دراسات قانونية و سياسية

المدير الشرفي : البروفيسور عبد الحكيم بن تليس

مدير جامعة امحمد بوقرة – بومرداس

رئيس التحرير: أ.د. بن صغير عبد العظيم

نائب رئيس التحرير: بلحاج العربي

مجلة دراسات قانونية وسياسية

عدد الصفحات: 264 صفحة.

العدد: 02 / جويلية 2017.

رقم الإيداع القانوني ردمد 7287 – 2507 ISSN

«محتوى الدراسات الواردة في هذه المجلة لا تعبّر بالضّرورة عن إتجاهات تتبنّاها مجلة دراسات قانونية و سياسية »

حقوق النشر محفوظة

المؤسّسة الوطنية للفنون المطبعية

«لا يسمح بإعادة إصدار هذا الكتاب أو جزء منه أو تخزينه في نطاق استعادة المعلومات أو نقله بأي شكل من الأشكال دون إذن خطّي مسبق من النّاشر»

العنوان: 75 المنطقة الصناعية لبلدية الرغاية، الجزائر العاصمة، الجزائر.

الهاتف: 10 56 96 23 (213) / 11 56 96 23 (213)

الفاكس: 11 57 96 23 (213) / 18 56 96 23 (213)

البريد الإلكتروني / Edition@www.enag.dz

Distribution@www.enag.dz

الموقع الإلكتروني www.enag.dz

دراسات قانونية و سياسية

مجلّة دورية أكاديمية نصف سنوية مُحكّمة، تصدر عن كلّية الحُقوق بجامعة بُومرداس. تهتم بنشر المقالات والبُحوث ذات الطّابع العِلمي الأكاديمي المُرتبطة بمُختلف المجالات القانونية والسّياسيّة.

المدير الشرفي: البروفيسور عبد الحكيم بن تليس – رئيس جامعة أمحمد بوقرة– بومرداس .

رئيس التحرير مسؤول النشر: الدكتور بن صغير عبد العظيم – عميد كلية الحقوق.

هيئة التحرير:

- **د. عباس فريد**
- **د.ناجي زهرة**
- **باشاغا سعاد**
- **بلمداني علي**
- **الرن عبد القادر**
- **مداني ليلى**
- **سعداوي عمر**
- **خلوفي لعموري**

الهيئة الإستشارية:

أ.د حدوم كمال	**جامعة بومرداس**
أ.د. بن صغير عبد العظيم	**جامعة بومرداس**
أ.د يوسفي أمال	**جامعة بومرداس**
أ.د بولعراس فتحي	**جامعة بومرداس**
أ.د كاشير عبد القادر	**جامعة تيزي وزو**

أ.د. زوايمية رشيد	جامعة بجاية
أ.د. سي يوسف زهية	جامعة تيزي وزو
أ.د. بوتوشنت عبد النور	جامعة تيزي وزو
أ.د. زاهي عمار	جامعة الجزائر
أ.د. فيلالي علي	جامعة الجزائر
أ.د بوحنية قوي	جامعة ورقلة
أ.د عبد القادر عبد العالي	جامعة سعيدة
أ.د زقاغ عادل	جامعة باتنة
د. بخوش مصطفى	جامعة بسكرة
د. عمروش عبد الوهاب	جامعة بومرداس
د. درويش جمال	جامعة بومرداس
د. مسلم مولود	جامعة الجزائر 3
د. دخان نور الدّين	جامعة المسيلة
د. حساين سامية	جامعة بومرداس
د. لعرج سمير	جامعة بومرداس
د. بودربالة صلاح الدين	جامعة بومرداس
د.بن صايم بونوار	جامعة باتنة 1

من خارج الوطن :

د قاسم الدويكات	**جامعة اليرموك الأردن**
د جليلة بوزويطة تونس	**جامعة سوسة**
د حسن الزرداني	**جامعة القاضي عياض المغرب**
د جمال محمد السيد ضلع	**جامعة القاهرة**
د ديدي ولد السالك –موريتانيا	**جامعة القاهرة**
د سعيدة العثماني	**جامعة طنجة المغرب**
د وليد الحيالي	**الجامعة العربية المفتوحة بالدنمارك**
د. يعقوب سيف	**جامعة موريتانيا**
د. عصام عبد الشافي	**جامعة سكاريا تركيا**
د.محمد الصالح كروي	**جامعة بغداد العراق**

التدقيق اللغوي :

1- أ. ملاح كيسة
2- أ.سليم بوعجاجة
3- شفيري فتيحة

الاشراف الفني : قـــاصـــد حـــمـــيدة

قواعد النـّشـر :

ترحب مجلة دراسات قانونية و سياسية بالباحثين الراغبين في نشر أعمالهم البحثية في تخصص القانون و العلوم السياسية شريطة الالتزام بالشروط التالية:

*** أن يلتزم الباحث بمعايير البحث العلمي و قواعده ، و أن يتسم البحث بالدقة و السلامة اللغوية.**

*** ألا يكون البحث منشورا أو مقدما للنشر بأي شكل من الأشكال.**

*** أن تحتوي الصفحة الأولى من المقالة على عنوان البحث باللّغتين واسم الباحث ورتبته العلمية والمؤسسة المستخدمة؛ وكذا بريده الالكتروني ورقم هاتفه.**

*** ألاّ يتجاوز حجم البحث (25) صفحة كأقصى حد وألا يقل عن (15) صفحة كأدنى حد، بما في ذلك الهوامش والملاحق والجداول والأشكال .**

*** توثق هوامش البحث وقائمة مصادره ومراجعه في آخر المقال .**

*** كل الأعمال المقدمة للمجلة تخضع للتحكيم السري و لا ترد لأصحابها سواء نشرت أو لم تنشر.**

*** تنشر المجلة التقارير العلمية حول الملتقيات العلمية الوطنية والدولية، كما تستقبل قراءات نقدية لآخر الإصدارات.**

*** استخدام خط SIMPLIFED ARABIC حجم 14 للنص العربي بالنسبة للمتن و حجم 12 بالنسبة للهوامش و الإحالات ، أما النص باللغة الأجنبية فيكتب بخط TIMES NEW ROMAN بحجم 12 بالنسبة للمتن و 11 بالنسبة للهوامش.**

***بالنسبة للبحوث ذات الصيغة النقدية التزام الموضوعية و تجنب التجريح و الاساءة .**

ترسل البحوث والدراسات على البريد الالكتروني التالي:

lapsreview@univ-boumerdes.dz

المحتويات

الإفتتـاحية	
تقلد الوظائف العليا والمسؤوليات السياسية في الدولة بين المساواة والجنسية **بلمداني علي**	**10**
تأثير الحروب اللاتماثلية على مستقبل نظرية الامن الإسرائيلي: **دراسة حالة حرب جويلية 2006 زروقة إسماعيل**	**34**
المجلس الوطني لحقوق الإنسان: دسترة هيئة رقابية **بعوني خالــد**	**64**
الشرق الأوسط: بين رغبة القيادة التركية ودوام المبادرة الأمريكية **نورالدين دخان* سليم بدرة**	**84**
الالتزام بالتحذير في عقود الائتمان المصرفي **بوخرص عبد العزيز**	**114**
نظام التحفظات في وثيقة الشحن البحرية **عمار فيصل**	**132**
سلطات التصديق الالكتروني في التشريع الجزائري **طبقا لقانون "15-04" دراسة مقارنة رحمان يوسف**	**164**
التعليق على قانون حماية الطفل رقم 15-12، **على ضوء الاتفاقيات الدولية والتشريعات المقارنة لوكال مريم**	**210**
دور المحافظ العقاري في تحقيق الملكية العقارية **ريحاني يسمينة**	**221**
POUR UN DROIT DISCIPLINAIRE UNIFIE DES ORDRES PROFESSIONNELS EN ALGERIE **Ghennai Ramdane**	**245**

الكلمة الافتتاحية

ها هي مجلة دراسات قانونية و سياسية الصادرة عن كلية الحقوق جامعة امحمد بوقرة بومرداس، تظهر في عددها الثاني في حلة جديدة شكلا ومضمونا، ويسهر على إخراجها طاقم فني و إداري مستقل في تسييره بمعاونة ثلة من الخبراء و المختصون يحرصون على تحكيم المقالات العلمية طبقا للمعايير المعمول بها في الحقل الأكاديمي ، ومن هذا المنطلق تدعو إدارة المجلة كل الأساتذة والطلبة الباحثين والدكاترة في مختلف الرتب العلمية بالمساهمة الجادة في إثراء مضمون المجلة عن طريق المقالات والدراسات والترجمات للكتب الأصيلة والأساسية في ميدان الحقوق والعلوم السياسية بقصد الرفع من مستوى أداء المجلة وتحقيق الجودة المطلوبة في مجال الاعتماد الأكاديمي ومعايير القبول.

وتعتمد سياستنا في النشر على انتقاء أفضل المقالات من حيث الأصالة والجدية والموضوعية عملا بالضوابط المنهجية و الأمانة العلمية بعيدا عن كل أشكال التزييف والسرقات العلمية ، ويسهر على تحقيق ذلك كفاءات علمية من الرتب العالية يشهد لها الحقل الأكاديمي بالصرامة والحياد والجودة.

ونحن نسعد بجميع اقتراحاتكم و توجيهاتكم بما يخدم تطوير المعرفة وتنمية البحوث العلمية من خلال هذا الفضاء المخصص للإنتاج العلمي.

الأستاذ الدكتور : بن صغير عبد العظيم

تقلد الوظائف العليا والمسؤوليات السياسية في الدولة بين المساواة والجنسية

ملخص :

من ضمن أبرز التعديلات التي طرأت على الدستور بموجب قانون التعديل الدستوري 01/16 الصادر بتاريخ 2016/03/07 ، إدراج شرط الجنسية دون سواها لتقلد المسؤوليات العليا والوظائف السامية في الدولة التي عينها القانون لاحقا ووضع لها قائمة اسمية تتضمن عناوين هذه المسؤوليات بمقتضى قانون 01/17 المؤرخ في 2017/01/10 .

إن هذا الحكم يعتبر استثناء عن مبدأ مساواة جميع المواطنين في الوصول الى مراكز القرار والقيادة باعتبار أن الجنسية الأصلية والوحيدة هي أحسن تعبير من الناحية القانونية عن صدق الولاء للدولة التي ينتمي إليها الشخص بمقتضى رابطة الدم.

وعليه، فان تكافؤ الفرص في هذا الميدان يجد معناه اللائق في انتساب المواطنين الى جنسية واحدة غير مزدوجة، كما لا يمكن إطلاقا فصل كل ذلك عن اعتبارات السيادة و السلطة العامة.

ولا شك أن هذا النص الدستوري الذي عقب عليه المجلس الدستوري، يترتب عنه حتما تكييف القوانين مع مقتضيات القاعدة الدستورية احتراما لمبدأ سمو الدستور.

Résumé :

Parmi les modifications les plus importantes qui ont été introduites sur la constitution en vertu de la loi constitutionnelle 16/01 du 07/03/2016, l'inclusion de la condition de la nationalité exclusive pour garantir le droit de l'accès aux postes et fonctions supérieurs de l'Eat, qui ont été fixées ultérieurement par la loi 17/01 du 17/01/2017
qui a mis une liste nominative de ces responsabilités et fonctions.
Cette disposition a été qualifié comme une exception majeur sur le principe de légalité de tous les citoyens devant la loi en matière de droit de nomination aux postes de commandement, considérant que la nationalité d'origine et unique est meilleure expression de point vue juridique de bonne dépendance de la personne à l'Etat qui lui appartient conformément au lien du sang.
Dans ce propos, l'équivalence des chances dans ce domaine se trouve son sens convenable dans le rapport étroite qui rassemble l'Etat et l'individu par la jouissance ce dernier a une seule nationalité qui doit être d'origine s'appuyer sur les considérations de la souveraineté et l'autorité publique.
Il est hors de doute, que l'article 63 qui a été commenté par le conseil constitutionnel, s'engendre fatalement l'adaptation de l'arsenal législative avec les impératifs de la règle constitutionnelle en respectant la suprématie de la constitution.

تقلد الوظائف العليا والمسؤوليات السياسية في الدولة بين المساواة والجنسية

بلمداني علي

أستاذ محاضر ب ، جامعة امحمد بوقرة – بومرداس – الجزائر

مقدمة :

يمثل حق كل مواطن في تولي إحدى الوظائف العليا في الدولة مظهر من مظاهر تكريس حق المساواة بين جميع الأفراد أمام القانون، والتساوي فيما بينهم في الحقوق والواجبات كما جاء بيانه في الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان ومختلف الدساتير الوطنية التي لم تختلف في اعتبار هذا الحق غير قابل للمساس.

ولا يحول دون نيل أي شخص هذا الحق والتمسك به إلا ما افترضه القانون الذي يتدخل بسلطانه وبإرادة المشرع المعبر عن سيادة وتمثيل الأمة في وضع الحدود والقيود التي تصنع بمفردها الاستثناء، والتي يتعين الأخذ بها وايلاء العناية المستفيضة بها التي تعزز احترام المساواة في الوصول الى الوظيفة الرفيعة وتمنحها المعنى الحقيقي اللائق بها مادام أن ذلك يتصل أيما اتصال بحسن سير المرفق العمومي للدولة لا سيما إذا كان الأمر يخص التعيين الذي يستحق أن يراعى فيه قدر المستطاع الكفاءة العالية، والمقدرة العلمية...

