادة 332 ق إ ج، أما في القانون الجزائري فلم يفرّق بصراحة بينهما.

ويعتبر البطلان المطلق والنسبي أهم الأنواع.

الفرع الأول: البطلان المطلق

وهو الجزء الذي يلحق إجراء لمخالفته قاعدة جوهرية تتعلق بالنظام العام ومن خصائص هذا البطلان أنه يجوز التمسك به في أي مرحلة كانت الدعوى الجنائية ومن كل ذي مصلحة، وما دام يمس بالنظام العام فللمحكمة القضاء فيه من تلقاء نفسها دون طلب من الخصوم، كما يجوز إثارته لأول مرة أمام المحكمة العليا،

بتضمنين محضر التوقيف بكل الإجراءات التي تم اتخاذها خلال ذلك الإجراء.

فكل هذه المواد استعمل فيها المشرع صياغة الإلزام إلا أنه لم يعرّض مخالفة أحد هذه الواجبات والإجراءات إلى البطلان، والسبب الذي دعا المشرع إلى عدم تقرير بطلان في حالة مخالفة أحكام هذه المواد كونه يعتبرها تتعلق بالجانب الوظيفي لضابط الشرطة القضائية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى حتى لا يتم استغلال النص بالبطلان، هذه الإجراءات من طرف المجرمين بالتمسك بالدفع بالبطلان ضد أي إجراء يقوم به أحد ضباط الشرطة القضائية، علما أن هذا لا يمنع من إثارة مسؤولية هؤلاء الشخصية عن مخالفتهم لشروط تنفيذ الإجراء الجنائي أمام الجهات المختصة بذلك، وقد جاء تقسيم القواعد الجوهرية إلى قواعد خاصة بالنظام العام وأخرى بالخصوم:

القواعد الجوهرية الخاصة بحماية النظام العام:

هذه القواعد في حالة مخالفتها يكون جزء ذلك الإجراء البطلان المطلق دائما، ويعني المشرع من النظام العام كل ما هو مخالف للقواعد الدستورية الحامية للحقوق والحريات الفردية وقواعد التنظيم القضائي والاختصاص وفي طرق الطعن.

ويرى بعض الفقه أنه يقصد بالنظام العام هو كل القواعد التي ترمي إلى ضمان حسن إدارة العدالة وحماية المصلحة العليا والعامّة للمجتمع وضمن الحريات.

القواعد الجوهرية لحماية الأطراف أو الضوم:

وهي بما يعرف بحقوق الدفاع، فكل إجراء يخالف هذه القواعد يكون معرض للبطلان، ومثال ذلك تفويض إنابة عامة لأحد ضباط الشرطة القضائية أو بإجراء استجواب أو مواجهة.

وهذا ما أخذ به المشرع الفرنسي الذي يرتّب البطلان على كل ما يخالف أحد الإجراءات القانونية المتعلقة بحقوق الدفاع.

وإلى جانب ذلك فقد أدخل المشرع الفرنسي نظاما جديدا في شأن بطلان الإجراءات الجزائية ويشمل إجراءات التحقيق وأيضا إجراءات الضبطية القضائية وهو معيار

كما أجاز لغرفة الاتهام في المادة 172 ق إ ج فرنسي أن تدفع بالبطلان في غير أحوال المادة 171 وتقرير مدى بطلان الإجراء من تلقاء نفسها إذا ما تمّ إحالة القضية إليها من قاضي التحقيق (المادة 206 ق إ ج الفرنسي).

أما بالنسبة للمتهم فلم يخوّل له القانون التقدّم بنفسه مباشرة بدفعه أمام غرفة الاتهام بل عليه التوجه أولاً أمام قاضي التحقيق ليطلب هذا الأخير من غرفة الاتهام بالدفع بالبطلان.

وبعد تعديل قانون الإجراءات الفرنسي بقانون 04 أوت 1993 الذي جاء بتنظيم جديد خاص بإجراءات الدفع بالبطلان حيث أجاز للأطراف بالإضافة لكل من وكيل الجمهورية وقاضي التحقيق إخطار غرفة الاتهام بحالات البطلان حيث لم تراخ فيها الجوه (مادة 170 ق إ ج الفرنسي)، وبهذا منحهم فرصة الدفاع عن مصالحهم وحقوقهم وفرض رقابة على الإجراءات المتخذة حيالهم والظعن فيها أمام غرفة الاتهام.

وهذا ما دعا إليه بعض رجال القانون المشرع الجزائري للاقتداء به في قانون الإجراءات الجزائية وتعديل المادة 158 منه، فقانون الإجراءات الجزائية لم يمنح لأطراف الدعوى هذا الحق، بل قصره فقط على قاضي التحقيق هو وحده له حق إخطار غرفة الاتهام بحالات البطلان (مادة 1/158 ق إ ج جزائري)، وبالمقابل أجاز لهم التنازل عن هذا البطلان ويكون ذلك برضاهم وبحضور محاميهم، وأيضا لهم التمسك به أمام قاضي التحقيق (المادة 2/157 ق إ ج جزائري).

ويرى في ذلك الأستاذ أحمد شافعي أنه " لا بد من حصر حق إخطار غرفة الاتهام لإلغاء إجراء باطل في النيابة وأطراف الدعوى الجنائية ويستثنى منها قاضي التحقيق".

كما أجازت المادة 191 ق إ ج الجزائري (تقابلها المادة 206 من القانون الفرنسي) لغرفة الاتهام تقرير البطلان من تلقاء نفسها عند معاينتها له بعد إحالة ملف القضية من قاضي التحقيق إليها، لكن لا يمكنها الفصل بالبطلان إذا تعلق الأمر بالنظر باستئناف أوامر قاضي التحقيق.

ومن خلال ذلك فإن غرفة الاتهام هي صاحبة سلطة تقرير بطلان الإجراء المعيب ولا يجوز لقاضي التحقيق إبطال الإجراء قد اتّخذ بنفسه إذا دفع به أحد الخصوم، وذلك تقريراً لحماية حقوق الدفاع والمصلحة، ونفس الحكم بالنسبة لإجراءات ضباط الشرطة القضائية بموجب

ولا يجوز التنازل عنه ولا يصحّ الإجراء المشوب بالعيب عن طريق التنازل.

الفرع الثاني: البطلان النسبي

هو جزء يلحق إجراء جوهرياً لمخالفته قواعد ترمي إلى ضمان مصالح الخصوم ولا تتعلق بالنظام العام، وفي هذه الحالة وبمعكس البطلان المطلق، حيث يتعلّق الأمر بمصلحة الشخص المعني بالإجراء الباطل فلا يمكن تقرير البطلان إلا بطلب صاحب الشّأن الذي منحه المشرع حق التمسك بهذا البطلان، وهو قابل للتصحيح بمجرد رضا المعني به أي بالإجراء، وبهذا يسقط حق الدفع بالبطلان، ونفس الشيء بالنسبة لحق النيابة في الدفع إذا لم تتمسك به، وفي حالة ما إذا تحقق الغرض من اتخاذ الإجراء الباطل فباتخاذ الإجراء اللاحق تمّ تصحيحه، كما أنه لا يجوز التمسك بالبطلان إلا من الشخص الذي قررت له القاعدة، ولا يجوز الدفع بالإجراء الباطل لأول مرة أمام المحكمة العليا، كما لا يجوز للمحكمة القضاء في الإجراء الباطل من تلقاء نفسها، وتتمثل القواعد المتعلقة بمصلحة الخصوم كإجراءات التفتيش، القبض، التوقيف، وغيرها...

المطلب الثالث: آثار البطلان

الفرع الأول: الأطراف التي يجوز لها التمسك بالبطلان والدفع به

إذا ما تبين وجود عيب بإجراء جنائي جاز الدفع ببطلانه ويكون ذلك أمام النيابة العامة لإثباته، أو أمام محكمة الموضوع، ويجوز التمسك به من كل ذي مصلحة، وله أن يتقدم به إلى الجهة القضائية التي تعلق الصادر منها الإجراء المعيب، ويسقط حق التمسك بالدفع بالبطلان إذا كان صاحب المصلحة قد تسبب في بطلانه.

أما إذا كان الإجراء مقررراً للمصلحة العامة فالدفع بالبطلان يبقى قائماً، أما الأشخاص الذين يمكنهم التمسك بالبطلان والدفع به فقد حددهم المشرع الفرنسي في المادة 171 ق إ ج حيث أجاز فقط لقاضي التحقيق عرض الأمر على غرفة الاتهام بعد أخذ رأي وكيل الجمهورية، وإبلاغ المتهم والمدعي المدني، كما أنه إذا قدر وكيل الجمهورية بوجود بطلان فيقوم بطلب من قاضي التحقيق الذي اتّخذ الإجراء المعيب بعرضه على غرفة الاتهام وطلب إبطاله.



في قانون تحقيق الجنايات الفرنسي القديم لم ينص بشأن ما يترتب على البطلان من آثار، وتم القضاء في التفتيش الباطل أنه لا يعتد به كإجراء ويستبعد محضره من ملف الدعوى⁽¹⁾. وبالتالي، فإن الإجراء الباطل لا يعول عليه في الإدانة من حيث الأثلة المترتبة عليه⁽²⁾.

فالقاعدة أنه متى تقرر البطلان زالت الآثار القانونية لذلك الإجراء ويصبح كأن لم يكون رقعة دليhle وهذا ما جاء في المادة 160 ق إ ج الجزائري (المادة 173 ق إ ج الفرنسي)⁽³⁾.

ثانياً: الإجراءات السابقة واللاحقة للإجراء الباطل

بالنسبة للإجراءات السابقة للإجراء الباطل فلا إشكالية فيها حيث تبقى صحيحة ما دام لم يشبها ذلك العيب.

أما الإجراءات اللاحقة للإجراء الباطل فهنا الأمر يختلف حيث نص قانون 1897/12/08 في المادة 12 من القانون الفرنسي القديم على بطلان الإجراء وما ينجر عنه، وهذا ما أخذ به القضاء الفرنسي سابقاً حيث قام بإبطال الاعترافات الناجمة عن التفتيش الباطل لكن بشرط أن يكون ذلك الإجراء الباطل هو أصل وجود الإجراء اللاحق له، وقد جاءت لتأكيد هذه القاعدة المادة 170 ق إ ج الفرنسي الجديد التي نصت على البطلان الذي يلحق بالإجراء المعيب والإجراء الذي لحقه بصرف النظر عن توافر الرابطة بينهما.

كما استقر الفقه والقضاء المصري على قاعدة كل " ما بني على باطل فهو باطل"، إلا أن هذا البطلان يكون فقط للإجراءات التالية لإجراء المعيب، حيث استنتجت التشريعات في حالة ما إذا كان الإجراء اللاحق مستقلاً عن الإجراء الباطل، حيث أجازت محكمة النقض المصرية الأخذ باعتراف وحده رغم بطلان القبض أو التفتيش إذا كان مستقلاً عنهما، كصدوره في وقت آخر وتبقى حجية هذا الإجراء خاضعة لتقدير سلطة الحكم، هذه الأخيرة لها سلطة تقديرية بالنظر في

الإنبابة. فالقضاء المصري لم يخول لقاضي التحقيق سلطة تقرير بطلان إجراء معيب صادر عن ضابط للشرطة القضائية بموجب تنفيذ الإنبابة لأنه لا يملك سلطة إبطال إجراءاته وذلك عملاً بالقاعدة العامة أن إجراءات التذب تخضع للقواعد التي تسري عليها، أما إذا كانت خارج أمر التذب القضائي فيمكن لقاضي التحقيق إبطالها، أما الفقه والقضاء الفرنسي فقد منح هذه السلطة لقاضي التحقيق بموجب إنبابة قضائية.

طالبة محكمة الجنح والمخالفات فتح الفصل بالبطلان:

إذا تم إحالة الدعوى عليها من غرفة الاتهام فليس لهذه المحكمة القضاء بإلغاء إجراءات التحقيق السابقة، لأن أمر الإحالة يصح حالات البطلان، طبقاً للمادة 2/161 ق إ ج جزائري. (مادة 174 ق الفرنسي قبل التعديل).

إذا تمت الإحالة من قاضي التحقيق أو عن طريق الاستدعاء أو التكليف المباشر للحضور أمام المحكمة، فيمكن للأطراف إثارة حالات البطلان الخاصة بالتحقيق طبقاً للفقرة 1 من المادة 161 ق إ ج جزائري بشرط أن يكون ذلك في بداية التقاضي وقبل الشروع بالفصل في الموضوع وإلا يتم رفضه شكلاً وفقاً للفقرة 3 من نفس المادة.

وعلى عكس الإجراء المتعلق بالنظام العام الذي يجوز إثارته لأول مرة أمام المحكمة العليا وفي أي مرحلة كانت الدعوى، فعلى الخصوم للدفاع عن مصالحهم الخاصة عند التمسك بالبطلان أمام المجلس القضائي عليهم التمسك به أولاً أمام المحكمة ونفس الشيء بالنسبة للمحكمة العليا.

في تعديل قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي الصادر في 1993/01/04 الذي عدل المادة 385 ق إ ج منع محكمة الجنح والمخالفات من تقرير بطلان إجراءات التحقيق إذا ما أحيل ملف القضية عليها بأمر صادر من قاضي التحقيق كونه أصبح هذا الأمر يصح ما سبقه. أما إذا تم إحالة الدعوى أمامها عن طريق الاستدعاء أو التكليف المباشر فلها حق تقرير بطلان الإجراءات المشوبة بعيب.

الفرع الثالث: آثار تقرير البطلان

أولاً: بالنسبة للإجراء نفسه:

(1) - د. ممدوح إبراهيم السبكي، حدود سلطات المأمور الضبطية القضائية في التحقيق، دار النهضة العربية، 1998، ص: 526.
(2) - طعن 1990، سنة 35. ق. جلسة 1966/03/07.
- طعن 174، سنة 43. ق. جلسة 1973/04/09.
(3) - في الوم. أ تم استبعاد دليل الإجراء الباطل منذ 1914 وأرست مبرراته القانونية وحدوده، أما في بريطانيا فقاعدة قبول الدليل أمام المحاكم لا يتأثر بعدم صحة الوسائل المستخدمة للتوصل إليه ومنه لا يمكن الطعن في الدليل الناجم عن طريق غير قانوني.
- د. ممدوح إبراهيم السبكي، (المرجع السابق)، ص: 528، 529.

الثالث: سحب الإجراءات الملغاة والباطلة من ملف الدعوى

طبقا للمادة 160 ق إ ج ج وبعد قرار القضاء بإلغاء الإجراءات الباطل يتم سحب الأوراق والمستندات الباطلة من الملف وتودع بكتابة الضبط للمجلس القضائي ويمنع على القضاة والمحامين الاعتماد عليها تحت طائلة العقوبات التأديبية وفقا لما تقرره أنظمتهم القانونية، والمشرع لم يرتب جزاء إذا لم يتم سحب هذه الأوراق من الملف، كما أن بقاءها به لا يرتب نقضا ما دام لم يتم القضاء بالاعتماد على هذه المستندات الباطلة في تكوين عقيدتهم وإصدار أحكامهم⁽²⁾.

وما يمكن استخلاصه من بطلان الإجراءات الجنائي أن المشرع الجزائري لم يول اهتماما كبيرا بإجراءات الضبط القضائي رغم ما تتميز به مرحلة الضبطية من أهمية بالنسبة لباقي المراحل اللاحقة لها، فهي تعتبر أساسا لتحريك الدعوى الجنائية وسببا لها.

فالمطلع على قانون الإجراءات الجنائية الجزائري يلاحظ حتما التهميش الواضح لهذه المرحلة عكس مرحلة التحقيق القضائي والمحاكمة اللذين يشهدان عناية كبيرة من قبله بشأن القواعد الإجرائية المنظمة لهما.

ولأسف أن المشرع الجزائري لم يتدارك هذا النقص في التعديلات الأخيرة التي أحدثها على قانون الإجراءات، لكن نرجو أن يولي اهتماما أكثر بهذه المرحلة في التعديلات المستقبلية، علما أن التطورات التي تشهدها البلاد ودول العالم لا تمنحه فرصة الاختيار فهو مضطر إلى إعادة تنظيم هذه القوانين الإجرائية وبالأخص الجنائية وجعلها تتماشى والأنظمة والمظاهر الدولية الجديدة التي أثرت وبشكل كبير على القوانين الوطنية.

مدى ارتباط الإجراءات اللاحق بالباطل، وإذا كان من الممكن الأخذ به⁽⁴⁾.

وهذا ما جاء نصه في المادة 159 ق إ ج الجزائري المتعلق فقط بالإجراءات المخالف لقاعدة جوهرية.

وبما أن غرفة الاتهام هي التي تقرر بطلان الإجراءات المعيب فهي المسؤولة في تحديد مدى اتساع هذا البطلان وامتداده إلى باقي الإجراءات اللاحقة له، فلها أن توسعه ولها أن تجعله قاصرا على الإجراءات المعيب فقط⁽¹⁾، وذلك بناء على أساس العلاقة التي تربط بين الإجراءات الباطل والإجراءات اللاحق له، طبقا للمادة 159 في فقرتها 02 من ق إ ج الجزائري والمادة 2/172 من القانون الفرنسي والمادة 206 منه.

الفرع الثالث: صير الإجراءات الباطل

أولا: تمحيص الإجراءات الباطل

طبقا للمواد 161,159,157 ق إ ج الجزائري فإن المشرع نص صراحة على جواز تصحيح الإجراءات الباطل، ونفس الشيء بالنسبة للقانون الفرنسي في مادته 172 ق إ ج حيث يمكن تصحيح كل الإجراءات الجوهرية المشوبة بالبطلان.

ونص عليه القانون المصري في المادة 335 ق إ ج التي تجيز للقاضي من تلقاء نفسه إجراء التصحيح، ويكون هذا التصحيح بعد نشوء الحق في التمسك بالبطلان، كما أن هذا التصحيح ليس له أثر رجعي حيث يصبح ساري المفعول منتجا لآثاره من تاريخ ذلك التصحيح، وقد يكون هذا التصحيح عن طريق التنازل عن التمسك بالبطلان بالرضاء بالإجراء الباطل، وإما بحضور المتهم جلسة المحكمة وكان تكليف بالحضور باطل فبحضوره صححه، والتنازل هنا قد يكون صريحا أو ضمنيا.

ثانيا: إعادة الإجراءات الباطل

المشرع الجزائري لم ينص صراحة على جواز إعادة إجراء الباطل على عكس المصري الذي أدرجه في المادة 336 ق إ ج والمشرع الفرنسي في المادة 206 ق إ ج، ويكون ذلك عن طريق إحلال إجراء صحيح محل الباطل بطريقة سليمة وقانونية وصحيحة.

(2) - قضت محكمة النقض الفرنسية أن الإجراءات التي تتم رغم وجود الإجراءات الملغاة بالملف صحيحة لا يشوبها أي عيب.
- قرار 1990/07/24 غرفة الجنائية رقم 01، المحكمة العليا الجزائر.
طعن 62666.

(4) - طعن رقم 538، سنة 31، ق. جلسة 1961/12/05.
(1) - د. إبراهيم ممدوح السبكي، (المرجع السابق)، ص: 526.

إصلاح أساسي للحقوق السياسية للمرأة

الأستاذة: حجيمي حدة

متحصلة على شهادة ماجستير في العلوم القانونية والإدارية كلية الحقوق جامعة الجزائر 1
تخصص/ دولة ومؤسسات عمومية. وفي السنة الأولى دكتوراه

مقدمة:

ناضلت المرأة في العالم من أجل الحصول على الحقوق السياسية باعتبارها أساسا في فرز العلاقة بين الحكم كسلطة سياسية دستورية وأجهزة المجتمع المدني كسلطة اجتماعية ضاغطة على الدولة، والنضال من أجل المصلحة.

فقد حظيت المرأة باهتمام بالغ من طرف منظمة الأمم المتحدة، التي جعلت من المساواة بين الرجال والنساء هدفا لأنشطتها في مجال حقوق الإنسان، فاعتمدت في عام 1952 الاتفاقية الخاصة بالحقوق السياسية للمرأة. كما تبنت في عام 1967 إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة، الذي مهد للاتفاقية الخاصة بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979.

والجزائر من الدول التي اعترفت وكرست منذ الاستقلال في الدساتير الوطنية المتعاقبة مبدأ مساواة المواطنين في الحقوق والواجبات، وعبارة مواطنين تشمل المرأة والرجل، وهدفها إزالة كل العقبات التي تعوق تفتح شخصية الإنسان وتحول دون مشاركة الجميع الفعلية في الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية. وهذا ما نصت عليه المادتان 32 و34 من القانون 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري.

في هذا الموضوع يراد من خلاله معرفة هل تمارس المرأة في الجزائر حقوقها السياسية كما يمارسها الرجل؟ هل تحظى بتمثيل واسع في المجالس المنتخبة؟ ما هي الآليات القانونية التي اتخذتها الجزائر من أجل تشجيعها للمشاركة في الحياة السياسية؟

للإجابة عن هذه التساؤلات نتبع الخطة التالية:

أولا/تكريس الحقوق السياسية للمرأة في النصوص القانونية الدولية والوطنية.

1- حق المرأة في التصويت

2- حق المرأة للترشح لمنصب عامة انتخابية

3- حق المرأة في التشكيلة الحكومية

ثانيا /توسيع تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة

1-آليات توسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة (القانون العضوي 03/12)

2-تطور معدل التمثيل النسوي في المجالس المنتخبة

أولا/تكريس الحقوق السياسية للمرأة في النصوص القانونية الدولية والوطنية

كرس ميثاق الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية باعتبارها نصوص دولية ذات الطابع العام، الحقوق السياسية للأفراد بصفة عامة دون تمييز بين المرأة والرجل. وتطبيقا لهذه الاتفاقيات الدولية العامة والخاصة، كرسّت الجزائر هي أيضا هذا الحق للمرأة في قوانينها الداخلية.

1-حق المرأة في التمثيل

أعطى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان للمرأة في المادة 21 منه الحق في المشاركة في إدارة الشؤون العامة، بعبارة لكل فرد الحق في الاشتراك في إدارة الشؤون العامة لبلاده والمرأة بدورها أحد أفراد المجتمع لها أن تشارك في الحياة السياسية لبلادها، إما بصورة مباشرة



الإنسان. وتعتبر أول اتفاقية دولية تحتم على الدول الأطراف أن تلتزم بتمكين مواطنيها من ممارسة حقوقهم السياسية.

فقد أكدت على حق النساء في التصويت في جميع الانتخابات بشروط متساوية مع الرجل ودون تمييز وهذا في المادة الأولى، كما أكدت كذلك على أهلية النساء في أن ينتخبن لجميع الهيئات المنتخبة بالاقتراع العام المنشأ بمقتضى التشريع الوطني وبشروط متساوية مع الرجل ودون تمييز في المادة 2.

كما اوجب إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة الذي صدر بالتعاون مع اللجنة الخاصة بوضع المرأة واللجنة الفرعية الثالثة للجمعية العامة للأمم المتحدة، الذي تمت الموافقة عليه في 1967/11/07 بموجب قرارها رقم 2263 (د-22)، المساواة بين المرأة والرجل في جميع الحقوق وإزالة كل أشكال التمييز بينهما، كما أوجب على الدول اتخاذ جميع التدابير اللازمة التي تكفل للمرأة على قدم المساواة مع الرجل حقها في التصويت في جميع الانتخابات وفي ترشيح نفسها، وحقها في تقلد المناصب العامة.

أما فيما يخص الاتفاقية الخاصة بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، التي تعرف بالشرعية الدولية لحقوق المرأة، التي تم اعتمادها من طرف الجمعية العامة التي عرضتها للتوقيع والتصديق والانضمام بقرارها رقم 180/34 المؤرخ في 1979/12/18⁵ التي صادقت عليها الجزائر بتحفظ بموجب الأمر 03/96 المؤرخ في 1996/01/10⁶، فهي تهدف كذلك إلى السهر على تحقيق المساواة بين المرأة والرجل وإزالة كل تمييز بينهما، بحيث تشير في ديباجتها أن التمييز ضد المرأة يشكل انتهاكا لمبدأي المساواة في الحقوق واحترام كرامة الإنسان، ويشكل عقبة أمام مشاركة المرأة على قدم

بأن تكون مرشحة لمنصب معين أو بصورة غير مباشرة بأن تنتخب انتخاباً حراً من يمثلها¹. فمصطلح لكل شخص أو لكل فرد يدل على عمومية هذا الحق أي حق المشاركة في إدارة الشؤون العمومية مخول للجميع للمرأة والرجل على قدم المساواة. كما أكدت هذه المادة على أن إرادة الشعب التي يقصد بها إرادة النساء والرجال هي أساس السلطات وأن الإرادة يجب التعبير عنها في انتخابات نزيهة تعقد دورياً في استفتاء عام وبتصويت سري².

كما قد تم تفصيل هذا الحق أي حق المرأة في إدارة الشؤون العامة والتأكيد عليه في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية في المادة 25 منه³ أن لكل مواطن الحق والفرصة دون قيود غير معقولة أن يشارك في إدارة الشؤون العامة. فمصطلح مواطن يدل كذلك على عمومية هذا الحق بمعنى حق لكل من المرأة والرجل دون تمييز.

أما فيما يخص المواثيق الدولية ذات المضمون الخاص، فنجد كل من الاتفاقية الدولية للحقوق السياسية للمرأة لعام 1952 التي اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب القرار رقم 640 (د-7) المؤرخ في 1952/12/20 التي دخلت حيز النفاذ في 1954/07/07، التي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي 126/04 المؤرخ في 2004/04/19⁴ وحسب المادة 03 منها تهدف إلى المساواة بين الرجال والنساء في التمتع بالحقوق السياسية وفي ممارستها طبقاً لأحكام ميثاق الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق

¹ انظر منال فنجان علك، مبدأ عدم التمييز ضد المرأة في القانون الدولي والشرعية الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية 2009 لبنان ص 44.

² راجع المادة 21 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948

³ راجع المادة 25 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966

⁴ المرسوم الرئاسي 126/04 المؤرخ في 2004/04/19 الجريدة الرسمية العدد 26 المؤرخة في 2004/04/25.

⁵ عايدة ابوراس. مقال حول إتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز

ضد المرأة الدوحة قطر سنة 2012/2011

⁶ الجريدة الرسمية العدد 03 المؤرخ في 1996/01/14

قانونية دولية جديدة تنص ولأول مرة على اتخاذ إجراءات إيجابية لصالح المرأة¹.

وتطبيقا لهذه الاتفاقيات الدولية العامة والخاصة، كرسّت الجزائر الحقوق السياسية للمرأة في دساتيرها المتعاقبة وقوانينها الداخلية.

فالدستور الحالي المعدل بموجب القانون 01/16، يكرس الحقوق السياسية لكل المواطنين كالمشاركة في إدارة الشؤون العامة للبلاد دون تمييز بينهم بشرط أن تتوفر فيهم الشروط القانونية، وهذا الاعتراف بدأ من الديباجة، ففي دستور 1963 جاء فيها أن من أهداف ثورة الشعب بعد الاستقلال التعجيل بترقية المرأة قصد إشراكها في تدبير الشؤون العامة وتطوير البلاد. وهذا يدل صراحة على حرص الدولة بعد الاستقلال على ترقية ممارسة المرأة لحقوقها السياسية، وهذا ما جاء أيضا في دستور 1976 و 1989 أن الشعب الجزائري ناضل ويناضل دوما في سبيل الحرية والديمقراطية ويعتزم أن يبنى بهذا الدستور مؤسسات دستورية أساسها مشاركة كل جزائري وجزائرية في تسيير الشؤون العمومية.

وبالرجوع إلى مواد الدستور الحالي، يستخلص منه كذلك تكريس الدستور بصورة مطلقة مبدأ المساواة بين كل المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات بما فيها الحقوق السياسية في المادة 32، بإزالة كل العقبات التي تعوق تفتح شخصية الإنسان، وتحول دون مشاركة الجميع في الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية في المادة 34 وهذا ما نصت عليه جل الدساتير السابقة.

فحق الانتخاب أو التصويت هو الركيزة الأساسية للديمقراطية الحديثة. هذا الحق الذي لم يمنح للنساء في جميع دول العالم تقريبا خلال القرن التاسع عشر، وحتى بداية القرن العشرين باستثناء ولاية "ويومينغ" الأمريكية

المساواة مع الرجل في الحياة السياسية لبلدها، فقد عرّفت هذه الاتفاقية مصطلح التمييز ضد المرأة في المادة الأولى بأنه أي تفرقة أو استبعاد أو تقييد يتم على أساس الجنس ويكون من آثاره النيل على الاعتراف للمرأة بحقوق الإنسان والحريات الأساسية في الميادين السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمدنية أو في أي ميدان آخر أو إبطال الاعتراف للمرأة بهذه الحقوق أو تمتعها بها وممارستها لها بغض النظر عن حالتها الزوجية. كما تؤكد وتلزم الدول الأطراف في المادة 7 منها باتخاذ التدابير المناسبة للقضاء على التمييز في الحياة السياسية والعامة للبلد وبوجه خاص تكفل للمرأة الحق في:

أ- التصويت في جميع الانتخابات والاستفتاءات العامة، وأهلية الانتخاب لجميع الهيئات التي ينتخب أعضاؤها بالاقتراع العام.

ب- المشاركة في صياغة سياسة الدولة وتنفيذ هذه السياسة وفي شغل الوظائف العامة وتأدية جميع المهام العامة على جميع المستويات الحكومية.

ج- المشاركة في جميع المنظمات والجمعيات غير الحكومية التي تعنى بالحياة العامة والسياسية للبلد، التي يقصد بها حق المرأة في الإنشاء أو الانضمام إلى الأحزاب السياسية.

وتحظر الاتفاقية في المادة 4 تضمين القوانين أحكاما أو معايير خاصة بالمرأة وحدها دون الرجل إلا أنها تسمح بذلك بصفة مؤقتة بهدف الإسراع في تحقيق المساواة بين المرأة والرجل، على أن تلغى هذه الأحكام بمجرد تحقيق المساواة، كإجراء الكوتا الذي يعتبر إجراء مؤقتا وخاصة يشجع المرأة على التمثيل السياسي. وتعتبر هذه المادة من أهم مواد الاتفاقية باعتبارها جاءت بأية

¹ راجع المادة 04 من إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979



على هذا الحق دستور 1976 أنه يعد كل مواطن تتوفر فيه الشروط القانونية ناخبا (المادة 58).

أما بالنسبة لدستور 1989 فإن محتوى المادة 47 منه جاءت لتقرر لكل مواطن تتوفر فيه الشروط القانونية أن ينتخب أو ينتخب سواء كان امرأة أم رجلا دون تمييز، وأمام تبني الدستور التعددية السياسية لم يعد تقديم المترشحين يتم عن طريق الحزب الواحد، بل لكل الأحزاب بإمكانها تقديم مترشحين وفقا لقانون الانتخابات.

وأعاد الدستور الحالي النص على هذا الحق في المادة 62. ونظمه قانون الانتخابات 01/12 المؤرخ في 2012/01/12، بحيث حدد الشروط الواجب توافرها عند الناخب للتصويت والقيود الواردة على هذا الحق، فلم يميز بين المرأة والرجل عند التصويت ولا عند الترشح، حيث نص في المادة 30⁽⁵⁾ على الشروط الواجب توافرها عند الناخب أو الناخبة لممارسة حقها في التصويت وهو بلوغ 18 سنة كاملة يوم الاقتراع والتمتع بالحقوق المدنية والسياسية، وألا يكون في إحدى حالات فقدان الأهلية المحددة في التشريع المعمول به.

