



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

العدد الخامس والعشرون ديسمبر 2017

جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية في الصفقات العمومية في ظل قانون
رقم 01-06 المتعلق بالوقاية من الفساد

جدي وفاء

حماية المستهلك من الخداع الإعلاني الإلكتروني

زوبة سميرة

لجان الطعن ودورها في حل النزاعات الجبائية

داود إبراهيم

المجلس الدستوري الجزائري بين أهمية الإصلاحات ومحدودية الإجراءات

بحري عبد الرزاق وزيان محمد أمين

الالتزام بنقل الأمتعة والمحافظة عليها في النقل الجوي للأشخاص

حمداوي نورة

ضرورة توقيع الجزاء الجنائي على منتهكي حقوق الإنسان الإسرائيليين في غزة

بن عيسى الأمين وباسم محمد شهاب

الطبيعة القانونية لقرار تعيين المترشح الناجح لتولي وظيفة عمومية

بوطبة مراد

مشروعية إسقاط الجنين المشوه

سليمانى لامية

باسم الرحمن الرحيم

رئيس التحرير:
أ. العربي بلحاج

larbibelhadj68@gmail.com

المراسلات باسم مدير مركز البصيرة
حي مأكودي 2 رقم 13 وادي السمار-الجزائر-

ها: 023.75.75.81

النقل: 0560.18.59.00

البريد الإلكتروني:

bacera.studies@gmail.com

الموقع الإلكتروني:

www.albasseera.net

A

التوزيع



دارالخلدونية للنشر والتوزيع
05، شارع محمد مسعودي القبة الجزائر.

ها/فا: 021.68.86.48

ها: 021.68.86.49

قانون دراسات
بصيرة

دورية سداسية علمية محكمة تصدر عن:

مركز البصيرة



للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية

العدد الخامس والعشرين

ديسمبر 2017

25

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

11. توثق هوامش البحث وقائمة مصادره ومراجعته في نهاية البحث.
12. تخضع البحوث للتحكيم العلمي المتعارف عليه عالمياً، 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 عليها وإدراجها 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 كاملاً أو جزءاً 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.

1. أن يتوافق البحث مع أهداف الدورية ومحاورها.
2. أن يكون البحث غير منشور سابقاً.
3. يرفق البحث بإقرار خطي بعدم تقديم البحث إلى أي جهة أخرى لغرض النشر.
4. أن لا يكون البحث جزءاً أو مقتطفاً أو مقتبساً 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 إلكترونياً 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) وبخط: (Roman Times New) 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.

هيئة التحرير

أ. العربي بلحاج: رئيس التحرير

الهيئة العلمية

رئيساً	أ. العربي بلحاج (أستاذ القانون بكلية الحقوق جامعة بومرداس)
عضوا	أ.د. تونسي بن عامر. (عميد سابق كلية الحقوق الجزائر)
عضوا	أ.د. محمد حمد العسبلي (مقرر المنتدى الإسلامي للقانون الدولي الإنساني بلبيبا.)
عضوا	أ.د. موسى دويك (مدير المعهد الفلسطيني للقانون الدولي الإنساني-فلسطين)
عضوا	أ.د. سيدي ولد الخباز (رئيس جامعة نواكشوط)
عضوا	أ.د. بطاهر بوجلال (أستاذ بجامعة ليون، مدير مركز التربية والتعليم حول حقوق الإنسان-فرنسا)
عضوا	د. بن شويخ الرشيد (جامعة سعد دحلب البلدية)
عضوا	د. جمال محي الدين (جامعة سعد دحلب البلدية)
عضوا	د. عبد الهادي بن زيطة (جامعة أدرار)
عضوا	د. عجة الجيلالي (جامعة الشلف)
عضوا	د. فزو محمد آكلي (أستاذ القانون العام بكلية الحقوق / جامعة سعد دحلب - البلدية)
عضوا	د. أرزقي العربي أبرباش (كلية الحقوق/جامعة الجزائر)
عضوا	د. سعيد بويزري (جامعة تيزي وزو)

	محمد ناصر بوغزالة
عضوا	(أستاذ التعليم العالي، كلية الحقوق جامعة الجزائر)
عضوا	يحي دنيدي (أستاذ التعليم العالي، كلية الحقوق جامعة بومرداس)
عضوا	حدوم كمال (أستاذ التعليم العالي، كلية الحقوق جامعة بومرداس)
عضوا	رباحي أحمد (أستاذ التعليم العالي كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الشلف)
عضوا	زهية عيسى (أستاذة محاضر)
عضوا	ابراهيم عماري (أستاذ محاضر قسم -أ-كلية الحقوق جامعة الشلف)
عضوا	سليمة قزلان (أستاذة محاضر قسم -أ-كلية الحقوق، جامعة امحمد بوقرة بومرداس)
عضوا	محمد حاج بن علي (أستاذ محاضر قسم -أ-كلية الحقوق، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف)
عضوا	محمد زغو (أستاذ محاضر قسم -أ-كلية الحقوق، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف)



دورية فصلية محكمة تصدر عن مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعلّمية-الجزائر
العدد الخامس والعشرين- ديسمبر - 2017 -

محتويات

الرقم	الموضوع	بقلم	الصفحة
00	الافتتاحية.	د. العربي بلحاج	7
01	جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية في الصفقات العمومية في ظل قانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد	جدي وفاء كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة سيدي بلعباس	09
02	حماية المستهلك من الخداع الإعلاني الالكتروني	زوبة سميرة أستاذة محاضرة قسم ب- كلية الحقوق-بوداوا-جامعة بومرداس	28
03	لجان الطعن ودورها في حل النزاعات الجبائية	أ. داود إبراهيم أستاذ محاضر قسم ب، كلية الحقوق، جامعة امحمد بوقرة بومرداس	44
04	المجلس الدستوري الجزائري بين أهمية الإصلاحات ومحدودية الإجراءات - جرائم المخالفات الجمركية نموذجاً-	بحري عبد الرزاق جامعة يحي فارس - المدية (الجزائر) زيان محمد أمين جامعة يحي فارس-المدية (الجزائر)	66
05	الالتزام بنقل الأمتعة والمحافظة عليها في النقل الجوي للأشخاص	أ/ حمداوي نورة أستاذة مساعدة "أ" بكلية الحقوق -	94

	بودواو جامعة محمد بوقرة - بومرداس		
109	بن عيسى الأمين الباحث في الدكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة مستغانم - باسم محمد شهاب أستاذ التعليم العالي كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة مستغانم -	ضرورة توقيع الجزاء الجنائي على منتهكي حقوق الإنسان الإسرائيليين في غزة	06
123	د/ بوطبة مراد أستاذ محاضر - ب - بكلية الحقوق - جامعة بومرداس -	الطبيعة القانونية لقرار تعيين المترشح الناجح لتولي وظيفة عمومية	07
136	أ / سليمانى لامية كلية الحقوق، جامعة بومرداس.	مشروعية إسقاط الجنين المشوه	08

الافتتاحية

قراءنا الأعزاء، نلتقي في عدد جديد من مجلتكم "دراسات قانونية" وما تحتويه من مقالات لأساتذة بذلوا ما في وسعهم لإخراج أعمالهم ومجهوداتهم إلى العلن ليستفيد منها كل باحث وطالب علم.

فاتحة هذا العدد، مقال الأستاذة جدي وفاء من جامعة سيدي بلعباس والموسوم بـ "جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية في الصفقات العمومية في ظل قانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد" بدأته بالتعريف بهذه الجريمة وأهم أركانها ثم عرجت على العقوبات التي أقرها المشرع لها.

المقال الثاني للدكتورة سميرة زوية من جامعة محمد بوقرة بومرداس عنوانه "حماية المستهلك من الخداع الإعلاني الإلكتروني" تناولت الموضوع من خلال التطرق لمفهوم الإعلان الإلكتروني، ضوابطه ووسائل حماية المستهلك في مواجهة الخداع الإعلاني الإلكتروني.

أما المقال الثالث فهو للدكتور إبراهيم داود، وسماه بـ "لجان الطعن ودورها في حل النزاعات الجبائية" تناول فيه بالدراسة علاقة المكلفون بالضريبة بالإدارة وتدخل السلطة عن طريق اتخاذ إجراءات تمنع تعسفها في مواجهتهم وذلك بمنحهم الحق في الطعن أمام لجان، تناولها بالدراسة، من خلال إبراز شكلها ومضمونها والصلاحيات المخولة لها، ومدى فعالية ما تتخذه من ردود عن تلك الطعون.

المقال الذي يليه للأستاذ بحري عبد الرزاق والأستاذ زيان محمد أمين من جامعة يحي فارس المدينة عنوانه "المجلس الدستوري الجزائري بين أهمية الإصلاحات ومحدودية الإجراءات - جرائم المخالفات الجمركية نموذجاً -" تناول فيه مدى استقلالية أو تبعية المجلس الدستوري وفقاً لتعديل 2016، واستندا في ذلك على قانون 04-17 الصادر في 16 فبراير المتعلق بقانون الجمارك الجزائري.

"الالتزام بنقل الأمتعة والمحافظة عليها في النقل الجوي للأشخاص" هو مقال للأستاذة نورة حمداوي من كلية الحقوق بودواو، جامعة امحمد بوقرة بومرداس، تناولت في هذا المقال مضمون الالتزام بنقل الأمتعة والمحافظة عليها ومجال المسؤولية للناقل الجوي عن الأضرار اللاحقة بالأمتعة، وخلصت إلى أن هذا الالتزام التزم تبعا لعقد نقل الأشخاص وليس عقدا مميذا، ومسؤولية الناقل الجوي تختلف بحسب طبيعة الأمتعة إن كانت مسجلة أو غير مسجلة.

مقال الأستاذ بن عيسى الأمين والدكتور باسم محمد شهاب من كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم، عنوانه " ضرورة توقيع الجزاء الجنائي على منتهكي حقوق الإنسان الإسرائيليين في غزة " تناولوا فيه مسألة ضرورة توقيع الجزاء ضد منتهكي حقوق الإنسان الإسرائيليين في غزة، من خلال التأكيد على قيام عناصر المسؤولية الجنائية الدولية عليهم، ومدى توافر الوسائل القانونية لمحاكمتهم.

الدكتور مراد بوطبة من جامعة بومرداس، ساهم في هذا العدد بمقال عنوانه " الطبيعة القانونية لقرار تعيين المترشح الناجح لتولي وظيفة عمومية " تطرق من خلاله إلى موقف الفقه الإداري من هذه المسألة، ثم عرج على موقف القانون الجزائري من خلال البحث في النصوص القانونية والتنظيمية السارية المفعول ومدى تطبيقها في واقع الإدارة العمومية الجزائرية، وانتهى إلى عرض التكييف القانوني المتوصل إليه مع تقديم بعض التوصيات لمعالجة القصور الذي يشوب بعض النصوص القانونية ذات الصلة.

آخر مقال في هذا العدد للأستاذة لامية سليمان من كلية الحقوق، جامعة بومرداس، عنوانه " مشروعية إسقاط الجنين المشوه " تطرقت فيه إلى حقوق الجنين وهو في رحم أمه، (حتى إن كان مشوها)، من خلال ما جاء في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية وذلك من خلال إبراز الأركان المكونة لجريمة الإجهاض ومدى مشروعيتها إجهاض الجنين المشوه.

هذه هي المقالات التي تضمنها العدد الخامس والعشرين من " دراسات قانونية " نتمنى أن تجدوا فيها ما يفيدكم ويسد حاجتكم العلمية على أن نلتقي في عدد آخر، إن كان في العمر بقية.

جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية في الصفقات العمومية في ظل قانون رقم 06-01

المتعلق بالوقاية من الفساد

جدي وفاء: كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة سيدي بلعباس

المقدمة

تشكل الصفقات العمومية محورا أساسيا في المنظومة الاقتصادية للدولة، فهي تعتبر أداة مهمة لبلوغ التنمية الوطنية والمحلية، فبواسطة الصفقات يتم تنفيذ كبرى المشاريع والتي تساهم بدورها في النمو الاقتصادي. غير أن وجود هذا المال العام بمصرعيه يفتح المجال الخصب لكل أشكال الفساد الذي يشكل المعوق الرئيسي لعملية تحقيق التنمية، هذا الخطر الشرس بمختلف صوره والذي يمس بالاقتصاد الوطني لارتباطه بالوظيفة العمومية من جهة، وضخامة الاعتمادات المالية المرصودة لتنفيذ هذا القطاع من جهة أخرى.

والمشروع الجزائري على غرار باقي الأنظمة فقد سعى الى إيجاد السبل المناسبة عن طريق قانون يهدف إلى منع هذا الفساد لمكافحته ومحاربة هذه الظاهرة الدولية الخطيرة وهذا من خلال القانون رقم 06-01 الخاص بالوقاية من الفساد، والذي سنه المشرع بعد انضمامه الى الاتفاقية الدولية لمكافحة الفساد والذي نص على مجموعة من التدابير الوقائية والردعية لمواجهة هذه الظاهرة التي تمس بالاقتصاد الوطني للدولة، وبحسن سير الأداة الحكومية.

وفي هذا الصدد تعد جريمة اخذ فوائد بصفة غير قانونية من بين جرائم الفساد التي قام المشرع الجزائري بتجريمها في نص المادة 35 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته رقم 06-01، وهذا بعد إلغاء تجريمها من خلال نصوص المواد 123 و124 من قانون العقوبات.

حيث تعبر هذه الجريمة في مجال الصفقات العمومية عن انحراف الموظف عن أداء وظيفته من أجل تحقيق مصلحتها لخاصة على حساب المصلحة العامة.

ومحاولة منا لمعرفة كيف عبر المشرع الجزائري على هذه الجريمة، وما هي العقوبات الصارمة التي افردتها لها خاصة بعد إصدار قانون 06-01 الخاص بالوقاية من الفساد ومكافحته.

تهدف هذه الدراسة الى الإجابة على هاته التساؤلات من خلال مبحثين سوف نتطرق في

المبحث الأول الى التعريف بهذه الجريمة مع التطرق الى اهم أركانها أما في **المبحث الثاني** فسنتعرف الى العقوبات التي اقراها المشرع لهذه الجريمة.

المبحث الأول: مفهوم جريمة اخذ فوائد بصفة غير قانونية وأركانها *Prise illégale d'intérêts*

إن القانون يفرض على الموظف العام أن يقوم بالسهر على مصالح الدولة والعمل على ذلك بنزاهة وتجرد وهو السبب في اختياره لتلك الوظيفة التي تفرض عليه الالتزام بالسلوك القويم، أما إذا خرج هذا الموظف عن اختصاصات وظيفته بأي قدر قل أو كثر وبدأ العمل على تحقيق منافع خاصة سواء لنفسه أو لأحد غيره بدون وجه حق مستغلا بذلك مركزه أو حتى محاولة ذلك تكون قد تحققت جريمة التدخل أو ما يصطلح على تسميتها بجريمة اخذ فوائد بصفة غير قانونية. وهو الفعل المجرم والمعاقب عليه في نص المادة 35 من القانون رقم 06-01 الخاص بالوقاية من الفساد ومكافحته.¹

والتي سنحاول من خلال هذا المبحث التطرق الى التعريف بهذه الجريمة والاركان التي تلزم لقيامها حيث سنقسم هذا المبحث الى مطلبين نيين في المطلب الاول تعريفهذه الجريمة أما في المطلب الثاني سنبين فيه اهم الأركان التي تؤدي الى قيامها.

المطلب الأول: مفهوم جريمة اخذ فوائد بصفة غير قانونية

تعد هذه الجريمة من مظاهر الفساد في المجتمع وقد نص عليها المشرع الجزائري في قانون العقوبات ضمن الفصل الرابع الخاص بالجنايات والجنح ضد السلامة العمومية تحت الباب الأول المتضمن الجنايات والجنح ضد الشيء العمومي. ضمن نصوص المواد 123 و124 من قانون العقوبات الجزائري الملغاة.²

ثم جاء قانون مكافحة الفساد القانون رقم 06-01 ونص على هذه الجريمة من خلال نص المادة 35 من قانون الفساد بنصها على هذه الجريمة على أنه: " يعاقب بالحبس ... كل موظف عمومي يأخذ أو يتلقى إما مباشرة وإما بعقد صوري وإما عن طريق شخص آخر، فوائد من العقود أو

¹ القانون رقم 06-01 المؤرخ في المؤرخ في 21 محرم 1427 الموافق ل 20 فبراير سنة 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14.

² أمر رقم 66-156 مؤرخ في 18 صفر عام 1386، الموافق 8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون العقوبات. معدلا ومتمما، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 49.

المزايدات أو المناقصات أو المقاولات أو المؤسسات التي يكون وقت ارتكاب الفعل مديرا لها أو مشرفا عليها بصفة كلية أو جزئية، كذلك من يكون مكلفا بأن يصدر إذنا بالدفع في عملية ما أو مكلفا بتصفية أمر ما ويأخذ منه فوائد أيا كانت.

وتتمثل هذه الجريمة في أن يقحم الموظف نفسه في عمل أو صفقة يديرها أو يشرف عليها للحصول على فائدة منها متاجرا بذلك بوظيفته، وهي مظهر من مظاهر الرشوة، فضلا عن كونها تشكل صورة من صور الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية.

أما في القانون الفرنسي فقد جرمها المشرع الفرنسي من خلال نص المادة 432-12 من قانون العقوبات الفرنسي وبإلقاء نظرة تاريخية على هذه الجريمة نجد أنها صممت لغرض الوقاية والردع خاصة بالنسبة للمسؤولين المنتخبين القائمين على المصالح الخاصة بالبلدية.³

كما وقد كانت تسمى هذه الجريمة سابقا بجريمة التدخل، *délit d'ingérence*، وتعرف المادة 432-12 من قانون العقوبات الفرنسي هذه الجريمة بأنها تقوم: "عندما يقوم شخص يمارس سلطة عامة أو مكلفا بمهمة عامة أو شخصا مفوضا بمهمة انتخابية بالأخذ أو التلقي أو الاحتفاظ بشكل مباشر أو غير مباشر أية مصلحة من الأعمال التجارية، والتي يكون في ذلك الوقت مكلفا كليا أو جزئيا بالمراقبة أو التصفية أو الأمر بالدفع".⁴

المطلب الثاني: أركان جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية في الصفقات العمومية

تستلزم لقيام هذه الجريمة توفر شرط مفترض يمثل الصفة الواجب توفرها في الجاني وركنين هما الركن المادي ممثلا في النشاط الاجرامي والذي يتحقق في نظر القانون معنى هذه الجريمة وركن معنوي وهو القصد الجنائي.

³Maître Akli Issad، LA PRISE ILLEGALE D'INTERETS <http://mesavocats.chez.com>

⁴L'article 432-12 N.C.P réprime la prise illégale d'intérêts, infraction correspondant à l'ancien délit d'ingérence.

Cette infraction consiste " à prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout en partis, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement ".

Code des marchés publics en 2012 disponibles sur le site legifrance.gouv.fr

الفرع الأول: الركن المفترض

لكي تقوم جريمة اخذ فوائد بصفة غير قانونية في مجال الصفقات العمومية تقتضي أن تتوفر صفة معينة في الجاني وفقا لنص المادة 35 من قانون الفساد رقم 06-01، وهذه الصفة هي ان يكون الجاني موظفا عموميا، وهذه الصفة تمثل الركن المفترض في هذه الجريمة وفي باقي جرائم الفساد التي يقوم بها الموظفون العموميون، بحيث يجب أن يتولى هذا الموظف العمومي مسؤوليات تمنحه سلطة فعلية بشأن الشروع أو العملية التي أخذ أو تلقى منها فوائده. لذلك سنوضح تعريف الموظف العمومي وفقا لهذه الجريمة بصفة خاصة ومن ثم مفهوم الموظف وفقا لقانون مكافحة الفساد.

أ - صفة الجاني لقيام جريمة اخذ فوائد بصفة غير قانونية

تقتضي هذه الجريمة أن يكون الجاني موظفا عموميا يتم تعيينه من قبل السلطة المختصة⁵، يدير عقود (actes) أو مزادات (adjudications) أو مناقصات (soumissions) أو مقولات (entreprises)، أو بشرف عليها، وقد حددت المادة⁶ أن يكون هذا الموظف صاحب اختصاص لكي يشملها احكامها وبالتالي وجب على الموظف ان:

- يكون مديرا لعقود أو للمزادات أو المناقصات أو المؤسسات التي تلقى منها فوائده.
- أن يكون مشرفا عليها سواء أكان الاشراف كليا أو جزئيا.
- أن يكون مكلفا بإصدار اذن بالدفع في العملية التي أخذ منها فوائده بصفة غير قانونية أو مكلفا بتصفيته.

كما ومن الملاحظ أن نص المادة 35 من قانون مكافحة الفساد رقم 06-01 قد ضيق من نطاق التجريم بالنسبة للموظف وقت ارتكابه للجريمة، بحيث أوجبت أن يكون مختصا بالعمل في الوقت الذي حصل فيه على الفائدة وبالتالي يخرج من نطاق التجريم الموظف الذي قدم استقالته، بعد أن قام بتهيئة ظروف ارتكاب الجريمة ليكون بعدها قادرا على التنفيذ دون متابعة أو جزاء، غير أن النص تعوزه الدقة مقارنة بالمواد التي كانت موجودة سالفًا.

⁵ ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996، ص 202.

⁶ المادة 35 من قانون رقم 06-01 المتعلق بمكافحة الفساد المعدل والمتمم.

ففي نص المادة 124 من قانون العقوبات قبل الغائها تجرم استفادة الموظف من عقود أو أعمال كانت خاضعة لإدارته، أو تحت إشرافه، وذلك طيلة الخمس سنوات التالية لتاريخ انتهاء توليه أعمال وظيفته.

وبالتالي فإن لقيام هذه الجريمة وجب أن يكون الموظف العام مختصا بالعمل الوظيفي الذي نسب إليه ، ذلك ان مفهوم اخذ الفائدة تأخذ مفهوم أخلاقي أو سياسي وليس فقط مالي ويمكن تبيان ذلك إما عن طريق الأفعال أو من خلال الأشخاص وللقاضي الجزائي مهمة البحث عن الدور الحقيقي الذي قام به الموظف وذلك يكون من خلال معرفته لصفته الرسمية أو نطاق اختصاصه ، من حيث أنه يملك سلطة الإرادة أو الاشراف أو حتى التأثير من خلال القرارات التي يمنحها كالتصويت ويتسع ذلك ليشمل التأثير على ابرام الصفقة أو تنفيذها من خلال الأعمال التحضيرية وتقديم التقارير .

ذلك أن المصلحة وفقا لما قضت به محكمة النقض الفرنسية تؤخذ بعين الاعتبار لتوظيف الجرم سواء أكان الفعل ماديا أو معنويا مباشرا أو غير مباشر⁷، ويكون على القاضي البحث عن الصفة الشخصية الحقيقية من خلال تأسيس المصلحة. ذلك أن المشرع الفرنسي نص على التجريم الفعل الذي يأتيه المنتخب للحصول على فوائد غير مشروعة باستغلال مركزه وصفته.

ب- صفة الجاني بالنسبة لجرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية

تشرط المادة 35 من قانون مكافحة الفساد 06-01 أن يكون الجاني موظفا عموميا، بحيث أنه يكون موظفا ضمن نطاق التعريف الذي وضعه المشرع الجزائري ضمن قانون مكافحة الفساد رقم 06-01 وهذا من خلال المادة 02 فقرة ب بأنه يكون موظف العمومي:

1- كل شخص يشغل منصبا تشريعيًا أو تنفيذيًا أو إداريًا أو قضائيا أو في أحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة، سواء أكان معينا أو منتخبا، دائما أو مؤقتا، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر، بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته .

2- كل شخص آخر يتولى ولو مؤقتا، وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر، ويساهم بهذه الصفة في خدمة هيئة عمومية أو مؤسسة عمومية أو أية مؤسسة أخرى تملك الدولة كل أو بعض رأسمالها، أو أية مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية .

⁷LA PRISE ILLÉGALE D'INTÉRÊTS Dernière mise à jour : 01.07.2013
http://www.justice.gouv.fr/art_pix/scpc2001-7.pdf

3- كل شخص آخر معرف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما.

وهذا التعريف استمدته المشرع الجزائري من المادة 02 فقرة 01 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر 2003⁸. ومن الملاحظ انه يختلف تماما عن تعريف الموظف العمومي الذي جاء به الأمر رقم 06-03⁹، والذي نص من خلال المادة 04 فقرة 01 منه على أنه: "يعتبر موظفا كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة، ورسم في رتبة في السلم الإداري."

وبهذا التعريف يكون قانون مكافحة الفساد قد حدد مختلف الفئات التي تدخل ضمن التكييف القانوني الصحيح لمفهوم الموظف العمومي والتي تعد ركنا أساسيا لقيام احدى جرائم الفساد المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية. وتتمثل هذه الفئات في:

■ الفئة الأولى: كل شخص يشغل منصبا تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا: ويندرج ضمنها

➤ كل شخص يشغل منصبا تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا :

تشمل هذه الفئة الأشخاص ذوو المناصب التنفيذية أو الإدارية أو القضائية¹⁰، سواء كانوا معينين أو منتخبين، دائمين أو مؤقتين، يعملون بأجر أو بدونه، وبصرف النظر عن أقدميتهم أو رتبهم .

➤ الشخص الذي يشغل منصبا تنفيذيا.

ويقصد به أعضاء السلطة التنفيذية وعلى رأسهم رئيس الجمهورية الذي يكون منتخبا -رئيس الحكومة الذي يعينه رئيس الجمهورية .

- الوزراء الذين يشكلون أعضاء الطاقم الحكومي، ويعينهم رئيس الجمهورية بناء على اقتراح من رئيس الحكومة .

➤ الشخص الذي يشغل منصبا إداريا.

¹ صادقت الجزائر على الاتفاقية بتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04-128 المؤرخ 19 أبريل 2004 ويعتبر قانون الفساد وقانون مكافحة التهريب القانونان الوحيدين المستقلين عن قانون العقوبات بعد تعديله.

⁹ الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية.

¹⁰ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، جرائم الفساد، جرائم المال والأعمال، الطبعة الرابعة، الجزء الثاني، منقحة ومتممة في ضوء قانون 20 فبراير 2006 المتعلق بالفساد، دار هومة لطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2007 ص 18.

ويقصد به كل شخص يعمل في إدارة من الإدارات العمومية سواء بصفة دائمة أو مؤقتة بأجر أو بدون أجر وبغض النظر عن رتبته أو أقدميته.

➤ من يشغل منصب إداري بصفة دائمة.

لم يختلف مفهوم الموظف العمومي في القانون رقم 06-03 عما جاء في القانون رقم 66-133 والمتضمن القانون الأساسي العامل لوظيفة العمومية¹¹،

حيث بمفهوم نص المادة 04 فقرة 01 من الأمر 06-03 حصرت صفة الموظف العمومي في " كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة، ورسم في رتبة في السلم الإداري."¹²

أما المشرع الفرنسي فلم يرد في التشريعات الفرنسية تعريف شامل للموظف العام ولقد كان للقضاء الإداري الفضل في تعريفه، لذلك يعرف القضاء الإداري الفرنسي الموظف على أنه: " الشخص الذي يعهد إليه بوظيفة دائمة ضمن كادر الوظائف الخاص بمرفق عام."¹³

➤ من يشغل منصبا إداريا بصفة مؤقتة:

ويقصد به كل شخص يشغل منصب في إدارة أو مؤسسة عمومية ولا تتوفر فيه صفة الموظف بالمفهوم المذكور في قانون الوظيفة العمومية مثل: الأعوان المتعاقدون أو المؤقتون.

➤ الشخص الذي يشغل منصبا قضائيا:

ويقصد به القاضي بالمعنى الوارد في القانون العضوي رقم 04-11 المؤرخ في: 06/09/2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء الذي قسم القضاة إلى فئتين :

- فئة القضاة التابعون للقضاء العادي وفئة القضاة التابعون للقضاء الإداري كما يضاف إلى هؤلاء من يشغلون منصبا قضائيا وهم كل من: المحلفون المساعدون في محكمة الجنايات، والمساعدون في القسم الاجتماعي وفي قسم الأحداث، باعتبارهم يشاركون في الأحكام التي تصدر عن الجهات القضائية.

¹ القانون رقم 33-166 المؤرخ في 12 صفر 1386 الموافق 02 يونيو 1966، المتضمن القانون الأساسي العامل لوظيفة العمومية. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 46.

² سعيد مقدم، الوظيفة العمومية بين التطور والتحول من منظور تسيير الموارد البشرية وأخلاقيات المهنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 37.1

¹³ André De Laubadere 'traite élémentaire de droit administratif 2eme Edition paris 1957 p640.

■ الفئة الثانية: كل شخص يشغل منصبا تشريعيا أو منتخبا في أحد المجالس الشعبية المحلية.

أي تشمل كل من يشغل منصبا تشريعيا، وهم أعضاء المجلس الشعبي الوطني، وأعضاء مجلس الأمة، سواء كانوا من الثلثين المنتخبين أو من الثلث المعين من قبل رئيس الجمهورية.¹⁴

- أما بالنسبة للمنتخبين في المجالس الشعبية المحلية، فهم أعضاء المجالس الشعبية البلدية المنتخبين أو أعضاء المجالس الشعبية الولائية المنتخبين .

■ الفئة الثالثة: كل شخص يتولى وظيفة أو وكالة في هيئة أو مؤسسة عمومية أو ذات رأسمال مختلط أو أية مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية.

تشمل هذه الفئة كل من يتولى منصب مسؤولية عن طريق الوكالة، كأعضاء مجلس الإدارة في المؤسسات العمومية الاقتصادية.

أو عن طريق الوظيفة، مثل الموظفون بمفهوم القانون الأساسي للوظيفة العمومية، ويساهم بهذه الصفة في خدمة إحدى الهيئات أو المؤسسات المذكورة وهي:

➤ الهيئات والمؤسسات العمومية:

تعرف الهيئة العمومية بأنها كل مرفق عام مزود بالشخصية المعنوية ومتخصصة في نشاط معين، بحيث تعتبر كل شخص معنوي عام غير الدولة والجماعات المحلية، يتولى تسيير مرفق عام، وقد نصت المادة 02 من الأمر رقم 01-04 " على أن المؤسسات العمومية الاقتصادية هي شركات تجارية تحوز فيها الدولة أو أي شخص معنوي آخر خاضع للقانون العام، أغلبية رأس المال الاجتماعي مباشرة، وهي تخضع للقانون العام"¹⁵.

كما يدخل ضمن مجموع الهيئات العمومية، السلطات الإدارية المستقلة والمنشأة بموجب قوانين خاصة مثل: مجلس المنافسة، سلطات الضبط للبريد والمواصلات، الكهرباء والغاز....

وتمثل المؤسسة العمومية أساسا في المؤسسات العمومية الاقتصادية والمنظمة بموجب الأمر 01-04 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصوصيتها، وقد نصت المادة 05 من

¹⁴أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص123.

¹⁵الأمر رقم 04/01 المؤرخ في 20 أوت 2001 يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصوصيتها.

الأمر 01-04: على أنه: " يخضع إنشاء المؤسسات الاقتصادية العمومية و تنظيمها و سيرها للأشكال التي تخضع لها شركات رؤوس الأموال المنصوص عليها في القانون التجاري".¹⁶

وقد عرفها الفقه على أنها الشركات والمنشآت والمؤسسات التي تساهم فيها الدولة أو إحدى هيئاتها العامة في مالها بنصيب ولها ملكية أنصبة في رؤوس أموال شركات المساهمة، كما حولها حق تملك أسهم وسندات واعتبرت شخصا من أشخاص القانون العام، وبالتالي فإن مستخدميها يدخلون في عداد الموظفين، ومن أجل حمايتها تدخل المشرع الجنائي واعتبر أموالها أموالا عامة تخضع لذات الحماية الجنائية المقررة لأموال الدولة.¹⁷

كما وتجدر الإشارة إلى ان القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية يعتبر العاملين في المؤسسات العمومية والمعنيين بصفة دائمة والمرسمين في رتبة في السلم الإداري موظفين، وعلى هذا الأساس فهم يدخلون في فئة من يشغل وظيفة إدارية.¹⁸

➤ المؤسسات ذات الرأسمال المختلط

وهي خاصة بالمؤسسات العمومية الاقتصادية التي تخضع في إنشائها وتنظيمها وسيرها للأشكال التي تخضع لها شركات المساهمة، بحيث أن الدولة جعلت رأسمالها الاجتماعي متاح أمام الخواص عن طريق بيع بعض الأسهم، أو التنازل عن بعض رأسمالها للخواص ومن أمثلتها: مجمع الرياض - مجمع صيدال....

➤ المؤسسات الأخرى التي تقدم خدمة عمومية

ويقصد بها المؤسسات التابعة للخواص والتي تحوز على عقد امتياز من أجل تسيير مرفق عام والإشراف عليه، وبالتالي تقديم خدمة عمومية في قطاع من القطاعات العامة في الدولة، ومن أمثلة هذه المؤسسات مؤسسات النقل العمومي ...

■ الفئة الرابعة تشمل كل شخص يأخذ حكم الموظف

¹⁶ المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري. EPA - المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري. EPIC. ² مأمون سلامة، قانون العقوبات القسم الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1988، ص76.

¹⁸ عبد الله سليمان، دروس في شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، الجزائر، 1989، ص80.

إذا كانت القاعدة تقضي بأن مباشرة الوظيفة العمومية بتطبيق القوانين واللوائح التي تحكمها تضي على الشخص صفة الموظف العمومي فالاستثناء ينص انه قد يحدث أن يباشر شخص ما نشاطا إداريا باسم الجهة الإدارية دون أن يكون هناك إجراء قانوني سليم من جانب الإدارة يضي عليه صفة الموظف العام.¹⁹

حيث قام المشرع الجزائري في مفهوم قانون الفساد، باعتبار كل شخص آخر معرّف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما، وهؤلاء الموظفون الذين ذكرهم قانون الفساد رقم 06-01 يتولون وظائفهم بتفويض من قبل السلطة العمومية، ويحصلون الحقوق والرسوم المختلفة لحساب الخزينة العمومية، الأمر الذي يؤهلهم لكي يدرجوا ضمن فئة من في حكم الموظف العمومي²⁰، وينطبق هذا الحكم على المستخدمين العسكريين والمدنيين في الدفاع الوطني والضباط العموميون .

فبالنسبة للمستخدمين العسكريين والمدنيين في الدفاع الوطني فهم مستثنون من تطبيق أحكام الأمر 06-03 المتعلق بالقانون العام للوظيفة العمومية بموجب المادة 02 فقرة 03 منه، ويحكمهم الأمر رقم 06-02 المتضمن القانون الأساسي العام للمستخدمين العسكريين .

أما بالنسبة للضباط العموميون فيقصد بهم كل من :

- الموثقين²¹، المحضرين القضائيين²²، محافظو البيع بالمزايدة²³، المترجمين الرسميين.²⁴
وفي الأخير هذه هي مجمل الفئات التي حددتها المادة 02 من قانون رقم 06-01 المتعلق بمكافحة الفساد، والتي يتحدد بموجبها مفهوم الموظف العمومي.

الفرع الثاني: الركن المادي

¹⁹ مأمون محمد سلامة، المرجع السابق، ص 106.

²⁰ محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص 97.

²¹ القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20-02-2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق .

²² القانون رقم 06-03 المؤرخ في 20-02-2006 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي .

²³ الأمر رقم 96-02 المؤرخ في 10-01-1996 المتضمن تنظيم مهنة محافظ البيع بالمزايدة .

²⁴ الأمر رقم 95-13 المؤرخ في 11-03-1995 المتضمن تنظيم مهنة المترجم-الترجمان الرسمي.

إن الركن المادي هو ذلك العنصر الذي بواسطته تنتقل الجريمة من حالة المشروع إلى حالة الوجود اليقيني، ويتمثل في القيام بالفعل المحظور من قبل القانون الجزائي إذ يعد العنصر المادي ضماناً لتحقيق العدل²⁵، ويتحقق الركن المادي لجريمة اخذ فوائده بصفة غير قانونية في مجال الصفقات العمومية بإقدام الجاني على أخذ أو تلقي فائدة من عمل من أعمال وظيفته، تكون له فيها سلطة الإدارة أو الاشراف سواء كانت الفائدة له أو لغيره، وسواء كان ذلك بحق أو بغير وجه حق.

ومن الواضح بهذا المعنى أن هذا السلوك يثير مسألة توافر جرائم أخرى في حق ذلك الموظف مثل الرشوة، والاضرار بالمال العام، غير أنه وان كانت جريمة اخذ فوائده بصفة غير قانونية قد تتفق مع جريمة الرشوة غير أنهما يختلفان في كون أن جريمة الرشوة تنطوي على معنى الاتجار بالوظيفة العمومية في حين تقوم جريمة الاستفادة من الغير مشروعة من أعمال الإدارة على استغلال الوظيفة. وفي حين يتدخل الجاني في جريمة الرشوة كي يحصل على الفائدة من صاحب المصلحة نجد أن الموظف في جريمة اخذ فوائده بصفة غير مشروعة يقوم بالتدخل في عمل للحصول على الفائدة.²⁶ وقد عدت نص المادة 35 من القانون رقم 06-01 العمليات التي يحظر فيها على الموظف أخذ أو تلقي منها فائدة وهي:

-العقود (les Actes) ، المناقصات (les soumissions) ، المزايدات (les adjudications) المقاولات. (les Entreprises)

وبالتالي يمكن تقسيم الركن المادي لهذه الجريمة إلى عنصرين أساسيين هما: السلوك الإجرامي - الغرض منه.

أ- السلوك المجرم:

فيما يتعلق بالسلوك الاجرامي فإنه يتمثل في أخذ prendre أو تلقي recevoir فوائده بنفسه أو بواسطة شخص آخر، على أن يكون الحصول عليها قد تم في الوقت الذي كان فيه الموظف يدير المقاوله أو العملية أو يشرف عليها أو مكلفا بالأمر بالدفع فيها أمرا بالصرف أو مكلفا بالتصفية.

²⁵ بن شيخ لحسين، مذكرات في القانون الجزائي العام، جرائم ضد الأشخاص، جرائم ضد الأموال، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 61.

²⁶ أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 107.

وأضافت المادة 35 من قانون مكافحة الفساد رقم 06-01 في نسخته بالفرنسية صورة ثالثة وهي الاحتفاظ بالفائدة *conservée* ، وهي الصورة التي لم يرد ذكرها في النسخة بالعربية. وتطبيقا لذلك، تقوم الجريمة في حق الموظف العمومي الذي يحصل على فائدة من توريد مستلزمات الإنتاج أو الخدمات للمرفق الذي يزاول عمله به، كما تقوم في حق رئيس البلدية الذي يشترك مع مقاول في الأشغال الجارية لحساب البلدية التي يرأسها، وفي حق الموظف العمومي الذي يدخل في مزاد لأموال الدولة كلف بإدارتها أو الإشراف عليها فإنه يتعرض للمساءلة الجزائية، وكذا الحال بالنسبة لكل موظف يقوم بفعل من الأفعال المجرمة في باقي الجرائم المتعلقة بالفساد.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن النص باللغة العربية، قد أضاف عبارة " أو المؤسسات " كعملية من العمليات المذكورة، ولم يذكر ذلك في النص باللغة الفرنسية، ولا نجد هذه الإضافة في حقيقة الأمر أي تبرير على اعتبار أن المؤسسات لا تعد عملية من العمليات التي يمكن أن يقوم بها الموظف، وربما يكون الأمر سوء ترجمة فقط فمصطلح مؤسسات يلتقي في ترجمته إلى اللغة الفرنسية مع مصطلح مقاولات، واللذان يأخذ نفس الترجمة وهي: "les Entreprises".

وبالتالي فإن السلوك الاجرامي يقع على صورتين أولهما حصول الموظف على الفائدة سواء لنفس أو للغير وثانيهما محاولة الحصول على الفائدة للنفس أو للغير ويستوي أن يكون بطريقة مباشرة أو غير مباشرة على أنه في جميع الأحوال يتعين على الموظف أن يكون مختصا بالعمل الذي حاول من خلاله الحصول أو حتى مجرد المحاولة للحصول على الفائدة وستناول هذه الأمور فيما يلي:

1- حصول الموظف على الفائدة سواء لنفسه أو لغيره

قضى في فرنسا بأن الجريمة تقوم في حق الموظف العمومي الذي كان وقت ارتكابه الفعل يدير الصفقة التي أخذ فيها الفائدة أو يشرف عليها وحتى وإن اقتصرَت الإدارة والإشراف على مجرد إعداد القرارات أو اقتراحها، ومن أمثلة ذلك مشاركة الموظف العام في ترسيه مناقصة أو مزايده على جهة أو شخص ما يحصل الموظف من خلالها على ربح أو فائدة... الخ ولا يشترط أن يكون الموظف العمومي مختصا وحده بكل العمل الذي حصل منه على الفائدة، بل تكفي صلته بالعمل في أي مرحلة من مراحلها، كما لا تهتم بالطريقة التي حصل بها على الفائدة فقد تتحقق مباشرة بقبض مبلغ من المال أو الحصول على أسهم في شركة أو بمجرد وعد.

كما وقد تتحقق بعقد صوري كأن يبرم الجاني عقدا مع مؤسسة مملوكة له وتحمل اسما مستعارا أو باللجوء الى حيل أخرى.²⁷

ذلك أن مدلول الفائدة لا يثير صعوبة في بيانها، بحيث أن الفائدة لا تقتصر على ما يجنيه الفاعل من ربح اقتصادي وإنما يشمل أيضا ما يعود عليه من فوائد معنوية أو اعتبارية وهو ما ذهب اليه القضاء الفرنسي أن الجريمة قائمة سواء كانت الفائدة ذات طبيعة مالية أو معنوية. غير أنه إذا كان الأصل أن يحصل الموظف العام على فائدة أو منفعة من وظيفته لنفسه أو لغيره، ذلك أنه من المتصور أن يكون لذلك الشخص قريب، أو صديق مثل شريكه أو حتى زوجته أو حتى أحد أبنائه، أو حتى شخص آخر ففي كل هذه الحالات تقع الجريمة على قدم المساواة بمعنى أنه يكفي لقيام الركن المادي للجريمة متى توافرت باقي عناصره.

2- محاولة الموظف العام الحصول على فائدة لنفسه أو لغيره

جرى قضاء النقض في فرنسا إلى اعتبار أن جريمة أخذ فوائد بصفة غير مشروعة تقوم بمجرد المحاولة قيام الموظف بالإساءة إلى استخدام وظيفته بغض النظر عما سيجنيه من ربح أو حتى البحث عن منفعة شخصية أخرى.²⁸

ويستوي في ذلك حتى وإن لم يحقق الفاعل ربحا لنفسه أو لغيره أو حتى إن كان سبب عدم نجاح العملية خارجا عن إرادته لتدخل ظروف أخرى، وهذا ما قضت به محكمة النقض في إحدى قضاياها في فرنسا، واعتبرت أنه حتى وإن لم تتحقق العملية لأسباب خارجة عن إرادة المتهم فالفعل يشكل جريمة تامة وليس شروعا.²⁹

ب- محل الجريمة

لم يقر المشرع الجزائري في نص المادة 35 من قانون الفساد رقم 06-01 بتحديد نوع الفائدة التي يتلقاها الموظف ولا مقدارها بل اكتفى بالتعميم بتجريم اخذ الفوائد أيا كانت أو تلقيها أو الاحتفاظ بها، ولكن اشترطت أن تكون تلك الفوائد من حصيلة الأعمال التي يديرها الجاني أو يشرف عليها.

²⁷أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 106.

²⁸La prise illégale d'intérêt، Droit pénal، lundi 27 septembre Disponible sur le site www.babalex.org/article319.

²⁹أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 106 وما بعدها.

الفرع الثالث: الركن المعنوي

يتمثل الركن في هذه الجريمة في القصد الجنائي العام لا غير³⁰، ذلك أن جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية أو جريمة التدخل سابقا جريمة عمدية، يلزم لقيام القصد الجنائي تواجد العلم بالواقع وهو يتحقق باتجاه إرادة الجاني الحرة والكاملة إلى الحصول على منافع غير قانونية بصفته موظف مكلف بإدارة العقود أو المؤسسات التي يديرها أو التي يشرف عليها، مع العلم بكل عناصر الجريمة.

وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في احدى قضاياها والتي اعتبرت أن ادعاء الجهل مسألة غير مقبولة، كما وتجدر الإشارة أن هذه الجنحة آنية، بمعنى أنها تتم منذ اللحظة التي يأخذ فيها المتهم فائدة في صفقة خاضعة لإشرافه.³¹ ذلك أن الجريمة تقوم مادامت الصفقة العمومية لازالت قائمة ولا تقع إذا زالت هذه الصفة وقت ارتكاب الفعل.

كما لا تقوم الجريمة إذا تجاوز الموظف اختصاصه أو أقحم نفسه في اختصاص غيره، ولو حصل من ذلك على فوائد وهو ما ذهب إليه القضاء الفرنسي عندما برأ قابض على مستوى البلدية شارك في مزايمة لإنجاز أشغال عامة، لا لسبب إلا كونه غير مكلف بمراقبة تلك المزايمة. كما لا جريمة إذا انتفت الإدارة والإشراف، بحيث أن توافر صفة الوظيفة العامة وقت ارتكاب الجريمة لا تقوم إذا لم يكن الفاعل وقت اتيانه الفعل المادي موظفا.

المبحث الثاني: العقوبات المقررة للجريمة في الصفقات العمومية

إن الهدف من العقوبات التي أقرها المشرع الجزائري لكل الجرائم في مجال الصفقات العمومية هي من اجل تفعيل الأداء وحماية هذه الصفقات من أي شكل من اشكال الفساد، وعند الاضطلاع على النصوص القانونية التي نظمت أحكام جريمة التدخل أو أخذ الفوائد بصفة غير مشروعة نجده قد ميز بين العقوبات المقررة للشخص الطبيعي والشخص الاعتباري على النحو التالي

أولاً: العقوبات المقررة بالنسبة للشخص الطبيعي

¹ محمد السعيد عبد الفتاح، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص بالجرائم المضرة بالمصلحة العامة، دار النهضة العربية،

القاهرة، دت، ص 157 وما بعدها

³¹ أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 109.

أ- العقوبة الأصلية

تعاقب المادة 35 من قانون مكافحة الفساد رقم 06-01 على جنحة أخذ فوائد بصفة غير قانونية بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 إلى 1.000.000 دج . وقد كانت سابقا المادة 123 من قانون العقوبات قبل إلغائها، تعاقب على هذه الجريمة بالحبس من سنة إلى 5 سنوات وغرامة من 500 إلى 5.000 دج. وتطبق هذه العقوبة على الموظف الذي حصل على فوائد غير شرعية من الصفقات العمومية، ويستوي أن يكون الجاني كفاعل أصلي، سواء حصل عليها لنفسه أو كشريك حصل عليها دون وجه حق لغيره.

حيث كانت المادة 123 من قانون العقوبات تنص على أنه يعد شريكا في الجريمة، وتطبق عليه العقوبة نفسها المقررة للفاعل الأصلي، هذا الغير الذي يتخفى خلفه الموظف ويتخذه ستارا للحصول على فوائد غير مشروعة بطريقة غير مباشرة.

ب- تشديد العقوبة:

تنص المادة 48 على أنه " إذا كان مرتكب جريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص في هذا قاضيا، أو موظفا يمارس وظيفة عليا في الدولة، أو ضابطا عموميا، أو عضوا في الهيئة، أو ضابطا أو عون شرطة قضائية، أو ممن يمارس بعض صلاحيات الشرطة القضائية، أو موظف أمانة ضبط، يعاقب بالحبس من 10 عشر سنوات إلى عشرين 20 سنة وبنفس الغرامة المقررة للجريمة المرتكبة."

وعلى حسب ما قد ورد في نص المادة فإن الأشخاص الذي يطبق عليهم القانون، وهم :

- جميع قضاة القضاء العادي والإداري، وقضاة مجلس المحاسبة ومجلس المنافسة والمجلس الدستوري .
- كل موظف سام يعين بموجب مرسوم رئاسي .
- الضباط العموميون، وهم المحضرين القضائيين، الموثقين، محافظي البيع بالمزايمة، والمترجمين الرسميين .
- أعضاء الهيئة، ويقصد بهم أعضاء هيئة مكافحة الفساد المعروفة بنص المادة 02 من قانون الفساد.

- ضباط وأعوان الشرطة القضائية، وهم كل من يجوز على صفة الضبطية القضائية من أعوان أو ضباط حسبما هو وارد في المادتين 15-19 ق إ ج.³²
- من يمارس بعض صلاحيات الشرطة القضائية، وهم الأشخاص المذكورة في المادتين 21 و 27 ق إ ج و³³الذين يخول لهم صلاحيات الشرطة القضائية كل في مجال اختصاصه.
- موظفو أمانة الضبط، ويتعلق الأمر بأمناء الضبط الرئيسيون، ورؤساء أقسام الضبط، وأمناء الضبط المساعدين العاملين في مختلف الجهات القضائية وكذا العاملين في مصالح أمانة الضبط في المؤسسات العقابية.

ج - الإعفاء والتخفيف من العقوبة:

نصت المادة 49 في الفقرة الأولى من قانون رقم 06-01 المتعلق بمكافحة الفساد، على أنه "يستفيد من الأعذار المعفية من العقوبة كل من ارتكب أو شارك في جريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، وقام قبل مباشرة اجراءات المتابعة بإبلاغ السلطات القضائية أو الإدارية أو الجهات المعنية عن الجريمة وساعد على معرفتها مرتكبها". كما وأضافت الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه: "تخفف العقوبة بالنسبة لجرائم الفساد إلى النصف، لكل شخص ارتكب أو شارك في إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون والذي بعد مباشرة إجراءات المتابعة ساعد في القبض على شخص أو أكثر من الأشخاص الضالعين في ارتكابها.

د - العقوبة التكميلية والمتمثلة في :

1- مصادرة العائدات والأموال غير المشروعة

جاء في نص المادة 51 من قانون الفساد على أنه " في حالة الإدانة بالجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، تأمر الجهة القضائية بمصادرة العائدات والأموال غير المشروعة، وذلك مع مراعاة حالات استرجاع الأرصدة أو حقوق الغير حسن النية "

³²قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 142925 الموافق ل 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات

المدنية والإدارية الجريدة الرسمية عدد 21.

³³ راجع المواد 19، 15، 27، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

حيثُ يستشف من نص المادة على أنه وبالرغم من أن المصادرة عقوبة تكميلية، فقد أوجب المشرع الجزائري على القاضي الحكم بمصادرة العائدات أو الأموال غير المشروعة في جميع جرائم الفساد، ويستدل على ذلك من العبارة المستعملة في نص المادة " تأمر " والتي تدل على ذلك.

2- إبطال العقود والصفقات

جاء في نص المادة 55 من قانون مكافحة الفساد رقم 06-01 على أنه "كل عقد أو صفقة أو براءة أو امتياز أو ترخيص متحصل عليه من ارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون يمكن التصريح بطلانه وانعدام آثاره من قبل الجهة القضائية التي تنظر في الدعوى مع مراعاة حقوق الغير حسن النية ."

وبالتالي فبالنسبة للجرائم المتعلقة بالفساد في الصفقات، إذا تم إدانة الجاني بإحدى الجرائم المنصوص عليها في قانون الفساد، جاز للقاضي إبطال هاته الصفقات أو العقود أو الامتيازات، وتصبح في حكم العدم، بالرغم من أن إبطال العقود هو من اختصاص جهات القضاء الإداري غير أن القاضي يحكم بإبطال هذه العقود والامتيازات في نفس الحكم وهذا في الشق الجزائي لا المدني.

ثانيا: العقوبات المقررة على الشخص المعنوي

بالنسبة لعقوبة الشخص المعنوي فقد أحالت نص المادة 53 من قانون مكافحة الفساد الى أنه يتم تطبيق على الشخص المعنوي أحكام قانون العقوبات، وبالتالي بالرجوع إلى أحكام القانون تنص المادة 18 مكرر 1 منه على أن يطبق على الشخص المعنوي في مواد الجنايات والجرح غرامة تساوي من مرة (01) إلى خمس (05) مرات الحد الأقصى للغرامة، وعليه تصبح عقوبة الغرامة بالنسبة للشخص المعنوي تساوي من 1000.000 دج وهو الحد الأقصى للغرامة إلى 5000.000 دج.

كما نصت نفس المادة على العقوبات التكميلية التي ممكن أن توقع على الشخص المعنوي، وتطبق واحدة أو أكثر من العقوبات الآتية :

- حل الشخص المعنوي

- غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز 05 سنوات.
- الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز 05 سنوات.
- الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز 05 سنوات.

- المنع من مزاوله نشاط أو عدة أنشطة مهنية أو اجتماعية بشكل مباشر أو غير مباشر نهائيا أو لمدة لا تتجاوز 05 سنوات.
- مصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها.
- نشر وتعليق حكم الإدانة.