وفضلا عن كذا شروط، تعد الجنسية أهم ما يجسد العلاقة القانونية بين الموظف والدولة ،بوصف أن الجنسية هي رابطة الولاء الحقيقي التي تجمع الموظف– الذي يشغل المسؤولية باسم الدولة ولمصلحتها– بإدارة الدولة على مختلف الصعد كالتزام قانوني يقع عليه واجب الوفاء به تجاه الدولة الذي ينتسب إليها.

وعلى هذا الأساس، أدرج المؤسس الدستوري تعديلات جوهرية على المادة 51 سابقا، المادة 63 حاليا، بموجب قانون التعديل الدستوري 01/16 الصادر بتاريخ 2016/03/07 أين اشترط الجنسية الجزائرية دون سواها لتقلد الوظائف العليا والمسؤوليات السياسية في الدولة رغبة منه في إعادة الاعتبار والمصداقية للوظيفة العمومية، ومنح الجنسية البعد الحقيقي في خدمة الدولة التي لن يكون في مقدور أي كان الاضطلاع بها إلا ذوي الجنسية الأصلية الوحيدة.

وليس من اللائق التحامل على التعديلات التي مست النص الدستوري الوارد في فصل الحقوق والحريات التي لم تتل وفق رأي المجلس الدستوري من طبيعة ومشتملات الكتلة الدستورية خصوصا ما تعلق بالمساواة.

إن ارتباط الجنسية بالوظيفة سواء كانت عادية أو سامية ليس بالأمر المستحدث أو الخارج عن سياق المألوف ذلك أن جل الأنظمة القانونية اتفقت على تثبيت الصلة بين الوظيفة والجنسية، وما قامت به الجزائر هو الارتقاء بهذه العلاقة الموضوعية الى المصاف الدستوري.

وسنحاول في هذا المقال، الإجابة على الإشكالية التالية: **هل انتهك المؤسس الدستوري حق المساواة عندما أدرج الجنسية كشرط لتولي الوظائف العليا والمسؤوليات السياسية في الدولة؟**

وقصد تقديم تفسير لهذه الإشكالية، اخترنا الاعتماد على الخطة التالية :

المبحث الأول : الوظائف العمومية للدولة على ضوء المادة 63 من الدستور

المطلب الأول : الأصل العام في تقلد المهام والوظائف العليا في الدولة

المطلب الثاني :الاستثناء على حق تقلد الوظائف والمسؤوليات العليا في الدولة

المطلب الثالث : موقف المجلس الدستوري

المطلب الرابع : تدخل القانون في تحديد الوظائف العليا والمسؤوليات السياسية

المبحث الثاني : مراجعة ومطابقة القوانين مع المادة 63 من الدستور

المطلب الأول : القانون العضوي لنظام الانتخابات

المطلب الثاني : قانون الجنسية

المطلب الثالث : القانون الأساسي للوظيفة العمومية

الخاتمة

المراجع

المبحث الأول : الوظائف العليا للدولة على ضوء المادة 63 من الدستور

ثمة علاقة وطيدة تربط الوظيفة بالمساواة التي تعني حق كل مواطن في الوصول إليها على أساس تكافؤ الفرص ووفق ما يتيحه القانون من نظام وضوابط،بوصف أن ذلك حق طبيعي بلا منازع للإنسان والذي لم يكن أجنبي عن تنظيم الدستور الذي تكفل بهذا الحق في عمومه وأورد عليه في ذات الوقت حدود.

ولتبيان ذلك، يجزأ هذا المبحث الى المطالب التالية:

المطلب الأول : الأصل العام في تقلد المهام والوظائف العليا في الدولة

المطلب الثاني :الاستثناء على حق تقلد الوظائف والمسؤوليات العليا في الدولة

المطلب الثالث : موقف المجلس الدستوري

المطلب الرابع : تدخل القانون في تحديد الوظائف العليا والمسؤوليات السياسية

المطلب الأول : الأصل العام في تقلد المهام والوظائف العليا في الدولة

لا شك أن من ضمن المسائل المشمولة بالمساواة الوارد ذكرها في المادة 32 من الدستور، تساوي جميع مواطني الدولة في الالتحاق بالوظائف والمسؤوليات طبقا لفحوى الفقرة الأولى من المادة 63.[1]

ولم يرتب النص الدستوري أية قيود موضوعية تنتقص من فعالية هذا الحق، المصان هو الآخر في الأدوات الدولية لحقوق الإنسان، سوى تلك التي يقررها القانون الذي تتحدد مهمته في تنظيم الشروط والمعايير التي ينبغي مراعاتها عند التطبيق العملي لهذا الحق خصوصا أن التعيين في مثل هذه الوظائف المرتبطة بالمرافق العمومية والسلطات الإدارية المركزية واللامركزية يجب أن يتوخى أقصى درجات الحيطة والصرامة في إعماله سيما الكفاءة ذات المدلول الواسع والجنسية.

وهذا مانصت عليه –على سبيل الاستئناس– المادة 21 من المرسوم التنفيذي 226/90 المؤرخ في 1990/07/25 المحدد لحقوق العمال الذين يمارسون وظائف عليا في الدولة وواجباتهم.[2]

ويعتبر القانون المرجع التفصيلي المعين على بيان كيفيات العمل بالقاعدة الدستورية، والضامن الأول للمساواة في التسمية في الوظيفة كما بينته المادة 74 من الأمر 03/06 المؤرخ

---

1 تنص المادة 63 من الدستور: يتساوى جميع المواطنين في تقلد المهام والوظائف في الدولة دون أية شروط أخرى غير الشروط التي يحددها القانون.
التمتع بالجنسية الجزائرية دون سواها شرط لتولي المسؤوليات العليا في الدولة والوظائف السياسية يحدد القانون قائمة المسؤوليات العليا في الدولة والوظائف السياسية المذكورة أعلاه

2 تنص المادة 21: لا يعين أحد في وظيفة عليا في الدولة إذا لم تتوفر فيه شروط الكفاءة والنزاهة.
ويجب أن تتوفر فيه على الخصوص ما يأتي:
1– أن يستوفي الشروط العامة للالتحاق بوظيفة عمومية على النحو الذي يحدده التشريع والتنظيم الجاري بهما العمل.
2– أن يتبث تكوينا عاليا أو مستوى من التأهيل مساويا لذلك
3– أن يكون قد مارس العمل مدة خمس سنوات على الأقل في المؤسسات والهيئات العمومية
تحدد بمرسوم عند الحاجة الشروط النوعية لبعض الوظائف العليا

في 2006/07/15 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية التي تنص : **(يخضع التوظيف الى مبدأ المساواة في الالتحاق بالوظائف العمومية.)**

لكن التشريع في هذا المجال يؤدي دور عقلنة حق مساواة الجميع في الترشح للمناصب والرتب المنصوص عليها في الأنظمة الأساسية ومختلف الأسلاك المتفرعة عن المبادئ العامة المقننة في قانون الوظيفة العامة، فنجده لهذه الغاية، يضع شروطا تحقق المساواة في كل من تتوفر فيه، ويستبعد بالمقابل، كل من لا تنطبق عليه مواصفات الموظف العمومي كما هو محدد في المادة 75 من الأمر المشار إليه أعلاه.[1]

وينبني على ما تقدم، انتفاء أي معنى ومراد للتمتع بالحقوق والحريات بما في ذلك حق الوصول الى الوظائف العمومية دون إحاطتها بضمانة المساواة ذات المرتبة الدستورية، لذلك لم يكن من الصدف أن تستهل المساواة، الحقوق والحريات في الفصل الرابع من الدستور.

كما أن الأخذ بالمساواة في المهام الموصوفة بالنوعية وذات تأثير في صناعة القرار أو حتى دون ذلك، يستلزم إقصاء كل ما يهدم هذا الحق الطبيعي وينال من آمريته كالعناصر الدخيلة عليه وعلى حق المواطنة، فيأتي واجب السلطة الإدارية في محاربة التمييز الناشئ عن المولد أو العرق أو الجنس أو الرأي...

وفي هذا الصدد، يتضح أن الفقرة الأولى من المادة 63 من الدستور تحمل حكما عاديا ومنسجما الى أبعد حد مع أسس دولة القانون والمواطنة التي تقتضي أن يتساوى فيها جميع الأفراد في الحقوق والواجبات، كما أنها تتسق أيضا مع القانون الدولي لحقوق الإنسان.

---

[1] تنص المادة 75 : لا يمكن أن يوظف أيا كان في وظيفة عمومية ما لم تتوفر فيه الشروط الآتية:[1111]

1- أن يكون جزائري الجنسية

2- أن يكون متمتعا بحقوقه المدنية

3- أن لا تحمل شهادة سوابق القضائية ملاحظات تتنافى وممارسة الوظيفة المراد الالتحاق بها

4- أن يكون في وضعية قانونية تجاه الخدمة الوطنية

5- أن تتوفر فيه شروط السن والقدرة البدنية والذهنية وكذا المؤهلات المطلوبة للالتحاق بالوظيفة المراد الالتحاق بها.

المطلب الثاني :القيد الوارد على حق تقلد الوظائف والمسؤوليات العليا في الدولة

تعرضت كما هو معلوم مشروع المادة 51 من التعديل الدستوري لسنة 2016 الى تعديل وصف بالجذري أين تم بمقتضاه إضافة فقرتين جديدتين الى مضمون النص تم على إثرهما منح بعد آخر للمساواة في التعيين في قمم الهرم الوظيفي للدولة، وأضحت المادة بناء على ذلك، تكتسي أهمية بالغة بعد أن كانت فيما مضى مجرد نص دستوري مدرج في فصل الحقوق والحريات، يستعان به للتنظير والتدليل على دستورية قانون الوظيفة العمومية.

ويمكن على هذا الأساس، اعتبار الفقرة الثانية من المادة 63 التي تشترط التمتع بالجنسية الجزائرية دون سواها كشرط لتولي هذه الوظائف الراقية، بمثابة شرط تخصيصي للوظيفة جاء ذكره وتعزيزه في النص للتأكيد على قيد موضوعي ورد على حق عام، ولعل هذه هي نقطة اختلاف بين الوظيفة العادية التي يمكن أن يتقلدها المكتسب للجنسية الجزائرية وفقا للمادة 15 من قانون الجنسية وبين المهام العليا التي لا تقوم إلا بناء على الجنسية الأصلية لا غير.

وتحمل التعديلات للنص على العموم ملاحظات أساسية :

– إن الفقرة الثانية المتعلقة بالجنسية الأصلية المستخلصة مبدئيا وضمنيا من عبارة **(دون سواها)** تخاطب حصرا المواطنين الجزائريين من ذوي الجنسية الأصلية أب عن جد كما هي معرفة في المادة السادسة من الأمر 86/70 المؤرخ في 1970/12/15 المتضمن قانون الجنسية المعدل والمتمم.[1]

وبمفهوم المخالفة، لا ينطبق هذا البند عمليا على الجزائريين المجنسين بالجنسية الجزائرية وفقا للشروط والأوضاع المحددة في المادتين التاسعة والعاشرة من ذات الأمر.[2]

---

1 تنص الماد 6: **(يعتبر جزائريا المولود من أب جزائري أو أم جزائرية)** المعدلة بموجب الأمر 01/05 المؤرخ في 2005/02/27.

[2] في إطار المقارنة، أود أن أشير الى الرأي الإداري لمجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 2014/09/11 الصادر بناء على إخطار الوزير الأول الفرنسي حول إمكانية تقلد وإدارة شخص لا يحوز على الجنسية الفرنسية لمؤسسة عمومية المتعلقة خصوصا بالوكالة الوطنية للبحث، فكان رأي مجلس الدولة ايجابي

– ومن نتائج القيد المتصل بالفقرة الثانية، خصوصية الوظيفة، فإذا كان الأمر يتعلق في الفقرة الأولى بالوظائف الإدارية العادية التي باستطاعة كل شخص تتوفر فيه المعايير القانونية بما فيها الجنسية أن يترشح لها وفق الطرق والإجراءات المعمول بها في إدارات الوظيف العمومي، فان الوضع يختلف في الفقرة الثانية من المادة 63 التي تتصدى فقط للوظائف والمسؤوليات السامية في الدولة، والتي عرفتها المادة 2/15 من الأمر 03/06 المؤرخ في 2006/07/15 المتعلق بالقانون الأساسي العام للوظيفة العمومية على النحو التالي : (**تتمثل الوظيفة العليا للدولة في ممارسة مسؤولية باسم الدولة قصد المساهمة مباشرة في تصور وإعداد وتنفيذ السياسات العمومية**).

ويتفرع عن هذا التكييف المتقدم للوظيفة العمومية الاعتماد على المعيار المادي الذي يعود له الفضل في إحداث التمايز بين الوظيفة العادية والوظيفة العليا، فضلا عن المعيار العضوي المراد به في هذا الميدان، تسمية الجهة التي يعود لها أمر تعيين شخص ما في وظيفة عليا في الدولة– الذي هو سلطة تقديرية للسلطة المؤهلة كما أوضحته المادة 16 من الأمر–التي لا تخرج عن السلطة الإدارية المركزية ممثلة في رئيس الجمهورية الذي يختص إداريا في التعيين طبقا للمادة 92 من الدستور، والمرسوم الرئاسي 240/99 المؤرخ في 1999/10/27 المتضمن التعيين في الوظائف المدنية والعسكرية.