ولا يصوت إلا من كان مسجلا في قائمة الناخبين بالبلدية حسب المادة 04 منه⁶، ولا يسجل في القائمة الانتخابية كل من سلك سلوكا أثناء الثورة التحريرية مضادا لمصالح الوطن أو حكم عليه في جناية ولم يرد اعتباره أو حكم عليه بعقوبة الحبس في الجرح التي يحكم فيها بالحرمان من ممارسة حق الانتخاب وفقا للمادتين 09 و09 مكررا 1 والمادة 14 من قانون العقوبات... إلخ حسب المادة 05 من قانون 01/12.

التي قررت حقهن في التصويت سنة 1769، وتبعتها بعض الولايات، وكذلك نيوزلندا سنة 1792. وفي أعقاب نهاية الحرب العالمية الأولى سنة 1914، أقرت معظم دول العالم حق الانتخاب للنساء، فالدانمارك مثلا سنة 1915، والولايات المتحدة الأمريكية عام 1920، وتقرر هذا الحق في هولندا سنة 1921، وبريطانيا سنة 1927، بلجيكا في 1948 وسويسرا الدولة الديمقراطية إلا بمقتضى استفتاء 11/07/1971⁽¹⁾. في حين كان الحق في التصويت في فرنسا⁽²⁾ قبل 1848 محصورا على طبقات اجتماعية كالأغنياء أو الطبقة ذات المستوى التعليمي المحدد. وبقي محصورا على الرجال دون النساء حتى القرن 20 وما اعترفت به إلا بمقتضى المرسوم الذي أصدره الجنرال ديغول في 21/04/1944. فحق النساء في التصويت جاء جد متأخر في الدول الديمقراطية مقارنة بالجزائر التي كرسته بمجرد حصولها على الاستقلال.

حق الانتخاب هو الوسيلة لإسناد السلطة وطريقة لتولية الوظائف⁽³⁾، فهو الأداة التي تشارك بها المرأة بصورة غير مباشرة في إدارة الشؤون العمومية لاختيار ممثليها بكل حرية، وهو الوسيلة التي يتم من خلالها رقابة الحكام ومواجهة من يتولى رئاسة الدولة أو مواجهة النواب الذين يمارسون السلطة باسم الأمة⁽⁴⁾.

كرسته الدولة لكل المواطنين والمواطنات منذ الاستقلال في دستور 1963 في المادة 13 أنه "لكل مواطن استكمل 19 عاما من عمره حق التصويت"، وأكد

¹ انظر مسراتي سليمة، المرأة الجزائرية وحق الترشح في المجالس المنتخبة بين الاعتراف القانوني ومحدودية الممارسة، مجلة الفكر، العدد الثامن، جامعة محمد خيضر بسكرة ص 196.

² انظر مسراتي سليمة، مرجع سابق ص 192.

³ انظر غانم لحسن، الحماية الدستورية للحقوق السياسية للمرأة في الجزائر، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق بن عكنون 2012-2013. مرجع سابق ص 27

⁴ انظر غانم لحسن، المرجع السابق ص 29

⁵ راجع المادة 03 من قانون الانتخابات 01/12 المؤرخ في

2012/01/12، الجريدة الرسمية رقم 01 المؤرخة في 01/14/2012.

⁶ راجع المادة 04 من قانون الانتخابات 01/12

الأقل يوم الاقتراع، وأن يتمتع بجنسية جزائرية أو مكتسبة منذ 05 سنوات على الأقل... إلخ (المادة 90 ق01/12).²

حيث بلغ التمثيل النسوي في المجلس الشعبي الوطني 31.60% في الفترة التشريعية السابعة 2012-2017.

3-2 حق المرأة في الترشيح في المجالس الشعبية المحلية:

وحسب المادة 78 من قانون الانتخابات³ يشترط في المترشح أو المترشحة إلى المجلس الشعبي البلدي أو الولائي أن يستوفي الشروط المنصوص عليها في المادة 03 من هذا القانون، هذه بعض الشروط التي يراد من خلالها القول إن المرأة المترشحة تخضع لنفس شروط المترشح الرجل، فهي شروط غير تمييزية تطبق على كلا الجنسين.

ورغم هذه المساواة القانونية، إلا أنه لوحظ ضعف التمثيل النسوي في المجالس المحلية في الانتخابات التي سبقت بحيث قدرت نسبة المشاركة الإجمالية في المجالس المحلية من 2007 إلى 2012 بـ 0.73%.⁴

3-2 حق المرأة في التشكيلة الحكومية

رغم أن الدستور الحالي والنصوص القانونية تقر حق كل مواطن بمن فيه المرأة في تقلد المناصب العامة في الدولة، إلا أنه سجل تأخر حضور المرأة في الحكومات المتعاقبة، بحيث لم تتقلد هذه المناصب إلا بعد 20 سنة من الاستقلال، أي ابتداء من 1982 حين بدأت النساء تشارك في التشكيلة الحكومية حيث تقلدت امرأتان من

² راجع المادة 90 من قانون الانتخابات 01/12 المؤرخ في 2012/01/12، ج رقم 01.

³ راجع المادة 78 من قانون الانتخابات 01/12 المؤرخ في 2012/01/12

⁴ انظر طيبوني أميرة، الإطار القانوني للتمثيل السياسي للمرأة في الجزائر، مذكرة ماجستير، ص09، السنة الجامعية 2011/2012، ص105.

2- حق المرأة في الترشيح لمنصب عامة

انتخابية:

هذا الحق اعترفت به جل المواثيق الدولية التي تم التطرق إليها سابقا على قدم المساواة بين الرجل والمرأة، بحيث لا تقيم تمييزا إلا للشروط التي ينص عليها القانون. كما كرسته الدساتير الوطنية السابقة والدستور الحالي في المادتين 62 و63 وقانون الانتخابات 12/01 المنظم له. فقد تترشح المرأة لرئاسة الجمهورية أو لرئاسة المجالس الشعبية الوطنية أو الإقليمية.

2-1 حق المرأة في الترشيح لمنصب رئيس

الجمهورية

للمرأة الحق في الترشيح لرئاسة الجمهورية بشرط توفر الشروط⁽¹⁾ المنصوص عليها في المادة 87 من الدستور الحالي المعدل بموجب القانون 16/01، التي تعتبر شروطا غير تمييزية مفروضة لكلا الجنسين.

الأهم هو الوصول إلى القول إن الترشيح للوظائف الانتخابية مخول للمرأة بنفس الشروط كالرجل ولكن المشكل في الممارسة والواقع. وفي الجزائر أول امرأة ترشحت لرئاسة الجمهورية، هي السيدة لويزة حنون الأمينة العامة لحزب العمال في الانتخابات الرئاسية 2004 و2009، التي تلقت رسالة تشجيع من الرئيس المنتخب، كما ترشحت كذلك في 2009 وحاليا في الانتخابات الرئاسية 2014

2-2 حق المرأة في الترشيح لعنوية المجلس الشعبي الوطني

بالرجوع إلى الشروط الواجب توفرها للترشح لنيابة المجلس الشعبي الوطني، يلاحظ أنها لا تقيم تمييزا بين النساء والرجال الراغبين في الترشيح، حيث يشترط توفر الشروط المنصوص عليها في المادة 05 من قانون الانتخابات، إضافة إلى شرط بلوغ سن 25 سنة على

¹ راجع المادة 73 من دستور 1996 المعدل



السياسية، الاقتصادية والاجتماعية لدولهن. ولهذا أوجدت الدولة تدابير خاصة ومؤقتة من أجل تحقيق المساواة الفعلية بين الرجل والمرأة في ممارسة الحقوق السياسية، وهذا ما سيتم دراسته في الفقرة الموالية.

ثانيا /توسيع تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة

ظلت الممارسة السياسية في كل المجتمعات حكرًا على الرجال، وهذا حتى على مستوى الدول الديمقراطية الغربية رغم المساواة المنصوص عليها في الدساتير، فالجزائر واحدة من بينهم رغم تكريسها لمبدأ المساواة بين الرجال والنساء في الحقوق والواجبات في جميع دساتيرها المتعاقبة إلا أن المشاركة السياسية للمرأة ظلت ضعيفة.

إن الآليات القانونية الدولية المدمجة في التشريعات، تضع على عاتق الدول مسؤولية تكييف مبدأ المساواة بين الرجال والنساء في الواقع، عن طريق تدابير خاصة ومؤقتة تستهدف التعجيل بالمساواة الفعلية بين الرجل والمرأة، بحيث لا تعتبر تمييزًا وهذا حسب ما جاء في المادة 4 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة. ففي هذه الفقرة سيتم دراسة آليات توسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة في الفقرة الأولى ثم نتائج تطبيق هذه الآليات بعنوان ارتفاع معدل التمثيل النسوي في المجالس المنتخبة في الفقرة الثانية.

1-آليات توسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة (حسب القانون العضوي 03/12)

1-دسترة الحقوق السياسية للمرأة وإقرار آليات توسيع تمثيلها في المجالس المنتخبة

حيث تم دسترة الحقوق السياسية للمرأة بموجب التعديل الدستوري لسنة 2008 بموجب القانون 19/08 المؤرخ في 2008/11/15 المتضمن التعديل الدستوري في المادة 31 مكرر وفي المادة 35 من الدستور الحالي المعدل بالقانون 01/16، التي نصت على ما يلي (تعمل الدولة على ترقية الحقوق السياسية للمرأة بتوسيع حظوظ تمثيلها

الفترة الممتدة من 1982 إلى 1988 مناصب وزارية من بين 33 إلى 40 وزيراً¹. فالسيدة زهور ونيسي أول وزيرة للشؤون الاجتماعية سنة 1982.

وما بين سنة 1987 و2002 تولت امرأة وأحياناً امرأتان مناصب وزارية، ليرتفع المعدل نوعاً ما في الحكومة السادسة والعشرين في جوان 2002 بحيث تم تعيين 05 نساء واحدة كوزيرة وأربع كوزيرات مندوبات². إلا أن هذا العدد (عدد النساء في الحكومة) تراجع في حكومة سنة 2007 إلى ثلاث نساء واحدة كوزيرة "السيدة خليدة تومي" ووزيرتان مندوبتان "السيدة سعاد بن جاب الله" و"السيدة نوارة سعدية جعفر".

أما حكومة سنة 2012 فقد تشكلت من سبع وزيرات لأول مرة في تاريخ الجزائر ولأول مرة يتم تعيين هذا العدد من النساء بالرغم من أنه طرأت على هذه التشكيلة تغييرات.

ولكن ما يلاحظ أن المرأة في الحكومة لا تتولى مناصب وزارية ذات مسؤوليات كبرى أو وزارات سيادية كال دفاع والخارجية، وإنما يقتصر تقلدها على الحقائق الوزارية ذات الصبغة الاجتماعية، وهذا قد يدل على عدم وضع الثقة الكاملة في قدرات وكفاءة النساء أو ربما لطبيعة المرأة ودورها الرئيسي ألا وهو التربية والأسرة وبالتالي منحها تسيير قطاعات تتعلق بهذا الموضوع، أو لعدم توزيع المناصب السياسية وفق معايير موضوعية لا تمييزية.

حيث إن قلة تنصيب النساء على رأس الوزارات ظاهرة عالمية، فاشترك النساء في اتخاذ القرار لا يزال ضئيلاً، وهذا ما يمس بالديمقراطية التي لا تتحقق فعلاً إلا بعد المشاركة الفعالة للنساء في تحضير السياسة العامة للدولة ويصبح لهن الحق في المساهمة في تغيير البرامج

¹ انظر طيبوني اميرة، مرجع سابق، ص 110

² خالد حساني، حماية الحقوق السياسية للمرأة في التشريع الجزائري. مجلة المجلس الدستوري العدد 02 سنة 2013 ص 58

فالنساء كن غير ممثلات بشكل كاف في المؤسسات السياسية سواء كانت الوطنية أو المحلية المنتخبة وكذلك داخل الأحزاب السياسية، ونادرا ما توضعن في المقدمة على القوائم الانتخابية، إن لم نقل غائبات من القوائم تماما.

ومما يؤكد هذا الضعف⁴ في تمثيل المرأة ضمن المجالس المنتخبة، هو أنه في الوقت الذي أصبحت فيه مشاركة المرأة في الحياة السياسية هدفا أكيدا خلال هذه الألفية عبر دول العالم، وبعد مرور تسعة وأربعين عاما على استرجاع الجزائر سيادتها الوطنية، وخلال الفترة التشريعية 2007-2012 بقي تمثيل المرأة في المجلس الشعبي الوطني ضعيفا في حدود 30 امرأة من مجموع 389 نائبا أي 7.7%، و07 نساء من بين 144 عضو بمجلس الأمة أي 4.86%، كذلك وضعها على مستوى المجالس الشعبية البلدية والولائية، حيث لم يوجد من بين 1541 رئيس مجلس شعبي بلدي سوى 03 نساء، ولا وجود لامرأة ترأس المجلس الشعبي الولائي على المستوى الوطني وأنه مسايرة للتجارب السابقة عبر دول العالم في مجال ترقية تمثيل المرأة ضمن المجالس المنتخبة بما يفرضه منطق العدالة والديمقراطية، ويتماشى وطريقة الاقتراع المباشر المعتمدة عندنا في انتخابات المجالس المنتخبة، أخذ القانون بتطبيق النظام الإجباري للحصص ضمن قوائم الترشيحات، وفي المقاعد المحصل عليها من كل قائمة.

هذه الوضعية ليست خاصة بدول المغرب العربي، وإنما عرفت لها بلدان أخرى من العالم⁵. وبالتالي يقترح عموما تدبيران لتدارك سوء تمثيل النساء وهما: نظام الحصص أو المناصفة.

في المجالس المنتخبة، يحدد قانون العضوي كيفيات تطبيق هذه المادة).

وحسب عرض الأسباب¹ للقانون 03/12 المؤرخ في 2012/01/12 الذي يحدد كيفيات توسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة، فإن النص على المادة الجديدة 31 مكرر في الدستور قد ورد ضمن تطبيق برنامج فخامة رئيس الجمهورية في مجال تأسيسه للحكم الراشد وتفعيل مبادئ الديمقراطية والمساواة بين المواطنين والمواطنات، وتعزيز دور ومكانة المرأة الجزائرية داخل المجتمع.

والملاحظ كذلك أن المشرع ومن أجل الحفاظ على قيمة ترقية الحقوق السياسية للمرأة أصدر ذلك بموجب قانون عضوي يسمو على القانون العادي، وهذا يعتبر كذلك ترقية معيارية وتأكيدا على وجود إرادة سياسية صريحة من أجل ضمان ترقية فعلية للمرأة الجزائرية في مجال حقوقها السياسية وتوسيع تمثيلها في المجالس المنتخبة².

فمن الأسباب³ التي أدت بالدولة الجزائرية إلى إصدار القانون 03/12 المؤرخ في 2012/01/12 هو تشييد الدور الكبير للمرأة الجزائرية إبان الثورة التحريرية، وأثناء المساءة الوطنية التي مرت بها البلاد وبسبب حضورها الضعيف جدا في المجال السياسي وخاصة في المجالس المنتخبة مقارنة بالمجالات الأخرى كعالم الشغل أو التعليم... إلخ، مقارنة بتعدادها في المجتمع أو ضمن الهيئة الوطنية الناخبة رغم ما تفره الدساتير الوطنية المتعاقبة منذ 1963 من مساواة تامة بين المواطنين وعدم التدرع بأي تمييز بينهم يعود سببه إلى الجنس. ويرجع السبب كذلك للالتزامات الدولية للجزائر.

¹ انظر مشروع قانون عضوي يحدد كيفيات توسيع تمثيل المرأة في

المجالس المنتخبة. عرض الأسباب. سبتمبر 2011

² انظر بولقبع فريدة، الوظيفة التمثيلية للبرلمان الجزائري ماجستير

ص 113 جامعة الجزائر كلية الحقوق السنة الدراسية 2012/2013

³ انظر مشروع قانون عضوي يحدد كيفيات توسيع تمثيل المرأة في

المجالس المنتخبة. عرض الأسباب ص 2. سبتمبر 2011

⁴ انظر بولقبع فريدة، مرجع سابق ص 115

⁵ انظر فوزي أوصديق. تطور المركز القانوني للمرأة في الجزائر على

ضوء الإتفاقيات الدولية. ص 11. دراسات قانونية العدد 4 دورية فصلية

أوت 2009 تصدر عن مركز بصيرة للبحوث والإستشارات. دار

الخلدونية للنشر والتوزيع. القبة



ويعتبر النظام الإلزامي للحصص أكثر الأنظمة انسجاماً مع اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة في مادتها الرابعة. وأن النسبة المحددة في جميع التجارب الدولية لتوسيع مشاركة المرأة في المجالس المنتخبة تتراوح بين 20 و50%، مع تطبيق واسع لنسبة 30%⁴.

وتعود المطالبة بهذه النسبة أي 30% من دعوة المجلس الاقتصادي والاجتماعي⁵ في الأمم المتحدة في قراره رقم 15 لعام 1990 إلى مشاركة المرأة في هياكل السلطة ومواقع صنع القرار، والعمل على دعوة المجتمع رجال ونساء على تغيير المواقف المجتمعية السلبية المتحيزة ضد المرأة وتبني آليات وإجراءات تمكنها من الوصول إلى ذلك. وأكد هذا القرار منهاج عمل بيكين لعام 1995، الذي تم إدراجه كهدف ثالث ضمن الأهداف الإنمائية للألفية عام 2000.

وعليه، أقر المشرع الجزائري نسباً⁶ متفاوتة يتعين احترامها:

ففي انتخابات المجلس الشعبي الوطني:

20% - عندما يكون عدد المقاعد يساوي أربعة 4 مقاعد

30% - عندما يكون عدد المقاعد يساوي أو يفوق خمسة 05 مقاعد

35% - عندما يكون عدد المقاعد يساوي أو يفوق أربعة عشر 14 مقعداً

40% - عندما يكون عدد المقاعد يساوي أو يفوق اثنين وثلاثين 32 مقعداً

50% - بالنسبة لمقاعد الجالية الوطنية في الخارج.

⁴ عرض الأسباب للقانون العضوي 03/12 ص 03

⁵ انظر مايا مرسي. دور المرأة في المجالس المنتخبة، ورقة مفاهيمية لمؤتمر نحو المشاركة فاعلة ومستدامة للمرأة في المجالس المنتخبة. الجزائر يوم 10/12/2013 ص 3.

⁶ راجع المادة 02 من القانون العضوي 03/12 المؤرخ في 12/01/2012 يحدد كيفية توسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة جريدة رسمية رقم 01.

تعريف نظام الحصص أو الكوتا: يقصد به تخصيص عدد محدد من المقاعد داخل الهيئة النيابية لفئة محددة على أساس إقليمي أو لغوي أو ديني أو عرقي أو على أساس الجنس كالكوتا النسائية¹.

أنواع نظام الكوتا²:

أ- نظام الكوتا الإرادي (الاختياري): وهي الكوتا التي تقدمها الأحزاب السياسية وتكون نابعة من إيمان هذا الحزب بنظام الحصص ولا تكون مرتبطة بأنظمة أو تشريعات محددة.

ب- نظام الكوتا الإلزامي: ينقسم إلى نوعين: نظام الكوتا الدستوري ونظام الكوتا التشريعي.

نظام الكوتا الدستوري، ينص عليه الدستور وهي كوتا إلزامية على كل الأحزاب والحكومة عموماً مثل دولة تنزانيا يقر الدستور 20% في البرلمان و33% على المستوى المحلي في المناصب الحكومية.

نظام الكوتا التشريعي: هو نظام إجباري للحصص ينص عليه التشريع، بحيث يخصص للمرأة عدد محدد من المقاعد في الهيئات السياسية، وتطالب كل الأحزاب السياسية بأن تحتوي قوائمها على عدد محدد من النساء وهذا ما أخذت به الجزائر تطبيقاً للأحكام الدستورية المادة 31 مكرر من دستور 1996 وتطبيقاً للقانون العضوي 03/12 الذي اعتمد نظام الحصة لضمان تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة التشريعية أو المحلية.

وللدلالة على الزامية الأمر، استعمل المشرع فعل الالتزام "يجب" وألزم مترشحي الأحزاب أو الأحرار ضرورة وجود تمثيل النساء في جميع القوائم المقدمة من طرفهم³.

¹ محمد طيب دهمي تمثيل المرأة في البرلمان، دراسة قانونية لنظام الكوتا مذكرة ماجستير جامعة الحاج لخضر باتنة 2014/2015 ص 63

² انظر طيبوني أميرة، مرجع سابق ص 130

³ بولقيلع فريدة، مرجع سابق ص 114

النظام فترى أنه انتقاص من قيمة المرأة لأن الدستور ينص على المساواة بين الجنسين.

كما رأوا أن هذا النظام والقانون العضوي 03/12 يعتبر قانونا تعجيزيا خاصة في المناطق الريفية، بحيث لا يمكن تحقيق هذه النسبة لأن المرأة في هذه المناطق لا تمارس السياسة بسبب البيئة والظروف الاجتماعية التي تعيشها، وهناك من اعتبره مساسا بحرمة وعادات الأسرة الجزائرية.

ورغم هذه الانتقادات، صدر القانون العضوي 03/12 المؤرخ في 2012/01/12 المحدد لكيفيات توسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة، حيث فرض حدا أدنى من الحصص الخاصة للنساء لا يمكن التنازل عنها لتمثيل المرأة في المجالس المنتخبة (البلدية، الولاية والمجلس الشعبي الوطني) وأن عدم الالتزام بهذا الشرط يؤدي إلى رفض القائمة بكاملها، وأن الدولة تعهدت بمنح مساعدات مالية للأحزاب السياسية التي تمنح فرصا أكثر للنساء للترشح في انتخابات المجلس الشعبي الوطني أو انتخابات المجالس الشعبية المحلية، قصد تعزيز حظوظ تمثيلها في هذه المجالس المنتخبة.

ولكن القانون لم ينص على توسيع حظوظ تمثيلها في مجلس الأمة والحكومة والمناصب الإدارية العليا. كما كان على المشرع تحديد مدة تطبيق هذا القانون كتدبير استثنائي عند تحقيق المساواة الواقعية، والرجوع إلى المساواة القانونية.

وحسب عرض الأسباب لقانون 03/12 فإن عدم النص على تدبير يرمي إلى توسيع حظوظ تمثيل المرأة في مجلس الأمة، هو أنه طالما أن تطبيق النظام الإلزامي للحصص سيصل بالمرأة إلى المجالس الشعبية المحلية والوطنية، ويتحقق بذلك تمكينها من الترشح لانتخابات العضوية في مجلس الأمة، وبالتالي لا سبيل لوضع آلية لتوسيع مشاركة المرأة في هذا المجلس، فيما

انتخابات المجالس الشعبية الولائية¹:

30% - عندما يكون عدد المقاعد 35 ، 39 ، 43 ، و47 مقعدا
35% - عندما يكون عدد المقاعد 51 إلى 55 مقعدا.

انتخابات المجالس الشعبية البلدية:

30% - في المجالس الشعبية البلدية الموجودة بمقرات الدوائر وبالبلديات التي يزيد عدد سكانها عن عشرين ألف نسمة (20.000 نسمة).

وتوزع المقاعد بين القوائم بحسب عدد الأصوات التي تحصل عليها كل قائمة، وتخصص هذه النسب للمرشحات حسب ترتيب أسمائهن في القوائم الفائزة. وللدلالة على حرص المشرع في التطبيق والتنفيذ الصارم لهذا الإجراء وبغرض المحافظة على نسبة تمثيل النساء داخل المجالس المنتخبة، اعتبر كل قائمة ترشيحات مخالفة للنسب المشار إليها أعلاه مرفوضة، كما ألزم أن يكون استخلاف المترشح أو المنتخب بمرشح ومنتخب من نفس الجنس (المادة 06 من القانون العضوي 03/12).

نظام الكوتا²:

يعتبر نظام الكوتا إجراء خاصا، وهو تمييز إيجابي لصالح المرأة. جاء لمعالجة الهوة والفجوة الموجودة في التمثيل النسوي.

وهو إجراء مؤقت، هدفه ضمان الحد الأدنى للتمثيل النسوي، والتعجيل بعملية إدماج النساء في الحقل السياسي، وبمجرد تحقق الهدف الأساسي منه أي تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة يلغى هذا الإجراء.

هذا النظام الذي تبنته الجزائر دعمته أحزاب سياسية وأخرى عارضته فالأحزاب المشجعة لنظام الحصص، ترى أنه خطوة ضرورية من أجل تكريس مشاركة أقوى للنساء في الحياة السياسية. أما الأحزاب المعارضة لهذا

¹ راجع المادة 02 من القانون العضوي 03/12

² راجع المادة 04 من إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد

المرأة لسنة 1979



التمييز ضد المرأة في الحياة السياسية والعامّة للبلاد، على الدول أن تكفل لها على قدم المساواة مع الرجل الحق في المشاركة في جميع المنظمات والجمعيات غير الحكومية التي تعنى بالحياة العامة والسياسية للبلاد.

وبالرجوع إلى القانون 04/12 المتعلق بقانون الأحزاب السياسية، فإن الحق في الانخراط والمشاركة في حزب سياسي مخول لكل مواطن ومواطنة دون تمييز وهذا حسب المادة 03 في تعريف الحزب السياسي.

فالحزب هو الآلية التي توصل المرأة إلى الترشح وممارسة التمثيل في المجالس المنتخبة، ولكن ما يلاحظ أن الترشح بواسطة القوائم الحزبية يتطلب نشاطا حزبيا كبيرا ووجودا فعليا ودائما²، حتى تحوز المرأة ترشحا في ترتيب يضمن لها الفوز بالمقعد النيابي، وهذا ما تجده المرأة صعب التحقيق خاصة مع مسؤولياتها العائلية.

وقد تقدم المرأة ترشحها عن طريق قائمة حرة، تتطلب منها أيضا جهدا كبيرا من ناحية الاتصال الاجتماعي بالمواطنين وإقناعهم والحصول على توقيعاتهم على مستوى الدائرة الانتخابية حسب ما تنص عليه المادة 2/92 من قانون الانتخابات التي توجب تدعيم قائمة المترشح الحر بـ400 توقيع على الأقل من ناخبي الدائرة الانتخابية المعنية فيما يخص كل مقعد مطلوب شغله. فهذا الشرط ليس بالسهل تحقيقه من طرف امرأة لأنه يتطلب منها ممارسة وخبرة لإقناع المواطنين وكسب ثقتهم للحصول على توقيعاتهم.

والملاحظ كذلك أن ترشح المرأة غالبا هو اختيار قادة الحزب وليس من إرادتها المحضة، هذا الاختيار قد يتم وفق معايير غير قانونية، بحيث لا يستند فيها إلى معيار الكفاءة والقيادة في الحزب. إضافة إلى أنه حتى وإن شغلت المرأة مناصب في هياكل الحزب عادة ما تكون على مستوى القاعدة وتكلف بمهام اجتماعية خاصة بالمرأة والأسرة، بعيدة عن مناصب القيادة ومراكز اتخاذ

عدا إمكانية اللجوء إلى تخصيص مقاعد به للنساء أو التغيير الكلي في النظام الانتخابي لهذا المجلس.

وحسب عرض الأسباب فإن مسألة ترقية الحقوق السياسية للمرأة مسألة جد معقدة وبالغة الحساسية تتطلب متابعة تنفيذ هذه التشريعات، وبالتالي ألزمت الحكومة بتقديم تقرير تقييمي أمام البرلمان حول مدى تطبيق هذا القانون العضوي، عقب كل انتخابات للمجالس الشعبية البلدية والولائية والبرلمان.¹

وقد تم تطبيق هذا النظام للمرة الأولى في الانتخابات التشريعية، التي جرت في 2012/05/10 حين تمكنت المرأة الجزائرية من الحصول على 146 مقعد بالمجلس الشعبي الوطني من بين 462 مقعد أي بنسبة تمثيل 31.60%.

ولقد كشفت نتائج الانتخابات التشريعية 2012/05/10 أن تطبيق القانون العضوي 03/12 أفضى إلى ارتفاع معتبر، الأمر الذي جعل المرأة الجزائرية تحقق قفزة نوعية مقارنة بديمقراطيات عريقة. ويبقى أمام المرأة الجزائرية التي تمكنت من الولوج إلى أروقة البرلمان، أن تثبت أحقيتها في تمثيل المواطنين، وتبرز قدرتها في ممارسة مهامها النيابية على قدم المساواة مع الرجل، حتى تحافظ على ثقة الناخبين التي منحوها لها.

هذا القانون العضوي 03/12 فقد رفع الجزائر إلى مصاف الدول المتقدمة، بل وتجاوزت أعرق الديمقراطيات الغربية بالنظر إلى نسبة التمثيل النسوي داخل البرلمان، علما أن هذا القانون يبقى إجراء مرحليا لتحقيق المساواة الغائبة بين الجنسين في ممارسة الحقوق السياسية.

ب-وجوبية تمثيل المرأة في الأحزاب السياسية:

تنص المادة 07/ج من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، أنه من أجل القضاء على

² انظر مسراتي سليمة، مرجع سابق ص 197

¹ انظر عرض الأسباب للقانون العضوي 03/12 ص 04

نسبة من النساء ضمن الأعضاء المؤسسين حتى لا يحتكر الرجال هذه العملية لوحدهم.

أما في مرحلة المؤتمر التأسيسي للحزب، وهي المرحلة الثانية والهامة من مراحل تأسيس الحزب السياسي، الذي يعقد بغرض المصادقة على القانون الأساسي للحزب... إلخ³، فالمادة 24 فقرة أخيرة نصت على وجوبية أن يتضمن عدد المؤتمرين نسبة ممثلة من النساء تكون لهن نفس الفرصة لتحديد أهم التفاصيل للحزب وفي ما يخص هيئاته وقانونه الأساسي.

وينص المشرع في المادة 41 من القانون العضوي 04/12 على وجوبية وجود نسبة من النساء في الهيئات القيادية للحزب السياسي، وذلك لتجسيد مبدأ المساواة بين المرأة والرجل في ممارسة المسؤوليات السياسية على مستوى الحزب، وهذا ما يحفز المرأة على الترشح وممارسة التمثيل في المجالس المنتخبة في حال حصول الحزب على مقاعد برلمانية. فالأحزاب لها المسؤولية الكاملة في تشجيع أو إقصاء المرأة من المشاركة في الحياة السياسية.

وللمجتمع المدني المتمثل في الجمعيات دور كذلك في تشجيع المرأة على التمثيل والمشاركة في الانتخابات، فالبعض منها لها دور في تكوين المترشحات وتحسيسهن بمبدأ المساواة بين الجنسين، ففي سنة 2002 وبفضل المجتمع المدني أعيد الاهتمام وأعيد طرح مسألة ضعف أو قلة الوجود السياسي للمرأة⁴.

فالسياسة بالنسبة للمرأة حسب الأستاذة نادية أيت زاي في نفس المرجع هي معركة مستمرة، فإذا لم تكن لها الإرادة للمحاربة وللتمكن من الدفاع عن أفكارها فإنها

القرار في الحزب وهذا ما قاله السوسيولوجي والباحث حابي ناصر¹، وأضاف أن وجود المرأة ضعيف في اجتماعات الحزب التي غالبا ما تكون في أيام العطل الأسبوعية أو في المساء، حيث يجب الأخذ بآليات في ما يخص توقيت الاجتماعات وتوفير لهن مصالحي لحضانة الأطفال، وتكوين المنخرطات على القيادة الحزبية. حتى تتناسب معها ويكون بإمكانها التوازن بين مسؤولياتها العائلية والحزبية.

فالأحزاب السياسية تتخوف من ترشيح النساء، لأنها ترى أن ترشحها يبعد الناخبين نساء أو رجالا عن التصويت، كون الدراسات بينت أن الناخب يتجه إلى انتخاب الرجل².