ثالثا: تقادم العقوبة

بالنسبة لتقادم العقوبة الجرائم المنصوص عليها في قانون مكافحة الفساد فقد نصت المادة 54 من القانون رقم 06-01 بأن العقوبة لا تتقادم في حالة تحويل عائدات الجريمة إلى خارج الوطن . أما في غير هذه الحالة فتطبق أحكام قانون الإجراءات الجزائية، وبما أن جريمة اخذ فوائد غير قانونية في مجال الصفقات العمومية تشكل جنحة، فينطبق عليها في هذه الحالة نص المادة 614 من ق إ ج التي تنص على أن تقادم العقوبة في مواد الجرح يكون بمضي 05 سنوات، ابتداء من التاريخ الذي يصبح فيه الحكم نهائيا.

الخاتمة

من خلال هذه الدراسة الوجيزة لجريمة أخذ فوائد غير مشروعة والتي تندرج من بين الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية في ظل قانون الفساد، نخلص إلى القول بأن هذه الجرائم وجب أن تحاط بألية جدية لتطبيقها ، تتوافق مع خصوصية الجرائم الاقتصادية حيث لا يكفي فيها تلك القوانين التي سنها المشرع في البحث والتحري ، لمعرفة النص القانوني المجرم للوصول إلى كشف السلوكيات التي يقوم بها هؤلاء الجناة ، بل أن الأمر يتعداه إلى ضرورة وجوب الإلمام بمختلف الإجراءات القانونية اللازمة لإبرام وتنفيذ عقود الصفقات ، ففكرة حماية المال العام من كل أشكال هذه الجرائم والتي تفتح بؤرة على الفساد لا يمكن أن تتجسد في الواقع من دون وجود رقابة ،جدية لكشف الوسائل الاحتمالية التي يعمد لها الموظفين للتستر على جرائمهم، مستغلين في ذلك نقص إلمام القضاة بجميع الإجراءات الخاصة لإبرام الصفقات وبالتالي عدم قدرتهم على ضبط مختلف المخالفات مما يشكل عائق عميق يحول دون بلوغ الأهداف المرصودة بالفعالية المتوخاة من الطلبات العمومية في شكل الصفقات المنفذة من طرف مختلف الفاعلين العموميين.

قائمة المراجع.

1. القانون رقم 06-01 المؤرخ في المؤرخ في 21 محرم 1427 الموافق ل 20 فبراير سنة 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14.
2. القانون رقم 33-166 المؤرخ في 12 صفر 1386 الموافق 02 يونيو 1966، المتضمن القانون الأساسي العامل لوظيفة العمومية. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 46.
3. القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20-02-2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق .
4. القانون رقم 06-03 المؤرخ في 20-02-2006 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي .
5. الأمر رقم 96-02 المؤرخ في 10-01-1996 المتضمن تنظيم مهنة محافظ البيع بالمزايدة .
6. الأمر رقم 95-13 المؤرخ في 11-03-1995 المتضمن تنظيم مهنة المترجم-الترجمان الرسمي.
7. أمر رقم 66-156 مؤرخ في 18 صفر عام 1386، الموافق 8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون العقوبات. معدلا ومتمما، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 49.
8. الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية
9. الأمر رقم 04/01 المؤرخ في 20 أوت 2001 يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها.
10. قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 142925 الموافق ل 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجريدة الرسمية عدد 21 .
11. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، جرائم الفساد، جرائم المال والأعمال، الطبعة الرابعة، الجزء الثاني، منقحة ومتممة في ضوء قانون 20 فبراير 2006 المتعلق بالفساد، دار هومة لطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2007.
12. بن شيخ لحسين، مذكرات في القانون الجزائري العام، جرائم ضد الأشخاص، جرائم ضد الأموال، دار هومة، الجزائر، 2009.
13. سعيد مقدم الوظيفة العمومية بين التطور والتحول من منظور تسيير الموارد البشرية وأخلاقيات المهنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
14. مأمون سلامة، قانون العقوبات القسم الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1988.
15. عبد الله سليمان، دروس في شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.
16. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996.
17. محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.
18. حمد السعيد عبد الفتاح، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، دون تاريخ النشر.

19. André De Laubadere 'traite élémentaire de droit administratif 2eme Edition paris 1957.

مواقع الانترنت:

1. Code des marches publiques en 2012 disponibles sur le site legifrance.gouv.fr
2. La prise illégale d'intérêt، Droit pénal ،lundi 27 septembre Disponible sur le site [www.babalex.org/ article319](http://www.babalex.org/article319)
3. Maître Akli Issad ،La prise illégale d'intérêt <http://mesavocats.chez.com>
4. La prise illégale d'intérêt Dernière mise à jour : 01.07.2013 http://www.justice.gouv.fr/art_pix/scpc2001-7.pdf

حماية المستهلك من الخداع الإعلاني الإلكتروني

زوبة سميرة: أستاذة محاضرة قسم ب-

كلية الحقوق - بودواو - جامعة بومرداس

مقدمة:

أصبح الاستهلاك فلسفة الحياة المعاصرة نظرا للتدفق الهائل للسلع والخدمات في العالم، خاصة في عالم التكنولوجيا الذي لا يعرف حدودا زمنية أو مكانية حيث يطلعنا كل يوم بجديد. ما يزيد من توسيع مجال الاستهلاك، فزيادة الإنتاج أدى بدوره إلى زيادة الإعلان والدعاية التجارية لتسويق المنتجات خاصة في ظل قواعد المنافسة الحرة، فالشركات الإنتاجية تلجأ إلى تسويق منتجاتها بترويجها بوسائل شتى ومتنوعة، وهذه الوسائل تلجأ في مجموعها إلى التأثير على المستهلك¹، وبواسطتها يعلم بنوعية السلع المطروحة في السوق وأسعارها. إذ يتلقى المستهلك مجمل المعلومات عن السلع بواسطة الدعاية التجارية أي ما يسمى بالإشهار والتي تدفعه إلى التعاقد. فالإعلانات التجارية أصبحت معلما من معالم هذا العصر، وبحكم انتشارها وتعدد أساليبها تؤثر في عادات وسلوكيات المتلقي أي المستهلك، فهي وسيلة مشروعة يمارسها المهنيون وخاصة المنتجون والتجار بقصد جذب أكبر عدد من المستهلكين. وكما يقول البعض لقد مضى الزمن الذي سادت فيه المقولة التالية: "إن السلعة الجيدة تتحدث عن نفسها ولا تحتاج إلى من يقدمها للناس أو يعرفهم بها"².

للمستهلك اليوم مصدر للمعلومات، وهو الإعلان التجاري إذ تكون الأعمال التجارية الإلكترونية بصفة عامة مسبوقة بشكل من أشكال الدعاية والإعلان بوصفه أداة للتعريف بالمنتجات والخدمات ومدى قدرتها على الوفاء بحاجات المستهلك. إلا أن التاجر المحترف قد يلجأ إلى أساليب الغش والكذب والخداع لتضليل المستهلك. ورغم

¹ - لدراسة سيكولوجية الإعلان أثر كبير في تكوين وترشيد الحاجات لدى الأفراد، وذلك عن طريق إحداث جملة من العمليات السيكولوجية، حيث ان المعلن يستطيع من خلالها أن يوحى للفرد أو يشعره بحاجته إلى السلعة أو الخدمة المطلوب الإعلان عنها خاصة بالنسبة للمستهلك النهائي بالإضافة إلى انه ينقل الصورة الصحيحة لخواص ومحتويات السلعة أو الخدمة إلى المستهلك لكي يحدده بدوره المنفعة الكلية الناجمة عنها، ويوازن بين ما يدفعه عنها ومنفعتها. أنظر: فليح عبد الزهرة، "الإعلان بين المنتج والمستهلك"، مجلة تنمية الرافين، العدد الرابع عشر، كلية الإدارة والاقتصاد، جامعة بغداد، ص 27

² - سي يوسف زاهية حورية، " حماية المستهلك مدنيا من الإعلان التجاري الكاذب أو المضلل"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 4، 2010، ص 183.

هذا الوضع لم يصدر إلى حد الآن قانون للإشهار ليحكم المحترف في إعلانه لمنتجاته³، لذا سنتناول الموضوع من خلال نصوص قانون الاستهلاك والقانون المدني. بالتطرق إلى مفهوم الإعلان الإلكتروني، ضوابطه، ووسائل حماية المستهلك في مواجهة الخداع الإعلاني الإلكتروني-الحماية المدنية-.

المبحث الأول: مفهوم الإعلان الإلكتروني

يشهد العالم حالياً ثورة في مجال تكنولوجيا المعلومات ووسائل الاتصال الرقمية وبصفة خاصة في الشبكات العالمية لنقل المعلومات وتبادلها، وأهمها الإنترنت. ويصاحب عرض السلع والخدمات عبر الإنترنت نوع من المبالغة في الإعلان.

المطلب الأول: تعريف الإعلان

الإعلان مصطلح كثيراً ما سمعنا عنه في الماضي ونسمع عنه في الحاضر. وقد اختلفت التعاريف التي تناولت هذا الموضوع وأطلقها المتخصصون في هذا المجال كلا حسب تخصصه ومن ثم موقعه في المجتمع أو مدى تأثيره بالبيئة والنظام الاقتصادي القائم. فمنهم من عبر عنه ب «عملية اتصال تهدف إلى التأثير من البائع إلى المشتري على أساس غير شخصي حيث يفصح المعلن عن شخصيته ويتم الاتصال من خلال وسائل الاتصال»، وكما عرف على أنه الوسيلة التي عن طريقها نعرف ماذا يجب ان نبيع وماذا نريد أن نشترى. أما جمعية التسويق الأمريكية عرفت الإعلان بأنه الوسيلة غير الشخصية لتقديم وترويج الأفكار والبضائع والخدمات بواسطة جهة معلومة ومقابل اجر مدفوع⁴.

فالإعلان التجاري وسيلة للتعريف بالمنتجات والخدمات وتنشيط التعاقد، بالإضافة إلى انه عمل من عوامل التسويق ومظهراً من مظاهر المنافسة المشروعة، وهو كل ما يستخدمه التاجر لحفز المستهلك على الإقبال على سلعته سواء تم ذلك بالوسائل المرئية أو المسموعة أو المقروءة، وهو ما يسمى بالإعلان الاستهلاكي⁵. لا يختلف الإعلان الإلكتروني عن الإعلان التقليدي إلا في الوسيلة المستخدمة وهي كونه في الأول يتم من خلال شبكة الإنترنت، ومن التطبيقات العملية على الإعلان الإلكتروني، الإعلانات المختصرة عبر الإنترنت فعند فتح صفحة

³- قانون الإشهار مثل كل القوانين التي تنظم المصالح المالية للأفراد لا ترى النور إلا بعسر. وأفضل مثال على ذلك المسار الطويل الذي سلكه قانون الإشهار الفرنسي حتى يظهر إلى الوجود. وضع هذا القانون لأول مرة في سنة 1963 كمحاولة غير موفقة، وفي سنة 1969 شرع في تعديله لكي يصدر النص النهائي في سنة 1973. انظر

جبالي واعمر، "حماية رضا المستهلك عن طريق الإعلام"، المجلة النقدية، العدد2، 2006، ص22.

⁴- فليح عبد الزهرة، مرجع سابق، ص37.

⁵- سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، 187.

الانترنت من خلال شاشة الحاسوب قد تظهر بعض عناوين بعض المواقع التجارية على صفحة الانترنت حيث يتم الدخول إلى أي عنوان من العناوين المعروضة بشكل مباشر. و تظهر هذه الإعلانات أعلى صفحة محركات البحث(yahoo-google..) بشكل عشوائي أو بمظهر ثابت. ومن أنواع الإعلانات الالكترونية أيضا الرسائل القصيرة التي يتم إرسالها إلى الهواتف النقالة للمستهلكين والى البريد الالكتروني، وقد تكون هذه الرسائل مصحوبة بالصوت والصورة⁶.

فعرفت المادة 2 من التوجيه الأوروبي الصادر في 10 سبتمبر 1984 الدعاية بأنها "كل دعاية تؤدي إلى إيقاع الأشخاص الذين توجه إليهم في غلط". وهو ما أكدته أيضا القواعد الصادرة عن منظمة التنمية والتعاون الاقتصادي التي تحكم حماية المستهلك عندما ألزمت الشركات بعدم اللجوء إلى الممارسات التي من شأنها تضليل الآخرين أو خداعهم⁷. وعرف المشرع الجزائري الإعلان في المادة 1/3 من المرسوم التنفيذي 13-378 على انه "كل عرض أو إشهار يبين أو يقترح أو يفهم منه أن للمنتج مميزات خاصة مرتبطة بمنشئه و خصائصه الغذائية، عند الاقتضاء، وطبيعته وتحويله ومكوناته أو كل خاصية أخرى"⁸.

المطلب الثاني: تمييز الإعلان عما قد يتشابه معه

هناك العديد من وسائل الاتصال التي قد تتشابه مع الإعلان التجاري باعتبارها مصدر للمعلومات عن السلع والخدمات المطروحة في السوق، ولاحتوائها على عناصر من شأنها دفع المستهلك إلى الإقبال على التعاقد دون رغبة حقيقية لذلك.

⁶ -La publicité par voie électronique peut se faire de plusieurs manières , et notamment par voie de courrier électronique , ce qu'on appelle le « spamming » mais le moyen de publicité par excellence dans le monde électronique est le site internet de l'entreprise lui-même. Voir : **Jérôme HUET**, « La problématique juridique du commerce électronique », colloque de l'association droit et commerce , organisé les 27 et 28 juin 2000, p25.

⁷ - **نبيل محمد احمد صبيح**، "حماية المستهلك في التعاملات الالكترونية: دراسة مقارنة"، مجلة الحقوق، العدد 2، جامعة الكويت، 2008، ص 203.

⁸ - **مرسوم تنفيذي رقم 13-378** مؤرخ في 9 نوفمبر 2013، يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، جريدة رسمية عدد 58. وعرف المشرع الإعلان كذلك في **قانون 04-02** مؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، جريدة رسمية عدد 41. بمقتضى المادة 3/3: "إشهار: كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج بيع السلع أو الخدمات مهما كان المكان أو وسائل الاتصالات المستعملة". وعرفه كذلك في المادة 8/2 من **المرسوم التنفيذي رقم 90-39** المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش بأنه: "جميع الاقتراحات والدعايات أو البيانات والعروض أو الإعلانات أو خدمة بواسطة إسناد بصرية أو سمعية بصرية".

*الإعلام: يعنى الإعلام بنشر الحقائق والمعلومات على الجمهور بقصد المعرفة والثقافة وليس بقصد الربح، وهو يعد لذلك من وسائل الربط والاتصال بين الأفراد، كما يتميز بالموضوعية من الناحية النظرية خلافا للإعلان الذي يعتمد على المبالغة والتهويل.

*الترويج: يشترك كل من الترويج والإعلان التجاري في الرغبة في تحسين صورة المنتج أو الخدمة. وإظهار مزاياها بالنسبة للمستهلك من خلال عرض أكثر جاذبية وإثارة، إلا أن الترويج يمنح المخاطبين شيئا ملموسا مثل تخفيض السعر، وتقديم العينات المجانية والهدايا.

*الدعاية: هو النشاط الذي يستهدف نشر أفكار وأراء معينة، وتختلف عن الإعلان في أنها في الغالب تكون مجانية ولا تستهدف تحقيق كسب مادي، بل تحقيق أيديولوجية سياسية أو اجتماعية أو دينية. وقد تكون الدعاية تجارية أيضا، إلا أنها تختلف عن الإعلان التجاري في أن المعلن لا يكتفي بمجرد الإعلان عن المنتج أو الخدمة، بل يعمل على الدعوة إليهما بوسائل أكثر ايجابية متخذا من أساليب التأثير النفسي ومن مناهج المنطق ومن طرق الإقناع ما يجعل المستهلك في طلبها أكثر إلحاحا⁹.

المطلب الثالث: أهداف الإعلان

للإعلان دور مهم في إعلام المستهلك عن خصائص السلع والخدمات رغم الانتقادات التي وجهت لهذا الدور¹⁰ (أولا)، ولا تقل أهمية الإعلان في توجيه الاستهلاك الوطني وتنظيمه عن طريق تشجيع استهلاك منتج على حساب منتج آخر لأسباب اقتصادية معينة، مثلما قامت به الجزائر من خلال تشجيع استهلاك المنتج الوطني -الهدف التسويقي- (ثانيا).

أولا: الدور الإعلامي للإعلان

يسعى الإنسان في سبيل إشباع احتياجاته إلى الحصول على السلع والخدمات المختلفة من المهني (المنتج أو الموزع). وبالنظر إلى اختلال التوازن بين المستهلك والمهني من حيث الخبرة الفنية والقوة الاقتصادية، فقد ألزم القانون المهني (المتدخل) إعلام المستهلك بالمعلومات الكافية عن المال أو الخدمة التي يريد الحصول

⁹ - عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 97.

¹⁰ - La publicité est présentée par les professionnels comme une information sur leur produit ou service, mais il s'agit , en réalité , d'une incitation , comme l'exprime le vocabulaire attaché à la pratique : cible , « prospect ».elle est d'ailleurs définie comme le message adressé au public pour inciter à contracter. Voir :**Ferrier DIDIER** , La protection des consommateurs ,DALLOZ,1996,p40. Voir aussi :**Jacqueline-Amiel DONAT**, « contrat de consommation »,Revue juris-classeur ,concurrence –consommation, fascicule 800,1989,p15,La publicité a pour but d'attirer plus que d'informer.

عليها¹¹. بموجب هذا الالتزام يتوجب على البائع الإفصاح عن جميع المعلومات الجوهرية التي تتعلق بمحل العقد، لكي يكون رضا المستهلك واعيا ومستتيرا ويتعاقد وهو على بينة من أمره، لهذا نجد الوثائق الدولية الخاصة بحماية المستهلك قد تضمنت قواعد لضمان حقوق المستهلك (الطرف الضعيف) في علاقته مع المحترف، سواء تم التعاقد بين الطرفين بالطرق التقليدية أو من خلال شبكات الاتصال الالكترونية. فأقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها رقم 39/248 الصادر في 9 افريل 1985 في الفقرة 7 على حق المستهلك في إعطائه المعلومات اللازمة التي تمكنه من أن يبني اختياره على أسس صحيحة، والتي توفر له الحماية ضد الغش والخداع في الإعلان، ووضع البيانات الإيضاحية على بطاقات العبوات. هذا الحق يحوز أهمية خاصة في عصر العولمة الذي نعيشه، وهو الحق في إعطاء المستهلك الحقائق اللازمة التي تمكنه من أن يمارس حقه الجوهري في الاختيار على أسس صحيحة، ذلك انه من غير المتصور أن يمارس المستهلك حقه في اختيار السلعة أو الخدمة المعروضة عليه ضمن سلع وخدمات أخرى إلا إذا كانت البيانات صحيحة¹². وهو الاتجاه الذي تبناه المشرع الجزائري في المادة 4 من المرسوم التنفيذي 13-378 " يتم إعلام المستهلك عن طريق الوسم أو وضع العلامة أو الإعلان أو بأي وسيلة أخرى مناسبة عن وضع المنتج للاستهلاك ويجب أن يقدم الخصائص الأساسية للمنتج طبقاً لأحكام هذا المرسوم".

يؤثر الإعلان على إرادة المستهلك، فلقد أثبتت الدراسات السلوكية التي أجريت على الأفراد المستهلكين أن أكثر قرارات الشراء التي كانت تتم وبنسبة عالية منهما تعتمد على ما يحفز الإعلان لديهم قبل الإقدام على عمليات التسويق بكل جوانبها¹³. إن الإعلانات التجارية تؤثر على إرادة المستهلك، فهي تعتمد على التشويق والإبهار لخلق فكرة الشراء في ذهنه، ودفعه للتعبيل بتنفيذها، ومن جهة أخرى لا يتمتع المستهلك بالخبرة الفنية والقوة الاقتصادية اللتين يتمتع بهما المهني. مما يؤدي إلى اختلال توازن القوى بين الطرفين¹⁴. فمعظم عقود

¹¹ - فتيحة محمد قوراري، "الحماية الجنائية للمستهلك من الإعلانات المضللة: دراسة في القانون الإماراتي والمقارن"، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 2009، 3، مرجع سابق، ص 249.

¹² - نبيل محمد احمد صبيح، مرجع سابق، ص 281.

¹³ - فليح عبد الزهرة، مرجع سابق، ص 37. انظر كذلك:

Les professionnels présentent la publicité comme une méthode d'information. cette affirmation contient une part de vérité il est probable que ,sans publicité , les consommateurs ne sauraient que choisir entre les multiples biens et services qui leur sont proposés. Mais la publicité n'a pas pour but essentiel d'informer ,faite pour inciter , elle présente quelque danger pour les consommateurs , car le dessein de séduire est difficilement compatible avec une information complète et objective . voir :Jean CALAIS-AULOY ,Droit de la consommation, p133.

¹⁴ - فتيحة محمد قوراري، مرجع سابق، ص 253. انظر كذلك: موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الالكترونية: دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، 2011، ص 39. يفترض في الإعلان لكي يحقق أهدافه نوع من التكرار والإلحاح وتبسيط

الاستهلاك تتم بين منتجين محترفين في الدعاية والتسويق ومستهلك عادي، يفتر للمعلومات الكافية عن السلعة أو الخدمة المراد شرائها، وحماية لهذا الطرف الضعيف تؤكد قوانين حماية المستهلك الالتزام بإعلام المستهلك ليس أثناء التعاقد بل أيضا قبله. فالمعلومات السابقة على التعاقد تؤثر قطعا على قرار المستهلك في التعاقد من عدمه، وعلى ما يقبل به من شروط¹⁵.

ثانيا: الدور التسويقي للإعلان

يعد الإعلان التجاري عاملا من عوامل تسويق السلع والخدمات من خلال دوره البارز في العمل على ترويجها مما يؤدي إلى وجود اتصال وتفاعل دائم ومستمر بين المنتجين والمستهلكين. حيث يثير المنافسة التي تساهم في خفض الأسعار وتحسين نوعية المنتج¹⁶. فإذا كانت السوق في المفهوم الاقتصادي لقاء العرض بالطلب فإن الإعلانات أو الدعاية التجارية هي التي تخلق السوق، ومن باب أولى توسيع دائرة السوق. فلا سوق بلا دعاية أو إعلان خاصة إذا علمنا أن عملية الاستهلاك هي مفتاح فاعلية الدورة الاقتصادية إذ أن زيادة الاستهلاك تؤدي إلى زيادة الإنتاج والتوزيع. وتلعب الإعلانات في هذا الصدد دورا فاعلا لا حدود لفاعليته، فالإعلان قوة نشطة في المجتمع المعاصر ويمثل أحد صروح هذا المجتمع وأعمدته¹⁷.

فإذا كانت المنافسة التجارية بين المنتجين والموزعين قد انصبت في الماضي على جودة المنتج وسعره، فقد ترتب على ذلك تقليل الفرق بين المنتجات في الجودة والمواصفات والأسعار. وقد استوجب ذلك تغيير أسلوب المنافسة التي اتجهت للتركيز على توسيع دائرة التوزيع، وفتح منافذ وأسواق جديدة. وعمد المهنيون في ذلك إلى تعريف أكبر عدد ممكن من المستهلكين بمزايا منتجاتهم ومواصفاتها، ومدى قدرتها على إشباع احتياجاتهم، مستخدمين في ذلك الإعلانات التجارية التي تفرع أسماع المستهلكين وتلح على أبصارهم. خاصة مع ما يشهده

الفكرة على المتلقي باستخدام كل ما من شأنه إلهاب الخيال واجتذاب العين وإطراء الأذن في نفس الوقت الذي يتم فيه إظهار محاسن المنتج أو الخدمة بقصد حث المستهلك وتحريضه على الاستهلاك بإقناعه بأن السلع والخدمات المعلن عنها ليست ترفا كماليا بل هي ضرورة. إذ أن الإعلان الناجح يسقط الحواجز بين الضروريات والكماليات ويحول الرغبة لدى المستهلك الى حاجة.

¹⁵ - غازي خالد أبو عرابي، "حماية رضا المستهلك: دراسة مقارنة بين قانون حماية المستهلك الإماراتي وتقنين الاستهلاك الفرنسي ومشروع حماية المستهلك الأردني"، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 36، العدد 1، 2009، ص 188.

¹⁶ - n'est pas question, dans un système libéral, d'interdire la publicité. la libre concurrence suppose que chaque entreprise ait le droit de présenter ses produits et d'en vanter les mérites . mais si la publicité ne peut être interdite , il faut du moins tenter d'en supprimer les abus. Voir : **Jean CALAIS-AULOY**, op.cit , p133.

¹⁷ - موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص 52.

العالم حالياً من ثورة في مجال تكنولوجيا المعلومات ووسائل الاتصال الرقمية، وبصفة خاصة في الشبكات العالمية لنقل المعلومات وتبادلها، وأهمها الانترنت¹⁸.

فالإعلان عبر شبكة الانترنت من أهم آليات النشاط التجاري في المنافسة وتحقيق الربح بحكم انتشاره وتنوع أساليبه، وتطوره التقني بحيث أصبح يلعب دوراً فاعلاً في التأثير على قرارات المستهلك. بهذا فرضت التجارة الالكترونية في نظام التجارة في التاريخ الإنساني على المستويين الوطني والعالمي.

المبحث الثاني: ضوابط الإعلان التجاري

التجارة من أكثر وجوه النشاط البشري إغراء لما فيها من كثرة الأرباح حتى قيل في المأثور "تسعة أعشار الرزق في التجارة". وفي التجارة مجال واسع لأنواع الحيل في ترويج السلع وإخفاء العيوب، واستغلال سلامة قلوب المتعاملين. يقول العلامة ابن خلدون: "إنها تستدعي المكايسة، والخلافة، والمماحكة، والغش، وتعاهد الأيمان الكاذبة، على الأثمان رداً وقبولاً"¹⁹. ومجتمعنا اليوم مجتمع استهلاكي وهو في نفس الوقت مجتمع دعاية، إلا أن الدعاية لا تترجم حقيقة ما يقدم إلى العملاء، لأنها لا تملك في أحيان كثيرة إلا الجوانب السيئة²⁰. وباعتبار شبكة الانترنت نافذة مفتوحة أمام الملايين، فهي تمثل صالة عرض افتراضية لكافة السلع والخدمات، الأمر الذي يوجب على المحترفين احترام قواعد الإعلان بالابتعاد عن الكذب والتضليل (المطلب الأول)، ويمكن لنا أن نعطي بعض صور خداع المحترف في إعلاناته (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الابتعاد عن الكذب والتضليل في الإعلان

تعتبر نفسية المستهلك المحور الأساسي الذي تدور حوله العملية الإعلانية باعتباره نقطة البداية والنهاية لها، وبواسطتها يستطيع المسوق أو المنتج أن يتعرف عليه عن طريق الغور إلى أعماقه النفسية ومعرفة الكثير

18- من أهم الانجازات التي يحصل عليها الشخص من شبكة الانترنت، هو توافر وسهولة نقل المعلومات، فشبكة الانترنت تجعل ملايين البشر بأفكارهم وثقافتهم واتجاهاتهم أمام أعيننا بلحظة واحدة، وبمجرد ضغطة أو لمسة من أصابعنا على أحد المفاتيح في جهاز الكمبيوتر والانترنت جعل من المستطاع أن يتواصل أي إنسان مع ملايين البشر. أنظر: بشار طلال المومني، مشكلات التعاقد عبر الانترنت، عالم الكتب الحديث، اردن، الأردن، ص1.

19- السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد: دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون ذكر سنة النشر، ص3.

20- على سبيل المثال، الدعاية التي يقوم بها متعهدي الرحلات عن رحلاتهم، حيث تنتهي الرحلات غالباً نهاية غير طيبة، على عكس ما أعلن عنها، وإن كان النشر أو الإعلام يقدم للمستهلكين المعرفة بالمنتجات والخدمات، ولكنه يصبح مكروهاً عندما يتصف بالكذب. أنظر: المرجع السابق، ص77.

من حاجاته ورغباته ومحركات سلوكه الداخلي "الدوافع أو الحاجات"، والخارجي "الحوافز" لكي يستطيع المنتج أن يوفي بالتزاماته تجاه المستهلك، عن طريق إنتاج ما يمكنه من إشباع رغبات وحاجات مادية ونفسية أو معنوية للمستهلك مع الأخذ بعين الاعتبار الزمان والمكان الملائمين لذلك، أي إنتاج ما يمكن بيعه وليس إنتاج ما يمكن إنتاجه. أو إنتاج ما يمكن بيعه وليس بيع ما يمكن إنتاجه²¹. ولتسويق المنتج يسعى المحترف بكل الوسائل لإثارة المستهلك لجعله يقبل على الشراء. لهذا كان ضروريا أن يتدخل المشرع بنص صريح لمنع كل من الكذب والتضليل في الوسائل المستخدمة لإعلام المستهلك، منها الإعلانات.

فنص المشرع الجزائري في المادة 36 من المرسوم التنفيذي 13-378 على أنه: "يجب ألا يوصف أو يقدم أي غذاء بطريقة خاطئة أو مضللة أو كاذبة أو من المحتمل أن يثير انطبعا خاطئا بخصوص نوعه بطريقة تؤدي إلى تغليب المستهلك". ونص كذلك في نفس المرسوم بمقتضى المادة 56: "تمنع كل معلومة أو إشهار كاذب من شأنهما إحداث لبس في ذهن المستهلك". فإذا كانت المادة 36 أنفة الذكر تعنى بالغذاء، والمادة 56 تعنى بالخدمات، فإن المادة 60 من نفس المرسوم جاءت أكثر شمولية بحيث تشمل المنتج "الغذائي، والمنزلي". فنصت على أنه: "يمنع استعمال كل بيان أو إشارة أو كل تسمية خيالية أو كل طريقة تقديم أو وسم وكل أسلوب للإشهار أو العرض أو الوسم أو البيع من شأنه إدخال لبس في ذهن المستهلك، لاسيما حول الطبيعة والتركيبية والنوعية الأساسية ومقدار العناصر الأساسية وطريقة التناول وتاريخ الإنتاج وتاريخ الحد الأقصى للاستهلاك والكمية ومنشأ أو مصدر المنتج".

ونجد العقار لا يصلح أن يكون محلا لعقد البيع على الانترنت وذلك لان ملكية العقار لا تنتقل من البائع إلى المشتري إلا بالتسجيل، ومن ثم لا يصلح إلا المنقول كمحل للعقد سواء أكان هذا المنقول ماديا أو معنويا. فالعقار مستبعد من نطاق قانون الاستهلاك فهو يخضع لأحكام القانون المدني.

وقد عرف القانون اللبناني الإعلان الخادع بأنه الإعلان، الذي يتم بأية وسيلة كانت ويتناول سلعة أو خدمة، ويتضمن عرضا أو بيانا أو ادعاء كاذبا أو أنه مصاغ بعبارات من شأنها أن تؤدي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة إلى خداع أو تضليل المستهلك²². ومنع المشرع الفرنسي في المادة 1/121 من قانون الاستهلاك، الإعلان الخادع

²¹- فليح عبد الزهرة، مرجع سابق، ص32.

²²- فانت حسين حوى، الوجيز في قانون حماية المستهلك: دراسة في أحكام القانون اللبناني مع الإشارة إلى حماية المستهلك المتعاقد عن بعد الكترونيا، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 2012، ص66. أنظر كذلك: موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص57.

الذي يتم بأي شكل من الأشكال، ويشتمل على بيانات أو عروض كاذبة أو تلك التي من شأنها أن تؤدي إلى الخداع أو التضليل، ويقع على عنصر أو أكثر من عناصر السلعة أو الخدمة.

أولاً: المقصود بالكذب الإعلاني

الكذب هو ادعاء أو زعم مخالف للحقيقة، الهدف منه خداع المتلقي عن طريق تزييف الحقيقة أو بث تأكيدات غير صحيحة وغير مطابقة للواقع أو لا يمكن الوفاء بها في الواقع العملي. والكذب في مجال الإعلانات التجارية قد يحدث بعمل ايجابي، وكذلك يمكن أن يتحقق بعمل سلبي، أي بالسكوت عن واقعة لو علم المتعاقد بها لما قدم على إبرام العقد. فالكذب الايجابي يتمثل بذكر أوصاف ومزايا غير متوفرة في السلعة أو الخدمة، أو بنشر معلومات ومزاعم غير صحيحة، أما الكذب السلبي فإنه يتحقق بالسكوت عن ذكر بيانات أو وقائع معينة تتعلق بالمنتج أو الخدمة بحيث لو علم بها الطرف المقابل لامتنع عن التعاقد معه، أي أن امتناع المعلن عن ذكر بيانات متعلقة بالسلع أو الخدمات محل الإعلان، يكون لها أثر في اتخاذ قرار الشراء، إذ أن ذكر نصف الحقيقة وترك النصف الآخر يعد كذباً في هذه الحالة.

منذ أن أطلق (غوبلز) وزير الدعاية النازي جملته الشهيرة "أكذب أكذب حتى يصدقك الناس" في الثلاثينات من القرن الماضي حتى انتقل هذا الأسلوب من التضليل من ميدان الدعاية السياسية والعقائدية إلى ميدان الإعلان التجاري. وإذا كانت الحقيقة الموضوعية الكاملة غير موجودة في الإعلان التجاري فإن ما يوجبه القانون هو ألا تكون إعلانات التاجر المحترف كاذبة أو مضللة بحيث تلحق الضرر بالمستهلك.

ثانياً: المقصود بالتضليل الإعلاني

الإعلان المضلل هو كل إعلان يتم عرضه بطريقة تؤدي إلى تضليل أو من شأنها أن تؤدي إلى تضليل المخاطبين به، أو المنافسين على نحو قد يلحق ضرراً بمصالحهم. أو هو الإعلان المتضمن معلومات تدفع المستهلك إلى الوقوع في خطأ وخداع فيما يتعلق بعناصر وأوصاف جوهرية للمنتج. هذا وأن الإعلان المذكور قد لا يتضمن بيانات كاذبة ولكنه يصاغ بعبارات تؤدي إلى خداع المتلقي، ومثال ذلك الإعلان الذي يتضمن بيانات صحيحة في ذاتها ولكنه يعطي انطبعا احتماليا زائفاً أو مخادعا يعتبر إعلاناً مضللاً²³. والحقيقة أن الدعاية الالكترونية قد تكون مقرونة بوسائل احتيالية تؤدي إلى إيقاع المستهلك في تضليل، الأمر الذي يدفعه لإبرام العقد تحت تأثير فعل تلك الدعايات²⁴. فالمهني عبر هذه التقنية الحديثة يتمكن من الإعلان عن سلعته بالصوت

²³ - بختيار صابر بايز، "الحماية الوقائية للمستهلك من الإعلانات التجارية الخادعة: دراسة قانونية مقارنة"، مجلة كلية الحقوق

للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، المجلد الأول، العدد الثاني، 2012، ص 6

²⁴ - موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص 60.

والصورة بهدف تسويق منتجاته ودفع المستهلك للقيام بالعملية الشرائية. ولتقادي مضار الإعلان الخادع واجتتاب ترزح ثقة المستهلك بالمحترف والسلع والخدمات وضع المحترفون في بعض الدول تنظيمًا ذاتيًا *auto-discipline* ألزموا أنفسهم به، متوخين بذلك طمأنة المستهلك، لكي يؤدي الإعلان وظيفته. وهو أمر لجأت إليه غرفة التجارة في فرنسا، واضعة تنظيمًا للسلوك المحلي بمادة الإعلان. أوضحت فيه المبادئ الأخلاقية لمهنة الإعلان، كما ذهب المحترفون في بعض البلدان (فرنسا مثلاً) إلى إيجاد مكتب للتحقيق الإعلاني. وقاموا بوضع مبادئ وأخلاقيات مهنة الإعلان، مستجدين لهذه الغاية بالتنظيم الموضوع من قبل غرفة التجارة الدولية. وذلك بنية فرض احترامها على الأعضاء المنتسبين²⁵.

ثالثاً: الفرق بين الإعلان الكاذب والإعلان المضلل

يتمثل الفرق بين الإعلان الكاذب من جهة، والإعلان المضلل من جهة أخرى في أن هذا الأخير لا يتضمن بيانات كاذبة إلا أنه يصاغ في عبارات من شأنها أن تؤدي إلى خداع المستهلك. والحقيقة أن الصدق الكامل قد يكون متعذراً في الإعلان التجاري لأن التاجر المحترف يركز في إعلاناته على الجوانب المشرقة في السلعة أو الخدمة محل الإعلان، اعتماداً على المبالغة في الوصف والمدح الذي يأخذ أسلوب الطرافة والخيال لدفع المستهلكين للحصول عليها. وهو مسلك مبرر في ضوء طبيعة الإعلان التجاري والهدف منه لذلك يجب التمييز بين الكذب والتضليل في الإعلان ومجرد المبالغة والإثارة، حيث أن القانون لا يشمل المستهلك بالحماية إلا من الإعلان المضلل أو الكاذب²⁶.

المطلب الثاني: صور الإعلان المخادع

قد يتجاوز الإعلان التجاري حدوده المشروعة، ليصبح إعلاناً مضللاً أو كاذباً. فقد أبرز الواقع اتجاه بعض المنتجين والموزعين إلى استعمال الخداع في الإعلان لتضليل المستهلك، والخداع قد يقع على عنصر أو أكثر من عناصر السلعة أو الخدمة موضوع الإعلان (أولاً)، وقد يقع على عناصر خارجية أو مستقلة عن السلعة أو الخدمة (ثانياً). وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 60 من المرسوم التنفيذي 13-378:

²⁵ - الاطلاع على المنتجات عبر شاشة الحاسب الآلي قد تكون مضللة للمستهلك، كما قد تكون معيبة ولا يمكن له اكتشاف ذلك، ففي تقرير أعدته جماعة المستهلكين الدولية أظهر أنه بعد شراء عدد من السلع من مواقع الانترنت في 17 دولة تقريباً تبين أن 8 بالمائة من تلك الطلبات كانت معيبة. أنظر: درماش بن عزوز، "حماية المستهلك في مجال التجارة الإلكترونية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 2، 2011، ص 379.

²⁶ - فريد منعم جبور، حماية المستهلك عبر الانترنت ومكافحة الجرائم الإلكترونية: دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2010، ص 17.

"يمنع استعمال كل بيان أو إشارة أو كل تسمية خيالية أو كل طريقة تقديم أو وسم وكل أسلوب للإشهار، أو العرض أو الوسم أو البيع من شأنه إدخال لبس في ذهن المستهلك، لاسيما حول الطبيعة والتركيبية والنوعية الأساسية ومقدار العناصر الأساسية وطريقة تناول وتاريخ الإنتاج وتاريخ الحد الأقصى للاستهلاك والكمية ومنشأ أو مصدر المنتج.

كما يمنع كل بيان يرمي إلى التمييز المفرط لمنتج على حساب منتج مماثل آخر".

أولاً: الخداع الإعلاني المتصل بالعناصر الذاتية للسلعة أو الخدمة

قد يكون محل الخداع الإعلاني عناصر داخلية في المادة المعلن عنها، وهي ما يحتاج إليه المستهلك عادة من معلومات عن ذاتية السلعة أو الخدمة المعلن عنها. وأبرز هذه الحالات ما يلي:

* **حول وجود السلعة:** يتصف الإعلان التجاري بالكذب أو بالتضليل فيما يتعلق بهذه الحالة في ثلاث صور، الأولى في حالة عدم وجود السلعة أو الخدمة على الإطلاق، والثانية في حالة وجودها ولكن بصورة غير التي أعلن عنها، والثالثة في حالة وجودها ولكن بشكل غير معد للتسليم أو التقديم.

* **حول طبيعة السلعة أو الخدمة:** تكمن خطورة الإعلان الخادع في هذه الحالة فيما يتضمنه من تغيير جوهري في السلعة أو الخدمة محل الإعلان، الأمر الذي يحول إرادة المستهلك إلى شيء ذي طبيعة أخرى مختلفة، وذلك كالإعلان عن مدفأة تتكون بعض أجزائها من البرونز مع أن الأمر يتعلق بمعدن يقل كثيرا في القيمة عن البرونز.

* **حول مصدر السلعة أو الخدمة:** إذا تضمن الإعلان مصدرا مختلفا عن الأصل أو المصدر الحقيقي للسلعة المعلن عنه. فيشتري المستهلك السلعة أو الخدمة لتقته في أصلها أو مصدرها الحقيقي.

* **حول الخصائص الجوهرية للسلعة أو الخدمة:** يقصد بالخصائص الجوهرية، تلك الخصائص التي تتضمنها السلعة أو الخدمة، والتي تقوم عليها القيمة الحقيقية لهما من وجهة نظر المستهلك، وما كان ليتعاقد عند تخلفها.

* **حول كمية أو مقدار السلعة:** كقيام المعلن بتضليل المستهلك من خلال الإعلان الذي يحتوي على كمية أو مقدار مغاير للمقدار أو الكمية الحقيقية للسلعة أو الخدمة.

* **حول النوع أو الصنف:** يمثل تحديد النوع أو الصنف أهمية كبيرة في التعريف بالسلع بسبب التشابه الكبير بينها من حيث الشكل أو المظهر. وعلى ذلك يعد إعلانا خادعا ذلك الإعلان الذي يعرض سلعة أو خدمة من صنف أو نوع معين على خلاف الحقيقة.

ثانياً: الخداع الإعلاني حول العناصر الخارجة عن السلعة أو الخدمة

يقصد بها العناصر التي تمثل اعتبارات معينة تحيط بالسلعة أو الخدمة محل الإعلان دون أن تكون داخلة في تكوينها، أو متعلقة بمادتها أو طبيعتها. ولها تأثير في قرار اقتناء السلعة أو تلقي الخدمة محل الإعلان.

* **حول طريقة وتاريخ الإنتاج:** لطريقة الإنتاج وتاريخه أهمية كبيرة في الوقت الحاضر لدى المستهلكين، خاصة المنتجات الغذائية والتي يرتبط استخدامها بتاريخ صلاحية معينة، وعليه يعد الإعلان خادعاً إذا ذكر فيها خلافاً للحقيقة طريقة معينة للصنع أو أثبت تاريخ صنع مغاير للواقع والحقيقة. ولا يخفى ما في هذا الخداع من تأثير كبير على المستهلك، ليس فقط في مجال حماية رضائه، بل يمتد الأمر إلى التأثير في صحته أيضاً.

* **حول ثمن السلعة أو الخدمة:** يحدث كثيراً في الواقع العملي الإعلان عن وجود تخفيضات قد لا يكون لها وجود أصلاً، أو الإعلان عن تخفيضات بنسبة 50 بالمائة في حين أنها لا تتجاوز 25 بالمائة فقط.

* **حول الأثر الفعال للسلعة أو الخدمة والنتائج المرجوة منها:** يمثل هذا العنصر الغاية الرئيسية من التعاقد، فذلك الأثر وتلك النتيجة هما اللذان من شأنهما أن يشبعا الحاجة التي من أجلها أقبل المستهلك على التعاقد، وذلك هو الأصل الذي يروج له الإعلان في الحقيقة، فإذا لم تحقق السلعة تلك النتائج المرجوة والمعلن عنها كان الإعلان خادعاً.

* **حول شخص المعلن:** قد يلجأ المعلن إلى الخداع فيما يتعلق بهذا العنصر عن طريق انتحال صفات ليس له، أو استخدام هوية أو لقب ليس له، أو شهادة لم يحصل عليها. وذلك سعياً وراء إضفاء قدر من الثقة حول سلعته أو خدمته محل الإعلان، وذلك لأن شخصية المعلن وصفاته تمثل أهمية كبيرة لدى المستهلك عند التعاقد²⁷.

المبحث الثالث: حماية المستهلك مدنياً من الخداع الإعلاني

لقد شهدت التجارة الإلكترونية تصاعداً في عمليات الغش والاحتيال لاسيما في التعاقد عبر الإنترنت، إذ انتشرت ظاهرة الاحتيال في هذا النوع من التعاقد انتشاراً يستلزم الحذر عند التعاقد باستخدام شبكات الاتصال التقني عن بعد. نظراً لوجود المستهلك في مكان بعيد عن مكان المهني (المتدخل)، علاوة على عدم الوجود المادي الواقعي للسلع والخدمات أمام أعين المستهلكين. الأمر الذي يؤثر في قدرتهم في الحكم بدقة على المبيع وأوصافه خاصة في ظل تطور الإعلانات والتي قد تكون كاذبة أو مضللة في أحيان كثيرة²⁸. ولحماية المستهلك من هذه الإعلانات يجب أن نميز بين مرحلتين الأولى، وهي المرحلة السابقة عن التعاقد. فالمعلن لا يرتبط مع المستهلكين

²⁷- بختيار صابر بايز، مرجع سابق، ص 13-ص 22.

²⁸- فاتن حسين حوى، مرجع سابق، ص 134.

بأية رابطة عقدية، ومن ثم فإن أخطاء المعلن التي تصدر خلال هذه المرحلة متى سببت ضرراً فإنها تثير المسؤولية التقصيرية (المطلب الأول)، أما المرحلة الثانية فتتعلق بحماية المستهلك من خلال إلزام المحترف بتنفيذ التزاماته الواردة في الإعلان متى كان ذلك ممكناً، أو المطالبة بإبطال العقد -لعيب التدليس- بموجب المسؤولية العقدية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حماية المستهلك على أساس المسؤولية التقصيرية

إن حماية المستهلك من الإعلان التجاري الكاذب أو المضلل، الذي دفع به إلى التعاقد تتمثل في منحه حق رفع دعوى المطالبة بالتعويض طبقاً للقواعد العامة، فمن ارتكب خطأ وتسبب بضرر للغير التزم بالتعويض، وهذا طبقاً للمادة 124 قانون مدني جزائري: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير، يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض". فالمستهلك يستطيع أن يطالب بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به من الإعلان التجاري أمام القضاء المدني، فعليه إثبات عناصر المسؤولية لدى المعلن. من خلال إثبات خطأ المعلن المتمثل في التدليس على المتعاقد الآخر أي المستهلك، والضرر الذي لحق به. فإذا انتفى الضرر انتفت المسؤولية، وعلى المضرور إثبات الضرر بكافة وسائل الإثبات²⁹.

المطلب الثاني: حماية المستهلك من الخداع الإعلاني على أساس المسؤولية العقدية

فيما يتعلق بحماية المستهلك المتعاقد من آثار الخداع الإعلاني بعد إبرام العقد فإن جوهرها يكمن في إلزام المعلن بتنفيذ التزاماته الواردة في الإعلان متى كان ذلك ممكناً (أولاً)، أو المطالبة بإبطال العقد لعيب التدليس (ثانياً).

أولاً: إلزام المعلن بالتنفيذ العيني

إذا أعلن التاجر المحترف عبر الانترنت عن سلعة أو خدمة معينة لغرض التعاقد عليها وقبل المستهلك هذا العرض، وبعد ذلك امتنع التاجر المحترف عن تنفيذ التزامه وذلك بتسليم شيء من النوع ذاته الذي تضمنه الإعلان التجاري. حق للمستهلك أن يقيم دعوى التنفيذ العيني بهدف حبر المعلن على تنفيذ التزامه الوارد في رسالته الإعلانية تنفيذاً عينياً، متى كانت ظروف الحال تسمح بذلك حسب ما نصت عليه المادة 164 من القانون المدني الجزائري: "يجبر المدين بعد اعذاره طبقاً للمادتين 180 و 181 على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، متى كان ذلك ممكناً". وإذا تعذر على المدين تنفيذ التزامه، أو لأنه رفض التنفيذ، فإن المادة 2/166 من القانون المدني تنص

²⁹ - سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 195-ص 196.

على أنه: "إذا لم يتم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال بحقه في التعويض".

ونص المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي 13-327³⁰. في المادة 10 على أنه: "يجب أن يكون المنتج موضوع الضمان صالحا للاستعمال المخصص له، وعند الاقتضاء:

- يوافق الوصف الذي يقدمه المتدخل وحائزا كل الخصائص التي يقدمها هذا المتدخل للمستهلك في شكل عينة أو نموذج،

- يقدم الخصائص التي يجوز للمستهلك أن يتوقعها بصفة مشروعة، والتي أعلنها المتدخل أو ممثله علنا ولاسيما عن طريق الإشهار أو الوسم،

- يتوفر على جميع الخصائص المنصوص عليها في التنظيم المعمول به."

فإذا ثبت أن المتدخل سلم منتوجا مخالفا للمنتوج المعلن عنه، يقع عليه واجب الضمان. ويمكن مطالبته في إطار تنفيذ الضمان دون تحميل المستهلك أي مصاريف إضافية إما بإصلاح السلعة أو إعادة مطابقة الخدمة، باستبدالها، برد ثمنها طبقا لنص المادة 12 من المرسوم 13-327.

ثانيا: المطالبة بإبطال العقد لعيب التدليس

يفترض أن يهدف الإعلان التجاري إلى تعريف المستهلكين بوظائف وخصائص السلع والخدمات المطروحة في السوق، من خلال ذكر تفاصيلها. لذلك لا بد أن يتمتع الإعلان التجاري بقدر كاف من الصدق والوضوح حتى يعطى المستهلك الحق في الاختيار الصحيح على إرادة حرة ومستنيرة. لكن بعض المحترفين يجأون إلى الكذب والتضليل في الإعلان التجاري الذي يعتبر تغيرا أو تدليسا، والمقصود بالتدليس استعمال طرق احتيالية بقصد إيقاع المتعاقد الآخر في غلط يدفعه إلى التعاقد. والتدليس (التغريب) هو من أكثر عيوب الإرادة شيوعا في العقود المبرمة عبر الانترنت ويتحقق التغريب باستعمال أساليب احتيالية تظهر السلعة على غير مظهرها. فتنص المادة 86 من القانون المدني الجزائري: "يجوز إبطال العقد للتدليس، إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد.

ويعتبر تدليسا، السكوت عمدا عن واقعة أو ملاحظة، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملاحظة".

³⁰- مرسوم تنفيذي رقم 13-327 مؤرخ في 26 سبتمبر 2013، يحدد شروط وكيفيات وضع السلع والخدمات حيز التنفيذ، جريدة رسمية عدد 49 صادرة في 2 أكتوبر 2013.

ويلزم لكي يعتبر الإعلان الكاذب أو المضلل تدليسا توفر عنصرين:

***العنصر المادي:** أي الوسائل والطرق الاحتيالية التي قد تكون مادية أو غير مادية والتي تستهدف التأثير على إرادة المستهلك من أجل دفعه إلى التعاقد، ويأتي في مقدمة هذه الوسائل الكذب من أجل التغيرير بالمتعاقد.

ويعتبر السكوت تدليسا، ويقوم هذا الحكم على مبادئ القواعد العامة التي تقضي بعدم جواز الغش. متى ظهر من ظروف التعاقد أو طبيعته أن أمرا هاما يؤثر بالتعاقد إلى درجة كبيرة ويدرك المعلن خطره ويعرف أن المستهلك يجهله ومع ذلك يكتمه عنه فيحمله بذلك على التعاقد³¹

***العنصر المعنوي:** هو نية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع. فالمبالغة في وصف مزايا منتج وإضفاء أحسن الأوصاف على الخدمة لا يعد تغريرا إذا تم بنية الترويج، أما إذا صدر بنية التضليل عن طريق إيهام المستهلك بأمور ليس لها وجود أصلا فإن هذا الأمر يعد تغريرا، حيث يستطيع المستهلك إذا أصيب بضرر جراء الإعلان المضلل أن يرفع دعوى تدليس بوصفه متعاقدا مطالبا بإبطال العقد.

إن النصوص الخاصة بالتدليس أداة لحماية المستهلك من الأضرار الناتجة عن الإعلان الكاذب أو المضلل. إلا أن المستهلك حال إقدامه على إقامة دعوى التدليس يلاقي العديد من المتاعب المادية، من جهد ومال ومعاناة نفسية لمواجهة منتج محترف. والنتيجة المأمول تحقيقها هي البطلان الذي لا يكفي لجبر الضرر الذي قد يصيبه من جراء الإعلان الكاذب. فإذا طلب المستهلك البطلان، يعني رد السلعة التي حصل عليها وبالتالي عدم إشباع الحاجة التي يريدتها والتي قد تمثل إحدى الضروريات، وبذلك في الغالب يحتفظ المستهلك بالسلعة مع طلب التعويض عن الضرر المترتب نتيجة وقوعه في عيب التدليس³². إن نظرية التدليس لا يمكن أن توفر حماية مؤكدة، وحقيقية للمستهلك المرتقب في مواجهة كذب، وتضليل الرسائل الإعلانية. إذ لقيام التدليس لا بد أن يكون ثمة عقد، وأن تصدر الأعمال الاحتيالية من المتعاقد الآخر، ومعلوم أن الحالات التي يرتبط فيها المعلن، والمتلقي برابطة تعاقدية نادرة، فدائرة التوزيع والخدمات تتسع، وعملية الشراء نفسها تتم عقب سلسلة متتالية من الصانع أو المنتج إلى الموزع "تاجر الجملة" إلى البائع "تاجر التجزئة"، وعادة ما يرتبط المتلقي "المستهلك" بهذا الأخير، بينما يكون المعلن غالبا هو المنتج أو الصانع أو الموزع³³.