ولا شك أن رئيس الجمهورية يعين في المهام والتعيينات بمقتضى مرسوم رئاسي سواء تعلق بالوظائف التي يجري التعيين فيها خارج مجلس الوزراء كما هو مقرر في المادة الأولى من المرسوم، أو تلك التي تتم داخل هيئة المجلس كما أبانت عنه المادة الثانية من المرسوم الرئاسي 99/ 240.

بحيث يمكن للأجنبي تنصيبه في الوظائف العمومية إلا تلك المنظمة بقواعد دستورية أو تشريعية، وبالتالي لا يوجد عائق قانوني على العموم يحول دون ذلك وان كان القانون يمنح هذا الامتياز للمواطنين الفرنسيين والرعايا الأوربيين، على أن يمنع تماما هذا الحق على الأجانب في هيئات القانون الخاص المضطلعة بمهمات المرفق العمومي أو تلك الخاضعة للنصوص الخاصة كتلك المرتبطة بالدفاع الوطني.

وعلاوة عن رئيس الجمهورية، يضطلع الوزير الأول بمهمة التعيين بمراسيم تنفيذية في وظائف الدولة باستقلالية عن تلك التي يعود الفصل فيها الى رئيس الجمهورية بعد موافقة هذا الأخير عملا بالمادة 99 المقطع 5 من الفقرة الأولى.

– كما أن ضرورة الجنسية الأصلية في المادة 2/63 يتحقق معناه ويكتمل بنيانه في الوظائف الخاضعة للتعيين الإداري، وكذا المهمات و المسؤوليات المطبق عليها الانتخاب كالرئاسة والنيابة والعضوية في البرلمان والمجالس المحلية، فرئيس البلدية يتقلد بحكم صلاحياته وظيفة عليا مرشح أكثر من غيره في التقدم في السلم الوظيفي.

ويفهم من أن مضمون النص يحتمل هذه الفكرة المتمثلة في أن الوظائف والمسؤوليات المشمولة بالجنسية الأصلية يسري عليها التعيين والانتخاب معا، هو تطبيق قاعدة الأولوية، فإذا كان المواطن الجزائري المزدوج الجنسية **(جنسية جزائرية أصلية + جنسية مكتسبة) يحرم من الالتحاق بهذه الوظائف النوعية، فمن باب أولى أن يحظر على الجزائري المجنس الذي لا يحمل جنسية جزائرية أصلية والذي تحصل على الجنسية الوطنية بالوسائل الإدارية الأمر الذي يدعو الى مواءمة قانوني الجنسية والانتخابات مع أحكام المادة 63 من الدستور.**

– يعاب على الفقرة الثانية، الهشاشة في الصياغة التي فصلت الوظائف السياسية عن الدولة، بحيث قد يفيد أن هذه الوظائف يسقط عنها شرط الجنسية الأصلية مما يحتمل أن يتعرض النص الى تأويل مغرض، وكان حري أن تتم الصياغة على هذا النحو : **(...شرط لتولي المسؤوليات العليا والوظائف السياسية في الدولة).**

المطلب الثالث : موقف المجلس الدستوري

أثارت الفقرات المستحدثة في المادة 51 آنفا من مشروع قانون التعديل الدستوري لعام 2016، جدلا كبيرا بحيث أن البعض وصفها بغير دستورية وتمييزية، وتهدم حق المساواة الذي يشكل أحد دعائم الكتلة الدستورية التي يستعين بها المجلس الدستوري لنقض مشروع قانون التعديل الدستوري أو أي قانون آخر يتجافى مع مبادئ الدولة في الحقوق والحريات.

وبالفعل، بث المجلس الدستوري برأي– بناء على إخطار رئيس الجمهورية رقم 16/01 بتاريخ 2016/01/28 يتعلق بمشروع القانون المتضمن التعديل الدستوري–بخصوص المادة 51، أين اعتبر أن هذه الإضافة لا تمس البتة حقوق الإنسان والمواطن وحرياتهما بعد أن انطلق من مبدأ المساواة بين المواطنين أمام القانون، ليصل الى القيد الذي اختص به المساواة عندما أخرج المساواة من نطاق المسؤوليات والوظائف الحساسة التي سيحدد القانون لاحقا قائمتها بشكل حصري نظرا لخصوصيتها.

وأهم ما يستدعي الانتباه في موقف المجلس الدستوري حيال هذه المسألة يعمه التناقض وعدم وضوح الرؤية، حيث استند في الوهلة الأولى الى المساواة لينتهي به المطاف الى اعتقاد أن هذا التعديل لا يمس المساواة.

وفي رأينا المتواضع، أؤيد تماما رأي المجلس الدستوري فيما ذهب إليه من أن اشتراط الجنسية الجزائرية دون سواها لتقلد مثل هذه الوظائف لا يخرق المساواة لانعدام أي وجه لهذا الانتهاك المزعوم لاعتبارات موضوعية:

* إن تمتع شخص بجنسيتين أحدهما أصلية وأخرى مكتسبة في مواجهة شخص يحمل جنسية واحدة على أساس رابطة الدم، يجعل هذا الأخير من النواحي القانونية والاجتماعية والذهنية أكثر ولاء للدولة من أي شخص آخر يحمل جنسيتين.

* وبالتالي، فان منح الأسبقية للتعيين في الوظائف العليا للدولة لشخص مزدوج الجنسية على حساب مواطن ذو جنسية أصلية وحيدة، هو الانتهاك بعينه للمساواة، ذلك أن الأول اختار طواعية اكتساب جنسية ثانية وما يترتب عنها من الإعلان الجدي في الاندماج الفعلي في المجتمعات الغربية على وجه التخصيص، والاستفادة من الامتيازات الوظيفية...الحالة التي تفضي الى تفويت الفرصة على المواطن والكفاءات الوطنية الثرية التي تزخر بها الجزائر والتي فضلت الاستقرار في الوطن رغم الحوافز والمزايا التي يوفرها أرض المهجر...فكيف تتحقق المساواة بين مثالين غير متجانسين ؟

* إن إلزامية الجنسية الجزائرية الأصلية في المسؤوليات والوظائف العليا هو اكثر من ضروري لأخلقة الوظيفة العمومية للدولة وقياس درجة الانقياد لها، وارتباطها بدواعي السيادة الوطنية ومقتضيات الأمن الوطني الذي قد يهدده الجنسية.

* إن حرية أي مواطن المكفولة له دستوريا بمقتضى المادة 55 من الدستور في اختيار موطن إقامته وحق الدخول الى التراب الوطني والخروج منه، لا يعني بالضرورة أن يطلب بحكم تواجده في الخارج التجنس بجنسية الدولة الذي يقيم فيها.

* إن حق المزدوج الجنسية في التعيين في كذا وظائف محفوظ له شريطة التخلي الإرادي عن الجنسية المكتسبة، وهذا ما تقر به جميع قوانين الجنسية عبر العالم، وبالتالي الاحتفاظ بالجنسية الأصلية دون سواها.

* كما يتأسس حصر الوظائف العليا في الدولة على ذوي الجنسية الأصلية على مبدأ السيادة الوطنية التي هي ملك للشعب وحده طبقا للمادة السابعة من الدستور، وأفضل من يؤتمن على هذه السيادة إذا كان طريق الوظيفة العليا لا تتم إلا بواسطة الانتخاب، المواطن المقيم بصفة دائمة والحامل حصرا للجنسية الأصلية.

* لا يتنافى هذا النص مع التزامات الجزائر الدولية في مجال حقوق الإنسان خصوصا العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية–الذي انضمت إليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي 67/89 المؤرخ في 1989/05/16 –ذلك أن المادة 25 من العهد تنكر التمييز بين جميع المواطنين في إدارة الشؤون العامة، والانتخاب، والمساواة في فرص تقلد الوظائف العامة، وبالنتيجة، لا يتصدى النص لحقوق مزدوجي الجنسية في التمتع بهذه الحقوق، فالنص ورد بصيغة العموم في حديثه عن المواطن وليس عن مزدوجي الجنسية.

وبما أن النص المعدل، خلف من وراءه نقاشات حول طابعه الاقصائي، أود أن أبدي بعض التوضيحات :

– إن هذا النص ليس موجه ضد الجالية الوطنية المقيمة في الخارج، وإنما يستهدف على سبيل الاستثناء الجزائريين المتعددي الجنسية، وبالتالي، فان كل مواطن مقيم في الخارج واحتفظ بجنسيته الأصلية ولم ينافس فيها جنسية أخرى مكتسبة، يتمتع بحقه الكامل في اللحاق بتلك الوظائف دون أي إشكال، في حين يطلب من مزدوجي الجنسية التخلي عن الجنسية الجديدة.

– وفي تقديرنا، ينبغي التمييز بين نموذجين: الجزائريين الذين يمتلكون جنسيتين أصليتين بحكم الدم والإقليم الذين لم يكن لهم دخل في أن يكون لهم جنسية ثانية لأنهم تحصلوا عليها بقوة القانون، والجزائريين الذين التمسوا إداريا وإراديا جنسية ثانية، ففي الحالة الأولى، يجب أن نبحث لهذه الفئة عن صيغ تمكنهم من المشاركة في الحياة الوطنية ومساعدتهم على الاندماج في المجتمع الوطني إذا علمنا أن زهاء 40000 فرنسي من أصول جزائرية–حسب إحصائيات وزارة الخارجية الفرنسية–اختاروا الإقامة بصفة قارة في الجزائر، أما الصنف الثاني، فالحظر يجب أن يشملهم الى غاية الترك الطوعي للجنسية المضافة.

– وليس من العسير تقديم قراءة ايجابية للمادة 63،بحيث أنها تشجع الجزائريين المتواجدين في الخارج على العودة الى الوطن، والاستفاع بخبراتهم العلمية التي تحتاجها الجزائر بعد ممارستهم للتخلي الذي يقر به قانون الجنسية الفرنسي كحق شريطة أن يكون متمتعا بجنسية أخرى تفاديا لوقوع الشخص في مشكلة عديم الجنسية.

وفي النهاية، فان هذه المسألة ليست في الواقع من ابتداع الدستور الجزائري الذي سبقه إليها الدستور الروماني الصادر في 1991 الذي نص في مادته 16 على أن المهام والمناصب العمومية المدنية والعسكرية هي حكر على الأشخاص الحائزين على المواطنة الرومانية والمقيمين في البلد.

المطلب الرابع: تدخل القانون في تحديد الوظائف العليا والمسؤوليات السياسية المحاطة بالجنسية الأصلية

أمام تزايد حدة التحامل على المادة 51 من مشروع قانون التعديل الدستوري، تم تكملة النص بفقرة ثالثة– التي لم تكن مدرجة في النص الأصلي–خلال انعقاد مجلس الوزراء الذي خصص للمصادقة على هذا المشروع.

ويمكن تكييف هذه الفقرة الجديدة– التي تنص:(**يحدد القانون قائمة المسؤوليات في الدولة والوظائف السياسية المذكورة أعلاه)** على أنها حل توفيقي بين الطرف الداعم دون تحفظ للمادة، والطرف الذي أبدى عليها تعليقات تصب في التحفظ والمعارضة.

وينبغي التذكير، أن دور القانون في تفسير الحكم الدستوري بشأن القائمة الاسمية للوظائف التي يمتد إليها شرط الجنسية الأصلية، يجد أساسه الدستوري في المادة 140 المتعلقة بالميادين التي يشرع فيها البرلمان، وتحديدا المقطع 25 من الفقرة الأولى، المتضمن مجال الضمانات الأساسية للموظفين، والقانون الأساسي العام للوظيف العمومي.

ويتبادر الى الذهن سؤال وجيه بخصوص الحاجة الى نص تشريعي يوضح تفاصيل تطبيق مادة دستورية : هل الحكومة هي الجهة التي ستبادر بمشروع هذا القانون الذي يضع القائمة الاسمية للوظائف العليا والمسؤوليات المعنية بشرط الجنسية طبقا للمادة 136 من الدستور أم أن ذلك يعود للنواب إذا مارسوا صلاحيتهم الدستورية في اقتراح القانون تطبيقا للمادة 2/136، أم أن الرئيس سيلجأ الى التشريع بأوامر وفقا للمادة 142 من الدستور؟

وفي صدد هذا التساؤول، من المناسب جدا استبعاد احتمالين، وهما : اقتراح مشروع من طرف النواب وأعضاء مجلس الأمة نظرا لخصوصية الموضوع، وتدخل رئيس الجمهورية عن طريق التشريع بالأوامر لكون المسألة لا تكتسي بأي حال صفة الاستعجال كما هو وارد في المادة 142 من الدستور.

ويبقى الافتراض المنطقي للنص، هو مبادرة الحكومة كما هو جار العمل به بالنص الذي يطرح للمناقشة والمصادقة على مجلس الوزراء الذي من خلاله، يمكن لرئيس الجمهورية إبداء رأيه والتعقيب عليه إذا اقتضى الأمر في اتجاه يرمي الى تعديل بعض أحكامه.

وليس هنالك أي مجال للشك في أن لا تجد الحكومة صعوبة في تمرير هذا القانون–وهذا الذي حصل بالضبط– مادام أن رئيس الجمهورية يمتلك الأغلبية الساحقة في البرلمان بغرفتيه، وأن أي تعديل قد يطرأ على مشروع القانون، سيكون لا محالة توافقيا بين السلطتين وبرضا الحكومة.