وعليه وحرصا من الدولة في تحقيق المساواة الفعلية بين المرأة والرجل في مجال الأحزاب السياسية، تم تعديل هذا القانون بموجب القانون العضوي 04/12 المؤرخ في 12/01/2012 الذي جاء بجديد ولأول مرة نص على وجوبية وجود المرأة على كل مستويات الحزب السياسي للقضاء على اللامساواة الواقعية بين الجنسين، ومن أجل ضمان وصول المرأة إلى مناصب المسؤولية والقيادة في الحزب وبالتالي ضمان ترشحها في المجالس المنتخبة.

بالنسبة لمرحلة الانخراط، فإن المشرع لا يشترط شروطا تمييزية بين المنخرطين سواء كانوا نساء أم رجالا بلغوا سن الرشد القانونية ويحملون الجنسية الجزائرية. وهذا حسب المادة 10 من قانون الأحزاب السياسية.

وفي مرحلة التصريح بتأسيس الحزب السياسي نصت المادة 17 فقرة أخيرة من نفس القانون على وجوبية تمثيل

³ انظر مسراتي سليمة، المرجع السابق ص 210

⁴ Nadia AIT ZAI, Pratiques des Partis Politiques eu Egard à la Place des femmes dans leur fonctionnement et leur représentation, Colloque 18/03/2014 "place de la femme politique en Algeria."

¹ - Nadia AIT ZAI, Pratique des Partis Politiques eu egard à la place des femmes dans leur fonctionnement et leur représentation , Colloque du 18/03/2014 place de la femme politique en Algerie.

² انظر مسراتي سليمة، مرجع سابق ص 209



1997 الذي كان يضم 192 عضو في المجلس من بينهم 12 امرأة أي 6.25%، وتراجعت المشاركة السياسية للمرأة في المجلس الشعبي الوطني عام 1997 إلى نسبة 2.94% الذي بلغ عدد أعضائه 380 عضو من بينهم 11 امرأة فقط، ثم ارتفعت إلى 6.68% لعام 2002 الذي ضم 389 عضو من بينهم 26 امرأة، كما ارتفعت النسبة مجددا في 2007 بانتخاب 30 امرأة من بين 389 عضو أي بنسبة 7.71% ومع ذلك تبقى هذه النسبة ضئيلة مقارنة بوجودها في قطاعات أخرى¹.

فمن خلال هذه النسب يلاحظ التذبذب في المشاركة السياسية للمرأة على مستوى المجالس المنتخبة الوطنية، وهذا حسب كل مرحلة مرت بها الجزائر بحيث لم تتجاوز نسبة 10%. وبقي كذلك تمثيل المرأة في المجالس المحلية ضعيفا جدا، حيث بلغ عدد النساء المنتخبات في المجالس الشعبية البلدية سنة 1967 "20 امرأة"، وارتفع عددهن في المجالس الشعبية الولائية لسنة 1969 إلى 45 امرأة. إلا أنه اختفت نسبتهن تماما في السبعينيات والثمانينيات. غير أنه منذ الإصلاحات في بداية التسعينيات، ارتفع نسبيا تمثيل المرأة في المجالس المحلية، حيث ترشحت 1281 امرأة للانتخابات المحلية لسنة 1997 وانتخبت 75 امرأة، أما في المجالس الشعبية الولائية فقد ترشحت 905 امرأة ولم ينتخب سوى 62 امرأة. وبالنسبة للانتخابات المحلية 2002، فقد بلغ عدد المترشحات للمجالس البلدية 3679 ولم ينتخب إلا 147 امرأة، بينما ترشحت 2684 للانتخابات الولائية ولم ينتخب سوى 113 امرأة، إلا أن هذه النسبة ارتفعت عام 2007 حيث انتخبت 129 امرأة في المجالس الشعبية الولائية أي ما يمثل 13.44% أما في المجالس الشعبية البلدية فقد تم انتخاب 103 امرأة أي بنسبة 0.74%².

¹ انظر خالد حساني، حماية الحقوق السياسية للمرأة في التشريع

الجزائري. مجلة المجلس الدستوري العدد 02 سنة 2013 ص 58 و 59.

² انظر خالد حساني، مرجع سابق ص 60.

تضعف وتبقى في المناصب الثانوية ولا ترقى إلى مناصب صنع القرار.

حيث كان تمثيلها في المجالس المنتخبة ضعيفا، وبفضل الإصلاحات الدستورية والقانونية تطور معدل تمثيلها وهذا ما سيتم التطرق إليه.

2- تطور معدل التمثيل النسوي في المجالس المنتخبة

على الرغم مما نصت عليه المواثيق الدولية سالفه الذكر، التي انضمت إليها الجزائر، وما تضمنته الدساتير الجزائرية من تأكيد على المساواة بين الجنسين، الذي تجسد بالفعل في أغلب التشريعات الوطنية، إلا أن تمثيل المرأة الجزائرية بقي ضعيفا في مختلف المجالس المنتخبة السابقة، محلية كانت أو وطنية.

أ- معدل التمثيل النسوي قبل إدماج نظام الكوتا

حيث عرف التمثيل النسوي في مختلف الفترات التشريعية من 1962-2012 عدم استقرار، وهذا من خلال التغيير في النظام الوطني من نظام الحزب الواحد إلى نظام التعددية الحزبية، ومن نظام أحادية الغرفة إلى نظام المجلسين، حيث بقي عدد النساء في المجالس المنتخبة يتراوح ما بين 02 و30 امرأة وهذا لغياب آلية قانونية إلزامية تدعم تمثيل المرأة.

فمشاركة المرأة في البرلمان، بدأ منذ أن دخلت النساء في المجلس التأسيسي لعام 1962 وتم انتخاب 10 نساء آنذاك من بين 196 نائب بما يمثل 5%، مع الإشارة إلى أن هذه النسبة معقولة إذا أخذنا بعين الاعتبار حداثة استقلال الجزائر. بينما بلغ العدد 10 نساء في المجلس الوطني لسنة 1977 أي نسبة 3.66%، ثم تراجعت النسبة عام 1982 إلى 1.75%، لكن ارتفعت سنة 1987 إلى 2.36%، ثم ارتفعت إلى 10% في المجلس الاستشاري لعام 1992-1994، إلا أن هذه النسبة تراجعت في المجلس الوطني الانتقالي 1994-

كما أن هناك عائقا قانونيا هو تأخر الدولة عن المصادقة على الاتفاقيات الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية والاتفاقية المتعلقة بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979.

هذه الأسباب التي دفعت بالسلطات العمومية إلى المبادرة بترقية الحقوق السياسية للمرأة ضمن التعديل الدستوري لسنة 2008، واستتبع بقانون عضوي يوسع حظوظ مشاركتها في المجالس المنتخبة.

وبمجرد تطبيق نظام الكوتا للمرة الأولى في الانتخابات التشريعية، التي جرت في 2012/05/10 حين تمكنت المرأة الجزائرية من الحصول على 146 مقعد بالمجلس الشعبي الوطني من بين 462 مقعد بنسبة تمثل 31.6%. وذلك بفضل التعديل الدستوري لسنة 2008 وبصدور وتطبيق القانون العضوي 03/12 المؤرخ في 2012/01/12 الذي يحدد كيفية توسع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة.

ولإشارة، فإن الاتحاد البرلماني الدولي³ في تقريره لعام 2012 أوضح أن عام 2012 شهد تطورا ونموا أكبر في مشاركة المرأة في الحياة السياسية، مسجلا أكبر تقدم في ثلاث الدول التي تبنت لأول مرة نظام الحصص كالجزائر والسنغال وتيمور الشرقية.

وأبرز التقرير أن الجزائر هي أول الدول العربية التي حققت مشاركة النساء في المجلس الشعبي الوطني بنسبة 31.6% معتبرا ذلك إنجازا ملحوظا، والجدول أدناه يوضح ذلك مقارنة بالدول العربية الأخرى⁴ بحيث تليها تونس بنسبة 26.70%، ثم العراق بنسبة 25.20% فالسودان بنسبة 24.60%.

ب- أسباب ضعف المشاركة السياسية للمرأة والتحديات التي تواجهها البرلمانيات

تتعدد العوامل التي تعوق المشاركة السياسية للمرأة في الجزائر، بحيث تتمثل في سيطرة القيم الاجتماعية المبنية على التمييز بين الرجل والمرأة، التي ترى أن دور المرأة يقتصر في العمل الخاص بشؤون المنزل والأولاد، أما إدارة الدولة والمجال السياسي فإنه يعتبر مجالا غير آمن لمشاركة النساء فيه وأنه من مهام الرجال. كما يعود سبب ضعف المشاركة السياسية للمرأة في الجزائر إلى هيمنة القبيلة والطائفية على نظام¹ الانتخابات في بعض المناطق القليلة من البلاد، حيث يتم تقديم المرشح للانتخابات بوصفه ممثلا للقبيلة وليس كمواطن في المجتمع وهذا ما يقع غالبا في الجنوب والهضاب الجزائرية.

كما أن هناك غياب الوعي السياسي لدى المرأة والمعرفة القانونية، كون الدساتير في الفترة الاشتراكية كانت تحصر الوظائف القيادية على الأشخاص الذين ينتمون إلى الحزب الواحد، وغياب النظرة الديمقراطية.

ويعود كذلك سبب ضعف المشاركة السياسية للمرأة في الجزائر إلى الإحساس بالاغتراب في ثقافة برلمانية تهيمن عليها الذكورية²، فعادة ما يعبر العمل البرلماني عن مصالح متباينة وأحيانا متعارضة، ترتبط بعلاقات قوة متشابكة عادة ما يهيمن عليها مجموعة من الرجال البرلمانيين المتمرسين، وكثيرا ما يسهم في اختلال التوازن بين الجنسين داخل البرلمان، وبالتالي إحساس البرلمانيات الجدد باغتراب يؤثر سلبا على أدائهن. كما تعاني المرأة من السلوكيات والمواقف المتحيزة ضدها، بحيث عادة ما يقوم البرلمانيون الرجال بحصر البرلمانيات في دراسة ملفات تقليدية يرونها مناسبة لهن ولأدوارهن التقليدية، بحيث لا يمنحون لهن فرصة المشاركة في بعض اللجان الهامة التي يعُدونها حكرا على الرجال.

³ -انظر مايا مرسي، مرجع سابق ص 4

⁴ انظر مايا مرسي، المرجع السابق ص 5

¹ خالد حساني، المرجع السابق ص 62.

² انظر مايا مرسي، مرجع سابق ص 6.



2- والجدول الموالي يبين تطور التمثيل النسوي على مستوى المجالس الشعبية الوطنية من الاستقلال إلى يومنا هذا:¹

العدد الإجمالي نواب/أعضاء	عدد الرجال	عدد النساء	الفترات التشريعية
196	186	10	المجلس التأسيسي 1962
138	136	02	المجلس الوطني 1964
273	263	10	الفترة التشريعية الأولى 1982-1977
285	280	05	الفترة التشريعية الثانية 1987-1982
296	289	07	الفترة التشريعية الثالثة 1992-1987
60	54	06	المجلس الاستشاري الوطني 1994-1992
192	180	12	المجلس الوطني الانتقالي 1997-1994
380	365	15	الفترة التشريعية الرابعة 2002-1997
389	363	26	الفترة التشريعية الخامسة 2007-2002
389	359	30	الفترة التشريعية السادسة 2012-2007
462	316	146	الفترة التشريعية السابعة 2017-2012

يتضح من خلال الجدول أن نسبة التمثيل النسوي في المجلس الشعبي الوطني عرفت عدم استقرار منذ الاستقلال إلى يومنا هذا، بحيث ارتفعت بنسبة لم تعرف من قبل خلال الفترة التشريعية السابعة الممتدة من 2012-2017 لتصل إلى 31.6%.

بالإضافة إلى الجداول الموالية التي توضح نسبة التمثيل النسوي على مستوى بعض الأحزاب السياسية

¹ قراوي عبد النور، رئيس لجنة الشؤون القانونية والإدارية

والحريات. الكلمة الختامية لليوم البرلماني حول ترقية الحقوق السياسية

للمرأة في المجالس المنتخبة ليوم 2010/03/03 ص 142.

الدولة	البرلمان			مجلس الشورى		
	إنتخاب سنة	عدد المقاعد	عدد النساء	إنتخاب سنة	عدد المقاعد	عدد النساء
الجزائر	2012	462	146	2012	142	10
تونس	2011	217	58	/	/	/
العراق	2010	325	82	/	/	/
السودان	2010	354	87	2010	28	05
السعودية	2013	151	30	/	/	/
الإمارات	2011	40	07	/	/	/
المغرب	2011	395	67	2009	270	06
ليبيا	2012	200	33	/	/	/
الأردن	2013	148	18	2013	75	09
مصر	2011	508	10	2012	180	05
قطر	2013	35	00	/	/	/

الرابعة والسادسة تراوحت ما بين 14% و25%، لترتفع في الفترة التشريعية السابعة أي بعد صدور القانون 03/12 إلى 46% وهذا ما يبين إيجابيات القانون العضوي 03/12 وفعاليته في الرفع من نسبة التمثيل النسوي على مستوى الحزب.

إن هذه المعطيات تعكس الجهود المبذولة في مجال ترقية حقوق المرأة في بلادنا بعد مرور خمسين سنة فقط من الاستقلال، وتظل المناصب القيادية والمسؤوليات السامية في الدولة مفتوحة أمامها.³

خاتمة

من خلال ما سبق يتضح أن المرأة تتمتع بنفس الحقوق السياسية كالرجل، كرستها جل الدساتير والقوانين المتعاقبة. ولكن إشكال ضعف مشاركتها السياسية ومحدودية تمثيلها على مستوى المجالس الشعبية المنتخبة لا يعود إلى الدستور أو القانون الذي ينظمها وإنما يعود إلى التأثير الاجتماعي والأسري والثقافي على المرأة، بحيث إن غالبية أفراد المجتمع تسودهم أفكار أن الرجل هو المناسب لتولي المناصب العامة، ولا يمكن للمرأة أن تنافس الرجل في الحقل السياسي وإنما تكمل دوره فقط.

وبالتالي فهذه الفئات الاجتماعية القديمة لا يمكن تعديلها فقط بموجب نص قانوني وإنما لا بد من تضافر جهود على المستوى الرسمي والشعبي، لا بد من حملات توعوية إعلامية، ثقافية وتربوية⁴ كإدراج موضوع ممارسة المرأة لحقوقها السياسية في برامج التعليم الابتدائي إلى الجامعة ومعاهد التكوين، غرس في أفراد المجتمع أن المرأة لها نفس الحقوق السياسية كالرجل وبالتالي لها الحق في ممارستها ووصولها إلى مناصب صنع القرار، كما يجب محاولة تصحيح بعض المفاهيم النمطية العالقة في أذهان أفراد المجتمع.

فالمساواة القانونية لا تكفي وإنما لا بد من المساواة الفعلية، وذلك بإزالة العقبات والعراقيل التي تعيق المرأة في

الناشطة كحزب جبهة التحرير الوطني وحزب العمال خلال الفترات التشريعية.

التمثيل النسوي في حزب جبهة التحرير الوطني¹:

الفترة التشريعية	النساء
2017-2012	30%
2012-2007	7%
2007-2002	10%
2002-1997	00
1992-1987	3%
1987-1982	3%
1982-1977	5%

من خلال هذه النسب يتبين أن التمثيل النسوي على مستوى حزب جبهة التحرير الوطني عرف نسبة ضئيلة إلى منعدمة خلال الفترة التشريعية الأولى والرابعة، لترتفع خلال الفترتين التشريعتين الخامسة والسادسة بزيادة نوعا ما قليلة، لتصل إلى 30% خلال الفترة التشريعية السابعة وهي النسبة القانونية الدنيا الملزمة.

التمثيل النسوي على مستوى حزب العمال²:

الفترة التشريعية	النساء
2017-2012	46%
2012-2007	24%
2007-2002	14%
2002-1997	25%

من خلال هذه النسب، يتضح أن حزب العمال شجّع التمثيل النسوي قبل صدور القانون العضوي 03/12، بحيث عرف نسبا لا بأس بها خلال الفترة التشريعية

³ انظر كلمة السيد الوزير الأول، مرجع سابق ص 3

⁴ انظر غازي ربابعة، مرجع سابق ص 191

¹ انظر بولقاي فريدة، مرجع سابق ص 120

² بولقاي فريدة نفس المرجع السابق ص 123



-محمد طيب ديمي تمثيل المرأة في البرلمان، دراسة قانونية لنظام الكوتا مذكرة ماجستير جامعة الحاج لخضر باتنة 2014/2015

- غانم لحسن، الحماية الدستورية للحقوق السياسية للمرأة في الجزائر، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق بن عكنون 2012-2013.

- بولقيلع فريدة، الوظيفة التمثيلية للبرلمان الجزائري ماجستير ص113 جامعة الجزائر كلية الحقوق السنة الدراسية 2012/2013

النصوص القانونية:

النصوص القانونية الدولية العامة، المتخصصة:

النصوص القانونية الدولية العامة:

الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948
العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية
المؤرخ في 16/12/1966.

النصوص القانونية الدولية المتخصصة:

إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة لسنة 1967

الدساتير

دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
1963/09/10

دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
1976/11/22

دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
1989/02/23

دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
1996/11/28 المعدل بموجب القانون 01/16 المؤرخ
في 06/03/2016

النصوص التشريعية والتنظيمية

النصوص التشريعية

-الأمر رقم 96/03 المؤرخ في 10/01/1996 يتضمن الموافقة مع التحفظ على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979. ج.ر.03 مؤرخة في 14/01/1996.

مسارها السياسي، كالعراقيل الاجتماعية والثقافية والدينية وقد تكون اقتصادية كما نجد الدور المحتشم للأحزاب في المساهمة في تقديم النساء، بحيث تعترف بحق النساء في التصويت وليس كشركاء سياسيين، وبالتالي فلا بد من الاهتمام بالمرأة كمرشحة ومنتخبة وليس كناخبة من أجل الحصول على صوتها أثناء الاستحقاقات الانتخابية. كما يجب على الأحزاب أن تقوم بتكوين وتدريب قيادات سياسية في الأحزاب من خلال ملتقيات وندوات، لتولي المناصب الانتخابية أو غير الانتخابية.

فالكثير من الدراسات تشير نتائجها إلى أن النساء هن المحرك الرئيسي لتحقيق المساواة بين الجنسين، وأن تقوية المنظمات النسوية وتوسيع دور المرأة في الحياة العامة والسياسية، استراتيجية أساسية من أجل تحقيق مجتمع فعال للوصول إلى الديمقراطية المستدامة لخدمة مصالح المواطنين نساء ورجالاً¹.

فالدور السياسي للمرأة يرتبط بالدور السياسي للرجل وكلاهما جزء فعال من الحراك السياسي كله².

قائمة المصادر والمراجع

أولا / باللغة العربية

أ- كتب

-منال فنجان علك، مبدأ عدم التمييز ضد المرأة في القانون الدولي والشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية 2009 لبنان.

-محمد سيد فهمي، المشاركة الاجتماعية والسياسية للمرأة في العالم الثالث.

ب- الرسائل الجامعية

مذكرات ماجستير

- طيبوني أميرة، الإطار القانوني للتمثيل السياسي للمرأة في الجزائر، مذكرة ماجستير، ص09، السنة الجامعية 2011/2012.

¹ مايا مرسي، المرجع السابق ص06

² انظر محمد سيد فهمي، المشاركة الاجتماعية والسياسية للمرأة في العالم

الثالث، ص325

للمرأة في المجالس المنتخبة يومي 10 و 11 نوفمبر 2013.

-قراوي عبد النور. رئيس لجنة الشؤون القانونية والإدارية والحريات. الكلمة الختامية لليوم البرلماني حول ترقية الحقوق السياسية للمرأة في المجالس المنتخبة ليوم 03/03/2010.

-مسراتي سليمة، المرأة الجزائرية وحق الترشح في المجالس المنتخبة بين الاعتراف القانوني ومحدودية الممارسة، مجلة الفكر، العدد الثامن، جامعة محمد خيضر بسكرة.

-غازي ربابعة، دور المرأة في المشاركة السياسية. كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد خيضر بسكرة، مجلة الفكر العدد الخامس.

-مايا مرسي. دور المرأة في المجالس المنتخبة، ورقة مفاهيمية لمؤتمر نحو المشاركة فاعلة ومستدامة للمرأة في المجالس المنتخبة. الجزائر يوم 10/12/2013.

Coloque

-Nadia AIT ZAI,Pratique des Partis Politiques eu egard à la place des femmes dans leur foctionnement et leur représentation , Coloque du18/03/2014 place de la femme politique en Algerie.

-قانون الانتخابات 01/12 المؤرخ في 2012/01/12، الجريدة الرسمية رقم 01 المؤرخة في 2012/01/14.

-مشروع قانون عضوي يحدد كفاءات توسيع تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة. عرض الأسباب. سبتمبر 2011.

-القانون العضوي 03/12 المؤرخ في 2012/01/12 يحدد كفاءات توسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة جريدة رسمية رقم 01.

النصوص التنظيمية:

-مرسوم رئاسي رقم 126/04 المؤرخ في 2004/04/19 المتضمن التصديق على الاتفاقية بشأن الحقوق السياسية للمرأة المعتمدة في 1952/12/20 الجريدة الرسمية العدد 266 المؤرخة في 2004/04/25..

-مرسوم رئاسي 426/08 المؤرخ في 2008/12/28 المتضمن رفع التحفظ حول المادة 2/9 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979. ج.ر. 05 مؤرخة في 2009/01/21.

ه- المقالات والمجلات

المقالات

-أوصديق فوزي: تطور المركز القانوني للمرأة في الجزائر: دراسات قانونية العدد الرابع , دورية فصلية تصدر عن مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية دار الخلدونية للنشر والتوزيع الجزائر أوت 2009.

-عايدة ابوراس. مقال حول اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة الدوحة قطر سنة 2012/2011

-حساني خالد: حماية الحقوق السياسية للمرأة في التشريع الجزائري، المجلس الدستوري العدد 2013/02.

- كلمة معالي السيد الوزير الأول عبد المالك سلال، الملتقى الدولي حول المشاركة الفعلية والمستدامة

معايير المحاكمة العادلة في زمني السلم والحرب

كلمة الأستاذة: شريفه أمينة

أستاذة مساعدة قسم أ

كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الدكتور " الطاهر مولاي " سعيدة

خاتمة الدراسة

لقد سعى الإنسان منذ وجوده على سطح الأرض إلى تحرره من كافة أنواع القيود والعبودية من أجل حصوله على حريته، وتوفير أكبر قدر ممكن من الحقوق مع أكبر قدر ممكن من ضمانات لتلك الحقوق. فالتاريخ هو عبارة عن مجموعة من أحداث متسلسلة ومتواصلة عن محاولات الإنسان لاسترجاع حقوقه وحرياته والعمل على احترامها وصيانتها. نظرا للانتهاكات الصارخة التي تعرضت لها وحرمانه من حقوقه في كافة المجالات، إضافة على الظلم والقهر والاضطهاد السائد آنذاك⁽¹⁾.

غير أن الأحداث التي شهدها العالم بصفة عامة وأوروبا بصفة خاصة أثناء نشوب الحرب العالمية الثانية وما خلفته من دمار وضحايا، فاق الحدود، نتيجة ذلك، فقد كان الكائن البشري هو الأكثر مساسا بالدرجة الأولى. لذلك عملت الدول الحديثة على تحقيق مصالح المجتمع من جهة، ومصالح الفرد من جهة أخرى. إلا أن هذا ليس بالأمر الهين، لأن التوفيق بين المصلحتين أمر جد صعب. لذا كان الفكر الشيوعي يغلب المصلحة العامة على مصلحة الفرد. وبالتالي، فإن المتضرر هو هذا الأخير، والأكثر مساسا من حيث الحقوق والحريات. ونتيجة هذا الضرر، أصبح الاهتمام الدولي ينصب على مسألة حماية حقوق الإنسان، والضمانات التي ينبغي توافرها لهذا الغرض. فأمم تضارب حقوق المجتمع مع حقوق الإنسان، فإن حقوق الإنسان هي التي تعلق، طالما اعتبرت أنها قضية هامة تشغل العالم بأسره، لاسيما عمل الأمم المتحدة التي تعمل جاهدة من أجل تحقيق الرخاء التام، واحترام حقوق الإنسان باعتبارها مسألة أولية من بين الأهداف الأساسية التي تسعى إليها منظمة الأمم

المتحدة⁽²⁾، بعد أن أصبحت قضية حقوق الإنسان ملكا مشاعا وهما مشتركا، بل هي جزء لا يتجزأ من القانون الدولي المعاصر، تثبت للإنسان بمجرد ولادته لأنها لصيقة بشخصيته، حتى وإن أتى الفاعل بفعل يحظره القانون. ومن هذا المنطلق وجب على القانون صيانة حقوق الفرد المرتكب للجرم، أو محل المتابعة في إطار يسمى "الحق في المحاكمة العادلة". إذ يعرف بأنه إمكانية مقاضاة الفرد بشأن الاتهام الجنائي الموجه إليه أمام محكمة مستقلة محايدة منشأة بحكم القانون قبل اتهامه طبقا لإجراءات علنية يتاح له من خلالها الدفاع عن نفسه مع تمكنه من مراجعة الحكم الصادر ضده من قبل قضاء أعلى درجة من المحكمة التي حكمت عليه⁽³⁾.

انطلاقا من هذا التعريف، يتضح أن الحق في المحاكمة العادلة يقوم على معايير محددة مسبقا. فقد قننها القانون الدولي والتزم بها القوانين الوطنية، لأنها تمثل الحجر الأساس للمحاكمات العادلة حتى لا يحاكم المتهم ظلما. فالتساؤل يثور حول ماهية تلك المعايير وهل يجب الالتزام بها في زمني السلم والحرب؟

لقد حددت المواثيق الدولية⁽⁴⁾ معايير المحاكمة العادلة التي تراعى وتحظى بعناية تامة وقت السلم والحرب، لأنها ذات سمة عالمية ومحور الأمم المتحدة. فالغاية المبتغاة من جراء ذلك هي تحقيق العدالة ليس التطبيق الحرفي والفعلية لقواعد القانون الدولي وإنما إقامة التوازن بين الأطراف. لأن مهمة الإنصاف تنحصر في بيان مركز القوي والضعيف⁽⁵⁾. لهذا ستقتصر الدراسة على المعايير التي جاءت بها الصكوك الدولية، فمنها ما هو متعلق بالقضاء، ومنها ما تعلق بالمحاكمة، ومنها ما تعلق بالشخص محل المتابعة أي المتهم.



الدولة، ولا يقبل أن تحل محلها هيئة أخرى⁽¹⁰⁾ بما أنها حامية للحقوق والحريات. إذ تقول اللجنة المعنية لحقوق الإنسان التابعة لهيئة الأمم المتحدة بأنها: "حق مطلق لا يجوز أن يخضع لأي استثناءات". وبذلك يمكن تعريفها بأنها تحرر المحكمة أو السلطة القضائية من كافة المؤثرات، والضغوطات. مع مراعاة المبادئ العامة التي تحكم العدالة، من إنصاف وإحقاق الحق والمساواة. إذ يقول Jean Pradel: "إن النظرة الكلية لسير الدعوى الجنائية تحديدا لمسؤولية المتهم جنائيا اتساقا مع ضمانات عدالة المحاكمة تتطلب الحرص على تكافؤ الأطراف أو الخصوم بعيدا عن أي تأثير وهو ما يتعذر بلوغه ما لم تكن المحكمة مستقلة ومحايمة عن باقي السلطات وعن أطراف الدعوى التي تنظرها"⁽¹¹⁾. كما تعرفها المحكمة الأوروبية بأنها: "هيئة تمارس وظائف قضائية يحددها القانون للفصل في الأمور التي تقع في اختصاصها بناء على القواعد القانونية وفق إجراءات مقررّة".

وتجدر الملاحظة في هذا المجال أن اللجنة الأمريكية انتقدت نظام الاستقلالية من حيث الأحكام التي يصدرها القضاة مع مصالح الحكومة، من خلال نقلهم وعزلهم وتعيينهم، واستجابة القضاة للسلطة التنفيذية. كما حدث في "شيلي" عندما تقاعس القضاء في ممارسة سلطته، والتحقيق في الشكاوي المتعلقة بحقوق الإنسان.

وقد حظي هذا المبدأ باهتمام كبير من قبل الصكوك الدولية، وحتى الإقليمية منها. وذلك من خلال المادة 10 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والمادة 14 من العهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية، والمادة 37-د من اتفاقية حقوق الطفل، وحتى المادة 06-1 من الاتفاقية الأوروبية، المادة 08-1 من الاتفاقية الأمريكية، والمادة 07-01-د من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان.

قد أثبتت اللجنة الإفريقية انتهاك المادة 6 الناصة على الحق في النظر في القضايا المعروضة على القضاء، حيث إن الحكومة النيجيرية أصدرت مرسومين،

أولاً: المعايير المتعلقة بالقضاء

تعد المحاكمة العادلة حقا أصيلا من حقوق الإنسان، لذا خول له القانون الدولي حماية خاصة من خلال النصوص والمواثيق الدولية التي ينبغي اتباعها من قبل السلطات العمومية. وتتمثل هذه المعايير القضائية في مبدئين أساسيين: أولهما مبدأ استقلالية السلطة القضائية، وثانيهما مبدأ المساواة.

1- مبدأ استقلالية السلطة القضائية

لما كانت جميع وظائف الدولة مجتمعة في يد واحدة بحكم أن الطبيعة البشرية محبة للسلطة والتسلط، مما أدى حقيقة إلى الاستبداد والتعسف في الحقوق والحريات، لذا كانت الدعوة والمناداة إلى فصلها في أيدٍ متفرقة - طالما كانت السلطة مفسدة والسلطة المطلقة مفسدة مطلقة - حتى تتمكن كل هيئة من ممارسة وظيفة معينة، وتحقق ذلك في إطار ما يسمى بـ "مبدأ الفصل بين السلطات"⁽⁶⁾ تحقيقا لمجتمع ديمقراطي⁽⁷⁾. فمضمون هذا المبدأ هو توزيع وظائف الدولة وأعمالها المختلفة على هيئات متعددة مع وجود تعاون متبادل بينها بهدف ضمان حركية الدولة ومصالحها الأساسية من جهة، وضمان حرية الأفراد ومنع الاستبداد وتعسف الحكام من جهة أخرى.

فمبدأ الفصل بين السلطات يؤدي حتما إلى إتقان وظائف الدولة وحسن سيرها مما يوجب احترام شرعية القانون وحسن تطبيقه، وبالتالي يتضح أن "السلطة لم تعد ملكا للحاكم وأن الحاكم لم يعد إلا ممارسا للسلطة"⁽⁸⁾. في هذا المطاف رأيت اللجنة الأمريكية بأن المحاكم الجنائية في "نيكاراغوا" المتكونة من أعضاء الميليشيات وضباط منتميين إلى الحزب السياسي الحاكم تنتهك مبدأ الفصل بين السلطات.

ومما تقدم، فإن استقلالية السلطة القضائية⁽⁹⁾ ليست إلا نتاج مبدأ الفصل بين السلطات، عملا بشعار السلطة تحد السلطة. وبالتالي فهي الحجر الأساس للمحاكمة العادلة. فلا بد أن تكون منفصلة عن باقي سلطات

القضائية⁽¹⁶⁾ تعني اعتبار جميع الأفراد سواسية، مهما اختلفت مستوياتهم الثقافية، أو الاجتماعية، أو الاقتصادية... إلخ.