³¹ - موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص 83.

³² - سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 195.

³³ - أحمد السعيد الزقرد، "الحماية القانونية من الخداع الإعلاني في القانون الكويتي والمقارن"، مجلة الحقوق، العدد الرابع، 1995، ص 327.

خاتمة:

إن المشروعات الصناعية الكبرى والموردين قد لا يترددون في اللجوء إلى الدعاية أو الإعلان الكاذب التي تتطوي على مغالطات علمية متجاوزين الحدود المشروعة للإعلان التجاري، إذ لا يعينهم إلا تحقيق أعلى رقم من المبيعات وتحقيق أعلى عائد من الأرباح على حساب من خدعوا بهذه الدعاية. والمستهلك الجزائري اليوم أحوج ما يكون إلى المعرفة، بعد أن تغير نمط الحياة متأثراً بالدعاية وهي قلما تكون صادقة. فالمستهلك يتضرر من السلع الرديئة -المعلن عنها على أساس أنها ذات جودة- والضرر قد يكون مادياً أو معنوياً، حيث يدفع سعر لهذه السلعة ويحصل على منفعة أقل. بل ربما تسببت هذه السلعة بأضرار مادية أو صحية ترغم المستهلك على إنفاق مبالغ إضافية للتخلص من الأضرار التي سببها استعمال هذه السلع. الأمر الذي يستدعي تنظيم تشريعي خاص يبين فيه طريقة نشر الإعلان، والجزاءات التي تلحق بالمحترف سواء مدنية، إدارية، جزائية.

والخطورة التي يواجهها المستهلك فيما يتعلق بالتجارة الالكترونية كونها سوق مفتوحة على العالم ولا تقتصر على دولة معينة. فمن الصعب تصور كافة الأساليب والوسائل التي يستخدمها المحترف في نشر الإعلانات بهدف جذب المستهلك إلى السلعة أو الخدمة المعروضة والتي قد تتطوي على غش، فالحماية التي يمكن تصورها تكون على النطاق الداخلي من خلال اتخاذ مراكز مختصة لمراقبة الإعلانات المعروضة على الصفحات الالكترونية.

لجان الطعن ودورها في حل النزاعات الجبائية

أ. داود إبراهيم: محاضر قسم ب، كلية الحقوق
جامعة امحمد بوقرة بومرداس

ملخص

تتكون الإدارة الجبائية من جهاز إداري ضخم. وهي من بين المرافق العامة الأكثر انتشارا في مختلف أرجاء إقليم الدولة. غير أن الخدمات التي تقدمها مباشرة للمواطنين تبدو محدودة، ولا تتناسب مع حجم جهازها الإداري. يتخذ المواطنون عامة والمكلفون بالضريبة خاصة مواقف تتسم بالتردد إلى حد مناصبتها العداء، كونها جهاز يقتطع منهم جزء من أموالهم (في شكل ضرائب ورسوم) ما جعل السلطة تبادر إلى اتخاذ إجراءات ووسائل تمنع تعسف هذه الإدارة، وتضع حد لتلك المخاوف أو تقلل منها. ومن تلك الوسائل إحداث آلية ترفع إليها شكاوى المكلفين في شكل طعون، ومنحت صلاحية النظر فيما تفرضه تلك الإدارة. فكانت هذه الدراسة للبحث في: شكل ومضمون هذه الآلية، والصلاحيات المخولة لها، ومدى فعالية ما تتخذه من ردود عن تلك الطعون التي ترفع إليها من المكلفين.

RESUME

L'administration fiscale est composée d'un gigantesque appareil administratif, et elle est parmi les services publics les plus répandus sur l'ensemble du territoire de l'État. Toutefois les services qu'elle fournis directement aux citoyens paraissent limités, et ne correspondent pas à son grand appareil administratif. Les citoyens en général, et les contribuables en particulier prennent des positions réticentes à son encontre, et ils peuvent même devenir son ennemi. du fait qu'elle est un appareil qui leur prend une certaine partie de leurs biens sous forme d'impôts ou de taxes, Cela a poussé l'État à prendre l'initiative de mettre en place des mesures et des moyens afin d'éviter l'abus de l'administration et de mettre fin à leurs peurs ou du moins à les atténuer. Parmi les moyens entrepris, la création d'un mécanisme leur permettant de lui soumettre leurs réclamations sous forme de requêtes avec un pouvoir de statuer sur ce qu'impose cette administration, d'où cette étude portant sur : la forme et le contenu de ce mécanisme, les prérogatives qui lui sont dévolues, ainsi que l'efficacité de ses réponses aux requêtes des contribuables.

مقدمة:

لقد حدد المشرع كل الضمانات اللازمة لحماية حق الدولة في أموال المكلفين (الضرائب) بمنح الإدارة الجبائية كل الوسائل والأدوات القانونية والمادية والبشرية التي تمكنها من القيام بتلك المهمة. كما منح المكلفين الحماية اللازمة لأموالهم وحق التصرف فيها دون تعرض أو تعسف من قبل تلك الإدارة.

ونظرا لإمكانية التقاطع بين الطرفين - المكلف والإدارة الجبائية - واختلاف وجهات النظر بينهما في تقدير الحقوق والمستحقات مما يؤدي إلى قيام النزاع. والمعروف أن ميدان حل أي نزاع إنما هو الجهاز القضائي. الذي هو الجهاز الطبيعي للنظر في جميع النزاعات التي تقع مهما كانت الأطراف، وهذا من صميم اختصاص هذه السلطة كونها محايدة وليست طرفا في النزاعات. إلا أن الإجراءات فيه تتسم بطول المدة، وزيادة في التكاليف التي تتغل الكاهل وتؤثر سلبا على الحقوق والحريات. ولتجنب هذه المظاهر والنتائج التي تترتب عنها ونظرا لخصوصية المنازعة الجبائية أوجدت تنظيمات وبدائل يمكن أن تساهم في حل النزاع قبل التوجه إلى القضاء، بإتاحة فرصة لاستمرار الحوار بين المكلف والإدارة الجبائية بما يوفر اقتصاد في الوقت والتكاليف، ويحافظ على علاقات طبيعية من غير تشنج أو تنافر. ويحفظ لكل طرف حقوقه. لذلك فإن إجراءات حل المنازعة الجبائية أن تتم بأحد الطريقتين:

1- الطريق الإداري (غير القضائي، الودي) الذي يتم من خلال:

* التظلم أمام الإدارة نفسها.

* لجان تنشأ لذات الغرض (لجان الطعن).

2- التنازع أمام القضاء.

ولأن الموضوع يتعلق بالبحث عن تسوية بين الإدارة التي تقوم بواجبها في تحصيل الجباية والمكلف الذي يشعر بأن الإدارة تعسفت في حقه. فيتم طرح الخصومة أمام لجان لحل النزاع. تنقسم هذه اللجان إلى ثلاثة أنواع هي:

* لجان الطعن للضرائب المباشرة والرسوم المماثلة والرسم على رقم الأعمال.

* لجان توفيق تتعلق بحقوق التسجيل (المادة 38 مكرر 2-أ من قانون الإجراءات الجبائية).

* لجان الطعن الولائي تختص بالنظر في طلبات المكلفين التماس الإعفاء أو التخفيف من الضريبة

لعوز أو ضيق حال (المادة 93 من قانون الإجراءات الجبائية).

والموضوع يتعلق بالنوع الأول من اللجان مما يقتضي استبعاد النوعين الآخرين وجعل البحث يقتصر على دراستها كآلية من حيث التعريف، والنشأة، والمراحل التي مرت بها، والتركيبية التي تتكون منها والصلاحيات

المخولة لها، ومدى الفعالية التي تتمتع بها. كل هذا بما يخدم مصلحة الإدارة بتحقيق المصلحة العامة، وكذلك مصلحة المكلف حماية للحقوق والحريات وتحقيقاً لمبدأ العدالة الجبائية والمساواة فيها بين المكلفين.

أولاً: التعريف: هذه الآلية في تسميتها تتكون من عبارة مركبة "لجان، الطعن" والتعريف بها يقتضي تناول تعريف كل لفظ بشكل منفرد لغة واصطلاحاً ثم المقصود بها مجتمعة.

1- لغة:

اللجان، جمع مفرد لها لجنة واللجنة. وتعني:

" الجماعة يجتمعون للنظر في أمر"ⁱⁱ

" مجموعة من الأشخاص يتم اختيارهم، أو يعينون لأداء مهمة معينة"ⁱⁱⁱ.

الطعن: وتأخذ معان عدة منها:ⁱⁱⁱ

- الضرب والوخز عندما يقترن بالرمح وأدوات الحرب.

- شاخ وهم إذا تعلق بالسن.

- قدح فيه وعابه إذا تعلق الأمر بالشخص.

لجان الطعن: وجمع كلمتي لجان (لجنة) والطعن معا يستخلص أنها تعني: " اجتماع مجموعة من الأشخاص للنظر في أمر لم يحصل فيه اتفاق كونه يشوبه عيب في نظر أحد الطرفين"^{iv}.

2- اصطلاحاً: في المجال الجبائي وردت فيها عدة تعاريف منها:

- أنها: " فكرة مبتدعة في إجراءات المنازعات الضريبية ... نوع من التعاون بين إدارة الضرائب والمكلف ... تقريب وجهات النظر... وحماية المكلفين عندما تتعسف الإدارة..."^v

- أنها: " محاولة وضع حد للنزاع الضريبي في بدايته دون وصوله للقضاء... " و " هي مجرد تنظيم إداري لمحاولة تقريب وجهات النظر (بين) الإدارة الجبائية والمكلف."^{vi}

- باعتبار لجان الطعن جزء من المنازعة الجبائية: " المنازعة الضريبية تتميز بإجراءات نوعية، يبدو أنها موجهة أساساً إلى تفادي كثرة النزاعات القضائية، وعلى رأس هذه الإجراءات النوعية التظلم المسبق، والتظلم أمام اللجان الإدارية المختصة."^{vii}

إن هذه التعاريف على تعددها اقتصر على جزء من جانب إجرائي دون تطرق إلى الجوانب الأساسية للموضوع من الإطار القانوني، والتركيبية التي تتكون منها، وسير عملها والقوة التنفيذية للآراء التي تقدمها. وهو ما يمكن تداركه ولو بصفة جزئية كونها وردت في أحكام قانون الإجراءات الجبائية، أي أنشئت بموجب القانون، تجمع في عضويتها ممثلين عن قطاعات متعددة عمومية وخاصة، للنظر في طلب تقدم به أحد المكلفين بالضرائب رفض طلبه (كلياً أو جزئياً) من قبل الإدارة الجبائية لتصحيح أخطاء أو الحصول على حق. وعليه فإنه يمكن حصر تعريف لجان الطعن بناء على أساس إحداثها، ومكوناتها، والهدف الذي تحققه فهي تعني:

" تنظيم مستحدث بموجب القانون يضم ممثلين عن قطاعات محددة، للنظر في طلبات المكلفين المتعلقة بمنازعاتهم ضد الإدارة الجبائية".

من التعريف تظهر المميزات التي تتميز بها لجان الطعن هذه كونها:

1-تنظيم حديث على مستوى الإدارة العامة، التي كانت تمثل أداة السلطة تصدر الأوامر التي يمثل لها الأشخاص، ولا تتحمل أي مسؤولية أصبحت بفعل التطورات الاجتماعية والفكرية والحضارية تتحمل المسؤولية التي تترتب عن أعمالها التي يقوم بها ممثلها وترتب أضرارا، أو تمس بحقوق (كأخذها من غير وجه حق، أو منعها من مستحقيها)، أو تحد من حريات وغيرها.

2-تجمع في عضويتها من قطاعات متعددة ومختلفة، أن هذه اللجان تتشكل من أعضاء ممثلين لقطاعات عامة متعددة ذات علاقة بالإدارة الجبائية لقطاعها معها في المهام والصلاحيات كمرفق العدالة والتجارة وغيرها من القطاعين العام والخاص ممن له علاقة. ما يجعلها ذات تمثيل عمومي ومهني واجتماعي ومنتخبين (في البداية).

3-مهمتها النظر في نزاع المكلفين بالضريبة والإدارة الجبائية بالتحقق من مدى تطبيق القانون بصفة صحيحة وسليمة وعدم تعسف الإدارة في حق المكلف. الأمر الذي اقتضى انخراطه في نزاع، خاصة بعد رد الإدارة سلبا على تظلمه. فيكون دور اللجنة دراسة التقييم الذي قامت به الإدارة حماية لحقوق المكلف باعتباره الطرف الضعيف مقارنة بما تملكه الإدارة من سلطة وقوة التنفيذ. ويجب أن يتسم عمل اللجنة بالجدية والموضوعية لأن الآراء التي تصدر عنها يجب أن تكون معللة. وأنها إما أن تحظى لدى الإدارة بالقبول ومنها الاستجابة، أو الرفض والرد على ذلك طبقا لما ينص عليه القانون.

4-أن هذه الآلية وجدت لصالح المكلف، والطلبات (الطعون) التي ترفع أمام الجان هي من تقديمه هو فقط حماية لحقوقه تتعلق بتصحيح الأخطاء، لأن الإدارة ليست في حاجة لذلك، وأن الطعن إنما ضد قراراتها.

ثانيا: إحداث لجان الطعن:

وجدت مع الإدارة الفرنسية الاستعمارية التي عممت تطبيق نظمها وقوانينها. واستمر العمل بها بموجب القانون رقم 157/62 المؤرخ في 1962 /12/31 الذي ينص على العمل بالقانون الساري المفعول (حينها كان القانون الفرنسي). وأول نص قانوني يتعلق بها كان بموجب الأمر 654/68 مؤرخ في 1968/12/30 المتضمن قانون المالية لسنة 1969 على النحو التالي:

المادة 23 مكرر: تضاف إلى المادة 337 -1 من قانون الضرائب المباشرة فقرة -1- أ محررة كما يلي: " غير أنه تحدث لجان للطعن يمكن للمشتكين أن يتوجهوا إليها للحصول إما على تصحيح الأخطاء التي قد ترتكب أثناء تأسيس أو حساب الضريبة، وإما الحصول على حق يحوله لهم القانون أو الأنظمة. ولا يمكن اللجوء إلى هذه اللجان بعد تقييد الدعوى لدى المحاكم القضائية.

وتنصب هذه اللجان في المستوى البلدي والعمالي^{viii} والجهوي والمركزي^{ix}.
 قد حدد هذا النص مستويات التنظيم الإداري التي تتواجد فيها والمهام المخولة لها. كما أحال ذات القانون
 تأليف اللجان وتنظيمها، واختصاصاتها، وكيفية تسييرها إلى التنظيم. حسب المادة 23 مكرر 2: " ستصدر
 فيما بعد قرارات من وزير الدولة المكلف بالمالية والتخطيط لتحديد تأليف وتنظيم واختصاصات وكيفيات تسيير
 اللجان المشار إليها في المادة 23 مكرر أعلاه.^x"
 لم يكتف بالإحالة على التنظيم فقط، بل حدد الجهة المعنية على سبيل الحصر ممثلة في وزير الدولة
 المكلف بالمالية.

تأخر صدور هذه القرارات ولم تصدر إلا بتاريخ 10/06/1969 تتعلق بلجان الطعن البلدية والولائية
 والمركزية دون الجهوية، وهي على النحو التالي:

- قرار مؤرخ في 06/01/1969 يتضمن تأليف لجنة مركزية للطعن وتنظيمها وصلاحياتها وكيفية سيرها.
 - قرار مؤرخ في 06/01/1969 يتضمن تأليف لجنة الطعن بالولاية وتنظيمها وصلاحياتها وكيفية سيرها.
 - قرار مؤرخ في 06/01/1969 يتضمن تأليف لجنة البلدية للطعن وتنظيمها وصلاحياتها وكيفية سيرها.
- ونشرت هذه القرارات في الجريدة الرسمية بتاريخ 06/01/1970^{xi}. أي بحوالي السنة بعد صدور الأمر. إلا
 أنه وفي آخر تعديل لسنة 2015 اعتمدت اللجان على المستوى المركزي، والجهوي، والولائي. حيث اعتمدت
 لجنة على المستوى الجهوي بينما لم يكن جار بها العمل، وإلغاء اللجنة على مستوى الدائرة التي حلت محل
 اللجنة على المستوى البلدي.

أعطى بعض الباحثين^{xii} لهذه اللجان تسمية "لجان الطعن الإدارية" ويستند إلى ذات الأمر 68/654 بينما
 النص يكتفي بتسمية "لجان للطعن". ولقد وردت عبارة " اللجان الإدارية " فقط في الأمر 93/70 المتضمن
 قانون المالية لسنة 1971 كعنوان للمادة 46 منه والتي ذكر فيها اللجنة البلدية للطعن ولجنة الولاية للطعن
 دون تسمية الإدارية، ودون إشارة إلى اللجنة المركزية.

ثالثا: التطور التاريخي للجان وتشكيلتها:

عرفت هذه اللجان منذ إحداثها تغيرات عديدة بشأن التركيبة التي تتكون منها، سواء ما تعلق برئاسة اللجنة
 على المستوى المحلي وكذا بالنسبة للعضوية. وفق المراحل التالية:

أ- القرارات المؤرخة في 06/10/1969 التي تتضمن إنشاء لجان الطعن وتنظيمها وصلاحياتها وكيفية
 سيرها، وهي على ثلاثة مستويات هي:

1- لجنة الطعن الخاصة بالضرائب على المستوى المركزي. توضع لدى وزارة الدولة المكلفة بالمالية
 والتخطيط. وتتألف من الأعضاء التاليين:

- وزير الدولة المكلف بالمالية والتخطيط أو ممثله رئيساً.
- وزير الداخلية أو ممثله.
- مسؤول من الإدارة المركزية للحزب.
- مدير الضرائب.
- مدير الميزانية والمراقبة.
- مدير الخزينة والقرض.
- ممثل عن وزارة الفلاحة.
- ممثل عن الغرف التجارية معين من قبل وزير التجارة كلما كان المعني بالطعن شخصاً... من القطاع الخاص.
- يمكن أن يشارك ممثلون عن أقسام وزارية أخرى بحكم القانون بمقرر من وزير الدولة المكلف بالمالية والتخطيط وباقتراح من الوزير المعني.

2- لجان الطعن الخاصة بالضرائب... لدى كل مجلس شعبي للولاية. تتألف من:

- رئيس المجلس الشعبي الولائي أو ممثله رئيساً.
- ممثل الحزب.
- الوالي أو ممثله.
- المدير الجهوي للضرائب المباشرة.
- المدير الجهوي للضرائب المختلفة.
- ممثل الغرفة التجارية الكائنة بالولاية وإن لم يوجد، ممثل للولاية التي تمتد صلاحياتها للولاية المذكورة.
- خمسة أعضاء مرسمين وخمسة أعضاء نواب^{xiii} يعيّنهم رئيس المجلس الشعبي للولاية من بين أعضاء المجلس الذين لهم دراية كافية للقيام بالأعمال المسندة للجنة.

3- لجنة الطعن الخاصة بالضرائب... على مستوى البلديات وتتألف من الأعضاء التاليين:

- رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله رئيساً.
- ممثل الحزب.
- موظف من مصلحة الضرائب معين من قبل المدير الجهوي للضرائب المباشرة يقوم بمهام كاتب.
- خمسة أعضاء مرسمين وخمسة أعضاء نواب يختارهم رئيس المجلس الشعبي البلدي من بين المكلفين بدفع الضرائب الموجودين ضمن حدود البلدية والذين لهم دراية كافية لقيامهم بالأعمال المسندة للجنة.
- يتبين من تركيبة هذه اللجان خاصة المحلية منها أنها تجمع ممثلين لهيئات متعددة من منتخبة وإدارية ونقابية وسياسية. ما يجعل آرائها تتأثر تبعاً لمكوناتها.

وجدت هذه اللجان في فترة يسودها النظام الاشتراكي وسيطرة الدولة على كل القطاعات بما فيها وحدة التنظيم الحزبي. ونظرا للعلاقة العضوية بين مختلف الهياكل في الدولة. وسعي الدولة لربح - كما كان يروج - معركة الاختيار (النظام الاشتراكي) الذي لا رجعة فيه. حيث لم تول كبير اهتمام لمتابعة المكلفين بالضريبة. إضافة الى التسهيلات الممنوحة للمؤسسات الاقتصادية (العامة) من إعفاءات ومساعدات تمنح لها. ما يجعل تخفيف إجراءات المتابعة الجبائية أولى. أما الميزانية العامة فكانت تعتمد على عائدات المحروقات بشكل رئيسي، وأما الإيرادات الجبائية فكانت ثانوية.

الى جانب انحصار القطاع الخاص بسبب طبيعة النظام الاقتصادي القائم على ملكية الدولة لوسائل الإنتاج.

ب- قانون المالية لسنة 1971 ^{تضمن} في المادة 46 منه توضيحا في التسمية بإضافة كلمة طعن الى اللجان البلدية والولاية المذكورتين في المادتين 304 و 305 من قانون الضرائب المباشرة.

ج- الأمر رقم: 101/76 المؤرخ في 1976/12/09 يتضمن قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة. ^{xiv} حيث أجريت بعض التعديل في المواد 359 و 360 و 361 تتعلق ب:

- التركيبة التي تتكون منها اللجنة تماشيا مع التنظيم الإداري لوزارة المالية بعد الفصل بينها وبين مهمة التخطيط التي أصبحت وزارة مستقلة. إعادة تنظيم المصالح الخارجية لوزارة المالية التي يمثلها نائب مدير الضرائب، ويتولى أمانة لجنة الولاية للطعن مفتش الضرائب المباشرة يعينه نائب مدير الضرائب.

- إمكانية الطعن في آراء اللجنة البلدية للطعن أمام لجنة الولاية للطعن. وكذلك الطعن في آراء لجنة الولاية للطعن أمام اللجنة المركزية للطعن.

ما يلاحظ على هذا التعديل أنه:

* جرى لإحداث تطابق بين النصوص المتعلقة بالضرائب والتنظيم الإداري لوزارة المالية.

* الطعن في آراء اللجنة البلدية أمام لجنة الولاية، والطعن في آراء هذه الأخيرة أمام اللجنة المركزية.

* جمعت بين النظر في الطعون التي يتقدم بها المكلفون لتصحيح الأخطاء، أو الاستفادة من حق مستحق وتعرف بالطعن النزاعي وبين طلبات إعفاء أو تخفيض الضريبة بسبب عوز أو ضيق حال تجعل المكلف عاجزا عن تسوية المستحقات الجبائية وإبراء ذمته أي الطعن الولائي.

د- القانون رقم: 36/90 مؤرخ في 1990/12/31 ^{xv} يتضمن قانون المالية لسنة 1991.

من بين المواد التي جرى تعديلها تلك التي تتعلق بتركيبة لجان الطعن، وتتكون على النحو التالي:

1- لجنة الطعن لدى المجلس الشعبي البلدي^{xvi} وتتكون من:

- قاض يعينه رئيس المحكمة المختصة إقليميا رئيسا.
- خمسة أعضاء مرسمين وخمسة أعضاء إضافيين يختارهم رئيس المجلس الشعبي البلدي من بين المكلفين بالضرائب على مستوى البلدية تكون لديهم معرفة ودراية كافية بالمهمة.
- كاتب اللجنة موظف من الضرائب المباشرة برتبة مراقب على الأقل يعينه المفتش القسمي للضرائب.

2- لجنة الطعن لدى المجلس الشعبي الولائي^{xvii} تتكون من:

- قاض يعينه رئيس المجلس المختصة إقليميا رئيسا.
- ممثل عن الوالي.
- المفتش القسمي للضرائب.
- ممثل عن الغرفة التجارية الولائية أو عن التي يمتد اختصاصها للولاية.
- خمسة أعضاء مرسمين وخمسة أعضاء إضافيين تعيينهم الجمعيات أو الاتحادات المهنية. وفي حالة عدم وجودهم يختارهم رئيس المجلس الشعبي الولائي من بين أعضاء المجلس من ذوي المعرفة الكافية في المجال.

3- اللجنة المركزية للطعن لدى الوزارة المكلفة بالمالية^{xviii}، تتكون من:

- الوزير المكلف بالمالية وممثله المفوض قانونا رئيسا.
 - ممثل عن وزارة العدل، برتبة مدير على الأقل.
 - ممثل عن وزارة التجهيز برتبة مدير على الأقل.
 - ممثل عن الوزارة المكلفة بالتجارة برتبة مدير على الأقل.
 - المدير العام للميزانية أو ممثل عنه برتبة مدير على الأقل.
 - المدير المركزي للخزينة أو ممثله عنه برتبة مدير على الأقل.
 - ممثل عن الغرفة التجارية للولاية المعنية، وإن تعذر ممثل عن الغرفة الوطنية للتجارة.
 - ممثل عن الاتحاد المهني المعني.
 - نائب مدير المنازعات الإدارية والقضائية بالمديرية العامة للضرائب مقررا.
- ما يمكن إبداءه من ملاحظات بشأن هذا التعديل من عدة جوانب هي:
- من حيث اللغة، ما تزال الأخطاء ترد في اللغة التي تكتب بها أحكام مواد القانون مثل "الأعضاء المرسمين"، سبقت الإشارة إلى ذلك في هذا المقال. لأن الأعضاء بين دائمين واحتياطيين (رسميين وإضافيين). أما مرسمين فلا محل لوجودها. "الغرفة التجارية" ويقصد بها "غرفة التجارة" وهي تنظيم مهني.
 - " الوزير المكلف بالمالية وممثله..." فالتمثيل حسب اللغة التي كتبت بها العبارة تكون بشخصين طبقا لـ

العطف. والمقصود إما الوزير أو ممثله وبذلك يصلح التعبير وتسلم العبارة. بينما النص باللغة الأجنبية خال من تلك الأخطاء.

- من حيث الموضوع تعلق التعديل بمسائل جوهرية مثل استبعاد ممثل الحزب من عضوية اللجان وذلك بعد اعتماد التعددية السياسية، حيث لم يبق مبرر لتمثيل الحزب. وأسندت رئاسة لجان الطعن على المستوى المحلي لقضاة بدل المنتخبين ولذلك دلالاته في مبادئ الديمقراطية. كما سحبت مهمة تعيين الأعضاء الرسميين والاحتياطيين للجنة الطعن لدى المجلس الشعبي الولائي من المنتخبين وأسندت الى الجمعيات والاتحادات المهنية، واستثناءا يختارون من بين أعضاء المجلس الشعبي الولائي. أما للجنة الطعن لدى المجلس الشعبي البلدي فيجب اختيارهم من بين المكلفين بالضرائب. توسيع مهام اللجنة المركزية للطعن لتشمل الرسوم المماثلة (المادة 31).

الفصل في الصلاحيات بإحالة الطلبات المتعلقة بالتخفيض بسبب فقر أو ضيق (الطعن الولائي) وإسنادها الى لجان أخرى يحدد تشكيلها وسيرها بموجب قرارات يصدرها الوزير المكلف بالمالية^{xix}. جرت هذه التعديلات دون تبرير أو بيان أسبابه. وكل ما يمكن الإشارة إليه أنه حدث بعد الانتقال من الأحادية السياسية إلى التعددية وظهور تشكيلات سياسية قد لا تتوافق والنظام القائم. وأنها تتمسك بالصلاحيات المخولة لها دون تنازل. وتتعدد معها ووجهات النظر في معالجة القضايا.

هـ- القانون رقم: 25/91 المتعلق بقانون المالية لسنة 1992^{xx}

تضمن هذا القانون تعديلا في المواد المتعلقة بلجان الطعن. وردت على الشكل التالي:

- المادة 49: تشترط مطابقة قرارات التخفيض أو الرفض لرأي لجنة الطعن البلدية.
 - المادة 50: تتعلق بتسمية ممثل الإدارة الجبائية لدى لجنة الطعن الولائية.
 - المادة 51: ترتبط بعضوية المدير المركزي للخزينة في اللجنة المركزية للطعن بدل مديرها العام، وإضافة ممثل الغرفة الفلاحية للولاية المعنية أو ممثل عن الغرفة الوطنية.
- إن هذه التعديلات بسيطة، ولم يكن لها أثر على تركيبة الجان. تصحيح بعض الأخطاء التي وردت في القانون 36/90 في تسمية الأعضاء الأساسيين بدل المرسمين. ورئاسة اللجنة من قبل وزير المالية أو ممثله بدل ومثله.

و- المرسوم التشريعي رقم 18/93 في 12/29 /1993^{xxi}. يتضمن قانون المالية لسنة 1994^{xxii}.

- أوجد هذا النص لجنة جديدة للطعن على مستوى الدائرة بموجب المادة 29 منه، التي تعدل المادة 300-1 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة وتتكون من:
- رئيس الدائرة رئيسا.

- عضوين (02) دائمين وعضوين (02) إضافيين في كل بلدية ...

- يتولى مهام كاتب اللجنة موظف في الضرائب برتبة مراقب على الأقل يعينه مدير الضرائب...".
ما يلاحظ على هذا التعديل:
- 1- إحداث لجنة طعن على مستوى الدائرة. وإلغاء لجان الطعن البلدية في موضع آخر بذات النص^{xxiii}.
 - 2- لعل الأمر كان اضطرارياً، بسبب الأزمة السياسية وحل المجالس الشعبية المحلية، وإسناد مهمة تسيير البلديات إلى المندوبيات التنفيذية التي تتكون من عدد قليل من الأعضاء.
 - 3- أن جهاز القضاء الذي كان يتولى رئاسة اللجنة البلدية للطعن ليس ذلك من مهامه الدستورية، وأن القضاة غير متخصصين ولا يمكنهم اللجوء إلى الخبرة كما هو الشأن في النزاعات القضائية. وأنها أعمال بدون مقابل.
 - 4- غياب ممثل الإدارة الجبائية من العضوية.
 - 5- الأخطاء اللغوية مثل "عضوين... في كل بلدية" والصحيح "عضوين... عن كل بلدية أو من كل...".

ز- الأمر 03/94 في 31/12/1994^{xxiv} يتضمن قانون المالية لسنة 1995.

ورد في المادة 22 منه تعديل المادة 300-1 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة يتعلق بأعضائها حيث تتكون من:

- رئيس الدائرة رئيساً.
 - رئيس البلدية مقر ممارسة نشاط المكلفين بالضريبة.
 - رئيس المفتشية المختصة إقليمياً (الإدارة الجبائية).
 - عضوين (02) دائمين وعضوين (02) إضافيين.
 - كاتب اللجنة موظف من الضرائب المباشرة يتمتع على الأقل برتبة مراقب يعينه مدير الضرائب.
- ما يلاحظ على هذا التعديل:

- نص على إحداث لجنة للطعن بينما اللجنة موجودة وسبق إحداثها والأمر يتعلق بتعديل في عضويتها.

- تدارك النقص في الأعضاء بإضافة ممثل الإدارة الجبائية، وممثل البلدية مقر ممارسة النشاط، الذي هو مزدوج الصفة منتخب من جهة ويتولى تسيير مرفق يستفيد بنسبة مئوية من الإيرادات الجبائية موضوع الطعن.

- مدى قدرة الأعضاء للنظر في مسائل مالية جبائية لعدم تخصصهم. ما يجعل النقاش يتمحور حول حق الخزينة العامة والجوانب الاجتماعية. ما يؤدي بالإدارة الجبائية إلى عدم الالتزام بالأراء التي تصدر عنها.

ح: تعديلات أخرى: مثل التي وردت بموجب:

1- القانون رقم 95/27^{xxv} يتضمن قانون المالية لسنة 1996 تضمن دعوة المكلفين لسماع أقوالهم.

- 2 - الأمر رقم 31/96^{xxvi} في 30/12/1996 يتضمن قانون المالية لسنة 1996. حيث أحدث بموجب المواد 29 و30 و31 منه تعديلات تخص:
- * لجنة الطعن للدائرة يرأسها رئيس الدائرة أو الأمين العام.
 - * أعطي المدير الولائي للضرائب صلاحية تأجيل تنفيذ رأي لجان الطعن إذا كان يخالف صراحة حكما من أحكام قانون الجبائية، شريطة إبلاغ المعني بالأمر. والطعن أمام:
 - اللجنة الولائية للطعن بالنسبة لآراء لجنة الدائرة للطعن.
 - المحكمة الإدارية (ورد الغرفة الإدارية لمجلس القضاء)^{xxvii}. بالنسبة لآراء اللجنتين الولائية والمركزية.
- 3 - القانون رقم 02/97^{xxviii} في 31/12/1997 يتضمن قانون المالية لسنة 1998. المادة 17 و18 و19 تتعلق بتنظيم لجنة الدائرة للطعن بمحافظة الجزائر الكبرى حيث يتولى رئاستها الوالي المنتدب. والطعون التي ترفع أمام لجنة الدائرة تبعا للمبلغ حيث لا يتجاوز 200000 دج. واللجنة المركزية عندما يتجاوز 400000 دج. أما اللجنة الولائية إبقائها برئاسة قاض.
- 4- القانون رقم 22/03^{xxix} في 28/12/2003 يتضمن قانون المالية لسنة 2004. بموجب المواد 05 و06 و07 تم رفع مبلغ أفساط الضرائب. حيث تختص لجنة الطعن للدائرة بإبداء الرأي في الأقساط التي تقل أو تعادل 500.000 دج. بينما اللجنة الولائية في أفساط الضرائب التي تزيد عن 500.000 دج وتقل عن 2.000.000 دج. وما تجاوز ذلك يعرض أمام اللجنة المركزية للطعن.
- 5- القانون رقم 21/04^{xxx} في 29/12/2004 يتضمن قانون المالية لسنة 2005. بموجب المادة 15 منه يعدل اختصاص اللجنة المركزية أن يكون في القضايا التي يفوق مبلغها الإجمالي عشرة مليون دج (10.000.000). ما يعني ضمنا أن التعديل لم يمس لجنة الطعن لدى الدائرة بينما اللجنة الولائية يرتفع المبلغ الإجمالي الى أقل من عشرة ملايين دج.
- 6- القانون 24/06^{xxxi} في 26/12/2006 يتعلق بقانون المالية لسنة 2007. تضمن مجموعة من الأحكام ذات علاقة بلجان الطعن مثل ما ورد في:
- أ- المادة 23 بإلغاء أحكام المواد 300 و301 و302 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة بعد إصدار قانون الإجراءات الجبائية ونقل الأحكام الواردة فيها إليه.
 - ب- المادة 49 بتعديل المادتين 80 و81 من قانون الإجراءات الجبائية والنص على:
 - حق المكلف اللجوء إلى لجان الطعن عند رفض الإدارة لتظلمه، مع ملاحظة أن الطعن لا يعلق الدفع، ولا يمكن الطعن بعد رفع الدعوى القضائية.
 - يرسل الطعن من المكلف الى رئيس اللجنة.

- تأكيد أن اللجنة تبدي رأياً^{xxxii} بشكل صريح.
- الآجال أن يكون ذلك في غضون أربعة (04) أشهر. وعدم التعبير صراحة يعد ردا سلبيا ضمنيا.
- تعليل آرائها مع التحديد الدقيق لمبلغ التخفيض عند القبول الكلي أو الجزئي.
- تبليغ الشاكي (الطاعن) بكل ذلك.
- إذا تبين للإدارة عدم تأسيس رأي اللجنة يمكنها تعليق تنفيذه وتبليغ الشاكي، ورفع دعوى (طعن) بذلك أمام المحكمة الإدارية.

7-القانون 10/14^{xxxiii} في 30/12/2014 يتضمن قانون المالية لسنة 2015. ورد في مادته 49 تعديلات بشأن مبالغ العمليات التي تعرض على اللجنة الولائية التي يفوق مجموع مبالغها مليونين (2.000.000) دج وتقل عن سبعين مليون (70.000.000) دج. بينما تختص اللجنة المركزية في العمليات التي يفوق مجموع مبالغها سبعون مليون (70.000.000) دج.

8-القانون 18/15^{xxxiv} في 30/12/2015 يتضمن قانون المالية لسنة 2016 حيث ورد بموجب نص المادة 27 منه تعديل جوهري لهذه اللجان من حيث مستوى تواجدها والعضوية فيها وسير أعمالها. على أن يبدأ العمل به ابتداء من سنة 2017 تتواجد على ثلاثة مستويات تبعا لتنظيم مصالح وزارة المالية حسب الشكل التالي:

- أ-لجنة الطعن لدى كل ولاية. وتتكون من:
 - محافظ حسابات رئيسا.
 - عضو (1) من المجلس الشعبي الولائي.
 - ممثل (1) عن المديرية الولائية المكلفة بالتجارة برتبة نائب مدير.
 - ممثل (1) عن المديرية الولائية المكلفة بالصناعة برتبة نائب مدير.
 - ممثل (1) عن مصف الخبراء المحاسبين ومحافظي الحسابات والمحاسبين المعتمدين.
 - ممثل (1) عن الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة الكائن مقرها بالولاية.
 - ممثل (1) عن الغرفة الجزائرية للفلاحة الكائن مقرها بالولاية.
 - المدير الولائي للضرائب أو رئيس مركز الضرائب أو رئيس المركز الجوارى للضرائب أو ممثليهم الذين لهم على التوالي رتبة نائب مدير أو رئيس مصلحة رئيسية.
 - عند الحاجة خبير موظف بصوت استشاري.
- ب-لجنة الطعن لدى كل مديرية جهوية للضرائب وتتكون من:
 - محافظ حسابات رئيسا.
 - المدير الجهوي للضرائب أو ممثله برتبة نائب مدير.

- ممثل (1) عن المديرية الجهوية للخزينة برتبة نائب مدير.
- ممثل (1) عن المديرية المكلفة بالصناعة في الولاية. برتبة نائب مدير.
- ممثل (1) عن الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة.
- ممثل (1) عن الغرفة الجزائرية للفلاحة مقر الولاية.
- ممثل (1) عن مصف الخبراء المحاسبين ومحافظي الحسابات والمحاسبين المعتمدين.
- يمكن اللجنة عند الحاجة تعيين خبير موظف بصفة استشاري.

ج-اللجنة المركزية للطعن لدى وزارة المالية.

تتكون من:

- الوزير المكلف بالمالية أو ممثله المفوض قانونا رئيسا.
- ممثل (1) عن وزارة العدل على الأقل رتبة مدير.
- ممثل (1) عن وزارة التجارة على الأقل رتبة مدير.
- ممثل (1) عن وزارة الصناعة والمؤسسات الصغيرة والمتوسطة على الأقل رتبة مدير.
- ممثل (1) عن المجلس الوطني للمحاسبة على الأقل رتبة مدير.
- ممثل (1) عن الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة.
- ممثل عن الغرفة الوطنية للفلاحة.
- مدير كبريات المؤسسات.
- عبد الحاجة يمكن تعيين خبير موظف بصفة استشاري.
- المدير الفرعي المكلف بلجان الطعن بالمديرية العامة للضرائب مقررا.
- أمانة اللجنة من مصالح المديرية العامة للضرائب يعين المدير العام أعضائها.

رابعا: اختصاصات لجان الطعن.

الاختصاص لغة: من اختص يختص اختصاص، جمعها اختصاصات. تعني: الانصراف، والتفرغ، والتركيز، والتكليف، والصلاحيّة. وهي بعض المعاني التي تعتمد اصطلاحا. فيكون الاختصاص بمعنى انصراف جهود، والتفرغ لموضوع، والتركيز على قضية، والتكليف بمسألة. يصلح التعبير بهذه الألفاظ لبيان المجالات التي تتدخل فيها هذه اللجان بإبداء رأي في نزاع قائم بين طرفين مختلفين من حيث الطبيعة، والمصلحة، والهدف، وغير متكافئين في المراكز القانونية. بما يجعلها حكما تتصف بالحيادية. ويمكن تصنيفها الى نوعين:

1-حسب المادة (النوع): حددت مجالات تدخل هذه اللجان تحديدا حصريا بموجب النص المنشئ لها^{xxxv} في المادة 23 مكرر منه التي تعدل المادة 337-1 من قانون الضرائب المباشرة فقرة 1-أ: "... تصحيح

الأخطاء التي قد ترتكب أثناء تأسيس أو حساب الضريبة، وإما الحصول على حق يخوله لهم القانون أو الأنظمة".

فالنص يدل صراحة على أن الاختصاص ينحصر في موضوع الوعاء من تأسيس أو حساب الضريبة، أو **حق يخوله القانون أو الأنظمة**. وهو ما يعني استبعاد من اختصاص اللجان الطعون المتعلقة بالطابع والتسجيل بالإضافة إلى النزاع في مجال التحصيل.

ولعل الإشكال الذي يمكن طرحه هو:

هل الطعن في الضريبة عامة (مباشرة وغير مباشرة ورسوم) أم لنوع واحد فقط؟

بالرجوع إلى النصوص القانونية فإنها كما يلي:

- نص المادة 23 مكرر من الأمر 654/68 لم يحدد ذلك صراحة، لكن ما يستشف منه أن التعديل ورد على المادة 337-1 من قانون الضرائب المباشرة ما يجعل الطعن يقتصر عليه.

- النصوص التنظيمية المحال إليها تنظيم اللجان نصت صراحة في المادة الثالثة الفقرة الثانية (2/3) من القرارات الثلاثة على الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة.^{xxxvi}

- توسع اختصاص هذه اللجان بموجب القانون 02/97 المتضمن قانون المالية لسنة 1998 في المواد 17 و 18 و 19 منه لتشمل طلبات المكلفين المتعلقة بالضرائب المباشرة والرسوم المماثلة والرسم على القيمة المضافة. تم التأكيد عليه بموجب القانون 24/06 المتضمن قانون المالية لسنة 2007 بعدما أدرجت الآلية ضمن قانون الإجراءات الجبائية.

- جرى تقليص اختصاص اللجان بموجب القانون 21/08^{xxxvii} المتضمن قانون المالية لسنة 2009 ليشمل فقط الضرائب المباشرة والرسم على القيمة المضافة.

- وبموجب القانون 18/15 المتضمن قانون المالية لسنة 2016 أصبحت مهام اللجنة تشمل إبداء الرأي حول طلبات المكلفين بالضريبة المتعلقة بالضرائب المباشرة والرسوم المماثلة والرسم على رقم الأعمال.^{xxxviii} وبالتالي فإن دور هذه اللجان هو إبداء الرأي حول طلبات المكلفين المتعلقة بالضرائب المباشرة والرسوم المماثلة والرسوم على رقم الأعمال الذين يدعون حدوث أخطاء ارتكبتها الإدارة الجبائية تتعلق بتحديد الوعاء، أو في حساب الضريبة، أو للاستفادة من حق يضمه حكم تشريعي أو تنظيمي، كتلك التي تمنح لتشجيع التشغيل بتوفير مناصب العمل، والاستثمار، والتصدير... الخ.

ويخرج من اختصاص هذه اللجان المنازعات المتعلقة بالتسجيل (لها لجان تختص بها) والطابع وغيرها.

2- مستوى اللجنة: توجد ثلاثة لجان كل منها في مستوى معين من مستويات التنظيم الإداري.^{xxxix} واعتمد

المعيار المالي لتحديد اختصاص كل منها. فحسب أول نص (قرارات 1970) نظمت كما يلي:

- لجنة الطعن لدى المجلس الشعبي البلدي: أقل أو يساوي 5.000 دج.

- لجنة الطعن لدى المجلس الشعبي الولائي: يزيد عن 5.000 دج وأقل أو يساوي 50.000 دج.
- اللجنة المركزية للطعن: يزيد عن 50.000 دج.
- ورفعت المبالغ في كل مستوى مع كل تعديل، وهي حاليا (سنة 2017) كما يلي:
- لجنة الطعن لدى المديرية الولائية للضرائب: أقل أو يساوي عشرون مليون دج.
- لجنة الطعن لدى المديرية الجهوية للضرائب: يفوق عشرون مليون دج ويقل أو يساوي سبعون مليون دج.
- اللجنة المركزية للطعن: يفوق سبعون مليون دج.

ملاحظة: هناك بعض الملاحظات يجب الإشارة إليها لأهميتها وهي كما يلي:

- 1- عرفت هذه اللجان عند إحداثها تأخرا، حيث أعلن عن إنشائها سنة 1968 بموجب قانون المالية لسنة 1969 ولم تصدر القرارات التي تنظمها إلا سنة 1970، كما جرى تعديل سنة 2015 على أن يسري ابتداء من 2017.
- 2- الأخطاء الواردة في صياغة النص باللغة العربية مثل:
 - تصحيح الأخطاء. ولعل المراد هو تصحيح الأخطاء.
 - ذكرت بصيغة "يمكن" التي تفيد الاختيار، بينما الأمر يتعلق بحقوق المكلفين ومصالحهم، ناهيك عن التزامات الأعضاء والتعويضات التي يتقاضونها.
- 3- أن الأمر 101/76 المتضمن قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة يؤهل هذه اللجان (البلدية للطعن، والولائية، والمركزية) لإبداء رأيها أيضا في طلبات الحصول من السلطات الإدارية على تخفيض أو تخفيف في الضرائب المؤسسة بصفة قانونية وبموجب الفقرات الأخيرة لذات المواد (359-1 و360 و361).
- وهو جمع لمهام لجان الطعن في الضرائب المباشرة ولجان الطعن الولائي التي توجه إليها الطلبات بسبب عوز أو فقر. بينما الطبيعة والتركيبية العضوية وموضوع النزاع مختلف بين النوعين من اللجان. وهو ما تم تداركه لاحقا والفصل بين مهام كل نوع منهما.
- 4- تداخل بين مهام هذه اللجان وبين أحكام المادة 404 من الأمر 101/76 المتعلقة بالطلبات الموجهة للإدارة الجبائية بصفتها الولائية طلبا لإعفاء أو تخفيض أو اعتبار الحصص الضريبية عديمة القيمة.

خامسا: شروط العضوية والتزامات الأعضاء:

- 1- شروط العضوية: منذ اعتماد هذه اللجان وخلال المراحل التي مرت بها جمعت في عضويتها عدة أصناف من: ممثلين للجهة التي تتواجد على مستواها كل لجنة، والقطاعات الإدارية الممثلة والجمعيات والقطاعات المهنية أو منتخبين محليين، وممثلين للتنظيم السياسي (فترة الأحادية السياسية)، والقضاة.

اشترط في البداية بعض الشروط البديهية في حق المنتخبين من الجنسية الجزائرية، والسن لا يقل عن 25 سنة، والتمتع بالحقوق المدنية، وتوفر المعارف (الدراية والمعلومات الكافية) في الميدان. أما آخر تعديل وبعد حصر العضوية في القطاعات الإدارية والاتحادات المهنية فإن الشرط يخص المركز القانوني لرئيس اللجنة من وزير المالية أو ممثله المفوض في اللجنة المركزية، ومحافظ الحسابات في اللجان الولائية، وخبير محاسب في اللجان الجهوية، أما الممثل برتبة مدير على الأقل في اللجنة المركزية ونائب مدير في الجهوية والولائية.

2-التزامات الأعضاء: لم يتضمن النص صراحة أي نوع من الالتزامات الا ما تعلق بالسر المهني. ويمكن استنتاج من مقتضيات النص ما يعد التزاما وتجمل كما يلي:

أ-السر المهني: هو كل المعلومات التي أمكن الاطلاع عليها من خلال الوظيفة أو المهمة، بما في ذلك ما يدور أثناء الاجتماعات من تأييد ورفض وغيرها، حيث يجب إبقائها طي الكتمان وعدم الإفشاء بها سواء لطبيعة تلك المعلومات، أو بموجب التعليمات التي تفرض الكتمان. لأن الإفصاح عنها من شأنه أن يمس بالمصلحة أو يوقع الضرر. لذلك يعد السر المهني أهم بند يلتزم به الأعضاء. وتترتب عن مخالفته المتابعة الجزائية.

ب-حضور الاجتماعات بصفة منتظمة وعدم الغياب إلا ما كان مبرر لضرورة أو قوة القاهرة.

ج-الجدية والفعالية للمساهمة في الأشغال بالاطلاع على الملفات المدرجة في كل دورة وتبين الطلبات.

د-الموضوعية بتوخي الدقة وعدم الانحياز للمكلف أو لمواقف الإدارة إلا ما ثبت بالدليل القانوني.

هـ-استنفاذ العهدة لغير ممثلي الإدارة المحددة قانونا بثلاث سنوات قابلة للتجديد.

3-التزامات الإدارة: لا يمكن تحقيق عمل متقن ومتكامل دون مساهمة الجهاز الإداري من ضمنها:

أ-توفير الظروف المناسبة من مقرات وهياكل إدارية ووسائل مادية وبشرية، وإيصال دعوات الاجتماعات وجدول الأعمال بالملفات. دعوة المكلفين بالضرية. ودعوة الخبراء (الموظفين) عند تعيينهم.

ب-تسديد التعويضات المالية المستحقة للأعضاء.

سادسا: تقديم الطعن: يمكن لكل مكلف بالضرية لم يرض بقرار الإدارة في حق شكواه اللجوء إلى لجنة الطعن المختصة حسب الحالة وفقا للشروط التالية¹:

- التظلم، أن يكون المكلف سبق وأن تقدم بتظلم لدى الإدارة الجبائية المعنية.

- الأجل، أن يقدم الطعن في أجل أربعة(04) أشهر من استلام قرار الإدارة.

- الطعن معفى من كل تبعات جبائية من رسم أو طابع أو حقوق تسجيل.

- يوجه الطعن من المكلف بالضرية (يتضمن البيانات من اسم وعنوان...) إلى رئيس لجنة الطعن.

- أن يكون الطعن فرديا، إلا شركة الأشخاص يمكن الطعن الجماعي على الضرية المفروضة عليها.

- أن يكون منفردا عند تعدد المحلات.
- أن يتضمن الطعن وجوبا البيانات التالية:
- * ذكر الضريبة المطعون فيها.
- * بيان رقم المادة من الجدول أو إرفاق نسخة من الإنذار. أما الحالات التي لا تخضع للجدول إرفاق وثيقة تثبت مبلغ الاقتطاع أو الدفع.
- * عرض ملخص للوسائل والاستنتاجات كأن يبين مواطن الخطأ والاستدلال والإثباتات عنها.
- * التوقيع بخط اليد.
- أن يباشر المكلف الإجراءات أمام لجنة الطعن بصفة شخصية، ولا يقبل التمثيل إلا بوكالة قانونية محررة في مطبوعة تسلمها الإدارة الجبائية مدموعة ومسجلة. معفاة من حقوق الطابع. في هذه الحالة يتعين على كل حائز على وكالة لحساب الغير التصديق على توقيعه لدى المصالح البلدية المؤهلة قانونا. يعفى من هذا الإجراء - تقديم الوكالة-المحامون المسجلون لدى نقابة المحامين وأجراء المؤسسة المعنية (كونهم عمال فيها).
- أن يكون لكل صاحب طعن مقيم في الخارج موطنا في الجزائر.
- الاستجابة لاستدعاء الإدارة- أمانة اللجنة^{xii}- التي تستدعي المكلف في حالة وجود نقص في الملف لتكتمته. وعدم استجابته يؤدي إلى رفض الملف وعدم قبوله.

سابعا: سير عمل اللجان: تبعا لآخر تعديل فإنها:

- تجتمع هذه اللجان بصفة دورية، مرتين في الشهر بناء على استدعاء من رئيسها عشرون(20) يوما قبل موعد الاجتماع. يفهم من ظاهر النص أن الاستدعاء للدورة الشهرية الثانية يرسل قبل انعقاد الدورة الأولى احتراما لآجال مدة العشرون يوما.
- يتولى مهام أمانة اللجنة ومقررها أعوان من الإدارة الجبائية للقيام بالمهام الإدارية من كتابة الاستدعاءات وإرسالها واستلام الطعون وتقديم تقارير عنها وتدوين محاضر الاجتماعات... الخ. طبقا للتنظيم التالي^{xiii}:
- * اللجنة الولائية: يجمع بين مهمة كاتب اللجنة ومقررها موظف لا تقل رتبته عن مفتش مركزي للضرائب، يعينه المدير الولائي للضرائب بموجب مقرر.
- * اللجنة الجهوية: يجمع بين مهمة كاتب اللجنة ومقررها موظف لا تقل رتبته عن مفتش مركزي للضرائب، يعينه المدير الجهوي للضرائب بموجب مقرر.
- * اللجنة المركزية: يتولى الأمانة فيها مكتب يسمى مكتب أمانة اللجنة المركزية للطعون ضمن المديرية الفرعية للجان الطعن بمديرية المنازعات حسب التنظيم الإداري للمديرية العامة للضرائب. أما مهمة المقرر يتولاها المدير الفرعي المكلف بلجان الطعن.