ومن جهة ثانية، فان السلطة التقديرية في تعيين الوظائف والمسؤوليات المحاطة بالجنسية ستطغى عند وضع النص أمام انعدام معيار حاسم للفصل بين المهام المتصلة بالجنسية الجزائرية الأصلية وما دونها.

وبطبيعة الحال، يرجح الاستثناس في تبني هذا النص بعدة تنظيمات تناولت قوائم الوظائف العليا كالمرسوم الرئاسي 225/90 المؤرخ في 1990/07/25 المحدد لقوائم الوظائف العليا التابعة للدولة بعنوان رئاسة الجمهورية، والمرسوم الرئاسي 240/99 المؤرخ في 1999/10/27 الذي ألغى المرسوم 44/89 المؤرخ في 1989/04/10 المتعلق بالتعيين في الوظائف المدنية والعسكرية للدولة، وكذا المرسوم التنفيذي 227/90 المؤرخ في 1990/07/25 الذي يحدد الوظائف العليا في الدولة بعنوان الإدارة والمؤسسات والهيئات العمومية.

إن الوظائف العليا في الدولة المحددة بذاتها في الدستور هي بمنأى عن أي اجتهاد يؤدي الى إعفاءها من الجنسية بمقتضى النص القانوني المحتمل نظرا لاتصالها المباشر بالدستور.

ولتفادي أي لبس في مدى صحة القانون، يستحسن الاستناد الى الرأي الاستشاري الذي يقدمه مجلس الدولة طبقا للمادتين 04 و 12 من القانون العضوي 01/98 المؤرخ في 1998/05/30 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة.

وزيادة عن هذه الآلية، يمكن أن يناط للمجلس الدستوري دور في النظر في دستورية هذا القانون حال صدوره خصوصا بعد اتساع إمكانية الإخطار الذي جاء به التعديل الدستوري الأخير.

ومادام أن النص الدستوري أحال مباشرة الى القانون مسألة تحديد قائمة المسؤوليات والوظائف العليا في الدولة، فان التطبيق القانوني لهذه القاعدة الدستورية مؤجل الى حين اعتزام المشرع المصادقة على هذا القانون وإصداره من طرف رئيس الجمهورية.

وبالفعل، صدر لهذا الغرض قانون 01/17 المؤرخ في 2017/01/10 الذي يحدد قائمة المسؤوليات العليا في الدولة والوظائف السياسية التي يشترط لتوليها التمتع بالجنسية الجزائرية دون سواها، هذا القانون يستحق بعض الملاحظات :

* إن المادة الثانية من هذا القانون التي أوردت على سبيل الحصر المسؤوليات العليا في الدولة والوظائف السياسية لم تكن مطلقا في مستوى المادة 63 من الدستور، ذلك أن تلك الوظائف والمسؤوليات لا يمكن شغلها وتوليها بالنظر الى طبيعيتها إلا إذا كان المرشحين لها يتمتعون بالجنسية الجزائرية دون سواها، ولا تحتاج بالتالي الى نص صريح يقررها بوصف أن تلك المناصب سيادية يشترط بداهة وافتراضا في الأشخاص المقبلين على تقلدها الجنسية الجزائرية دون غيره مما يضعف رابطة الولاء بين الموظف والدولة في وظائف أخرى لا تقل أهمية عن تلك عددها النص.[1]

---

[1] تنص المادة الثانية من القانون: يشترط التمتع بالجنسية الجزائرية دون سواها لتولي المسؤوليات العليا في الدولة والوظائف السياسية التالية:

- رئيس مجلس الأمة
- رئيس المجلس الشعبي الوطني
- الوزير الأول
- رئيس المجلس الدستوري
- أعضاء الحكومة
- الأمين العام للحكومة
- الرئيس الأول للمحكمة العليا
- رئيس مجلس الدولة
- محافظ بنك الجزائر
- مسؤولو أجهزة الأمن
- رئيس لهيئة العليا للانتخابات

* تغلبت الوظائف الخاضعة للتعيين–في المادة الثانية من القانون– بشكل جسيم على المسؤوليات السياسية التي يسقط عليها معيار الانتخاب المشمولة بنص المادة 63 من الدستور إذ لا يوجد منها سوى رئيس المجلس الشعبي الوطني المنتخب بواسطة الاقتراع العام، السري والمباشر من مجمل خمسة عشر وظيفة ومسؤولية، حتى رئيس مجلس الأمة اعتاد أن يكون من ضمن الثلث الرئاسي المعين وليس من المجالس المحلية المنتخبة الذي يجري انتخابه في هذه المسؤولية السياسية داخل مؤسسة مجلس الأمة، وفقا للمادتين السادسة والسابعة من نظامها الداخلي.

* إن الإحصاء الذي جاءت به المادة الثانية للوظائف العليا والمسؤوليات السياسية، يؤكد بما لا يدع الى شك، أن المعنى الحقيقي والتفسير المنطقي لعبارة الجنسية الجزائرية دون سواها، هي الجنسية الجزائرية الأصلية التي لا يحمل صاحبها علاوة عنها جنسية مكتسبة أخرى.

المبحث الثاني :مراجعة ومطابقة القوانين مع المادة 63 من الدستور

تحقيقا لسمو الدستور كأحد مقتضيات دولة الحق والقانون، ينتظر من المشرع إعادة النظر في مجمل القوانين ذات الصلة بالمادة 63 التي سبق التعليق عليها باعتبار أن ذلك شرط لازم لإنفاذ اشتراط الجنسية الجزائرية لتقلد المهمات والوظائف العليا، كما تسمح هذه العملية، بتفسير النص الدستوري ورفع كل لبس يحيط بتطبيق المادة الدستورية.

لكن مرور هذه النصوص الى مرحلة التعديل انسجاما مع الدستور لا يتم منطقيا إلا بعد صدور القانون الذي يعين الوظائف والمسؤوليات المرتبط شغلها، بتوافر عنصر الجنسية،

– قائد أركان الجيش الوطني الشعبي
– قادة القوات المسلحة
– قادة النواحي العسكرية
– كل مسؤولية عليا عسكرية محددة عن طريق التنظيم

بوصف أن هذا القانون يستند الى الدستور مباشرة، علاوة على ضرورة تلافي أي تناقض محتمل بين قانون الوظائف والقوانين الأخرى المعدلة التي يجب أن تأتي في اتساق واضح مع النص الأصلي.

وفي اعتقادنا، يشتمل التعديل، ثلاثة قوانين، وهي: القانون العضوي للانتخابات، قانون الجنسية، والقانون الأساسي للوظيفة العمومية، وهذا ما سيتم توضيحه في المطالب التالية:

المطلب الأول : القانون العضوي لنظام الانتخابات

المطلب الثاني : قانون الجنسية

المطلب الثالث : القانون الأساسي للوظيفة العمومية

المطلب الأول :القانون العضوي لنظام الانتخابات

إن الوظائف السياسية التي تطرقت إليها الفقرة الثانية من المادة 63 تعني تلك التي يحصل تقلدها إما عن طريق الانتخاب أو التعيين، كما عرفت بذلك المادة الثانية من القانون 01/01 المؤرخ في 2001/01/31 المتعلق بعضو البرلمان.[1]

وزيادة عن كون النائب شخص منتخب بواسطة الاقتراع العام السري والمباشر أو الاقتراع السري غير المباشر بالنسبة لأعضاء مجلس الأمة طبقا للمادة 118 من الدستور، فانه كذلك يمارس اختصاصات ذات طابع سياسي– انطلاقا من أنه شخص منتخب بالدرجة الأولى على مستويين مختلفين تماشيا مع ثنائية السلطة التشريعية–حددتها المواد 05 الى 10 من ذات القانون، والمتمثلة في التشريع والرقابة وتمثيل الشعب والتعبير عن انشغالاته، وتطوير المجتمع من خلال مهمته التشريعية في المجالات الاقتصادية ،الاجتماعية ،الثقافية والسياسية، وإرساء قواعد الديمقراطية.

[1] تنص المادة الثانية:(طبقا للمادتين 101 و 104 من الدستور، عضو البرلمان هو كل من تم انتخابه أو تعيينه طبقا للقانون، وأثبتت عضويته في البرلمان وفق أحكام النظام الداخلي لكل من المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة.)

وتؤدي الطبيعة السياسية للنائب الى تعديل المادة 90 من القانون العضوي 01/12 المؤرخ في 2012/01/12 المتعلق بنظام الانتخابات المتصلة بشروط الترشح للمجلس الشعبي الوطني والتي نجد من ضمنها، الجنسية التي لم يكشف المشرع عن شكلها، أصلية أو مكتسبة، مما يتعين عليه تعديل هذا الشرط مواكبة مع نص المادة 63 من الدستور بحيث يجب أن تكون جنسية المرشح للغرفة السفلى أصلية لا غير، وهو الحكم ذاته الذي ينطبق على أعضاء مجلس الأمة المنتخبين الذين تصدت لهم المادة 107 التي تنص : **(يمكن كل عضو في المجلس الشعبي البلدي أو الولائي تتوفر فيه الشروط القانونية أن يترشح لعضوية مجلس الأمة)** ، ومن ضمن هذه الشروط، الجنسية التي تناولتها المادة 78 التي تشترط في المرشح الى أحد المجلسين، أن يكون ذا جنسية جزائرية مادام أن أعضاء مجلس الأمة المنتخبين على درجتين ينحدرون من المجالس المحلية المنتخبة، وهو ما يدع الى تعديل يساهم في إماطة الغموض عن نوع الجنسية التي لن تكون سوى أصلية، التعديل الذي تتأثر به المادة 107 من القانون العضوي للانتخابات.[1]

وفي كل الأحوال، ينتقل شرط الجنسية الجزائرية الأصلية الى المرشحين للمجالس المحلية المنتخبة في إطار تجسيد اللامركزية الإقليمية التي تعد من مبادئ الدولة الجزائرية والتي ينطبق عليها آليا المادة 78 من القانون العضوي للانتخابات المرشحة للمراجعة، إذا اعتبرنا أن هؤلاء، مسؤولين سياسيين بامتياز، جرى ترشيحهم من قبل أحزاب سياسية، ووقع عليهم الانتخاب المباشر العام والسري، ويكرسون تبعا لذلك، الديمقراطية التشاركية، وتعبر صلاحياتهم تارة عن الجماعة المحلية وتارة عن الدولة خصوصا رئيس المجلس الشعبي البلدي...

ولكن القانون العضوي الجديد 16/ 10 المؤرخ في 2016/08/25 المتعلق بنظام الانتخابات ، لم يدرج في أحكامه أي تعديل يذكر يتصل بشروط الترشح الى المجلس الشعبي الوطني حيث أن المشرع أبقى الشروط كما هي في المادة 92 سيما ما تعلق بالجنسية التي لم يرد بشأنها ما

[1] في نفس السياق، يجب أن لا تخالف المراسيم الرئاسية الفردية المتضمنة تعيين الثلث الرئاسي في مجلس الأمة أحكام المادة 63 من الدستور، بوصف أن تلك التعيينات تندرج في مفهوم الوظائف السياسية العليا.

يبين نوعها، مما يفيد أن النص لم يتجه نحو تقييدها، والأمر ذاته ينطبق على انتخاب أعضاء مجلس الأمة طبقا للمادة 108 المشكلين من أعضاء المجالس الشعبية الولائية والبلدية، هؤلاء بحسب المادة 79، يشترط لقبول المترشح الى المجلس الشعبي البلدي أو الولائي، التمتع بالجنسية الجزائرية دون توضيح شكلها.

المطلب الثاني : قانون الجنسية

تعتبر الجنسية صلب المادة 63 من الدستور والتي تعد في الوقت ذاته المعيار القانوني الذي بمقتضاه يتساوى جميع الأشخاص في تقلد الوظائف والمسؤوليات العليا في الدولة.

وبما أن الأمر على هذا المنوال، فان هذا القانون مستهدف كغيره بالتعديل سيما المادة 15 منه المتضمنة آثار وحقوق المجنس بالجنسية الجزائرية، إذ تتطلب أوامر الدستور، أن يستثنى من تلك الحقوق التي يستأثر بها المكتسب للجنسية من تاريخ الحصول عليها، حق التعيين في الوظائف والمسؤوليات العليا في الدولة، لدواعي منطقية للغاية، فإذا كان الجزائري ذو الجنسية الأصلية بمفهوم المادة 06 من الأمر 86/70 وحامل في آن واحد جنسية أجنبية مكتسبة يحظر عليه هذه الشاكلة من الوظائف، فمن باب أولى ألا يستفيد من هذا الحق، الشخص المكتسب للجنسية الجزائرية ومتمتع بجنسية أصلية أخرى، وهذا ما أخذ به المشرع الاماراتي في المادة 13 من القانون الاتحادي 1972/17 المتعلق بالجنسية وجوازات السفر أين يمنع على المتجنس حق الترشح أو الانتخاب أو التعيين أو في المناصب الوزارية.