ومما سبق، يظهر التمييز بين المساواة القضائية والقانونية من خلال أن هذه الأخيرة مستمدة من وحدة الأصل الإنساني. أما القضائية، فهي تتحقق من حيث إصدار الأحكام وتطبيق العقوبات.

يعد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر في 1789 من أقدم المواثيق التي نصت على مبدأ المساواة. وهو ما ورد في مادته الأولى: "يولد الناس أحراراً ومتساوين في الحقوق...". كما جاء في إعلان الحقوق الدولية للإنسان⁽¹⁷⁾ في مادته الأولى: "من واجب كل دولة الاعتراف بمساواة حقوق كل الأفراد في الحياة والحرية والملكية وإعطاء الجميع داخل إقليمها كامل الحماية لهذه الحقوق دون أي تفرقة على أساس الجنسية أو الجنس أو العرق أو اللغة أو الدين".

وأكدت على ذلك المواثيق الدولية من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في مادته الأولى: "جميع الناس أحرار ومتساوون في الحرية والحقوق". وقد ورد التأكيد على ذلك في المادة 10 منه بقولها: "كل إنسان على قدم المساواة التامة مع الآخرين...". كما نصت المادة 14 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على المساواة القضائية بقولها: "الناس جميعاً سواء أمام القضاء...".

وفي نفس السياق، جاء في نص المادة 19 من إعلان القاهرة حول حقوق الإنسان في الإسلام أمام العدالة بنصها: "الناس سواسية أمام الشرع ويستوي في ذلك الحاكم والمحكوم...".

أما على المستوى الإقليمي، فقد نصت الاتفاقية الأمريكية على المساواة القانونية التي يتمتع بها الفرد أثناء سير الإجراءات في المادة 8 2 بقولها: "وخلال الإجراءات القانونية لكل شخص - على قدم المساواة التامة مع الجميع - الحق في الحصول على ضمانات...".

مضمونها تجريد المحاكم من النظر في الطعون المقدمة ضد المراسيم وفق ما تمليه المادة 6 من الميثاق الإفريقي، رغم أنها تنص على الحق في النظر في الطعون المقدمة ضد المراسيم. وهذا ما يمثل إهدارا للاستقلالية القضائية.

2- مبدأ المساواة

يعد مبدأ المساواة عمود المحاكمات القضائية، وهو ذو سمة عالمية ودستورية، إذ إن الدول أصبحت تعتمد عليه في أنظمتها السياسية، لأنه مفتاح الأنظمة الديمقراطية الحديثة⁽¹²⁾. ومقتضاه هو أن يكون جميع الأفراد في صف واحد من جانب الحقوق والحرية، متساوين في نظر القانون. فالمساواة هي المعاملة المماثلة للمراكز القانونية المتشابهة⁽¹³⁾ إلا أنها تختلف باختلاف المراكز.

إن المساواة متعددة الصور، منها المساواة أمام القانون، والمساواة أمام العدالة، والمساواة أمام الأعباء العامة، والمساواة أمام الضرائب، والمساواة الاجتماعية، والمساواة أمام المرافق العامة... إلخ. إلا أنه ما يهنا في هذا الصدد هو المساواة القانونية⁽¹⁴⁾ والمساواة القضائية، فالمساواة القانونية هي ما أقر به مجلس الدولة الفرنسي بأنها توحيد المعاملة بالنسبة للمراكز القانونية المماثلة. كما جاء في قرار صادر عن المحكمة الدستورية العليا المصرية في 19-05-1990 ما يلي: "صدارة مبدأ المساواة أمام القانون لباب الحرية والحقوق العامة في الدستور، لاعتباره أساس العدل والحرية، والسلام الاجتماعي، وعلى تقدير أن غايته صون حقوق المواطنين، وحياتهم في مواجهة صور التمييز التي تنال منها أو تقيدهن من ممارستها".

أما عن المساواة القضائية، التي يعرفها فقه المرافعات⁽¹⁵⁾ بأنها حق المواطن في اللجوء إلى القضاء مع عدم التمييز بين المتقاضين، أي كفالة اللجوء إلى القاضي الطبيعي أو القضاء دون قيد أو تضييق واستبعاد كل اعتبارات التمييز. ومنه فالمساواة



الالتهام، أي يعد متهما. وفي هذه الحالة، يسمى بالمتهم الجاني أو قد تكون الجريمة قد وقعت من غيره وفي هذه الحال يسمى بالمتهم البريء⁽²¹⁾.

وبالرغم من اتهام المتهم، فقد تثبت له حقوق من بينها: حق المتهم حضور جميع إجراءات التحقيق والجلسات، الاستعانة بخبير استشاري، طلب نذب قاضي التحقيق، حضور المحامي عند استجوابه، حق المتهم في إبداء أقواله أو في صمت⁽²²⁾، مقابل هذه الحقوق عليه واجبات تتمثل في تنفيذ جميع الأوامر الصادرة له في حدود القانون، الامتثال أمام المحكمة، والخضوع للآثار الناتجة عن الحكم⁽²³⁾.

2- حق الدفاع

لقد أجمعت التشريعات الدولية والوطنية على استعداد المتهم لإعداد دفاعه من خلال منحه المدة الكافية وكل التسهيلات لتمكينه من الدفاع عن نفسه واختيار محام بإرادته. وهذه ضمانات مهمة جدا لأنها حق أصيل يقتضي أن يحاكم المتهم حضوريا، ويكون الدفاع بنفسه أو بوكيله. وإن تعذر عليه ذلك، وجب على العدالة تزويده بمحام على حسابها. ويعرف حق الدفاع بأنه: "مجموعة الأنشطة الإجرائية التي يباشرها المتهم بنفسه أو بواسطة من يمثله. وذلك من أجل كفالة حقوقه ومصالحه ودرء التهمة الموجهة إليه"⁽²⁴⁾.

وتبدو أهمية حق الدفاع من خلال تأمين حقوق وحرية المتهم فهو حق طبيعي يراد منه تحقيق العدالة وهو ذو شقين: شق عام يحقق المصلحة العامة، وحق المجتمع من إحقاق الحق وتحقيق العدالة والإنصاف، أما الثاني فيشمل الحق الخاص أي الشخصي الذي يتمتع به كل فرد في استبعاد السوء عن نفسه أو تبرئتها أو تبرئة ذمته ودرء الشبهات بغرض الانتصار على الخصم.

إن حق الدفاع مقرر لصالح المتهم بالدرجة الأولى، ففي حالة انعدامه انعدمت المحاكمة العادلة والدليل على ذلك هو قرار المحكمة الأوروبية الذي يدين تركيا بسبب عدم تمكين " عبد الله أوجلان " زعيم الحزب الكردي التركي

ثانيا: المعايير المتعلقة بالمحاكمة

لما تتهم السلطات العمومية شخصا ما يكون محلا للتحقيق، فإنها تقوم بإجراءات وخطوات منصوص عليها قانونا مسبقا حتى لا تنتسف الحقوق. ومن البديهي أن نقول إن هناك إجراءات ومبادئ يتخذها القضاء باعتباره حامي الحقوق والحريات. فمنعنا للتعسف والظلم تدخلت نصوص قانونية ذات طابع دولي ترسم الحدود وتضع قيودا لكل من يحاول انتهاكها بهدف حماية حقوق الإنسان بصفة عامة ومعايير المحاكمة العادلة بصفة خاصة وهذا ما يمكن عرضه على التوالي.

1- الإحاطة بالتهمة وأدلتها

يعرف الاتهام بأنه: " تلك الصفة الطارئة وغير العادية، التي يوصف بها الشخص بعد تحقق مجموعة من الأدلة التي تظهر وأنه قد ارتكب جرما، قد أخل إما بحقوق الفرد، أو المجتمع أو هما معا"⁽¹⁸⁾. أما الإحاطة بالتهمة،⁽¹⁹⁾ فهي ضمانات أساسية للشخص المقبوض عليه، إذ يتعين أن يكون على علم بسبب القبض مع الدلائل القائمة ضده عن طريق توجيه الاتهام، ومساءلة المتهم عن التهمة المنسوبة إليه⁽²⁰⁾ مع ثبوت أقواله دون مناقشتها. ويقوم هو الآخر بمواجهة الأدلة القائمة ضده. ويتحقق هذا الإجراء بأن يبلغ الشخص على وجه السرعة، وبالتفصيل، وباللغة التي يفهمها، إذ أوضحت اللجنة الأوروبية أن يبلغ بلغة تتميز بالبساطة وخالية من التعقيدات الفنية، حتى يتمكن المتهم من فهمها، مع عرض الأسباب القانونية والوقائع المبررة لذلك الفعل. وهو ما تم النص عليه في المادة 14-3 أ من العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، المادة 8-2 ب من الاتفاقية الأمريكية بحيث اعتبرت هذا الإجراء حقا أصيلا للمتهم لا يمكن تقييده ولا تضييقه، إضافة إلى المادة 6-3 أ من الاتفاقية الأوروبية والمادة 14-3 من الميثاق العربي لحقوق الإنسان.

إن معيار الإحاطة بالتهمة يجزنا حتما إلى تعريف المتهم، فهناك من يعرفه بأنه الطرف الثاني في الدعوى، وهناك من يعرفه بأنه ذلك الشخص الذي أقامت سلطة الاتهام بالمطالبة ضده دعوى أمام القضاء لتوافر دلائل وقرائن قوية لتوجيه

3- قرينة البراءة

البراءة هي الأصل في الإنسان، والاستثناء هو الإدانة. وعلى هذا الأساس وجب أن يعامل الشخص محل التحقيق بأنه بريء، مهما بلغت جسامة الجريمة - في كل مراحل الدعوى - مع تمتعه بجميع الضمانات القضائية، إلى أن تثبت جهة قضائية مختصة إدانته. ومنه فهو معفى من إثبات براءته، وإنما عبء الإثبات يقع على عاتق النيابة العامة. لذلك السبب تتطلب قرينة البراءة سرية التحقيق وسرعته، لأن ذلك يضمن حماية كبيرة للمتهم، فهو يصون سمعته ويحفظ حقوقه⁽²⁷⁾.

تعتبر قرينة البراءة قرينة قانونية محضة قاطعة لا شك فيها⁽²⁸⁾ فهي تعني "التعامل مع الشخص المتهم على أنه بريء مهما بلغت جسامة الجريمة المنسوب إليه ارتكابها وفي أي مرحلة من مراحل الدعوى سواء مرحلة الاستدلال أم التحقيق أم المحاكمة، إلى أن يصدر حكم قضائي بات بإدانته لا يمكن الطعن فيه مع توفير كافة الضمانات القانونية لهذا الشخص في كل مراحل الدعوى"⁽²⁹⁾. وبالتالي فإن الاتهام يقع على عاتق القضاء فله أن يثبت الإدانة وليس على المتهم لأن براءته هي الأصل وللقاضي الاقتناع الذاتي⁽³⁰⁾ لأنها قاعدة قانونية ثابتة إلزامية للقاضي لا تحتاج إلى إثبات. ومن ثمة يرفض مبدأ افتراض الإدانة ويعفى المتهم من إثبات براءته.

وقد نصت على ذلك المادة 14-2 من العهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية، وكذا المادة السابق ذكرها من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وهي 11-1. وحتى المادة 16 من الميثاق العربي لحقوق الإنسان، المادة 11-1 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، المادة 6-2 من الاتفاقية الأوروبية، المادة 8-2 من الاتفاقية الأمريكية، المادة 7-1-ب من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، المادة 7 من الميثاق العربي لحقوق الإنسان. إلا أن المادة 9 من الإعلان العالمي الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن سنة 1789 كانت سابقة النص على هذا المبدأ بالنسبة لكل المواثيق هذه.

المعارض لسنة 1999 من حقه في الاتصال بمحاميه إلا بعد مرور سبعة أيام من استجوابه.

نظرا لأهمية حقوق الدفاع فقد تم النص عليها في المواثيق الدولية، أولها المادة 11-1 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والمادة 14-3-د من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية. ونفس المبدأ جاءت به المادة 6-3-ب من الاتفاقية الأوروبية، وكذا الاتفاقية الأمريكية في مادتها 8-2-ج ود. أما بالنسبة للمواثيق العربية، فقد تم النص على حق الدفاع في المادة 7-1-ج من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، والمادة 7 من الميثاق العربي لحقوق الإنسان وقد كان مضمون كل تلك المواثيق يسري في طريق واحد وهو الدفاع بأصالة أو بوكالة مع حق الاتصال بالمحامي بكل حرية وسرية.

وقد أثبتت اللجنة المعنية لحقوق الإنسان التابعة لهيئة الأمم المتحدة انتهاك حق المتهم في اختيار محام بنفسه من خلال منح أحد المتهمين قائمة المحامين العسكريين لاختيار أحدهم وإجباره على قبول محام يختاره المجلس العسكري رغم وجود محام مدني. وفي نفس الصدد، أقرت اللجنة الإفريقية بأن محاكمة " فيرا " و " أورتون " بالإعدام وحرمانهما من الدفاع لم تكن محاكمة عادلة⁽²⁵⁾.

أما بخصوص منح المدة الكافية لإعداد دفاع المتهم فإنها لم تحدد، وبذلك يمكن تقديرها من خلال منح الوقت للمتهم للاطلاع على ملف الدعوى من أدلة ومستندات والاتصال بمحاميه ومعرفة وقائع القضية. إلا أنه ينبغي مراعاة الأجل القانونية وبذلك يجوز الموازنة بين هذا الحق والمدة المعقولة لإعداد الدفاع. وفي حالة عدم كفاية الوقت جاز تأجيل القضية من طرف صاحب الشأن أو محاميه. وبهذا اعتبرت اللجنة المعنية لحقوق الإنسان التابعة لهيئة الأمم المتحدة أن محاكمة متهم بارتكاب جريمة قتل ومنح المحامي الجديد - بدلا من المحامي الأصلي - مدة أربع ساعات للتحدث مع المتهم وتهيئته للجلسة مدة زمنية غير كافية لإعداد الدفاع⁽²⁶⁾.



4- اتخاذ إجراءات كفيلة بالأحداث

يعتبر الحدث فئة خاصة من المجتمع أو كما يعبر عنه زبدة المجتمع، فهو يحتاج إلى عناية وحماية أكثر من الفئات الاجتماعية الأخرى. لهذا خصصت معظم التشريعات الدولية والوطنية إجراءات متميزة له، لأن مسؤولية الطفل مسؤولية نسبية مقارنة بمسؤولية الشخص البالغ. فالحدث هو الطفل أو الصبي أو النشء وهو ذلك الإنسان الذي لا يزال في طور النمو. أما الحداثة فهي: " المرحلة التي تتميز بمجموع الظواهر الحيوية الجثمانية والعضوية والنفسية التي ينتقل بها شخص الإنسان في طور التكوين والنمو الجسماني والنفسي بالوليد على طور التكوين والنمو الجسماني والنفسي المتعقلين بالبلوغ"⁽³¹⁾. وقد عرفته اتفاقية حقوق الطفل⁽³²⁾ بأنه كل شخص دون سن 18 ما لم يكن القانون الوطني قد حدد سناً أخرى للبلوغ، فلكل دولة أن تحدد سن الرشد بشرط ألا تحيد عن المعايير الدولية.

بما أن الحدث عديم الأهلية ويتميز بالنقص وعدم العرفان⁽³³⁾ نظراً لضعف قدراته وتفكيره وأنه عرضة للانحراف فقد نصت المادة 40-2- ب من اتفاقية حقوق الطفل بحماية خاصة للحدث تكفل له جميع الحقوق. كما نصت المادة 37 منها على إلزام الدول الأطراف بالأحكام التي جاءت بها الاتفاقية.

ومنه، فإذا ما كان الشخص المتابع حدثاً، أي قاصراً وجب اتباع إجراءات مناسبة لسنه. ذلك لأن مسؤوليته جزئية لا يسأل كلياً وهذا ما يتطلب الحماية اللازمة، والعناية الكافية والعمل على إعادة تأهيله. إذ نجد نوعاً من التخفيف والتدابير اعتمدها القانون من أجل الحفاظ على سمعته ونفسيته. لهذا وجب وجود نظام قضائي يقوم على أساس الرحمة والمنطق⁽³⁴⁾.

5- أن يحكم دون تأخير لا مبرر له

في هذه الضمانة بالذات، ينبغي أن نشير إلى نقطتين: أولاً هي المحاكمة دون تأخير⁽³⁵⁾ وثانياً أن تكون المحاكمة في مدة زمنية معقولة. فحتى يتحقق ذلك لا بد

من مراعاة التوازن بين حق المتهم في محاكمته في مدة زمنية معقولة، ومنحه الوقت الكافي لإعداد دفاعه كما سبق، والنظر المنصف في الدعوى ومحاكمته وإصدار الحكم. وبذلك فقد أثبتت اللجنة المعنية لحقوق الإنسان التابعة لهيئة الأمم المتحدة انتهاكاً لهذه الضمانة في قضية استغرق فيها النظر في الاستئناف في كندا نحو 3 سنوات، وكان السبب الرئيسي هو التأخر في إعداد محاضر الجلسات الذي استغرق 29 شهراً بين رفع الدعوى والاستئناف. وفي نفس السياق أصدرت المحكمة الأوروبية قرارين بتاريخ 03-05-2003 الأول يدين "أكرانيا" في قضية " STRANNIKIOV C. " UKRAINE بسبب تماطلها عن الفصل فيها، إذ رفع صاحب الشأن دعواه للاعتراف له بتأسيس مصنع الخشب في "كييف". فقد دامت محاكمته 8 سنوات و8 أشهر. ولهذا التأخر فقد أدين "أكرانيا" مع إلزامها بدفع تعويض قدره 2000 أورو تعويضاً عن الضرر المعنوي الذي لحق صاحب الشأن. أما الثاني فهو متعلق بقضية " GRICHTCHKIN et autre " ضد "أكرانيا" كذلك إذ تقدم " DENTECHENKO " - وهم ممثل عمال - بطلب مؤخرات أجورهم فحكمت المحكمة بمطالبهم. إلا أن "أكرانيا" لم تنفذ الحكم رغم مرور سنتين أو أكثر. لذلك حكمت المحكمة الأوروبية بمبلغ قدره 108000 أورو لصالح هؤلاء العمال تعويضاً عن الأضرار المعنوية التي لحقت بهم⁽³⁶⁾.

ومما سبق، وجب على السلطات أن تتميز بسرعة الفصل في النزاعات لأن ذلك يؤدي إلى إعاقة نظام العدالة من ناحية، ومن ناحية أخرى انتهاكاً لحقوق الإنسان كلما ثبتت تجاوزات في المحاكمات⁽³⁷⁾.

6- الاستعانة بترجم

تعد الترجمة من أساسيات المحاكمات الدولية كما يمكن اعتبارها شرطاً من شروطها، ذلك أنها تنقل الكلام بين أطراف الخصومة لاسيما المتهم إن كان لا يعرف ولا يتكلم ولا يفهم اللغة المستعملة أثناء الجلسة. فالترجمة

الصحافة في الإذاعة والجرائد والتلفزة والصحف. والحكمة من ذلك فرض الرقابة على القضاء، وزرع الطمأنينة في نفسية المتهم حتى لا يحاكم ظلما. ومن جهة أخرى تحقيق الردع للجمهور لكل من تسول له نفسه بالإتيان بفعل محظور فيكون المتهم عبرة له⁽³⁹⁾. وبالتالي فإن الاستثناء الذي يرد على هذه القاعدة وهي المحاكمة السرية في حالتين، وهما: القضايا المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة ومحاكمات الأحداث.

أما عن المداولات، فلا بد أن تكون سرية ولا يجوز الاطلاع عليها كما يحظر على القضاة البوح بسرية ما يدور في غرفة المداولة. وهذا ما أورده المادة 10 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمادة 1-14 من العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية وحتى الاتفاقية الأوروبية في مادتها 6-1 أما عن الاتفاقية الأمريكية فقد نصت على أن تكون الإجراءات الجزائية علنية وفق المادة 8-5 بقولها: "تكون الإجراءات الجزائية علنية إلا في حالات استثنائية تقتضيها مصلحة العدالة".

أما عن علانية النطق بالحكم، فهو تلاوة الحكم شفاهة في جلسة علانية وقد يكون المنطوق وحده أو مع إبداء الأسباب أمام الجمهور وإلا عد باطلا. والحكمة من وراء ذلك تدعيم الثقة والاطمئنان بالقضاء ضمانا للشفافية كما يهدف إلى الردع العام للمجتمع. وبذلك يشترط أن يكون الحكم ملازما للقضية محل النزاع من تحريره، وتحرير أسبابه، والتوقيع عليه، وأن يذكر فيه السند القانوني احتراماً لمبدأ الشرعية والجريمة، وأن يكون مشتملا لكافة البيانات الجوهرية⁽⁴⁰⁾.

3- المعايير المتعلقة بالشخص محل المتابعة

لقد فرض القانون قواعد تشكل ضمانات للمتهم ونظمها من حيث التطبيق للسريان الأمثل للقاعدة القانونية. فكل هذا وجد لصالح المتهم مع مراعاة حقوقه، وحياته. فإذا تم التقييد والتضييق من حرياته، وجب الحفاظ على حقوقه.

هي ترتيب محتوى القول بلغة أخرى ويكون له نفس المضمون فهي وسيلة تيسير سريان المحاكمة. كما يرى الفقيه " بلنج " بأن الترجمة نوع من الشهادة إذ يقول: " إن الترجمة نوع من الشهادة لأن المترجم يشهد بمحتويات المسند أو ما تضمنته القرارات دون أن يضيف جديدا" كما يعتبر البعض الآخر المترجم شخصا ثانويا في الخصومة إذ يتولى ترديد الأقوال باللغة التي يفهمها المتهم وباقي أطراف الخصومة وبالتالي فهو ليس إلا عونا قضائيا.

قد تكون الترجمة شفوية أو كتابية، فالأولى الغالبة في المحاكمات والأكثر تداولاً أثناء الجلسة. أما الثانية فهي متعلقة بتحرير وتدوين الوثائق والمحركات والمستندات وكل ما يتعلق بالقضية لصحة الإجراءات. وتكون كلا الترجمتين مجانا إذ دأبت اللجنة المعنية لحقوق الإنسان التابعة لهيئة الأمم المتحدة على أن هذا الحق ذو أهمية أساسية في القضايا التي يكون أطرافها يجهلون اللغة كما وضحت أن يكون هذا الحق دون مقابل أي على حساب المحكمة. إلا أن المحكمة الأوروبية أثبتت انتهاك هذا الحق عندما طلب من المتهم دفع نفقات المترجم بعد ثبوت وصدور حكم الإدانة⁽³⁸⁾.

ومنه، ينبغي أن يزود المتهم بمترجم أثناء المحاكمة، وتتكفل مصلحة العدالة بذلك في حالة ما إذا كان لا يفهم، ولا يتكلم اللغة المستخدمة في المحكمة. وهذا ما أورده المادة 14-3 ومن العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية. وكذلك المادة 6-3- ه من الاتفاقية الأوروبية، ونفس الشأن في المادة 8-2- أ من الاتفاقية الأمريكية.

7- علانية المحاكمة وعلانية النطق بالحكم

تقضي القاعدة العامة بأن تكون المحاكمات علنية، والمداولات سرية. مفادها السماح للجمهور والصحافة بحضور الجلسات ومتابعة كل ما يجري بداخلها من مناقشة، ومرافعات، وإجراءات. كما يمكن نشرها من قبل

1- مناقشة الشهود

بإمكان كل شخص تم إدانته أن يدفع شهود الاتهام عن نفسه، وأن يستعين بشهود النفي، وألا يكره على الشهادة ضد نفسه، أو الاعتراف بالذنب. وقد وردت هذه الضمانة في المادة 14-4 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والمادة 6-3 هـ من الاتفاقية الأوروبية، وحتى المادة 16-4 من الميثاق العربي لحقوق الإنسان. فالشهادة هي إبلاغ القاضي بواقعة ما، سواء كانت لصالح المتهم أم ضده. فهي ذات طبيعة أصلية لا تحتاج لطرق أخرى لتكتملتها فهي طريقة إثبات قائمة بذاتها وذات فعالية محدودة لا تكفي لإقامة الدليل إذ يستعين بها القاضي ولكن لا يعتد بها⁽⁴¹⁾.

وفي هذا الشأن صدر قرار عن المحكمة الأوروبية في 27 جويلية 2000 يدين إيطاليا بسبب عدم سماع شهادة لصالح السيد " pisano " المتهم بقتل زوجته بحجة أنه لم يقدم شهوده قبل فتح المحضر رغم أنه دفع بأنه لم تكن له معرفة عن مقر ذلك الشاهد فقررت المحكمة الأوروبية أنه بإمكانه تقديم الشهادة حتى بعد فتح المحضر وبالتالي محاكمته لم تكن عادلة⁽⁴²⁾.

2- عدم جواز معاقبة المتهم مرتين

من المفروض عدم جواز تعريض الشخص للمحاكمة مجدداً، أو للعقاب عن جريمة ما سبق أن أدين بها، أو برئ منها بحكم نهائي. وفقاً للقانون والإجراءات لكل دولة. فالقانون يطبق على الشخص الذي ارتكب الفعل في الحاضر أو المستقبل

ولا يعود عليه بالماضي لأن الفعل الإجرامي ينحصر في الحدود الزمنية التي تم ارتكابه فيها للفعل المحظور⁽⁴³⁾. وقد نصت على هذا المبدأ المادة 11-2 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ونفس المبدأ أكدت عليه الاتفاقية الأمريكية من خلال نص المادة 09.

3- حق الطعن

هو طريق طعن قضائي يسمح لكل فرد صدر ضده قرار أو حكم غير مرض، باللجوء إلى الجهة التي تعلق

الجهة المصدرة للحكم، أو مراجعة الأحكام القضائية الصادرة عن الدرجات الدنيا إلى الدرجات العليا. والهدف من ذلك هو القضاء على كل أشكال الظلم والاستبداد، حتى لا تتعسف حقوق المتهم، وضمانا لحقه في إعادة النظر في الأحكام التي تصدر في حقه⁽⁴⁴⁾. والطعن لا يؤثر سلبا على الطاعن عملا بقاعدة "لا يضر الطاعن بطعنه". وقد نصت على هذا الحق المادة 14-5 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، المادة 8-2 - ح من الاتفاقية الأمريكية، المادة 2 من البروتوكول السابع للاتفاقية الأوروبية واعتبرته المحكمة الأوروبية حقا أصيلا بموجب المادة 06 من الاتفاقية⁽⁴⁵⁾.

4- حق التعويض

يعد التعويض وسيلة لإصلاح الضرر، وإزالة كل أثر ناتج عن فعل خطأ⁽⁴⁶⁾. أما حق المتهم في التعويض فيعرف بأنه: "الحصول على ما يجبر الضرر ممن أوقع به، أو تسبب في وقوعه على المتهم في نفسه أو ماله"⁽⁴⁷⁾. ويتم تحديد التعويض الناشئ عن الأجهزة القضائية وفق قواعد القانون الدولي، ومبادئ العدالة والإنصاف⁽⁴⁸⁾. وقد وردت في هذا الشأن قضية "HENRI ROBERT" وهو مواطن أمريكي، تم توقيفه وحبسه لمدة 19 سنة دون محاكمته. بتهمة المشاركة في الهجوم على منزل شخص بالمكسيك يدعى " وانس ". فتقدمت الحكومة الأمريكية إلى لجنة تحكيم أمريكية مكسيكية بطلب التعويض عن إهمالها لمحاكمة HENRI ROBERT باعتبار ذلك خطأ يستوجب التعويض. وقد اهتمت معظم المواثيق بهذا الحق وذلك من خلال المادة 14-6 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، المادة 5-5 من الاتفاقية الأوروبية، المادة 10 من الاتفاقية الأمريكية، المادة 5 من مشروع الميثاق العربي لحقوق الإنسان، المادة 4-3 من مشروع حقوق الإنسان في الوطن العربي.

الخاتمة

والجنس واللغة أو الدين من شأنها خلق الظروف المواتية للاستقرار الضروري للعلاقات الدولية السلمية.

(3) عبد الرزاق عمر فخري الحديشي، حق المتهم في محاكمة عادلة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة الطبع 2005، الصفحة 85.

(4) على رأس المواثيق الدولية الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة في 10-12-1948 الذي تم التصويت عليه ب 48 دولة وامتنعت عن التصويت 8 دول والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الصادر في 1966 ودخل حيز التنفيذ سنة 1976 بعد أن صادقت عليه 138 دولة إلى غاية جانفي 1999. إضافة إلى اتفاقية حقوق الطفل التي أقرت في 20-11-1989 ودخلت حيز التنفيذ في 02-09-1990. كما اعتنى النظام الأساسي لمحكمة يوغسلافيا بهذه المعايير في المادة 21 منه. وكذلك المادة 21 من النظام الأساسي لمحكمة رواندا. وقد انتهت اللجنة التحضيرية التابعة للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة بإعداد مسودة القواعد الإجرائية الخاصة بالمحاكمة العادلة في 30-06-2000 وقسمت الضمانات إلى: ضمانات المتهم بعد القبض عليه وأثناء التحقيق وضمانات المتهم أثناء المحاكمة.

(5) بن عامر التونسي، أساس المسؤولية الدولية في ضوء القانون الدولي المعاصر، منشورات حلب، الطبعة الأولى، سنة الطبع 1995، الصفحة 217، 224.

(6) أول من أدرك هذه الفكرة هو الفيلسوف اليوناني " أفلاطون " في كتابه " القوانين " وسار عليها الفيلسوف اليوناني " أرسطو ". إلا أن هذه الفكرة حظيت بدراسة تفصيلية من قبل الفقيه " جون لوك " في كتابه " الحكومة المدنية " ثم جاء الفقيه الفرنسي " مونتسكيو " الذي صاغه بفكر قانوني ومنطقي في نظرية حديثة في كتابه " روح القوانين ".

(7) موسى بودمان، الفصل بين السلطات في النظام القانوني الجزائري، مجلة النائب بوطني، المحور التشريعي القانوني، العدد 2، سنة 2000، الصفحة 33.

(8) عباس عمار، تطور الرقابة البرلمانية في النظام السياسي الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون العام، سنة 2004-2005، الصفحة 20.

ينبغي أن نشير في الأخير إلى أن ما تقدم من معايير المحاكمة العادلة هو ما نصت عليه الاتفاقيات الدولية التي تعد ملزمة للدول الأعضاء فيها، وفق ما تمليه عليها إرادتها، إذ إن هدفها الأول هو تحقيق الرفاهية، والرفي للفرد، والعمل على ترقية حقوق الإنسان واحترامها، سواء كان ذلك في زمن الحرب أم زمن السلم. ما سبق، لم يكن إلا الحد الأدنى مما يجب توفيره من ضمانات، لذلك يتعين على كافة الدول الالتزام بها في قوانينها الداخلية. أما في حالة تعارض بينهما، فيجب تطبيق القواعد الدولية بدلا من القواعد القانونية الوطنية، حتى تتماشى القوانين الدولية مع القوانين الوطنية، كما هو معمول به في القانون الجزائري. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، قد نجد إهدارا لتلك الحقوق والضمانات في زمن الحرب، فمبدأ استقلالية القضاء ينعدم في هذا الزمن لأن النظام العسكري هو القائد والحاكم في وقت الحرب كما كان سائدا في بعض الدول المحتلة.

الهوامش:

(1) سحر محمد نجيب، التنظيم الدستوري لضمانات حقوق الإنسان وحرياته، دراسة مقارنة في بعض الدساتير العربية، دار الكتب القانونية، مصر، سنة الطبع 2011، الصفحة 07.