- تكون الاجتماعات قانونية بحضور أغلبية الأعضاء. ولأن كل لجنة تتكون من ثمانية (08) أعضاء فإن النصاب يكتمل بما يتجاوز النصف أي بحضور خمسة (05) أعضاء. غير أن المشرع لم يحدد الإجراء الواجب اتخاذه في حالة عدم حضور النصاب. لا شك أن الأمر يقتضي تجديد الدعوة للاجتماع. كما أنه لم يحدد الكيفية التي يطلع بها الأعضاء على الطعون، والمدة الممنوحة لهم لدراسة تلك الملفات^{xliii}.

- يستدعى المكلفون الذين برمجت ملفاتهم أو ممثلوهم عشرون يوماً (20) قبل موعد الاجتماع لسماع أقوالهم^{xliiv}.

- القضايا موضوع الطعن يجب أن يكون صدر في حقها قرار من الإدارة الجبائية حسب الاختصاص (مدير كبريات المؤسسات، المدير الولائي للضرائب، رئيس مركز الضرائب، رئيس المركز الجوارى للضرائب).

- إذا احتاجت اللجنة إلى طرح أسئلة، أو طلب توضيحات يمكنها تعيين خبير موظف لاستجلاء الأمر. من جهة الإجراء مهم ومفيد قد يحسم به الخلاف، لكنه من جهة أخرى لم تحدد كيفية وإجراءات هذا التعيين، إضافة إلى تقييد التعيين بالموظفين في الإدارة الجبائية ما يعد تأثيراً من الإدارة ولو نسبياً على رأي اللجنة.

- يتخذ الرأي بأغلبية الأعضاء الحاضرين، وعند تساوي الأصوات يعد صوت الرئيس مرجحاً.

- إذا قبل طعن المكلف كلياً أو جزئياً فإنه وطبقاً للمادة 81/3 تحدد مبالغ التخفيض أو الإعفاء.

- تبلغ آراء اللجنة إلى المدير الولائي للضرائب أو مدير كبريات المؤسسات. وهذه الجزئية لم تسلم كذلك من الخلط حيث ورد في المادة 81 فقرة 3 "تبلغ... إثر انتهاء اجتماع اللجنة من طرف الرئيس". يعني الرئيس هو من يتولى التبليغ. بينما المادة 81 مكرر في فقراتها الثلاث تنص على: "...تبلغ هذه الآراء التي يمضيها الرئيس بواسطة الكاتب حسب الحالة..."

رغم أن النصين يختلفان جزئياً في المضمون كون الأول يتعلق بتبليغ التخفيضات أو الإعفاءات للمكلف بينما لم يذكر عن تبليغ آراء اللجنة إلى الإدارة الجبائية المعنية. لكن يبدو أن الأخير والموقف الذي تتخذه الإدارة منه هو والذي يعتد به، ومن خلاله للمكلف الذي قدم الطعن إن لم يرض أن يتجه إلى مباشرة الدعوى القضائية.

ثامناً: القوة التنفيذية لرأي اللجنة:

ويقصد بذلك مدى إلزاميته في حق الإدارة الجبائية التي عليها القيام بتنفيذه. سبقت الإشارة إلى أن لجان الطعن بمستوياتها المختلفة تبدي رأياً في القضايا المطعون فيها أمامها. وسمي كذلك في جميع نصوص المتعاقبة المتعلقة بالموضوع. ومصطلح "رأي" أنه تعبير عن وجهة نظر ولا يتضمن صفة الإلزام. وذلك ما يفهم من أحكام قانون الإجراءات الجبائية من عدة وجوه:

- 1- تسميته رأياً لا يعد ملزماً ولا يحمل بأي شكل من الأشكال صفة للإلزام.
- 2- نص المادة 81-1 "يمكن أن تبدي لجان الطعن رأياً... جاء بصيغة يمكن التي تقيد الخيار فكيف لأمر على خيار أن يتضمن الإلزام.

- 3-الإلزام الوارد في الفقرة الثانية من ذات المادة متعلق بآجال إبداء الرأي صراحة قبولاً أو رفضاً، كما تضمن عدم الإفصاح صراحة خلال تلك الآجال بحسب إبداء رأي ضمني سلبي (الرفض) للطاعن بعد استيفائه مباشرة المنازعة القضائية إن رغب في ذلك.
- 4-اعتبار الطعن لا يوقف التنفيذ دليل على أنه لا يفيد الإلزام.
- 5-وجوب تعليل آراء اللجان دليل على عدم إلزامية تلك الآراء.
- 6-أن المادة 81 الفقرة الرابعة منها تعتبر آراء اللجان نافذة، الا أنها تضمنت كذلك ما يفيد خلاف ذلك بمنح الإدارة الجبائية (مدير كبريات المؤسسات أو المدير الولائي للضرائب) حسب الحالة صلاحية الاعتراض بذريعة المخالفة الصريحة لأحد أحكام القانون أو التنظيم الساري المفعول. وإظهاره في وجه المكلف، وإصدار قرار بالرفض يبلغ للمكلف الذي قدم الطعن^{xiv}.
- لا يمكن أن يوجد أي تبرير للجنة مكونة من كفاءات مهنية وإدارية بما فيها الإدارة الجبائية تبدي رأياً يناقض صراحة القانون أو التنظيم وإحدى هذه اللجان برئاسة المسؤول الإداري للقطاع - الوزير المكلف بالمالية- ثم يأتي أحد مرؤوسيه وهو أيضاً عضو فيها يعترض على رأي اللجنة ويصدر قراراً برفضه.
- 7-تضمن النص بعض الخلط بين ما يصدر عن اللجنة وعبر عنه في أكثر من موضع بأنه رأي واعتبره في موطن آخر قرار^{xvi} ويتعلق الأمر بتبليغ رأي اللجنة في شأن الطعن المقدم أمامها.

الخاتمة:

- إن اعتماد الجزائر لآلية لجان الطعن والعمل به كإجراء في مجال المنازعات الجبائية يضمن ويحقق كثير من الايجابيات تحدد كما يلي:
- 1-اختيار موفق وتحديثاً في التشريع طبقاً للنظريات الحديثة.
 - 2-حماية للمكلف حيث يعد فرصة لمراجعة الإدارة مرة ثانية عن طريق لجان الطعن عند رفض التظلم.
 - 3-مسايرة للتشريعات في مختلف الدول التي تعتمد هذه الآلية.
 - 4-محاولة الحد من الخلاف الذي ينشأ بين الإدارة الجبائية والمكلف، وإيجاد توافق دون رفعه أمام القضاء.
- رغم هذه الايجابيات فإن الموضوع لا يخلو من سلبيات وصعوبات كثيرة ومتعددة تواجه المكلف تحتم عليه التوجه الى القضاء ومباشرة الدعوى القضائية تجمل كالتالي:
- 1-التذبذب الحاصل بشأن:
- * مستوى اللجان بين البلدية والولائية والمركزي. ثم على مستوى الدائرة وإلغاء المستوى البلدي. ثم إلغاؤها معاً وإحداثها على مستوى الولائي والجهوي والمركزي.

- * رئاسة اللجان على المستوى المحلي بإسنادها في البداية الى المنتخبين، ثم التحول الى القضاء، ثم إداريين (لجنة الدائرة) ثم إسناد ذلك في بعضها الى إداريين (اللجنة المركزية) والأخرى الى مهنيين.
- * عضوية اللجان على المستوى الإقليمي من المنتخبين الى الخبراء المهنيين وممثلي الإدارة.
- 2-التركيبة العضوية (تشكيلة اللجان) لا تساعد على استقلاليتها وأن تكون أداة تحكيم بين طرفين غير متساويين في المراكز القانونية. بل الطرف المطعون ضده يتمتع بنفوذ وسلطة تتمثل بممثليها الأعضاء في اللجان، كما تتولى رئاسة اللجنة المركزية. وهو ما لا يبعث الثقة والطمأنينة لدى المكلف.
- 3-الآلية في حد ذاتها مهمة لكن جعلها على الخيار أي الإجراء اختياري وليس إلزامي يمس بقيمتها ويؤدي الى الإعراض.
- 4-عند حاجة اللجان الى خبرة يشترط أن يكون الخبراء من موظفي الإدارة الجبائية، المرتبطين بعلاقة وظيفية حيث السلطة الرئاسية وما تتضمنه من تبعية ونفوذ.
- 5-لا يتمتع الأعضاء بأي خاصية ومظاهر الموضوعية كأداء اليمين مثلا.
- 6-حجم الأعمال، يظهر ذلك من وجهين:
- أ-الاجتماعات، تجتمع كل لجنة مرتين في الشهر أي نصف شهرية.
- ب-الملفات، إذ يتكون كل طعن من ملف كامل - رأيت بعضا منها من بعيد ولم يتسن تصفحها، لا يقل عن مأتى (200) صفحة - يتضمن المستندات والبيانات والإثباتات اللازمة.
- وهذا يقتضي النقرغ لمثل هذه المهام وليس مناسباتي أو إضافي أو عرضا.
- 7-تعويض الحضور والمشاركة، وهو مبلغ مالي يتقاضاه الأعضاء تبعا لصفة العضوية في اللجنة يمثل إجراء جديدين:
- أ-فهو من جهة حق مقابل ما يبذل من جهد ووقت يتناسب ولو بشكل تقريبي.
- ب-ومن جهة أخرى فإن من يدفع التعويض يفرض نفوذه من سلطة وآراء. وفي ذلك مساسا بالحقوق.
- نظرا لهذه الأسباب فإن نسبة المكلفين - وهو ما علمته في عين المكان - الذين يتقدمون بطعون قليلة. ومنهم من لا يستمر في المتابعة ويتخلى عن ذلك فضلا المنازعة القضائية. لذلك ورغم التعديلات المتكررة لا بد من إجراءات تظمن المكلف عن سلامة وصحة الآلية.

- أ- المعتمد، قاموس عربي - عربي، بيروت، دار صابر، ط1، س2000، ص606.
- ب- معجم المعاني الجامع، معجم عربي عربي.
- ج- قاموس المعجم الوسيط، اللغة العربية المعاصرة، قاموس عربي عربي.
- د- المعتمد، قاموس عربي - عربي المرجع نفسه، ص374.
- هـ- وهي محاولة من الباحث لتعذر الحصول على تعريف صريح لها في التشريع، أو متفق عليه في الفقه.
- و- فريجة حسين، إجراءات المنازعات الضريبية، الجزائر، دار الفكر، 2008، ص30.
- ز- قصاص سليم، المنازعات الجبائية للضرائب المباشرة في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير كلية الحقوق جامعة قسنطينة، سنة 2007/2008، ص66.
- ح- محيو أحمد، المنازعات الإدارية، ترجمة فايز أنجق...، الجزائر، ديوان المطبوعات الجزائرية، سنة 1992، ص147.
- ط- نسبة الى العمالة التي كانت تطلق على الولاية قبل صدور قانون الولاية وتحديد تسميتها القانونية.
- ي- الأمر رقم 654/68 في 12/30 /1968 المتضمن قانون المالية لسنة 1969 الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية عدد106 ص2059.
- ك- الأمر رقم 654/68 المصدر نفسه.
- ل- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، لسنة 1970، العدد رقم 02 المؤرخ في 06/01/1970، ص14 و15 و17.
- م- فريجة حسين، الإجراءات الإدارية والقضائية لمنازعات الضرائب المباشرة، منشورات دحلب، 1994، ص42.
- ن- لعل المقصود ب "مرسمين" رسميين أي بصفة رسمية. و "نواب" أي احتياطييين في حالة غياب الرسميين. فهو خطأ في الترجمة
- س- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 102 مؤرخ في 22/12/1976.
- ع- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية لسنة 1990، العدد 57 مؤرخ في 31/12/1990.
- ج- تضمن هذا القانون شقين أولهما تعديل ابتداء من المادة الأولى(01) الى المادة السابعة والثلاثين(37) والثاني إعادة تشريع لقانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة بموجب المادة الثامنة والثلاثين(38) حيث مست بالتعديل مواد هذا القانون.
- ح- المادة 29 من القانون 36/90 المتعلق بقانون المالية لسنة1991، تعدل المادة 359 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة.
- ط- المادة 30 من القانون 36/90 المتعلق بقانون المالية لسنة1991، تعدل المادة 360 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة.
- ي- المادة 31 من القانون 36/90 المتعلق بقانون المالية لسنة1991، تعدل المادة 361 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة.
- ك- المادة 32 من القانون 36/90 المتعلق بقانون المالية لسنة1991، تعدل المادة 404 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة.
- ل- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، سنة1991، العدد 65 مؤرخ في 18/12/1991.
- م- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، سنة 1993، العدد88 مؤرخ في 30/12/1993.
- ن- صدر بموجب مرسوم تشريعي بسبب الفراغ الذي حدث في المؤسسات الدستورية، تمت معالجته بهيئات مؤقتة.
- س- المادة 90 من المرسوم التشريعي 93/18 المتضمن قانون المالية لسنة 1994.
- ع- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، لسنة 1994، العدد87، مؤرخ في 31/12/1994، ص6.
- ط- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، سنة 1995، العدد82، في 31/12/1995، ص14.
- ي- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، سنة 1996، العدد 85، في 31/12/1996، ص10.
- ج- اعتبارا للتنظيم الإداري لجهاز القضاء الذي كان ساري المفعول قبل صدور قانون رقم 09/08 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- ح- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، سنة 1997، العدد 89، في 31/12/1997، ص7.
- ط- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، سنة 2003، العدد 83، في 29/12/2003، ص4.
- ي- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، سنة 2004، العدد 85، في 30/12/2004، ص6.
- ك- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، سنة 2006، العدد 85 في 27/12/2006، ص15.
- ل- مازال التشريع يخلط في استعمال المصطلحات بين ما يصدر عن اللجنة من رأي أو قرار، كما هو وارد في المادة 81 الفقرات 2 و3.

- xxxiii- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، سنة 2014، العدد 78 في 31/12/2014، ص 18.
- xxxiv- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، سنة 2015، العدد 72 في 31/12/2015، ص 11.
- xxxv- الأمر 654/68 مؤرخ في 30/12/1968 المتضمن قانون المالية لسنة 1969.
- xxxvi- الهامش رقم 11، ص 4 من هذا المقال.
- xxxvii- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية لسنة 2008، عدد 74، في 31/12/2008.
- xxxviii- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية لسنة 2015، عدد 72 في 31/12/2015، ص 11.
- xxxix- في البداية كان بمعيارين الإقليمي (بلدية، ولاية) وقطاعي (وزارة المالية) أما أخيرا فهي حسب تنظيم مصالح وزارة المالية: مركزي، وجهوي، وولائي.
- xl- هي شروط مشتركة بين الشكاوى (التظلم أمام الإدارة الجبائية) والطعن (أمام لجان الطعن) تضمنتها المادة 73 من قانون الإجراءات الجبائية.
- xli- الإجراء مشترك ورد بصيغة الإدارة ولأن اللجنة مستقلة والإدارة الدائمة فيها هي أمانتها مما يفرض عليها مباشرة الإجراء.
- xlii- المنشور رقم 2017/01 في 02/01/2017 الصادر عن وزارة المالية، المديرية العامة للضرائب، مديرية المنازعات، ص 5.
- xliii- الطعن يقدم في ملف بحجم قد يتجاوز مائتي صفحة - طلبت معاينة ملف كمتال رفض الطلب -يتطلب وقت للاطلاع على مضمونه.
- xliv- للجان الثلاث استدعاء المكلفين، أما اللجنة المركزية يمكنها أيضا استدعاء المدير الولائي للضرائب لتزويدها بالمعلومات اللازمة.
- xlv- ورد في النص تسمية الشاكي وذلك خطأ لأن الشاكي في التظلم أمام الإدارة وليس في الطعن.
- xlvi- المادة 81-3 الفقرة الثانية تنص على " يبلغ القرار الى المكلف بالضريبة..."

المجلس الدستوري الجزائري بين أهمية الإصلاحات ومحدودية الإجراءات - جرائم المخالفات الجمركية نموذجاً-

بحري عبد الرزاق

جامعة يحي فارس - المدينة (الجزائر)

زيان محمد أمين

جامعة يحي فارس-المدينة (الجزائر)

المخلص

يحتل المجلس الدستوري في مؤسسات الدولة مركز دركي دولة القانون، باعتباره الهيئة التي تتولى حماية الدستور من الاعتداء، غير أن أهم ما يكفل فعالية المجلس الدستوري هو عنصر الاستقلالية في تركيبته البشرية، وهو ما يتحقق بنوع من النسبية في النصوص الدستورية الحالية النافذة بعد التعديل الدستوري الجزائري الجديد لسنة 2016 بما لا يضمن مبدأ التوازن الجوهري بين السلطات، وتبعية أعضاء المجلس للسلطة التنفيذية، إضافة لعدم فعالية ممارسة حق الإخطار من طرف الجهات التي تملك هذا الحق، انطلاقاً من عدم إمكانية إخطار المجلس بنفسه لنفسه في إطار ما يعرف بمبدأ حظر "الإخطار الذاتي" -AUTO SAISINE- وهذا بدون أدنى شك، يرجع لندرة ممارسة الهيئات المنصوص عليها في المادة 187 من الدستور لحقها في الإخطار، لكون أن هذه الهيئات هي نفسها صانعة القوانين في الدولة، خاصة القوانين الجمركية بفعل ما يعرف بالتفويض التشريعي، على اعتبار أن أغلبية قواعد القانون الجمركي من صنع الهيئة التنفيذية، لتقنية المجالات التي تنظمها.

كنا قد طرحنا كنموذج لعدم الدستورية حظر استئناف أحكام المخالفات في قواعد التشريع الجمركي، الذي يطبق عليه هو الآخر قواعد قانون الإجراءات الجزائية، على أساس معارضة نص المادة 416-2 من قانون الإجراءات الجزائية، لنص المادة 160-2 من التعديل الدستوري، الأمر الذي يقتضي تحريك الرقابة الدستورية على نص المادة 416 السالفة الذكر، لكن الواقع العملي غير ذلك، لأن المجلس الدستوري الجزائري لم يحرك

ساكنا بفعل عدم الممارسة الحقيقية لحق الإخطار ومحدودية استقلاليتها في تركيبته البشرية كما ذكرنا أعلاه، ولا يغير من موقفنا هذا الاعتداد بالطبيعة الخاصة للجريمة الجمركية في هذا المقام، لأنه حسب ما استنتجناه في مجال القضاء الاستثنائي الجزائري، إن المشرع الجزائري لم يرد تخصيص القانون الجمركي بهذه الخصوصية، بدليل أنه أخضع أحكام جنائية التهريب الجمركي هي الأخرى لما نص عليه قانون الإجراءات الجزائية الجديد 07-17 في فحوى المادة 248، التي جسدت مبدأ التقاضي على درجتين في أحكام مادة الجنايات فقط، وأهملت صنف المخالفات، بنصها على أن تكون أحكام محكمة الجنايات الابتدائية قابلة للاستئناف أمام محكمة الجنايات الاستئنافية، لأنه لو أراد تخصيص القانون الجمركي بحكم خاص في هذه المسألة لم يكن صعبا عليه، كما فعل في مسائل أخرى في القانون الجمركي، بالرغم من خروجها الصريح عن الأحكام الدستورية، تذرعا بالطبيعة الخاصة للجريمة الجمركية، خلافا لما هو عليه الحال في القضاء الاستثنائي في مادة المخالفات، لان أحكام الجنايات الجمركية من حيث الاستئناف، تخضع لنفس حكم القواعد العامة للإجراءات الجزائية، باستثناء أحكام المخالفات التي تشذ في أحكامها عن عمومية نص المادة 160-2 من التعديل الدستوري، الأمر الذي نستخلص منه عدم دستورية نص المادة 416-2 من قانون الإجراءات الجزائية التي تنطبق على أحكام المخالفات الجمركية، مما يستوجب التدارك حسب رأينا الشخصي.

Abstract

The constitutional council in the state institutions occupies the status of the state law, as the body that protects the constitution from aggression. However, the most important role of the Constitutional Council is the element of independence in its human structure. Infact, the amendment of 2016, which does not guarantee the principle of inner balance between the authorities, and the subordination of the members of the Council to the executive authority, in addition to the actual exercise of the right of notification by the parties who

own this right, from the inability to notify the Council himself for the framework of what is known as “The principle of prohibition of kidnapping”, This is undoubtedly due to the scarcity of the exercise of the right of notification by the bodies provided for in article 187 of the Constitution, since these bodies are themselves the law-makers of the State, particularly the customs laws by virtue of the so-called legislative mandate, CCC-made executive, because of the technical fields, organized by, in this law.

We have proposed as a model of unconstitutionality “prohibiting the resumption of the provisions of irregularities in the rules of customs legislation”, which also applies the rules of the Code of Criminal Procedure, on the basis of opposition to the text of Article 416-2 of the Code of Criminal Procedure, to the text of Article 160-2 of the constitutional amendment, The Constitutional Court of Algeria has not stirred up by the lack of actual exercise of the right of notification and its limited independence in its human form as mentioned above. Our position does not change this recognition of the special nature of the customs crime In this regard, because, as we have concluded in the field of criminal appeals, the Algerian legislator did not respond to the customization of the customs law, as evidenced by the fact that the provisions of the crime of customs smuggling were also subject to the provisions of the new Code of Criminal Procedure 17-07, The court ruled that the rulings of the Court of First Instance are subject to appeal before the Court of Appeal, because if the Customs Law were to be assigned a special provision in this matter, it would not be difficult for him to do so, as he did in Other matters in The Customs Law, despite its explicit departure from the constitutional provisions, invoked the special nature of the customs crime, unlike the case in the appellate court in the matter of offenses, because the provisions of the customs crimes

in terms of appeal are subject to the same rule of general rules of criminal procedure, In its provisions on the generality of the text of Article 160-2 of the constitutional amendment, which leads to the conclusion of the unconstitutionality of the text of Article 416-2 of the Code of Criminal Procedure which applies to the provisions of customs violations, which necessitates redress according to our personal opinion.

الكلمات المفتاحية: المجلس الدستوري - الإخطار - الاستقلالية - القانون الجزائري - المخالفات الجمركية - عدم الدستورية.

مقدمة

إن القواعد القانونية في الدولة ليست على درجة واحدة من حيث القوة، على اعتبار أن الصرح القانوني ينبني على مبدأ التدرج الهرمي للقواعد القانونية، تستمد كل قاعدة قانونية أدنى مشروعيتها من القاعدة التي تعلوها درجة بحيث يتصدر النص الدستوري مركز الزعامة في قمة هذا الهرم، لما يتمتع به الدستور من تفوق شكلي وموضوعي الأمر الذي ينجر عنه عدم خروج كل سلطة عن اختصاصاتها التي حددها لها الدستور، على أساس مبدأ الفصل المرن بين السلطات، غير أنه باحتمال تصور اعتداء سلطة التشريع على الأحكام الدستورية، يقع على عاتق كل دولة قانونية تنظيم رقابة على دستورية القوانين، تلافياً لمخاطر الانحراف التشريعي، بما تنصب عليه فكرة الرقابة من بحث في مدى تطابق و عدم تعارض أحكام مواد القوانين التي تحتل مرتبة أدنى وأحكام المادة الدستورية مكن حماية الحقوق والحريات، بحيث تكون الرقابة على دستورية القوانين وفق المعنى المشار أعلاه كنوع من الجزاء على مخالفة أقدس النصوص القانونية على الإطلاق في المنظومة القانونية، بعد ثبوت تنازع صارخ بين نص دستوري، و نص آخر يحتل مركزاً قانونياً أدنى مرتبة.

تأثرا بالأنظمة الدستورية المقارنة، نظم المؤسس الدستوري الجزائري هو الآخر الرقابة على دستورية القوانين، بمعرفة هيئة سياسية و هي المجلس الدستوري، الذي منحت له صلاحيات واسعة في ممارسة إجراءات الرقابة، ون اختلفت أساليب ممارستها باختلاف نوع القاعدة القانونية، وبعد ممارسة حق الإخطار من طرف الهيئات المخول لها ذلك قانونا، الأمر الذي يثير فينا الفضول للتساؤل عن مدى مسايرة المجلس الدستوري الجزائري للأهداف المتوخاة من تبني رقابة دستورية؟، والى أي مدى يمكن تصور فعالية هذه الهيئة بتشكيلتها السياسية في ضمان حقوق و حريات الأشخاص ، خاصة في نطاق قواعد القانون الجزائري التي تصيب صميم هذه الحقوق ، كتقنيات التجريم والعقاب في فئة قواعد القانون الجمركي الذي يتميز بطابع الصرامة و التشدد تذرعا بالطبيعة الخاصة للإجرام في المادة الجمركية؟.

لنا أن نتساءل كذلك عن مدى ممارسة المجلس الدستوري لصلاحياته الرقابية في نطاق قواعد هذا القانون الصارم، وهو ما يثير الجدل والتضارب بين ضرورة احترام القيمة القانونية العليا التي تحظى بها القاعدة الدستورية، وذلك بضمان عدم الاعتداء عليها بفعل قواعد قانونية أدنى، وبين مقتضيات الأخذ بعين الاعتبار الخطورة العالية للجريمة الجمركية، وذلك بتخصيصها بتقنيات جزائية تكفل المجازاة التشريعية للتطور الهائل في ارتكابها، بالرغم من الموقع الأدنى الذي تملكه القواعد الجمركية في مواجهة النصوص الدستورية؟ هذا ما سنحاول التطرق إليه في هذه الورقة البحثية، بتقسيم الموضوع إلى مبحثين، نخصص الأول لدراسة مظاهر تبعية واستقلالية المجلس الدستوري على ضوء التعديل الدستوري الجديد 2016، في حين نخصص الثاني للوقوف على نموذج تطبيقي لمحدودية ممارسة المجلس الدستوري لصلاحياته الرقابية في مواجهة الطبيعة الخاصة لنصوص القانون الجزائري، ومنه التشريع الجمركي كنموذج، وذلك في إطار تقييم دور المجلس الدستوري، تأسيسا على محدودية الاستقلالية وممارسة حق الإخطار، وهو ما سنحاول التطرق إليه كما سيلي ذكره.

المبحث الأول

المجلس الدستوري الجزائري بين الاستقلالية والتبعية وفقا لتعديل الدستوري لسنة 2016

كان من دواعي النص على تأسيس مجلس دستوري بموجب دستور 1963، أو إنشائه طبقا لدستور 1989، ذلك الأسلوب السياسي المنتهج من قبل المؤسس الدستوري الجزائري في الرقابة على دستورية القوانين حيث أن هذه الرقابة السياسية، والتي تعتبر فرنسا نموذجا لها، تعتمد مجلسا دستوريا مشكلا بطريقة سياسية من السلطات الثلاثة، التشريعية، التنفيذية، والقضائية، بذلك فقط انعدمت الرقابة الدستورية، رغم النص عليها في أول دستور للجمهورية الجزائرية بعد الاستقلال مباشرة، نتيجة هيمنة الحزب الواحد، وشخصته في يد الرئيس بعد سنة 1965 إلى غاية أول دستور ديمقراطي للدولة، بحيث ساهمت الأوضاع التي عاشتها الجزائر في أواخر الثمانينات بشكل واضح، في تبني التعددية الحزبية وبداية تقييد السلطة عندما أخذ الدستور يتحول في منحاه الديمقراطي⁽¹⁾.

كان لزاما على الدولة الجزائرية في ذلك الحين، النص على الرقابة الدستورية في دستور 1989، وإنشائه الفعلي، لضمان سمو الدستور الذي جاء بجملة من الحقوق والحريات التي لم تأت بها الدساتير السابقة، كي تتكيف جميع القوانين الصادرة عن أول برلمان تعددي مع أحكام الدستور ومبادئه وتوجهاته، إعمالا لإحدى مظاهر دولة القانون⁽²⁾.

لقد مر المجلس الدستوري منذ نشأته، بعدة تطورات، كانت ترمي في مجملها الى تحسين أدائه، وتفعيل أدواره لا سيما، عملية الرقابة، وبهذا فقد أخذ هذا الجهاز قسطا وافرا من التغيير والتعديل، بمناسبة أغلب التعديلات الدستورية، كان أبرزها على الإطلاق التعديل الدستوري لسنة 2016، وقد كانت هذه الخطوة المتميزة في إطار عملية المراجعة هذه، تبحث عن الحد من تلك الانتقادات اللاذعة التي وجهت لهذا الجهاز، في إطار مهمته على رقابة الدستورية.

جاء التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016 بالعديد من التغييرات، أثبتت أن المؤسس الدستوري الجزائري ومن ورائه كل المهتمين بهذا المجال، الإدراك الفعلي لحقيقة المحدودية الواقعية للمجلس الدستوري، والتي جعلت

منه محل انتقاد، ما جعلنا نرى في هذا التعديل بعض مظاهر الاستقلالية، التي نتمناها، مع التساؤل عن مدى كفايتها في نفس الإطار، فما هي مظاهر الاستقلالية الحديثة هذه؟، وفيما تتجلى أبرز أسرار التبعية، التي لازالت تعيق تحقيق فعالية ونجاعة عملية الرقابة الدستورية في الجزائر؟ .

المطلب الأول

مظاهر البحث عن استقلالية المجلس الدستوري وفق تعديل 2016

إن الدراسة المتأنية للفصل الأول من الباب الثالث وفق التعديل الدستوري لسنة 2016، يجعلنا ندرك تماما مجمل التعديلات التي مسته، لا سيما منها تلك المواد التي تخص الرقابة الدستورية، بالمقارنة مع ما سبقها من تعديلات.

لا شك أن هذه التعديلات التي مست بنية و أداء المجلس الدستوري، تبين لنا بحق، أهمية هذا الجهاز المستمدة من اختصاصاته، المتمثلة أساسا في حماية أحكام الدستور من الاعتداء، وتلك التي حازت القيمة الدستورية وكذا حماية ميداني التشريع والتنظيم ووجوب المحافظة عليهما واحترامهما بطبيعتهما⁽³⁾، فإذا كان للبرلمان حق التشريع تعبيرا عن الإرادة العامة، فإن هذا الحق مقيد باحترام المبادئ الدستورية⁽⁴⁾، التي لا يجوز لأي سلطة تتولى صناعة النصوص القانونية، سواء كان البرلمان باختصاصه التشريعي، أو الحكومة باختصاصها التنظيمي تجاوز نصوص الدستور، وهو ما يعرف بالانحراف التشريعي، الذي يؤدي الى انتهاك الحقوق والحريات الدستورية.

موازاة مع الجانب النظري، فإن الواقع العملي أثبت انتهاك العديد من القوانين لبعض الحقوق والحريات الدستورية، الأمر الذي جعل المجلس الدستوري يتصدى لأغلبها بعد إخطاره بعدم دستورتها⁽⁵⁾، مما جعل منه

صاحب دور ضروري ومحوري في تكييف القوانين مع صلب المادة الدستورية، قبل أو بعد إصدارها تجسيدا لإحدى مزايا الرقابة السياسية، التي تتمثل في إمكانية رقابة المطابقة القبلية للقوانين⁽⁶⁾، عكس الرقابة القضائية عن طريق المحكمة الدستورية، والتي تنحصر فقط في الرقابة البعدية لصدور القوانين ونشرها في الجريدة الرسمية وهي من الأسباب التي دفعت بالمؤسس الدستوري الجزائري، لتبني الرقابة السياسية على دستورية القوانين.⁽⁷⁾

كانت الرقابة على دستورية القوانين محل انتقادات واسعة، وجهت الى المجلس الدستوري لعدة أسباب، تمثلت أساسا في تشكيلته غير المتوازنة وغير المتخصصة، بالإضافة إلى محدودية حق إخطاره، وعدم استقلالية أعضائه كجهاز وهيئة على السواء⁽⁸⁾، هذا ما جعل المؤسس الدستوري الجزائري بمناسبة التعديل الدستوري لسنة 2016 يأخذ بعين الاعتبار، أغلب المؤاخذات التي كانت وجهت للمجلس الدستوري، والتي كانت تمس دوره الأصيل، إما بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، وبمقتضى هذا التعديل أصبحت تشكيلة المجلس الدستوري متوازنة تماما، في تمثيل متساو للسلطات الثلاثة⁽⁹⁾، بحيث أصبح المجلس مكونا من اثني عشر -12- عضوا بدل تسع -9- أعضاء، ويضاف الى ذلك استحداث منصب نائب رئيس المجلس⁽¹⁰⁾ ليخلف الرئيس في حالة الغياب، فبهذا الإجراء أصبحت كل السلطات ممثلة بنفس العدد من الأعضاء، حتى وإن كانت طريقة الالتحاق بعضوية المجلس الدستوري تختلف من سلطة لأخرى، وفق أسلوبين التعيين أو الانتخاب.⁽¹¹⁾

نضيف أن العضوية في المجلس الدستوري أصبحت مقيدة بشرطين مهمين، أولهما اشتراط بلوغ سن النضج الكامل -أربعين 40 سنة، وثانيهما يركز على الخبرة الميدانية في مهنة قانونية، على غرار مجال الممارسة في سلك التعليم العالي، أو القضاء، أو مهنة المحاماة في المحكمة العليا أو مجلس الدولة، أو حتى وظيفة عليا لمدة لا تقل عن 15 سنة⁽¹²⁾، وبهذا أصبحت العضوية في المجلس الدستوري، تقتصر على الكفاءات العلمية في المجال القانوني دون غيره، وهو ما سيترك حتما قيمة مضافة في أداء المجلس الدستوري لا محالة.

تم التوسيع كذلك من حق الإخطار نسبيا، مقارنة بما كان عليه الحال قبل تعديل الدستور سنة 2016، حيث تم توسيع سلطات الإخطار لكل من الوزير الأول وخمسين 50 نائبا أو ثلاثين 30 عضوا من مجلس الأمة، زيادة على رئيس الجمهورية ورؤساء غرفتي البرلمان.⁽¹³⁾ في نفس السياق، قام المؤسس الدستوري الجزائري بمنح حق إخطار المجلس الدستوري للأفراد المتقاضين بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عندما يدعون أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليا مآل النزاع الذي لجئوا من أجله للقضاء، ينتهك إحدى الحقوق والحريات الأساسية تحقيقا للعدالة الدستورية⁽¹⁴⁾، وضمانا لقداسة أحكام الدستور، وقياسا على ذلك، آراء وقرارات المجلس الدستوري التي ترمي لرد الاعتبار لها، فقد منحها المؤسس الدستوري في هذا التعديل، قوة إلزامية ونهائية، في مواجهة كل السلطات العمومية والإدارية والقضائية⁽¹⁵⁾، وذلك بعدما كان النص على هذه الإلزامية، محصورا فقط في النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري⁽¹⁶⁾، إذ نستخلص أن المؤسس الدستوري الجزائري، أراد بهذا أن يؤصل لهذه الإلزامية بنص قانوني يتصدر قمة الصرح القانوني في الدولة وهو الدستور، إلزاما لجميع السلطات لإرادته وما يصدر عن المجلس الدستوري حامي الدستور.

كل الإجراءات المستحدثة على مستوى المجلس الدستوري، تفسر رغبة المؤسس الدستوري الجزائري في إيجاد حل لأهم العوائق التي تعترض أداء الرقابة الدستورية، وذلك بتجسيد المزيد من العوامل التي تركز استقلالية الجهاز المكلف بهذه المهمة في الجزائر، هذا وفق ما جاء في التعديل الدستوري لسنة 2016، الذي منح في صلبه، الاستقلالية المالية والإدارية للمجلس الدستوري⁽¹⁷⁾ كخطوة جديدة في مسار الحد من تبعية هذا الجهاز، فهل تكفي هذه الإجراءات الجديدة الواردة في التعديل الدستوري لسنة 2016 في الحصول على رقابة دستورية فعالة وناجحة؟، وهل استطاع المجلس الدستوري في حلته الجديدة أن يمنع صدور قوانين مخالفة للدستور؟، وإذا كانت الإجابة بالنفي، فما هي العوائق التي لازالت تعيق أداء هذا الجهاز و تحيد به عن منحى الاستقلالية؟

المطلب الثاني

أسرار تبعية المجلس الدستوري ومحدودية دوره في الرقابة الدستورية

إن مؤسسة المجلس الدستوري المختصة بالقضاء الدستوري في الجزائر، تعتبر أولى المؤسسات المسئولة عن الحفاظ على الدستور وحمايته من التجاوزات المحتملة للبرلمان الذي أنيطت به مهمة التشريع وسلطة التعبير عن الإرادة العامة (18)، حيث يعتبر هذا المجلس أصيلا في أداء هذا الدور، مختصا بحماية الأحكام الدستورية من الانتهاك التشريعي، في إحدى قواعده التي تكفل هي الأخرى الحماية للحقوق والحريات، وعليه نظرا للأهمية البالغة لهذا الجهاز، فقد خصه المؤسس الدستوري بكثير من التغيير والتعديل وإصلاحات دستورية واسعة النطاق وأهمها تعديل سنة 2016، بحيث استطاع التعديل الأخير أن يضيف نوعا من التوازن فيما يخص التشكيلة والأداء، وبهذا فقد خطى خطوات مهمة في سبيل تحرير الرقابة الدستورية، وتجسيد القليل من حياد المجلس الدستوري ونزاهته، في إطار العمل على توازن السلطات على الصعيدين اللذين يمسان به داخليا في تشكيلته القانونية، وخارجيا في مسألة الإخطار. (19)

كل هذه الإصلاحات الدستورية وغيرها، لا تزال تطرح العديد من علامات الاستفهام، بخصوص مدى نجاعتها في تحقيق العدالة الدستورية المنشودة، التي ترتبط بالرقابة الدستورية، ذلك لأنها لم تدحض كل الاتهامات الموجهة لهذا الجهاز، وفي مقدمتها قضية التبعية الواضحة للسلطة التنفيذية. (20)

إن الذي لا يزال يعاب على المجلس الدستوري ودوره الرقابي إلى اليوم، ويجعله بعيدا عن دوره الأساسي، هو طريقة تكوين المجلس وتشكيلته، بالإضافة إلى محدودية آليات وإجراءات عمله، ذلك أن المؤسس الدستوري قد تطرق بالتعديل لكل من تعداد التشكيلة وتوازنها، والتي وسعت إلى 12 عضوا، إلا أنه لم يغير طريقة التحاق الأعضاء والمتمثلة في طريقة التعيين، لان التعيين حسب رأينا يعني الولاء السياسي، وهو أمر لا نحبذه، فرئيس الجمهورية، لا يزال وفق تعديل 2016 يملك صلاحية اختيار من يشاء لعضوية هذا المجلس، في إطار الأربعة أعضاء الممثلين للسلطة التنفيذية (21)، بل أكثر من ذلك، فهو يملك سلطة تعيين رئيس المجلس من بينهم، وحتى

نائب رئيس المجلس الذي تم استحداثه في هذا التعديل الجديد يدخل حكمه في حكم رئيس المجلس⁽²²⁾، خاصة ونحن نعلم ما للرئيس من صلاحيات وسلطات، خصوصا في حلة تساوي الأصوات، أين يكون صوت الرئيس هو المرجح لأحد الكفتين، كفة الدستورية وكفة عدم الدستورية⁽²³⁾، إضافة الى دوره المحوري في الجانبين الاستشاري والتنفيذي⁽²⁴⁾.

على كل ما سبق ذكره، نضيف ما لرئيس المجلس من سلطة في تولي مهام رئاسة الدولة في حالة استقالة أو وفاة رئيس الجمهورية، وتزامن ذلك مع حدوث المانع لرئيس مجلس الأمة⁽²⁵⁾، إننا لا محالة ندرك حجم الإشكال الناجم عن أسلوب التعيين في عضوية المجلس، فحسب رأينا كان -من الأفضل- على المؤسس الدستوري الجزائري التأسيس لطريقة انتخاب الرئيس ونائبه أيضا، فيترك الأمر لأعضاء المجلس الدستوري في أول اجتماع لهم بعد تنصيبهم ليختاروا من بينهم رئيسا، بدل تعيينه مباشرة من قبل رئيس الجمهورية⁽²⁶⁾.

كما أن تحديد عضوية المجلس الدستوري بمدة محددة، قد لا يخدم نزاهة وشفافية عملية الرقابة، وذلك راجع لإمكانية تفكير بعض أعضاء المجلس في حساباتهم الشخصية، فيما بعد انتهاء مدة العضوية، لا سيما إذا كان دورهم معارضا بشدة لأعمال و مشاريع السلطة التنفيذية، وكذا ما قد يلحقهم أو يؤثر على مسارهم لاحقا جراء ذلك، وفي هذا الصدد، فإننا نورد مثال القاضي الدستوري في الولايات المتحدة الأمريكية، والذي يتم تعيينه في منصبه مدى الحياة بغية إعطائه القوة اللازمة لأداء عمله، وتقادي المحسوبية لأي جهة، بما فيها رئيس الدولة، بحيث لا يستطيع حتى هذا الأخير عزله من منصبه نتيجة لموقف معين قد يتخذه⁽²⁷⁾.

تجدد الإشارة كذلك إلى أن مجلس الأمة، الذي يتم تعيين ثلثه من طرف رئيس الجمهورية، يملك عضوين ممثلين له في المجلس الدستوري، وعند انتخاب هذين الأخيرين لدى المجلس، تظهر احتمالية أن يكون أحدهما من الثلث المشار إليه سابقا، إن لم نقل كلاهما، وهذا ما يجعل، حسب رأينا، لرئيس الجمهورية سلطة مباشرة أو غير مباشرة على المجلس الدستوري⁽²⁸⁾.

أما عن العضوين المنتخبين عن المجلس الشعبي الوطني، فلا ينتفي الشك بتبعيتهما كذلك، إذ يحتمل بنسبة كبيرة جدا، انتمائهما للأغلبية البرلمانية الداعمة للحكومة وخطتها السياسية، وكذلك تشريعاتها، وهو ما يفضي بهما إلى التعاطف مع أحكامها التشريعية ونصوصها الموضوعية في هذا الإطار، والخاضعة لرقابة الدستورية⁽²⁹⁾ من ناحية أخرى، على مستوى إجراءات عمل المجلس الدستوري، وبالضبط آليات إخطاره، التي كانت محل توسيع هي الأخرى لسلطات وشخصيات غير تلك التي كان يحددها دستور 1996، وذلك في سبيل إعطاء حق الإخطار لكل من السلطات الثلاثة⁽³⁰⁾، فلا يخفى علينا ما يشوب بعض هذه الآليات الجديدة من غموض وصعوبات وكمثال على ذلك نطرح طريقة الدفع بعدم الدستورية كآلية جديدة مستحدثة بمقتضى تعديل 2016⁽³¹⁾، في إطار توسيع حق الإخطار للسلطة القضائية والأفراد المتقاضين، والتي تثير العديد من الإشكالات، خاصة قبل صدور القانون العضوي الذي ينظمها، ومن أبرز هذه الإشكالات مسألة الإطالة في آجال الفصل بعدم الدستورية، والتي قد تتعدى السنة من تاريخ أول إثارة للدفع أمام المحاكم العادية -العليا- الابتدائية، وانتظار وصول الدعوى إلى الجهات القضائية العليا - المحكمة العليا أو مجلس الدولة- التي تحيلها إلى المجلس الدستوري⁽³²⁾، حيث أن هذا الحظر الزمني، لا يخدم المصلحة العامة، ولا حالات الاستعجال الخطيرة الماسة بالحقوق والحريات الدستورية، وبهذا الصدد يمكن الاستشهاد ببعض النماذج المقارنة، مثل التشريع المصري الذي أوجد حلا نسبيا لهذه المسألة، وذلك بواسطة إحالة قاضي الموضوع للحكم التشريعي غير الدستوري مباشرة إلى المحكمة الدستورية العليا، لتفصل فيه في أقرب الآجال، تقاديا لضياع بعض الحقوق والحريات الفردية التي تتطلب الاستعجال لحمايتها.⁽³³⁾

رغم هذه النقائص التي لا تزال تعيق مستقبل الرقابة الدستورية في الجزائر بعد التعديل الدستوري لسنة 2016، لا يمكننا الجزم بعدم وجود إصلاحات جوهرية لا بد من تميمها، ولكن الأهم في الأمر، هو عدم كفايتها ومحدودية نجاعتها، بما لا يدع مجالا لصدور قوانين تصادر الحقوق والحريات الدستورية، ولمحاولة إثبات طرحنا هذا، لا بد من تدعيم هذا الرأي بنموذج حقيقي لقانون غير دستوري، تم تعديله مؤخرا بموجب القانون 04-17

الصادر في 16 فبراير 2017 وهو قانون الجمارك الجزائري الذي ارتأينا تخصيصه بدراسة تحليلية نقدية في الشطر الثاني من هذه الورقة البحثية.

المبحث الثاني

استئناف أحكام مخالفات التشريع الجمركي

بين النص الدستوري والتكريس القانوني كنموذج لعدم الدستورية

تنقسم الأحكام الجزائية طبقا لقانون الإجراءات الجزائية من حيث حضور أو غياب المتهم، إلى أحكام حضورية وأحكام غيابية وأخرى حضورية اعتبارية⁽³⁴⁾، وما الاستئناف إلا أحد طرق الطعن العادية في الأحكام الحضورية الصادرة من محاكم الدرجة الأولى، وذلك في جرائم تحمل وصف الجنحة أو المخالفة، وهو حق اختياري لجميع أطراف الخصومة الجنائية، لهم كامل الحرية في استعماله أو تركه، انطلاقا من تسمية هذا الإجراء بـ:

" مباشرة حق الاستئناف".⁽³⁵⁾

لحق الاستئناف الجزائري في إطار مبدأ التقاضي على درجتين قيمة دستورية، بماله من مزايا في تفادي ما قد يشوب حكم محكمة الدرجة الأولى من عيوب⁽³⁶⁾، بحيث أن آلية الاستئناف، تعيد طرح الدعوى في الشق المستأنف فيه من جديد أمام جهة قضائية أعلى درجة، من حيث التشكيل والخبرة، كي تنظر حيثيات الحكم الابتدائي في حدود ما قضى به.⁽³⁷⁾

مادامت وظيفة قانون الإجراءات الجزائية بقواعده الشكلية، نقل القواعد الموضوعية الجامدة الواردة في قانون العقوبات والقوانين المكملة له كقانون الجمارك، من حيز السكون إلى حيز الحركة، وجب تطبيق قواعد الإجراءات الجزائية على كل حكم جزائي يصدر في إطار القواعد الجزائية للتشريع الجمركي، ومن ثمة فإن طرق الطعن في الأحكام بنوعها العادية وغير العادية، ينظمها تقنين الإجراءات الجزائية⁽³⁸⁾ وليس القانون الجمركي،

في مواجهة ما قد يقضي به القاضي في منازعات المادة الجمركية، بغض النظر عن درجة جسامتها سواء كانت جنایات أو جنح أو مخالفات، بل وسواء تم التنصيص عليها في قانون الجمارك⁽³⁹⁾، أو الأمر المتعلق بمكافحة التهريب.⁽⁴⁰⁾

الجدير بالاهتمام أن حق الاستئناف في المنظومة القانونية الجزائرية، قد تضمنته قاعدة دستورية، والكل يعلم أن الصرح القانوني لأي دولة، ينبني على مبدأ التدرج الهرمي لقواعده القانونية، تحتل فيها المواد الدستورية مركز السمو بمظهره الشكلي و الموضوعي، لذلك تبعا لقاعدة تدرج القواعد القانونية على النحو الذي تطرق إليه الفقيه النمساوي "هانس كلسن"⁽⁴¹⁾ ليس للقاعدة القانونية الأدنى مخالفة القاعدة الأعلى منها درجة، وفي هذا الإطار نص المؤسس الدستوري الجزائري على حق الاستئناف في آخر تعديل دستوري ساري النفاذ، مفاده ضمان القانون التقاضي على درجتين في المسائل الجزائرية⁽⁴²⁾، فتأسيسا على عمومية وشمولية المادة الدستورية، يستوجب امتداد تطبيق المبدأ على جميع الأحكام الجزائية الصادرة في إطار شتى صور الدرجات الجرمية، وكل خروج عن هذا الإطار الدستوري يشكل اعتداء عليه من حيث الموضوع، الأمر الذي يثير فينا الفضول لطرح للتساؤل عن مدى مواكبة تقنين الإجراءات الجزائية الإطار الدستوري لحق الاستئناف الجزائري في أحكام المخالفات الجمركية؟ .

طبعا، حتى تتضح جيدا معالم الإجابة عما طرح أعلاه، وجب تقسيم هذا المبحث الأول إلى مطلبين نحاول في الأول التطرق إلى الطبيعة القانونية للمخالفات الجمركية والعقوبات المطبقة عليها، لان حكمنا وتقييمنا يتوقف على طبيعتها القانونية، وذلك على ضوء التعديل الجديد لقانون الجمارك الجزائري، في حين نخصص الثاني لقياس ما تتضمنه المخالفات الجمركية من عقوبات على نص المادة 2|416 من قانون الإجراءات الجزائية⁽⁴³⁾، وأحكام المادة 2|160 من التعديل الدستوري، لنخلص في آخر الطرح إلى مدى مطابقة التشريع المنظم لحق الاستئناف في مادة المخالفات، لأحكام المادة الدستورية، وصولا لتقييم دور المجلس الدستوري في الرقابة على دستورية القوانين، في إطار محدودية ممارسة حق الإخطار من طرف الجهات التي يحق لها إخطاره قانونا.

المطلب الأول

الطبيعة القانونية للمخالفات الجمركية والعقوبات المطبقة عليها

يقصد بالمخالفة في المادة الجمركية: " كل فعل متعارض مع قانون الجمارك عندما لا يتعلق بالتصرف في بضائع محظورة أو خاضعة لرسم مرتفع " (44)، إذ نقصد بالبضائع المحظورة: " تلك التي منع المشرع تصديرها أو استيرادها بأية صفة كانت، سواء كانت محظورة حظرا مطلقا مثل: الأسلحة النارية والمتفجرات والكتب والأفلام الإباحية(45) أو بصفة جزئية، بحيث تتوقف جمركتها على نسبة محددة، وتسمى بالبضائع الخاضعة لقيود عند الجمركة يشترط لعبورها في المجال الجمركي تقديم سند أو رخصة أو شهادة معينة أو إتمام إجراءات خاصة" (46)، غير أن الملفت للانتباه، هو تعدد صور المخالفات الجمركية في ثلاث درجات ومن هذا المقام تظهر الطبيعة الخاصة لها التي لا تكتفي بالأوصاف البسيطة الواردة في قانون العقوبات الذي لا تتجاوز المخالفات فيه الدرجة الثانية.(47)

نحن في هذا المقام، لا يهمنا تصنيف جميع الدرجات الجرمية لهذه المخالفات، بل يهمنا منها فقط تلك التي يعاقب فيها المشرع بغير عقوبة الحبس، لان هذا النوع فقط من المخالفات، ما يتصادم مع نص المادة 2|160 من التعديل الدستوري، وهي المقاس الذي يمكننا من معرفة مدى ممارسة حق الطعن بالاستئناف في صدها ومواجهتها فقواعد قانون الإجراءات الجزائية تجيز فقط استئناف أحكام المخالفات الجمركية التي تتضمن حبسا نافذا، أو تلك المشمولة بوقف التنفيذ، مما يعني أنه إذا اتبعنا طريق الشرح على المخالفة في تفسير نص هذه المادة، نجد أنها تمنع استئناف أحكام المخالفات الجمركية التي لا تتضمن عقوبة الحبس، كما لو تضمنت غرامات أو مصادرات، والنماذج عديدة في قانون الجمارك الجزائري لهذا النوع الأخير. (48)

بالنسبة للمخالفات الجمركية التي لا تتضمن عقوبة الحبس، نذكر: السهو أو عدم الدقة في بيانات التصريحات الجمركية، أو كل مخالفة لنصوص المواد 53 و 57 و 61 و 63 و 229 من القانون الجمركي

عدم تنفيذ الالتزامات المكتتبه دون أن يتجاوز التأخير المعايين مدة 3 أشهر، التصريح الخاطئ في تعيين المرسل أو المرسل إليه الحقيقي عدم احترام المسالك والأوقات المحددة في ورقة الطريق الموضوعة من طرف الإدارة الجمركية، وفي نفس السياق الأفعال التدليسية التي تؤدي إلى تشويه أو إبطال فعالية وسائل الترخيص والأمن التي تسمح بالتعرف على البضائع محل التداول، وكل مخالفة أخرى لنصوص المادتين 43 و 48 من تقنين الجمارك، علما أن عنصر التجريم يمتد كذلك إلى فرضية تقديم رزم و طرود كوحدة في التصريحات الموجزة بغض النظر عن طريقة جمعها . دون أن ننسى النقص أو الزيادة في هذه الطرود بفارق متعارض مع الوثيقة التي تتضمن تصريحاتها، وكذا الشحن والتفريغ بدون ترخيص. فقانون الجمارك يقرر لهذه الأفعال عقوبة غرامة قدرها خمسة وعشرون ألف دينار، ويستبعد عقوبة الحبس بشأنها، وكذلك غرامة مالية بقيمة خمسة وعشرين ألف دينار أخرى عن كل شهر تأخير-غرامة تهديدية-بشروط عدم تجاوز مبلغ 1.000.000 دج بالنسبة لعدم تنفيذ الالتزامات المكتتبه، وعقوبة غرامة قدرها خمسة وعشرين ألف دينار بسبب عدم الالتزام بإيداع التصريح المفصل في الأجل القانوني، في حين يعاقب المشرع بغرامة 1000.000 د ج على عدم تقديم الوكالة من طرف الوكيل المعتمد لدى الجمارك. (49)

أما بالنسبة للمخالفات الجمركية من الدرجة الثانية التي تضمنت عدم الوفاء بالالتزامات المكتتبه بدون تدليس والتصريح الخاطئ بالبضائع، فيعاقب عليها المشرع بغرامة تساوي ضعف مبلغ الحقوق والرسوم المتملص منها، أو المتغاضى عنها، بشرط ألا تقل قيمة الغرامة عن خمسة وعشرين ألف دينار جزائري، مع حكم خاص بالنسبة لعدم تنفيذ الالتزامات المكتتبه المجردة من الأفعال التدليسية، بحيث يعاقب عليها بغرامة مالية لا تتجاوز نسبة 10|1 قيمة البضاعة محل الجريمة عند إدارة الجمارك وفقا للتعريف الجمركية المعتمدة. (50)

تضم المخالفات الجمركية من الدرجة الثالثة، وهي آخر الدرجات الجرمية في صنف المخالفات المراقبة الجمركية للمطاريق البريدية المجردة من الطابع التجاري، الذي يمثل الحق الخالص للخبزينة العامة وكذا التصريحات الخاطئة المقدمة من طرف المسافرين، بحيث يعاقب عليها بمصادرة البضائع محل الغش. (51)

نستخلص من كل ما ورد أعلاه، أن سائر المخالفات الجمركية تتضمن الغرامة والمصادرة، في حين تستبعد تطبيق عقوبة الحبس، فهل يجوز استئناف الأحكام الصادرة بشأنها؟ .