كما أن المادة 11 /2 لا تتوافق مع المادة 63 من الدستور، وهي التي تسلم بإمكانية منح الجنسية الجزائرية–بغض النظر عن الشروط المنصوص عليها في المادة 10–للأجنبي الذي يكون في تجنسه فائدة استثنائية للجزائر، مما يفيد قابلية تقلده لوظيفة عليا في الدولة، وهذا ما ينتهك قاعدة المساواة بين هؤلاء وبين الجزائريين مزدوجي الجنسية (أصلية ومكتسبة) أو أصليتين معا، خاصة الكفاءات العلمية المقتدرة المتوطنة في الخارج التي ينبغي أن تحظى أكثر من غيرها في الالتحاق بكذا مسؤوليات شريطة التقيد ببند التخلي عن الجنسية المكتسبة، وان كان الأمر صعب وغير متاح على الأقل في الوقت الحاضر.

وبمقدور القانون المحدد للوظائف العليا أن يزيل نهائيا هذا الإشكال إذا لم يحتو في قائمته بعض المهمات الخصوصية ذات العلاقة بالخبرات العلمية والتقنية وفي مرافق عمومية محصورة يستحسن تعيينها بدقة متناهية، وهذا الذي اهتدى إليه فعلا قانون 01/17 المؤرخ في 2017/01/10 المتضمن قائمة المسؤوليات العليا في الدولة والوظائف السياسية...الذي ارتأى لواضعيه إبعاد كل المجالات العلمية والفنية من دائرة تطبيق شرط الجنسية دون سواها.

ومع ذلك، نجد من بين أهم اختلالات قانون الجنسية، تسليمه للجزائري بحق اكتساب عن طواعية في الخارج جنسية أجنبية والذي وحده من يملك القرار الإرادي في التخلي عن الجنسية الأصلية بموجب مرسوم تطبيقا للمادة 1/18 –المعالجة لحالات فقدان الجنسية–مما يعني أن القانون يجيز بازدواجية الجنسية في الوقت الذي يمنع عن مزدوج الجنسية حق الوظيفة العليا في الدولة، ولتجنب هذا التناقض، على قانون الجنسية أن يذهب الى أبعد من ذلك، وهو إسقاط الجنسية الأصلية تماما دونما حاجة الى إجراء الإذن على كل تجنس بجنسية أخرى، وهذا ما سار عليه على سبيل المثال، قانون الجنسية وجوازات السفر الإماراتي في مادته 15 التي حددت حالات إسقاط جنسية الدولة التي يوجد من بينها كل من يتمتع بها إذا تجنس مختارا بجنسية دولة أجنبية.[1]

المطلب الثالث : القانون الأساسي للوظيفة العمومية

تطرقت المواد 15 الى 18 من الأمر 03/06 المؤرخ في 2006/07/15 الى الوظائف العليا في الدولة أين أحالت المادة 17 الى التنظيم في كل ما يتعلق بشروط التعيين والحقوق والواجبات...

واستناد الى المادة 63 من الدستور، يقع على عاتق المشرع التزام تعديل نص المادة 17 في الجزئية المتصلة بشروط التعيين بحيث يستلزم إضافة عبارة: **مع مراعاة المادة 63** مادام أن

[1] وتكملة لذلك، لا يقر قانون الجنسية الصيني الصادر في 2003 في مادته الثالثة بمزدوجي الجنسية للمواطنين الصينيين، كما أن المادة التاسعة تسقط الجنسية تلقائيا عن كل صيني تجنس بإرادته بجنسية أخرى.

الأمر لم يتجاهل هذا الصنف من الوظائف لاسيما أن ديباجة الأمر أشارت الى مواد الدستور خصوصا المواد 51 و 122–26 و المادة 124 التي كانت قائمة قبل التعديل.[1]

ولا يقف الأمر عند القانون، بل يمتد الى مجال التنظيم أيضا، بفعل أن المادة 17 استندت إليه، وبالنتيجة، تستدعي مقتضيات التجاوب مع مبدأي الشرعية والسمو، تعديل المادة 21 من المرسوم التنفيذي 226/90 المتضمن حقوق العمال الذين يمارسون وظائف عليا في الدولة وواجباتهم، عن طريق إدماج صراحة شرط الجنسية الجزائرية الأصلية في التعيين حتى يكون التنظيم هو الآخر متناغم مع الأمر 03/06 بعد مطابقته للدستور.

الخاتمة

إن الهدف المتوخى من إلحاق الجنسية بالوظيفة العليا للدولة، هو أخلقة الوظيفة العليا التي هي بأمس الحاجة الى الولاء التام والحقيقي للدولة، وخدمة المصلحة الوطنية المقدمة على بقية الاعتبارات الأخرى.

ورغم أن الدول تتباين في تقييم قوة العلاقة بين الجنسية والمهام الإدارية والسياسية بحيث قد لا تجد بعضها مانعا يحول دون تمتع ذوي الجنسيات المزدوجة من حقوقهم كاملة، إلا أن ذلك، لا يمكن إسقاطه بالضرورة على الحالة الجزائرية، ذلك أن الظروف والمعطيات هي التي سيكون لها الفيصل في عملية الدسترة والتشريع دون حاجة الى الاستئناس والمقارنة.

وليس هنالك أي مجال كما أسلفنا لهتك المساواة بين جميع أفراد الدولة وحق كل المواطنين في التوظيف العالي في سياق تقرير المساواة– التي ترتقي الى درجة القاعدة الآمرة في الدستور– وإنما سوء فهم النص وتبعاته وخلفياته وخصوصيات الدولة...هي التي دفعت بالبعض الى التشكيك في دستورية الحكم الوارد في المادة 63 التي بث فيها المجلس الدستوري برأي.

---

[1] تنص المادة 17 :(تحدد قائمة الوظائف العليا للدولة وشروط التعيين فيها والحقوق والواجبات المرتبطة بها وكذا نظام الرواتب المطبق على أصحابها عن طريق التنظيم)

ومن دون شك، فان الأحكام الجديدة التي أتى بها التعديل الدستوري الأخير لا يستهدف الجالية الجزائرية المقيمة في الخارج التي اختار أفرادها من ذوي الكفاءات الراقية عن قناعة عدم التجنس و الذين بوسعهم دون أي لبس الاستفادة كغيرهم من الحقوق التي توفرها المواطنة، في حين يستوجب على مزدوجي الجنسية الذين تحذوهم رغبة في أن يشملهم حق الولوج الى مثل هذه المهام، التخلي الإرادي المسموح به في جميع قوانين الجنسية العالمية عن الجنسية المكتسبة.

وينتظر من القانون الذي أشار إليه النص الدستوري أن يحسم الوظائف الممنوعة على غير الحاملين للجنسية الأصلية كجزء من منظومة الأمن الوطني التي لم تعد تقتصر على الأبعاد التقليدية التي تجاوزها الزمن.

ومن الناحية المبدئية، فان حظر مزدوجي الجنسية على الوصول الى الرتب والمناصب السيادية في الدولة،هي مسألة افتراضية لا تحتاج الى نص يقررها بقدر ما هي في حاجة الى ممارسة باعتبار أن الأصل في ذلك، هو العرف وتقليد تهتدي به دولة القانون والمواطنة.

وفي هذا الصدد، عمد التعديل الدستوري الى الارتقاء بهذا القيد الى المرتبة الدستورية أين تكون جميع التصرفات القانونية والأعمال الإدارية المخالفة للدستور، مشوبة بعيب عدم المشروعية، وإعدام آثارها من لحظة صدورها كأنها لم تكن هو الجزاء المناسب المرتب في حقها.

ولغرض منح النص المعنى الذي يحتمله ويستحقه، ثمة عمل تشريعي كبير يصب في اتجاه تكييف ومطابقة جميع القوانين ذات الصلة بالوظيفة العليا وفي كل ما يتعلق بها في سياق تحقيق السمو الدستوري ولو أن نص المادة 63 مرجئ نفاذه الى حين صدور القانون المتعلق بالوظائف والمسؤوليات العليا في الدولة.

ويظل العيب الجسيم الذي يشوب قانون 01/17 المحدد لقائمة المسؤوليات العليا في الدولة والوظائف السياسية التي يشترط لتوليها التمتع بالجنسية الجزائرية دون سواها، مخالفته الصريحة لروح نص المادة 63 من الدستور أين تخلف المشرع عن التقيد بقاعدة سمو الدستور الأمر الذي

يدعو الى مراجعة المادة الثانية من هذا القانون التي ستسمح بتوسيع الوظائف والمسؤوليات التي يلحقها الشرط كإجراء لا مفر منه لتقوية رابطة ولاء الفرد للدولة الحامل لجنسيتها وتثمين الكفاءات الوطنية المقيمة في أرض الوطن الذين لا يتمتعون بجنسية أخرى.

المراجع : النصوص القانونية

1/قانون التعديل الدستوري 01/16 الصادر بتاريخ 2016/03/07.

2/القانون العضوي 01/12 المؤرخ في 2012/01/12 المتعلق بنظام الانتخابات

3/القانون العضوي 10/16 المؤرخ في 2016/08/25 المتعلق بنظام الانتخابات

4/الأمر 86/70 المؤرخ في 1970/12/15 المتضمن قانون الجنسية المعدل والمتمم بموجب الأمر 01/05 المؤرخ في 2005/02/27

5/الأمر 03/06 المؤرخ في 15 /2006/07 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العامة

6/قانون 01/17 المؤرخ في 2017/01/10 المحدد لقائمة المسؤوليات العليا في الدولة والوظائف السياسية التي يشترط لتوليها التمتع بالجنسية الجزائرية دون سواها

7/المرسوم الرئاسي 225/90 المؤرخ في 1990/07/25 المحدد لقوائم الوظائف العليا التابعة للدولة بعنوان رئاسة الجمهورية.

8/المرسوم الرئاسي 240/99 المؤرخ في 1999/10/27 المتضمن التعيين في الوظائف المدنية والعسكرية.

9/المرسوم التنفيذي 226/90 المؤرخ في 1990/07/25 المحدد لحقوق العمال الذين يمارسون وظائف عليا في الدولة وواجباتهم.

10- المرسوم التنفيذي 227/90 المؤرخ في 1990/07/25 المحدد للوظائف العليا في الدولة بعنوان الإدارة والمؤسسات والهيئات العمومية.

تأثير الحروب اللاتماثلية على مستقبل نظرية الأمن الإسرائيلي : دراسة حالة حرب جويلية 2006

ملخص:

إن حرب جويلية 2006 جرت في وضع دولي مختلف تماما، جعلها تتميز عن الحروب الأخرى، فهي أول حرب تخوضها إسرائيل بعد نهاية الحرب الباردة، وانهيار القطبية الثنائية، وبروز الولايات المتحدة الأمريكية كقوة عظمى " as a hyper power " وإعلانها للحرب على الإرهاب، وبروز دول كقوة جديدة صاعدة مثل إيران ،و التغير البنيوي في طبيعة الصراع العربي الإسرائيلي باعتراف العديد من دول الطوق بدولة إسرائيل و إقامة علاقات دبلوماسية معها ، و جلبها الى حظيرة التطبيع ،سواء بشكل ثنائي مباشر ،او عبر مبادرات دولية مثل الاتحاد من اجل المتوسط ، وبقاء مصدر التهديد ممثلا في الفواعل اللادولاتية او اللاتماثلية، إن هذا السياق التاريخي انعكس بشكل أو بآخر على هذه الجولة من جولات الصراع، جعل البيئة الدولية تمتاز بمزيد من التعقيد والتشابك، خاصة وانها أسست لعهد جديد من التهديدات التي تواجه نظرية الامن الإسرائيلي، و المسماة بالحروب اللاتماثلية جعلت من المستحيل حصر طرفي النزاع في كل من إسرائيل وحزب الله، بل يمتد إلى أطراف إقليمية ودولية أخرى، كان لها تأثير قبل وأثناء وعند انتهاء الحرب . الحرب .

The impact of asymmetric warfare on the futur Israeli security theory : A case study of the War of july 2006

Summary:

The war of July 2006 took place in the international situation is completely different , It is the first war waged by Israel after the end of the Cold War ,and The collapse of bipolarity The emergence of the United States of America as a hyper power ,and The announcement of the war against terrorism , The emergence of countries as a new force such rising Iran , And structural change in the nature of the Arab Israeli conflict by The recognition by many of the Ring Countries of the State of Israel , And the establishment of diplomatic relations with it In either a direct bilateral , Or through international initiatives such as the European Union for the Mediterranean , The survival of the source of the threat represented in asymmetric actors , This is the historical context and reflected in a way or another on this round of rounds of conflict , It established a new era of threats facing the Israeli security theory.