(2) قد ورد في ديباجة ميثاق الأمم المتحدة ما يلي: " نحن شعوب الأمم المتحدة وقد آلبنا على أنفسنا أن نؤكد من جديد إيماننا بحقوق الإنسان الأساسية في ظروف قوامها الكرامة والقيم الإنسانية والمساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة وبين الأمم كبيرها وصغيرها ". كما نصت المادة الأولى فقرة 3 من نفس الميثاق على أنه من أهداف الأمم المتحدة تحقيق تعاون دولي لحل المشاكل الدولية ذات الطابع الاقتصادي والاجتماعي والثقافي أو الإنساني وترقية وتشجيع احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للجميع دون تمييز بسبب العرق والجنس واللغة أو الدين. وقد نصت المادة 55 من ذات الميثاق على الاحترام العالمي لحقوق الإنسان والحريات الأساسية للجميع دون تمييز بسبب العرق

- (21) أحمد أبو الروس، المتهم، المكتب الجامعي الحديث، سنة الطبع 2003، الصفحة 15.
- (22) قد درس هذا المبدأ في عدة مؤتمرات من بينها المؤتمر الدولي الثاني عشر الذي عقدته الجمعية العامة لقانون العقوبات في مدينة " هاربورغ " بألمانيا سنة 1979 وكان المبدأ " التزام الصمت حقا مقررًا لكل متهم في الجريمة ". حسن بشيت خوين، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية، دار النشر والتوزيع، الجزء الأول، سنة الطبع 1998، الصفحة 152.
- (23) أحمد أبو الروس، المرجع السابق، الصفحة 18.
- (24) حاتم بكار، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، منشأة المعارف بالإسكندرية، دون سنة الطبع، الصفحة 235.
- (25) دفيد فيسبورت، دليل المحاكمات العادلة، منظمة العفو الدولية، دون دار نشر، دون سنة الطبع، الصفحة 201 وما يليها.
- (26) ديفيد فيسبورت، المرجع السابق، الصفحة 104.
- (27) ويشترط أن تكون قرارات التحقيق علنية بالنسبة للمتهم وسرية بالنسبة للجمهور.
- (28) حسين بطيمي، برمان القاضي والمتقاضى، مجلة الموثق، العدد 10، سنة 2003، الصفحة 29.
- (29) عبد الرزاق عمر فخري الحديثي، المرجع السابق، الصفحة 18.
- (30) François Lucaire, la protection constitutionnelle des droits et des libertés, Paris, sans la maison d'édition, sans l'année d'édition,, page 392.
- (31) نقلا عن عبد الحميد الشواربي، جرائم الأحداث، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة الطبع 2003، الصفحة 09.
- (32) المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في 20 نوفمبر 1989 ودخلت حيز التنفيذ في 02 سبتمبر 1990.
- (33) عصام أنور سليم، حقوق الطفل، المكتب الجامعي الحديث، سنة الطبع 2001، الصفحة 07.
- (34) القاضي غسان رباح، حقوق الحدث المخالف للقانون أو المعرض لخطر الانحراف، بيروت، الطبعة الأولى، سنة الطبع 2003، الصفحة 10.

- (9) نصت المادة 62 من دستور 1963 بأن استقلال القاضي مضمون بالقانون، أما دستور 1976 فلم ينص صراحة عليها وإنما نص على نزاعة القاضي، أما دستورا 1989 و1999 فقد نصا في المادتين 129 و138 على الاستقلالية القضائية.
- (10) وهو ما ورد في قرار مجلس الدولة الصادر عن الغرفة الرابعة في 06-05-2003، رقم الملف 005814 الفصل بين السلطات وتعديل الحدود الإقليمية للبلديات الناص على ما يلي: " لا يمكن للسلطة القضائية أن تحل محل السلطة المؤمّلة قانونا احتراما لمبدأ الفصل بين السلطات " مجلة مجلس الدولة، العدد 4، سنة 2003، الصفحة 12.
- (11) Jean Pradel, droit pénal, procédure pénale, tome 11, 5eme édition; année 1989 page 714.
- (12) Hyan Mrone, libertés publiques, sans maison d'édition, année 1992, page 05.
- (13) أحمد حامد البدرى محمد، الضمانات الدستورية للمتهم في مرحلة المحاكمة الجنائية، دار النهضة العربية، سنة الطبع 2002، الصفحة 31.
- (14) تنص المادة 29 من الدستور الجزائري 1996: " كل المواطنين سواسية أمام القانون".
- (15) أمال الفيزايري، ضمانات التقاضي، منشأة المعارف، الإسكندرية، الصفحة 35.
- (16) تنص المادة 140 من دستور 1996 بأن: " أسس القضاء مبادئ الشرعية والمساواة".
- (17) الصادر عن معهد القانون الدولي عقب دورة نيويورك في 12 أكتوبر 1929.
- (18) محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، دار الهدى، عين مليانة، الجزائر، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، سنة 1991، الصفحة 14.
- (19) وهو ما تم النص عليه في المادة 14 - 3 - أ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والمادة 6 - 3 - أ من الاتفاقية الأوروبية، والمادة 8 - 2 - ب من الاتفاقية الأمريكية.
- (20) حسب نص المادة 100 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

الأخير أن يكون صادرا بعقوبة أي صادرا بالإدانة غير البراءة، أن يكون الطعن على الأحكام الصادرة عن المحاكم العادية فالمحاكم الاستثنائية لا يجوز الطعن فيها إلا وفق القواعد المنصوص عليها قانونا، أن يتم الطعن في المواعيد المحددة قانونا وإلا أصبح حكما باتا. رمزي رياض عوض، الرقابة على التطبيق القضائي لضمانات المحاكمة العادلة المنصفة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، سنة الطبع 2005-2006، الصفحة 173.

(46) محمد بو سلطان، مبادئ القانون الدولي العام، الجزء الأول، دار الغرب للنشر والتوزيع، سنة 2002، الصفحة 121.

(47) نقلا عن حاتم بكار، المرجع السابق، الصفحة 529.

(48) بن عامر التونسي، المرجع السابق، الصفحة 222.

(35) نصت عليه المادة 14-3 ج- من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، المادة 5-3 من الاتفاقية الأوروبية، المادة 7-5 من الاتفاقية الأمريكية، المادة 7-1-د من الميثاق الإفريقي.

(36) العربي بوكعبان، معايير المحاكمة العادلة في القانون الدولي لحقوق الإنسان، مجلة العلوم القانونية والإدارية، دورية علمية محكمة تعني بالدراسات القانونية والإدارية تصدرها كلية الحقوق بجامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، العدد الثاني، مكتبة الرشد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الإيداع القانوني 195-2005، سنة 2005، الصفحة 68.

(37) Vincent Berger, jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme, édition Sirey 8eme édition, page 354.

(38) أبو العلا علي أبو العلا النمر، دور المستشار القانوني في عقود التجارة الدولية، دار الكتب القانونية، سنة الطبع 2003، الصفحة 76 وما يليها. حاتم بكار، المرجع السابق، الصفحة 234.

(39) يقول خطيب الثورة الفرنسية " ميرايو ": جيتوني بقاض كما تشاؤون متحيز أو مرتش أو عدواني إن شئتم ذلك لا يهم مادام أنه لا يفعل شيئا أمام الجمهور".

(40) تتمثل هذه البيانات في صدور الحكم باسم الشعب، اسم المحكمة، أسماء القضاة الناظرين في الدعوى، النيابة العامة، كتاب الضبط، أسماء الخصوم، صفاتهم، تاريخ ومكان وقوع الجرم، دفاعهم، تاريخ الجلسات التي نوقشت فيهم القضية، تاريخ صدور الحكم الفاصل في الدعوى.

(41) حسين بطيمي، المرجع السابق، الصفحة 28.

(42) revue universelle des droits de l'homme, volume 12, n°10 – 12 page 430 .

(43) وهو ما يتوافق ومبدأ عدم رجعية القانون وفق المادة 02 من القانون المدني الجزائري بنصها: " لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل ولا يكون له أثر رجعي".

(44) حاتم بكار، المرجع السابق، الصفحة 39.

(45) إن الطعن لا يكون قانونيا إلا بتوافر مجموعة من الشروط تتمثل في: أن يكون الطاعن طرفا في الدعوى عملا بقاعدة " لا مصلحة لا دعوى"، أن يكون الطعن مقتصرًا على حكم فلا يجوز الطعن بغير حكم ويشترط في هذا

أساس المسؤولية عن الأضرار الناتجة عن عمليات التلقيح الإجباري على ضوء التشريع والقضاء الجزائري والفرنسي

كـ الأستاذ: عبد القادر يخلف
-الباحث في القانون الطبي من جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان - الجزائر

الجزائري الأفراد بالقيام بعمليات التلقيح الإجبارية - التطعيم²؛ بحيث تعتبر هذه العمليات من الأنشطة التي تقوم بها دولة³ بهدف الحيلولة من الأمراض والوقاية منها⁴، وتتكفل الدولة بوضع القواعد الخاصة بالحماية الصحية لضمان صحة الشخص وبالخصوص صحة الأطفال، ومن ثم منع انتشار الأمراض داخل المجتمع⁵ عن طريق جعل التلقيح إجراء إجباريا وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة الأولى من المرسوم رقم 69-88 الصادر في 17 جويلية 1969 المتضمن بعض أنواع التلقيح الإجباري⁶، والمادة 55 من قانون حماية

² وأصل مصطلح التلقيح - التطعيم - Vaccination - مشتق من كلمة - Vacca - وهو مصطلح لاتيني ومعناه "البقرة" ويرجع الفضل في عملية التلقيح إلى العالم - Jenner - الذي نجح في تحضير لقاح ضد مرض الجدري؛ أنظر، نصر الدين مروي، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والقانون المقارن والشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، ط.1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2003، ص.59.

³ لأن قانون حماية الصحة وترقيتها يخاطب جميع المصالح الصحية، وليس المستشفيات والعيادات فحسب، كمصالح الوقاية التابعة للبلديات ومراكز المراقبة الصحية في الحدود، وعلى مستوى المؤسسات التربوية وغيرها، مما يبين المفهوم الواسع لقانون الصحة العمومية وشموله للقانون الطبي؛ أنظر، سليمان حاج عزام، المسؤولية الإدارية للمستشفيات العمومية، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2010-2011، الهامش الأول، ص.133.

⁴ أنظر، سليمان حاج عزام، المرجع السابق، ص.134.
⁵ أنظر، مراد بدران، أساس المسؤولية المترتبة عن عمليات التلقيح الإجباري، الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، يومي 23 و24 جانفي 2008، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص.01.

⁶ المرسوم رقم 69-88 مؤرخ في 17 يونيو 1969 المتضمن بعض أنواع التلقيح الإجباري، ج ر عدد 53، مؤرخة في 20 يونيو 196، المعدل والمتمم بالمرسوم رقم 85-282 المؤرخ في 11 جانفي 1985.

خطبة البرد المقدمة

المبحث الأول: مسؤولية المرافق الطبية على أساس الخطأ عن عمليات التلقيح الإجباري

المطلب الأول: مسؤولية المرافق الطبية على أساس الخطأ الجسيم

المطلب الثاني: مسؤولية المرافق الطبية على أساس الخطأ البسيط

المبحث الثاني: مسؤولية الدولة دون خطأ عن عمليات التلقيح الإجباري

المطلب الأول: كيفية ظهور مسؤولية الدولة دون خطأ عن عمليات التلقيح الإجباري

المطلب الثاني: شروط تقرير المسؤولية دون خطأ عن عمليات التلقيح الإجباري

الخلاصة

المقدمة:

أدى التقدم العلمي وخاصة في مجال العلوم الطبية إلى ضرورة اتخاذ بعض التدابير الوقائية والعلاجية بقصد حماية المصلحة العامة في المجتمع¹، وضرورة تفضيل هذه المصلحة على المصلحة الفردية للشخص. ومن مظاهر حماية المصلحة العامة ألزم المشرع

¹ والذي يعتبر حق مكفول دستوريا لكل مواطن بموجب المادة 54 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الصادر بتاريخ 28 نوفمبر 1996، ج.ر العدد 76 لسنة 1996، المعدل والمتمم لسنة 2008، والتي تنص على أنه: "الرعاية الصحية حق للمواطنين. تتكفل الدولة بالوقاية من الأمراض الوبائية والمعدية وبمكافحتها".



فبخصوص المسألة الأولى فهي تخرج عن نطاق دراستنا ولكن نقول أنه تقع على الرافض العقوبات المنصوص عليها قانوناً⁶، والمذكورة في المادة 14 من المرسوم رقم 69-88 المذكور أعلاه⁷، حيث يتميز التطعيم الإجباري بطابع عقابي أيضاً⁸. أما عن المسألة الثانية فهي محل دراستنا، فقد تقع مسؤولية شخصية⁹ على الأشخاص العاملين في المرفق الطبي العام - فمستبعد التطرق إليها بحكم طبيعة الموضوع - وقد تقع مسؤولية إدارية¹⁰ - وهو محل بحثنا - ولكن المشرع الجزائري قد أغفل النص على أساس هذه المسؤولية.

ونشير أنه بالرغم من أن كل مسؤولية سواء تعلق الأمر بالقانون الخاص أو العام تقتض ثلاث شروط هي: وجود الضرر وإمكانية ربط هذا الأخير بشخص محدد ونقصد بها الرابطة السببية وأخيراً العمل المحدث للضرر، إلا أنه في فلسفة القضاء الإداري قد تقوم

الصحة وترقيتها إذ نصت على أنه " يخضع السكان للتطعيم الإجباري المجاني قصد الوقاية من الأمراض العفنة المعدية"¹.

إذن فالتلقيح الإجباري هو عبارة عن التزام قانوني مفروض من قبل المشرع لصالح المجتمع، فلا يملك الشخص بصدده الحرية في القيام به أو عدم القيام به²، بمعنى أنه ليس عقد طبي يكون برضا المريض³ بل هو إجراء وقائي وإلزامي على الجميع⁴.

إلا أن السؤال يثور في مسألتين، المسألة الأولى هي في حالة عدم امتثال الأشخاص لهذا التلقيح الإجباري، فهل تقع عليهم مسؤولية؟ أما المسألة الثانية هي في حالة القيام بهذا التلقيح الإجباري إلا أنه وقع ضرر على متلقي هذا التلقيح وهو ما يعرف بالمعالج⁵، فأى نوع من المسؤولية يمكن أن تقع؟.

¹ أنظر المادة 55 من القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16/02/1985، المتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها، المعدل والمتمم، ج.ر. العدد 08 لسنة 1985.

² أنظر، مراد بدران، المرجع السابق، ص.01؛ أنظر كذلك، عبد الكريم مامون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، رسالة دكتوراه دولة في القانون الطبي، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2004-2005، ص.163.

³ نصت على رضا المريض المادة 154 من قانون حماية الصحة وترقيتها، والمواد 42-44-45 من المرسوم 92-276 المتعلق بمدونة أخلاقيات الطب؛ أنظر كذلك، عبد الكريم مامون، المرجع السابق، ص.163.

⁴ Jacques MOREAU-Didier TRUCHET, Droit de la santé publique, 5^{ème} édition, Dalloz, 2000, p.p.224-225.

⁵ فالمعالج تسمية أوسع من تسمية المريض، فليس كل معالج مريض، ولكن كل مريض معالج. بمعنى أنه يمكن أن يكون المعالج غير مريضاً مثل أن يكون محل عمل طبي كتلقي دواء لأجل الوقاية من مرض وهو ما نعينه في محل دراستنا المتعلق بالتلقيح الإجباري. ونعني بكل مريض معالج أن المريض لا محال سيكون محل تصرف طبي ومذا لأجل العلاج من المرض. وقد ظهرت تسمية معالج من قبل قرار مجلس الدولة الصادر في 3 نوفمبر 1997، لمعرفة أكثر تفاصيل عن هذا القرار أنظر، كريمة عباشي، الضرر في المجال الطبي، مذكرة

ماجستير في قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، تهميش رقم 01، ص.85.

⁶ أنظر، مراد بدران، المرجع السابق، ص.01.

⁷ والعقوبة مثثلة في: غرامة تتراوح بين 30 و500 دج، والملاحظ هنا أن الغرامة قليلة جداً بالنسبة للخطر الذي سيقع على الشخص الرافض للتطعيم المذكورين في المادة 13 من ذات القانون، وكذلك على الخطر الذي سيقع على أفراد المجتمع.

⁸ Jacques MOREAU-Didier TRUCHET, op.cit., 225.

⁹ ويكون ذلك نتيجة خطأ شخصي يستوجب المسؤولية الشخصية، لمعلومات أكثر عن هذا الخطأ، أنظر، أحمد عيسى، مسؤولية المستشفيات العمومية (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي، الطبعة الأولى، 2008، ص.48-49.

¹⁰ الخطأ الذي ينسب إلى المرفق العام حتى ولو كان الذي قام به مادياً هو أحد موظفي الإدارة، كما عرف بأنه الخطأ الذي يشكل إخلالاً بالتزامات وواجبات قانونية سابقة عن طريق التقصير والإهمال الذي ينسب إلى المرفق العام ذاته ويعقد المسؤولية الإدارية، أنظر، عتيقة بلجل، المسؤولية الإدارية الطبية عن عمليات نقل الأعضاء البشرية، رسالة دكتوراه في القانون الإداري، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2011-2012، ص.103 ومايلها.

وعلى ضوء ما سبق سنعالج هذا البحث وفق الخطة التالية:

المبحث الأول: مسؤولية المرافق الطبية على أساس الخطأ عن عمليات التلقيح الإجباري

المطلب الأول: المسؤولية على أساس الخطأ الجسيم

المطلب الثاني: المسؤولية على أساس الخطأ البسيط

المبحث الثاني: مسؤولية الدولة بدون خطأ عن عمليات التلقيح الإجباري

المطلب الأول: كيفية ظهور مسؤولية الدولة بدون خطأ عن عمليات التلقيح الإجباري

المطلب الثاني: شروط تقرير المسؤولية بدون خطأ عن عمليات التلقيح الإجباري

المبحث الأول: مسؤولية المرافق الطبية على أساس الخطأ عن عمليات التلقيح الإجباري

يعتبر الخطأ الطبي المرفقي⁶ الأساس الأصيل لقيام المسؤولية الإدارية لمؤسسات الصحة العمومية في مجال النشاط الطبي بوجع عام⁷، وعلى الرغم من افتقاد أي اجتهاد قضائي صادر من القاضي الإداري الجزائري في

⁶ تعمدنا عدم التطرق للخطأ الشخصي وذلك باعتباره يرتب مسؤولية شخصية ويكون نتيجة وقوعه خارج نطاق الوظيفة؛ لمعرفة أكثر عن الفرق بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي؛ أنظر، رشيد خلوفي، المرجع السابق، ص. 09 وما يليها؛ أنظر أيضا، عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الادارية (دراسة تأصيلية، تحليلية ومقارنة)، د.م.ج، الجزائر، 1994، ص. 123 وما يليها؛ أنظر كذلك، مراد بدران، أساس المسؤولية المترتبة عن عمليات التلقيح الاجباري، المرجع السابق، الهامش رقم 05، ص. 02؛ أنظر أيضا، لحسين بن شخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الادارية (الكتاب الاول، المسؤولية على أساس الخطأ)، دار الخلدونية، الجزائر، 2006، ص. 162 وما يليها؛ أنظر كذلك، فريدة عميري، مسؤولية المستشفيات في المجال الطبي، مذكرة ماجستير تخصص قانون مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص. 31 وما يليها؛ أنظر أيضا، عتيقة بلجليل، المرجع السابق، ص. 103 وما يليها.⁷ أنظر، عبد الرحمن فطناسي، المرجع السابق، ص. 47.

المسؤولية للمرافق العامة إما على أساس الخطأ وقد تكون في حالات أخرى بدون خطأ¹.

ومن هذا المنطلق نثير الإشكالية التالية:

على أي أساس يمكن أن نقيم المسؤولية عن الأضرار الناتجة عن عمليات التلقيح الإجباري؟

ومن هنا ونظرا لغياب القضايا المطروحة أمام القضاء الإداري الجزائري بخصوص مسألة المسؤولية المترتبة عن الأضرار الناتجة عن عمليات التلقيح الإجباري²، نقول أن المجال يبقى خصبا للاجتهاد أمام هذا القضاء بخصوص هذه المسألة، مما يوجب علينا استعمال المنهج التحليلي وذلك بالبحث عن موقف القضاء والقانون الفرنسي من مسألة المسؤولية الإدارية عن عمليات التطعيم الإجباري. وإذا كانت القاعدة العامة لتطبيق المسؤولية الإدارية للمرافق الطبية يكون على أساس الخطأ³(المبحث الأول)، إلا أنه نظرا لتطور العلوم الطبية زيادة على تميز النشاط الطبي بجوانب مختلفة ومساوية في بعض الحالات يصعب بسبب خصوصياته تحديد العلاقة بين الضرر وبين النشاط الطبي والمتمثل هنا بعملية التلقيح الإجباري⁴، فمن الأجدر ولحماية الشخص المتضرر من هذا العمل أن يقيم القاضي الإداري هذه المسؤولية على أساس المسؤولية بدون خطأ⁵(المبحث الثاني).

¹ أنظر، مراد بدران، المسؤولية المدنية للجماعات المحلية عن الأضرار المترتبة على النفايات المنزلية، مجلة العوم القانونية والادارية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، رقم 01، 2003، ص. 111.

² أنظر، عبد الرحمن فطناسي، المسؤولية الادارية لمؤسسات الصحة العمومية عن نشاطها الطبي في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون الإداري والادارة عامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2010-2011، ص. 62-63.

³ أنظر، مراد بدران، أساس المسؤولية المترتبة عن عمليات الاجباري، المرجع السابق، ص. 02.

⁴ أنظر، رشيد خلوفي، قانون المسؤولية الادارية، د.م.ج، الجزائر، 1994، ص. 70.

⁵ أنظر، مراد بدران، أساس المسؤولية المترتبة عن عمليات الاجباري، المرجع السابق، ص. 02.



المرفق الطبي صعوبة الأداء وتكتنفها صعوبات في العمل، تعرض القائمين عليها لارتكاب الأخطاء، فإن القضاء الإداري يتطلب الخطأ الجسيم لمساءلة هذا المرفق، اذن وبالرجوع الى مهنة الطب فنجدها تتطلب مهارة عالية بسبب تعقدها وخفاياها سواء من حيث علم طب الأمراض أو من حيث الطبيعة الانسانية، والقاضي لا يستطيع أن يقيم النتائج المترتبة على ذلك بسهولة ويسر⁴، وتظهر صعوبة الخطأ الجسيم لتحديد العمل الطبي في خصوصياته والامكانيات المحدودة للقاضي أمام الجانب التقني لهذا العمل⁵. ويختلف الخطأ الجسيم عن الخطأ الشخصي بحيث يوجد في الخطأ الأخير عنصر فيه الأداء⁶، وقد يسمح المشرع بتطبيق نظام الجمع بين المسؤوليات عند ارتكاب خطأ شخصي أثناء ممارسة مهنة ويرتب هذا الخطأ ضرر، ومفاد هذا الجمع بين المسؤوليات أنه يجوز للمضرور أن يرفع الدعوى مباشرة على المرفق الطبي لكي تدفع التعويض عن الخطأ الشخصي الذي ارتكبه الطبيب إثر قيامه بعملية التلقيح الإجباري وللمرفق الطبي أن يحتفظ في حقه بالرجوع على الطبيب⁷.

وقد عرّف الأستاذ الدكتور "عابدي عمار" الخطأ الجسيم بأنه: "الخطأ الذي لا يقع من شخص قليل الذكاء والعناية، يراد بالخطأ الجسيم ذلك الذي لا يرتكبه بحسن نية أكثر الناس غباوة، فهو لا ينطوي على رقابة قضاء محكمة النقض".⁸ ويحقق اشتراط الخطأ الجسيم لإقامة المسؤولية

نطاق المسؤولية المرفقية للمرفق الطبي عن الأضرار الناتجة عن عمليات التلقيح الإجباري، إلا أنه يمكن تبني نظام المسؤولية الخطئية للمرفق الطبي بوجه عام، وبالتالي إما إقامة المسؤولية على أساس الخطأ الجسيم (مطلب الأول)، أو على أساس الخطأ البسيط (مطلب الثاني)¹.

المطلب الأول: مسؤولية المرافق الطبية على أساس الخطأ الجسيم

لقد فرض مجلس الدولة الفرنسي منذ سنة 1935 قاعدة مفادها أن الخطأ الطبي غير قابل لترتيب مسؤولية المرافق الصحية العامة، إلا إذا اتخذ طابعاً معيناً من الجسامة فيما يخص معظم الأعمال الطبية، من فحص أو تشخيص أو اختيار العلاج². وبالنظر إلى الصعوبات التي تعترض بعض المرافق وخاصة المرافق الطبية اشترط القضاء درجة معينة من الجسامة لإثارة مسؤولية هذه المرافق ومن ذلك ايضاً من المرافق مرفق النظافة ومرفق الشرطة³ ومرفق المطافئ ومرفق إدارة الضراب، ومن ثم فإنه يجب على الشخص الذي كان ضحية للضرر الصادر عن المرفق الطبي نتيجة القيام بالتلقيح الإجباري، أن يقوم بإثبات جسامة الخطأ حتى يتسنى له الحصول على التعويض.

ومن أجل تقدير جسامة هذا الخطأ فإن القضاء الإداري يتأثر بعدة عوامل لتقدير ذلك، وعلى العموم إذا كانت الخدمة التي يقوم بها

¹ أنظر، مراد بدران، أساس المسؤولية المترتبة عن عمليات التلقيح الإجباري، المرجع السابق، ص.03؛ أنظر كذلك، عمار عابدي، المرجع السابق، ص.70.

² La responsabilité du service, Fabienne Quillere-MAJZOUB, publique hospitalier المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول (المسؤولية الطبية)، أعمال المؤتمر العلمي السنوي نظمته كلية الحقوق، جامعة بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، الجزء الأول، بيروت، 2004، ص.588-589.

³ أنظر، مراد بدران، المسؤولية المدنية للجماعات المحلية عن الأضرار المترتبة على النفايات المنزلية، المرجع السابق، ص.112.

⁴ أنظر، مراد بدران، أساس المسؤولية المترتبة عن عمليات التلقيح الإجباري، المرجع السابق، ص.02-03.

⁵ من نماذج هذا الخطأ: سوء اختيار العلاج المناسب، خطأ في تشخيص الأمراض، خطأ في تنفيذ عملية العلاج؛ أنظر، رشيد خلوفي، المرجع السابق، ص.74.

⁶ رشيد خلوفي، المرجع السابق، ص.73-74.

⁷ أنظر، مراد بدران، المسؤولية المدنية للجماعات المحلية عن الأضرار المترتبة على النفايات المنزلية، المرجع السابق، ص.113.

وبخصوص لبنان والجزائر فقد حكم مجلس شورى الدولة بلبنان بحق المتضرر بالتعويض تجاه البلدية المسؤولة عن الخطأ الجسيم الذي ارتكبه الطبيب لدى الدائرة الصحية في البلدية أثناء القيام بأعمال التلقيح⁶. أما في الجزائر فالاجتهاد القضائي في مجال التطعيم الإلزامي غير معروف كما هو الحال في القضاء الفرنسي والقضاء اللبناني⁷.

المطلب الثاني: مسؤولية المرافق الطبية على أساس الخطأ البسيط

لم يصمد القضاء المشترك للخطأ الجسيم طويلا أمام النقد الذي وجه له وأبرزه صعوبة تعريف الخطأ الجسيم، وأيضا بمناسبة الأضرار الجسيمة التي تعرض لها المرضى في المرافق الطبية العامة، ولم يتمكنوا من الحصول على أي تعويض، نظرا لإخفاقهم في إقامة الدليل على ارتكاب خطأ جسيم أثناء ممارسة العمل الطبي، كما أن الاتجاه القديم المتمثل في اشتراط الخطأ الجسيم لإقرار المسؤولية الطبية لا يستند إلى دليل من القانون، لأن القواعد القانونية جاءت مطلقة، ولم تفرق بين أصحاب الهمم المختلفة من مهندسين وأطباء ومحامين، مما لا يدل على تمتع الأطباء بهذا الاستثناء الأمر الذي دفع القضاء إلى هجره، حيث تخل مجلس الدولة عن اشتراط الخطأ الجسيم لقيام مسؤولية المرافق الصحية العمومية ووقف إلى جانب الضحية وذلك من خلال الحكم الصادر في 10 أبريل 1992 في قضية السيدة (V)⁸. ونتيجة لما سبق كان الانتقال إلى مرحلة جديدة أمرا ضروريا ومنطقيا⁹.

الادارية للمرفق الطبي وظيفتين أساسيتين وهما: الوظيفة الأولى تحمي الادارة عندما يتميز نشاطها بطابع صعب أو معقد أو ذات تقنية عالية، أما الوظيفة الثانية هي حماية الضحايا في حالة ارتكاب هذا النوع من الخطأ الذي يسمح بتسليط عقوبة مالية معتبرة على الادارة. ويعتبر القضاء الاداري أن الخطأ الجسيم هو الخطأ المرتكب من طرف شخص يكون تصرفه ذميمة وجدير بالعقاب بوجه خاص¹ وأحيانا يعتبره الخطأ الطبي بالخطير².

وتجدر الإشارة إلى أن مجلس الدولة الفرنسي كان يساير هذا الاتجاه³ قبل صدور قانون سنة 1964 الذي أقر مسؤولية الدولة بدون خطأ عن الأضرار التي تنجم عن عمليات التلقيح الإلزامي، ويرجع ذلك لعدة اعتبارات منها:

- 1- صعوبة العمل الطبي.
- 2- إن عدم اشتراط الخطأ الجسيم سيؤدي إلى كثرة دعاوى المسؤولية الطبية وبالتالي زيادة أعباء الرعايا الصحية على المواطنين، والحلول دون تطور المرفق الطبي⁴.
- 3- إن الأخذ بنظام الخطأ البسيط سيكون له تأثير على التطور العلمي للطب في المستشفيات العامة التي نظراً لسمعتها وارتفاع مستوى خدماتها، فإنها تقوم بمعالجة الحالات الصعبة والعاجلة⁵.

¹ أنظر، رشيد خلوفي، المرجع السابق، ص.ص. 25-26.

² أنظر قرار مجلس الدولة (غير منشور) بتاريخ 03/06/2003، الغرفة الثالثة، فهرس 348، قضية (مدير القطاع الصحي لبولوجين) ضد (ع.ل)؛ منقول من، لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص.ص. 99-100.

³ C.E., 07 Mai 1952, Dame Vue.Rec., 230 ; T.A de Nantes., 31 Mai 1963, Rec., p.430.

⁴ عبد الرحمن فطناسي، المرجع السابق، ص.51.

⁵ أنظر، أحمد عيسى، المرجع السابق، ص.ص. 42-43.

⁶ مجلس شورى الدولة، قرار رقم 926، بتاريخ 28/05/1963، المجموعة الادارية، سنة 1963، العدد الأول، ص.196؛ نقلا عن، أحمد عيسى، المرجع السابق، ص.41.

⁷ أنظر، حسين طامري، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة (دراسة مقارنة-الجزائر-فرنسا-)، دار هومة، الجزائر، 2002، ص.53.

⁸ عبد الرحمن فطناسي، المرجع السابق، ص.52.

⁹ أنظر، أحمد عيسى، المرجع السابق، ص.43.



المريض قصد تجنب انتشار المرض في حالة العدوى⁶، أو عند سوء استعمال أو خلل في العتاد الطبي، أو انعدام الرقابة الطبية⁷، وأيضا يسأل المرفق الطبي عن الأخطاء المتعلقة بتقديم العلاج، ويدخل أيضا في قسم الأخطاء العلاجية التأخير أو الخطأ في التشخيص أو عدم الرقابة أو عدم كفاية ونقص في الموارد والتجهيزات⁸ أو سوء حفظ الأدوات الطبية⁹، أو سوء صيانة الأجهزة داخل المرفق الطبي أو سوء استعمالها¹⁰.