المشكلة في هذا المقام، أننا لا نستطيع الجواب عن هذا السؤال قبل الإجابة عن سؤال آخر، فلا نستطيع تحديد نطاق الاستئناف ضد أحكام المخالفات الجمركية، قبل تحديد الطبيعة القانونية لما سماه المشرع بالعقوبات الجبائية - المالية-وهي الغرامة والمصادرة، إذا ما كانت عقوبات جزائية بالمفهوم الذي نص عليه قانون العقوبات، أم أنها مجرد تعويضات مدنية؟ .

إن هذا التساؤل لعلّى قدر عظيم من الأهمية، لأنه لا يجوز استئناف أحكام التعويض المدني بالمفهوم الوارد في نص المادة 259 من قانون الجمارك قبل تعديلها سنة 1998، أما إذا كانت العقوبات الجبائية ذات طبيعة عقابية أو حتى ذات طبيعة مختلطة يمتزج فيها عنصر الجزاء مع التعويض، فيجوز استئنافها كذلك، بمعنى أن مسألة ممارسة الاستئناف من عدمه في مادة المخالفات الجمركية، مرهون بمسألة تحديد الطبيعة القانونية لما رصده المشرع لها من عقوبات، إذا ما كانت ذات طبيعة جزائية عقابية، أم ذات طبيعة جبائية مالية. (52)

حقيقة الأمر أنه احتدم صراع فقهي شديد حول تحديد الطبيعة القانونية للعقوبات الجبائية، كما أوردها المشرع في قانون الجمارك تحت هذه التسمية⁽⁵³⁾، بالرغم من أن المشرع حسم المسألة في تحديد طبيعة الغرامة في قانون العقوبات، واعتبرها عقوبة جزائية صادرة في الشق الجزائي من الحكم⁽⁵⁴⁾، أما الغرامة الجمركية فقد كان المشرع الجزائري قد عرفها في المادة 259/2 من قانون الجمارك قبل تعديله سنة 1998، بموجب القانون 22-1998 بحيث كان يعتبرها تعويضا مدنيا، فحذف في التعديل نص الفقرة الرابعة، وسكت عن تحديد طبيعتها القانونية وذلك بعد الانتقادات اللاذعة التي وجهت له، بحكم أنه كان يناقض نفسه بأن صرح بطابعها التعويضي، في حين كان نص المادة 4/259 يبدأ بكلمة "يعاقب" . (55)

إن المحكمة العليا حالياً تعترف للغرامة والمصادرة في المواد الجمركية بطابع مزدوج يتراوح ما بين العقاب والتعويض في نفس الوقت، وهو الرأي الذي يؤيده د. أحسن بوسقيعة⁽⁵⁶⁾، وإن كنا نحن بدورنا نؤكد الطابع العقابي المحض لها لعدة أدلة، منها تقرير عقوبة الغرامة حتى في حالة عدم حدوث ضرر، كما هو الحال في نظرية المعاقبة على مرحلة ما قبل الشروع - فعل تحضيري - كما في حالة حيازة مخزن معد للتهريب، فأين الطابع التعويضي للتغريم في هذه الفرضية؟ .

ندلل كذلك على الطبيعة العقابية من خلال المبلغ المستحق للخزينة العامة في مجال الغرامات النسبية - المضاعفة - التي تلزم مرتكب الجريمة بدفع خمسة أضعاف قيمة البضائع محل الغش، مما يخرج عن الأحكام العامة للتعويض، فإذا قمت بتكسير هاتف نقال لأحد الأشخاص مثلاً، فالتعويض يكون بإرجاع هاتف نقال آخر بنفس الجودة والمواصفات أو دفع ثمنه، لكن الغرامة في قانون الجمارك تستوجب مثلاً في حالة تهريب بضاعة معينة -هاتف مثلاً- دفع ثمن ذلك الهاتف محل الغش خمسة مرات، أليس هذا عقوبة جزائية بأتم معنى الكلمة؟ بالرغم من أن رأينا الشخصي، لا يغير من الأمر شيئاً إذا قلنا أن الغرامة الجمركية والمصادرة ذات طبيعة مختلطة أم عقوبة جزائية عقابية خالصة، لأن كلا الوصفين أو الطبيعتين تستوجبان - من المفروض- حق الاستئناف باعتبارهما تتضمنان شقاً عقابياً، ما دمنا قد استبعدنا فرضية كونهما مجرد تعويضات مدنية، لكن هل هذا يعنى إمكانية استئناف الأحكام الصادرة بعقوبات الغرامة و المصادرة في مواد المخالفات الجمركية؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال المطلب الثاني من هذا المبحث كما يلي.

المطلب الثاني

المادة 416 من ق إ ج بين عدم الدستورية ومحدودية إخطار المجلس الدستوري في المخالفات

الجمركية

رأينا أن قانون الإجراءات الجزائية يحصر ممارسة حق الاستئناف في المخالفات على عقوبات الحبس فقط دون الغرامة الجمركية أو المصادرة، لذلك وفقا لهذا المعنى، تكون جميع العقوبات التي تتضمنها مخالفات التشريع الجمركي غير قابلة للاستئناف عندما يصدر حكم قضائي بشأنها، فتكون أحكاما ابتدائية نهائية في أول درجة. (57)

يكون الحكم الذي تضمنته المادة 2|416 من قانون الإجراءات الجزائية، مخالفا لما نصت عليه المادة 2|160 من التعديل الدستوري الساري المفعول في الجزائر، لأن نص المادة الدستورية جاء على سبيل العموم فقط خص القانون بالتفصيل في ممارسة حق الاستئناف- التناضي على درجتين- وتبعاً للإحالة المذكورة أعلاه - حسب اقتناعنا الخاص- لا يمنح للنص القانوني العادي وهو قانون الإجراءات الجزائية، صلاحية تجاوز أو مخالفة حدود النص الدستوري الذي يعلوه درجة، وإلا كيف نفسر عدول المشرع الجزائري عن موقفه الرفض لتكريس قضاء استئنافي في مادة الجنايات ، الذي ينطبق على أحكام جنائية التهريب الجمركي هي الأخرى ؟ . لا يغير من موقفنا هذا الطابع المخفف للمخالفات في نطاق القواعد العامة، لكن الغرامات والمصادرات المحكوم بها في مخالفات التشريع الجمركي قد تكون أضعافاً مضاعفة، وفي مقابل ذلك يحرم المحكوم عليه من استئنافها، وكأنه يصبح ينال عقوبتين وبهذا لا تتساوى الغرامة في المادة الجمركية مع الغرامة المحكوم بها في نطاق التشريع الجمركي، فالأمران ليس سيان.

نحن نرى أنه: حتى ولو كانت المخالفة أقل وصفاً وخطورة من الجنايات، وهذا بتحفظ، لكن واقع ما نصت عليه المادة الدستورية يقتضي استئناف جميع الأحكام الصادرة بعقوبات جزائية، بما فيها أحكام المخالفات سواء كانت مخالفات من قواعد القانون العام أم القوانين الخاصة مثل قانون الجمارك، تطبيقاً حرفياً لما ينص عليه القانون الإطار وهو الدستور، فهي لم تتضمن استثناءات أو حالات خاصة، ولم تفتح باباً للتأويل بغير ذلك.

قد يواجه رأينا هذا اعتراضا آخر، مفاده أن النص الدستوري يتضمن قواعد عامة، في حين تتضمن القوانين العادية مثل قانون الإجراءات الجزائية وقانون الجمارك قواعد خاصة، ولهما صلاحية تنظيم ممارسة أي حق من الحقوق الدستورية، وطبقا لقاعدة الخاص - قانون الجمارك بإحالة من قانون الإجراءات الجزائية - يقيد العام - الدستور - فلا ضرر تبعا لذلك على سمو القاعدة الدستورية، غير أن حقيقة الأمر غير ذلك، لأن اقتناعنا الخاص يقودنا إلى حصر مجال تطبيق القاعدة السالفة الذكر بين القواعد القانونية التي تحتل مراتب متساوية في الهرم القانوني وليس مقابلة نص دستوري يتصدر قمة الهرم القانوني، مع تشريع عادي كقانون الجمارك أو قانون الإجراءات الجزائية بل، ونضيف أنه حتى ولو منعت حق الاستئناف في المخالفات الجزائية في نطاق قواعد التشريع الجمركي اتفاقية دولية فلا يغير هذا من الأمر شيئا، لأنه حتى الاتفاقيات الدولية يسمو عليها الدستور ويكون أعلى مرتبة منها، بل وأن الدول غالبا ما تمتنع عن التصديق على الاتفاقيات إذا كانت هذه الأخيرة لا تتوافق مع دساتيرها، لذا نبقى نرى في نص المادة المذكورة عدم الدستورية.

قد يضيف البعض تذراعا لحماية و تمويه هذا العيب في قانون الإجراءات الجزائية تحججا بالطابع الخاص للجرائم الجمركية، فالمخالفة في قانون الجمارك بدون أدنى شك تكون أخطر من المخالفة المنصوص عليها في قانون العقوبات، ونحن نؤيد الجزء الكبير من هذا الطرح، اقتناعا بالطبيعة الخاصة وغير المألوفة لجرائم المخالفات الجمركية، ضمانا لمصالح الخزينة العامة التي تمثل المصلحة العامة الأجدر بالرعاية، اعترافا بطغيان المعطيات والظروف الاقتصادية على المبادئ والمعطيات القانونية العامة، الأمر الذي يستدعي تخصيص الجرائم الجمركية بهذه التقنيات الجزائية، لكن هل تحتل حتى المخالفات البسيطة بنوعها المنصوص عليها في قانون العقوبات نفس القدر من الخصوصية، لكي يحرم قانون الإجراءات الجزائية المحكوم عليه من إمكانية استئنافها؟ وكذلك لماذا سارع المشرع الجزائري في تجسيد مبدأ التقاضي على درجتين في المسائل الجنائية، وهو يدرك أنه سوف يمتد تأثير تطبيق المبدأ على جناية التهريب الجمركي وهي تمتاز بنوع من الخصوصية؟، فلو أراد عكس ذلك لفعل، وعليه الجواب واضح ولا يحتاج لمزيد من التوضيح، الأمر الذي يستوجب التدارك وتطبيق المبدأ على

المخالفات كذلك دون إغارة أي اهتمام لتفانم القضايا الجزائية على القضاء، لان الحكم بالعدل هو كذلك مصلحة لا تقل أهمية عن المصلحة التي تسعى إدارة الجمارك للحفاظ عليها. كل هذا لمحاولة تلافي ما قد يقع من أخطاء قضائية في المخالفات خاصة الجمركية منها فنهق المحكوم عليه بدفع مبالغ طائلة لا طاقة له على دفعها، فكيف يسعى المشرع لحماية المصلحة العامة من جهة ويهدرها من جهة أخرى؟ .

هذا النموذج لعدم الدستورية - حسب رأينا- الوارد في قانون الإجراءات الجزائية ويتأثر به القانون الجمركي في مسألة تقييد حق الاستئناف، إن دل على شيء، إنما يدل على عدم فعالية دور المجلس الدستوري في ممارسة عملية الرقابة، بصفته صاحب الاختصاص الأصلي لحماية الدستور، وفقا لما تطرقنا إليه في الجزء الأول من هذا الموضوع كصورة للرقابة السياسية، فمخالفة نص المادة 2|416 من قانون الإجراءات الجزائية وقياسا على ما تتضمنه أحكام المخالفات الجمركية، لما تنص عليه المادة 2|160 من الدستور واضحة كل الوضوح، وبالرغم من ذلك لم يتم إخطار المجلس الدستوري بهذه المسألة .

حسن ما فعل المشرع الجزائري سنة 2017 بتعديله لقانون الإجراءات الجزائية من جديد، وذلك رغبة منه بكل تأكيد في مواكبة المبادئ والتوجهات الدستورية الجديدة في المسائل الجزائية (58)، غير أن التعديل لم يمس الفقرة الثانية من نص المادة 416، بل مس فقط الاستئناف في الجرح بإضافة إمكانية استئناف الأحكام القاضية بالبراءة دون إعادة النظر في المخالفات، وهو ما ندعو للانتباه له، حتى يكون قانون الإجراءات الجزائية الملقب بقانون الشرفاء، سجايا للحرية الفردية، لان العدالة لا يضيرها إفلات مجرم من العقاب بقدر ما يضيرها إدانة شخص بريء وهو ما يميز الدولة القانونية عن الدولة البوليسية .

إن عدم فعالية دور المجلس الدستوري ومحدودية حق الإخطار، ليس له دافع إلا مشكلة عدم استقلالية أعضائه كما خلصنا إلى ذلك أعلاه، لان محدودية الإخطار، ترجع إلى وحدة الجهات التي تحوز هذا الحق، وهي نفسها تقريبا من تتولى صناعة النصوص القانونية، فمن المستحيل أن تقوم الهيئات التي تملك حق الإخطار (59)

بالطعن في دستورية قوانين من صنعتها ومنها قانون الإجراءات الجزائية وقانون الجمارك بما يحويه من تفويض في وضع القواعد القانونية. (60)

في إطار التوجهات الدستورية الجديدة ، قد تكون المادة 2|416 من قانون الإجراءات الجزائية (61) محل دفع بعدم الدستورية، بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، بمناسبة مثل المتقاضي أمام القضاء في أية قضية مدنية أو جزائية أو تجارية، فيدفع بعدم دستورية هذه المادة ، نظرا لانتهاكها لحقه في الاستئناف وحرمانه من الاستفادة بما يحققه عليه مبدأ التقاضي على درجتين من حماية، فيتصل المجلس الدستوري بناء على الإحالة من أعلى الجهات القضائية - المحكمة العليا أو مجلس الدولة- بعد إصدار القانون العضوي المزمع تحضيره لتنظيم طرق وكيفيات ممارسة الدفع ، تنقيحا و تصحيحا للمنظومة القانونية من المقتضيات غير الدستورية(62)

الخلاصة

ونحن نختم هذه الورقة البحثية، لنا أن نستخلص أن دور المجلس الدستوري الجزائري، أضحي جد محدود بالمقارنة مع حجم الصلاحيات التي يتمتع بها وحجم المسؤولية الملقاة على عاتقه، صيانة للحقوق والحريات الدستورية، خاصة عند مواجهة صرامة القوانين الجنائية، ومنها تقنيات التجريم والعقاب في المواد الجمركية، التي تكاد أن تصدر هذه الحقوق والحريات، سعيا وراء تحقيق غاية أسمى، وهي حماية المصلحة الاقتصادية للدولة نظرا لأفضليتها على حماية المصالح الخاصة للأشخاص.

نحن من جانبنا، لا ننكر الضرورة الحتمية لحماية الاقتصاد الوطني من الاستنزاف، حماية لمصالح الخزينة العامة، لكن نرى أن المشرع الجزائري في تنظيمه لحق الاستئناف في الأحكام الجزائية للتشريع الجمركي، لم يرد تخصيص فئة هذه القواعد بخصوصيات كما اعتاد على ذلك في سائر مراحل الإجراءات الجنائية المطبقة على المادة الجمركية، بدليل أنه أخضع حتى أحكام جنایات التهريب الجمركي من حيث الاستئناف لأحكام قانون

الإجراءات الجزائية، الذي كرس القضاء الاستثنائي في الأحكام الجزائية، وكان على إدراك بأن الأثر القانوني للاستئناف، سيمتد تطبيقه حتما إلى قواعد القانون الجمركي، وأنكر في نفس السياق إمكانية استئناف أحكام المخالفات الجمركية، فمادام اعتمد أسلوب المساواة بين الأحكام الجزائية الصادرة في مواد قانون الإجراءات الجزائية والأحكام الجزائية للتشريع الجمركي رجوعا لتطبيق القواعد العامة، كان عليه إخضاع حكم المادة 416-02 من قانون الإجراءات الجزائية لأحكام المادة 160-02 من التعديل الدستوري، الأمر الذي نستنتج منه المخالفة الصريحة لعمومية نص المادة الدستورية، بما لها من سمو وتفوق على سائر القواعد القانونية.

أسباب عدم تحرك المجلس الدستوري في مسألة الرقابة، مرجعها عدم تمتعه بالاستقلالية بالإضافة لصعوبة ومحدودية إجراءات الإخطار فيه، الأمر الذي يكبل صلاحياته الرقابية، ويجعل من حصيلة أعماله الفعلية، لا تساوي حتى نصف حصيلة أعمال المجلس الدستوري الفرنسي، لذلك محاولة منا تحقيق نوع من العدالة الدستورية، وإعادة الفعلية لدور المجلس الدستوري الجزائري والرقابة الدستورية بصفة عامة، نقترح على المؤسس الدستوري ما يلي:

✓ إعادة النظر في نظام الرقابة المعتمد كونه لا يتماشى مع طبيعة وواقع النظام السياسي الجزائري، حيث أن تجسيد نظام رقابة فعال في ظل النظام السياسي السائد أمر مستعص جدا، وذلك راجع لعدة اعتبارات تم التفصيل فيها في معرض هذا البحث، وهي ناجمة في مجملها عن سيطرة السلطة التنفيذية، واحتكارها لأغلب الأدوار التشريعية والرقابية، ما جعل المؤسسات والأجهزة ككل، خاضعة لإرادتها ومتماشية وفق رغباتها ومشاريعها، ولا يمكن أن نصل في ظل هذا الوضع أبدا إلى رقابة دستورية فعلية تمنع صدور القوانين غير دستورية، وتكفل الحفاظ على الحقوق والحريات الأساسية مادام هنالك تبعية واضحة للتركيب البشرية للمجلس الدستوري لهذه السلطة واستقلالية بعيدة المنال.

✓ إن المكانة المهمة للرقابة الدستورية والأهمية البالغة لها في بناء دولة القانون، تتطلب إسنادها لهيئة تتوفر فعلا على شروط وعوامل تضمن استقلاليتها وحيادها، بتحسينها من جميع المؤثرات السياسية، وبالتالي

جعلها أداة فعالة في هيكله النظام القانوني في الدولة، وهو ما يتحقق في إطار نموذج المحكمة الدستورية، التي انتهجتها الكثير من الدول قديما مثل النمسا والولايات المتحدة الأمريكية، وحديثا مثل تونس والمغرب وغيرهم.

✓ آخر اقتراح بوسعنا تقديمه في هذا البحث، هو أخذ المشورة من أهل الاختصاص، من أساتذة ودكاترة القانون الدستوري في مختلف جامعات الوطن، نحو حركة إصلاح شاملة، قبل تعديل الأحكام الدستورية، نظرا لخطورة التعديل الدستوري على الاستقرار والأمن القانوني، وعلى سائر المنظومة القانونية بما تحويه من مبادئ، وفي هذا السياق من الجميل ونحن نختم موضوعنا هذا، أن نذكر بقول رائع للفييه: **فرانسيس بيكون FRANCIS BACON** - في كتابه الموسوم بـ : " الدراسات " حين يقول: «...إن القراءة تصنع أنسانا كاملا، والمشورة تصنع إنسانا مستعدا، والكتابة تصنع أنسانا دقيقا».

الهوامش والمراجع:

1. د. سعيد بو الشعير: النظام السياسي الجزائري، الجزء الرابع، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر 2013، ص 163، 296.
2. بوكرا ادريس، المبادئ العامة للقانون الدستوري والنظم السياسية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، ص 227.
3. د. سعيد بو الشعير: المرجع السابق، ص 296.
4. الياس ابو عيد، المجلس الدستوري، دون دار نشر، 2007، ص 13.
5. المادة 166 من دستور الجمهورية الجزائرية المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 7 ديسمبر 1996، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996 في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية بحيث كان حق الإخطار حسب نص هذه المادة وقبل تعديل 2016، يقتصر على ثلاث شخصيات، وقد تم إخطار المجلس عدة مرات منذ 1996 إلى غاية سنة 2016، أنظر: د. سايس جمال: الاجتهاد الجزائري في القضاء الدستوري، منشورات خليل، الطبعة الأولى، 2014، ص 7-10.
6. د. حمدي عطية مصطفى عامر: رقابة الدستورية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2016، مصر، ص 92.
7. د. مولود ديدان: القانون الدستوري والنظم السياسية، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2016، ص 84.

8. كانت تشكيلة المجلس الدستوري وفقا لدستور 1996 غير متوازنة، بحيث كانت تمثل فيها السلطة التنفيذية بثلاث أعضاء، والسلطة التشريعية بأربعة أعضاء، والسلطة القضائية بعضوين فقط، إضافة إلى غياب شرط الكفاءة القانونية في هذه التشكيلة، إذ تم حصر سلطات الإخطار في ثلاث شخصيات.
9. المادة 1|183 من القانون رقم 02-16 المؤرخ في 6 مارس سنة 2016، الصادر بالجريدة الرسمية رقم 14 الصادرة بتاريخ 7 مارس 2016، المتضمنة تعديل الدستور.
10. المادة 4|183 من نفس التعديل الدستوري لسنة 2016 الصادر بنفس القانون.
11. طبقا لنص المادة السابقة، فإن أعضاء كل من السلطة التشريعية والقضائية، ينتخبون لدى المجلس الدستوري باستثناء أعضاء ممثلي السلطة التنفيذية، الذين يتم تعيينهم من قبل رئيس الجمهورية، ومن بينهم رئيس المجلس ونائبه.
12. المادة 184 من التعديل الدستوري 2016، المرجع السابق.
13. المادة 187 من التعديل نفسه.
14. المادة 188 من التعديل نفسه.
15. المادة 3/191 من التعديل نفسه.
16. انظر المادة 54 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، المؤرخ في 11 جمادى الثانية عام 1433، الموافق لـ 03 ماي 2012، الجريدة الرسمية رقم 26.
17. المادة 4|182 من التعديل الدستوري 2016، المرجع السابق.
18. د. سعيد بو الشعير: المرجع السابق، ص 297.
19. جاء التعديل الدستوري لسنة 2016، حاملا في ثناياه 9 تعديلات كاملة في المواد الخاصة بالمجلس الدستوري مع إضافة مادة رقم 188 الخاصة بالدفع بعدم الدستورية.
20. جمام عبد العزيز: عدم فعالية الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة تيزي وزو، بدون تاريخ، ص 14.
21. المادة 1|183 من التعديل الدستوري 2016، المرجع السابق.
22. المرجع نفسه.
23. جمام عبد العزيز، المرجع السابق، ص 22.
24. راجع المواد 105، 107 و 109 من التعديل الدستوري 2016، المرجع السابق.
25. للتوسع أكثر طالع المواد: 102، 105، 109، 110، من التعديل الدستوري نفسه.
26. د. رشيدة العام: المجلس الدستوري الجزائري، دار الفجر، الطبعة الأولى، القاهرة، 2006، ص 225.

27. أنظر: الموسوعة الالكترونية "ويكيبيديا"، المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية، من الموقع الالكتروني <https://ar.wikipedia.org> ، تاريخ الدخول للموقع 2017/05/15، على الساعة 12:11.
28. د. رشيدة العام: المرجع السابق، ص 226.
29. جمام عبد العزيز: المرجع السابق، ص 35.
30. حدد دستور 1996 في المادة 166، حق الإخطار لثلاثة شخصيات على سبيل الحصر، وهي رئيس الجمهورية ورؤساء غرفتي البرلمان، وقد وجهت الكثير من الانتقادات لهذا التضييق في الإخطار ما جعل المؤسس الدستوري ينتبه لهذا النقص ويتداركه في تعديل 2016 بنص المادتين 187 و188.
31. المادة 188 من التعديل الدستوري 2016، المرجع السابق.
32. المادة 2/189 من التعديل نفسه.
33. د. حمدي عطية مصطفى عامر: المرجع السابق، ص 324.
34. أنظر المواد 407، 408، 350، 355 من القانون رقم 17-07 مؤرخ في 28 جمادى الثانية عام 1438 الموافق لـ 27 مارس سنة 2017، يعدل ويتم الأمر رقم 66-155، المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية.
35. د. ناصر حمودي: المحاكمة في قانون الإجراءات الجزائية-دراسة تحليلية نقدية، مطبوعة مقدمة لطلبة الماستر تخصص القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة البويرة، دفعة 2013-2014، ص 209 وما بعدها.
36. د. أحمد فتحي سرور: الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية القاهرة، مصر 1990، ص 390 وما بعدها.
37. د. مصطفى مجدي هرجة: طرق الطعن العادية في الأحكام الجنائية والمدنية، الاستئناف الجنائي في ضوء أحدث الآراء الفقهية وأحكام النقض، الطبعة الأولى، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2006 ص 72.
38. أشار إليه: د. عبد الرحمان خلفي، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري والمقارن، الطبعة الثانية، دار بلقيس للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، الجزائر، 2016، ص 16.
39. الصادر بالقانون رقم 17-04 مؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1438 الموافق لـ 16 فبراير سنة 2017 يعدل ويتم القانون رقم 79-07 المؤرخ في 26 شعبان 1339، الموافق لـ 21 يوليو سنة 1979 والمتضمن قانون الجمارك.
40. وهو الأمر رقم 05-06 مؤرخ في 23 غشت سنة 2005، متعلق بمكافحة التهريب، معدل ومتمم، لا سيما بالأمر 10-01، المؤرخ في 26 غشت 2010.
41. د. منير عبد المجيد: أصول الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، 2001، ص 64.

42. أنظر المادة 160-02 من التعديل الدستوري الجزائري الصادر في 27 جمادى الأولى عام 1437 هـ الموافق لـ 7 مارس سنة 2016، الصادر في الجريدة الرسمية في عددها الرابع عشر، بحيث تنص المادة على ما يلي: «.... يضمن القانون التقاضي على درجتين في المسائل الجزائرية ويحدد كفاءات تطبيقها».
43. أنظر المادة 416-02 من قانون الإجراءات الجزائئية، المرجع السابق، التي تنص على ما يلي: «تكون قابلة للاستئناف.... الأحكام الصادرة في مواد المخالفات القاضية بعقوبة الحبس بما في ذلك تلك المشمولة بوقف التنفيذ».
44. أشار إليه: د. أحسن بوسقيعة: المنازعات الجمركية، تعريف وتصنيف الجرائم الجمركية، متابعة وقمع الجرائم الجمركية الطبعة الثامنة، دار هومة للنشر، بوزريعة، الجزائر، 2016، ص 131.
45. د. أحسن بوسقيعة: المرجع السابق، ص 59 وما بعدها.
46. أنظر المادة 21-02 من قانون الجمارك، المرجع السابق.
47. **Bouskiaahcen** ; le contentieux douanier, évolution et évaluation, le phare n= 160 septembre , 2012 , وأنظر كذلك في نفس السياق المواد: 440-465 من الأمر رقم 66 - 156 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون .44; p العقوبات، المعدل والمتمم، لا سيما بالقانون رقم 16-02 المؤرخ في 19 يونيو 2016.
48. راجع المادة 416-02 من قانون الإجراءات الجزائئية، المرجع السابق.
49. أنظر نصوص المواد: 43، 48، 53، 57، 61، 63، 229، 319 من قانون الجمارك، المرجع السابق.
50. أنظر المادة 320 من نفس القانون.
51. أنظر المواد 199 مكرر، 235، 321 من نفس القانون.
52. انظر المادة 05 من قانون العقوبات، المرجع السابق.
53. د. أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 251.
54. أشار إليه: نبيل بورماني: قمع الجرائم الجمركية، مذكرة ماجستير، فرع الدولة و المؤسسات العمومية كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، 2013-2014، ص 100 و ما بعدها.
55. راجع المادة 05 من قانون العقوبات، المرجع السابق.
56. اطلع على نصوص المواد 319-326 من قانون الجمارك وتجد أن كلها تبدأ بكلمة " يعاقب"، المرجع السابق.
57. أنظر القرارات الصادرة عن غرفة الجنح والمخالفات في الملفات التالية:
- ملف رقم 136286، قرار: 09-06-1996، غير منشور
- ملف رقم 139983، قرار: 30-12-1996، غير منشور -- نقلا عن: د. أحسن بوسقيعة: المرجع السابق ص 332 وما بعدها.

58. راجع نص المادة 02-416 من قانون الإجراءات الجزائية، وقسها مع نص المادة 02-160 من الدستور السابق الإشارة إليهما.

59. راجع جمام عبد العزيز، المرجع السابق، ص 157.

60. وذلك بمنح المتقاضى حق استئناف أحكام محكمة الجنايات، وقياسا على ذلك أحكام جناية التهريب الجمركي في نص المادة 01-248

من قانون الإجراءات الجزائية، المرجع السابق، التي تنص على ما يلي: «يوجد بمقر كل مجلس قضائي محكمة جنايات ابتدائية ومحكمة

جنايات استئنافية تختصان بالفصل في الأفعال الموصوفة بجنايات وكذا الجنح والمخالفات المرتبطة بها». أما الفقرة الثالثة فتتص على أنه:

«تكون أحكام محكمة الجنايات الابتدائية قابلة للاستئناف أمام محكمة الجنايات الاستئنافية».

61. جاء نص المادة 01-416 المعدلة بالقانون السابق الإشارة إليه على ما يلي: «تكون قابلة للاستئناف... الأحكام الصادرة في مواد الجنح

إذا قضت بعقوبة حبس أو غرامة تتجاوز 20.000 د ج بالنسبة للشخص الطبيعي و100.000 د ج بالنسبة للشخص المعنوي والأحكام

بالبراءة»، في حين لم تعدل الفقرة الثانية منها.

62. راجع نص المواد 215 و188 من التعديل الدستوري الجديد، المرجع السابق.

الالتزام بنقل الأمتعة والمحافظة عليها في النقل الجوي للأشخاص

حمداوي نورة: أستاذة مساعدة "أ" بكلية الحقوق -بودواو

جامعة محمد بوقرة -بومرداس

ملخص

إن المسافر جوا يحمل معه أمتعة مسجلة أو غير مسجلة (يدوية). الأمتعة المسجلة أخضعها المشرع الجزائري إلى أحكام عقد نقل البضائع، أسوة باتفاقية فارسوفيا 1929 وفق نص المادة 146 من قانون الطيران المدني. أما الأمتعة غير المسجلة فلم ينص عليها، والمسافر يكون هو المسؤول الأول عنها إلا إذا أثبت خطأ الناقل الجوي أو تابعه.

Résumé

Le voyageur aérien transporte avec lui des bagages enregistrés et des bagages non enregistrés (bagages à main).

Le législateur Algérien a soumis les bagages enregistrés au régime du transport des marchandises en adéquation avec la convention de Varsovie de 1929.

Mais pour les bagages à main la responsabilité incombe le voyageur, sauf s'il a prouvé la faute du transporteur aérien ou ses préposés.

مقدمة

يرتب عقد النقل الجوي للأشخاص التزامات متقابلة بين الراكب والناقل، فأهمها بالنسبة للراكب دفع الأجرة والتقييد بتعليمات الناقل، وهذه تعد خارج نطاق بحثنا.

أما ما يرتبه العقد من التزامات على الناقل الجوي، فأهمها الالتزام بإيصال المسافر سليماً معافى إلى الوجهة المتفق عليها في الميعاد المتفق عليه ونقل أمتعته والمحافظة عليها، وهذا الالتزام الأخير هو نطاق بحثنا.

فإنظر لارتباط الالتزام بنقل الأمتعة والمحافظة عليها بإيصال المسافر سليماً معافى، لا سيما أن هذا الأخير يحمل معه أمتعته قد يحتاجها خلال سفره. وهذه الأمتعة قد تكون أمتعة شخصية يتركها في حوزته أو أمتعة غير يدوية يتركها تحت حراسة الناقل، مما دفع بأغلب القوانين والأنظمة القانونية إلى تنظيمها ضمن إطار عقد نقل الأشخاص.

فالمسافر جواً قد يتضرر أثناء عملية النقل في جسمه أو في أمتعته، مما يثير مسؤولية الناقل الجوي عن هذه الأضرار.

ومن الإشكالات القانونية التي طُرحت حول هذا الالتزام في عقد النقل الجوي، هل نقل أمتعة المسافرين مستقل عن عقد النقل الجوي، وبالتالي التزم الناقل هنا بالتزام تقصيري، أم أن عقد النقل يشمل نقل الأشخاص وأمتعته، وبالتالي التزمه التزام عقدي؟ مما يدفعنا إلى طرح الإشكال التالي: ما مدى التزام الناقل الجوي بسلامة الأمتعة وما هي طبيعته؟ .

وسنحاول الإجابة عنه من خلال مبحثين:

المبحث الأول: مضمون الالتزام بنقل الأمتعة والمحافظة عليها.

المبحث الثاني: مجال مسؤولية الناقل الجوي عن الأضرار اللاحقة بالأمتعة.

المبحث الأول: مضمون الالتزام بنقل الأمتعة والمحافظة عليها

أثناء السفر يحمل المسافر جواً معه أمتعة قد يحتفظ لنفسه بحملها، كما قد يُسلمها للناقل الجوي خلال تنفيذ عملية النقل، فتبقى خلال عملية النقل تحت حراسته حتى يتم تسليمها له في مطار الوصول، مما يجعلنا هنا أمام نوعين من الأمتعة، أمتعة يدوية -أمتعة غير مسجلة- وأمتعة مسجلة.

وهذا يستلزم منا تحديد مضمون الالتزام بسلامة الأمتعة في كل من الأمتعة الغير مسجلة والأمتعة المسجلة.

المطلب الأول: مضمون الالتزام بنقل الأمتعة غير المسجلة والمحافظة عليها

يقصد بالأمتعة غير المسجلة الأمتعة اليدوية أو الشخصية، تلك الأشياء التي يحتفظ بها المسافر، ولا يسلمها للناقل¹.

فهي تلك الأمتعة الخفيفة الوزن وسهلة الحمل مما لا يستلزم على المسافر جوا دفع أجرة عن نقلها، فيسمح له الناقل الجوي بنقلها معه على الطائرة لاعتبارها جزءا تابعا لعملية نقل المسافرين ولا يغير من طبيعتها إذا عهد بها المسافر إلى أحد أعضاء الطاقم داخل الطائرة أثناء الرحلة².

غير أن عدم نص بعض التشريعات أو الأنظمة القانونية وعلى غرارها التشريع الجزائري واتفاقية وارسو 1929 فتح المجال للفقه في تفسير وتحديد الطبيعة القانونية لالتزام الناقل الجوي في المحافظة عليها.

وعليه يطرح التساؤل حول ما طبيعة هذا الالتزام حتى نتمكن من معرفة مدى التزام الناقل الجوي بسلامة الأمتعة اليدوية، خصوصا أن الاتفاقية الدولية الخاصة بالنقل الجوي للركاب وعلى غرارها المشرع الجزائري، لم ينص عنها في نصوصهم القانونية؟

ولتبيان ذلك نتعرض إلى موقف الفقه والتشريع حول ذلك.

أولا-موقف الفقه:

لقد اختلفت الآراء الفقهية حول طبيعة التزام الناقل الجوي بنقل الأمتعة غير المسجلة والمحافظة عليها، مما أدى إلى انقسام الفقه إلى فريقين: فريق يجعل من هذا الالتزام التزاما تقصيريا وفريق آخر يجعل منه التزاما عقديا.

الفريق الأول: اعتبر هذا الفريق أن التزام الناقل الجوي بنقل الأمتعة غير المسجلة التزاما عقديا يترتب عنه المسؤولية العقدية للناقل الجوي بحيث يكون مسؤولا عن كل الأضرار التي تصيب هذه

الأمّعة أثناء تنفيذ عملية النقلⁱⁱⁱ، على أساس أنه كان يعلم بأنّ المسافر يحمل معه أمّعة يدوية، وبذلك تمّدد آثار عقد النقل إلى هذه الأمّعة غير المسجلة^{iv}.

وبالمقابل فالناقل الجوي يمكنه دفع المسؤولية عنه بإثباته عدم محافظة الراكب عليها، خاصة في حالة عدم حدوث حادث يبرر هذا الضرر^v.

الفريق الثاني: وهو يمثل الرأي الغالب، بحيث يرى أصحاب هذا الفريق أنه في إطار نقل الأمّعة غير المسجلة ليس هناك مجال للصفة التعاقدية لمسؤولية الناقل الجوي عند تلفها أو هلاكها خلال فترة النقل، فالناقل الجوي لا يتعهد بنقلها، وعليه لا عقد بدون إرادة^{vi}.

وإذا اعتبرنا التزام الناقل التزاما عقديا نكون بذلك تعسّفا في حق الناقل في اللجوء إلى استنباط ما يسمى بالإرادة الضمنية للمتعاقدين، فالناقل عندما سمح للمسافر جوا نقل أمّعته على متن الطائرة لا يعدو أن يكون إلا رخصة منه للمسافر، بحيث يكون نقلها مجانا، فلا وجود لعقد لنقل هذه الأمّعة، ضف أنها لا تكون في حراسته وقد لا يعلم حتى بوجودها^{vii}.

وعليه إذا أصيبت الأمّعة الغير مسجلة / اليدوية للمسافر جوا لا يمكن أن تكون مسؤولية الناقل إلا مسؤولية تقصيرية يقوم على أساسها عبء إثبات خطأ الناقل أو أتابعيه حتى يتمكن المسافر جوا في استحقاق التعويض عن الأضرار التي لحقت بأمّعته^{viii}.

ولقد ذهب هذا الرأي إلى أبعد من ذلك، بتحليل المسافر مسؤولية أي ضرر قد يحدث لأمّعة المسافرين معه في الرحلة، أو أي ضرر يلحق بالناقل وهذا إذا قام بنقل أمّعة يدوية محظورة عليه نقلها، نظرا لمخالفة تعليمات الناقل، والذي يعد التزاما من الالتزامات التي يلقيها عليه عقد النقل^{ix}.

ثانيا-موقف التشريعات:

قانون الطيران المدني الجزائري 06/98^x، وكذلك اتفاقية وارسو لعام 1929^{xi}، لم يشيرا إلى

هذا النوع من الأمّعة عند التطرق لمسؤولية الناقل الجوي المترتبة عن الإخلال بالمحافظة على أمّعة المسافرين.

غير أنه بالرجوع إلى اتحاد النقل الجوي الدولي «IATA»، ووفقا لما جاء في الشروط العامة لهذا الاتحاد، فقد أعطى تعريفا عاما للأمتعة بأنها "الأشياء الشخصية التي يحملها المسافر المخصصة للحمل أو للاستعمال الشخصي أو الضرورية لراحته أو ليكون بحالة مريحة أثناء السفر"، مما يترتب عنه إذن تطبيق القواعد التي يتضمنها القانون الوطني إعمالا بقواعد تنازع القوانين، بما أن الاتفاقية وقانون الطيران المدني الجزائري 06/98 قد غفلا عنها^{xii}.

لكن رغم هذا يظل الناقل الجوي مسؤولا عنها بكونه ملزم بتهيئة وإعداد الأمكنة المعدة لوضعها على نحو لا يضر بها أو بسلامة أصحابها، فإذا وقع أي تقصير في أداء هذه الواجبات أو غيرها وجب على المسافر إثبات ذلك^{xiii}.

فالمسافر الذي يحتفظ بهذه الأمتعة يقع عليه كليا إثبات خطأ الناقل أو تابعيه، وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية على أساس الخطأ الواجب إثباته، ويرجع ذلك لكون هذا النوع من الأمتعة غير المسجلة- اليدوية- تكون تحت حراسته وسيطرته، فإن أصابها هلاك أو تلف أو عيب فالأولى بالمساءلة المسافر.

وعليه يكون التزام الناقل بالمحافظة على الأمتعة غير المسجلة / اليدوية التزاما ببذل عناية، والناقل إذا أراد نفي المسؤولية عنه يكفيه إثبات أنه بذل العناية اللازمة من أجل المحافظة على هذا النوع من الأمتعة^{xiv}.

ويمكننا ترجمة عدم نص اتفاقية وارسو 1929 على الأمتعة الغير مسجلة / اليدوية في نصوصها لكونها شرعت في وقت كان فيه النقل الجوي في بداياته الأولى ولم يتصور حينها مدى الإشكالات القانونية التي قد يترتبها نقل الأمتعة بصفة عامة.

غير أن اتفاقية مونتريال 1999 قد نصت على الأمتعة الغير مسجلة والأمتعة المسجلة وفرقت بينهما من حيث المسؤولية، بحيث جعلت من مسؤولية الناقل الجوي مسؤولية تقصيرية في حالة الإضرار بالأمتعة غير المسجلة، وبالتالي يكون الناقل هنا ملزما ببذل العناية للحفاظ عليها، أما إذا كان الناقل أمام أمتعة مسجلة فإنه يكون مسؤولا عن الأضرار التي تلحق بها مسؤولية موضوعية

قوامها مجرد وقوع الضرر، مما يجعل التزامه في هذه الحالة التزاما بتحقيق نتيجة^{xv}، وبالتالي كون هذا الاتفاقية تجعل من التزام الناقل الجوي بضمان سلامة الأمتعة غير المسجلة التزاما ببذل عناية يغني عن تطبيق قواعد تنازع القوانين، وما يثيره من إشكالات الإسناد لأن هذه الأخيرة تطبق في حالة إغفال النص عن الأمتعة غير المسجلة، كما هو الحال في قانون الطيران المدني الجزائري 06/98 واتفاقية وارسو 1929.

أما نحن فيمكننا أن نقول أنا نؤيد ما ذهب إليه الفقه ومعظم القوانين الوضعية من اعتبار التزام الناقل بنقل الأمتعة غير المسجلة التزاما ببذل عناية، مما يستوجب على المسافر جوا حال وقوع ضرر لهذا النوع من الأمتعة إثبات خطأ الناقل الجوي أو تابعيه، باعتبار أنها تحت حراسته وليس تحت حراسة الناقل.

المطلب الثاني: مضمون الالتزام بنقل الأمتعة المسجلة والمحافظة عليها

ويقصد بالأمتعة المسجلة ما سلم للناقل الجوي بقصد إيصاله نضير إيصال يصدره هذا الأخير ويبين فيه عدد الأمتعة وطبيعتها ووزنها^{xvi}، حيث تبقى تحت حراسة الناقل الجوي إلى غاية أن يسلمها إلى المسافر في مطار الوصول، ويكون التسليم للشخص الذي يبرز الإيصال^{xvii}.

لكن ثار خلاف بسيط حول ما إذا كان نقل الأمتعة المسجلة، يكون بموجب عقد مستقل عن عقد نقل الأشخاص أم أنه عقد نقل تبعية بجانب العقد الأصلي للركاب، كما أن البعض الآخر اعتبره التزاما من الالتزامات التي يفرضها عقد نقل الأشخاص^{xviii}، مثل ما قام به المشرع الجزائري، إذ بالرجوع إلى القانون التجاري الجزائري فإننا نجد أنه قد اكتفى بالنص على خضوع الأمتعة المسجلة إلى أحكام عقد نقل البضائع وفقا لنص المادة 46 و 47 و 48 وكذلك المواد 52 إلى 61 من نفس القانون، وهذا ما أخذ به قانون الطيران المدني الجزائري وفقا لنص المادة 146.

ولقد أدى هذا الخلاف إلى الاختلاف في تحديد الطبيعة القانونية للالتزام بالمحافظة على الأمتعة المسجلة، والذي يمكن أن يكون إما التزاما ببذل عناية أو التزاما بتحقيق نتيجة.

أولا-الالتزام بالمحافظة على سلامة الأمتعة التزام ببذل عناية

تقضي المادة 18 من اتفاقية وارسو ويقابلها نص المادة 146 من قانون الطيران المدني الجزائري 06/98 على أنه "يكون الناقل مسؤولاً عما يلحق الأمتعة المسجلة والبضائع من ضرر إذا كانت الواقعة التي تولّد منها الضرر خلال النقل الجوي".

وبهذا النص تكون اتفاقية وارسو والمشرع الجزائري قد ألقيا التزاما بضمان سلامة الأمتعة على عاتق الناقل الجوي^{xix}، وإن أخل به افتراض وقوع الخطأ من جانبه وانعقدت مسؤوليته العقدية، إلا إذا أثبت أنه هو وتابعه قد اتخذوا كافة الاحتياطات الضرورية لتوقي الضرر، أو كان من المستحيل اتخاذها أو أن العيب الذي أصاب الأمتعة المسجلة كان بسبب عيب ذاتي أو خطأ المسافر^{xx}.

ويعتبر هذا الالتزام التزاما بذل عناية مع نقل عبء الإثبات، بحيث يفترض خطأ الناقل ما لم يثبت العكس من قبل هذا الأخير^{xxi}، وافترض الخطأ في جانب الناقل يتفق ومقتضيات العدالة، لاسيما أن الأمتعة المسجلة تكون تحت الحيازة المادية أو حراسة الناقل، فهو الذي يتكفل بنقلها، فهذا الأخير يستطيع متابعة سير الأمور في مؤسسته ومتابعة خط سيرها للكشف عن سبب الضرر الذي أصاب تلك الأمتعة، وإلزام المسافر صاحب هذه الأمتعة بإثبات خطأ الناقل من شأنه أن يؤدي إلى الإجحاف في حقه^{xxii}.

ثانيا- الالتزام بالمحافظة على سلامة الأمتعة التزام بتحقيق نتيجة

لقد أثر التوجه الدولي للمسؤولية المدنية للناقل بصفة عامة والناقل الجوي بصفة خاصة نحو المسؤولية الموضوعية على طبيعة التزام الناقل الجوي بالمحافظة على أمتعة الركاب، وهذا منذ توقيع بروتوكول جواتيمالا سيتي لعام 1971.

بحيث أقرّ المؤتمرين في هذا البروتوكول أساسا جديدا لمسؤولية الناقل الجوي، ويتجسد هذا الأساس في كل من المخاطر وفكرة تحمّل التبعة، إذ بمجرد وقوع الضرر للركاب وأمتعتهم تقوم مسؤولية الناقل الجوي بقوة القانون^{xxiii}.

والناقل في هذه الحالة لا يمكنه دفع مسؤوليته إلا بإثبات عيب ذاتي أو خطأ المسافر صاحب الأمتعة^{xxiv}، وعليه أصبح الناقل ملزماً بتحقيق نتيجة.

ومن أجل توحيد قواعد النقل الجوي الدولي تم إبرام اتفاقية مونتريال لعام 1999، والتي جعلت الضرر كأساس لمسؤولية الناقل الجوي عن الأمتعة المسجلة، بحيث مجرد إثبات الراكب للضرر الحاصل في أمتعته تقام مسؤوليته بقوة القانون، وهذا وفقاً لنص المادة 2/17 من هذا البروتوكول: ولا يمكن دفع هذه المسؤولية إلا بإثباته أن الضرر كان نتيجة عيب في الأمتعة ذاتها أو عن طبيعتها، وهنا يتساوى الالتزام بسلامة الأمتعة مع الالتزام بسلامة الأشخاص، وهذا يعد نتاجاً منطقياً لارتباط الأمتعة بأصحابها، فهم عند إبرام عقد النقل كان هدفهم الوصول إلى الوجهة المتفق عليها سالمين هم وأمتعتهم.

المبحث الثاني: مجال مسؤولية الناقل الجوي عن الأضرار اللاحقة بالأمتعة

خلال عملية النقل الجوي يمكن للناقل الجوي أن يخل بالتزامه في المحافظة على سلامة الأمتعة مما يترتب عنه ضرر يؤدي إلى هلاكها أو تلفها أو تعييبها، مما يقيم بذلك مسؤوليته تجاه المسافر جواً، ونظراً لاختلاف نوع الأمتعة فإن هذه المسؤولية بدورها ستختلف إذا ما تعلق الأمر بأمتعة يدوية عما إذا كان أمام أمتعة مسجلة. وعليه سنحاول دراسة مجال مسؤولية الناقل الجوي بضمان سلامة أمتعة المسافرين جواً حسب نوع الأمتعة.

المطلب الأول: مجال مسؤولية الناقل في الأمتعة المسجلة

تنص المادة 1/146 من قانون الطيران المدني الجزائري 06/98 والتي يقابلها نص المادة 1/18 من اتفاقية وارسو 1929، على أنه "يكون الناقل بالطائرة مسؤولاً عن الخسائر والأضرار الناتجة عن ضياع أو تلف أو خسارة تصيب الأمتعة المسجلة أو الشحن، بشرط أن يكون السبب الأصلي للخسارة قد حدث في الوقت الذي كانت فيه الأمتعة المسجلة أو الشحن، تحت حراسة الناقل الجوي، سواء كان ذلك في المطار أو على متن الطائرة أو في أي مكان آخر، في حالة هبوط هذه الأخيرة خارج محطة جوية."

وعليه من خلال نص المادة 146 أعلاه يتضح لنا جليا الشروط الواجب توافرها لمساءلة الناقل الجوي عن الأمتعة المسجلة وهي تتمثل في:

أولا- حدوث واقعة / حدث

لقد استعملت اتفاقية وارسو 1929 مصطلح واقعة « Evénement » بدلا من مصطلح "الحادثة Accident"، الذي استعملته في نطاق مسؤولية الناقل الجوي للركاب عن الوفاة أو الإصابات التي قد تحدث للمسافرين جوا، ولقد عرف الفقه الحدث أنه كل الأسباب الممكنة للضرر سواء كانت متصلة بعملية النقل أم غير متصلة بها^{xxv}، بينما الحادثة « Accident » فهي تعني كل أمر فجائي أو غير متوقع متعلق بعملية النقل الجوي ذاتها، تصيب المسافر في جسمه، فالحدث أو الواقعة تتعلق بكل ما يلحق بالبضاعة أو الأمتعة المسجلة من تلف أو هلاك دون أن يشترط وقوع حادثة جوية^{xxvi}، فالحدث إذن يعد أكثر شمولاً من الحادثة.

ثانيا- وقوع الضرر خلال الفترة الزمنية للنقل

بالرجوع إلى قانون الطيران المدني الجزائري 06/98، فإننا نجد أنه قد حدد الفترة الزمنية التي يكون فيها الناقل الجوي مسؤولاً عن الأضرار التي تصيب الأمتعة من خلال نص المادة 146، وهي الفترة التي تكون فيها البضاعة أو الأمتعة تحت حراسة الناقل الجوي أو تابعيه داخل مطار القيام أو أثناء الطيران أو في مكان آخر في حالة الهبوط الاضطراري.

ويتضح مما سبق أن المشرع الجزائري قد ربط أسوة باتفاقية وارسو بين المسؤولية والحراسة من جهة^{xxvii-xxviii}، وأن تكون هذه الحراسة في مجال المرحلة الجوية من جهة أخرى.

فالناقل يظل مسؤولاً عن أي تلف أو هلاك أو عيب يصيب الأمتعة طالما أنها موجودة في حراسته أو حراسة تابعيه، وتمتد هذه الحراسة منذ الوقت الذي يستلم فيه الناقل الأمتعة من صاحبها في مطار الإقلاع، وتنتهي بتسليمها في مطار الوصول أو أي مكان آخر^{xxix}.

غير أنه وإن كان المشرع الجزائري قد عنى في الفقرة الثانية من المادة 46/ بتحديد ما يشمل النقل الجوي فلقد حرص في الفقرة الثالثة من نفس المادة على تحديد ما يخرج عنها، فنص على أنه " لا

يشمل النقل الجوي الفترة التي تكون فيها الأمتعة محل النقل البري أو بحري أو نهري يقع خارج المطار، إلا إذا كان هذا النقل لازماً لشحن الأمتعة أو لتسليمها أو لنقلها من طائرة إلى أخرى تنفيذاً للعقد النقل الجوي".