تأثير الحروب اللاتماثلية على مستقبل نظرية الأمن الإسرائيلي: دراسة حالة حرب جويلية 2006

*[1] زروقة إسماعيل

أستاذ محاضر "ب"، جامعة محمد بوضياف – المسيلة – الجزائر

مقدمة:

بعد توقيع معاهدة كامب ديفيد، بدأت بعض الدول استبعاد خيار الحرب، واستبداله بمبادرة السلام، وهذا ما انعكس على البيئة الأمنية، حيث أصبحت المعضلة الاستراتيجية التي تواجه النظرية الامنية الإسرائيلية هي التهديدات الجديدة اللاتماثلية، والمتمثلة في حزب الله من أجل تأمين الشمال الإسرائيلي، فكانت حرب جويلية 2006 محاولة للقضاء على هذه "المقاومة"، وهو ما لم يحدث، بل كانت المواجهة أكثر تكلفة وأطول وقتا وأقل إنجازا، مما أدت إلى زعزعة صورة الجيش الذي لا يقهر، جعل دوائر صنع القرار في حالة استنفار قصوى، لمراجعة هذه النظرية بغية تصحيحها وتصويبها، وإعادة بلورتها بشكل يجعلها قادرة على استيعاب المتغيرات الجديدة ،

ولهذا نطرح الإشكالية التالية: هل أدت الحرب الإسرائيلية في جويلية 2006 إلى إحداث تغيير في النظرية الامنية الإسرائيلية؟

1- مفهوم النظرية الأمنية الإسرائيلية

تتضمن النظرية الأمنية الإسرائيلية مجموعة متعددة من المنطلقات التي تميزها عن غيرها من النظريات الأمنية الأخرى ، التي تؤثر بشكل مباشر وحتمي في عملية تطبيقها وممارستها ، أي تعبر عن تصور شامل للقواعد الضرورية الواجب الرجوع إليها ، واعتمادها في تحديد المسار الرئيسي الواجب إتباعه ، فمنذ أول حرب إسرائيلية عام 1948 إلى غاية يومنا

[1] البريد الإلكتروني
zerougaismail1@yahoo.fr

هذا ، فإن النظرية الأمنية الإسرائيلية تعيد النظر في إدراكها وقراءاتها للمخاطر والتهديدات[2] ، فبعد أن كانت قد تعودت على نمط معين من الحروب مع دول محددة ، أصبحت تتأرجح بين تهديدات لا تماثلية ، وتهديدات جديدة أكثر حدة.

إن أحد أهم أهداف النظرية الأمنية الإسرائيلية ، يتمثل في تأمين تفوقها النوعي وتنمية عناصر قدرتها العسكرية ، بمختلف أصنافها القتالية على المستويين التقليدي والنووي ، مما يجعلها متفوقة دائما ، فاستخدام القوة العسكرية يعتبر بالنسبة لمعظم الحكومات الإسرائيلية استمرار للسياسة بوسائل أخرى ، وهو ما يؤكده رئيس الوزراء الإسرائيلي السابق " بنيامين ناتنياهو " ، بقوله : " إن القوة العسكرية هي مؤسسة لا بديل عنها للمحافظة على أمن إسرائيل على الأقل في المستقبل المنظور " ، إن جدلية الحرب في النظرية الامنية الإسرائيلية تعبر عن الضرورة الإستراتيجية التي تمليها السياسة العليا ، والتي تطمح إلى خلق بيئة إقليمية من الدول العربية و الإسلامية ، التي تتعايش مع إسرائيل بعيدا عن التفكير في مواجهتها عسكريا ، وبالتالي فالنظرية الأمنية تسعى إلى استخدام كل العوامل والتنسيق بينها، من أجل توجيه الدولة إلى تحقيق الأهداف العليا[3]، فالأمن القومي في رأي "Barry buzan" : " هو قدرة الدول على الحفاظ على هويتها المستقلة و وحدتها الوظيفية"،وبالتالي التركيز على القيم المركزية والتي تتضمن في مجملها: البقاء الدولاتي، الاستقلال الوطني، الوحدة الترابية، الرفاه الاقتصادي، الهوية الثقافية...[4].

نأتي الآن للنظرية الأمنية الإسرائيلية ونقول أنه ليست لدى إسرائيل نظرية أمنية مصاغة صياغة رسمية بشكل نهائي، تحتوي على مجموعة من المبادئ والأسس والتصورات التي تمت كتابتها وإتباعها أثناء مختلف المراحل التي مرت بها الدولة، وهذا ما جعل "داني شالوم" في صحيفة هاتسوفيه يكتب مقالا في 30 جوان من عام 1999 عنوانه:" من هو

---

[2] marcus jonathan, the politics of israeil's security, **international affairs royal institute of international affairs**, vol 65; N°25 spring 1989.

[3] Buzan Barry, **A new Framework for analysis**, lynne rienner publishers ,united state of America, 1998.

[4] عبد النور بن عنتر، **البعد المتوسط للأمن الجزائري، الجزائر، أوربا والحلف الأطلسي**، الجزائر، المكتبة العصرية للطباعة والنشر، 2005، ص14.

المسؤول عن تحديد نظرية الأمن الإسرائيلي؟"[5]،إنما هي أطروحات فكرية تتعلق بأهمية وجود الدولة وضرورة الحفاظ عليها، ثم تدعيم مستقبلها وتأمين استمرار وجودها، ولما كان تأمين هذه المتطلبات يعتمد في أحد أهم عناصره على الاعتبارات الأمنية لتحويل الأمل المنشود إلى واقع ملموس ،كان الهدف الرئيسي من هذه النظرية الأمنية هو الإجابة عن سؤال مصيري لإسرائيل: كيفية تحقيق الأمن لشعب قليل العدد يواجه كثرة معادية في مساحة ضيقة، مواردها محدودة ،وهو ما أدى إلى الأخذ بعين الاعتبار هذه المسائل أثناء بلورة هذه السياسة.

2- حزب الله في النظرية الامنية الإسرائيلية

إن قيام الثورة الإسلامية الإيرانية عام 1979 على يد الإمام "الخميني" أدت إلى انشقاق وتصدع حركة أمل الشيعية التي أسسها الإمام "موسى الصدر" في عام 1974، والذي كان اسمها مشكل من الأحرف الأولى لكلمات أفواج المقاومة اللبنانية، وانقسمت بذلك إلى جناح رأى ضرورة أن تكون المرجعية الشيعية للحركة من الداخل اللبناني، عكس ما دعا إليه الجناح الآخر إلى اتخاذ " الخميني " المرجعية العليا لها .

إضافة إلى الاجتياح الإسرائيلي للبنان عام 1982، في عملية السلام من أجل " الجليل"، وتزايد الهوة بين مؤيد وداع للتفاوض والحل السلمي، وبين تيار متمسك بخيار المقاومة والكفاح المسلح ،فكانت نشأة حزب الله متبنية الخيار الأخير، التي تعتمد على المنابع العقائدية والفكرية المرتبطة بولاية الفقيه، كأعلى مرجعية دينية وسياسية للحزب، وهذا ما أكده البيان الصادر عن الحزب يوم 16 فيفري 1985، أن الحزب ملتزم بأوامر قيادة حكيمة وعادلة تتجسد في ولاية الفقيه، [6]

ضف إلى ذلك أن أغلب قادة الحزب درسوا في حوزات النجف الشيعية بالعراق. كالإمام " موسى الصدر " الشيخ " صبحي الطفيلي " الشيخ " عباس الموسوي " والقائد الحالي الشيخ " حسن نصر الله " ،وهذا ما أثار حفيظة الدوائر السياسية الإسرائيلية والأمريكية تجاه ظروف

---

[5] طلعت مسلم، مستقبل الإمكانات العسكرية الإسرائيلية في إطار نظرية الأمن الإسرائيلية، **العرب ومواجهة إسرائيل احتمالات المستقبل**، بيروت، مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة الأولى، 2000، ص451.

[6] أبو بكر الدسوقي، حزب الله النشأة والدور والمستقبل، **مجلة السياسة الدولية**، العدد 166، أكتوبر 2006، ص 94

نشأته، وطبيعة دوره وعلاقاته الخارجية مع كل من إيران وسورية، الذي تعتبره أمريكا " محور شر " يجب القضاء عليه من أجل بناء الشرق الأوسط الجديد الذي يخدم طموحات وأطماع إسرائيل عن طريق طمس هوية المنطقة ونزع خصوصيتها العربية والإسلامية[7] . إذ أن أعداد الشيعة في البلدان العربية في تزايد مستمر خاصة وأن لهم مواقف متشددة تجاه هذه القضايا، حيث أن إيران في عهد " الخميني " مثلا وصفت الولايات المتحدة الأمريكية " بالشيطان الأكبر " ففي لبنان فقط يشكلون 40الى35% من السكان كذلك موقفه من الصراع العربي الإسرائيلي، الذي مازال متبنيا فيه مبدأ لنرمي إسرائيل في البحر، ولا مجال للتسوية أو التفاوض أو الحل السلمي معها إطلاقا، وهذا ما يخيف الشارع الإسرائيلي، خصوصا وأن قدرته العسكرية تتزايد كما ونوعا يوما بعد يوم .

إن حزب الله يمتلك مؤسسات دينية، اجتماعية، سياسية وعسكرية، فهو حزب متعدد الأوجه.[8]له نظرة تشمل جميع أوجه الحياة، وهو ما أكده الشيخ " نعيم قاسم " بقوله: " الحزب إسلامي قبل أن يكون مقاوما، والتزامه العقائدي هو الذي دفعه ليرفض الاحتلال ويقاتل إسرائيل، فهو يحمل منهجا للحياة بشموليتها ولا يقتصر واجبه على ناحية دون أخرى، وان برزت أولوية الجهاد على غيرها "[9]، وهو ما جعل إسرائيل تنعته بالمركب " العسكري الإرهابي " والذي له عداء جذري مع إسرائيل، وللسيطرة الغربية ووكلائها في لبنان .

إن التمويل المالي الإيراني السوري للحزب، هو ما أتاح له بناء قاعدة جماهيرية لها وزنها في الداخل اللبناني، إذ أن عدد مقاتليه يبلغ حوالي 20 ألف مقاتل، يتمتعون بثقافة الاستشهاد، مما أدى إلى كسب عطف وتأييد الشعوب العربية والإسلامية .

حتى أن البعض أصبح يتحدث عن " دولة حزب الله "،أي دويلة ضمن الدولة اللبنانية،نظرا لما يمارسه في المجال السياسي، الاجتماعي والثقافي، وحتى القضائي بصورة جزئية،بكل

---

[7] عبد القادر رزيق المخادمي، **مشروع الشرق الأوسط الكبير**، بيروت، الدار العربية للعلوم، الطبعة الأولى، 2005، ص 74 .

[8] يورام شفايتزر، حزب الله واليوم الذي يلي حرب العصابات – إرهاب وحرب ثقافية – في مجموعة مؤلفين إسرائيليين (محررين)، ترجمة أحمد أبو هدبة، **33 يوم حرب على لبنان – أطول الحروب وأكثرها فشلا وتكلفة** – بيروت، مركز الدراسات الفلسطينية، الطبعة الأولى، 2007، ص 24 .

[9] أبو بكر الدسوقي، **نفس المرجع السابق**، ص ص (94-95) .

استقلالية في المناطق الواقعة تحت نفوذه، فضلا عن المؤسسات التعليمية التي تنشر فكرا ونظرة خاصة تجاه إسرائيل والمؤسسات التمويلية التي تسير الحزب. [10]

وهو ما تعتبره إسرائيل محاولة بناء مجتمع مضاد ومهدد لأمنها ووجودها، وهو دائما يسعى إلى كسب الصفة اللبنانية، بمعنى الإشارة إلى أن هذا التنظيم، لبناني الموقع إيراني الفكر والمعتقد، وبالتالي مصنف ضمن خانة الإرهاب، خاصة إذا عدنا إلى أهداف الحزب التي نشرت في جدول أعماله الفكري والسياسي الأول في 16 فيفري 1985، التي تنص على ضرورة إقامة جمهورية إسلامية في لبنان، حيث قال الشيخ " نعيم قاسم " : " بما أن العديد من المواقف قد تغير فيجب أن نكون مرنين و نغير مواقفنا أيضا .. ولكن معارضتنا لإسرائيل هي جوهر إيماننا وهذا ما لن يتغير مطلقا ". [11]

وما تجدر الإشارة إليه أن الهيكل التنظيمي للحزب يتكون من الأمانة العامة، والمجلس السياسي ومجلس الشورى، ومجلس تخطيطي وكتلة نواب وهيئات استشارية متعددة، والحزب تنظيم ديمقراطي تتخذ فيه القرارات وفقا لقاعدة التصويت بالأغلبية .

3- أسباب الحرب

إن بدأ العمليات العسكرية على لبنان، تأثر بعدة قضايا رئيسية، مثلت في مجموعها مبررات الحرب، وهي كالتالي :

1- نجاح عمليتي أسر الجنود الإسرائيليين في كل من فلسطين ولبنان، وانعكاس ذلك على نظرية الردع الإسرائيلية .

لقد تمكنت حماس في 25 جوان 2006، من مباغتة موقع عسكري عن طريق حفر نفق تحت الأرض طوله 400 متر، مما أدى إلى مقتل اثنين من الجنود، وجرح سبعة آخرين، وأسر جندي إسرائيلي من خلال جره عبر النفق، ثم تلتها العملية الثانية التي كانت بمثابة " ذريعة

---

[10] جلبير الاشقر، ميخائيل فارشفسكي ، **حرب ال33 يوما- حرب إسرائيل على حزب الله و نتائجها-**، بيروت، دار الساقي، الطبعة الأولى، 2007، ص 35 .

[11] دانيال سوبلمان، **قواعد جديدة للعبة – إسرائيل وحزب الله بعد الانسحاب من لبنان** ، ترجمة عماد فوزي شعبي، بيروت، الدار العربية للعلوم، الطبعة الأولى، 2004، ص 21 .

الحرب " في 12 جويلية 2006، فكان اختراق حزب الله للخط الأخضر وتنفيذ عملية أسفرت عن أسر جنديين إسرائيليين، وقتل ثلاثة وإصابة واحد وعشرين آخرين[12] .