أما بما يتعلق بالأخطاء المتعلقة بالتلقيح الإجباري فيدخل الخطأ البسيط في قسم الأخطاء المتعلقة بتقديم العلاج¹¹، وتعد الأخطاء المتعلقة بالحقن بصفة عامة من بين الأعمال العلاجية الأكثر شيوعا والتي تتكرر بصفة روتينية، قد تدفع القائم بها إلى الوقوع في خطأ نتيجة التكرار وعدم التركيز¹².

وكما قلنا سابقا أن فكرة التخلي عن الخطأ الجسمي كانت نتيجة لإخفاق المرضى في إقامة الدليل على ارتكاب خطأ جسمي أثناء ممارسة العمل الطبي من قبل الأطباء طبقا لقاعدة "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"، وإضافة إلى انعدام المساواة بين المريض والطبيب وبالتالي بين المريض والسلطة العامة، فإن المريض يتعرض للمواجهة من قبل الطبيب المخطئ ومساعديه، وذلك إما التزاما بالمحافظة على السر المهني، وإما

ففي مرحلة سابقة كان القضاء الفرنسي يميز بين الخطأ الطبي والخطأ العلاجي¹ بحيث كانت مسؤولية المستشفى تقوم على أساس الخطأ البسيط في حالة وقوع ضرر ناتج عن عمل علاجي، وتقوم المسؤولية على أساس الخطأ الجسمي في حالة وقوع ضرر ناجم عن عمل طبي²، أما في الوقت الحالي فتخلى القضاء الفرنسي عن هذه الفكرة، إلا أن مجلس الدولة الجزائري وبالرجوع إلى القرارات الصادرة منه نجده مازال يفرق بين الخطأ العلاجي والخطأ البسيط³، إلا في بعض القرارات التي تعتبر شاذة لا يمكننا القياس عليها نجده قد اكتفى بعبارة الخطأ البسيط⁴ دون الإشارة إلى نوع الخطأ -علاجي أم طبي-.

وقد أصبح المرفق الطبي يسأل عن الخطأ البسيط إذا تعلق الأمر بالأعمال المرفقية من تنظيم إدارة⁵، أو عن سوء تقديم العناية والرعاية اللازمة للمريض بصفة عامة، والفكرة الرئيسية في سوء تنظيم إدارة المرفق الطبي هي مخالفة الإدارة للنصوص التنظيمية الواجب تطبيقها في المرافق الطبية، ويكون ذلك في التأخر غير العادي في فحص المرضى التي تكون حالتهم في وضع يستدعي التدخل الاستعجالي، وفي حالة عدم عزل

¹ أنظر، مراد بدران، محاضرات في المسؤولية الطبية للمرافق العامة، ملقاة على طلبة ماجستير القانون الطبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2013-2014. (غير منشورة)

² أنظر، رشيد خلوفي، المرجع السابق، ص. 72.

³ أنظر، مراد بدران، محاضرات في المسؤولية الطبية للمرافق العامة، المرجع السابق.

⁴ قرار صادر من الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر بتاريخ 02/03/2005، قضية (ر.أ) ضد (المستشفى الجامعي بارني) (غير منشور)، الغرفة الثالثة، ملف رقم 04/838؛ حيث نجد أن مجلس الدولة لم يميز بين الخطأ العلاجي والخطأ الطبي وأكتفى بذكر عبارة الخطأ البسيط، للاطلاع على هذا القرار، أنظر، لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص. 103-104.

⁵ أنظر، فريدة عميري، المرجع السابق، ص. 38.

⁶ أنظر، مراد بدران، أساس المسؤولية المترتبة عن عمليات التلقيح الإجباري، المرجع السابق، ص. 04.

⁷ أنظر، رشيد خلوفي، المرجع السابق، ص. 73.

⁸ Guide des vaccinations, direction générale de la santé, comité technique des vaccinations édition 2012, p.391., disponible au: <http://www.google.fr>, le: 30/04/2014, 15:40.

⁹ Fabienne Quillere-MAJZOUB، المرجع السابق، ص. 57.

¹⁰ أنظر، مراد بدران، أساس المسؤولية المترتبة عن عمليات التلقيح الإجباري، المرجع السابق، ص. 04.

¹¹ أنظر، رشيد خلوفي، المرجع السابق، ص. 73.

¹² عبد الرحمن فطناسي، المرجع السابق، ص. 54.

1958⁵ حيث اعتبر عوارض السل التي ظهرت على المدعي بعد اجراء التلقيح، ناتجة مباشرة عن أعمال التلقيح الإجباري ضد الكزاز، والخانوق التي خضع لها بتاريخ 18 أيار 1939. وبالتالي يتبين من وقائع القضية، أن العدوى التي أصابت الشاب "Dejous" إضافة إلى ستة آخرين خضعوا للتلقيح في نفس الوقت، تظهر أن هناك عيبا في تسيير المرفق الطبي مما يعقد مسؤولية المرفق تجاه المدعي⁶. أضف إلى ذلك إعتبر مجلس الدولة في قضية "Lastrajolie" بأن الحوادث الحاصلة على إثر العمليات العمومية للتلقيح تنم عن سير معيب للمرفق العام، والذي من طبيعته إقامة مسؤولية الإدارة⁷.

ومما تستوجب الإشارة إليه في الأخير إلى أنه في حالة ارتكاب جريمة غير عمدية مترتبة على عملية التلقيح الإجباري فإنه قد لا تعتبر هذه الجريمة غير عمدية خطأ شخصيا، وبالتالي فليس من الضروري أن يكون الطبيب الذي قام بإجراء عملية التلقيح، والذي يرتكب جريمة القتل الخطأ مسؤولا مدنيا عن ذلك، ونعني بذلك أنه يمكن للقاضي الإداري الفصل في دعاوى التعويض عن الجرائم الجنائية التي تعتبر أخطاء مرفقية. وهذا عكس مما كان سائد في الفقه والقضاء الإداريين حيث كان الموظف يسأل في حالة ارتكابه جريمة جنائية ويعتبر دائما مرتكب خطأ شخصي⁸.

⁵ C.E., 07 Mars 1958, Sec. d'etat à la santé cl Dejous, rec, Leb., p.153 ; Voir, Jacques MOREAU-Didier TRUCHET, op.cit., p.p. 226-227

⁶ أنظر، أحمد عيسى، المرجع السابق، ص. 69.

⁷ أنظر، لحسين بن شيخ آث ملويا، نظام المسؤولية في القانون الإداري، دار الهدى، الجزائر، 2013، ص. 70.

⁸ أنظر، مراد بدران، أساس المسؤولية المترتبة عن عمليات التلقيح الإجباري، المرجع السابق، ص. 05.

إظهارا لروح التضامن بين زملاء المهنة الواحدة¹، حيث قضى مجلس الدولة الجزائري في القرار رقم 27582 بتاريخ 2007/01/24 الفاصل في قضية (ب.ر) ضد (القطاع الصحي بتبسة ومن معه)، بإعفاء المرفق الصحي من المسؤولية وذلك لأن مسؤولية هذا المرفق غير ثابتة لعدم ثبوت العلاقة السببية بين المصل والضرر، على الرغم من أن تقرير الخبرة يؤكد وبصريح العبارة بأنه: "يمكن أن يكون التلقيح هو السبب"².

ومن هذه الأسباب أخذ القضاء الإداري في فرنسا بفكرة الخطأ المفترض، وذلك لما فيه من مصلحة للمتضرر من المرفق الطبي في التخفيف عن كاهله من إثبات الخطأ الطبي الذي عادة ما يتميز بالغموض والتعقيد، سيما وأن المريض يكون في حالة لا تسمح له بالاطلاع الكامل على عمل الطبيب أو المساعدين الطبيين³. ونجد أن مجلس الدولة الفرنسي قد ابتدع هذه الفكرة في قرار مبدئي بمناسبة قضية "Dejous"⁴ بتاريخ 07 مارس

¹ أنظر، أحمد عيسى، المرجع السابق، ص. 55-56.

² وتتعلق وقائع القضية في أن الطفل (ز.ص) أصيب بشلل بعدما خضع لتلقيح إجباري بإحدى مؤسسات الصحة العمومية ضد البوليواميليت؛ أنظر، قرار مجلس الدولة الجزائري، ملف رقم 27582، بتاريخ 01/24/2007، قضية (ب.ر) ضد (القطاع الصحي بتبسة ومن معه)، الغرفة الثالثة، نشرة القضاة، العدد 63، مديرية الدراسات القانونية والوثائق، وزارة العدل، د.م.ج، 2008، ص. 422-431.

³ أنظر، أحمد عيسى، المرجع السابق، ص. 55-56.

⁴ إذ تتلخص وقائع هذه القضية في أن المركز الصحي المدرسي أجرى تلقيح إجباري ضد الدفتيريا والتيتانوس للشباب "Dejous" وستة آخرين من زملائهم، وظهر عقب ذلك في موضع الحقن "خراج درني" فأصابتهم أضرار، رفع أولياء الأطفال السبعة دعوى قضائية للمطالبة بالتعويض، فقضت محكمة "بورديو" Bordeau " بمسؤولية الدولة عن الأضرار الناتجة من جراء هذا التطعيم؛ أنظر، ليدية صاحب، فوات الفرصة في إطار المسؤولية الطبية، مذكرة ماجستير في قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، 2011، الهامش رقم 01، ص. 69.



الدولة (مطلب الأول)، وعلى هذه الأخيرة أن تسأل عن الأضرار الناتجة عن عمليات التلقيح الإجباري ولكن بتوفر بشروط محددة قانوناً (مطلب ثاني).

المطلب الأول: كيفية ظهور مسؤولية

الدولة دون خطأ عن عمليات التلقيح الإجباري

إن المسؤولية الإدارية عن الأضرار الناجمة عن النشاط الصحي في المستشفيات العمومية هي مسؤولية على أساس الخطأ⁵ كقاعدة عامة، ولكنه خرجا عن هذه القاعدة العامة بدأت تظهر حالات المسؤولية بدون خطأ، ومن الحالات الحديثة التي تستوجب تبني هذه المسؤولية هي حالة التلقيح الإجباري بحيث أصبحت تشكل اليوم استثناء واضحاً ومكرساً تشريعياً وقضائياً في بعض الدول كفرنسا⁶، أما موقف الاجتهاد القضائي الجزائري في هذه المسألة فهو غير معروف خلافاً لموقفه بخصوص المسؤولية الطبية بوجه عام⁷.

ففي فرنسا فقد ساد كثير من التردد حول تحديد أساس المسؤولية الناجمة عن عمليات التلقيح الإجباري، خاصة وأن محكمة النقض كانت تعتبر التلقيح الإجباري مجرد عمل طبي عادي لا يرتب المسؤولية إلا في حدود الخطأ، إلا أن محافظ الدولة "Jouvin" في تعليقه على قرار "Dejous"⁸ قد دعا القضاء الإداري الفرنسي إلى تبني مسؤولية الدولة على أساس المخاطر في مجال التطعيم الإجباري⁹، إلا أن مجلس الدولة قد رفض ذلك لأن الوقت لم يكن مناسباً، بحيث أنه بالكاد قد تخلى عن

المبحث الثاني: مسؤولية الدولة¹ دون خطأ عن

عمليات التلقيح الإجباري

درج مجلس الدولة الفرنسي في قضاؤه منذ الأمد البعيد على اشتراط الخطأ الجسيم لقيام مسؤولية المستشفيات عن الأخطاء التي يرتكبها الأطباء فيها، أما إذا تعلق الأمر بالأعمال المرفقية من تنظيم وإدارة فإن مجلس الدولة يكتفي بالخطأ البسيط لإثارة مسؤولية السلطات العامة عن تعويض الأضرار. وقد ظل على هذا المبدأ حتى عهد قريب حيث أصبح يكتفي بالخطأ البسيط لمساءلة المستشفى عن الأضرار التي يتسبب فيها الأطباء أثناء مباشرتهم للعمل الطبي، وقد ظهر إلى جانب المسؤولية على أساس الخطأ استثناء ألا وهو المسؤولية بدون خطأ، إلا أن هذه المسؤولية مخالفة للقواعد الموجودة في القانون الخاص الذي يقيمها على أساس المخاطر فقط، بحيث تعتمد فلسفة هذه المسؤولية في القانون الإداري على أساسين اثنين، إما على أساس المخاطر وإما على أساس الاخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة². وهذا ما جعلها تأخذ مكاناً لها بين أنواع المسؤولية كما أضحت تعتبر من أدق موضوعات المسؤولية الإدارية³. مما جعل الفقه الفرنسي قبل صدور قانون 1964 ينادي إلى ضرورة تبني مسؤولية الدولة بدون خطأ فيما يتعلق بالأضرار الناتجة عن عمليات التلقيح الإجباري⁴ المفروضة من قبل

¹ هذا سبب المناداة إلى مسؤولية الدولة في الجزائر، لأنها هي التي فرضت وألزمت عمليات التلقيح الإجباري، وهو كما اشرنا إليه في المقدمة أنه التزام قانوني مفروض على الجميع من قبل الدولة بموجب القانون، إلا في حالة ارتكاب المرفق الطبي خطأ، ففي هذه الحالة يسأل المرفق الطبي لا الدولة.

² أنظر، مراد بدران، محاضرات في المسؤولية الطبية للمرافق العامة، المرجع السابق.

³ أنظر، فريدة عميري، المرجع السابق، ص.38.

⁴ أنظر، مراد بدران، أساس المسؤولية المترتبة عن عمليات التلقيح

الإجباري، المرجع السابق، ص.06.

⁵ لمعرفة أكثر، أنظر المبحث الأول والمعنون بالمسؤولية القائمة على أساس الخطأ للمرفق الطبي.

⁶ أنظر، مسعود شيهوب، المسؤولية عن المخاطر وتطبيقاتها في القانون الإداري (دراسة مقارنة)، د.م.ج، 2000، ص.ص.217-2018.

⁷ أنظر، مراد بدران، أساس المسؤولية المترتبة عن عمليات التلقيح الإجباري، المرجع السابق، ص.02.

⁸ لمعرفة أكثر عن هذه القضية، أنظر، ص.11.

⁹ كريمة عباشي، المرجع السابق، ص.ص.74-75.

إن الأسباب التي جعلت مجلس الدولة حسب الأستاذ "MONTADOR JEAN" يرفض تأسيس مسؤولية السلطة العامة عن المخاطر تتلخص في الحفاظ على المالية العامة والخوف من توسع هذه المسؤولية، وكذلك الخوف من تزايد إهمال الأعوان الطبيين وبالتالي انعكاسه على سلامة الأشخاص، وفي الحقيقة أن هذه التخوفات حسب رأي الأستاذ الدكتور "مسعود شيهوب" هي ليست مبررة وتحتاج إلى مناقشة⁷. وأمام موقف مجلس الدولة -قسم المنازعات- الراض لإقامة المسؤولية بدون خطأ، فإن المحاكم الإدارية راحت في أحكام لها تقر بهذا النوع من المسؤولية⁸، فقد قضت محكمة "Bordeaux" الإدارية سنة 1956⁹ " أنه في مواد التلقيح الإجباري فإن العمل الطبي يأخذ مفهوما مختلفا بسبب الطابع الإلزامي والضرورة الاجتماعية المفروضة. وأنه إذا مورست في إطار المصلحة الاجتماعية، وألحقت الإجراءات الإلزامية على الأفراد ضررا خاصا وغير عادي فإن مسؤولية السلطة العامة تقوم دون خطأ. وعندما ينتج هذا الالتزام عن نص قانوني لم ينص على تعويض ولم يمنعه فإن ضحايا الضرر الغير عادي والخاص يكونون عرضة للإخلال بمبدأ مساواة المواطنين أمام الأعباء العامة ويستطيعون طلب تعويض¹⁰، ونجد أن محكمة "Lyon" الإدارية سنة 1963 قد قضت أيضا¹¹ مسؤولية السلطة العامة بدون خطأ عن أضرار التلقيح الجدي¹².

وما يمكن ملاحظته مما سبق أن القضاء الإداري قد تابنت مواقفه بحيث نجده قد اختلف في تأسيس

المطالبة بالخطأ الجسيم لإقامة المسؤولية عن أضرار التلقيح الإجباري واكتفائه بالخطأ البسيط¹.

ولقد بقي مجلس الدولة على مذهبه هذا ولم يتجاوزه حتى في قمة تطوره في نطاق الخطأ بتبنيه فكرة الخطأ المفترض² في مجال التلقيحات الإجبارية بدلا من المسؤولية بدون خطأ، إلا أنه وبصفة استثنائية وبعد مرور ستة (06) أشهر من صدور قرار "Dejous" المؤرخ في 03/07/1958 السابق الإشارة إليه³، قد أقر مجلس الدولة المسؤولية بدون خطأ في القرار الصادر عن قسمه الاجتماعي بتاريخ 30 سبتمبر 1958⁴، حيث أثار هذا القرار فكرة "المخاطر الخاصة" كأساس لمسؤولية الدولة إذ ورد في إحدى حيثياته ما يلي: "... أنه قد يحدث في بعض الحالات أن تسبب التلقيحات حوادث خطيرة دون أن يكون بالإمكان إثبات خطأ المرفق الطبي أو خطأ الضحية، وأنه في مثل هذه الحالات، فإن القانون يجعل التلقيح إلزاميا لأسباب تتعلق بالنظافة وبالصحة العامة، وخاصة من أجل منع انتشار العدوى، يكون قد نشأ مخاطر خاصة تتحملها الضحية من أجل الصالح العام، وهو ما يستتبع إمكانية إلزام السلطة العامة بإصلاح العواقب الضارة لهذه الحوادث...." يظهر من هذه الحيثية أنه رغم تبني الحكم لفكرة المخاطر كأساس للمسؤولية، فإنها تبقى احتياطية لا يتم اللجوء إليها إلا عندما يتعذر اثبات الخطأ⁵. ولكن قسم المنازعات لمجلس الدولة لا يتبع القسم الاجتماعي، فقد استمر مجلس الدولة في اشتراط الخطأ أو الخطأ المفترض لإقامة مسؤولية الدولة عن التلقيح الإجباري⁶.

⁷ أنظر، مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص.ص. 220-221.

⁸ أنظر، سعاد هواري، المرجع السابق، ص. 75.

⁹ T.A., 29/02/1956, BORDEAUX. (MEUNIER)

مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص. 222.

¹⁰ أنظر، مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص. 222.

¹¹ T.A., 14/06/1963, LYON. (GIRAUD). منقول من مسعود

شيهوب، المرجع السابق، ص. 222.

¹² أنظر، سعاد هواري، المرجع السابق، ص. 75.

¹ أنظر، سعاد هواري، المرجع السابق، ص.ص. 74-75.

² C.E., 07 Mars 1958, Sec. d'etat à la santé cl Dejous, rec, Leb., p.153, arrêt précité.

³ أنظر، سعاد هواري، المرجع السابق، ص. 75.

⁴ أنظر، مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص. 220.

⁵ أنظر، مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص. 220.

⁶ C.E., 07 Mars 1958, Sec. d'etat à la santé cl Dejous, rec, Leb., p.153, arrêt précité.



الشروط المُنَوَّه عنها في هذا القانون وأجري في مركز معتمد للتلقيح وتحل الدولة في حدود التعويضات المدفوعة من طرفها من طرف الضحية في حقوقها ودعاويها ضد المتسببين في الضرر⁵.

وهكذا أقام القانون المسؤولية على أساس المخاطر الاجتماعية⁶، إذ يتصور القانون وجود مخاطر على الأشخاص الخاضعين للتلقيح، وعليه فإنه على المجموعة الوطنية تحمل العبء حتى في غياب خطأ الطبيب الذي قام بالتلقيح أو الهيئة المسؤولة⁷، ولتعويض الضحية يجب أن يكون الضرر غير عادل، وأن يكون هذا الضرر خصوصياً أي يمس فئة محددة⁸، حيث قد تحدث حالات نادرة من التهاب الدماغ والنخاع الشوكي بسبب اللقاحات، ويصاب واحد من كل مئة ألف شخص بهذه الأضرار النادرة⁹.

⁵ جاء النص باللغة الفرنسية كما يلي:

"Sans préjudice des actions qui pourraient être exercées conformément au droit commun, la réparation de tout dommage imputable directement à une vaccination obligatoire pratiquée dans les conditions visées au présent code et effectuée dans un centre agréé de vaccination est supportée par l'état. Jusqu'à concurrence de l'indemnité qu'il a payé. L'état est s'il ya lieu subrogé dans les droits et actions de la vicontre les responsables de dommages.

ويعتبر هذا النص في الأصل عبارة عن مشروع مبادرة برلمانية محضة التي تم بموجبها تعديل القانون المتعلق بالمسؤولية عن التلقيح الاجباري ضد الشلل، ولكن اللجنة البرلمانية المختصة وسعت هذا النص لجميع التلقيحات الإجبارية. أنظر، مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص.224.

⁶ أنظر، لحسين بن شيخ آق ملويا، نظام المسؤولية في القانون الإداري، المرجع السابق، ص.71.

⁷ أنظر، مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص.224.

⁸ أنظر، مراد بدران، محاضرات في المسؤولية الطبية للمرافق العامة، المرجع السابق.

⁹ حسان شمسي باشا، محمد علي البار، مسؤولية الطبيب بين الفقه والقانون، دار القلم، ط.02، 2008، ص.107.

المسؤولية بدون خطأ¹، فنجد في قرار "Dejous" المؤرخ في 03/07/1958 قد أسس هذه المسؤولية على أساس فكرة المخاطر، أما في الحكم الذي أصدرته محكمة "Bordeaux" الادارية سنة 1956 فقد أسست هذه المسؤولية على أساس الإخلال بمبدأ مساواة المواطنين أمام الأعباء العام. وعند مقارنة دور المحاكم الادارية بمجلس الدولة فنجد أن الأولى قد قطعت أشواطاً متقدمة عن الثاني وذلك عندما أعلنت المسؤولية بدون خطأ عن الأضرار الناتجة عن عمليات التلقيح الإجباري ولو أنها ترددت بخصوص أساس هذه المسؤولية.

إن هذا التشدد والتردد للقضاء الفرنسي لم يوضع له حد إلا بتدخل المشرع الفرنسي ووضعه لقانون خاص، وهو القانون المؤرخ في 01/07/1964²، والذي أقر مسؤولية الدولة بدون خطأ عن الأضرار الناتجة عن عمليات التلقيحات الإجبارية³. إلا أن إقرار هذا النوع من المسؤولية لم يكن عشوائياً بل كان وفق شروط معينة، فما هي تلك الشروط؟

المطلب الثاني: شروط تقرير المسؤولية

دون خطأ عن عمليات التلقيح الإجباري

بعد تدخل المشرع الفرنسي للقضاء على التردد الذي وقع في قضائه الاداري وذلك بإصداره لقانون 01/07/1964 والذي تبنى فيه المسؤولية الموضوعية للدولة عن عمليات التلقيح الإجباري⁴ بموجب المادة الثالثة (03) من هذا القانون والتي تنص على ما يلي: " دون إخلال بالدعوى التي يمكن ممارستها طبقاً للقواعد العامة (من طرف الضحية أو أسرته) ضد الشخص المجري للتلقيح)، فإن الدولة تتحمل التعويض عن كل ضرر مُسَنَد مباشرة إلى تلقيح إجباري مورس ضمن

¹ أنظر، مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص.222.

² أنظر، سعاد هواري، المرجع السابق، ص.75.

³ Voir, Jacques MOREAU-Didier TRUCHET, op.cit., p.227.

⁴ أنظر، حسين طامري، المرجع السابق، ص.53.

الضرر، ويفرض على القاضي الفرنسي إقامة القرينة السببية لصالح المضرور، وعلى الدولة إذا أرادت نفي مسؤوليتها أن تقوم بإثبات عكس تلك القرينة، ولذلك يجب على القاضي الجزائري أن يفعل مثل ما فعل القاضي الفرنسي وأن يقيم القرينة السببية لصالح المضرور⁶.

وبخصوص هذا الشرط قد أضاف القضاء الإداري الفرنسي بموجب قرار مجلس الدولة الصادر في 09 مارس 2007 شرطين آخرين للتأكد من أن الضرر كان بسبب نشاط المرفق وهما:

أ- مضي مدة زمنية قصيرة بين عملية الحقن وظهور الأعراض الأولى للمرض، وهي أن لا تتجاوز مهلة 03 أشهر، للقول لوجود علاقة سببية مباشرة بين نشاط المرفق والضرر اللاحق بالشخص.

ب- غياب دليل يثبت إصابة الشخص بذلك المرض في وقت سابق على عملية التلقيح، وبمعنى آخر استبعاد تدخل العامل الوراثي في إحداث الضرر⁷.

3- أن يكون التلقيح قد أجري في مركز عمومي مختص أو مركز خاص معتمد⁸: إن هذه المسألة قد أثارت جدلاً كبيراً في فرنسا، والمشكلة تمثلت في تحديد مفهوم "المركز المعتمد" وإن كان بعض الفقهاء الفرنسيين قد اعتبروا أن عبارة "المركز المعتمد" تسمح بإقامة مسؤولية الدولة سواء تم التطعيم في مرفق طبي عام، أو في عيادة

وتشترط المادة الثالثة (03) والمعدلة بالمادة 10 فقرة 01 من قانون الصحة الفرنسي¹ لأجل التعويض عن الأضرار الناتجة عن عملية التلقيح الإجباري عدة شروط وهي²:

1- أن تكون الحادثة محل التعويض قد وقعت بتاريخ لاحق عن تاريخ صدور هذا القانون³: الملاحظ من هذا الشرط أن القانون منع الأثر الرجعي، بحيث لا يسري على الحوادث الواقعة قبل تاريخ 1964/07/01، ولكن المشرع الفرنسي تدارك هذا الوضع بموجب القانون رقم 85-10 المؤرخ في 03/01/1985 في المادة 90 منه وأقر الأثر الرجعي⁴.

2- أن تكون الحادثة المراد التعويض عنها ناتجة عن عمليات التلقيح ذاتها، وليس عن عمل طبي آخر⁵: أي أن يكون الضرر المنسوب مباشرة عن التلقيح الإجباري، بمعنى آخر أنه زيادة على أن يكون الضرر خاص وغير عادي يجب ضرورة قيام رابطة سببية بين الضرر الذي أصاب المضرور ونشاط المرفق الطبي، ومن هنا وعملاً بالقواعد العامة لنظام المسؤولية بدون خطأ، على المضرور أن يلجأ إلى الوسائل التي يراها مناسبة كالاستعانة بتقارير الخبرة الطبية لإثبات أن الضرر الذي أصابه منسوب مباشرة لعملية التلقيح الإجباري، ومع ذلك فإن إثبات العلاقة السببية في مجال التلقيحات الإجبارية يعد من الأمور الصعبة، نظراً لتعدد جسم الإنسان وتغير حالاته وخصائصه، وعدم وضوح أسباب المضاعفات الظاهرة مما يصعب تبيان أسباب

¹ Art. L. 10-1, C.S.P; voir, Jacque MOREAU-Didier TRUCHET, op.cit., p.227

² Guide des vaccinations, op.cit., p.391.

³ C.E. 28.janv.1983, Dlle Amblard, Rec. Leb., p.32 ; D.1984, inf.rap. 153, comm. Moderne et Bon.; voir, Jacque MOREAU-Didier TRUCHET, op.cit., p.227

⁴ أنظر، سعاد هواري، المرجع السابق، ص.77.

⁵ Voir, Jacque MOREAU-Didier TRUCHET, op.cit., p.227

⁶ أنظر، مراد بدران، أساس المسؤولية المترتبة عن عمليات التلقيح الإجباري، المرجع السابق، ص.07.

⁷ ليدية صاحب، المرجع السابق، ص.69.70.

⁸ C.E., sect., 29 nov.1967, Augusto, Rec. Leb., p.422.-24 oct. 1973, Ruell, Rec. Leb., p.592.- 3 mai 1974, Epoux Berrebi, Leb., p.266.; voir, Jacque MOREAU-Didier TRUCHET, op.cit., p.227.



الطبية الخاصة. ومن ثم فقد سوى هذا القانون بين النتائج الضارة الناجمة عن التلقيح الإجباري سواء كان القيام بها في مراكز معتمدة أو عند طبيب خاص⁶، وهذا خلافاً عن التلقيحات الاختيارية إذ لا يجوز أن يسأل المرفق الطبي عن الأضرار الناتجة عنها إلا إذا تمت في ذلك المرفق، وعلى أساس الخطأ المرفقي⁷، كما لا يشمل هذا القانون أيضاً التلقيحات المنصوص عليها بموجب اتفاقيات دولية مثل التلقيح ضد الكوليرا والحمى الصفراء.

وهكذا إذن فإن المسؤولية بدون خطأ عن أضرار التلقيح الإجباري حسب الأستاذ "G.DARCY" لا تقوم فقط لأن نشط ما هو إلزامي، ولكن أيضاً لأن الخضوع إلى هذا الإلزام الذي جاء من أجل المصلحة العامة قد أنشأ مخاطر⁸. وبما أن المنفذين - ممرضين وممرضات وأطباء - كانوا يقومون بواجبهم على أكمل وجه، ولا تقصير منهم، فإن الذي يتحمل التعويض عن أضرار التلقيح الإجباري ينبغي أن يكون خزينة الدولة⁹. وقد صدرت عدة قرارات حديثة عن مجلس الدولة الفرنسي تبنت المسؤولية بدون خطأ عن الأضرار الناجمة عن عمليات التلقيحات الإجبارية¹⁰.

خاصة، أو في البيت عن طريق طبيب العائلة¹، ولكن القرار الصادر في 19 مارس 1965 قد حسم الموقف وخالف هذا التأويل بتحديد المراكز المعتمدة من قبل الدولة²، ومن ثم فإن التلقيحات التي يقوم بها أطباء العائلات لا يمكن التعويض عنها، ونفس الشيء أيضاً ينطبق على التلقيحات الاختيارية³. ولقد اعتمد القضاء الإداري حرفة هذا النص عندما اعتبر الخطأ شرطاً لقيام المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن التلقيحات الاختيارية، أو التلقيحات التي تتم خارج المراكز العمومية المعتمدة، ففي الحكم الصادر عن محكمة باريس الإدارية في قضية الصغيرة "Sophie ruelle" بتاريخ 1972/02/02 حيث لم تعترف المحكمة بالمسؤولية بدون خطأ للدولة بسبب وفاة الضحية من جراء التلقيح ضد الجدري قام به طبيب الزبائن مؤسسه حكماً على أن قانون 01 جويلية 1964 يشترط أن يكون التلقيح قد تم في مركز معتمد كما حدده قرار 19 مارس 1965⁴.

ولكن بتاريخ 1975/05/26 أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم 75-40، والذي بموجبه حذف عبارة "المراكز المعتمدة" "Centre agréé" المذكورة في نص المادة 10 فقرة 01 من قانون الصحة⁵، وذلك ليمتد نطاق التعويض بقوة القانون عن كل ما ينتج عن أضرار بسبب التطعيم الإجباري في كل المراكز، حتى في نطاق العيادات

⁶ أنظر، سعاد هواري، المرجع السابق، ص.76.

⁷ أنظر، مراد بدران، أساس المسؤولية المترتبة عن عمليات التلقيح الإجباري، المرجع السابق، الهامش رقم 30، ص.07.

⁸ أنظر، مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص.226-227.

⁹ حسان شمسي باشا، محمد على البار، المرجع السابق، ص.107.

¹⁰ C.E., 25 juillet 2013, n° 347777, disponible au: <http://www.google.fr>, le: 30/04/2014, 15:36.