فهنا الأصل أن كل نوع يخضع بحسب طبيعته إلى القواعد الخاصة به، فلا يخضع إذن النقل البري أو البحري أو النهري للأحكام الخاصة بالنقل الجوي^{xxx}.

غير أنه إذا كان هذا النقل البري أو البحري أو النهري لازماً لشحن الأمتعة أو لتسليمها أو لنقلها من الطائرة إلى أخرى لعقد النقل الجوي فإن هذا الأخير سيشمل هذه الفترة، ففي هذه الحالة افترض أن الضرر الذي أصاب الأمتعة قد نتج عن واقعة حدثت أثناء فترة النقل الجوي ما لم يقع الدليل على عكس ذلك^{xxxi}.

فوقوع الضرر في فترة النقل الجوي على النحو الموضح سابقاً مناط تطبيق نظام المسؤولية المقررة في قانون الطيران المدني الجزائري واتفاقية وارسو، غير أن هذه القرينة قرينة بسيطة يمكن دحضها بكافة طرق الإثبات، وإقامة الدليل على حصول الواقعة المسببة للضرر في غير فترة النقل الجوي، وهذا تسهيلاً لعبء الإثبات على المضرور سواء كان صاحب المصلحة الناقل أو المسافر صاحب الأمتعة.

كما أنه في حالة الهبوط الاضطراري خارج المطار، إذا تقدر استكمال الرحلة بطريق آخر غير الطريق الجوي، فإن فترة النقل الجوي تنتهي من لحظة إفراغ الأمتعة من الطائرة، وهذا لتخلف شرط تواجد الأمتعة في المجال الجوي وإن بقي الناقل الجوي حارساً لها^{xxxii}. بينما بروتوكول جواتيمالا سيتي 1971 المعدل لاتفاقية وارسو 1929 وفقاً لنص المادة 04 منه، فإن الفترة التي يكون فيها الناقل الجوي مسؤولاً عن الأمتعة المسجلة، عندما تكون هذه الأخيرة على متن الطائرة، أو أثناء عمليات الصعود والنزول أو فترة الحراسة، وهنا يكون البروتوكول قد ربط سلامة الأمتعة ونقلها بعقد نقل الأشخاص وسلامتهم مما يدل على أن نقل الأمتعة ما هو إلا التزام تابع لعملية عقد نقل الأشخاص.

أما اتفاقية مونتريال 1999 قامت بتحديد الفترة الزمنية للنقل الجوي، والتي يكون فيها الناقل الجوي مسؤولاً عن الأضرار التي تلحق بالأمثلة معتمدة على معيار الحراسة دون المعيار المكاني، وفقاً لأحكام نص المادة 2/17 بحيث يكون الناقل الجوي مسؤولاً عن الأضرار التي تنجم للأمثلة مادامت هذه الأخيرة تحت حراسته أينما كان، وبالتالي تكون الاتفاقية هنا قد وسعت من مجال التزام الناقل بالمحافظة على الأمثلة المسجلة.

وعليه تبدأ فترة النقل الجوي منذ اللحظة التي تنتقل فيها حراسة الأمثلة إلى الناقل، وإذا أصيبت هذه الأمثلة بضرر خلال هذه الفترة عدّ الناقل مسؤولاً عنها وتنتهي بانتهاء هذه الحراسة، غير أن الفقه قد اختلف حول مفهوم هذه الحراسة وانقسم إلى اتجاهين:

- **الاتجاه الأول:** يرى أن الناقل الجوي يظل حارساً للأمثلة حتى لحظة التسليم في مطار الوصول، إذ تظل الأمثلة في حراسته وإن تخلف عنصر السيطرة المادية والفعالية، وبالتالي تدخل فترة تواجد هذه الأمثلة لدى الجمارك ضمن فترة النقل^{xxxiii}، بحيث يكون الناقل مسؤولاً عن كل ضرر يحدث للأمثلة في هذه الفترة.

- **الاتجاه الثاني:** فهو يأخذ بالمفهوم المادي للحراسة أي عنصر السيطرة المادية والفعالية على الشيء فقط، بحيث فترة النقل تنتهي بانتهاء هذه السيطرة، وبالتالي مجرد خضوع الأمثلة المسجلة للرقابة الجمركية تنتهي مسؤولية الناقل الجوي^{xxxiv}.

وعليه فبالرجوع إلى اتفاقية وارسو وقانون الطيران المدني الجزائري واتفاقية مونتريال 1995 فإننا نجد أن عنصر الحراسة عنصر مشترك بينهم، مما يدفعنا إلى القول أن الناقل الجوي يظل مسؤولاً عن الأمثلة المسجلة حتى يتم تسليمها إلى المسافر في مطار الوصول.

ثالثاً - الضرر

يأخذ الضرر الذي يحدث للأمثلة المسجلة إحدى الصور التالية^{xxxv}:

- **الهلاك أو التلف:** وهو ضرر من شأنه أن يؤدي إلى عدم إمكانية الانتفاع بالأمثلة أو استخدامها وقد يكون هذا الهلاك جزئياً أو كلياً.
- **ضياع الأمثلة:** وهو ضرر فقدان الأمثلة مادام الأمثلة كانت تحت حراسة الناقل الجوي، حيث قضت المحكمة العليا الجزائرية في حكم لها بتاريخ 2007/12/18، بمسؤولية شركة الطيران السورية في قضية بين شركة سوريا للطيران ضد مسافر جزائري، ووفقاً لأحكام المادة 18 من اتفاقية وارسو 1929 لضياع أمثلة هذا المسافر، والتي كانت تحت حراسة الشركة الناقلة^{xxxvi}.
- **تعيب الأمثلة:** بمعنى فقدان الأمثلة لقيمتها الحقيقية لعيب، بحيث يحول هذا العيب دون الانتفاع بها، أو يخفض من قيمتها^{xxxvii}.

المطلب الثاني: مجال مسؤولية الناقل الجوي عن الأمثلة غير المسجلة

كما سبق الإشارة إليه، الأمثلة الغير مسجلة هي تلك الأمثلة الشخصية اليدوية التي يحتفظ بها المسافر في حوزته.

وبالرجوع إلى اتفاقية فانسوفيا 1929 وقانون الطيران المدني الجزائري رقم 06/98، فإنه لم يرد نص عنها بل تم الإشارة في المادة 22 من الاتفاقية إلى حدود التعويض الواجب دفعه عند ثبوت مسؤولية الناقل الجوي، بحيث لا بد ألا يزيد عن المبلغ المحدد بالاتفاقية تاركة ذلك على شروط قيام المسؤولية للقانون الوطني الواجب التطبيق، وبمعنى آخر متى اشتغلت المسؤولية وفقاً للقانون الوطني يجب ألا يزيد التعويض عن المبلغ المذكور في الاتفاقية^{xxxviii}.

على عكس اتفاقية مونتريال لعام 1999 التي أشارت إليها من خلال نص المادة 2/17 كما سبق تفصيله أعلاه، بحيث جعلت من مسؤولية الناقل الجوي في حالة الإضرار بالأمثلة الغير مسجلة اليدوية - مسؤولية تقصيرية قائمة على أساس الخطأ واجب الإثبات من قبل المسافر المتضرر، على عكس حالة الأمثلة المسجلة التي جعلت من المسؤولية فيها قائمة على أساس الخطأ المفترض.

غير أنه لو رجعنا إلى قانون الخدمات الجوية رقم 164 / 166 فإننا نجده قد نص على الأمتعة الغير مسجلة كما أنه حدد مجال مسؤولية الناقل الجوي عن المحافظة عنها من خلال نص المادة 72، والتي تنص على أنه: " يكون الناقل مسؤولاً عما يلحق الأمتعة الغير مسجلة من ضرر والتي يحتفظ الراكب بحراستها شرط أن تكون الواقعة المسببة للضرر قد وقعت بين لحظة الصعود إلى الطائرة ولحظة النزول منها"xxxix.

وهو نفس الحكم الذي أخذت به اتفاقية فارسوفيا 1929 في المادة 17 منها والمادة 145 من قانون الطيران المدني 06/98 في نقل الركاب، فالناقل هنا سيكون مسؤول عن الأمتعة غير المسجلة وفقاً للمعيار المزدوج، في كون الراكب يكون هو وأمتعته تحت حراسة الناقل، وموجود في مكان محفوف بمخاطر الطيران ولا ينتهي هذا الالتزام إلا بانتهاء هذه الحراسة، وإذا أصيبت هذه الأمتعة بضرر يكون الناقل مسؤولاً عن الضرر وفقاً لأحكام اتفاقية وارسو 1929، التي تقيم مسؤولية الناقل على أساس الخطأ المفترض في حالة المساس بسلامة المسافرين، ووفقاً لهذا المنظور وبما أن عملية نقل الأمتعة غير المسجلة ما هو إلا عملية تابعة لنقل المسافرين فإن الفرع يتبع الأصل. وبما أننا أشرنا في المبحث الأول من هذه الدراسة أن طبيعة التزام الناقل الجوي في مجال الأمتعة غير المسجلة هو التزام بذل عناية مما يجعل المسؤولية القائمة عن الإخلال به مسؤولية على أساس الخطأ الواجب الإثبات وهي مسؤولية تقصيرية.

وعليه يمكن أن نقول أنه يمكن أن يكون مجال مسؤولية الناقل الجوي للأمتعة الغير مسجلة هو نفسه مجال الأمتعة المسجلة والمشار إليه أعلاه، مع جعل الإخلال بسلامة الأمتعة غير المسجلة يقيم مسؤولية الناقل الجوي على أساس الخطأ الواجب الإثبات، لا سيما هذه الأمتعة تكون في حيازته فهو المسؤول الأول عنها إلا إذا أثبت أن الناقل لا يهيبئ الطائرة من أجل المحافظة عليها.

خاتمة

الالتزام بالمحافظة على الأمتعة التزام تبعية لعقد نقل الأشخاص، فليس هناك عقد مميز نقل الأمتعة، وإنما يستند إلى العلاقة التعاقدية الموجودة بين المسافر والناقل، بحيث يلتزم هذا الأخير بالمحافظة عليها وفقاً لما يقرره القانون أو العقد.

ومسؤولية الناقل الجوي تختلف بحسب طبيعة هذه الأمتعة، فإذا كنا أمام أمتعة مسجلة، فإن الناقل وفقا لاتفاقية وارسو 1929 وقانون الطيران المدني الجزائري 06/98 يكون ملزم بالتزام ببذل عناية مع قلب عبء الإثبات على الناقل الجوي الذي عليه إثبات أنه اتخذ كل التدابير اللازمة هو وتابعه للمحافظة عليها، فهو إذن مسؤول على أساس الخطأ ومجال التزامه ووفق الإطار المكاني والزمني التي تحدد اتفاقية وارسو 1929 وقانون الطيران المدني الجزائري. أما إذا كنا أمام أمتعة شخصية يدوية، فإن التزام الناقل الجوي يكون التزاما ببذل عناية والإثبات يكون على عاتق المسافر، والمسؤولية في حال الإخلال بهذا الالتزام تكون مسؤولية تقصيرية تقوم على أساس الخطأ الواجب الإثبات، وأما بالنسبة للمشرع الجزائري فإننا نقترح عليه العودة إلى نص المادة 72 من الأمر 64/166 قانون الخدمات الجوية الملغى، والتي تحدد الإطار المكاني والزمني للمسؤولية الناقل عن الأضرار التي تلحق بالأمتعة غير المسجلة، باعتبارها أمتعة للمسافر جوا مثلها مثل الأمتعة المسجلة كما أنها مرتبطة بعملية نقل المسافرين والحفاظ على سلامتهم.

الهوامش:

- 1- عادل علي المقدادي، مسؤولية الناقل البري في نقل الأشخاص، مكتب دار الثقافة للنشر والتوزيع 1997 ص 136.
- ii-Barthelemy Marcadel : Droit des transports terrestre et aériens, Dalloz Delta, 1996, p 398
- زرهوني نبيلة، الالتزام بالسلامة في عقد نقل الأشخاص، مجلة المحكمة العليا، عدد 1، سنة 2013، ص 95.
- iii- عيسى غسان ربيضي، مسؤولية الناقل الجوي الدولي عن الضرر القائم على الأشخاص وأمتعتهم دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008، ص 102.
- iv - M.DEMOGUE, Traité des obligations, TVI, N160.
- v- د/ عادل المقدادي، مرجع سابق، ص 165.
- vi- د/ ثروت أنيس الأسيوطي، مسؤولية الناقل الجوي في القانون المقارن، ط 2، دار النهضة العربية، 1966، ص 266.
- vii- عادل علي المقدادي، مرجع سابق، ص 167.
- viii- ثروت أنيس الأسيوطي، مرجع سابق، ص 266.
- ix- عادل علي المقدادي، مرجع سابق ص 166.
- x- قانون 06/98 المؤرخ في 27 يونيو سنة 1998 المتضمن تحديد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني.
- xi- اتفاقية وارسو المتعلقة بنقل الركاب وأمتعتهم من أجل توحيد قواعد النقل الدولي صادقت عليها الجزائر لمقتضى المرسوم رقم 64 - 74 المؤرخ في 2 مارس 1964 جريدة رسمية رقم 26 سنة 64.
- xii- دلال يزيد، مسؤولية الناقل الجوي للأشخاص في النقل الجوي الداخلي والدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2010/2009، ص 108.

- xiii- هاني دويدار، قانون الطيران التجاري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2002 ص 244.
- xiv- د/ علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، ط 3، 2013، ص 30 وما بعدها.
- xv- د/ محمد فريد العريني ود/ محمد السيد الفقي: قانون النقل، منشورات الحلبي الحقوقية، 2011، ص 310.
- xvi- د/ عيسى غسان ربضي، مسؤولية الناقل الجوي الدولي عن الضرر القائم على الأشخاص وأمتعتهم دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008، ص 102 ود/ رفعت فخري، الوجيز في القانون الجوي، جامعة عين شمس، القاهرة، 2007، ص 28.
- xvii- عادل علي المقدادي، مرجع سابق، ص 169.
- xviii- نفس المرجع، ص 170.
- xix- د/ هاني دويدار، النقل البحري والجوي، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008، ص 305.
- xx- د/ عيسى غسان الربضي مرجع سابق ص 103؛ ثروت أنيس الاسيوطي، مرجع سابق، ص 269.
- xxi- د/ محمد فريد العريني، القانون الجوي الداخلي والدولي، الدار الجامعية، الاسكندرية، مصر، 1998، ص 199.
- xxii- د/ محمد فريد العريني، محمد السيد الفقي، مرجع سابق، ص 242.
- xxiii- بشار يسمينة، مسؤولية النقل الجوي للركاب، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الادارية، بن عكنون، الجزائر، ص 44.
- xxiv- هذا وفقا للنص المادة 2/4 في هذا البروتوكول.
- xxv- ثروت أنيس الاسيوطي، مرجع سابق، ص 347.
- xxvi- د/ محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص 200.
- xxvii- محمود محمد عبابنة، أحكام عقد النقل، النقل البحري، النقل الجوي، والنقل البري، دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن، 2015، ص 332.
- xxviii- Christophe Romlin: droit des transports, lexix nexix litec, 2005, p 210 et 211.
- xxix- د/ جلال وفاء محمدين، دروس في القانون الجوي، الدار الجامعية بيروت، لبنان، 1987، ص 160.
- xxx- د/ رفعت فخري، أحكام النقل الجوي الداخلي لقانون التجارة المصري الجديد، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، 2002، ص 34.
- xxxi- فريد العريني، مرجع سابق، ص 204؛ هاني دويدار، مرجع سابق، ص 387.
- xxxii- دلال يزيد، مرجع سابق، ص 168.
- xxxiii- دلال يزيد، مرجع سابق، ص 171.
- xxxiv- ثروت أنيس الاسيوطي، مرجع سابق، ص 296.
- xxxv- عيسى غسان الربضي، مرجع سابق، ص 104.
- xxxvi- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2007/14/18 رقم 392346، منشور لدى مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، لسنة 2008.
- xxxvii- محمودي سماح، مسؤولية الناقل الجوي الدولية دراسة في ظل اتفاقيتي وارسو 1929 ومنتريال 1999، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، باتنة، 2014-2015، ص 177.
- xxxviii- ثروت أنيس الاسيوطي، مرجع سابق، ص 269.
- xxxix- قانون 166/64 المؤرخ في 1964 يتعلق بالخدمات الجوية جريدة الرسمية رقم 49 لعام 1984.

ضرورة توقيع الجزاء الجنائي على منتهكي حقوق الإنسان الإسرائيليين في غزة

بن عيسى الأمين: الباحث في الدكتوراه

كلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة مستغانم –

باسم محمد شهاب: أستاذ التعليم العالي

كلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة مستغانم –

ملخص المقال:

يشهد الوضع الدولي الراهن ممارسات أقل ما يمكن وصفها بالمخلة والماسة بكرامة الإنسان وإنسانيته من قتل وتعذيب وتجويع وحصار إلى غير ذلك، وقد اخترنا في هذا المقال الممارسات التي ارتكبت بحق أبناء الشعب الفلسطيني في غزة، من قبل الكيان الصهيوني مستخدماً في ذلك أحدث الأسلحة المحظورة دولياً، ومخلفاً أبشع الجرائم في حق سكان غزة الذين حرّموا من أبسط حقوقهم وهو العيش بأمان. لقد حاولنا من خلال هذا المقال الوصول إلى مرحلة الجزم بضرورة توقيع الجزاء الجنائي المناسب ضد مرتكبي هذه الجرائم في غزة على أساس توفر السند القانوني الدولي لذلك، سواء أمام المحكمة الجنائية الدولية، أو أمام هيئة قضائية أخرى وعلى وفق آليات تضمن تحقيق العدالة الجنائية الدولية.

لقد حاولنا من خلال هذا المقال إثبات لزوم توقيع الجزاء ضد منتهكي حقوق الإنسان الإسرائيليين في غزة من خلال تأكيد قيام عناصر المسؤولية الجنائية الدولية للمسؤولين الإسرائيليين، والوسائل القانونية المتاحة لمحاكمتهم، مع التطرق لأهم الصعوبات التي تحول دون تحقيق ذلك.

Résumé de l'article :

La situation internationale actuelle connaît des pratiques le moins que l'on peut qualifier par la violence portant atteinte à la dignité humaine et à l'humanité en général, de l'assassinat, torture, la famine, le siège et ainsi de suite. Nous avons choisi dans cet article les pratiques commises contre le peuple palestinien dans la bande de Gaza par l'entité sioniste en utilisant les dernières armes internationalement interdites, et en laissant les crimes les plus odieux contre les habitants de Gaza qui ont été privés de leurs droits les plus élémentaires : vivre en toute sécurité. Nous avons essayé à travers cet article d'accéder à la nécessité de l'affirmation de signer la sanction pénale appropriée contre les auteurs de ces crimes dans la bande de Gaza sur la base de la disponibilité du fondement juridique international pour cela, qu'il soit devant la Cour Internationale Pénale, ou par-devant une autre autorité judiciaire et selon des mécanismes garantissant la justice internationale pénale. Comme nous avons essayé dans cet article de confirmer l'utilité de signer une sanction à l'encontre des auteurs de violation de droit de l'homme les Israéliens, dans la bande de Gaza, et ce par la confirmation des éléments de la responsabilité pénale internationale des responsables israéliens, ainsi que les moyens juridiques disponibles pour le procès, tout en discutant les difficultés les plus importantes empêchant sa réalisation.

مقدمة:

إن توقيع الجزاء الجنائي على رؤساء الدول والقادة العسكريين أصبح ضرورة تفرضها الرغبة في ضمان حقوق الإنسان في ظل مجتمع دولي مليء بتضارب المصالح المختلفة والإيديولوجيات والاعتبارات العقائدية التي تؤدي في أسوأ حالاتها إلى نشوب حروب يكون المدنيين أولى ضحاياها، وهو ما ظهر جليا من خلال الحربين العالميتين الأولى والثانية، هذه الأخيرة التي أرغمت القوى الكبرى آنذاك على إنشاء منظمة عالمية من أهم أهدافها الحيولة دون وقوع حروب تكون كارثة على الإنسانية، ورغبة في فرض الجزاء العادل تم إنشاء محاكم عسكرية دولية لمعاقبة مجرمي الحرب العالمية الثانية من رؤساء وقادة عسكريين، كما شهد القرن العشرين إنشاء مجلس الأمن - باعتباره جهاز تابع لمنظمة الأمم المتحدة - محاكم دولية جنائية مؤقتة بين سنتي 1993 و1994 لغرض محاكمة مجرمي الحرب الأهلية التي نشبت في كل من روندا ويوغسلافيا، ليتوج المسار العسير في سبيل إيجاد قضاء دولي جنائي يكفل حماية حقوق الإنسان، بإنشاء محكمة جنائية دولية بموجب نظام روما والذي دخل حيز التنفيذ في 1 جويلية 2002، وبالرغم من كل هذه الجهود والخطوات الجادة لا تزال إلى يومنا هذا عدة شعوب من أقطار العالم تعاني من أبشع وأفظع الجرائم كالقتل والحصار والتجويع والقصف بأحدث الأسلحة المحرمة دوليا على مرأى ومسمع أكبر الأجهزة المكلفة بالحفاظ على السلم والأمن و ردع منتهكي حقوق الإنسان، وعلى رأسها مجلس الأمن والمحكمة الجنائية الدولية وأكبر الدول التي تطلق على نفسها حامية حقوق الإنسان، بل والأكثر من ذلك تقوم هذه الدول بدعم هذه الانتهاكات وإعاقة عمل أجهزة الأمم المتحدة والمحاكم الدولية مما أدى إلى تنصل الأشخاص المسؤولين عن هذه الانتهاكات من توقيع الجزاء الجنائي العادل بحقهم . إن النموذج الذي يمكن من خلاله التأكيد على ضرورة توقيع الجزاء على منتهكي حقوق الإنسان هو العدوان المتكرر على غزة منذ سنة 2002 إلى غاية سنة 2014 الذي يعكس انتهاكات الإدارة الإسرائيلية لكل الأعراف والاتفاقيات الدولية في مجال حقوق الإنسان وهو ما سيتم توضيحه بعد طرح الإشكال الآتي: فيما تتمثل الانتهاكات الإسرائيلية لحقوق الإنسان في غزة؟ وما هو الدور الذي يجب أن تلعبه الأجهزة الدولية لتوقيع الجزاء الجنائي ضد القادة الإسرائيليين مرتكبي الجرائم الدولية؟

للإحاطة بهذا الإشكال قسمنا هذا الموضوع إلى مبحثين رئيسيين:

المبحث الأول: وجوب توقيع الجزاء الجنائي ضد منتهكي حقوق الإنسان من المسؤولين الإسرائيليين.

المبحث الثاني: الصعوبات التي تحول دون المتابعة الجزائية ضد المسؤولين الإسرائيليين.

المبحث الأول: وجوب توقيع الجزاء الجنائي ضد منتهكي حقوق الإنسان من المسؤولين الإسرائيليين

نتعرض إلى السند القانوني لقيام المسؤولية الجنائية الفردية للقادة الإسرائيليين (المطلب الأول)، ثم إلى الوسائل القانونية الممكنة لمحاكمة هؤلاء القادة الإسرائيليين عن جرائمهم في غزة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: السند القانوني لقيام المسؤولية الجزائية الفردية للقادة الإسرائيليين

توالت الاعتداءات الإسرائيلية البرية والبحرية والجوية على غزة، وكانت هذه المدينة الفلسطينية في كل مرة تحصي أعداد هائلة من الضحايا أغلبهم من المشمولين بحماية القانون الدولي الإنساني.

إن الكيان الإسرائيلي بهذه الممارسات خالف أحكام القانون الدولي الإنساني وجميع النصوص والوثائق القانونية الدولية التي تحكم سير العمليات الحربية، وسنبين مدى إمكانية تطبيق أحكام القانون الدولي الإنساني على غزة (أولا)، ثم نستدل بأمثلة عن الممارسات العدوانية للكيان الإسرائيلي في غزة ونعطي تكييفها بالاستناد إلى أحكام القانون الدولي الإنساني (ثانيا).

أولا-مدى إمكانية تطبيق أحكام القانون الدولي الإنساني على غزة

يدعي الاحتلال الإسرائيلي أن غزة تخضع لسيطرة منظمة إرهابية ما يجعله إقليم معادي، وكل ذلك لتبرير ممارستها لا إنسانية والعدوانية وتعطي لنفسها حق الدفاع الشرعي (i).
إلا أن الحقيقة التي تثبتتها النصوص الدولية بشأن غزة هو احتلالها من قبل الكيان الإسرائيلي وهو ما يبرر شرعية المقاومة الإسلامية التي تدافع عنها، وهذه الأخيرة أكدت شرعيتها النصوص القانونية الدولية التي تعترف بحق المقاومة ضد الاستعمار (ii)، وأكدته الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها رقم 3103 الصادر في 1973/12/12 الذي أعطى الحق الكامل للشعوب المستعمرة في النضال والكفاح بكل الوسائل المتاحة لهم ضد المستعمر (iii).

كل هذه الأسباب تبين أن المقاومة الفلسطينية هي التي تمارس حق الدفاع الشرعي وفقا لميثاق الأمم المتحدة والبرتوكول الإضافي الأول، وهو ما اعترف به ضمنا الكيان الإسرائيلي عندما عقد هدنة مع حركة حماس لمدة 6 أشهر، إذن مما تقدم ذكره فتكثيف الهجمات المتكررة للكيان الإسرائيلي على غزة، هو أنه عدوان وانتهاك صريح للقانون الدولي ولأحكام ميثاق الأمم المتحدة، ولما كانت إسرائيل هي السبابة للعدوان فإنه من حق سكان غزة الرد عليه حسب نص المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة وهذا الرد له السند القانوني الدولي الذي يكفل حق المقاومة والدفاع الشرعي، بالإضافة إلى أن حركة التحرير الفلسطينية معترف بها دوليا (iv).

إن الاحتلال من الناحية القانونية حالة تدخل ضمن النزاع المسلح الدولي الذي يعد مجالا طبيعيا لإعمال قواعد القانون الدولي الإنساني (v)، وبالرجوع لقواعد القانون الدولي العام فإن إقليم غزة مازال يقبع تحت الاحتلال الإسرائيلي منذ سنة 2005، لان انسحاب القوات الإسرائيلية يشمل الإقليم الترابي دون الإقليمي الجوي والبحري، بالإضافة لسيطرتها على معبر رفح الرابط بين إقليم غزة ودولة مصر (vi)، وتوغلها المتكرر لهذا الإقليم دون مبرر شرعي مثلما تكرر سنة 2002-2006-2008-2009-2012-2014 (vii).

بناء على ما تقدم ذكره من إثبات خضوع غزة للاحتلال الصهيوني، فإن أحكام اتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1949 تنطبق عليه، نظرا لكون الاحتلال هو حالة من حالات انطباق هذا القانون (viii).

إن إسرائيل ملزمة بالامتثال لقانون جنيف وذلك بالاستناد إلى عدة أوضاع قانونية تتمثل في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 التي أكدت على الطبيعة الأمرة لقواعد حقوق الإنسان بما فيها قواعد القانون الدولي الإنساني لأنها تشمل حقوق الإنسان في حالة الحرب، ونظرا لكون قواعد القانون الدولي الإنساني هي في الأصل أعراف دولية فننتها اتفاقيات، وبالتالي فهي تكسب قيمة قانونية ملزمة في مواجهة كافة الدول، دون أن ننسى أن إسرائيل قد انضمت لاتفاقيات جنيف الأربع عام 1949 وصادقت عليها عام 1951، وبالتالي فقد أبدت التزامها النهائي بهذه الاتفاقيات وهو ما يجعلها ملزمة بالأخذ بفحواها (ix).

ثانيا-انتهاكات وجرائم القوات المسلحة الإسرائيلية في غزة

إن الوضع في غزة يخضع لقواعد القانون الدولي الإنساني غير أن إسرائيل لم تلتزم بهذه القواعد، وذلك ما يتضح من ممارساتها الآتية:

1-القتل العمدي والمباشر للمدنيين

قامت القوات الإسرائيلية عبر هجماتها المتكررة باستهداف المدنيين في غزة، وقد أثبتت الإحصائيات سقوط ما يزيد عن 1097 طفل شهيد ضحايا الهجمات الإسرائيلية منذ سنة 2006 إلى غاية 2014، كما قامت إسرائيل بغلق جميع المعابر المؤدية إلى غزة سنة 2006 (x).

- سقوط حوالي 800 فلسطيني من بينهم 30% أطفال و10% نساء وأكثر من ثلاثة آلاف جريح على إثر الاعتداء الصهيوني بتاريخ 2008/12/19 على غزة، ويلاحظ أن هؤلاء الضحايا أغلبهم ممن تشملهم الحماية القانونية لاتفاقيات جنيف لعام 1949 (xi).

هذه إشارة مبسطة للغاية عن جرائم إسرائيل في حق المدنيين في غزة لأن الواقع الدولي يشهد أن جرائم إسرائيل لا يمكن حصرها والاعتداءات المتكررة منذ 2006 إلى غاية سنة 2014 خير دليل على ذلك.

إن جميع هذه الانتهاكات في حق المدنيين في غزة هي خرق صريح لنص المادة 48 من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف المتعلق بالتزام أطراف النزاع المسلح الدولي بالتمييز بين المدنيين والمقاتلين أثناء العمليات الحربية (xii)، وإسرائيل لم تلتزم بمضمون هذه المادة حيث ركزت هجماتها على المدنيين في غزة ما أدى إلى سقوط أعداد كبيرة من الضحايا في صفوف هذه الفئة والإحصائيات المذكورة آنفا تثبت ذلك.

إن قيام القوات الإسرائيلية بالقتل العمد للسكان المدنيين في إطار هجوم واسع ومنهجي يعتبر جريمة إبادة جماعية وجريمة ضد الإنسانية وجريمة حرب (xiii) وفقا لنظام روما للمحكمة الجنائية الدولية، وهو ما يقيم اختصاص هذه المحكمة بمتابعة مرتكبي هذه الجريمة من القادة الإسرائيليين.

2- توجيه العمليات العسكرية الإسرائيلية ضد الأهداف المدنية

قامت القوات الإسرائيلية على نحو مباشر ومنتعم بتوجيه هجماتها ضد أهداف مدنية فلسطينية فأقدمت على مهاجمة مستشفى مدينة غزة، ومستودع سيارات الإسعاف المجاور بقذائف الفوسفور الأبيض (xiv)، وإحداث دمار شامل للمناطق السكنية والزراعية وقوافل الإمدادات الإنسانية والغذائية التابعة للمنظمات الدولية، ودور العلم والمساجد والمؤسسات الإدارية والتشريعية (xv)، وهذه أمثلة عن مختلف العمليات العسكرية التي وجهتها القوات الإسرائيلية ضد مواقع وأهداف مدنية في غزة على مر اعتداءاتها من سنة 2002 إلى آخر اعتداء سنة 2014.

إن هذه الانتهاكات وتوجيه العمليات العسكرية ضد الأهداف المدنية مخالف للمادة 1/52 من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف الأربع، التي حضرت توجيه العمليات العسكرية ضد الأهداف المدنية، كما نصت نفس المادة في فقرتها الثالثة على أنه إذا كان هناك غموض في تحديد ما إذا كان الهدف عسكري أو مدني، فيجب على أطراف النزاع الافتراض بأنه مدني (xvi)، ومن خلال هذه الانتهاكات نلاحظ عدم التزام الكيان الإسرائيلي بنص هذه المادة.

إن قيام القوات الإسرائيلية بتوجيه عملياتها العسكرية ضد الأهداف المدنية على النحو السالف ذكره يعتبر جريمة حرب بمفهوم نص المادة 8 من نظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية (xvii)، وبالتالي فيكون من اختصاصها متابعة القادة المسؤولين عن تنظيم هذه الهجمات ضد الأهداف المدنية.

3- منع السلطات الإسرائيلية وصول المساعدات الإنسانية إلى غزة

في كل مرة من العدوان الإسرائيلي على غزة تقوم قوات الاحتلال بفرض حصار على غزة تمنع بموجبه وصول المساعدات الإنسانية الضرورية لسكان غزة وتعتمد سياسة التجويع بالسيطرة على المعابر (xviii)، وفرض الحصار يخالف أحكام البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف الذي منع إتباع أسلوب التجويع كأسلوب من أساليب الحرب في مادته 1/54 (xix).

اعتبر نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية أن إخضاع الجماعة عمدا لأحوال معيشية بقصد إهلاكها كليا أو جزئيا يعتبر جريمة إبادة جماعية.

4- استعمال القوات المسلحة الإسرائيلية أسلحة تسبب معاناة لا موجب لها

استخدمت إسرائيل عبر هجماتها المتوالية على غزة من 2002 إلى 2014 أنواع كثيرة من الأسلحة من بينها الفوسفور الأبيض، وهو سلاح يشتعل بمجرد احتكاكه بالأوكسجين حيث تصل درجة الاحتراق إلى حوالي 816 درجة مئوية وهو يؤدي إلى حروق كثيفة وبلغية بجسم الإنسان^(xx)، وبما أن سلاح الفوسفور الأبيض يسبب معاناة لا موجب لها فقد حرمه البرتوكول الإضافي الأول في المادة^(xxi)، كما أن استعمال الأسلحة التي تسبب معاناة لا موجب لها يشكل جريمة حرب وفقا لنظام روما الأساسي^(xxii).

المطلب الثاني: الوسائل القانونية الممكنة لمحاكمة المسؤولين الإسرائيليين عن جرائمهم في غزة

من خلال ما تم إثباته من توافر وقيام المسؤولية الجنائية الفردية عن الجرائم المرتكبة من قبل الإسرائيليين في حق غزة، ننتقل إلى الطرق القانونية التي يوفرها القانون الدولي لمحاكمتهم، وتتمثل هذه السبل فيما يلي:

- إما محاكمتهم عن طريق إنشاء محكمة جنائية دولية خاصة (أولا).
- إما عن طريق تحريك الدعوى أمام المحكمة الجنائية الدولية أو وفقا لمبدأ الاختصاص القضائي العالمي (ثانيا).

أولا- المحاكمة عن طريق إنشاء محكمة جنائية دولية خاصة.

يمكن إنشاء هذا النوع من المحاكم إما من طرف مجلس الأمن وإما من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة.

1- المحاكمة أمام محكمة منشأة من طرف مجلس الأمن

أعطى ميثاق الأمم المتحدة الحق لمجلس الأمن للتدخل في أي نزاع يهدد السلم والأمن الدوليين وذلك باتخاذ التدابير اللازمة، والتي يمكن أن تكون من بينها إنشاء محاكم جنائية دولية بموجب قرار منه، مثلما أقره بإنشاء محكمتي روندا ويوغسلافيا^(xxiii).

إلا أن هناك عدة أسباب تحول دون قيام مجلس الأمن بإنشاء محكمة جنائية دولية خاصة لمحاكمة المتهمين من القادة الإسرائيليين بارتكاب الجرائم المشار إليها آنفا، لعل من أهمها هو التركيبة الحالية لمجلس الأمن الدولي الذي يعد بحق جهازا من أجهزة وزارة الخارجية الأمريكية بسبب السيطرة الأمريكية عليه، إلى جانب الاستخدام المتكرر لحق النقض " الفيتو " من قبل الولايات المتحدة الأمريكية التي ترفض إصدار أي قرار من هذا القبيل، إذ أنها وقفت وستقف بوجه كل المحاولات التي تهدف إلى معاقبة القادة الإسرائيليين المتهمين بارتكاب جرائم حرب أو جرائم الإبادة الجماعية أو الجرائم ضد الإنسانية، لكن طالما وجدت الإرادة الجادة من أطراف المجتمع الدولي لإنشاء هذه المحكمة فإن ذلك سيتحقق لا محالة عندما تسمع المعادلة السياسية الدولية بذلك^(xxiv).

2- المحاكمة أمام محكمة منشأة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة

تنص المادة 22 من ميثاق الأمم المتحدة على أن الجمعية العامة يمكنها إنشاء فروع ثانوية تمكنها من أداء وظائفها^(xxv)، وبالتالي فيمكنها إنشاء محكمة جنائية دولية، ولما كان نفوذ الولايات المتحدة الأمريكية أقل منه في مجلس الأمن الدولي ففرصة إنشاء المحكمة من قبل الجمعية العامة تبقى أكبر^(xxvi).

إن قرار الاتحاد من أجل السلم الذي صدر بتاريخ 1950/11/03 عن الجمعية العامة أعطى هذه الأخيرة سلطات تتعلق بحفظ السلم والأمن الدوليين عند عجز مجلس الأمن الدولي عن القيام بواجباته، وبالتالي يمكنها إنشاء محكمة جنائية دولية لهذا الغرض^(xxvii).

إلا أن هناك عدة أسباب تقف أمام الجمعية العامة للأمم المتحدة نحو إنشاء محكمة جنائية دولية خاصة لمحاكمة القادة الإسرائيليين مرتكبي جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية والإبادة الجماعية، نوجز هذه الأسباب فيما يلي:

- خضوع الجمعية العامة للأمم المتحدة للمصالح السياسية للدول، وليس للنظام القانوني، وتعتبر الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا من أكثر الدول وزنا من الناحية السياسية والاقتصادية داخل هيئة الأمم المتحدة بأكملها، وهذه الدول لم تتوانى يوما في تقديم الدعم بجميع أشكاله للكيان الإسرائيلي في عدوانه على الشعب الفلسطيني الأعزل (xxviii).

- الطابع غير الملزم لتوصيات الجمعية العامة من الناحية القانونية تجاه الدول الأعضاء، رغم ما تتمتع به من وزن أدبي كونها تعبر عن رأي الجماعة الدولية (xxix).

- كما أن تراجع الدور الفعال للجمعية العامة لحساب مجلس الأمن له دوره في عرقلة إنشاء محكمة جنائية دولية خاصة لمحاكمة مرتكبي الجرائم الإسرائيليين من طرف الجمعية العامة، حيث إنه عقب انتهاء حقبة الحرب الباردة بين الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد السوفياتي تراجع الدور الفعال والمؤثر للجمعية العامة في مسائل حفظ السلم والأمن الدوليين ليحل محلها مجلس الأمن، الذي غاب أثناء تلك الفترة، ليتصدر القمة في حل القضايا المتعلقة بالسلم والأمن الدوليين (xxx).

ثانيا-المحاكمة أمام المحكمة الجنائية الدولية أو وفقا لمبدأ الاختصاص القضائي العالمي

من الطرق المتاحة أيضا لمحاكمة المسؤولين الإسرائيليين من القادة السياسيين والعسكريين إحالتهم أمام المحكمة الجنائية الدولية، أو متابعتهم جنائيا من قبل المحاكم الوطنية للدول وفقا لمبدأ الاختصاص القضائي العالمي.

1-المحاكمة أمام المحكمة الجنائية الدولية

يمكن للمحكمة الجنائية الدولية النظر في الجرائم التي تدخل في اختصاصها التي ارتكبت بأمر من المسؤولين الإسرائيليين سواء القادة السياسيين أو العسكريين عن جرائمهم في غزة بطريقتين، إما عن طريق إحالة الوضع في غزة إلى المحكمة الجنائية الدولية من طرف مجلس الأمن الدولي، أو عن طريق المبادرة التلقائية بالتحقيق من طرف المدعي العام.

أ-تحريك الدعوى من طرف مجلس الأمن الدولي

يملك مجلس الأمن الدولي سلطة إحالة حالة ما إلى المحكمة الجنائية الدولية متصرفا بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة (xxxi)، فهو يتمتع بامتياز إضافي يتمثل في سلطته على إحالة القضايا إلى المحكمة بشأن دولة لا تقبل اختصاصها من الأساس وليست طرفا فيها (xxxii)، ومن بين القرارات الصادرة في هذا الخصوص القرار المتعلق بإحالة الوضع في دارفور إلى المحكمة الجنائية الدولية (xxxiii)، والقرار المتعلق بالوضع في ليبيا (xxxiv).

وبمقتضى هذه السلطات المخولة لمجلس الأمن في إحالة القضايا إلى المحكمة الجنائية الدولية، يمكنه إحالة الجرائم المرتكبة في غزة من طرف القادة الإسرائيليين إلى المحكمة لتتخذ فيها وتحاكم مرتكبيها.

إلا أن إمكانية تحريك مجلس الأمن لإحالة الجرائم المرتكبة في غزة من قبل القادة الإسرائيليين تبقى حطوطها ضئيلة وذلك لأسباب مرتبطة بتشكيلة وعمل مجلس الأمن، ونظرا لكونه جهاز سياسي بحت لا تتعد ممارسته عن الانتقائية وضغط القوى العظمى خاصة عندما يتعلق الأمر بمصالح دول حليفة كإسرائيل التي تستفيد من دعم غير مشروط من طرف الغرب (xxxv).

كما أن اتخاذ مجلس الأمن لقرار الإحالة يتم أساسا بناءا على اعتبارات سياسية وبشكل أقل على أسس قانونية، إذ تظل سلطة الإحالة في تحكيم الدول الأعضاء الدائمين فيه، والتي بدورها تعارض اختصاص المحكمة، أو تصارع هذه الدول فيما بينها كسبا للمصالح عن طريق اتخاذ قرارات ترضي حلفاءها الاقتصاديين (xxxvi).

ب-اختصاص المدعي العام لدى المحكمة الجنائية الدولية بتحريك الدعوى ضد منتهكي حقوق الإنسان الإسرائيليين في غزة

وفقاً لنص المادة 13 فقرة ج والمادة 15 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية يمكن للمدعي العام للمحكمة أن يباشر تحقيق يتعلق بجريمة من الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة بحسب المادة 5 من النظام الأساسي للمحكمة (xxxvii)، إلا أن اختصاص المحكمة بشأن التحقيقات التي يباشرها المدعي العام في هذه الحالة مقيد بموجب ما ورد في المادة 12 فقرة 2 من النظام الأساسي، حيث إنه عندما يقوم المدعي العام بمباشرة تحقيق من تلقاء نفسه على أساس المعلومات المتعلقة بجرائم تدخل في اختصاص المحكمة، ففي هذه الحالة لا يجوز للمحكمة ممارسة اختصاصها إلا إذا كانت إحدى الدول التالية طرف في النظام الأساسي أو قبلت باختصاص المحكمة (xxxviii):

- الدولة التي وقع في إقليمها السلوك قيد البحث أو دولة تسجيل السفينة أو الطائرة إذا كانت الجريمة قد ارتكبت على متن سفينة أو طائرة.

- الدولة التي يكون الشخص المتهم بالجريمة أحد رعاياها.

نلاحظ من المواد المشار إليها أعلاه عدم وجود إمكانية لتحريك الدعوى من المدعي العام لأن إسرائيل ليست طرفاً في النظام الأساسي، كما أنه قبل تاريخ 29 نوفمبر 2012، وهو تاريخ نيل دولة فلسطين عضوية الأمم المتحدة بصفتها دولة مراقب، لم يكن بإمكان المحكمة ممارسة اختصاصها بشأن الجرائم الإسرائيلية في غزة عن طريق مبادرة تلقائية بالتحقيق من قبل المدعي العام، لأن فلسطين لم تكن تحوز صفة دولة مراقب التي تمكنها من قبول اختصاص المحكمة للنظر في الجرائم التي وقعت في إقليمها وفقاً لنص المادة 12 فقرة 2/أ.

في هذا السياق أعلن وزير العدل الفلسطيني خلال شهر جانفي عام 2008 عن توقيع السلطة الوطنية الفلسطينية إعلاناً يمنح المحكمة الجنائية الدولية الحق في تحديد وإقامة الدعاوى ومقاضاة المسؤولين عن الاعتداءات التي شهدتها الأراضي الفلسطينية منذ 01 جويلية 2002، وقد أكد المدعي العام للمحكمة أن البدء في التحقيق يتطلب أولاً التأكد مما إذا كان اعتراف السلطة الفلسطينية بالمحكمة يمنحها الحق القانوني للمطالبة بالاحتكام إلى المحكمة الجنائية الدولية للنظر في ادعاءات بارتكاب جرائم حرب ضد مواطنيها أم لا، لكن إسرائيل قللت من أهمية التحرك الفلسطيني اتجاه المحكمة الجنائية الدولية على اعتبار أن اعتراف السلطة الفلسطينية باختصاص المحكمة ليس له أي آثار قانونية لأنها لا تعبر عن دولة ذات سيادة معترف بها دولياً (xxxix).

وبتاريخ 2009/01/22 أودعت وزارة العدل الفلسطينية مذكرة اتهام لدى المحكمة الجنائية الدولية، إلا أن النائب العام لدى المحكمة "مورينو اوكامبو" أفاد أن المحكمة الجنائية ليست مختصة لأن إسرائيل ليس طرفاً في معاهدة روما المنشئة للمحكمة الجنائية الدولية وقال بأنه سيرى في إمكانية إيجاد طرق محاكمة الضباط الإسرائيليين مرتكبي الجرائم في غزة (xl).

لكن بعد أن نالت دولة فلسطين عضوية الأمم المتحدة بصفتها دولة مراقب بتاريخ 29 نوفمبر 2012 فيمكن للمدعي العام مباشرة التحقيق من تلقاء نفسه في الجرائم المرتكبة في غزة وفقاً للمادة 13 فقرة ج من النظام الأساسي على أساس أن السلوك قيد البحث وقع في دولة فلسطين التي من المفترض أن تقبل اختصاص المحكمة بصفتها تتمتع بمركز دولة مراقب عضو في الأمم المتحدة (xli)، فيباشر على هذا الأساس المدعي العام للمحكمة اختصاصاته ضد المسؤولين الإسرائيليين عن جرائمهم في فلسطين وفقاً للمادة 13 فقرة ج من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

2- المحاكمة وفقاً لمبدأ الاختصاص القضائي العالمي

يعطي الاختصاص القضائي العالمي للدول التي تنص عليه الحق في اتخاذ الإجراءات القضائية فيما يتعلق ببعض الجرائم الخطيرة بغض النظر عن موقع حدوث الجريمة وجنسية مقترف الجريمة أو الضحية، وبغض النظر عن موقع المتهمين داخل دولهم، والصلة الوحيدة التي لا بد من توافرها بين الجريمة والدولة التي تقيم الدعوى وتتولى المحاكمة هي التواجد الفعلي لمرتكب الجريمة داخل نطاق سلطة الدولة (xliii).

إن القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان يتيح لكل الدول أن تجعل أنظمتها القضائية ذات اختصاص عالمي لمحاكمة المشتبه في تورطهم بارتكاب جرائم حرب أو جرائم ضد الإنسانية أو جريمة الإبادة الجماعية أو القتل خارج نطاق القانون أو التعذيب أو الاختفاء القسري (xliv)، وبما أن القادة الإسرائيليين قد تورطوا في مثل هذه الجرائم فإن أي دولة تعمل الاختصاص القضائي العالمي تستطيع أن تباشر الإجراءات القضائية ضدهم بمجرد تواجدهم على إقليمها.

المبحث الثاني: الصعوبات التي تحول دون المتابعة الجزائية للمسؤولين الإسرائيليين عن جرائمهم في غزة.

إن قواعد القانون الدولي كما أسلفنا الذكر واضحة فيما يخص توقيع الجزاء على منتهكين حقوق الإنسان، إلا أن الواقع الدولي الذي تحكمه المصالح المتبادلة ومبدأ الضعيف يخضع للقوي يفرض عدة صعوبات وعراقيل تحول دون محاكمة المجرمين الإسرائيليين، وستعرض إلى تقاعس الدول والمحكمة الجنائية الدولية عن القيام بالدور المنوط بهم في إطار المتابعة الجزائية ضد منتهكي حقوق الإنسان الإسرائيليين في غزة (المطلب الأول)، ثم إلى عراقيل أخرى تحول دون تحقيق المتابعة الجزائية ضد المسؤولين الإسرائيليين (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تقاعس الدول والمحكمة الجنائية الدولية عن القيام بالدور المنوط بهم

في إطار المتابعة الجزائية ضد منتهكي حقوق الإنسان الإسرائيليين في غزة.

إن جميع التجاوزات التي ارتكبتها القوات الإسرائيلية في غزة مخلفة بذلك أشنع الجرائم وأخطرها، حدثت على مرأى ومسمع كل أعضاء المجتمع الدولي والمحكمة الجنائية الدولية، إلا أنه ورغم الأدلة القاطعة والموثقة من قبل المنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية لم نلمس حركة جادة وفعالة من طرف الدول لإعمال الاختصاص القضائي العالمي ضمن قوانينها الداخلية، كما أننا لم نلاحظ أي تحرك من المدعي العام للمحكمة لممارسة اختصاصه بالتحقيق في الجرائم التي حدثت في غزة رغم المستجدات التي ظهرت بخصوص عضوية فلسطين في الأمم المتحدة بصفتها دولة مراقب، وهو ما يتيح للمحكمة ممارسة اختصاصها بموجب إعلان قبول فقط تودعه دولة فلسطين، وكذا بالرغم من التقارير والأدلة الموثقة من قبل أجهزة الأمم المتحدة والتي توضح وتدين جرائم القادة الإسرائيليين في غزة .

وعليه سيتم التطرق في هذا المطلب إلى الدور تقاعس الدول عن إعمال مبدأ الاختصاص العالمي في أنظمتها الوطنية (أولاً)، ثم نتطرق إلى تقاعس المحكمة الجنائية الدولية عن القيام باختصاصاتها حيال الجرائم الإسرائيلية في غزة (ثانياً).

أولاً-تقاعس الدول عن إعمال مبدأ الاختصاص العالمي في أنظمتها القانونية الوطنية.

ألزمت اتفاقية جنيف الرابعة الأطراف في الاتفاقية بأن تعمل على اتخاذ إجراءات تشريعية فعالة لفرض عقوبات جزائية فعالة على الأشخاص الذين يقترفون أو يأمررون باقتراح إحدى المخالفات الجسيمة لهذه الاتفاقية، وأن تلتزم في كل الأحوال بملاحقتهم أو تسليمهم لدولة طرف في الاتفاقية لغرض محاكمتهم (xlv)، ونفس الأمر شدد البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف على احترامه من قبل الدول الأطراف (xlvi).

إن إسرائيل طرف في اتفاقية جنيف الرابعة، ولذلك فإمكانية ملاحقة المتهمين الإسرائيليين بارتكاب الجرائم التي تحظرها الاتفاقية هو أمر ممكن، فيجب على الدول الأطراف في الاتفاقية أن تسن التشريعات اللازمة التي

تسمح بولاية جنائية على ما تقوم به إسرائيل من جرائم حرب. لكن للأسف هناك إهمال كبير لنصوص هذه الاتفاقيات لاسيما من قبل التشريعات الجنائية العربية (xvi).

إن تجسيد الأنظمة القضائية للاختصاص القضائي العالمي أصبح ضرورة تفرضها الرغبة الجادة من قبل المجتمع الدولي في حماية حقوق الإنسان، والتي لن تتحقق إلا بتوفير عنصر الردع ضد المنتهكين وفق آلية عالمية تتفق عليها جميع الدول تحت مظلة مختلف الاتفاقيات الدولية المؤسسة للاختصاص القضائي العالمي. ورغم أن إسرائيل تتحجج بعدم شرعية أعمال الاختصاص القضائي العالمي، كرد فعل عن عدة ملاحقات مارسها القضاء الجنائي لبعض الدول الأوروبية ضد بعض القادة الإسرائيليين عن جرائمهم في غزة، مستندة على القرار الصادر عن محكمة العدل الدولية في 14 فيفري 2002 والذي اعتبرت فيه أن وزراء الخارجية ورؤساء الوزراء ورؤساء الدول يتمتعون بحصانة ضد أي إلقاء بالقبض عليهم من قبل محاكم أجنبية بسبب جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية عندما يكونون لا يزالون يمارسون وظائفهم (xvii)، فبالرغم من هذه الدفوع التي تستند إليها إسرائيل إلا أن تعاون الدول و التزامها بمبدأ الاختصاص العالمي واتخاذها لكافة الإجراءات والتدابير التشريعية والقضائية والتنفيذية وفقا لما ينص عليه المبدأ لاشك سيضيق الخناق على مجرمي الحرب وسيسهل من عملية ملاحقتهم ومعاقبتهم وتخليص الشعوب من شرورهم لاسيما مجرمي الحرب الإسرائيليين منهم (xviii)، وخير دليل على ذلك هاجس الملاحقة الذي عاشه الضباط الإسرائيليين وخاصة الكبار منهم من جراء عدة ملاحقات دولية (xix).

وما يدعم الرؤية الدولية بشأن إنفاذ الاختصاص العالمي في الأنظمة القانونية الوطنية للدول هو ما ورد في تقرير بعثة الأمم المتحدة لتقصي الحقائق بشأن النزاع في غزة، حيث جاء في هذا التقرير " أن عدم قيام إسرائيل بفتح تحقيقات جنائية تمتثل للمعايير الدولية فإن البعثة تدعم الاعتماد على الولاية العالمية كسبيل متاح أمام الدول للتحقيق في انتهاكات أحكام اتفاقيات جنيف لعام 1949 المتعلقة بارتكاب خروق خطيرة، ولمنع الإفلات من العقاب، وللنهوض بالمسؤولية الدولية" (i).