واعتبرت العمليات بمثابة ضربة للإجراءات الأمنية للقدرات الإستخباراتية التي تتمتع بها إسرائيل، وبالتالي يجب الرد عليها بمبرر حق الدفاع الشرعي، الذي يستند على المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة التي لا تنتقص الحق الطبيعي للدول في الدفاع عن نفسها، في حالة إذا ما اعتدى عليها. [13]

فلقد نظرت إسرائيل إلى هاتين العمليتين على أنهما مس لمظهر الردع الإسرائيلي، الذي سوف يؤدي إلى اهتزاز ثقة مجتمعها بقدرة القوات المسلحة على تحقيق الأمن المطلق لإسرائيل.

ولكن بالمقابل هل الحملة الشنيعة التي قامت بها إسرائيل هي لمجرد الجنديين الإسرائيليين فقط ؟

لقد كتبت صحيفة " سان فرانسيسكو كرونيكل " الأمريكية مقالا، أبرزت من خلاله أن هذه الحرب تم الإعداد لها منذ أكثر من سنة، وهناك من يعتقد أنه تم الإعداد لها منذ انسحاب الجيش الإسرائيلي عام 2000، وحصول الاستخبارات الإسرائيلية على معلومات تفيد بأن حزب الله يزداد تسلحا يوما بعد يوم. [14]

2- تأمين الحدود الشمالية لإسرائيل :

وذلك من خلال إعلان إسرائيل أنها ستقيم منطقة عازلة أو " حزاما أمنيا " في الشمال لمنع عودة حزب الله إليه، ووقف إطلاق الصواريخ من الجنوب اللبناني[15] ، إذ بعد الانسحاب الإسرائيلي من جنوب لبنان عام 2000، حل محله حزب الله وليس الجيش اللبناني والذي هو

---

[12] رشا حمدي، حق الدفاع الشرعي – مغالطات إسرائيلية –, **مجلة السياسة الدولية**، العدد 166، أكتوبر 2006،ص 90 .

[13] Haass . N Richard, Fle New Middle East **, Foreign Affairs** , Vol 85 , N06 , December 2006

[14] خالد أبو بكر، **حرب كسر الإرادة بين المقاومة والمشروع الصهيوامريكي – فلسطين ولبنان، 2006**، بيروت_الدار العربية للعلوم، الطبعة الأولى، 2007، ص 44 .

[15] عماد جاد، إسرائيل بعد الحرب – مراجعة شاملة –، **مجلة السياسة الدولية** ، العدد 166، أكتوبر 2006، ص 116 .

مجهز بآلاف من صواريخ الكاتيوشا، والصواريخ طويلة المدى،و هذا ما تعتبره إسرائيل تهديدا دائما لأمنها .

إضافة إلى استخدام النيران المضادة للطائرات لمنع تحليق الإسرائيليين فوق الأجواء اللبنانية، والتي تسبب من حين لآخر حرائق على الأرض وأضرارا بالممتلكات وإصابة المدنيين الإسرائيليين بشظايا القذائف.

3- القضاء على محور الشر (حزب الله، إيران، سوريا، حماس) :

لقد شهدت نهاية عام 2000 وصول اليمين المتطرف الأمريكي بقيادة بوش الابن إلى السلطة، أو ما يسمى بتيار المحافظين الجدد واليمين الإسرائيلي المتطرف بقيادة شارون في بداية عام 2001، وبالتالي كانت الأوضاع مواتية لإقامة مشروع الشرق الأوسط الجديد، وهذا ما جعل وزيرة الخارجية الأمريكية كوندوليزا رايس، تصف ما يجري في حرب لبنان بأنه مخاض لولادة شرق أوسط جديد، حيث أنها لم تكتف بمنح إسرائيل ضوءا أخضر لشن هذه الحرب، بل كانت كما يقول البعض حربا بالوكالة "Proxy War"[16].

لقطع أطراف الإخطبوط التي تتمثل في حزب الله، طهران، دمشق، حماس، أي هي حرب على محور الإرهاب، وتعتبرها الولايات المتحدة الأمريكية عبارة عن لعبة إيرانية في المنطقة من أجل تحويل أنظار المجتمع الدولي عن البرنامج النووي الإيراني وكسب مزيد من الوقت من أجل الحصول على التكنولوجيا النووية.[17]

4- تأليب الشعب اللبناني على حزب الله :

من خلال تحسيس اللبنانيين أن ما حدث لهم من خراب ودمار كبيرين هو بسبب المغامرات غير المحسوبة والصواريخ العبثية لحزب الله، فلقد خلفت الحرب دمارا هائلا أصاب البنية التحتية

---

[16] حسن نافعة، التداعيات الدولية، في خير الدين حسب، عزمي بشارة، حسن نافعة، وآخرون، **الحرب الإسرائيلية على لبنان – التداعيات اللبنانية والإسرائيلية وتأثيراتها العربية والإقليمية والدولية**، بيروت, مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة الأولى، 2006، ص 381 .

[17] روني براط، الحرب على لبنان، والولايات المتحدة والسير نحو وضع معقد، في مجموعة مؤلفين إسرائيليين (محررين)، **نفس المرجع السابق**، ص 28.

اللبنانية ، و خسائر فادحة في الاقتصاد ، بلغت حوالي 2464 مليون دولار أمريكي. [18]والأهم من ذلك 2043 جريح و 659 شهيد.

وهذا ما قد يقود إلى القضاء على ذلك الالتفاف والتعاطف والدعم الشعبي له، فيؤدي ذلك إلى انحساره وانكماشه، فتكون بذلك الفرصة سانحة للحكومة اللبنانية من السيطرة على الجنوب اللبناني، وهذا ما يبرر موقف بعض القوى اللبنانية من توجيه أصابع الاتهام إلى حزب الله أثناء الحرب، وحتى بعد انتهائها عند الحديث عن مسألة إعادة الإعمار .

5- سد عجز الميزانية الإسرائيلية :

لقد شهدت سنة 2006 عجزا في الميزانية الإسرائيلية، مما أدى إلى اعتبار الحرب فرصة ذهبية لتعويض هذا العجز. [19]من خلال الدعم الذي سوف تحظى به إسرائيل من طرف الولايات المتحدة الأمريكية، وهذا ما يبرر الطرح الذي يتبناه بعض المحللين السياسيين والاستراتجيين أنه ليس من مصلحة إسرائيل القضاء نهائيا على كل من حزب الله وحماس، بل أن وجودهما يساعد على مواصلة جلب الدعم الخارجي، والتعاطف الدولي معها وهذا ما لاحظناه قبل بداية هذه الحرب من أنها أول حرب تقوم بها إسرائيل من دون أي ضغط دولي، بل على العكس من ذلك، هناك مباركة ومساندة ودعم لها، وهذا ما حدث في قرار مجموعة الدول الثمانية (G8) الذي اعتبر الحرب الإسرائيلية بمثابة حق الدفاع عن النفس .

6- جلب لبنان إلى حظيرة التطبيع :

وذلك بالقضاء على الحزب الرافض لوجود إسرائيل، وإعادة ترتيب الخريطة السياسية الداخلية في لبنان، بشكل يجعل من الممكن تحويل هذه الدولة المعادية إلى دولة تربطها اتفاقية سلام .

---

[18] وليد الشيخ، لبنان الخسائر الاقتصادية وإعادة الإعمار، **مجلة السياسة الدولية**، العدد 166،أكتوبر 2006، ص 100 .

[19] عبد القادر ياسين، رؤية عربية للحرب على لبنان، **مجلة السياسة الدولية**، العدد 166، أكتوبر 2006، ص 126 .

4- أسباب فشل الإستراتيجية الإسرائيلية في مواجهة حزب الله

بعد نهاية الحرب مباشرة، بدأت العديد من الأسئلة تبحث عن الأسباب التي أدت إلى عدم تحقيق إسرائيل لأهدافها، فكان الحديث عن عوامل الفشل في الجانب السياسي، والعسكري التكتيكي وحتى الاقتصادي.

4-1 الأسباب السياسية

أ – قيادة مدينة فاقدة للخبرة والحنكة :

من المعروف عن رئيس الوزراء " ايهود أولمرت "ووزير دفاعه " عمير بيرتس "انه ليس لهما أي سجل عسكري حافل بالترويع والقتل والتدمير مثل باقي القيادات الإسرائيلية السابقة، مما أدى إلى حاجتهما في الظهور بمظهر لا يقل عسكرية ودموية عن الجنرالات الإحدى عشر الذين سبقوهما، والذين كانوا كلهم من العسكريين .

فلقد كانت علاقة إيهود أولمرت بالجيش تتدرج ضمن إطار أداء الواجب الوطني، في شكل الخدمة الإجبارية فقط التي أدت إصابته فيها إلى تحويله كمراسل عسكري، وهو ما انعكس على إدارته للمواجهة العسكرية. [20]إذ بعد أسبوعين ونصف من أسر جندي في عملية ناجحة في غزة واختطاف الجنديين الإسرائيليين وقتل ثلاثة، وإصابة واحد وعشرين آخرين، ولم يمض على انتخاب الحكومة أكثر من ثلاثة أشهر، فكانت الضرورة ملحة لإثبات ذاتيهما ووجودهما بسرعة. [21]

ب – التسرع في إعلان قرار الحرب :

حيث كان بدون دراسة كافية، وإعطاء الوقت اللازم للإعداد والتخطيط، وهذا ما تحدثت عنه الصحافة الإسرائيلية بعد تسرب بعض الأخبار إليها من المجلس المصغر للوزراء، من أن " شيمون بيريز" كان الوحيد المعترض عن قرار الحرب، وسأل " دان حالوتس " رئيس الأركان من

---

[20] زكريا حسين، إدارة إسرائيل للعمليات العسكرية في لبنان، **مجلة السياسة الدولية**، العدد 166، أكتوبر 2006، ص 113 .

[21] عزمي بشارة، التداعيات على إسرائيل، في خير الدين حسيب وآخرون، **نفس المرجع السابق**، ص 172 .

أنه فهم الخطوتين الأولى والثانية ولكنه لم يفهم الثالثة والرابعة، فكان رد " حالوتس " من أن الخطوة الثالثة مرتبطة بالخطوة الثانية، وأن الرابعة مرتبطة بالثالثة، وكلها مرتبطة بما يحدث على الواقع "، والمهم فقط هو امتصاص موجة الغضب التي تزايدت حدتها في الشارع الإسرائيلي. [22]

ج – عدم وضوح الأهداف المخططة للحرب :

لقد وضعت الإدارة الإسرائيلية أهداف الحرب بصورة عامة وليست دقيقة ومركزة، وتمحورت حول ثلاثة أهداف عامة هي : القضاء على حزب الله وبالتالي تأمين الشمال الإسرائيلي من صواريخ الكاتيوشا التي أثارت الرعب في نفوس الإسرائيليين ودفعهم إلى اعتماد الخنادق للحفاظ على سلامتهم. استرجاع هيبة الردع الإسرائيلية.[23] التي اهتزت اثر العمليتين في كل من غزة والخط الأخضر وتصوير الجيش الإسرائيلي على أنه قادر على تحقيق الأمن وإعادة الجنود المختطفين، وإقامة منطقة عازلة في الجنوب اللبناني . فهل هذه الأهداف هي قابلة للتحقيق على أرض الواقع ؟ أي هل بالإمكان القضاء على حزب الله نهائيا؟ وما معنى القضاء على حزب الله بالمفهوم الدقيق؟ هل هو تعطيل قدرته الصاروخية ؟أم قتل كل أفراد المقاومة ؟أم تمكين الحكومة اللبنانية من السيطرة على الجنوب ؟

د – عدم القدرة على تحديد حجم القوة المشاركة :

إن التسرع في قرار الحرب، لم يمكن الإدارة الإسرائيلية من الإعداد لهذه العملية، بالمستوى المطلوب من خلال عدد الجيش الذي سوف يشارك في العملية، أي كم من لواء نحتاج لحسم المعركة ؟ وهل نحتاج إلى استدعاء أكبر عدد من مقاتلي جيش الاحتياط ؟ وكم هو هذا العدد ؟

فافتقار الاستخبارات الإسرائيلية لمعلومات عن قدرة حزب الله كما سوف نرى باستفاضة في المطلب الثاني، لم يمكن الإدارة من أن يكونوا على دراية بالمعطيات الكافية للحرب، وهذا ما أدى إلى تعبئة 30 ألف عنصر فقط من قواتها البالغة في حالة الطوارئ القصوى 650 ألف

---

[22] زكريا حسين، تقرير " فينوغراد" وتقييم أداء القيادة الإسرائيلية، **مجلة السياسة الدولية**، العدد 169، جويلية 2007، ص 143 .

[23] يهودا بن مائير، سياسات حكومة إسرائيل وأهداف الحرب، في مجموعة مؤلفين إسرائيليين (محررين)، **نفس المرجع السابق**، ص 33 .

جندي. [24]هذه المقارنة الكمية البسيطة، تستطيع أن تبين لنا كيف أن القيادة الإسرائيلية لم تقم بدراسة كافية وشاملة لهذه الحرب، وإلا لقامت بإقحام أضعاف أضعاف القوة المشاركة من أجل الحفاظ على مبدأ " الحرب الخاطفة " الذي تعتمده العقيدة العسكرية الإسرائيلية في حروبها مع العرب

4-2 الأسباب العسكرية التكتيكية

لقد كشفت حرب 2006 عن أخطاء تكتيكية أدت إلى فشل استراتيجي ذريع، يمكن تلخيصها في الأسباب الآتية :

1- دخول إسرائيل للحرب بعقلية الحروب التقليدية :

إن ما حدث على الأرض بين إسرائيل وحزب الله هو ما يسمى في الإستراتيجية بحروب الجيل الرابع $4^{th}Gw$ " [4 Generation of War] والتي تقوم بها حركات اجتماعية ذات قواعد شعبية عريضة شديدة التأصل داخل مجتمعاتها، ضد دول وجيوش نظامية أقوى منها، تستخدم من خلالها تكنولوجيات الاتصال ووسائل الإعلام، لدعم عملياتها القتالية .