C.E., 6 novembre 2013, n°345696, disponible au: <http://www.aphp.fr>, le: 30/04/2014, 15:41.

¹ أنظر، مراد بدران، أساس المسؤولية المترتبة عن عمليات التلقيح الإجباري، المرجع السابق، ص.08.

² L'indemnisation des victimes sur le fondement du risque, le: <http://www.w3.org/1999/xhtml> le: 30/04/2014, 16:21.

³ أنظر، سعاد هواري، المرجع السابق، ص.76.

⁴ أنظر، مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص.225.

⁵ L'indemnisation des victimes sur le fondement du risque, op.cit.

الطبية (l'ONIAM)¹ بموجب قانون 04 مارس 2004، بقصد تسهيل إجراءات التعويض عن الحوادث الطبية سواء كانت هذه الحوادث عن طريق خطأ أو غير خطأ⁶. وقد لا تسأل الدولة عن الأضرار الناتجة عن عمليات التلقيح الإجباري حتى ولو كان بدون خطأ صدر منها أو من أحد الموظفين في المرافق الطبية، وهذا في حالة ما إذا ثبت وجود عيب في اللقاح، ومن ثم فالمسؤولية ستقع على منتج اللقاح طبقاً للمادة 7-1386 من القانون المدني الفرنسي⁷ والمقابلة للمادة 140 مكرر من القانون المدني⁸، ولكننا عند البحث عن موقف القضاء الإداري الجزائري من هذه المسألة فنجد في القرار الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2007/03/28 قد قضى خلاف ذلك بحيث أقال المسؤولية على المرفق الطبي عند وجود عيب في مادة التلقيح أو عند عيب في تخزينه⁹.

الختام:

تعتبر عمليات التلقيح الإجباري من أهم الممارسات التي تقوم بها الدولة حيث نص المشرع الجزائري على إلزاميته بموجب المادة 55 من قانون حماية الصحة وترقيتها وذلك بهدف المحافظة على الصحة العمومية

⁶ Jacqueline Le TENDRE, bulletin de liaison annuel n° 8, réseau vaccin hépatite b, avril/mai 2006, p.06, disponible au: <http://www.revahb.org>, le: 30/04/2014, 15:56.

⁷ Guide des vaccinations, op.cit., p.392.

⁸ نصت المادة 140 مكرر من الأمر رقم 75-85 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج.ر، عدد 78 سنة 1975، والمعدل والمتمم بموجب قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج.ر، عدد 44 لسنة 2005 على ما يلي: " يكون المنتج مسؤولاً عن الضرر الناتج عن عيب في منتوج حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية.....".

⁹ للاطلاع عن حيثيات هذا القرار، أنظر، قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 2007/03/28، ملف رقم 30176، نشرة القضاة، المرجع السابق، ص.ص.414-406.

أما في الجزائر وبالرجوع إلى المادة 04 من المرسوم 69-88 والمتضمن بعض أنواع التلقيح الإجباري¹، وكذلك بالرجوع إلى القوانين المنظمة لعمليات التطعيم²، نلاحظ أن الخيار ترك للمعني بالأمر لإجراء التلقيح الإجباري وفي المكان الذي يراه مناسباً، إذ لم يحدد المشرع الجزائري صراحة كيفية إجراء التلقيحات الإجبارية في صلب نصوص القوانين التي أصدرها والمتعلقة بعمليات التلقيحات الإجبارية³. وبما أن التلقيح الإجباري هو عبارة عن التزام تفرضه الدولة، فإن الأضرار التي تنتج عنه فيجب أن تتحملها الدولة وليست الجهة التي قامت بهذا التلقيح سواء في مرافق طبية عمومية أو في عيادات خاصة⁴، ولكن نجد أن المشرع الجزائري اكتفى بالنص على الطابع الإلزامي لهذا التلقيح الإجباري، دون أدنى إشارة إلى نظام المسؤولية الواجب التطبيق.

وقد كرس المشرع الفرنسي نظام المسؤولية الموضوعية وذلك باسم التضامن الوطني⁵ وأنشأ صندوقاً للتعويض عن الحوادث الطبية والمسمى بـ "الديوان الوطني لتعويض الحوادث

¹ أنظر، المرسوم رقم 69-88 مؤرخ في 17 يونيو 1969، السابق الإشارة إليه.

² والمتمثلة في:

- المرسوم التنفيذي رقم 69-88 مؤرخ في 17 يونيو 1969، السابق الإشارة إليه.

- قانون رقم 85-05 مؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 الموافق لـ 16 فبراير سنة 1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر عدد 8 الصادرة في 17 فبراير سنة 1985، معدل ومتمم.

- القرار المؤرخ في 15 يوليو 2007 المحدد جدول التلقيح الإجباري المضاد لبعض الأمراض المتنقلة، ج.ر، عدد 75، المؤرخة في 02 ديسمبر 2007، ص.36.

- القرار الوزاري المؤرخ في 25 25 أبريل 2000 والمتعلق بالتلقيح ضد التهاب الكبد الحموي "ب"، ج.ر، عدد 39، سنة 2000.

³ نصر الدين مروك، المرجع السابق، ص.67.

⁴ أنظر، مراد بدران، أساس المسؤولية المترتبة عن عمليات التلقيح الإجباري، المرجع السابق، ص.09.

⁵ كريمة عباشي، المرجع السابق، ص.117.



- آث ملويا لحسين بن شخ، دروس في المسؤولية الادارية (الكتاب الاول، المسؤولية على أساس الخطأ)، دار الخلدونية، الجزائر، ب.ط، 2006.

- آث ملويا لحسين بن شيخ، نظام المسؤولية في القانون الإداري، دار الهدى، الجزائر، ب.ط، 2013.

- أحمد عيسى، مسؤولية المستشفيات العمومية (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي، ط 1، 2008.

- حسان شمسي باشا، محمد علي البار، مسؤولية الطبيب بين الفقه والقانون، دار القلم، ط. 02، 2008.

- خلوفي رشيد، قانون المسؤولية الادارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ب.ط، 1994.

- شيهوب مسعود، المسؤولية عن المخاطر وتطبيقاتها في القانون الاداري (دراسة مقارنة)، ديوان المطبوعات الجامعية، ب.ط، 2000.

- طامري حسين، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة (دراسة مقارنة-الجزائر-فرنسا-)، دار هومة، الجزائر، ب.ط، 2002.

- عوابدي عمار، نظرية المسؤولية الادارية (دراسة تأصيلية، تحليلية ومقارنة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ب.ط، 1994.

- مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والقانون المقارن والشريعة الاسلامية (دراسة مقارنة)، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط. 1، 2003.

ب- باللغة الفرنسية:

- Jacques MOREAU-Didier TRUCHET, Droit de la santé publique, 5^{ème} édition, Dalloz, 2000.

2- الرسائل والمذكرات:

أ- الرسائل:

وتفضيل مصلحة المجتمع على مصلحة الفرد، إلا أن المشرع الجزائري لم يراعي مصلحة هذا الفرد في حالة ما إذا أصيب بضرر حيث نجده لم ينص على نظام المسؤولية المترتبة عن هاته العمليات، مما يجعل القاضي الإداري الجزائري مخير في إقامة هذه المسؤولية وذلك طبقا للقواعد العامة للمسؤولية الإدارية، فقد يقيّمها على أساس الخطأ -جسيما كان أو بسيطا- أو يقيم المسؤولية بدون خطأ، ولكنه ومن الأجدر ولحماية المتضرر من عملية التلقيح الإجباري أن يقيم القاضي هاته المسؤولية على أساس انتفاء الخطأ حيث تسأل الدولة عن هذه الأضرار، وذلك على اعتبار أن عملية التلقيح الإجباري هي مفروضة والزامية من قبل الدولة وينتج عنها تحمل أعباء خاصة لصالح المجتمع من ناحية، ومن ناحية أخرى أن عملية التلقيح الإجباري قد ينتج عنها مخاطر خاصة على صحة بعض المتلقين لهذا التلقيح، ولهذا لا يجب علينا ترك هذه الفئة بدون تعويض، ومن هنا ننادي المشرع الجزائري إلى سد الفراغ التشريعي والتبني الصريح لمسؤولية الدولة بدون خطأ عن الأضرار التي قد تنجم التلقيح الإجباري، وأن يقتدي بالمشرع الفرنسي الذي حسم تردد قضائه الإداري في تأسيس المسؤولية الإدارية بتبنيه مسؤولية الدولة بدون خطأ عن الأضرار الناتجة عن عمليات التلقيح الإجباري، ويكون لهذا الاقتداء دور إيجابي بحيث يُجَبَّب القضاء الإداري الجزائري التردد الذي عاشه القضاء الاداري الفرنسي تأسيس المسؤولية عن الأضرار الناتجة عن عمليات التلقيح الإجباري، وكذلك ليضمن التعويض للفئة المتضررة من هاته العمليات والتي عجزت عن إثبات خطأ المرافق الصحية العمومية.

قائمة المراجع:

1- المؤلفات

أ- باللغة العربية:

- بدران مراد، المسؤولية المدنية للجماعات المحلية عن الأضرار المترتبة على النفايات المنزلية، مجلة العوم القانونية والادارية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، رقم 01، 2003.

- بدران مراد، محاضرات في المسؤولية الطبية للمرافق العامة، ملقاة على طلبة ماجستير القانون الطبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2013-2014، (غير منشورة).

- هواري سعاد، مسؤولية المرافق الصحية العمومية على أساس المخاطر، مجلة الحجة، عدد 03، جانفي 2012.

ب- باللغة الفرنسية:

- Fabienne Quillere- MAJZOUB, La responsabilité du service publique hospitalier, المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول (المسؤولية الطبية)، أعمال المؤتمر العلمي السنوي نظمتها كلية الحقوق، جامعة بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، الجزء الأول، بيروت، 2004

- Jacqueline Le TENDRE, bulletin de liaison annuel n° 8, réseau vaccin hépatite b, avril/mai 2006, p.06, disponible au: <http://www.Revahb.org>. le: 30/04/2014, 15:56.

4- المجالات:

- مجلة العوم القانونية والادارية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، رقم 01، 2003.

- مجلة الحجة، عدد 03، جانفي 2012.

- نشرة القضاة، العدد 63، مديرية الدراسات القانونية والوثائق، وزارة العدل، ديوان المطبوعات التربوية، الجزائر، 2008.

5- المراجع الإلكترونية:

- بلجل عتيقة، المسؤولية الإدارية الطبية عن عمليات نقل الأعضاء البشرية، رسالة دكتوراه في القانون الاداري، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2011-2012.

- حاج عزام سليمان، المسؤولية الادارية للمستشفيات العمومية، أطروحة دكتوراه تخصص قانون إداري، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2010-2011.

- مامون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، رسالة دكتوراه دولة في القانون الطبي، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2004-2005.

ب- المذكرات

- صاحب ليدية، فوات الفرصة في إطار المسؤولية الطبية، مذكرة ماجستير في قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، 2011.

- عباشي كريمة، الضرر في المجال الطبي، مذكرة ماجستير في قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.

- عميري فريدة، مسؤولية المستشفيات في المجال الطبي، مذكرة ماجستير في قانون مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.

- فطناسي عبد الرحمن، المسؤولية الادارية لمؤسسات الصحة العمومية عن نشاطها الطبي في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون الإداري والادارة عامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2010-2011.

3- المقالات والمحاضرات:

أ- باللغة العربية:

- بدران مراد، أساس المسؤولية المترتبة عن عمليات التلقيح الإجباري، الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، يومي 23 و24 جانفي 2008، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008.



- C.E., 25 juillet 2013, n° 347777, disponible au: [http:// www.google.fr](http://www.google.fr), le: 30/04/2014, 15:36.
- C.E., 6 novembre 2013, n°345696, disponible au: [http:// www.aphp.fr](http://www.aphp.fr), le: 30/04/2014, 15:41.
- Guide des vaccinations, direction générale de la santé, comité technique des vaccinations édition 2012, p.391. disponible au: <http://www.google.fr>, le: 30/04/2014, 15:40.
- L'indemnisation des victimes sur le fondement du risque, disponible au: www.w3.org/1999/xhtml. le: 30/04/2014, 16:21.

6- المصادر:

- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الصادر بتاريخ 28 نوفمبر 1996، ج.ر، عدد 76 لسنة 1996، المعدل والمتمم لسنة 2008.
- الأمر رقم 75-85 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج.ر، عدد 78 سنة 1975، والمعدل والمتمم بموجب قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج.ر، عدد 44 لسنة 2005.
- القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16/02/1985، المتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها، المعدل والمتمم، ج.ر، العدد 08 لسنة 1985.
- المرسوم التنفيذي رقم 69-88 مؤرخ في 17 يونيو 1969 المتضمن بعض أنواع التلقيح الإجباري، ج.ر، عدد 53، مؤرخة في 20 يونيو 196، المعدل والمتمم بالمرسوم رقم 85-282 المؤرخ في 11 جانفي 1985.

حماية المستهلك من جريمة الإعلان التجاري المضلل أو الكاذب

الأستاذ: هلال شعوة
أستاذ مساعد أ.
كلية الحقوق - جامعة عنابة

ملخص المقال:

Abstract

Professional have all resources necessary to make free and fair competition.

But often exist: "between the strong and the weak is the topic freedom which oppresses and the law that liberates" where the professional use of false, deceptive or misleading at the limit of legality spirit of easy money and fast .

The law imposed severe sanctions even compels him the respect of consumer rights and that advertising is honest and truthful.

Keywords: consumer rights, false advertising, legality, sanctions.

مقدمة.

إن الخداع أو الغش يعد من أخطر الجرائم التي قد يقع المستهلك ضحية لها، ذلك لأنه بطريقة أو بأخرى قد استأمن المهني أو التاجر على حياته، خاصة بالنسبة لبعض السلع كالمأكولات أو الآلات الخطيرة كالسيارات، فعادة ما تقتنى هذه السلع لتستهلك مباشرة، وعادة ما يتشارك في استهلاكها كل أفراد عائلة الشخص الذي اقتناها، وتزيد الخطورة عندما يبرم العقد الذي حصل المستهلك بموجبه على السلعة أو الخدمة إلكترونياً؛ ذلك

رغم أهمية الإعلان في الحياة التجارية عموماً وتجارة التاجر خصوصاً، فإنه منوط بالألا يخرج عن الأطر التي رسمها له القانون، وألا يمس بأي حال من الأحوال بحقوق المستهلك، فإن فعل عد الإعلان غير مشروع وطالت صاحبه يد العدالة الجنائية.

ومن هذا المنطلق، جاءت دراستنا لجريمة الإعلان المضلل أو الكاذب، بأن قسمنا هذا الموضوع إلى قسمين، القسم الأول، سنتناول فيه تعريف جريمة الإعلان المضلل أو الكاذب، أما القسم الثاني، فسنتطرق فيه إلى أركان جريمة الإعلان المضلل أو الكاذب وجزائها القانوني.

الكلمات المفتاحية: المستهلك، الإعلان التجاري الكاذب أو المضلل، الحماية الجزائية.

Résumé

Souvent existe: "Entre le fort et le faible, c'est la liberté qui opprime et la loi qui libère" où le professionnel peut user la publicité fausse, mensongère ou trompeuse a la limite de la légalité par esprit de gain facile et rapide, ce qui porte atteinte aux droits légitimes du consommateur.

La loi a imposé des sanctions sévères a même de lui oblige le respect de droits de consommateur et aussi pour que la publicité soit loyale et véridique.

Mots clés: consommateur, publicité fausse ou mensongère, la protection juridique.

أولاً: النصوص القانونية التي تنظم جريمة الإعلان المضلل أو الكاذب.

تنص المادة 28 من القانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية على أنه²: " دون الإخلال بالأحكام التشريعية والتنظيمية الأخرى المطبقة في هذا الميدان، يعتبر إشهاراً غير شرعي وممنوع، كل إشهار تضليلي لا سيما إذا كان:

1- يتضمن تصريحات أو بيانات أو تشكيلات يمكن أن تؤدي إلى التضليل بتعريف منتج أو خدمة أو بكميته أو وفرته أو مميزاته.

2- يتضمن عناصر يمكن أن تؤدي إلى الالتباس مع بائع آخر أو مع منتوجاته أو خدماته أو نشاطه.

3- يتعلق بعرض معين للسلع أو الخدمات في حين أن العون الاقتصادي³ لا يتوفر على مخزون كاف من تلك السلع أو لا يمكنه ضمان الخدمات التي يجب تقديمها عادة بالمقارنة مع ضخامة الإشهار".

وتنص المادة 2/27 من نفس القانون على أنه: " تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة في مفهوم أحكام هذا القانون لا سيما منها الممارسات التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي: ..."

2 - تقليد العلامات المميزة لعون اقتصادي منافس أو تقليد منتوجاته أو خدماته أو الإشهار الذي يقوم به، قصد كسب زبائن هذا العون إليه بزرع شكوك وأوهام⁴ في ذهن المستهلك...".

لأنه يحرم من أول خطواته الدفاعية وهي معاينة السلعة وفحصها أو حتى رؤيتها رؤية حقيقية¹.

وللغش طرقاً وأساليب كثيرة، لكن أخطرهما على الإطلاق ذلك الذي يتم بواسطة الإعلانات الكاذبة أو المضللة، خاصة تلك التي تبث عبر شبكة الأنترنت، لأنه كثيراً ما يستعمل فيها الكذب والتضليل مصحوب بأساليب إبهار وإغواء ومؤثرات، تجعل من مقاومتها أمر في غاية الصعوبة.

ورغم أنه من المفترض أن يكون الإعلان مصدراً للمعلومات الصحيحة والصادقة، لكي يستطيع المستهلك تكوين قناعة سليمة حول السلعة أو الخدمة التي يرغب فيها، فواقع الحال غير ذلك، لأن المهني أو التاجر قد يستعمل الإعلان بطريقة عكسية، فيحوله إلى وسيلة للكذب والتضليل، وذلك بهدف الترويج السريع وغير المشروع على حساب المستهلك، مما قد يلحق به ضرراً جسيماً، فإذا كان الإعلان بهذا الوصف، فإنه يعد جريمة رصد لها المشرع الجنائي عقوبات جزائية.

وفي سبيل دراسة هذه الجريمة، قسمنا هذا الموضوع إلى بحثين، المبحث الأول، سنتناول فيه تعريف جريمة الإعلان المضلل أو الكاذب، أما المبحث الثاني، فسننتظر فيه إلى أركان جريمة الإعلان المضلل أو الكاذب وجزاؤها القانوني.

المبحث الأول: تعريف جريمة الإعلان المضلل أو الكاذب.

² القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23/6/2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم.

³ ولقد أطلق عليه المشرع الجزائري اسم المتدخل أيضاً في قانون حماية المستهلك، وهو التاجر، كما ينعت لدى بعض التشريعات المقارنة بأنه: المهني أو المحترف أو المزود... ومننا نوجه دعوى للمشرع الجزائري أولاً ثم للمشرعين العرب ثانياً لكي يوحدا هذا المصطلح وغيره من المصطلحات ذات المدلول القانوني.

⁴ عبارة مثل "شكوك وأوهام" هي عبارة أدبية ليس هنا محلها، وكان يكفي أن يترجم المصطلح الموجود في النص الفرنسي وهو (confusion)

¹ وفي الحقيقة حتى أن رؤية المبيع على شاشة الأنترنت لا يجعل من الرؤيا متحركة، لذلك قال البعض وبحق: " من المناسب ألا ننسى أن الصورة الافتراضية قد وجدت لكي تحاكي الحقيقة أو الواقع، وعليه فإنها بذاتها وبحسب أصلها خادعة أو مضللة". (ترجمة شخصية)

" Il convient de ne pas oublier que l'image virtuelle a été créé pour simuler la réalité et qu'elle et donc, par elle-même, substantiellement " trompeuse "" .BENSOUSSAN(A).

Internet et aspects juridiques, Ed HERMES, 1998, p217.

وكل إجراء إشهار أو عرض أو بيع يوحي بأن المنتج يتميز بخصائص لا تتوفر فيه حقا لا سيما فيما يتعلق بالتركيب والمزايا الجوهرية، وطريقة الصنع وأبعاد المنتج وأصله".

ثانيا: تعريف الإعلان الكاذب أو المفضل.

عرف المشرع الجزائري الإعلان التجاري ونعته بالإشهار بموجب الفقرة 3 من المادة 3 من القانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية³ بقوله: " كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى الترويج لبيع السلع والخدمات مهما كان المكان أو وسائل الاتصال المستعملة".

يلاحظ على هذا التعريف أنه لم يذكر نوع معين من أنواع الدعامات التي يرد فيها الإعلان، وإنما جاء ليستوعب أي مكان أو أية وسيلة من وسائل الاتصال قد تستعمل في نشره، سواء كانت موجودة الآن أو ستوجد في المستقبل بالنظر إلى التطور السريع والمتتالي لوسائل الاتصال الحديثة، وهذا منحى حسن في نظرنا من جانب المشرع، خاصة أمام الدور الهائل الذي تلعبه وسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة في مجال الإعلان، وعلى رأسها الأنترنت الذي يمكن أن نشبهه بمنصة ضخمة لإطلاق الإعلانات.

ويعرف الإعلان التجاري لدى بعض الفقه⁴ بأنه: " كل فعل أو تصرف يهدف إلى التأثير النفسي على الجمهور أيا كانت وسيلة هذا التأثير بهدف إقناعهم بمزايا السلعة أو الخدمة وما يمكن أن تحققه من فوائد، ولا يختلف الإعلان الإلكتروني عن الإعلان التقليدي إلا من حيث الوسيلة المستعملة للإعلان، وهو أنه يبث من خلال شبكة الأنترنت".

وتنص المادة 68 من قانون حماية المستهلك الجديد على أنه: " يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في المادة 429 من قانون العقوبات، كل من يخدع أو يحاول أن يخدع المستهلك بأية وسيلة كانت حول:

- كمية المنتجات المسلمة،
 - تسليم منتجات غير تلك المعينة مسبقا،
 - قابلية استعمال المنتج،
 - تاريخ أو مدد صلاحية المنتج،
 - النتائج المنتظرة من المنتج،
 - طرق الاستعمال أو الاحتياطات اللازمة لاستعمال المنتج".
- وتنص المادة 69 من قانون حماية المستهلك الجديد¹: " ترفع العقوبات المنصوص عليها في المادة 68 أعلاه إلى خمس سنوات (5) وغرامة قدرها خمس مائة ألف دج (500000) إذا كان الخداع أو محاولة الخداع قد ارتكبت سواء بواسطة...:

- إشارات أو ادعاءات تدليسية،
 - كتيبات أو منشورات أو نشرات أو معلقات أو إعلانات أو بطاقات أو أية تعليمات أخرى".
- كما نصت المادة 12 من المرسوم التنفيذي المتضمن كفاءات صناعة مواد التجميل والتنظيف وتسويقها في السوق الوطنية²، على أنه: " تمنع في تجارة مواد التجميل والتنظيف البدني أن تستعمل، تحت أي شكل كان، كل إشارة أو علامة أو تسمية خيالية، أو نمط تقديم أو وسم

ترجمة سليمة تعبر على المعنى القانوني الدقيق، ومعناه الصحيح هو الخلط الذي قد يحدث في ذهن المستهلك.

¹ ونقصد به القانون رقم 03-09 المؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش الذي ألغى قانون حماية المستهلك القديم رقم 89-02 الصادر في 07 فبراير 1989.

² المرسوم التنفيذي رقم 97-37 مؤرخ في 5 رمضان 1417 الموافق 14 يناير 1997 يحدد شروط وكفاءات صناعة مواد التجميل والتنظيف، الجريدة الرسمية العدد 4، الصادرة في 15/1/1997.

³ المشرع الجزائري هو التشريع الوحيد من بين التشريعات العربية - حسب علمنا - من قام بتعريف الإعلان ونعته بالإشهار بموجب الفقرة 3 من المادة 3 من القانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

⁴ خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستهلك الإلكتروني، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص 108.

أنه مصاغ بعبارات من شأنها أن تؤدي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة إلى خداع أو تضليل المستهلك".

هذا وعرف التوجيه الأوروبي الصادر في 10 سبتمبر 1984 في المادة الثانية منه الإعلان المضلل أو المخادع بأنه: " أي إعلان، وبأي طريقة كانت، يحتوي في طريقة تقديمه على أي تضليل أو قد يؤدي إلى تضليل هؤلاء الذين يوجه إليهم الإعلان".

كما نصت المادة الثالثة من التوجيه الأوروبي السابق على أن الإعلان المضلل يقع أيضا عن طريق إغفال إحدى الخصائص الجوهرية للسلعة المعلن عنها⁴.

غير أن التضليل ليس حتما مرادفا للكذب، فالكذب يؤدي حتما إلى تضليل الضحية، لكن التضليل قد يحدث حتى دون كذب، فالكذب هو تزييف للحقيقة، وذلك بالإخبار عن شيء بخلاف ما هو عليه في الواقع، والأصل في الكذب أنه فعل عمدي يقوم على إخفاء الحقيقة أو تزييفها بهدف تضليل الضحية، وهو بهذا المعنى يتألف من عنصرين، مادي بتزييف الحقيقة؛ أي المضمون الكاذب، ومعنوي هو نية الغش⁵.

ولا شك أن المعلن يلتزم بعدم الكذب في إعلانه وإلا كان مسؤولا مدنيا وجنائيا، لكن ليس معنى ذلك أنه يلتزم بالصدق بالنسبة لمواصفات السلعة أو الخدمة المعلن عنها ككل، فالمعلن لا يلتزم بأن يقول الحقيقة كاملة، وإنما يكفي - حتى لا يتوافر الكذب - أن يكون صادقا حول العناصر المعلن عنها، وألا يضلل المستهلك فيما لم يعلن عنه من العناصر والصفات والآثار المتعلقة بالسلعة أو الخدمة.

أما التضليل فهو خداع المستهلك دون ذكر معلومات كاذبة، فالإعلان - هنا - صادق من حيث البيانات التي

أما الإعلان المضلل أو الكاذب¹ فهو الذي: " يتضمن معلومات مغلوطة تجعل المستهلك يحصل على معلومات خاطئة فيما يتعلق بعناصر أو أوصاف أو خصائص أو آثار المنتج المعلن عنه، وذلك من خلال انتهاج أساليب الخداع في الرسالة الإعلانية لغرض تضليل المستهلك والعمل على إقناعه بشراء منتج ما، وهذا بالتركيز على مختلف أساليب الإغراء الموجودة في الإعلان، وإثارة التصرفات الانفعالية غير الرشيدة التي تؤثر على أذواق المستهلكين".²

كما عرف الإعلان التجاري المضلل بأنه: " الإعلان الذي يكون من شأنه خداع المستهلك، أو يمكن أن يؤدي إلى ذلك".

وفي تعريف آخر: " الإعلان المتضمن معلومات تهدف إلى الوقوع في خطأ أو خداع، فيما يتعلق بعناصر وأوصاف جوهرية للمنتج".

فالإعلان التجاري المضلل هو الذي يؤدي إلى خداع المستهلك من خلال تضمينه معلومات مغلوطة حول عناصر وأوصاف جوهرية في المبيع³.

وهو أيضا: " ذلك الذي، وبأية وسيلة كانت، يتناول سلعة أو خدمة، ويتضمن عرضا أو بيانا أو ادعاء كاذبا، أو

¹ لقد جمعنا بين المصطلحين؛ أي التضليل والكذب لأنه؛ وإن كانا من طبيعة واحدة فإنهما يختلفان من حيث الدرجة، ذلك أن الإشهار الكاذب أشد لأن صاحبه سيئ النية، أما التضليل فقد يحدث من دون قصد، كما أن القضاء الفرنسي كان يشترط في البداية أن يكون صاحب الإشهار كاذبا لتجريمه، أنظر في ذلك: بليمان يمينة، الإشهار الكاذب أو المضلل، بحث منشور في مجلة العلوم الإنسانية لجامعة قسنطينة، العدد 32، ديسمبر 2009، المجلد ب، ص ص، الصفحة من 289 إلى 313، ص 21، وأيضا: مامش نادية، مسؤولية المنتج، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، ماجستير قانون الأعمال، كلية الحقوق بتيزي وزو، جامعة مولود معمري، تاريخ المناقشة 2012، ص 112 و 121 وما بعدها.

² الداوي الشيخ، تحليل آليات حماية المستهلك في ظل الخداع والغش التسويقي، حالة الجزائر، منشور في: 11/11/2012/17:00

www.economicat.com/forums ص 7.

³ عبد الله ذيب عبد الله محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2009، ص 42 و 43.

⁴ أورده: خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 117 و 118.

⁵ موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، مكتبة السنهوري منشورات زين الحقوقية، بغداد، الطبعة الأولى 2012، ص 59.

الإعلان والإحاطة بكل ما يحتويه قبل نشره⁵، وأمام هذا القرار الحاسم لا يكون لقضاة الموضوع البحث عما إذا كان المعلن سيئ النية أم لا، وإنما يكفي أن يكون هذا الأخير قد ارتكب خطأ تقصيرياً أو إهمالاً لكي يعد مذنباً. ويستوي - طالما أن الإعلان يعطي انطباعاً مغايراً للحقيقة - أن يكون التضليل إيجابياً بذكر أو بالتصريح بمواصفات أو عناصر خادعة، أو سلبياً عن طريق الترك، وذلك بأن يغفل المعلن أو يمتنع عمداً أو سهواً عن ذكر بيانات جوهرية، مما يؤدي إلى خداع المستهلك بإعطائه صورة مغايرة لحقيقة الخدمة أو السلعة المعلن عنها، ولقد تطرقت المادة 2/3 من التوجيه الأوروبي الصادر في 10 سبتمبر 1984 إلى التضليل بطريق الترك، وذكرت أن الإعلان المضلل يقع عن طريق إغفال بيان أو معلومة جوهرية، ومثاله: الإعلان أنه وبعد شراء السيارة تكون صيانتها مجانية، دون أن يذكر أن هذا ينطبق على الأشهر الأولى من مدة الضمان فقط وليس للمدة كلها⁶، ولقد تصدت المحاكم الفرنسية للتضليل بطريق الترك في عدة قضايا، كان منها الإعلان عن فتح عيادات للتخسيس والتخلص من السمنة، وفي نفس الوقت سكت الإعلان عن حقيقة مفادها أن برنامج أو عمل تلك العيادات يتضمن تقديم عقار مخدر منهي عن استعماله لما له من آثار ضارة بالصحة، بصرف النظر عن فاعليته في علاج البدانة⁷. لكن المبالغة وبحسب الأصل لا تعد تضليلاً عند قيام المعلن بامتداح السلعة أو الخدمة المعلن عنها، فالمبالغة في وصف محاسنها وامتداح مزاياها وإبراز آثارها الإيجابية هو أمر مقبول في الحياة التجارية، ومن ثم لا يعد ذلك إعلاناً مضللاً، ومثاله استخدام ألفاظ مثل: "عظيم" أو "باهر" أو "ساحر" أو "الفريد" أو "الأكثر

يذكرها، لكنه يصاغ في عبارات أو يقدم بطريقة من شأنها أن تخدع المستهلك¹.

والخداع في الإعلان الكاذب يكون أكثر وضوحاً منه في الإعلان المضلل، ومن ثم فإن كل إعلان كاذب هو إعلان مضلل بالضرورة ولكن العكس ليس صحيحاً، وعليه فإن التضليل الإعلاني أوسع نطاقاً من الكذب الإعلاني².