ثانيا-تفاسح المحكمة الجنائية الدولية عن القيام باختصاصاتها حيال الجرائم الإسرائيلية في غزة.

بعد أن نالت دولة فلسطين عضوية الأمم المتحدة بصفقتها دولة مراقب بتاريخ 29 نوفمبر 2012 فإن الدور المنتظر منها بشأن الجرائم المرتكبة في غزة هو ممارسة اختصاصها بالنظر فيها وذلك بالاستناد لما ورد في المادة 2/12، وهي ملزمة بذلك على أساس لأن السلوك قيد البحث والتحقيق وقع في دولة فلسطين وهذه الأخيرة لن تتوانى في قبول اختصاص المحكمة (ii)، فببإشراف على هذا الأساس المدعي العام للمحكمة اختصاصاته ضد المسؤولين الإسرائيليين عن جرائمهم في غزة وفقا للمادة 13 فقرة ج من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية. كما أن المحكمة أثبتت فشلها وتقصيرها في أعمال ما تنص عليه مواد النظام الأساسي، حيث إنه وفقا للمادة 15 فقرة 1 فإن المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية يباشر التحقيقات من تلقاء نفسه على أساس المعلومات الواردة إليه المتعلقة بجرائم تدخل في اختصاص المحكمة (iii)، وبالنسبة للجرائم المرتكبة في غزة من طرف إسرائيل فقد وثقتها لجنة تقصي الحقائق بشأن النزاع في غزة المحدثه من طرف الأمم المتحدة (تقرير غولدستون)، حيث أورد الموجز التنفيذي لتقرير البعثة أنه تم ارتكاب عدة جرائم دولية أثناء الحرب والحصار المضروب على غزة عام 2009، كما أدان هذا التقرير إسرائيل إدانة صريحة (iii)، ورغم أن التقرير خرج بتوصيات إلى هيئة الأمم المتحدة والمجتمع الدولي بشأن ضرورة المحاسبة عن الانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الإنساني (iv)، فرغم من كل هذه الجرائم الموثقة من قبل لجنة تتمتع بقدر كبير من المصداقية كونها أنشئت من قبل أكبر هيئة دولية، فإن المدعي العام للمحكمة لم يقم بأي تحرك بناء على الطلبات المشفوعة بالأدلة والوثائق المسجلة (v).

كما قدمت تقارير من طرف مراكز الأبحاث الفلسطينية و وكالة غوث للاجئين التابعة للأمم المتحدة، وتقارير أخرى من منظمات دولية غير حكومية من بينها هيومان رايتس ووتش ومنظمة العفو الدولية، كل هذه التقارير تثبت قيام قوات الاحتلال الإسرائيلي بارتكاب ممارسات في حق شعب غزة مخالفة بذلك أحكام القانون الدولي الإنساني وقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان و أحكام القانون الجنائي الدولي وبالأخص نظام روما، وذلك في الفترة الممتدة من 27 جانفي 2008 إلى 18 جانفي 2009، إلا أن جميع هذه التقارير على غرار تقرير غولدستون لم تحظى بالنتيجة جادة من قبل المدعي العام للمحكمة للاضطلاع بمبادرة تلقائية للتحقيق في الجرائم المرتكبة في حق شعب غزة (lvi).

المطلب الثاني: عراقيل أخرى تحول دون المتابعة الجزائية للمسؤولين الإسرائيليين.

هناك عراقيل أخرى في غاية الأهمية شكلت صعوبة جد كبيرة في تحقيق المتابعة الجزائية ضد المسؤولين الإسرائيليين عن جرائمهم في غزة، تتمثل في تقصير مجلس الأمن في القيام بدوره لحماية حقوق الإنسان (أولا)، ومشكل الحصانة القضائية التي تشكل عائق أمام توقيع الجزاء على منتهكي حقوق الإنسان ضد القادة الإسرائيليين (ثانيا).

أولا-تقصير مجلس الأمن في القيام بدوره لحماية حقوق الإنسان

نظرا للصلاحيات والسلطات الممنوحة لمجلس الأمن بموجب الفصل السابع من الميثاق التي تخوله اتخاذ أي تدبير في حالة تهديد السلم والأمن الدوليين، فإننا نلاحظ أن هذا المجلس لم يقم بأي إصدار لقرار بموجب الفصل السابع، سواء قرارات تتضمن تدابير غير عسكرية كقطع الصلات الاقتصادية والمواصلات الحديدية والبحرية والجوية وإلى غير ذلك وفقا ما نصت عليه المادة 41 من الميثاق أو قرارات تتضمن تدابير عسكرية عن طريق القوات الجوية أو البحرية أو البرية لوقف العدوان الإسرائيلي على غزة الذي يشكل انتهاك صارخ لحقوق الإنسان وبالتالي تهديد السلم والأمن الدوليين (lvii).

كما أنه لم يقم بإعمال المادة 39 من الميثاق التي تضمنها الفصل السابع حيث لم يقم بإنشاء محكمة جنائية دولية خاصة وامتنع عن تحريك الدعوى ضد المسؤولين السامين الإسرائيليين أمام المحكمة الجنائية الدولية الدائمة (lviii).

ثانيا-الحصانة القضائية عائق أمام توقيع الجزاء على منتهكي حقوق الإنسان ضد القادة الإسرائيليين

إن موضوع الحصانة القضائية لرؤساء الدول والمسؤولين السامين تشوبه عدة تناقضات، وذلك نظرا لتضارب المواقف بين المحكمة العدل الدولية والأنظمة الوطنية ونظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، وهو ما يتضح من الحكم الصادر عن محكمة العدل الدولية بتاريخ 2002/02/14 في القضية المتعلقة بمذكرة الاعتقال الصادرة ضد وزير خارجية الكونغو الديمقراطية وتتمثل حيثيات القضية في إصدار محكمة بلجيكية مذكرة اعتقال دولية ضد وزير خارجية الكونغو الديمقراطية كان حكم محكمة العدل الدولية يقضي ببطلان هذا الحكم الصادر عن محكمة بلجيكا على أساس حصانة وزير الخارجية أمام القضاء الوطني لدولة أجنبية، وأن سقوط هذه الحصانة يكون فقط أمام المحاكم الجنائية الدولية (lix).

إن هذا الموقف يعكس التناقض الموجود بين النصوص القانونية وقضاء محكمة العدل الدولية كما أسلفنا الذكر، فمن جهة ألزمت اتفاقيات جنيف الدول باتخاذ جميع الإجراءات لتوقيع الجزاء ضد الأشخاص المنتهكين للقانون الدولي الإنساني، كما تبنى نظام روما أيضا مبدأ سقوط الحصانة ومن جهة أخرى منعت محكمة العدل الدولية الدول من ممارسة اختصاصها القضائي الجنائي الدولي ضد مرتكبي جرائم حقوق الإنسان، إلا أن محكمة العدل الدولية وفي نفس حكمها أقرت أنه يمكن متابعة وزير الخارجية في حالات محددة هي (lx):

1- إذا قررت دولته محاكمته أمام القضاء الوطني.

2- إذا قررت دولته التنازل عن حصانته.

3- إذا زالت صفته الرسمية يمكن لقضاء الدولة الأجنبية محاكمته.

4- محاكمته أمام القضاء الجنائي المختص كمحكمة يوغسلافيا سابقا أو المحكمة الجنائية الدولية الدائمة لأن الحصانة الرسمية لا تعيق اختصاص المحكمة.

وتوفيقا بين هذه المواقف نرى أنه يمكن للمحاكم الوطنية التي تعمل بمبدأ الاختصاص العالمي أن تقوم بمتابعة المسؤولين الإسرائيليين الذي انتهت مهامهم أمثال وزيرة الخارجية "تسيبي ليفني"، وهو أمر لا يطرح أي إشكال من الناحية القانونية سواء من وجهة نظر محكمة العدل الدولية أو بمقتضى اتفاقيات جنيف ونظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، لكن يبقى الإشكال قائم بالنسبة للمسؤولين الإسرائيليين الذين لا يزالون يمارسون مهامهم فلا مجال لمتابعتهم أمام المحاكم الوطنية الأجنبية، لكن العكس من ذلك يبقى الأمل قائم لمتابعتهم أمام المحكمة الجنائية الدولية الدائمة التي تبنت مبدأ سقوط الحصانة، ويبقى الأمل قائم في محاكمتهم أيضا إلى حين انتهاء مهامهم لأن النصوص القانونية الدولية تكفل عدم تقادم جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية ومن بينها نص المادة الأولى من اتفاقية عدم تقادم جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية، إذن يتضح أن الحصانة القضائية وفق القانون الدولي ليست مطلقة بل هي مؤقتة بمرور فترة زمنية محددة تتحدد بانتهاء المهام الرسمية (lxi).

خاتمة

من خلال هذا المقال يتضح أن السبب الرئيسي لانتهاكات حقوق الإنسان في إطار النزاعات الدولية المسلحة هو جريمة العدوان التي تنتفرع عنها جرائم أخرى في حق الإنسانية، فهي تؤدي إلى خروقات تنتهي بارتكاب جرائم الحرب وجرائم ضد الإنسانية والإبادة الجماعية وما إلى غير ذلك وهو ما ينطبق فعليا على غزة.

من خلال هذا المقال يمكننا الخروج ببعض الاقتراحات:

✓ أن توسيع سلطة الدول الأطراف في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية للقيام بإحالة القضايا إلى المحكمة بغض النظر عما إذا كانت الدولة طرف أو غير طرف في النظام الأساسي للمحكمة، هو أمر لا بد منه لتوفير ضمانات أفضل لحماية حقوق الإنسان وهو ما يوفر الجانب الردعي بما يكفل امتناع المسؤولين الإسرائيليين وغيرهم لارتكاب الجرائم المنصوص عليها في نظام المحكمة.

✓ حث الدول العربية على تجسيد مبدأ الاختصاص القضائي العالمي في قوانينها الداخلية والعمل على محاكمة هؤلاء القادة الإسرائيليين عن جرائمهم في غزة عوض استقبالهم وربط علاقات دبلوماسية مع إسرائيل على حساب الفلسطينيين.

✓ توحيد الجهود العربية والإسلامية على الصعيدين الرسمي والشعبي للضغط على مجلس الأمن الدولي لإرسال قوات دولية لحماية الشعب الفلسطيني من جرائم الحرب التي تقوم بها حكومة إسرائيل بشكل منظم.

✓ يجب على الدول الأعضاء في اتفاقية جنيف الرابعة اتخاذ الإجراءات التي تلزم الاحتلال الإسرائيلي باحترام اتفاقية جنيف كما جاء في مادتها الأولى وعدم الاكتفاء باستنكار جرائمها فقط.

✓ ضرورة توثيق الجرائم الإسرائيلية من قبل وزارة العدل الفلسطينية ومنظمات حقوق الإنسان بحذافيرها مع ذكرها أسماء المرتكبين لها لكي تكون الأدلة جاهزة في حالة توافرت الفرصة في المستقبل لمحاكمة القادة الإسرائيليين في ضوء أحكام القضاء والقانون الدولي الجنائي.

الهوامش:

- ⁱ الآثار القانونية المترتبة على اعتبار قطاع غزة كيانا معاديا، مقال منشور على الموقع: www.pecdar.ps/userfiles/file/Law%20Report.pdf
- تاريخ الاطلاع: 2016/06/15، على الساعة: 21:25.
- ⁱⁱ المادة 4/1 من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف الأربعة المعقودة في 12/08/1949 والمتعلق بحماية ضحايا المنازعات الدولية المسلحة.
- ⁱⁱⁱ أحمد أبو الوفا، الفئات المشمولة بحماية القانون الدولي الإنساني، القانون الدولي الإنساني دليل التطبيق على الصعيد الوطني، مؤلف جماعي، الطبعة الأولى، دار المستقبل العربي، القاهرة، 2003، ص 160.
- ^{iv} السيد مصطفى أحمد أبو الخير، الحرب الأخيرة على غزة في ضوء القانون الدولي العام، الطبعة الأولى، أتراك للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 2009، ص 6.
- ^v المادة 2 من اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب المؤرخة في 12 أوت 1949.
- ^{vi} جعفرور إسلام، مبدأ الإنسانية المطبق على النزاعات المسلحة ذات الطابع الدولي، مذكرة ماجستير، جامعة تيزي وزو، 2007، ص 113.
- ^{vii} العدوان الإسرائيلي على غزة 2014، مقال نشرته قناة الجزيرة على الموقع: www.aljazeera.net/encyclopedia/military/2015/7/17.
- تاريخ الاطلاع: 2016/06/15 على الساعة: 04:10
- ^{viii} المادة 1/2 من اتفاقية جنيف بشأن معاملة أسرى الحرب مؤرخة في 12 أوت 1949، دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 21 أكتوبر 1950.
- ^{ix} نبيل محمود حسن، الحماية الجنائية لضحايا الجريمة في القانون الدولي الإنساني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 343.
- ^x العدوان الإسرائيلي على غزة 2014، المرجع السابق.
- ^{xi} بن عوديه نصيرة، الجهود الدولية لتكريس المسؤولية الجنائية الدولية بين النجاحات والاحباطات، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2011، ص 115.
- ^{xii} أحمد سي علي، دراسات في القانون الدولي الإنساني، الطبعة الأولى، دار الأكاديمية، الجزائر، 2011، ص 604-605.
- ^{xiii} المادتين 7، 8 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المعتمد في روما في 17 جويلية 1998، دخل حيز التنفيذ في 1 جويلية 2002.
- ^{xiv} هشام محمد فريجة، القضاء الدولي الجنائي وحقوق الإنسان، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2012، ص 335.
- ^{xv} أحمد سي علي، المسؤولية الجنائية الدولية عن الجرائم الناجمة عن العدوان على غزة، مجلة المفكر، العدد الخامس، جامعة بسكرة، ص 258-255.
- ^{xvi} المادة 1/52 من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف الأربعة.
- ^{xvii} المادة 8 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية
- ^{xviii} بن عوديه نصيرة، المرجع السابق، ص 117.
- ^{xix} المادة 1/54 من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف الأربعة.
- ^{xx} جعفرور إسلام، المرجع السابق، ص 117.
- ^{xxi} المادة 2/35 من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف الأربعة.

xxii المادة 2/8 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

xxiii هاني عادل احمد عواد، المسؤولية الجنائية الشخصية لمرتكبي جرائم الحرب، مجزرتا مخيم جنين والبلدة القديمة في نابلس نموذجا، مذكرة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2007، ص 127-128، ولتفصيل أكثر ينظر عمران عبد السلام الصفراني، مجلس الأمن وحق التدخل لفرض احترام حقوق الإنسان-دراسة قانونية-الطبعة الأولى، منشورات جامعة فار يونس، بنغازي، ليبيا، 2008، ص 509 وما يليها.

xxiv هاني عادل احمد عواد، نفس المرجع، ص 129، أيضا، عبد الله على عبو سلطان، دور القانون الدولي الجنائي في حماية حقوق الإنسان، الطبعة الأولى، دار دجلة عمان بالأردن، 2008، ص 322، أيضا، لندة معمر يشوي المحكمة الجنائية الدولية الدائمة واختصاصاتها، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان بالأردن، 2010، ص 348.

xxv المادة 22 من ميثاق الأمم المتحدة، موقع في 26 جوان 1945، دخل حيز التنفيذ بتاريخ 24 أكتوبر 1945.

xxvi بن عودية نصيرة، المرجع السابق، ص 119.

xxvii بن عودية نصيرة، نفس المرجع، ص 119.

xxviii لندة معمر يشوي، المرجع السابق، ص 349.

xxix حنيدر منال، المسؤولية الجنائية الدولية لمرتكبي جرائم الحرب الإسرائيلية في غزة، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2014، ص 96.

xxx حنيدر منال، نفس المرجع، ص 98.

xxxi المادة 13 من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

xxxii أحمد سي علي، المسؤولية الجنائية الدولية عن الجرائم الناجمة عن العدوان على غزة، ص 274.

xxxiii Résolution 1593 du Conseil de sécurité, adoptée à la séance n ° 5158 du 31 Mars 2005, Décide de déférer au Procureur de la cour pénale internationale la situation au Darfour depuis le 1er juillet 2002

xxxiv Résolution 1970 du Conseil de sécurité, adoptée à la séance n ° 6491 du 26 février 2011, Décide de saisir le Procureur de la Cour pénale internationale de la situation qui règne en Jamahiriya arabe libyenne depuis le 15 février 2011.

xxxv تاجر محمد، حدود العدالة الجنائية الدولية في مواجهة الجرائم الإسرائيلية المرتكبة في غزة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، العدد الأول، جامعة الجزائر، 2011، ص 173.

xxxvi شينتر عبد الوهاب، صلاحيات مجلس الأمن على ضوء النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2014، ص 108.

xxxvii المادتين 13، 15 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

xxxviii المادة 2/12 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

xxxix أحمد سي علي، المسؤولية الجنائية الدولية عن الجرائم الناجمة عن العدوان على غزة، ص 275.

xl Louis Balmond, Chronique des faits internationaux, Espagne-Israël, Mise en cause pour des faits commis a Gaza en 2002, 29 Janvier 2009, Revue générale de droit international public, N°2, paris, P398.

xli مخط بلقاسم، محاكمة مرتكبي جرائم الحرب أمام المحكمة الجنائية الدولية، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2015، ص 338.

xlii عبد الله على عبو سلطان المرجع السابق ص 268، أيضا، لندة معمر يشوي، المرجع السابق، ص 333.

xliii أحمد سي علي، المسؤولية الجنائية الدولية عن الجرائم الناجمة عن العدوان على غزة، ص 276.

xliv المادة 146 من اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب.

xlv المادة 89 من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف الأربعة.

xlvi هاني عادل احمد عواد، المرجع السابق، 130.

- ^{xlvii} وقد انتقدت منظمة العفو الدولية هذا الحكم لتناقضه مع نصوص المحاكم الدولية الجنائية، وترى المنظمة أنه لا يزال بالإمكان تحريك المسؤولية الجنائية الفردية بموجب قاعدة الاختصاص العالمي مستندة في ذلك إلى تقريرها المؤرخ في 2 جويلية 2009، هذا التقرير يلزم الدول بإعمال قاعدة الاختصاص العالمي في أنظمتها الداخلية والعمل على فتح تحقيقات ضد من تثبت في حقهم ارتكاب جرائم حرب أو جرائم أخرى تدخل في اختصاص القانون الدولي. عبد الله علي عبو سلطان، المرجع السابق، ص273، أيضا، تاجر محمد، المرجع السابق، ص167-169، هاني عادل أحمد عواد، المرجع السابق، ص132.
- ^{xlviii} عمر محمود المخزومي، القانون الدولي الإنساني في ضوء المحكمة الجنائية الدولية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2009، ص410.
- ^{xlix} هاني عادل أحمد عواد، المرجع السابق، ص133.
- ⁱ الموجز التنفيذي لتقرير بعثة الأمم المتحدة لتقصي الحقائق بشأن النزاع في غزة (تقرير غولدستون)، مجلس حقوق الإنسان التابع للأمم المتحدة، الدورة الثانية عشر، البند 7 من جدول الأعمال، 23 سبتمبر 2009، الفقرة (دال-المحاسبة) البند 3، وثيقة برمز (ADVANCE1) A/HRC/12/48، ص27.
- ⁱⁱ مخطط بلقاسم، المرجع السابق، ص338.
- ⁱⁱⁱ المادة 15 فقرة 1 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
- ⁱⁱⁱⁱ بوعزة عبد الهادي، مجلس الأمن والمحكمة الجنائية الدولية في عالم متغير، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013، ص233.
- ^{lv} الموجز التنفيذي لتقرير بعثة الأمم المتحدة لتقصي الحقائق بشأن النزاع في غزة، الفقرة هاء-الاستنتاجات والتوصيات، ص27.
- ^{lv} بوعزة هيد الهادي، المرجع السابق، ص233.
- ^{lvi} ولد يوسف مولود، المحكمة الجنائية الدولية بين قانون القوة وقوة القانون، دار الأمل، تيزي وزو، 2013، ص186.
- ^{lvii} المواد 41-42 من ميثاق الأمم المتحدة.
- ^{lviii} جعفرور إسلام، المرجع السابق، ص130-131.
- ^{lix} جعفرور إسلام، نفس المرجع، ص132.
- ^{lx} جعفرور إسلام، نفس المرجع، ص131-132.
- ^{lxi} جعفرور إسلام نفس المرجع، ص134-135.

الطبيعة القانونية لقرار تعيين المترشح الناجح لتولي وظيفة عمومية

د/ بوطبة مراد

أستاذ محاضر -ب- بكلية الحقوق -جامعة بومرداس-

المخلص:

تناول هذا المقال بالدراسة الطبيعة القانونية لقرار تعيين المترشح الناجح لتولي وظيفة عمومية من خلال التطرق إلى موقف الفقه الإداري من المسألة، وذلك بعرض مختلف الآراء ونقدها وبيان الرأي الراجح منها.

ثم تم التطرق إلى موقف القانون الجزائري من المسألة، وذلك بالبحث في النصوص القانونية والتنظيمية السارية المفعول، بالإضافة إلى التطبيق في واقع الإدارة العمومية الجزائرية.

وانتهى المقال بعرض التكييف المتوصل إليه مع تقديم بعض التوصيات والاقترحات لمعالجة القصور الموجود في بعض النصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع.

الكلمات المفتاحية: الطبيعة القانونية، قرار التعيين، المترشح الناجح، الوظيفة العمومية.

Abstract:

This paper deals with the study and analysis the legal nature of the decision to appoint the successful candidate to assume a public service, by addressing the position of administrative jurisprudence of the issue, by examining various views, and providing the preponderant view.

The position of Algerian law on this issue has also been examined, by looking the legal and regulatory texts in force, in addition to the application in the reality of to the Algerian public administration.

The papers ended with the presentation of the legal adaptation reached, as well as suggests some recommendations and proposals to address the deficiencies in some of the relevant legal and regulatory texts.

Keywords: legal nature, decision of the designation, successful candidate, civil service.

مقدمة:

يعتبر موظفا طبقا للمادة 04 من الأمر رقم 03/06 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية: ((كل شخص عين في وظيفة عمومية دائمة، ورتب في رتبة في السلم الإداري)). (1)

أقرت هذه المادة الشروط الأساسية لاكتساب صفة الموظف وهي: التعيين في وظيفة عمومية، أن تكون الوظيفة العمومية المعين فيها دائمة، والترسيم في الرتبة من رتب السلم الإداري.

فالتعيين كما هو واضح إذن أول شرط لاكتساب صفة الموظف طبقا لقانون الوظيفة العمومية. وهو إجراء يتخذ بموجب قرار إداري، يتم بمقتضاه التحاق شخص معين بالوظيفة العمومية، وبالتالي تتعقد رابط قانونية بينه وبين الإدارة المستخدمة.

ويشترط لصحة قرار التعيين من الناحية القانونية أن يكون صادرا من السلطة المختصة طبقا لما تنص عليه القوانين والتنظيمات السارية المفعول⁽²⁾، وأن ينصب التعيين على وظيفة شاغرة قانونا⁽³⁾، وأن تتوافر الشروط القانونية للتوظيف في العون المعين⁽⁴⁾، وأن يكون التعيين صادرا بعد عملية توظيف صحيحة معتمدة على إحدى طرق التوظيف القانونية⁽⁵⁾.

إن قرار التعيين إذن هو قرار إداري صادر من سلطة مختصة يلحق شخصا معيننا بذاته بمركز قانوني عام، غير أن توقف تنفيذ القرار على رضا العون بالوظيفة المعين فيها طرح مسألة تكييف طبيعة قرار التعيين.

ومن هنا تبدو أهمية دراسة هذا الموضوع وهي تبيان الطبيعة القانونية لقرار تعيين المترشح الناجح لتولي وظيفة عمومية في ظل غياب النص القانوني الصريح في المسألة واختلاف آراء الفقه في ذلك.

ويرجع السبب في اختيار هذا الموضوع إلى الرغبة في رفع اللبس عن مسألة تكييف قرار تعيين المترشح الناجح لتولي وظيفة عمومية كون أن قرار التعيين ينتج آثاره عند صدوره، وله تأثير في إلحاق المترشح الناجح بمركز قانوني عام في الوظيفة العمومية.

والإشكالية المطروحة لدراسة الموضوع: ما هي الطبيعة القانونية لقرار تعيين المترشح الناجح لتولي وظيفة عمومية في ظل اعتبار قبوله للوظيفة أمرا ضروريا في تنفيذ قرار التعيين؟

للإجابة على هذه الإشكالية تم الاعتماد على المنهج التحليلي من خلال تحليل الآراء الفقهية في المسألة، وتحليل النصوص القانونية التي لها علاقة بالموضوع للوصول إلى التكييف الصحيح.

كما تم الاعتماد على خطة تتكون من مبحثين: المبحث الأول خصص للتكييف الفقهي لقرار تعيين المترشح الناجح لتولي وظيفة عمومية، والمبحث الثاني خصص للتكييف القانوني لقرار تعيين المترشح الناجح لتولي وظيفة عمومية، فجاءت الخطة على النحو التالي:

المبحث الأول: التكييف الفقهي لقرار تعيين المترشح الناجح لتولي وظيفة عمومية

المطلب الأول: الاتجاه القائل بأن قرار التعيين عمل إداري انفرادي شرطي.

المطلب الثاني: الاتجاه القائل بأن قرار التعيين عمل إداري انفرادي متوقف على شرط شكلي.

المبحث الثاني: التكييف القانوني لقرار تعيين المترشح الناجح لتولي وظيفة عمومية

المطلب الأول: تكييف قرار تعيين المترشح الناجح لتولي وظيفة عمومية في النصوص القانونية والتنظيمية.

المطلب الثاني: تكييف قرار تعيين المترشح الناجح لتولي وظيفة عمومية في واقع الإدارة الجزائرية.

المبحث الأول

التكليف الفقهي لقرار تعيين المترشح الناجح لتولي وظيفة عمومية

من نتائج اعتبار علاقة الموظفين بالإدارة علاقة تنظيمية، تحكمها القوانين والتنظيمات استبعاد أن يكون التعيين عملا شخصيا، وهذا ما يستتبع استبعاد فكرة تكليف التعيين على أنه عقد من العقود سواء أكان عقدا إداريا أم مدنيا، فلم يعد للمفهوم التعاقدى أثر على تكليف التعيين. فقرار التعيين قرار إداري يمكن الطعن بعدم مشروعيته أمام القضاء الإداري. (6)

إلا أن ارتباط تنفيذ قرار التعيين على رضا المترشح الناجح بالوظيفة المعين فيها طرح قضية تكليف طبيعة قرار التعيين من الناحية الموضوعية والشكلية.

ففي ظل سكوت القانون عن هذه المسألة فتح باب الاجتهاد للفقهاء، فالبعض ذهب إلى القول أن قرار التعيين عمل شرطي انفرادي (مطلب أول)، والبعض الآخر رأى أن قرار التعيين عمل انفرادي يتوقف على شرط شكلي جوهري وهو رضا المترشح الناجح (مطلب ثان).

المطلب الأول: الاتجاه القائل بأن قرار التعيين عمل إداري انفرادي شرطي

ذهب جانب كبير من فقهاء القانون الإداري الفرنسي إلى أن قرار التعيين عمل شرطي انفرادي معلق على شرط فاسخ (7).

فمن الناحية الموضوعية يعتبر قرار التعيين عملا شرطيا؛ أي إذا توافرت في شخص معين شروط التوظيف، فإن عمل قرار التعيين هو إلحاق هذا الشخص بالمركز القانوني العام والموضوعي المحدد مسبقا في النصوص القانونية. (8)

أما من الناحية الشكلية، فإن قرار التعيين لا ينتمي إلى طائفة الأعمال المتعددة الأطراف، فهو قرار انفرادي يصدر عن الإرادة المنفردة للإدارة ولا دخل لإرادة الشخص المعين في إصداره. (9)

إلا أن إرادة هذا الأخير لها دورها في تنفيذ قرار التعيين، فإمكانية الرفض للقرار يجعله معلقا على شرط فاسخ، فإذا لم يتحقق كان القرار منتجا لآثاره من تاريخ صدوره، وإذا تحقق الشرط الفاسخ، فإن آثار القرار تتوقف عن السريان منذ تحقق الشرط، ويعد ملغى بأثر رجعي. (10)

من أهم الانتقادات الموجهة لهذا الاتجاه، أنه استعار فكرة الشرط الفاسخ من نظرية العقود المدنية رغم إقراره أن قرار التعيين ليس عقدا مدنيا ولا إداريا، كما أن المترشح للوظيفة وفق هذا التكليف يعد معيناً منذ صدور قرار التعيين ولو قبل علمه وقبوله، وهذا ما يعد أمرا بعيدا عن المنطق، كما أن بدء سريان آثار التعيين قبل إفصاح المترشح عن قبوله للوظيفة يكون ضارا به في بعض الجوانب كتطبيق النظام التأديبي عليه. (11)

وأيد هذا الاتجاه القائل بأن قرار التعيين عمل شرطي من الناحية الموضوعية في الفقه الإداري الجزائري الفقيه عمّار عوابدي، حيث يرى أن قرار التعيين هو قرار شرطي، ولكنه قرار فردي

وذاتي في نفس الوقت؛ بمعنى أنه يتعلق بفرد بعينه⁽¹²⁾، غير أنه لم يتعرض لتكليف القرار من الناحية الشكلية هل هو عمل انفرادي أم متعدد الأطراف. وهل قبول الشخص المترشح للوظيفة يعد شرطاً جوهرياً، وهل رفضه لها يعتبر شرطاً فاسخاً؟

المطلب الثاني: الاتجاه القائل بأن قرار التعيين عمل إداري انفرادي متوقف على شرط شكلي

يرى هذا الاتجاه أن قرار التعيين قرار إداري صادر عن الإرادة المنفردة للإدارة، ويسلّزم القانون لصحته توافر شرط شكلي جوهرى هو قبول المترشح للقرار، ويستند في هذا الرأي إلى القانون الإداري الزاخر بأمثلة كثيرة تنتشر شكلياً معينة كتصديق جهة مختصة، أو أخذ رأي جهة معينة أو قبول صاحب الشأن.

وهذا التكليف حسب هذا الاتجاه ينسجم مع النظرية التنظيمية التي تعتمد اعتماداً كلياً على قواعد القانون العام، عكس الاتجاه السابق الذي استند إلى فكرة الشرط الفاسخ المعروفة في عقود القانون الخاص.⁽¹³⁾

إلا أن هذا التكليف وجهت له عدة انتقادات، أهمها⁽¹⁴⁾:

1- إن الشرط الشكلي الجوهرى الذي يبطل به القرار الإداري، هو الشرط السابق على صدور القرار، ويدخل في تكوينه، كاشتراط القانون في بعض القرارات للاستشارة، أما الشرط اللاحق عن صدور القرار لا يدخل في تكوين هذا الأخير، وبالتالي ليس شرطاً لصحته كاشتراط مصادقة جهة معينة، فالقرار صحيح منذ صدوره. وعليه فقبول المترشح لقرار التعيين ليس شرطاً لصحة القرار، وإنما هو شرط لنفاذه.

2- إن جعل قبول المترشح الناجح للتعين شرط شكلي جوهرى لصحة قرار التعيين يقترب من النظرية التعاقدية التي جعلت من العلاقة بين الموظف والإدارة تصرف إداري مزدوج؛ أي صادر من إرادتين، إرادة المترشح الناجح من جهة، وإرادة الإدارة من جهة أخرى، بينما في الحقيقة قبول المترشح الناجح ما هو إلا تعبير عن الرغبة في الالتحاق بالوظيفة العمومية، فيعبر عن هذه الرغبة المترشح قبل صدور قرار التعيين بالترشح للوظيفة، ويؤكد لها بعد صدور قرار التعيين بالالتحاق الفعلي بمنصب العمل، وأن قرار التعيين لا يتوقف على صدور هذه الرغبة.

يبدو من خلال استعراض الرأيين السابقين أن الرأي الأول القائل بأن قرار التعيين عمل إداري انفرادي شرطي أرجح من الرأي الثاني القائل بأن قرار التعيين عمل إداري متوقف على شرط شكلي، وذلك بسبب أن قرار التعيين يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة، وأن إرادة المترشح الناجح لتولي وظيفة عمومية مسألة خارجية عن القرار، تتعلق أساساً بنفاذه وليس بتكوينه، وبالتالي هي ليست شرطاً شكلياً، لأن الشرط الشكلي يدخل ضمن تكوين القرار الإداري قبل صدوره.

المبحث الثاني: التكليف القانوني لقرار تعيين المترشح الناجح لتولي وظيفة عمومية

يتم التطرق في هذا المبحث إلى تكييف طبيعة قرار تعيين المترشح الناجح لتولي وظيفة عمومية في النصوص القانونية والتنظيمية (مطلب أول) والتطبيق العملي للإدارة العمومية في الجزائر (مطلب ثان).

المطلب الأول: تكييف قرار تعيين المترشح الناجح لتولي وظيفة عمومية في النصوص القانونية والتنظيمية

من خلال استقراء النصوص القانونية المتعلقة بالوظيفة العمومية سواء الأمر رقم 03/06 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية أو القوانين السابقة، لوحظ غياب تكييف لقرار التعيين، وتنسحب هذه الملاحظة على النصوص التنظيمية التي تحكم التوظيف، لا سيما المرسوم التنفيذي رقم 194/12 المتعلق بالمسابقات والامتحانات.

فبتصفح الأمر رقم 03/06، لوحظ وجود نصوص عامة غير صريحة في تكييف قرار تعيين المترشح الناجح لتولي وظيفة عمومية.

فنصّت المادة 04 من الأمر المذكور على أنه: ((يعتبر موظفا كل عون عيّن في وظيفة عمومية دائمة ورسم في رتبة في السلم الإداري)).

كما نصّت المادة 83 من الأمر المذكور أيضا بأنه: ((يعين كل مترشح تم توظيفه في رتبة للوظيفة العمومية بصفة متربص)).

أما المادة 95 فنصت على أنه: ((تعود صلاحيات تعيين الموظفين إلى السلطة المخولة بمقتضى القوانين والتنظيمات المعمول بها)).

فهذه النصوص القانونية كما هو واضح تطرقت إلى عملية التعيين بصفة عامة دون توضيح موقف القانون من تكييف قرار التعيين.

أما على مستوى النصوص التنظيمية، فلقد نصّت المادة 31 من المرسوم التنفيذي رقم 194/12 المتعلق بالمسابقات والامتحانات والفحوص المهنية على أنه: ((يجب على كل مترشح ناجح في مسابقة أو امتحان أو فحص مهني أن يكون تحت تصرف الإدارة أو المؤسسة العمومية المعنية، ويلتحق حسب الحالة، بمنصب تعيينه أو مؤسسة التكوين في أجل شهر ابتداء من تاريخ تبليغ مقرر التعيين أو القبول في التكوين المعني).

وبانقضاء هذا الأجل، يفقد المترشح المعني الحق في الاستفادة من نجاحه...)). (15)

إن هذه المادة غير صريحة في تكييف عملية تعيين المترشح الناجح، غير أنه يفهم منها أن قرار أو مقرر التعيين يكون قبل الالتحاق بالوظيفة والتعبير عن الرضا بها.

إن التأمل في هذه المادة والأحكام العامة الواردة في المواد السابقة الذكر من الأمر رقم 03/06 يؤدي إلى استنتاج التكييف القانوني للتعين.

- فمن الناحية الشكلية، يعد قرار التعيين قرارا إداريا انفراديا، حيث أن النصوص القانونية السابقة الذكر التي تطرق إلى التعيين خوّلت هذه الصلاحية للسلطة المؤهلة دون الإشارة إلى تدخل إرادة المترشح الناجح في المسابقة أو الاختبار المهني. فنصّت المادة 83 من الأمر رقم 03/06 مثلا على أنه: ((يعين كل مترشح تمّ توظيفه في رتبة للوظيفة العمومية بصفة متربص)).

كما أن المادة 31 من المرسوم التنفيذي رقم 194/12 السابق الذكر جاء فيها: ((يجب على كل مترشح ناجح في مسابقة أو امتحان أو فحص مهني أن يكون تحت تصرف الإدارة أو المؤسسة العمومية المعنية، ويلتحق حسب الحالة، بمنصب تعيينه أو مؤسسة التكوين في أجل شهر ابتداء من تاريخ تبليغ مقرر التعيين أو القبول في التكوين المعني. وبانقضاء هذا الأجل، يفقد المترشح المعني الحق في الاستفادة من نجاحه...)).

- أما من الناحية الموضوعية، فقرار التعيين عمل شرطي ذاتي أو فردي، ودليل ذلك أن قرار التعيين يلحق المترشح الناجح بالمركز القانوني العام، وتظهر صفة الذاتية أو الفردية من خلال تحديد قرار أو مقرر التعيين اسم ولقب المترشح الناجح، وتاريخ تعيينه، ومنصب العمل، وكذا رتبة وسلك التعيين⁽¹⁶⁾. فواضح إذن أن قرار أو مقرر التعيين يلحق المترشح الناجح بمركز قانوني عام.

والسؤال المطروح لإتمام عملية التكييف هو: هل قرار التعيين في القانون الجزائري معلق على شرط فاسخ، أو مرتبط بشرط شكلي جوهري يجب استكمالها قبل صدور القرار؟

بالتأمل في المادة 31 من المرسوم التنفيذي رقم 194/12 السابقة الذكر، يمكن القول أن قرار تعيين المترشح الناجح لتولي وظيفة عمومية هو قرار معلق على شرط فاسخ، ذلك لأن المادة ذكرت صدور قرار أو مقرر التعيين قبل التحاق المترشح بالوظيفة وتعبيره عن القبول بها: ((.... ويلتحق حسب الحالة، بمنصب تعيينه أو مؤسسة التكوين في أجل شهر ابتداء من تاريخ تبليغ مقرر التعيين أو القبول في التكوين المعني.

وبانقضاء هذا الأجل، يفقد المترشح المعني الحق في الاستفادة من نجاحه...)).

فقرار التعيين إذن يلحق المترشح الناجح بالوظيفة قبل تعبير هذا الأخير عن رضاه من خلال الإمضاء على محضر التنصيب والالتحاق بمنصب العمل، غير أن قرار التعيين لا ينتج آثاره القانونية إلا بعد التنصيب والالتحاق بالوظيفة⁽¹⁷⁾.

يتبادر إلى الذهن في هذا الصدد سؤال في غاية الأهمية هو: هل المترشح الناجح الذي صدر قرار بتعيينه ولم يلتحق في المدة المحددة، يلغى قرار تعيينه بقرار آخر، ونعتبر هذا القرار قرار عزل، تترتب عنه كافة الآثار القانونية للعزل؟

إن مقتضى نص المادة 31 من المرسوم التنفيذي رقم 19/122 السابق الذكر يقتضي اعتبار قرار التعيين متوقفا على شرط فاسخ هو عدم رفض المترشح الناجح للوظيفة المعين فيها، فإذا لم يلتحق المعني في المدة المحددة يستبدل بناجح آخر في القائمة الاحتياطية بموجب قرار آخر، وعليه لا يعتبر القرار الأخير قرار عزل للمترشح المتخلف عن الالتحاق بمنصب عمله، وبالتالي لا تترتب عليه الآثار القانونية للعزل.

خلاصة القول أن قرار التعيين في القانون الجزائري من ناحية التنفيذ هو قرار معلق على شرط فاسخ، وهذا هو الاتجاه الغالب في الفقه كما سبقت الإشارة إلى ذلك.

بناء على ما تم دراسته في هذا المطلب، يمكن القول أن قرار التعيين في القانون الجزائري هو قرار انفرادي من الناحية الشكلية، يصدر بالإرادة المنفردة للسلطة التي لها صلاحية التعيين، وهو عمل شرطي ذاتي أو فردي من الناحية الموضوعية، يلحق المترشح الناجح في مسابقة أو امتحان مهني بمركز قانوني عام، وهو أيضا معلق على شرط فاسخ، حيث لا ينتج آثاره القانونية إلا بتنصيب المترشح الناجح والتحاقه بالمنصب الذي عين فيه.

المطلب الثاني: تكييف قرار التعيين في واقع الإدارة الجزائرية

إن التكييف المتوصل إليه بخصوص قرار تعيين المترشح الناجح لتولي وظيفة عمومية في القانون الجزائري كما سبقت الإشارة هو أن القرار المذكور عمل انفرادي من الناحية الشكلية، وهو عمل شرطي ذاتي أو فردي من الناحية الموضوعية، وهو قرار معلق على شرط فاسخ من ناحية النفاذ، فهل التطبيق العملي للتعيين يتوافق مع هذا التكييف؟

إن التطبيق العملي لا يتوافق تماما مع هذا التكييف، حيث أن قرار أو مقرر التعيين لا يصدر إلا بعد التحاق المترشح الناجح بمنصب العمل بعد توقيعه على محضر التنصيب.

ويجد هذا التطبيق في الإدارة العمومية الجزائرية أساسه من بعض المناشير والتعليمات الصادرة عن المديرية العامة للوظيفة العمومية، فمن ذلك أكد المنشور رقم 08 المتعلق بتاريخ سريان بعض القرارات المتعلقة بتسيير الموارد البشرية أن تاريخ سريان القرارات الخاصة بتعيين المترشحين الناجحين في المسابقات على أساس الشهادات أو الاختبارات أو الفحوص المهنية يكون ابتداء من تاريخ تنصيبهم في مناصب عملهم(18).

كما أكدت ذلك أيضا التعليمات رقم 17 المتعلقة بتعيين نماذج القرارات المرتبطة بتسيير الموارد البشرية في الإدارات العمومية على أن قرار أو مقرر التعيين يسري من تاريخ تنصيب المترشح الناجح لتولي الوظيفة العمومية(19).

مما يستنتج من المنشور والتعليمات المذكورين أن التنصيب والتعبير عن الإرادة في الالتحاق بالوظيفة العمومية يكونان أسبق عن صدور قرار أو مقرر التعيين، حيث تلجأ الإدارة العمومية في الواقع إلى تنصيب المترشح الناجح لولي الوظيفة العمومية، ثم على أساس محضر التنصيب الذي يعبر فيه المترشح الناجح عن رغبته النهائية للالتحاق بالوظيفة العمومية، يحضر له قرار أو مقرر

التعيين الذي يسري من تاريخ التنصيب بعد خضوعه لرقابة مصالح الوظيفة العمومية والمراقب المالي.

إن هذا التطبيق العملي في الإدارة العمومية المتمثل في تسبيق التنصيب على صدور قرار أو مقرر التعيين يخالف مضمون المادة 31 من المرسوم التنفيذي رقم 194/12 المتعلق بالامتحانات والمسابقات والفحوص المهنية وكيفية إجرائها، ووجه المخالفة يظهر فيما يلي:

- أعطت المادة 31 من المرسوم التنفيذي المذكور المترشح الناجح مدة 30 يوما من تاريخ صدور قرار أو مقرر التعيين للالتحاق بمنصب العمل الذي عين فيه، وهذا ما يفيد أن التعيين أسبق من التنصيب، بينما في التطبيق العملي التنصيب يسبق التعيين، حيث أن المترشح الناجح في مسابقة أو امتحان مهني ينصب، ثم يحضر له قرار أو مقرر التعيين بناء على محضر التنصيب، ومدة 30 يوما تحسب من تاريخ الإعلان عن النتائج وتبليغ المترشح الناجح بها وليس من تاريخ صدور قرار أو مقرر تعيينه. ولا شك أن هذا التطبيق فيه مخالفة صريحة للمادة المذكورة وتجاوز لمبدأ تدرج القواعد القانونية.

كما تم تسجيل مخالفة بعض القرارات الوزارية للمادة 31 من المرسوم التنفيذي رقم 194/12 في الموضوع منها القرار الوزاري المشترك المتعلق بتحديد إطار تنظيم المسابقات على أساس الاختبارات والامتحانات المهنية للالتحاق بالترتب التابعة للأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالفلاحة، حيث جاء فيه: ((كل مترشح ناجح نهائيا لم يلتحق بمنصب تعيينه أو بمؤسسة التكوين في أجل 15 يوما ابتداء من تاريخ تبليغه بالنجاح في المسابقة على أساس الاختبارات أو الامتحان المهني يفقد حقه في النجاح ويعوض بالمترشح الذي يليه في القائمة الاحتياطية حسب درجة الاستحقاق)) (20).

إذن هذا القرار صريح في مخالفة المادة 31 من المرسوم التنفيذي رقم 194/12 في مسألتين: المسألة الأولى: في تحديد الأجل الممنوح للمترشح الناجح كي يلتحق بالوظيفة العمومية، فالمادة 31 المرسوم التنفيذي السابق الذكر نصت على 30 يوما، والمادة 11 من القرار الوزاري المذكور نصت على 15 يوما.

والمسألة الثانية تكمن في تاريخ بداية احتساب الأجل، في المادة 31 من المرسوم التنفيذي المذكور نصت على أن المادة تحسب من تاريخ تبليغ مقرر التعيين أو القبول في التكوين، أما المادة 11 من القرار الوزاري المذكور، فنصت على أن المدة تحسب من تاريخ التبليغ بالنجاح في المسابقة أو التكوين.

وهذه مخالفة صريحة للمرسوم التنفيذي رقم 194/12 السابق الذكر، وانتهاك صارخ لمبدأ تدرج القواعد القانونية، فكيف لقرار وزاري أو تعليمية أن تخالف مرسوما تنفيذيا؟

- إن تسبيق التنصيب على التعيين، وجعل صدور قرار أو مقرر التعيين مرتبط بامضاء المترشح الناجح على محضر التنصيب، يغير تكييف قرار التعيين من حيث النفاذ، فكما تقدمت الإشارة طبقاً للمادة 31 من المرسوم التنفيذي 194/12 السابق الذكر قرار أو مقرر التعيين عمل قانوني معلق على شرط فاسخ من حيث النفاذ، بمعنى لا ينتج آثاره القانونية إلا إذا التحق المعني بالتعيين بمنصب عمله بعد تنصيبه، وإذا لم يلتحق في المدة القانونية المحددة، أصبح قرار أو مقرر التعيين حسب الحالة كأن لم يكن، ويعين مترشح آخر ناجح في القائمة الاحتياطية. إلا أن تسبيق التنصيب على صدور قرار أو مقرر التعيين يجعل هذا الأخير يتمتع بالقوة التنفيذية فور صدوره، إذ ينتج آثاره القانونية من تاريخ التنصيب، ولا يعتبر معلقاً على شرط فاسخ، ويكون التنصيب في هذه الحالة مجرد إجراء شكلي، يدخل ضمن الإجراءات التحضيرية لإصدار قرار أو مقرر التعيين.

إذن ما يمكن استخلاصه في هذا المطلب أن قرار أو مقرر تعيين المترشح الناجح لتولي وظيفة عمومية من الناحية العملية ليس معلقاً على شرط فاسخ من حيث النفاذ كما هو مقتضى المادة 31 من المرسوم التنفيذي رقم 194/12 السابق الذكر، وإنما هو قرار أو مقرر يتمتع بالقوة التنفيذية من يوم صدوره، ويسري من تاريخ تنصيب المعني بالأمر، وما للتنصيب والتعبير عن قبول منصب العمل إلا إجراء شكلي يدخل ضمن متطلبات صدور قرار أو مقرر التعيين.

هذا التكييف في الواقع يعيد طرح السؤال السابق الذكر بخصوص معالجة مسألة رفض المترشح الناجح الالتحاق بالوظيفة التي عين فيها وكيفية استبداله بناجح آخر في القائمة الاحتياطية: هل المترشح الناجح الذي صدر قرار بتعيينه ولم يلتحق في المدة المحددة، يلغى قرار تعيينه بقرار آخر، ونعتبر هذا القرار قرار عزل، تترتب عنه كافة الآثار القانونية للعزل؟

هنا يجب التمييز بين حالتين:

- حالة ما إذا أمضى المترشح الناجح على محضر التنصيب وصدر قرار بتعيينه، وتم تبليغه به، يعتبر تخلفه عن العمل تخلي عن المنصب، تباشر الإدارة إجراءات عزله بعد إعداره، وهنا تقوم السلطة التي لها صلاحية التعيين بعد استيفاء الشروط القانونية بإصدار قرار أو مقرر العزل على أساس إهمال المنصب⁽²¹⁾، ويتحمل المعني بالآثار القانونية للعزل التي من أهمها عدم التوظيف في الوظيفة العمومية مجدداً⁽²²⁾.
- أما في حالة ما إذا تم تنصيب المترشح الناجح في منصب العمل، ولم يصدر قرار بتعيينه، فإن التطبيق في الكثير من الإدارات والمؤسسات العمومية يقضي بمنح المعني فرصة التراجع

عن إمضاء محضر التنصيب، وتعوضه بالمرشح الناجح التالي في القائمة الاحتياطية، ولا يتخذ ضد المترشح المترجع عن التنصيب أي قرار، ويصبح وكأنه لم يلتحق أصلا. ولا شك أن التطبيق العملي في كلتا الحالتين يخالف مقتضى نص المادة 31 من المرسوم التنفيذي رقم 194/14 السابق الذكر.

من خلال ما تمت دراسته في هذا المبحث يمكننا القول أن قرار أو مقرر تعيين المترشح الناجح لتولي وظيفة عمومية في القانون الجزائري عمل إداري انفرادي من الناحية الشكلية، وعمل شرطي ذاتي أو فردي من الناحية الموضوعية، وهو معلق على شرط فاسخ من ناحية النفاذ، أما من الناحية العملية، فقرار أو مقرر التعيين مسبوق بإجراء شكلي غير منصوص عليه في المرسوم التنفيذي رقم 194/12 السابق الذكر هو قبول المترشح الناجح الالتحاق بمنصب العمل بتوقيعه على محضر التنصيب، وهذا ما يجعل قرار أو مقرر التعيين الصادر يتمتع بالقوة التنفيذية منذ صدوره، وينتج آثاره القانونية من تاريخ تنصيب المعني.

الخاتمة:

في خاتمة هذا المقال الذي تناول بالدراسة والتحليل الطبيعة القانونية لقرار تعيين المترشح الناجح لتولي وظيفة عمومية، يمكن تسجيل النتائج التالية:

1- اختلف الفقه بخصوص الطبيعة القانونية لقرار تعيين المترشح الناجح لتولي وظيفة عمومية، غير أن الرأي الراجح هو الرأي القائل بأن قرار التعيين عمل انفرادي يصدر بالإرادة المنفردة للسلطة التي لها صلاحية التعيين من الناحية الشكلية، وعمل شرطي ذاتي يلحق المترشح الناجح لتولي وظيفة عمومية بمركز قانوني عام من الناحية الموضوعية، وعمل معلق على شرط فاسخ من حيث النفاذ، حيث ينتج آثاره القانونية من تاريخ التعيين شريطة ألا يرفض المترشح المعين هذا التعيين.

2- إن التكيف المتوصل إليه من خلال التأمل في النصوص القانونية المتعلقة بالوظيفة العمومية لا سيما الأمر رقم 03/06 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية والمرسوم التنفيذي رقم 194/12 المتعلق بالمسابقات والامتحانات والفحوص المهنية يتفق تماما مع الرأي الراجح في الفقه الإداري.

3- إن التطبيق العملي في الإدارة العمومية الجزائرية بخصوص قرار أو مقرر تعيين من حيث النفاذ يتناقض مع ما ورد في المرسوم التنفيذي رقم 194/12 السابق الذكر، حيث أن المرسوم جعل التعيين قبل الالتحاق وتنصيب المترشح الناجح، بينما في التطبيق العملي بناء على بعض التعليمات والمناشير، التنصيب والالتحاق بمنصب العمل أسبق من التعيين، وهذا ما

يجعل عملية التنصيب إجراء شكلياً يدخل ضمن الأعمال التحضيرية لصدور قرار أو مقرر التعيين، وهذا بلا شك انتهاك لمبدأ تدرج القواعد القانونية، فكيف للمنشور والتعليمة أن يخالفا المرسوم التنفيذي؟.

4- إن هذه المخالفة أدت إلى تغيير ميعاد المدة الممنوحة للمترشح الناجح كي يلتحق بمنصب عمله، فالمرسوم التنفيذي رقم 194/12 أكد في المادة 31 منه على أن المدة هي 30 يوماً تحتسب من تاريخ تبليغ المعني بقرار التعيين، وفي الواقع تحتسب من يوم تبليغ المترشح بنجاحه.

بناء على هذه النتائج يمكن تقديم التوصيات والاقتراحات التالية:

1- الفصل صراحة في طبيعة قرار التعيين، حيث يقترح في هذا المجال تعديل الفقرة الأولى من المادة 83 من الأمر رقم 03/06 التي تنص على أنه: ((يعين كل مترشح تم توظيف في رتبة للوظيفة العمومية بصفة متربص))، حيث تصبح كما يلي: ((يعين كل مترشح تم توظيفه في رتبة للوظيفة العمومية بصفة متربص بقرار فردي من السلطة التي لها صلاحيات التعيين، يسري من تاريخ تنصيب المعني)).

2- ضرورة إزالة التعارض الموجود بين نص المادة 31 من المرسوم التنفيذي رقم 194/12 المتعلق بالمسابقات والامتحانات والفحوص المهنية التي تقضي بتعيين المترشح الناجح في المنصب، ثم يمنح مهلة 30 يوماً للالتحاق بالمنصب أو تعويضه بمترشح من القائمة الاحتياطية، وبين الواقع العملي المستند إلى بعض المناشير والتعليمات، فالمترشح الناجح حسب هذه الأخيرة ينصب، ثم تصدر السلطة التي لها صلاحية التعيين قراراً بتعيينه.

3- تخفيض المدة الممنوحة للمترشح الناجح للالتحاق بالمنصب العمل، حيث أن مدة 30 يوماً تبدو مدة طويلة خاصة وأن الكثير من الإدارات والمؤسسات العمومية تجري مختلف المسابقات في آخر السنة مما يجعلها عرضة لفقد المناصب المعلن عنها بإقفال السنة المالية، ويقترح في هذا المجال اعتماد مدة 15 يوماً من تاريخ تبليغ المترشح الناجح.

4- إن تطبيق الاقتراحين الأخيرين يقتضيان تعديل المادة 31 من المرسوم التنفيذي رقم 194/12 التي تنص على أنه: ((يجب على كل مترشح ناجح في مسابقة أو امتحان أو فحص مهني، أن يكون تحت تصرف المؤسسة أو الإدارة العمومية المعنية، ويلتحق حسب

الحالة بمنصب تعيينه أو مؤسسة التكوين في أجل شهر واحد ابتداء من تاريخ تبليغه مقرر التعيين أو القبول في التكوين المعني.

وبانقضاء هذا الأجل، يفقد المترشح المعني الحق في الاستفادة من نجاحه في المسابقة أو الامتحان أو الفحص المهني ويستبدل بالمترشح المدرج اسمه في قائمة الاحتياط حسب الترتيب.

ويتم استبدال المترشح الناجح المعلن تخلفه بمقرر من السلطة التي لها صلاحية التعيين. وتبلغ نسخة من هذا المقرر إلى المصالح التابعة للسلطة المكلفة بالوظيفة العمومية في أجل أقصاه عشرة (10) أيام عمل، ابتداء من تاريخ توقيعه).

فتبسط المادة وتكون في شكل واضح كما يلي: ((يجب على كل مترشح ناجح في مسابقة أو امتحان أو فحص مهني، أن يكون تحت تصرف المؤسسة أو الإدارة العمومية المعنية، ويلتحق حسب الحالة بمنصبه أو مؤسسة التكوين في أجل 15 يوماً من تاريخ تبليغه بالنجاح.

إذا التحق المترشح الناجح في المدة المذكورة، تقوم السلطة التي لها صلاحية التعيين بتنصيبه، وإصدار قرار بتعيينه يسري من تاريخ التنصيب، وإذا لم يلتحق في المدة المحددة أعلاه، يفقد الحق في الاستفادة من نجاحه، ويستبدل بمترشح آخر ناجح من القائمة الاحتياطية حسب الترتيب).

الهوامش:

1- الفقرة الأولى من المادة 04 من الأمر رقم 03/06 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية الصادر في 15 جويلية 2006، ج.ر، العدد 46.

2- المادة 95 من الأمر رقم 03/06.

3- المادة 09 من الأمر رقم 03/06

4- المادة 75 من الأمر رقم 03/06.

5- المادة 80 من الأمر رقم 03/06.

6- د/ علي خطار شطناوي، دراسات في الوظيفة العامة، مطبعة الجامعة الأردنية، عمان، 1998، ص80.

7- SAKER Haïtham, **Les droits et libertés du fonctionnaire dans les jurisprudences du conseil d'état libanais et conseil d'état français**, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit et sciences sociales, Université de Poitiers, 2008, P18-19.

8- د/ عمار عوابدي، مبدأ تدرج فكرة السلطة الرئاسية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، طبعة 1984، ص291.

9- د/ عبد الحميد كمال حشيش، دراسات في الوظيفة العامة في النظام الفرنسي، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، طبعة 1974، ص73.

10- د/ عبد العزيز الجوهري، الوظيفة العامة (دراسة مقارنة مع التركيز على التشريع الجزائري)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 1985، ص90.

- 11- المرجع نفسه، ص92-93.
- 12- د/ عمار عوابدي، مرجع سابق، ص291.
- 13- د/ عبد العزيز الجوهري، مرجع سابق، ص94.
- 14- المرجع نفسه، ص94 و 95.
- 15- المرسوم التنفيذي رقم 194/12 المؤرخ في 25 أبريل 2012، يحدد كليات تنظيم المسابقات والامتحانات والفحوص المهنية في المؤسسات والإدارات العمومية وكيفية إجرائها، ج.ر، العدد 26.
- 16- التعليم رقم 17 المؤرخة في 2009/07/12، تتعلق بتحسين نماذج القرارات المتعلقة بتسيير الموارد البشرية في الإدارات العمومية، صادرة عن المدير العام للوظيفة العمومية.
- 17- التنصيب عمل مادي يدل على أن الشخص المعين في الوظيفة قد التحق بمنصب عمله. أنظر في ذلك:
- Jean Marie AUBY, Robert DUCOS-ADER, Doit administratif, 3^{ém}, éd. Dalloz, 1973, P 97.
- 18- المنشور رقم 08 المؤرخ في 6 مارس 2004 يتعلق بتاريخ سريان بعض القرارات المتعلقة بتسيير الموارد البشرية، صادر عن المدير العام للوظيفة العمومية.
- 19- التعليم رقم 17 المؤرخة في 2009/07/12، تتعلق بتحسين نماذج القرارات المتعلقة بتسيير الموارد البشرية في الإدارات العمومية، مرجع سابق.
- 20- المادة 11 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 31 مارس 2011 المتعلق بتحديد إطار تنظيم المسابقات على أساس الاختبارات والامتحانات المهنية للالتحاق بالترتب التابعة للأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالفلاحة، ج.ر، العدد 46 الصادر في 2012.
- 21- المادة 184 من الأمر رقم 03/06، مرجع سابق.
- 22- المادة 185 من الأمر نفسه.

مشروعية إسقاط الجنين المشوه

الأستاذة: سليمانى لامية

كلية الحقوق، جامعة بومرداس.

الملخص

يحضى الجنين وهو في رحم أمه بحقوق تمنحه حماية تجعله بعيدا عن كل أنواع الاعتداء حتى وإن كان هذا الجنين مشوها. وهذه الحماية مشرعة في القوانين الوضعية وكذلك في الشريعة الإسلامية التي اهتمت بالجنين، فقد نزلت العديد من الآيات القرآنية تجسد هذه الحماية فحرمت الإجهاض كما جرّمته أغلب التشريعات الوضعية.

فرغم التقنيات الحديثة والمتطورة التي توصل إليها العلم من أجل تشخيص الأمراض التي قد تصيب الجنين وهو في رحم أمه ورغم إمكانية التعرف على ما قد يصيب الجنين قبل ولادته فإن الأطباء لا يحق لهم القيام بإجهاض الجنين المشوه والإجهاض الوحيد الذي تسمح به أغلب التشريعات والشريعة الإسلامية هو الإجهاض من أجل إنقاذ حياة الأم حيث ترجح مصلحة الأم على مصلحة الجنين. ذلك ما ذهب إليه المشرع الجزائري حيث أنه يعاقب على الإجهاض ولا يسمح به إلا للضرورة.

المقدمة:

إن الإنسان وباعتباره أسمى خلق الله، قد كرمه الله عز وجل ومنح له الحق في الحماية منذ بداية تكوينه جنينا في رحم أمه فنجد الشريعة الإسلامية قد اعتنت به وأقرت عقوبة لكل من يعتدي عليه، كما اهتمت القوانين الوضعية بذلك مشرعة حقوقا للجنين ومجرمة لكل الأفعال التي من شأنها المساس به، فاعتبرت مرحلة الحمل مرحلة هامة تستدعي العناية بالأم، وتضمن سلامة الجنين من أجل الحفاظ على النسل.

فالشريعة الإسلامية عرفت كيفية الخلق من خلال العديد من الآيات القرآنية فنجد قوله تعالى: (يخلقكم في بطون أمهاتكم خلقا من بعد خلق في ظلمات ثلاث). سورة الزمر جزء من الآية (6) وكذلك قوله تعالى: (وقد خلقكم أطوارا) سورة نوح الآية (14)، كما حرمت الشريعة الإسلامية قتل الأبناء من خلال العديد من الآيات القرآنية فنجد قوله تعالى (ولا تقتلوا أولادكم من إملاق نحن نرزقكم وإياهم) سورة الأنعام جزء من الآية (151) فالإجهاض فعل مجرم لا يسمح به لأي سبب كان، فالشريعة الإسلامية وأغلب القوانين الوضعية حرمت فعل الإجهاض إذا لم يكن

لأسباب طبية تهدد حياة الحامل وبالتالي فإننا نتساءل من خلال بحثنا هذا عن مدى مشروعية إجهاض الجنين المشوه. هذا ما سوف نتناوله من خلال ثلاث مباحث حيث نتطرق في مبحث أول إلى ماهية الجنين ومراحل تكوينه، ثم في مطلب ثانٍ نتطرق إلى الأركان المكونة لجريمة الإجهاض وفي مبحث ثالثٍ نتناول مدى مشروعية إجهاض الجنين المشوه.

المبحث الأول: ماهية الجنين ومراحل تكوينه:

لما كان الجنين هو محل الحماية القانونية والشرعية بتجريم فعل الإجهاض، كما أنه من المعقول أن يكون حقه في أن ينمو نموًا طبيعيًا بدلًا من إباحة إجهاضه كما تنادي إلى ذلك الكثير من المؤتمرات واتجهت إلى ذلك التشريعات الحديثة (1) وبما أن الجنين يمكن أن يصاب بتشوهات وعاهات أثناء فترة الحمل وهو يمر عبر مراحل مختلفة خلال نموه فإننا نتناول من خلال هذا المبحث: التعريف بالجنين وأسباب تشوّهه في مطلب أول ثم مراحل تكوينه في مطلب ثاني.

المطلب الأول: التعريف بالجنين ومراحل تكوينه:

نتناول التعريف بالجنين ثم مختلف مراحل تكوينه:

- أولاً: التعريف بالجنين:

نتناول مختلف تعريفات الجنين: التعريف لغة ثم عند الأطباء ثم في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية ثم عند فقهاء القانون الوضعي.

1- التعريف بالجنين لغة: جاء تعريف الجنين في لسان العرب وهو الولد مادام في بطن أمه لاستتاره فيه. وجمعه أجنة وأجنن بإظهار التضعيف. والجنين أيضاً: الكفن لذلك وأجنه: كفنه. (2) .

وفي القرآن الكريم: (فلما جن الليل رأى كوكبا) سورة الأنعام جزء من الآية (76) فالجنين في اللغة هو الشيء المستور والمغيب، وأطلق على الحمل اسم الجنين لاستتاره وتغيبه عن الأنظار وهو داخل رحم الأم (3).

2- تعريف الجنين عند الأطباء: هو ثمرة الحمل في الرحم حتى نهاية الأسبوع الثامن وبعده يسمى الحميل (4).

3- تعريف الجنين في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية: جاء في البحر الرائق للحنفية: والجنين: (اسم للولد في بطن أمه ما دام فيه) وفي حاشية ابن عابدين لهم أيضاً: (الجنين هو الولد ما دام في الرحم).

وفي الأم للإمام الشافعي: الجنين هو الحمل، وفي كشاف القناع للحنابلة (الجنين: أي الولد في البطن من الاجتتان وهو الستر، لأنه أجنه بطن أمه أي ستره) (5).

وعند المالكية: جاء في المنتقى: (الجنين هو كل ما حملته المرأة مما يعرف أنه ولد وإن لم يكن مخلقا) ويرى الإمام مالك أن كل ما ألقته المرأة من دم أو مضغة أو علقة أو شيء مما يستيقن النساء أنه ولد يعتبر جنينا وتجب فيه الغرة (6).

4-تعريف الجنين في اصطلاح فقهاء القانون الوضعي: الجنين في اصطلاح القانونيين هو الكائن المستكن في رحم المرأة فهو البويضة التي لقحها حيوان منوي، وما تطور عنها وتشكل حتى بداية شعور الحامل بالأم الوضع الطبيعي أو المبستر.

فمنذ اللحظة التي تندمج فيها الخلية المذكرة -الحيوان المنوي -بالخلية المؤنثة -البويضة -تعد الخلية الجديدة "جنينا " من الوجهة القانونية على الرغم من أن العلماء في الطب الحديث لا يطلقون لفظ الجنين على الحميل إلا بعد مضي قرابة شهرين على التلقيح، وتضفي معظم التشريعات حمايتها على الجنين حتى لو لم يتشكل أو تدب فيه الحركة أو تنفخ في الروح (7).

- ثانيا: مراحل تكوين الجنين:

بين الله عز وجل مراحل تطور الجنين في القرآن الكريم من خلال العديد من الآيات حيث قال الله تعالى: "ولقد خلقنا الإنسان من سلالة من طين ثم جعلناه نطفة في قرار مكين، ثم خلقنا النطفة علقة فخلقنا العلقة مضغة فخلقنا المضغة عظاما فكسونا العظام لحما ثم أنشأناه خلقا آخر فتبارك الله أحسن الخالقين" الآيات (12-13-14) وقال عز وجل: " يا أيها الناس إن كنتم في ريب من البعث فإننا خلقناكم من تراب ثم من نطفة ثم من علقة ثم من مضغة مخلقة وغير مخلقة لنبين لكم ونقر في الأرحام ما نشاء إلى أجل مسمى " سورة الحج جزء من الآية (5). من خلال هذه الآيات البيّنات تتبين لنا المراحل التي يمر عبرها الجنين أثناء نموه، من النطفة إلى العلقة ثم المضغة ثم العظام ثم في الأخير تكسى العظام باللحم.

1-مرحلة النطفة:

النطفة هي أول أطوار خلق الإنسان ذكرها في آياته البيئات منها قوله تعالى: " ثم جعلناه نطفة في قرار مكين " سورة المؤمنین الآية (13) فالنطفة هي مبدأ تخلق الجنين وتنقسم البويضة الملحقة انقسامات سريعة متحركة مع قناة فالوب حيث تنغرس فيه كما تنغرس البذرة في التربة.

وهي الماء الصافي قل أو كثر وتطلق على ماء الرجل ونطفة المرأة (8).

كما يقول الله سبحانه وتعالى: " إنا خلقنا الإنسان من نطفة أمشاج " سورة الإنسان جزء من الآية (2).

والأمشاج هي الأخلاط والمراد نطفة الرجل ونطفة المرأة واختلاطهما وقيل: الأمشاج الأخلاط لأنها ممتزجة من أنواع يخلق الإنسان منها وطباع مختلفة.

يقول الإمام القرطبي رحمه الله: وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: الأمشاج الحمر في البياض والبياض في الحمر وهذا قول يختاره كثير من أهل اللغة (9).

2-مرحلة العلق:

قال الله سبحانه وتعالى: " اقرأ باسم ربك الذي خلق، خلق الإنسان من علق " سورة العلق الآيتين (2-3) فبعد أن كان الجنين نطفة أمشاجا من ماء الرجل وماء المرأة، أصبح علقة والعلق في اللغة هي الدم الجامد قبل أن يببس وهي أيضا دودة في الماء تمتص الدم كما أن كلمة علقة جاءت من مادة علق، ونقول علق بالشيء نشب فيه.

فالعلق لها ثلاث معان: الدم الجامد، والدودة التي تمتص الدم والنشوب في الشيء أو التثبت به، وكل -3 -

هذه المعاني تنطبق على الجنين وهو علقة فالنطفة بعد نزولها من قناة فالوب الرحمية إلى الرحم، تنغرس في جدار الرحم وتتعلق به، فعلوها هذا يجسد أحد المعاني الثلاثة (10).

3-مرحلة المضغة المخلفة وغير المخلفة:

المضغة هي لحمة قليلة قدر ما يمضغ وهذه المضغة كما جاء في القرآن الكريم تكون على نوعين مخلقة وغير مخلقة (11) حيث قال سبحانه وتعالى " ثم من مضغة مخلقة وغير مخلقة " جزء من الآية (5) من سورة الحج، فقد أوضح علم الأجنة بأن الجنين في هذا الطور يتزايد نموه بسرعة، فبعد أن يكون في اليومين الثالث والعشرين والرابع والعشرين في نهاية طور العلقة يتحول إلى طور المضغة في اليومين الخامس والعشرين والسادس والعشرين، فيبدأ ظهور الكتل البدنية والتي تسمى بالفلقات، وفي اليوم الثامن والعشرين يكون قد أصبح في الجنين عدة فلقات

توجد بينها أخايد مما يعطيه شكلا شبيها بالعلكة - اللبان - الممضوغة عليها آثار الأسنان ويتغير شكله مثلما تتغير المادة التي تمضغها أو تلوكتها الأسنان (12).

4-طور تكوين العظام واللحم:

قال الله سبحانه وتعالى " فخلقنا المضغة عظاما فكسونا العظام لحما " سورة المؤمنون جزء من الآية (14) تبدأ الكتل البدنية بالتحول إلى عظام وتستغرق مرحلة التحول هذه الأسبوع الخامس والسادس والسابع (13) مع ملاحظة أن العظام تكون أولا " غروية " ثم " غضروفية " ثم اعتبارا من الشهر السادس تتحول شيئا فشيئا إلى عظام. وطور خلق العظام وطور كسوتها لحما مشتركين في التخلق والتكوين فالله سبحانه وتعالى جعل تكوين العظام واللحم مرتبطين ببعضهما البعض الآخر (14).

المطلب الثاني: التعريف بالجنين المشوه وبالأمراض الوراثية:

نتناول من خلال هذا المطلب التعريف بالجنين المشوه والأسباب المؤدية إلى تشويه الجنين ثم نتناول التعريف بالأمراض الوراثية وتشخيصها باعتبار أن الأمراض الوراثية تعد من أهم الأسباب التي تؤدي إلى تشويه الجنين:

1-**التعريف بالجنين المشوه:** المشوه هو من أصيب بعاهة غيرت خلقه (15) والمشوه من الإنسان: القبيح المنظر. وكل شيء من الخلق لا يوافق بعضه بعضا فهو أشوه. الأشوه من الإنسان القبيح (16).

2-**الأسباب المؤدية إلى تشويه الجنين:** يمكن للجنين وهو في بطن أمه أن يصاب ببعض التشوهات إما أن تكون لعوامل وراثية وإما أن تكون لعوامل أخرى كالعوامل البيئية.

أ-**العوامل الوراثية:** أكد الطب الحديث على أن الأسباب الوراثية لها تأثير في التشوهات الخلقية نسبة -4 -

30 إلى 40 بالمائة من الحالات التي يحدث فيها التشوهات الخلقية وقد تحدث نتيجة طفرات في الجينات الوراثية يرثها الجنين من الآباء والأجداد وهي إما سائدة يرثها الجنين من أحد الأبوين أو مشيمة يرثها الجنين من كلا الأبوين وتؤدي هذه الطفرات إلى مرض وراثي في الجنين يورثه بالتالي إلى الأجيال التالية وتتسبب في عيوب خلقية وراثية ظاهرة في الرأس أو الجذع أو الأطراف أو غير ظاهرة مثل أمراض سوء التمثيل الغذائي وأمراض نقص الأنزيمات الوراثية أو اختلال في تكوين الهيموجلوبين الذي يؤدي إلى أنيميا وراثية أو إلى نقص المناعة الوراثي أو أمراض العظام والعضلات الوراثية(17)

ب-العوامل البيئية: يوجد في البيئة المحيطة بنا الكثير من المواد السامة والخطيرة التي تهدد حياة الأجنة أو تصيبهم بالتشوه وهذه المواد تسمى بالمواد المولدة للتشوه، والكثير منها يمكن تجنبه وهي تشمل العدوى سواء كانت (بكتيرية أو فيروسية) والأدوية والإشعاع، وهذه المواد أو بعضها تستطيع اختراق المشيمة والوصول إلى الجنين (18).

3-التعريف بالأمراض الوراثية:

على يد العالمان فرانسيس كريك، وجيمس واتسون DNA في عام 1953 تم اكتشاف طبيعة الجينة الذي يحمل المادة الوراثية يتألف من سلسلتين أو DNA حيث اتضح لهما من تجاربهما أن جزئ خيطين متكاملين من السكر والفوسفات والقواعد الأذونية، وأن الخيطين يلتف أحدهما حول الآخر ليشكلا ما يسمى بالبنية الحلزونية المضاعفة (19).

ويقصد بالأمراض الوراثية: "مرض ينتج عن خلل في الصبغيات عددا أو تركيبا أو يكون ناتجا عن عيب في أحد المورثات سواء أدى هذا المورث إلى مرض وراثي متنح أو سائد أو مرتبط بالجنس " فإذا حدث أي خلل في ترتيب الأحماض الأمينية التي تعبر عنها المورثات أثناء عملية انقسام الخلية ونسخ الحامض النووي فإن هذا يؤدي إلى إنتاج بروتينات شاذة قد ينتج عنها أمراض وراثية وتشوهات خلقية مختلفة سواء حصل هذا الخلل في الانقسام أثناء الحمل أم بعد الولادة وأثناء حياة الإنسان نتيجة تعرضه لعوامل خارجية من أشعة ضارة أو مواد مسرطنة مما يؤدي إلى انقسام غير طبيعي في الخلية وتكوين الأورام السرطانية وغيرها من العاهات والتشوهات (20) .

4-تشخيص الأمراض الوراثية:

استطاع العلماء تشخيص الكثير من الأمراض الوراثية في مرحلة مبكرة والجنين في بطن أمه وقبل ذلك في أنابيب الاختبار عند تلقيح البيضة:

1-تشخيص الأمراض الوراثية عند تلقيح البيضة: استطاع العلماء أن يتعاملوا مع البيضة الملقحة خارج الرحم عند انقسامها، وذلك بإجراء تحليل معين لتشخيص الخلل الوراثي الحاصل في المادة -5- الوراثية التي ينتج عنه المرض الوراثي المحدد.

2-تشخيص الأمراض الوراثية في الجنين: إذا تكرر حصول الإجهاض التلقائي المبكر عند الأم ولذلك يفحص الجنين والأم الحامل فإن هنا احتمال بوجود مرض وراثي بنسبة 60% تصل إلى بعدة طرق منها:

أ- الفحص بالموجات فوق الصوتية (السونار) وهذا يفيد في التعرف على الجنين وحياته، وتحديد العيوب الخلقية، وهذا لا يسبب أضرار للأم أو للجنين.

ب- تحليل عينة من المشيمة وهي تقنية لا تخلو من المخاطر على الأم والجنين، ولكنها مفيدة في التعرف على أنواع الأمراض التي تصيب الصبغيات (21).

المبحث الثاني: الأركان المكونة لجريمة الإجهاض:

من أنواع 90% أجمع الباحثون على أن الإجهاض الاجتماعي الذي لا يقوم على مبرر شرعي يشكل الإجهاض في العالم، وأن الاتحاد الدولي للسكان يقرر أن حوالي 30 مليون حالة إجهاض من هذا النوع تقع في كل عام، وهناك من المبررات ظهرت نتيجة الطفرة الهائلة في مجال الطب، واكتشاف الأمراض (22) ومن ناحية واقعية لا يعد الإجهاض علاجاً للأمراض الوراثية وإنما هو قضاء عليها وعلى صاحبها في مهدها قبل أن ترى النور عيناه، والعلاج كما هو معلوم ليس كذلك، فالعلاج هدفه الشفاء من المرض أو التخفيف منه لا القضاء على المريض نفسه (23). وعليه نتناول مفهوم الإجهاض في مطلب أول ثم نتناول أركان جريمة الإجهاض في مطلب ثاني:

المطلب الأول: مفهوم الإجهاض:

نتناول أولاً التعريف بالإجهاض ثم أنواعه:

أولاً: التعريف بالإجهاض:

1- **الإجهاض في اللغة:** هو خروج الجنين من الرحم قبل الشهر الرابع، أجهضت الحامل: ألقته ولدها لغير تمام ويقال أجهضت جنيناً. وفي الحديث " فأجهضت جنينها " (24). وهو بمعنى الإسقاط ومنه أجهضت المرأة ولدها أي أسقطته ناقص الخلقة وأجهضت الحامل ألقته ولدها لغير تمام (25).

2- **الإجهاض في اصطلاح الفقهاء:** الإجهاض في اصطلاح الفقهاء ليس له حد معين، غير أن استعمالهم لهذا اللفظ لا يخرج عن كونه إلا معبراً عن خروج الجنين من رحم المرأة ناقص الخلق-6 -وقد عبروا عن الإجهاض بمرادفات كثيرة كالإسقاط، والإلقاء والطرح والإملاص (26).

3- **الإجهاض في اصطلاح الطب:** عرف الدكتور محمد البار بأنه خروج محتويات الرحم قبل إثنين وعشرين أسبوعاً من آخر حيضة حاضتها المرأة أو 20 أسبوعاً من لحظة تلقيح البويضة بالحيوان المنوي، وهذا التعريف اعتبر مبدأ حيوية الجنين من الأسبوع العشرين على حسب بداية الاحتساب من آخر حيضة أو من لحظة التلقيح.

وعرفه بعضهم بأنه انتهاء الحمل قبل حيوية الجنين وتقدر حيوية الجنين بثمانية وعشرين أسبوعاً وهي تساوي سبعة أشهر يكون الجنين فيها مكتمل الأعضاء وله القدرة على الحياة (27).

ثانياً: أنواع الإجهاض:

1- الإجهاض التلقائي أو الطبيعي: يعرف الإجهاض الطبيعي أو التلقائي بأنه: هو الذي يقع بصورة طبيعية دون أن تتدخل الإرادة في إحداثه، فيقوم الرحم بطرد الجنين الذي لا يمكن أن تكتمل له عناصر الحياة، وأسبابه كثيرة وإن كان السبب يبقى مجهولاً في أغلب الحالات ويمكن أن يكون لأسباب تتعلق بالبويضة الملقحة ذاتها، حيث أن التطور الشاذ للبويضة الملقحة يعتبر مسؤولاً عن 50 بالمائة من حالات الإجهاض التلقائي (28).

2- الإجهاض الاجتماعي: وهو ما يكون الدافع إليه الرغبة في عدم الإنجاب والمحافظة على الرشاقة والمظهر أو التستر على فاحشة أو غير ذلك (29)، أو قد يكون الحمل قد جاء نتيجة اغتصاب تعرضت له المرأة فتلجأ هي أو أهلها إلى إسقاط الحمل من أجل الحفاظ على الشرف وخوفاً من العار (30).

3- الإجهاض العلاجي: وهو العلاج الذي تقتضيه الظروف الصحية للمرأة الحامل، نظراً لعدم قدرتها على تحمل استمرار الحمل، وخاصة إذا كان يعرض صحتها للانهايار أو إذا كان الحمل يعوق تطور الجنين ولا يؤدي إلى نموه. ويتم ذلك عن طريق الطبيب كعمل من أعمال العلاج (31).

4- الإسقاط لأسباب اقتصادية: ويعني ضعف القدرة المالية لرب الأسرة وبالتالي عدم قدرته على تربية أولاده التربية السليمة التي تكفل لهم الحياة السعيدة، كما أن هناك من يعجزه الفقر عن شراء وسائل منع الحمل فيحدث الحمل رغماً عنه فيلجأ إلى الإجهاض للتخلص من هذا الجنين حتى لا يسبب عبئاً مالياً ونفسياً على الأسرة.

كما أن الكثير من أبناء هذا الجيل يحاولون الفرار من المسؤولية بالتخلص من الأجنة حتى لا يتحملوا مسؤوليتهم (32).

5- إسقاط الجنين خشية إنجاب طفل مشوه أو مصاب بمرض خطير:

هناك حالات مرضية كثيرة تتعرض لها المرأة فيترتب عليها تعرض الجنين إلى مخاطر التشوه، كما أن هناك أيضاً بعض العوامل البيئية التي تؤدي في أغلب الأحوال إلى تشويه الجنين كالتفجيرات الذرية، و-7- في بعض هذه الحالات يتعين من الناحية الطبية إجراء الإسقاط الطبي بإخراج الجنين من رحم الأم لهذا السبب (33).

المطلب الثاني: أركان جريمة الإجهاض:

إزاء انتشار ظاهرة الإجهاض تعرض رجال الدين والفقهاء الإسلامي والقانون لتجريم هذه الظاهرة وكذلك القوانين المنظمة لمهنتي الطب والتوليد وقد انعقدت المؤتمرات من أجل الوقوف على مدى جواز الإجهاض أو تجريمه من النواحي الشرعية والطبية والقانونية (34).

وجريمة الإجهاض كغيرها من الجرائم يشترط لقيامها توافر الركن المادي والركن المعنوي وعلاقة السببية.

وبالإضافة إلى الركنين المادي والمعنوي وعلاقة السببية لا بد من نص قانوني يجرم الفعل إذ لا جريمة بغير قانون فالنص القانوني هو الذي يحدد مواصفات الفعل الذي يعتبره القانون جريمة وبدون النص القانوني يبقى الفعل مباحا وقد اختلف الفقهاء حول ما إذا كان النص القانوني يشكل ركنا من أركان الجريمة أم لا (35).

1-الركن المادي:

هو المظهر الخارجي للجريمة والذي يترتب على توافره تدخل المشرع بالعقاب. ذلك أن المشرع لا يعاقب على ما يضره الإنسان من شر في نفسه إلا إذا تحول هذا الشر إلى كيان له طبيعة مادية ملموسة في العالم الخارجي. أما إذا تخلف هذا الكيان المادي فلا حديث عن سلوك إجرامي.

والركن المادي للجريمة يتكون من ثلاث عناصر أساسية وهي: نشاط إجرامي يصدر عن الفاعل وهو قوام هذا الركن ونتيجة يفضي إليها هذا النشاط يتمثل في الاعتداء على المصلحة التي يحميها القانون وعلاقة سببية تربط بين النشاط الإجرامي والنتيجة التي تحققت (36).

وعلاقة السببية في جرائم الإجهاض هي الرابطة التي تقوم بين السلوك الإجرامي والنتيجة المادية في الجريمة بمعنى أن يكون السلوك الإجرامي هو السبب الذي أدى إلى حدوث النتيجة فإذا انتقلت علاقة السببية بين السلوك الإجرامي والنتيجة فلا يسأل الشخص إلا عن سلوكه الإجرامي فتعد علاقة السببية هي العنصر الثالث في تكوين الركن المادي للجريمة (37).

2-الركن المعنوي:

جريمة الإسقاط (الإجهاض) من الجرائم العمدية حيث تتجه الإرادة فيها إلى إتيان السلوك مع تحقيق النتيجة المترتبة عليه، فيجب في جريمة الإجهاض العلم بأركانها، كما يتطلب ذلك علما خاصا هو نية تحقيق نتيجة معينة هي بذاتها طرد الجنين قبل الميعاد هذا ولا يكفي لقيام جريمة الإجهاض أن يقترب الشخص السلوك المكون للركن المادي للجريمة ولكن يجب أن يتوافر إلى جانب ذلك صلة نفسية تربط بين هذا الشخص وبين الفعل أو السلوك

الذي قام به وتتلور تلك الصلة النفسية في صورة إرادة مترتبة -8- يعتد بها القانون وأن تكون تلك الإرادة خالية مما يعيها وأن تتجه تلك الإرادة اتجاها مخالفا للقانون بأن تكون غايتها تحقيق الجريمة التي يعاقب عنها القانون (38).

3-الركن الشرعي:

تتحقق الجريمة بالفعل الصادر عن الإنسان فيتخذ صورة مادية معينة. تختلف الأفعال المادية باختلاف نشاطات الإنسان وهذا ما يجعل المشرع يتدخل لتحديد فئة من الأفعال الضارة أو الخطرة على سلامة أفراد المجتمع فينهاي عنها بموجب نص قانوني جزائي يجرم هذه الأفعال ويحدد عقوبة من يأتي على ارتكابها. وما عدا ذلك يبقى الإنسان حرا في تصرفه شرط ألا يلحق الضرر بالغير، فالنص القانوني هو إذا مصدر التجريم وهو المعيار الفاصل بين ما هو مباح وما هو منهي عنه تحت طائلة الجزاء (39).

المبحث الثالث: مدى مشروعية إجهاض الجنين المشوه:

نتناول من خلال هذا المبحث مدى مشروعية إجهاض الجنين المشوه في القوانين الوضعية في مطلب أول ثم في الفقه الإسلامي في مطلب ثاني.

المطلب الأول: مدى مشروعية الجنين المشوه في القوانين الوضعية:

تلعب الهندسة الوراثية دورا هاما في فحص الجنين داخل الرحم وذلك لبيان ما إذا كان الجنين مصابا بأمراض وراثية أو تشوهات خلقية حيث تتسبب هذه الأمراض في إصابة جينات معينة داخل جسم الجنين. وقد تصاب هذه الجينات نتيجة عوامل خارجية تحيط بالمرأة الحامل الأمر الذي يؤثر على الجنين أو على صحة المرأة الحامل أثناء فترة الحمل، ونلاحظ أن التشوهات والأمراض الوراثية مختلفة لا تمثل نوعا واحدا كما تختلف درجاتها بحسب درجة خطورتها وتتباين بحسب درجة الخلل وتأثيره على الجنين بالإضافة إلى نوع المرحلة التي يظهر فيها التشوه (40).

1-مدى مشروعية إجهاض الجنين المشوه في القانون الجزائري:

إن الحالة الوحيدة التي يسمح فيها القيام بالإجهاض هو وجود خطر يهدد حياة الأم أو توازنها الفيزيولوجي أو العقلي وللطبيب المعالج سلطة تقدير الخطر المهدد بمساعدة طبيب مختص أو فريق من المختصين. يجب الحصول على رضا المريض وإلا كان ذلك غير ممكن (41). حيث أن المشرع الجزائري قد أباح الإجهاض

بموجب الفقرة الأولى من المادة 72 من قانون الصحة رقم 85-05، إذا اقتضت الضرورة ذلك لإنقاذ حياة الأم من الخطر أو للمحافظة على توازنها الفيزيولوجي أو العقلي (42)

وأضافت نفس المادة في فقرتها الثانية " يتم الإجهاض في هيكل متخصص بعد فحص طبي يجري بمعية طبيب اختصاصي " وهكذا يكون قانون حماية الصحة قد أرشد عن مكان إجراء الإجهاض -9- المرخص به وشروط إجرائه، وما تجدر الإشارة إليه هو أن قانون حماية الصحة أكثر توسعا في ترخيص الإجهاض، حيث أضاف إلى ضرورة إنقاذ حياة الأم الحفاظ على توازنها الفيزيولوجي والعقلي المهدد بخطر.

والمعمول به هو أنه عندما تقتضي ضرورة إنقاذ حياة الأم إجراء عملية جراحية أو استعمال وسائل علاجية يمكن أن تؤدي إلى توقيف حملها يقوم الطبيب المعالج أو الجراح باستشارة طبيبين يكون أحدهما خبير معتمد لدى المحاكم. وبعد الفحص والمناقشة يحزر الطبيبان شهادة تفيد بأنه لا يمكن إنقاذ حياة الأم إلا باللجوء إلى الإجهاض لغرض علاجي (43).

كما أن المشرع الجزائري يعاقب على الإجهاض بموجب المادة 304 من ق ع (44) ويعاقب على مجرد التحريض على الإجهاض ولو لم يؤدي تحريضه إلى نتيجة بموجب المادة 310 من ق ع.

2-مدى مشروعية إجهاض الجنين المشوه في القانون الفرنسي:

إن قانون العقوبات الفرنسي وضع استثناء على قاعدة منع إجهاض المرأة الحامل وهو حالة الضرورة التي تتطلب إنقاذ حياة الأم من الموت بواسطة عملية جراحية (45)، كما قرر قانون الصحة العامة الصادر في فرنسا بقرار بقانون رقم 548 لسنة 2000 الصادر في 15 يونيو سنة 2000 في المادة 1/2213 على أنه: يجوز الإنهاء الإرادي للحمل في أي وقت بشرط أن يقوم به طبيبان بعد شهادة فريق متعدد التخصصات وانتهاء المناقشة والفحص إلى أن استمرار الحمل يعرض صحة المرأة لخطر جسيم أو وجود احتمال قوي بأن الجنين الذي لم يولد بعد، يعاني من مشكلة أو مرض خطير غير قابل للشفاء وذلك وقت التشخيص (46).

3-مدى مشروعية إجهاض الجنين المشوه في القانون المصري:

إن التشريع المصري لا يعاقب على الإجهاض إذا كانت الولادة تعرض الأم إلى خطر أكيد أو يسبب لها مضاعفات فإنه يضحى بالجنين من أجل سلامة الأم شريطة أن يقوم به الطبيب المرخص أو القابلة القانونية، ولقد نصت المادة 261 من قانون العقوبات المصري على أنه: " كل من أسقط عمدا امرأة حبلية بإعطائها أدوية أو باستعمال وسائل مؤذية أو بدالاتها عليها سواء كانت برضاها أن يعاقب بالحبس.

كما تقضي المادة 263 من نفس القانون على أنه: إذا كان المسقط طبيا جراحا أو صيدليا أو قابلة يحكم عليها بالأشغال الشاقة المؤقتة (47).

فقد جاءت نصوص التشريع المصري المتعلقة بالإجهاض خالية من حكم إجهاض الجنين المشوه أو المصاب بمرض وراثي خطير يهدد حياته (48).

موقف الفقه الإسلامي:

إن المفهوم الإسلامي لرؤية المريض أيا كان مرضه تختلف اختلافا كبيرا عن المفهوم الغربي الذي ينظر إلى إجهاض الجنين أنه ضرورة، لأنه إذا عاش سيكون عالة على المجتمع، ولماذا تتحمل الأم الحمل مدة تسعة أشهر وهي تعلم أن جنينها سيولد مشوها أو مريضا لا أمل بشفاؤه.

وهذه نظرة مادية بحتة تخلو من كل معاني الإنسانية والشفقة فالعالم لن يخلو من مشوهين أو معاقين، بل استطاع الكثير منهم الإبداع والتميز فالله سبحانه وتعالى لا يسلب من عبده شيئا إلا عوضه أمرا آخر يوجد في كيانه، ويجد فيه نفسه بل يصبح في كثير من الأحيان خيرا من أصحاب معاقين (49)

وعليه نتناول الإجهاض في مرحلة قبل نفخ الروح في الجنين ثم مرحلة ما بعد نفخ الروح:

1-مرحلة قبل نفخ الروح في الجنين:

ذهب البعض من الفقهاء المعاصرين من أهل الشريعة والطب إلى عدم جواز إجهاض الجنين المشوه قبل أن تنفخ فيه الروح (50) كما تبنى الكثير من فقهاء الشريعة المعاصرين وفقهاء الطب أيضا والقانون الاتجاه القائل بجواز إجهاض الجنين المشوه حيث ذهبوا إلى جواز إجهاض الجنين المشوه قبل نفخ الروح فيه (51).

2-مرحلة ما بعد نفخ الروح في الجنين:

اتفق الفقهاء قديما وحديثا على تحريم إجهاض الجنين بعد نفخ الروح فيه حتى ولو أثبت التقرير الطبي أنه مشوه الخلقه باستثناء الحالة التي تقرر فيها لجنة من الأطباء المتخصصين أن بقاء الحمل فيه خطر على حياة أمه فعندئذ يجوز إسقاطه لو لم يكن فيه تشوه. وأرجعوا أدلتهم في ذلك إلى الآتي:

1-عموم النهي عن قتل النفس، فقد قال سبحانه وتعالى " ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق " سورة الإسراء الآية رقم (33).

2- أجمع الفقهاء على تحريم الإجهاض بعد نفخ الروح، بل إن بعضهم أوجب القصاص في الإجهاض المتعمد. فإن كانت هناك عيوب في الجنين فلا يعد ذلك مبررا شرعيا لإجهاضه، ذلك لأن التقدم العلمي والمستحدثات العلمية أصبحت قادرة على علاج مثل هذه الحالات.

3- قرر العلماء أن أسباب الضرورة في مثل هذه الحالة غير متوافرة، ذلك لأن أسباب الضرورة يلزم أن تكون قائمة بالفعل وليست متوقعة فهذه التشوهات ربما تكون محتملة وليست يقينية. ولو ثبت أن هذه الاحتمالات يقينية، فهذا لا يبرر إجهاض الجنين بعد نفخ الروح لأنه يمكن علاجه مستقبلا (52).

3- رأي مذهب جمهور الفقهاء:

ذهب جمهور الفقهاء إلى تحريم إجهاض الحمل مطلقا من بداية تلقيح البويضة في الرحم وهو رأي - 11 -

جمهور المالكية وهو المعتمد عندهم وجمهور الشافعية منهم الإمام الغزالي، وهو قول ابن العماد وبه

قال ابن الجوزي وابن رجب وابن تيمية من الحنابلة (53).

وقد استدل أصحاب القول على التحريم بما يلي:

1- إن الإجهاض يشبه الوأد لاشتراكهما في القتل، إذ الإسقاط فيه قتل، والقتل محرم بنص الكتاب الكريم، قال تعالى: " وإذا الموءودة سئلت بأي ذنب قتلت " سورة التكوير الآية (8). وقال سبحانه وتعالى: " ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق " سورة الإسراء الآية (31) فيكون الإسقاط حرما.

2- إن الإجهاض جناية على موجود حاصل والوجود له مراتب وأول مراتب الوجود أن تقع المادة في الرحم، وتختلط بالبويضة وتستعد لقبول الحياة وإفساد ذلك يعد جناية، فإذا صارت علقة كانت الجناية أفحش، وإن نفخت فيه الروح، واستوت فيه الخلقة ازدادت الجناية فحشا ومنتهى الفحش في الجناية عليه بعد انفصاله حيا.

3- قياس الإسقاط قبل نفخ الروح على كسر بيض الصيد في الرحم، فلما كان البيض هو أصل الصيد الذي يحرم على المحرم قتله، حرم عليه إتلاف البيض وعليه ضمانه ولما كان ذلك كذلك فإن النطفة في الرحم هي أصل الولد، وأصل حياة محترمة فكل ما يضر بتلك النطفة حرام بل كل ما يوقف نموها.

4- إن اختلاط ماء الرجل بماء المرأة بمثابة الإيجاب والقبول في الوجود الحكمي في العقود، فمن أوجب ثم رجع قبل القبول لا يكون جانبا على العقد بالنقض والفسخ، ولكن متى اتصل القبول بالإيجاب فإن الرجوع بعد اتصالهما يكون رفعا للعقد، وفسخا وقطعا وهذا قياس ذاك.

5- إن في تعمد إسقاط النطفة مخالفة لمراد الحكمة (52).

الخاتمة:

ما نخلص إليه من خلال تجريم الإجهاض رغم التشوهات التي قد تصيب الجنين في فترة الحمل هو ضرورة إحاطة الوالدين خاصة الأم بالعناية اللازمة التي تساعد على تقبل المولود رغم ما فيه من عيوب خلقية، والتكفل بهما سواء من النفسية أو الناحية المادية، خاصة إذا كان ذلك العيب يتطلب رعاية خاصة تحتاج إلى نفقات ومصاريف لا يقدران عليها كالطفل الذي يولد معوقاً حركياً أو ذهنياً وذلك من أجل الحفاظ على الأسرة وتوازنها وكذلك حتى لا تلجأ النساء الحوامل إلى الإجهاض بطريقة سرية.

الهوامش:

- 1-د. عبد النبي محمد محمود. الاعتداء على الجنين ووسيلة حمايته بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. دار الكتب القانونية دار شتات للنشر والبرمجيات. مطابع شتات مصر 2011. ص 15.
- 2-إبن منظور لسان العرب المحيط دار الجيل بيروت 1988 ص 515.
- 3-د. خالد محمد صالح. أحكام الحمل في الشريعة الإسلامية. دراسة فقهية مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية دار الكتب القانونية دار شتات للنشر والبرمجيات مطابع شتات مصر 2011 ص 39.
- 4-توفيق خير الدين خليفة خير الله. قضية إجهاض جنين الاغتصاب وأثارها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي دار الكتب القانونية دار شتات للنشر والبرمجيات مطابع شتات مصر 2011. ص 39.
- 5-د خالد محمد صالح المرجع السابق ص 33.
- 6-عبد النبي محمد محمود المرجع السابق ص 20.
- 7-د. عبد النبي محمد محمود أبو العينين الحماية الجنائية للجنين في ضوء التطورات العلمية الحديثة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية 2006 ص 13.
- 8-توفيق خير الدين خليفة خير الله. المرجع السابق ص 33.
- 9-د. عبد الفتاح بهيج علي العواري الدر الثمين لبيان حكم إجهاض الأجنة المشوهين. دراسة فقهية مقارنة دار الكتب القانونية. دار شتات للنشر والبرمجيات مطابع شتات 2010 ص 22.
- 10-سمير شيهاني مركز الجنين في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي. مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق 2005 ص 24.

- 11-د. عبد النبي محمد محمود أبو العينين المرجع السابق ص 25.
- 12-سمير شيهاني المرجع السابق ص 25.
- 13-د. خالد محمد صالح المرجع السابق ص 57.
- 14-د. عبد النبي محمد محمود أبو العينين. المرجع السابق ص 20.
- 15-د. عبد الفتاح بهيج العواري. المرجع السابق ص 29.
- 16-د. صلاح الدين الهواري المعجم الوسيط. دار البحار بيروت ص 20.
- 17-د. محمود ابراهيم محمد مرسي نطاق الحماية الجنائية للميؤوس من شفانهم والمشوهين خلقيا في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي. دار الكتب القانونية. دار شتات للنشر والبرمجيات مطابع شتات مصر 2009. ص 515.
- 18-بدر محمد السيد اسماعيل. حكم إسقاط الجنين المشوه في الفقه الإسلامي والطب الحديث. دار الفكر الجامعي الإسكندرية الطبعة الأولى 2010 ص 153.
- 19-د. خالد عبد العظيم أبو غابة. الآثار المترتبة على استخدام الهندسة الوراثية ومدى مسؤولية الدولة عنها. دار الفكر الجامعي الطبعة الأولى الإسكندرية 2013 ص 26.
- 20-د. إياد أحمد ابراهيم. الهندسة الوراثية بين معطيات العلم وضوابط الشرع. دار الفتح للدراسات والنشر الطبعة الأولى عمان 2003 ص 77.
- 21-د. إياد أحمد ابراهيم. المرجع السابق ص 79-80.
- 22-د. شحاتة عبد المطلب حسن أحمد. الإجهاض بين الحظر والإباحة في الفقه الإسلامي. دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية 2006 ص 8.
- 23-د. إياد أحمد ابراهيم المرجع السابق ص 102.
- 24-صلاح الدين الهواري. المرجع السابق ص 289.
- 25-بدر محمد السيد اسماعيل. المرجع السابق ص 35.
- 26-توفيق خير الين خليفة خير الله المرجع السابق ص 174.
- 27-د. شحاتة عبد المطلب حسن أحمد. المرجع السابق ص 11.
- 28-محمود ابراهيم محمد مرسي المرجع السابق ص 636.
- 29- . شحاتة عبد المطلب حسن أحمد. المرجع السابق ص 14.
- 30-بدر محمد السيد اسماعيل. المرجع السابق ص 60.
- 31-د. ميادة مصطفى محمد المحروقي. المرجع السابق ص 299.
- 32-د. عبد النبي محمد محمود. المرجع السابق ص 411.
- 33-بدر محمد السيد اسماعيل. ص المرجع السابق ص 255.

34-د. أميرة عدلي أمير عيسى خالد الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة. دار الفكر الجامعي الإسكندرية 2007 ص 225.

35-د. أحسن بوسقيعة الوجيز في القانون الجزائري العام دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر 2008 ص 48.

36-د. عبد النبي محمد محمود أبو العينين المرجع السابق ص 162.

37-د. ميادة مصطفى محمد المحروقي. المرجع السابق ص 249.

38-د. أميرة عدلي أمير عيسى. المرجع السابق ص 325-326.

39-د. أحسن بوسقيعة. المرجع السابق ص 49.

40-ميادة مصطفى محمد المحروقي. المرجع السابق ص 311.

41-Abdelkader Khadir La responsabilité médicale à l'usage des praticiens de la médecine et du droit. Edition houma 2014 .P 126.

42-القانون رقم: 05/85 المؤرخ في 16 فيفيري 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.

43-د. أحسن بوسقيعة الوجيز في القانون الجزائري الخاص. الجزء الأول الطبعة 14 دار هومة 2012 ص 50.

44-الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 8 يوليو 1966 المتضمن قانون العقوبات.

45 -ميكالي الهواري. موسوعة الفكر القانوني. العدد التجريبي. ص 75.

46-د. ميادة مصطفى محمد المحروقي المرجع السابق ص 329-330.

47-ميكالي الهواري المرجع السابق ص 103.

48-د. ميادة مصطفى محمد المحروقي المرجع السابق ص 325.

49-د. إياد أحمد إبراهيم. المرجع السابق ص 103.

50-د. عبد البهيح علي العواري المرجع السابق ص 74.

51-د. عبد البهيح علي العواري المرجع السابق ص 77.

52-د. ميادة مصطفى محمد المحروقي. المرجع السابق ص 332.

53-د. شحاتة عبد المطلب حسن أحمد. المرجع السابق ص 49.

53-د. شحاتة عبد المطلب حسن أحمد المرجع السابق ص 51-52.

المراجع:

1-د. عبد النبي محمد محمود. الاعتداء على الجنين ووسيلة حمايته بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. دار الكتب القانونية مصر. مطابع شتات 2011.

- 2-إبن منظور لسان العرب المحيط. د ار الجيل بيروت 1988.
- 3-د. خالد محمد صالح. أحكام الحمل في الشريعة الإسلامية. دراسة فقهية مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية. دار الكتب القانونية مصر. مطابع شتات 2011.
- 4-توفيق خير الدين خليفة خير الله. قضية إجهاض جنين الاغتصاب وأثارها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. دار الكتب القانونية مصر. مطابع شتات 2011.
- 5-عبد النبي محمد محمود أبو العينين. الحماية الجنائية للجنين في ضوء التطورات العلمية الحديثة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. دار الجامعة الجيدة. الإسكندرية 2006.
- 6-سمير شيهاني مركز الجنين في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي. مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق 2005.
- 7-د. محمود ابراهيم محمد مرسى. نطاق الحماية الجنائية للميؤوس من شفائهم والمشوهين خلقيا في الفقه الإسلامي الجنائي والقانون الجنائي الوضعي. دار الكتب القانونية مصر. مطابع شتات 2009.
- 8-بدر محمد إسماعيل. حكم إسقاط الجنين المشوه في الفقه الإسلامي والطب الحديث. دار الفكر الجامعي الإسكندرية 2010.
- 9-شحاته عبد المطلب حسن أحمد. الإجهاض بين الحظر والإباحة في الفقه الإسلامي. دار الجامعة الجديدة للنشر. الإسكندرية 2006.
- 10-أميرة عدلي أمير عيسى خالد. الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة. دار الفكر الجامعي. الإسكندرية 2007.
- 11-Abdelkader Khadir la responsabilité médicale à l'usage des praticiens de la médecine et du droit. Edition Houma Alger 2014.
- 12-د. أحسن بوسقيعة. الوجيز في القانون الجزائري العام دار هومة. الطبعة السادسة 2008.
- 13-د. أحسن بوسقيعة. الوجيز في القانون الجزائري الخاص. الجزء الأول. دار هومة. الطبعة الرابعة عشر 2012.
- 14-إباد أحمد إبراهيم. الهندسة الوراثية بين ضوابط العلم وضوابط الشرع. دار الفتح للدراسات والنشر الطبعة الأولى عمان 2003.
- 15-خالد عبد العظيم أبو غابة. الآثار المترتبة على استخدام الهندسة الوراثية ومدى مسؤولية الدولة عنها. دار الفكر الجامعي الطبعة الأولى الإسكندرية 2013.
- 16-د صلاح الين الهوارى. مقال من موسوعة الفكر القانوني. ملحق جريدة ما بعد الغروب تصدر عن دار الهلال للخدمات الإعلامية.
- 17-جميلة سعد امحمد محمد. التعويض عن الممارسات الطبية الماسة بالجنين دراسة مقارنة دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية 2017.
- 18-القانون رقم: 05/85 المؤرخ في 16 فيفري 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها. جريدة رسمية رقم 8 لسنة 1985 عدل بالقانون رقم : 17/90 المؤرخ في 31 جويلية 1990 . جريدة رسمية رقم 35 لسنة 1990.
- 19-الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 يوليو 1966 المتضمن قانون العقوبات.