ومناطق عدم مشروعية الإعلان المضلل هو خداع المستهلك وما يترتب ذلك من آثار سلبية، وجريمة الخداع الإعلاني لا تقوم إلا إذا توافر لها ركنان أساسيان، الركن الأول وهو الركن المادي، ويتمثل في التضليل الذي يقصد به؛ كل ما من شأنه إيقاع المستهلك في اللبس أو الانخداع، ويعتبر الإعلان التجاري مضللاً أيضاً إذا كان من شأنه أن يؤدي إلى تضليل المستهلك، فلا يشترط أن يكون الإعلان مضللاً في ذاته.

والركن الثاني هو الركن المعنوي، وهو قصد المعلن خداع المستهلك من أجل حمله على التعاقد؛ أي أنه يشترط لتجريم الإعلان التجاري أن يكون المعلن سيئ النية متعمداً خداعاً وتضليل الجمهور من خلال رسالته الإعلانية³.

غير أنه وبالنسبة لهذا الشرط، فإن محكمة النقض الفرنسية بقرارها الصادر في 1994/1/5 قد حسمت الجدل الفقهي الذي كان قائماً حول هذه المسألة⁴، معتبرة أن جنحة الإعلان المضلل تقوم حتى دون توافر سوء النية في جانب المعلن، كما ذكرت أيضاً أنه لا يصح التذرع بالإهمال وعدم الاكتراث للتخلص من المسؤولية، ذلك أن المعلن ملتزم بالتثبت من صدق

¹ محمد المرسي زمرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2007، ص 160.

² موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص 60.

³ ضاري تمران طلاق الشمري، حماية المستهلك في العقود

الإلكترونية - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، 2009،

ص 24 و 25.

⁴ أنظر في ذلك: بليمان يمينه، مرجع سابق، ص 30.

⁵ مامش نادية، مرجع سابق، ص 123.

⁶ محمد المرسي زمرة، مرجع سابق، ص 161.

⁷ موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص 67.

قبل أن نتحدث عن جريمة الإعلان المضلل من البديهي أن نكون أمام إعلان، وهو تلك الأفعال التي تهدف إلى جلب اهتمام الجمهور قصد الترويج للبضائع والخدمات، بصرف النظر عن الوسيلة المستخدمة في ذلك، سواء كانت كتابة أو بالقول أو كانت الوسيلة مرئية.

وحقيقة الأمر أنه توجد العديد من المحاولات التشريعية والقضائية والفقهية للإحاطة بمفهوم الإعلان، ومن ذلك ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 02 فقرة 7 من مرسوم 1990 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، بقوله: "الإشهار جميع الاقتراحات أو الدعايات أو البيانات أو العروض أو الإعلانات أو المنشورات أو التعليمات المعدة لترويج وتسويق سلعة أو خدمة بواسطة أسناد بصرية أو سمعية بصرية".

وأيضاً ما جاء في الفقرة 3 من المادة 3 من القانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية³ بقوله: "كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى الترويج لبيع السلع والخدمات مهما كان المكان أو وسائل الاتصال المستعملة".

وحسب القانون الفرنسي الصادر بتاريخ 29 ديسمبر 1979، فالإشهار هو: "كل كتابة، شكل أو صورة موجهة لإعلام الجمهور أو لجلب انتباهه"⁴.

وجنحة الإعلان المضلل لا تقوم أيضاً إلا إذا كانت هناك دعامة للإعلان (un support) وأي نوع من الدعامات يمكن اعتبارها كذلك، وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 69 من قانون حماية المستهلك الجديد بقوله: "ترفع العقوبات المنصوص عليها في المادة 68 أعلاه، إلى (5) سنوات حبسا وغرامة قدرها خمس مائة ألف دج (500000)، إذا كان الخداع أو محاولة الخداع قد ارتكبت سواء بواسطة:...

فعالية وأماناً"، فهذا أمر جائز مبدئياً، لأنه لا يتضمن كذبا أو تضليلاً بخصوص مكونات أو أوصاف السلعة المعلن عنها¹.

غير أنه يجب الحذر من بعض الكلمات الجذابة والكلمات المبالغ فيها وعبارات التخميم مثل "الأول" أو رقم (1) أو عبارة "ارضى أو استرد نقودك" أو "إن البيع بسعر التكلفة" وغير ذلك، والتي قد تدفع في أوضاع أو حالات معينة إلى الوقوع في الغلط²، فإذا تبين أن البيع لم يكن بسعر التكلفة أو أن المعلن لم يكن مستعداً منذ البداية لرد النقود، يتحول الإعلان إلى إعلان مضلل، وتقوم مسؤولية صاحبه؛ إذ يجب أن يسأل المعلن نفسه دائماً وقبل أن يبث الإعلان عما إذا كان إعلانه سيؤدي إلى تضليل المستهلك أم لا؟

ناهيك عن إمكانية تكييف مثل هذا الإعلان على أنه منافسة غير مشروعة.

ولقيام جريمة الإعلان المضلل أو الكاذب، يجب توافر كل من الركنين المادي والمعنوي، وهو ما سنتعرف عليه بالتفصيل في المبحث الموالي، والذي سنتطرق فيه أيضاً إلى الجزاءات القانونية لهذه الجريمة.

المبحث الثاني: أركان جريمة الإعلان المضلل وجزاءها القانونية.

تقوم جنحة الإعلان المضلل على ركنين، مادي ومعنوي.

أولاً: الركن المادي.

يتحقق الركن المادي بتوافر العناصر التالية:

(1) أن نكون بمقدور إعلان (وجود إعلان).

¹ محمد المرسي زهرة، المرجع نفسه، ص 163.

² M. HAZAN, LA PUBLICITE MENSONGERE, cité par

GARCIA Laëtitia sur: www.dea-dtcom.u-paris2.fr. p.5

/11/2012/ 17:30.

³ سبق التعريف بهذا القانون.

⁴ بليمان يمينة، مرجع سابق، ص 18 و19.

السلع أو لا يمكنه ضمان الخدمات التي يجب تقديمها عادة بالمقارنة مع ضخامة الإشهار".

وعليه فإن الإعلان أو الإشهار يعد تدليسيا وغير نزيه إذا كان من شأنه أن يؤدي إلى لبس أو خلط بين سلع أو خدمات أو علامات تميز منتجا عن غيره، أو كان يتضمن تصريحات أو ادعاءات أو عروض كاذبة أو من طبيعته أو من إحدى خواصه أن يدفع إلى التلغيط أو التضليل.

أما محل التلغيط أو التضليل فهو عموما تلك العناصر التي حددها القانون والتي يمكن عرضها في النقاط التالية:

- وجود السلعة أو الخدمة في حد ذاتها، مثلا الإعلان عن بيع سيارة أو محل تجاري رغم أن تلك السيارة أو ذلك المحل قد بيعا مسبقا.

- طبيعة أو هوية السلعة أو الخدمة، كالإعلان عن مناديل تحمل اسم " المناديل القطنية " مع وجود ملاحظة مكتوبة بحروف صغيرة، مفادها أنها؛ أي المناديل لا تحتوي على قطن.

وأیضا ذلك الإعلان الذي يدعي مثلا تقديم عروض خدمات هاتفية بصيغ متنوعة ومختلفة تناسب الجميع، مع أنها لا تحتوي إلا على صيغة أو صيغتين فقط وقد لا تناسب أحدا.³

- مكونات أو تركيبة المنتج، كالساعة التي يعلن على أنها من الذهب وهي من الذهب المزيف، أو الحلوى والمرطبات التي يعلن على أن مكوناتها طبيعية؛ إذ بها مصنوعة أساسا من الزبدة الاصطناعية (المارجرين) مثلا، أو العصير الذي يقدم على أنه طبيعي وهو في الحقيقة عبارة عن بودرة وماء ومنكهات وألوان اصطناعية لا غير، أو ذلك الإعلان الذي توضع فيه صورة لنوع معين من المواد المرغوبة، وذلك قصد إيهام المستهلك أنها تدخل في تركيبة السلعة وهذا ما اعتبر

- إشارات أو ادعاءات تدليسية،

- كتيبات أو منشورات أو نشرات أو معلقات أو إعلانات أو بطاقات أو أية تعليمات أخرى".

وإضافة إلى ما ذكر في النص، تعد من الدعامات أيضا الملصقات على المنتج وطلبات الشراء والفواتير وأي وسيلة أخرى تسمح بنشر الرسالة الإعلانية، والتي يدخل ضمنها بالطبع المواقع الإعلانية والإعلانات على الأنترنت¹.

(2) إحتواء الإعلان على كذب أو تضليل.

نتناول في هذا العنصر الأفعال التي يعتبرها القانون من جرائم الإعلان مدعمة ببعض الأمثلة التوضيحية، ثم نتطرق لبعض الأساليب الخاصة التي تستعمل في التضليل من الناحية العملية.

(1) الأفعال التي يجرمها القانون.

حسب المادة (1-128 L) من قانون الاستهلاك الفرنسي والمادة 28 من القانون الجزائري المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية² والتي نصت على أنه: " دون الإخلال بالأحكام التشريعية والتنظيمية الأخرى المطبقة في هذا الميدان، يعتبر إشهارا غير شرعي وممنوعا، كل إشهار تضليلي لا سيما إذا كان:

1- يتضمن تصريحات أو بيانات أو تشكيلات يمكن أن تؤدي إلى التضليل بتعريف منتج أو خدمة أو بكميته أو وفرته أو مميزاته.

2- يتضمن عناصر يمكن أن تؤدي إلى الالتباس مع بائع آخر أو مع منتجاته أو خدماته أو نشاطه.

3- يتعلق بعرض معين للسلع أو الخدمات في حين أن العون الاقتصادي لا يتوفر على مخزون كاف من تلك

¹ M. HAZAN, op.cit. p. 2

² القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23/6/2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 15/8/2010، ج ر رقم 46 مؤرخة في 18/8/2010.

³ M. HAZAN, op.cit. p. 4

الحجز أو البيع في المزاد من جانب مصلحة الجمارك، مع أن هذا غير صحيح.³

- كمية أو حجم السلعة أو المساحة أو غير ذلك من القياسات، وذلك كالإعلان على أن الأرض أو المحل تجاري مساحته كذا وهو غير ذلك، أو أن شاليه الإستجمام الواحد يسع أكثر من ثلاث أسر وهو بالكاد يسع واحدة، أو القول والتصريح بأن المنزل محل الإعلان قريب جدا من البحر ولا يتطلب منك إلا بضع خطوات والحقيقة أن الوصول إلى البحر يتطلب منك الركض لساعات.

- طريقة الصنع، كالقول مثلا أن الكسكسي محضر على طريقة جدانتا على الرغم أن صناعته لا تختلف إطلاقا عن طريقة صنع العجائن الاصطناعية.

- الثمن، ومثل ذلك الإعلان الذي يفصح عن تخفيض في سعر المكالمات الهاتفية يتجاوز 30% والحقيقة أن هذا التخفيض يكون بالنسبة لعدد محدود من المكالمات فقط وليس لكل المكالمات، أو أنه خاص بالمكالمات المحلية دون الخارجية، أو مثل التصريح بتقديم عروض وتخفيضات محددة بمدة زمنية معينة، كأسبوع مثلا، ولكن في الحقيقة أن المدة هي أطول من ذلك، وإنما قيل أسبوع لكي يتهافت المستهلك على السلعة أو الخدمة، أو الإعلان على أن خدمة ما بعد البيع تكون مجانية طيلة مدة الضمان بينما هي لمدة شهر أو شهرين لا أكثر.

- شروط البيع وطرق الاستعمال، النتائج المرجوة من المبيع، أسباب وكيفيات البيع، كفاءة وميزات المنتج أو الصانع وغيره، ومن الأمثلة على ذلك:

* عرض سلع أو خدمات بسعر معين، ثم رفض تقديمها بعد ذلك لمن يطلبها، أو رفض تسلم طلبيات لشرائها، أو رفض تسليمها لمن اشتراها وذلك بهدف بيع سلعة أو خدمة أخرى مكانها.

مضللا أيضا، ففي قضية عرضت على القضاء الفرنسي، قامت شركة تسمى (royco) برسم صورة لنوع فاخر من الأسماك من نوع (la daurade) بمناسبة الإعلان عن شربة سمك، في حين أن هذا النوع الفاخر لا يدخل إطلاقا في مكونات الشربة، ورغم ذلك لا يشار إلى تلك المعلومة فوق غلاف الشربة، وهذا ما جعل القضاء الفرنسي يعتبر مثل هذا الإعلان إعلانا مضللا.¹

كما قد يكون ذلك بنفي وجود مكون أو عنصر معين غير مرغوب فيه من قبل المستهلك، كذكر أن المادة الغذائية المعلن عنها لا تحتوي على مشتقات خنزيرية أو خمر والحقيقة غير ذلك، ومن القضايا التي طرحت أمام القضاء الفرنسي في هذا السياق، قضية شركة إيفيان (Ivian) للمياه المعدنية، حيث قامت هذه الأخيرة بصناعة مشروب فاكهة حمل إسم (Ivian sirop) مما يعطي للمستهلك انطباعا أن من مكونات المشروب مياه الشركة المعدنية، وأنه يتوفر على نفس الخصائص العلاجية والصحية للمياه المعدنية، والحقيقة أن تلك المياه لم تكن أبدا من مكوناته.²

- مصدر أو منشأ السلعة، ومثال ذلك الإعلان الذي يدعي أن الجبن سويسري أو فرنسي أو يسميه بهذا الإسم أو ذاك، ولكنه لا يعد أن يكون مصدره إحدى المصانع المحلية، أو أن يذكر في الإشهار أن السجاد الشرقي المعروف للبيع في فرنسا قادم من الجمارك، لكن السجاد مستورد من إيران، إلا أنه تعمد ذكر هذه العبارة، لأن هذا قد يوحي للمستهلك أن ثمن المبيع رخيص نسبيا بحكم خضوعه لنوع من المصادرة أو

¹ ورد في: بليمان يمينة، مرجع سابق، ص 16.

² Cass. crim, 13mars 1979, bull. crim, 1979, n 104, j.c.p, 1979, ed. E, II, 13104, note Guinchard, Cite par LASSERRE- CAPDEVILLE Jérôme, la notion moderne de publicité fausse ou de nature a induire en erreur , Revue de la recherche juridique, droit prospectif, Presses Universitaires d Aix Marseille, 2005, p45

³ بليمان يمينة، مرجع سابق، ص 14.

من صنف الإعلان الكاذب أو المضلل، وهو كذب سلبي يتمتع فيه المعلن عن الإدلاء بمعلومات أو بيانات حول السلعة أو الخدمة محل الإعلان تكون لها أثر في قرار المستهلك بأن يقدم أو يحجم عن التعاقد، ورغم أنه يختلف عن الكذب الإيجابي المتمثل في معلومات أو بيانات غير صحيحة، فإن أثرهما واحد من حيث التضليل، ومثال السكوت أو الترك، أن يصرح المنتج أو البائع أن السيارة يمكنها قطع مسافة طويلة دون أن تحتاج إلى تغيير زيت، دون أن يذكر أن ذلك يؤثر على كفاءة المحرك أو سرعة السيارة بعد ذلك.²

لكن هل يعد تقخيم السلعة أو الخدمة والمبالغة في امتداحها تضليلاً؟

إن التصريحات والشعارات المبالغ فيها أو التي تضخم وتقخم فيها المنتجات أو الخدمات بهدف الإشهار والترويج لها لا تعد عموماً من الإعلانات الكاذبة أو المضللة، ومن ذلك عرض صورة تلفاز يسقط من طائرة أو من هاوية دون أن يصاب بخدش، أو استعمال شعار

« *difficile de trouver moins cher* » بمعنى "من الصعب أن تجد أرخص" أو كالذي يقول أن منتج معين لا يهتك إلا إذا استعمل مثل « *La pile Wonder s'use que si l'on s'en sert* »، فرغم أن هذا غير صحيح وقد يقول البعض أنه كذب، لأن أي بطارية ستتهلك حتى دون أن تستعمل، فإن القضاء في فرنسا لم ير أن مثل هذا الشعار مضلل أو يدفع إلى التغليب حول نوعية المواد أو خصائص السلعة.³

ونفس الشيء بالنسبة لاستعمال كلمات أو عبارات المبالغة مثل "الأجود في العالم"

أو "الأكثر صلابة"، فمثل هذه العبارات التي تهدف إلى امتداح المنتج أو الخدمة وإظهار محاسنها ووصف مزاياها والزمع بأنها أفضل من غيرها، فهذا النوع من

* التصريح الكاذب بأن المنتج أو الخدمة غير متوفر إلا خلال مدة زمنية جد قصيرة قصد استعجال المستهلك وحرمانه من مهلة للتفكير أو الاختيار قبل اتخاذ القرار.

* عرض منتج مشابه أو بطريقة مشابهة لمنتج تاجر أو صانع معروف لكي يظن المستهلك أن كلا المنتجين مصدرهما نفس التاجر أو الصانع المشهور.

* التصريح غير الصحيح أن المنتج أو الخدمة من شأنه علاج أمراض معينة.

* التصريح أن هناك مسابقة متوجة بجوائز لكل من يقتني السلعة أو الخدمة خلال مدة معينة أو بكميات محددة، ثم لا أحد يحصل على أية جائزة من هذه الجوائز المزعومة أو حتى يعرف ماهيتها.¹

ب) أساليب وطرق الخداع المختلفة.

يتقن المحترف ويبدع أحياناً في استخدام الطرق والأساليب التي من شأنها تضليل أو تغليب المستهلك، ومن ذلك تقديم معلومات مغلوطة أو مشوهة أو ناقصة أو غير دقيقة أو غير ذلك، ويحدث التغليب عن طريق عدم وضوح أو عدم مقروئية البيانات أو المعلومات في الإعلان، ولا يحدث التضليل فقط بأن يأتي المعلن سلوكاً إيجابياً، وإنما قد يحدث أيضاً عن طريق السكوت أو الترك؛ إذ أن مجرد الإخفاء العمدي أو غير العمدي أو إهمال الإشارة إلى بعض البيانات الجوهرية المتعلقة بالمبيع يعد جريمة، كأن يصرح المعلن بنصف المعلومات ويسكت عن النصف الآخر؛ إذ تكون الجحفة قائمة في حقه إذا كان السكوت دافعاً لإبرام العقد وكان صادراً من المتعاقد الآخر، وهو يقترب بهذا الوصف من السكوت أو الكتمان في التدليس المدني.

ولقد أثرت مسألة تجريم التضليل عن طريق مجرد الترك في القانون الفرنسي المؤرخ في 1973/12/7 بين مؤيد ومعارض، غير أن القضاء والفقهاء اتفقا بعد ذلك واعتبراه

² مامش نادية، مرجع سابق، ص 120.

³ M. HAZAN, op.cit. p.5

⁴ M. HAZAN, op.cit. p 4

فرنسا هذا المعيار المجرد، حيث يضع القاضي نفسه مكان المستهلك العادي عند تحديد الطبيعة المضللة للإشهار.³

(2) عدم اشتراط العمد أو سوء النية في المعلان.

تعد جنحة الإعلان المضلل من الجرائم غير العمدية، بحيث لا يشترط القانون توفر القصد الجنائي لدى المعلان لإدانته، وهذا ما نص عليه القانون الفرنسي الصادر في 27 ديسمبر 1973، غير أن القضاء الفرنسي رغم ذلك ظل مترددا من حيث ضرورة توافر سوء نية المعلان من عدمها، مما أثار نقاشا عميقا حول الموضوع لم تحسمه إلا محكمة النقض الفرنسية بقرارها الصادر في 1994/1/5 معتبرة أن جنحة الإعلان المضلل تقوم حتى دون توفر سوء النية في جانب المعلان، كما ذكرت أنه لا يصح التنزع بالإهمال وعدم الاكتراث للتخلص من المسؤولية، ذلك أن المعلان ملتزم بالتثبت من صدق الإعلان والإحاطة بكل ما يحتويه قبل نشره.⁴

وأمام هذا القرار الحاسم لا يلزم قضاة الموضوع بالبحث عما إذا كان المعلان سيئ النية أم لا، وإنما يكفي أن يكون هذا الأخير قد ارتكب خطأ تقصيريا أو إهمالا لكي يعد مذنباً.⁵

والإهمال أو التقصير دائما ما يعتبر مفترضا لأنه قد ارتكب من جانب شخص محترف والذي عليه دائما التأكد من صدقية وحقيقة الرسالة الإعلانية قبل نشرها، وعليه فإن الركن المعنوي لجريمة الإشهار الكاذب أو

الإعلان ليس محظورا لأنه لا يهدف إلى خداع المستهلك أو تضليله، ذلك أن المبالغة والإثارة هي كيان الإشهار التجاري ووسيلته، وهي مما يسمح به القانون للتجار في سبيل ترويجهم للسلع والخدمات وتسويقها¹، وهو أيضا مما ينشط المنافسة ولا يحتوي على أي سمات تضليلية، خاصة إذا استعملت هذه الألفاظ على إطلاقها، غير أنه يجب الحذر من بعض كلمات المبالغة وعبارات التخميم مثل "الأول" أو رقم (1) أو عبارة "ارضض أو استرد نقودك" والتي قد تدفع في أوضاع أو حالات معينة إلى الوقوع في الغلط.²

ثانيا: الركن المعنوي.

ويمكن لنا أن نبحت هذا الركن من ناحيتين، الأولى الأثر أو الطبيعة التضليلية للإعلان بالنسبة للمتلقي؛ أي المستهلك، والثانية عدم اشتراط العمد أو سوء النية في المعلان.

(1) تقدير الطبيعة التضليلية للإعلان بالنسبة للمستهلك.

قدرت المحاكم في فرنسا الطبيعة التضليلية للإعلان بالنظر إلى مدى تأثيره أو وقعه على المستهلك العادي، وهو معيار موضوعي لا ينظر فيه إلى ظروف كل شخص أو قدراته، وإنما يقاس فيه برودة فعل المستهلك العادي أو المتوسط على الإعلان، وهذا المستهلك يمثل أي مستهلك من جمهور المستهلكين، فلا هو خارق الذكاء أو شديد الفطنة، ولا هو بالمستهلك البليد أو ضعيف الفطنة (vulnerable) والذي قد يحتاج إلى حماية قانونية خاصة، وهو معيار مجرد يعفى فيه القاضي من البحث عما هو كامن في النفس ولا يختلف تطبيقه من شخص إلى آخر، ذلك أن أثر التضليل أو الخداع عموما هو نفسه بالنسبة لجميع الناس، يستوي في ذلك أن يكون ضحية الإشهار الكاذب أو المضلل شخصا ذكيا أو بليدا، ولقد تبنت أغلب أحكام القضاء في

³ بليمان يمينية، مرجع سابق، ص 13.

⁴ مامش نادية، مرجع سابق، ص 123.

⁵ ويرى البعض أن هناك فرق بين جريمة الإشهار الكاذب وجريمة الإشهار المضلل، فالأولى يشترط فيها الكذب؛ أي سوء النية، وعليه فإن جريمة الإشهار الكاذب هي جريمة عمدية، أما الإشهار المضلل فقد يكون كذلك حتى دون كذب؛ كأن يكون سبب تضليل المتلقي مجرد إهمال المعلان وعدم حيطته، فلا يشترط فيها توافر الركن المعنوي، فهي جريمة غير عمدية، أنظر في ذلك: بليمان يمينية، مرجع سابق، ص 21.

¹ مامش نادية، مرجع سابق، ص 121.

² M. HAZAN, op.cit. p.5

كما نصت المادة 39 من القانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، على أنه يمكن حجز البضائع والعتاد والتجهيزات التي استعملت في ارتكاب الجرائم أيا كان مكان وجودها مع مراعات حقوق الغير حسني النية، ويحرر بالمواد المحجوزة محضر جرد وفق الإجراءات التي تحدد عن طريق التنظيم.

خاتمة

من النتائج المتوصل إليها من خلال هذه الدراسة مايلي:

- أن الإعلان هو كل شكل من أشكال الاتصال هدفه الترويج بطريقة مباشرة أو غير مباشرة لسلع أو خدمات من خلال التأثير النفسي على الجمهور بهدف إقناعهم بمزايا السلعة أو الخدمة أيا كانت وسيلة هذا التأثير أو الدعامة التي يرد فيها الإعلان، ولقد أقدم المشرع على تعريف الإعلان في المادة 3 من القانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ورغم أن تقديم التعاريف ليس من دور المشرعين، وإنما هي مهمة الفقه والقضاء، فإنه أحسن في ذلك، خاصة وأن تعريف المشرع جاء مستوعبا لما ينشر حاليا عبر وسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة، وما قد يستجد من هذه الوسائل في المستقبل.

- أن الإعلان التجاري هو أداة مهمة بالنسبة للتاجر تساعد على الترويج للسلع والخدمات التي يتاجر فيها، فهو وسيلة جد فعالة لتحفيز الاستهلاك وتنشيط الحياة التجارية وازدهارها وتوسعها.

- من المفروض أن يلعب الإعلان التجاري دوره في إعلام المستهلك وأن يكون مصدرا للمعلومة الصحيحة والصادقة ويساعده في تكوين قناعة سليمة حول السلعة أو الخدمة التي يرغب فيها، وألا يكون مضللا أو يمكن أن يؤدي إلى تضليل المستهلك.

- إن الإعلان التجاري المضلل هو عمل غير مشروع حتى لو لم يكن المعلن فيه كاذبا؛ إذ يكفي أن يؤدي بطريقة غير مباشرة إلى تغليب وتضليل المستهلك العادي

المضلل هو الخطأ غير العمدي الذي يتمثل في الإهمال وعدم الحيطة.

ثالثا: جزاء جريمة الإعلان الكاذب أو المضلل.

(1) العقوبات المالية.

اعتبرت المادة 38 من القانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية الإعلان المضلل أو الكاذب ممارسة تجارية غير نزيهة، ورصدت له عقوبة الغرامة التي قدرها من خمسين ألف دينار (50000) إلى خمس ملايين دينار (5, 000,000).

وتنص المادة 69 من قانون حماية المستهلك الجديد: " ترفع العقوبات المنصوص عليها في المادة 68 أعلاه إلى خمس سنوات (5) وغرامة قدرها خمس مائة ألف دج (500000) إذا كان الخداع أو محاولة الخداع قد ارتكبت سواء بواسطة:...

- إشارات أو ادعاءات تدليسية،

-كتيبات أو منشورات أو نشرات أو معلقات أو إعلانات أو بطاقات أو أية تعليمات أخرى"

والمادة 68 من قانون حماية المستهلك الجديد تخص جرائم خداع أو محاولة خداع المستهلك، وعليه فإنه من يقترف أحد الأفعال التي نصت عليها هذه المادة، ويستخدم للترويج والدعاية لها إحدى وسائل الإعلان التي نصت عليها المادة 69/3 و4 أعلاه فإنه يكون قد ارتكب جريمتين هما: جريم خداع المستهلك وجريمة الإعلان الكاذب أو المضلل ويعاقب بخمس سنوات (5) حبسا وغرامة قدرها خمس مائة ألف دج (500000)

(2) العقوبة التكميلية.

نصت عليها المادة (82) من قانون حماية المستهلك، وتتمثل في مصادرة المنتوجات والأدوات وكل وسيلة أخرى من الوسائل التي استعملت لارتكاب تلك المخالفات.

أيضا أن يسعى لحماية نفسه، بأن يقوي مثلا هذه الجمعيات؛ كأن ينخرط فيها ويطلع على نشاطاتها ويشارك في تلك النشاطات، كما يجب الاهتمام بالوازع الديني وإيقاظ ضمير التجار، عسى أن يسألوا أنفسهم عن الأموال التي تجنى من وراء هذا الإعلان أحلال هي أم حرام؟

كما على المستهلك أيضا ألا يندفع وراء كل سلعة أو خدمة معلن عنها من غير تروي وتفكير، فالوقاية دوما خير من العلاج كما تقول الحكمة.

ودفعه إلى اقتناء سلعة أو خدمة ما، فالمهم هو أثره التضليلي على المستهلك، وهو بهذا المعنى يعد جريمة يعاقب عليها القانون.

- أن جنحة الإعلان المضلل تقوم على ركنين، الركن المادي، والركن المعنوي.

بالنسبة للركن المادي فهو يتحقق بتوافر العناصر التالية:

(1) أن نكون بصدد إعلان.

(2) أن يحتوي الإعلان على كذب أو تضليل.

أما الركن المعنوي فيمثله عنصران هما:

(أ) مدى تأثير الإعلان على المستهلك العادي (الطبيعية التضليلية للإعلان).

(ب) عدم اشتراط سوء نية المعلن.

وبالتالي فجنحة الإعلان المضلل هي من الجرائم غير العمدية، بحيث لا يشترط القانون توفر القصد الجنائي لدى المعلن لإدانته، وهذا المنحى الذي انتهجه المشرع الجنائي سببه ربما صعوبة إثبات سوء نية المعلن أو كذبه في بعض الأحيان.

- لقد رصد المشرع لجريمة الإشهار المضلل عقوبات مالية، أصلية وتكميلية بنص المادة 68 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش، غير أنه كان أكثر صرامة في الحالة التي يستعمل فيها الإعلان كوسيلة لارتكاب جريمة خداع أو محاولة خداع المستهلك، لأن المعلن يكون في هذه الحالة مرتكبا لجريمتين، جريمة الإعلان المضلل وجريمة خداع أو محاولة خداع المستهلك، فرفع المشرع العقوبات المنصوص عليها في المادة أعلاه إلى السجن لخمس سنوات بموجب المادة 69 من القانون نفسه.

- نرى بأنه ورغم أهمية الجانب الردعي في حماية المستهلك في مواجهة المعلن، فإنه لا يجب إهمال الجانب التوعوي أو التحسيسى بحقوقه، وهو الدور الذي ينتظر من وسائل الإعلام ويطلب من جمعيات حماية المستهلك أن تلعبه بمعونة المستهلك طبعاً، الذي عليه

مركز البصيرة للبحوث والدراسات والدراسات العلمية

حي ماكودي 02 رقم 13 واد السمار - الجزائر
ها: 023.75.75.81 النقال: 05.60.18.59.00

البريد الإلكتروني: bacera.studies@gmail.com / الموقع الإلكتروني: www.albasseera.net

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 استراتيجية، دراسات إسلامية ودراسات أدبية، ودراسات قانونية ودراسات اجتماعية ودراسات نفسية أو من خلال التواصل العلمي مع المركز.

■ تصدر الدوريات سداسياً، أي عديدين في السنة لكل دورية.

■ الاشتراك السنوي في الدورية الواحدة للأفراد: 1200 دج لكل دورية، وخارج الوطن: 15 دولار. للمؤسسات في الجزائر: 1500 دج وخارج الوطن: 20 دولار.

قسمة الاشتراك السنوي

دورية دراسات إسلامية ودراسات استراتيجية ودراسات اقتصادية ودراسات قانونية ودراسات أدبية ودراسات اجتماعية ونفسية، تاريخية، الطفولة والأرطفونية.
تصدر مرتين في السنة

الاسم واللقب أو المؤسسة.....الهاتف.....
العنوان.....

- | | | | |
|--------------------------|-----------------------------|--------------------------|-------------------------------|
| <input type="checkbox"/> | 1- دراسات أدبية من العدد | <input type="checkbox"/> | 2- دراسات إستراتيجية من العدد |
| <input type="checkbox"/> | 3- دراسات إسلامية من العدد | <input type="checkbox"/> | 4- دراسات قانونية من العدد |
| <input type="checkbox"/> | 5- دراسات اقتصادية من العدد | <input type="checkbox"/> | 6- دراسات اجتماعية من العدد |
| <input type="checkbox"/> | 7- دراسات نفسية من العدد | <input type="checkbox"/> | 8- دراسات تاريخية من العدد |
| <input type="checkbox"/> | 9- دراسات الطفولة من العدد | <input type="checkbox"/> | 10- دراسات أرطفونية من العدد |

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