وليست عبارة عن حرب عصابات (Guerilla warfare) التي تقودها جماعات من المتمردين ضد أنظمة قائمة[25]، وهذا ما أدركه الطرف الأضعف عسكريا، أي حزب الله، وبالتالي تهيأ لها كما يجب منذ سيطرته على الجنوب عام 2000، عكس إسرائيل التي لم تدرك طبيعتها ومن ثم لم تتهيأ لها، ودخلتها بعقلية الحروب التقليدية، حيث اغترت بما أحدثته الثورة في الشؤون العسكرية، في الجانب التكنولوجي من توفير غير مسبوق لقوة نيران هائلة بعيدة ودقيقة، من أجل بث الرعب والفزع لدى قيادات الحزب، لإعاقة رد فعله، والتسريع بهزيمته. [26]

---

[24] محمد عبد السلام، الدروس العسكرية لحرب لبنان 2006، **مجلة السياسة الدولية**، العدد 166، أكتوبر 2006، ص 122 .

[25] غراهام ايفانز وجيفري نوينهام، **قاموس بنغودين للعلاقات الدولية**،دبي، مركز الخليج للأبحاث، الطبعة الأولى، 2004، ص 293 .

[26] محمد صفوت الزيات، تعقيب على مداخلة خير الدين حسيب، **نفس المرجع السابق**،ص 163 .

إلا أن حزب الله كان دارسا لنقاط ضعف الجيش الإسرائيلي، ومطلعا على مكامن الخلل، وذلك أخذا بمبدأ المفكر الاستراتيجي "Sun Tsu " الذي يقول " اعرف نفسك، اعرف عدوك، والنصر حليفك دائما ". [27]

وإذا ما نظرنا إلى إسرائيل في هذه الحرب، فهي بالمقابل أخذت بمبدأ المفكر الاستراتيجي البروسي"karl von clausewitz"، الذي ينصح بالإبادة لقوات العدو في المعركة الفاصلة، وهذا ما تحدث عنه "Ben Gurion " بقوله:" إذا أردت الحرب مع عدوك العربي، فمن الضروري أن تهزمه بشكل لا يعود معه قادرا على إعادة تنظيم نفسه للقاء ثان، ولفترة طويلة جدا ". [28]

ولكن إذا كان العدو ليس جيشا نظاميا وكنا أمام حرب لا متماثلة Asummetrical War مثل ما حدث في 2006، خاصة أمام عدو أثبت أنه كان على أهبة الاستعداد فهذه هي المشكلة .

2- عدم وجود خطة عمليات تفصيلية :

إن دولا ذات عقائد عسكرية مثل إسرائيل، تمتلك خطط عسكرية مسبقة للعمل، تكون محضرة لمواجهة محتملة مع إحدى الجبهات لمسرح حربها، مثل الساحة اللبنانية، وهذه الخطط العسكرية تكون مقسمة إلى قسمين، خطط عامة، وخطط تفصيلية، وهو ما يسمى في الإستراتيجية بخطط العمليات وما ظهر على إسرائيل من خلال إدارتها للعمليات العسكرية، منذ الأيام الأولى افتقادها إلى هذا النوع من الخطط التفصيلية الدقيقة المركزة، والاكتفاء فقط بخطط عامة عند اندلاع العمليات[29]، والدليل في ذلك إجابة " دان حالوتس" عن سؤال" شيمون بيريز" في المطلب الأول كما ذكرنا، وبوجود قصر في النظر، وغياب للأفكار لدى المستوى العسكري القيادي[30].

3- فشل استخباراتي ذريع :

---

[27] سن تزو، **فن الحرب**،ترجمة جمال نجيب التلاوي، بدون مدينة نشر، دار الهدى للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2006، ص 38

[28] الياس حنا، تعقيب على مداخلة عزمي بشارة، **نفس المرجع السابق**، ص 211 .

[29] محمد صفوت الزيات، **نفس المرجع السابق**، ص 231 .

[30] آرييه شابيط، ماذا حل بنا ؟ لقد حدث أمر بسيط : السياسة والمال والإعلام والأكاديميا أعمت عيون إسرائيل وسلبت منها روحها، مجموعة مؤلفين إسرائيليين (محررين)، **نفس المرجع السابق**، ص 111 .

لم تستطع الاستخبارات الإسرائيلية من جمع المعلومات اللازمة والدقيقة والحقيقية عن قوة وحجم وتمركز قوات حزب الله، وأماكن تجمع صواريخه وأسلوب قتاله ونوعية الأسلحة التي يمتلكها وطبيعة ساحة المعركة التي كانت مجهزة بأنفاق وملاجئ، أربكت الجيش الإسرائيلي إما من خلال تحضير الكمائن، أو من تغير أماكن إطلاق الصواريخ من منطقة لأخرى .

وهذا قد يكون سببه ربما الانسحاب الإسرائيلي من لبنان عام 2000، وانغلاق حزب الله على نفسه في هذا المجال تحديدا، رغم إطلاق الأقمار الاصطناعية وطائرات الاستطلاع، والتي رغم التكنولوجيا العالية المتطورة لم تتمكن من تحديد أماكن قادة حزب الله، وهو ما أدى إلى فشل عملية الإسقاط الجوي الإسرائيلي في كل من مدينتي بعلبك وصور .

في مقابل ذلك مارس حزب الله حرب استخباراتية أدت إلى اعتراف الجيش الإسرائيلي، من تمكنه اختراق الأجهزة الأمنية الإسرائيلية، وما شاهدناه من تحطم لطائرات بدون طيار تابعة لحزب الله في الأراضي الإسرائيلية لخير دليل على ذلك إضافة عن إصابة البارجة ساعر5 واعتراف البحرية الإسرائيلية عن عدم علمها بوجود هذه النوعية من الصواريخ لدى حزب الله، رغم تأكيد رئيس شعبه الاستخبارات العسكرية " عاموس يادلين "، أن أي سلاح تمتلكه إيران قد يتوفر لدى حزب الله. [31]

4- الإفراط في استعمال سلاح الجو :

أو كما يسميه الإسرائيليين الذراع الطويلة، التي هي سبب صنع ذكريات جميلة بقيت عالقة في أذهانهم، بالعودة إلى حرب 1967 وتحقيق فوز ساحق وخاطف من دون خسائر بشرية في الميدان.

فالعقيدة العسكرية الإسرائيلية تقوم على إحدى المبادئ التي تقول بضرورة حسم المعركة من الجو، وهذا ما يفسر إلقائها بكل ثقلها في الحرب، حيث تمكنت من القيام بـ 9000 طلعة جوية في 33 يوما، وإلقاء في ساعة واحدة ما يقارب 23 طنا من الذخائر[32]. والأسلحة بعضها محرم دوليا .ضنا منها أن هذا سوف يمهد للعملية البرية ,وبدخول سهل إلى الجنوب اللبناني .

---

[31] يوسي فيلمان، طاقم البارجة " حانيت " يتحدث عن إصابة بارجتهم، في مجموعة مؤلفين إسرائيليين (محررين) **نفس المرجع السابق،** ص 117 .

[32] أمين حطيط، تعقيب على مداخلة عزمي بشارة، **نفس المرجع السابق**، ص 225 .

وهو الخلاف الجوهري الذي يفسر ذلك التضارب الذي كان قائما بين " دان حالوتس" و" غابي اشكنازي " الذي كان ينافس على المنصب، وهو نفس الخلاف و النقاش حول ما يدور في هيئة الأركان الإسرائيلية منذ سنوات، حول أفضلية من على من ؟ فلقد كان " دان حالوتس " مفضلا للسلاح الجوي، وربما يرجع ذلك قدومه من سلاح الجو، وقيادته له، وبين " اشكنازي " الذي كان يميل إلى الحرب البرية[33].

لكن ما حدث على أرض الواقع أن الحملة الجوية الكثيفة لم تتناسب مع الاختراقات البرية، وهو ما أدى في الأسبوع الثاني من الحرب إلى تعزيز الجيش الإسرائيلي بثلاث فرق من الاحتياط، أملا في تناسق الكثافة الجوية مع الكثافة البرية .

5- امتلاك حزب الله أسلحة جديدة :

" حين بدأت الحرب، تحدث المسئولون الإسرائيليون عن كسر حزب الله، ثم تحول الحديث إلى طرد حزب الله من منطقة الحدود، وبعدها إلى الحد من قدرات حزب الله، إن أهداف إسرائيل تصبح أقل طموحا في حين أن الوقت الذي تحتاجه لانجازها يزداد طولا " هكذا تحدث " بريت سيفنز " من صحيفة." Wall sreet Journal " الأمريكية. [34]فحزب الله امتلك خلال هذه الحرب أسلحة لم تكن في متناوله من قبل على سبيل المثال الصواريخ المضادة للدبابات من طراز " ميتيس – م" روسية الصنع، وصواريخ من طراز " ميلان " أوربية الصنع استطاعت من خلالها المقاومة القضاء على أسطورة الميركافا التي كانت تصول وتجول في الساحات العربية بلا خوف، وهو ما جعل ضابط الاستخبارات الإسرائيلي " يوسي كوبر فاسر "يقول : " إن مقاتلي حزب الله يملكون صواريخ مضادة للدبابات هي الأكثر تقدما في العالم " إضافة إلى حديث الكولونيل الإسرائيلي "ارن ليرمان " في اللجنة "الأمريكية – اليهودية " على أن حزب الله مجهز مثل أي وحدة في الجيش السوري والإيراني ... هذه ليست مليشيا عادية، إنها مليشيا منظمة"، كذلك امتلاكه لصواريخ إيرانية الصنع من نوع فجر 2، 3، 4، 5، يصل مداها إلى 75 كلم، إضافة إلى صواريخ زلزال 2.1 يبلغ مداها نحو 200 كلم يمكنها الوصول إلى تل

---

[33] أليكس فيشمان، أرض الواقع، في مجموعة مؤلفين إسرائيليين، (محررين)، **نفس المرجع السابق**، ص 281 .

[34] عبد الحليم حمود، **الوعد الصادق – أسطورة تهزم أسطورة**–، بيروت، دار ومكتبة الهلال، 2007، ص 53 .

أبيب، وغيرها من الأسلحة الأخرى، وطائرات بدون طيار وهو ما انعكس إيجابا على نفسية المقاوم اللبناني[35]الذي أصبح يؤمن بإمكانية الصمود أمام هذا الجيش المجهز بأحدث التكنولوجيا العسكرية والذي يعتبر الأقوى في الشرق الأوسط على الإطلاق .

6- تحديد حزب الله لساحة المعركة مسبقا :

لقد درس حزب الله منطقة جنوب لبنان جيدا، وأدرك أن المنطقة الممتدة من الخط الأزرق حتى مجرى نهر الليطاني، هي مركز الثقل في المواجهة، أي المنطقة المتاخمة للحدود الإسرائيلية. [36]ومهما قامت إسرائيل بقصف المناطق الأخرى، فانه من يحقق نصرا على هذه المنطقة سوف يكون بإمكانه التحكم في الحرب .

وهذا ما فعله حزب الله بدقة، حيث حرص طول فترة الحرب أن يفرض ساحة المعركة هذه أثناء المواجهة .

إضافة إلا أنه لأول مرة في تاريخ الصراع مع إسرائيل، تمكنت المقاومة من نقل المعركة إلى أرض العدو، عبر إطلاق صواريخ الكاتيوشا على الشمال الإسرائيلي، أدت إلى إخلاء مناطق بأكملها، وهو بالتحديد ما كانت تقوم به إسرائيل في مواجهاتها مع العرب، وهو ما يعتبر مكسب تكتيكي لحزب الله.

4-3 الأسباب الاقتصادية

إن ما ترتب من خسائر اقتصادية هائلة نتيجة طول المدة التي وصلت أول مرة في تاريخ الحروب التي خاضتها إسرائيل بـ 33 يوما، أدخلت من خلالها البنك المركزي في حالة طوارئ، وإجراء تعديلات في الموازنة، والتغيير في اتجاه معدل النمو الاقتصادي، وزيادة الإنفاق العسكري، الذي قدر بحوالي 22 مليون دولار. [37]

ورغم طمأنة " ايهود أولمرت " ووزير المالية " أبراهام هيرشزون " من أن الحرب لن تدم طويلا، وأن الاقتصاد الإسرائيلي في حصانة عن أي هزة محتملة، إلا أن بعض الأوساط تخوفت من انهيار حقيقي للاقتصاد. [38]

---

[35] محند برقوق، إسرائيل فشلت استراتيجيا في لبنان، **جريدة الشعب**، العدد 14041، 14 أوت 2006، ص 04 .

[36] الياس حنا، **نفس المرجع السابق**، ص 210 .

[37] عماد جاد، **نفس المرجع السابق**، ص 115 .

[38] المشهد الإسرائيلي، خسائر الاقتصاد الإسرائيلي تصل إلى 110 ملايين دولار يوميا، في مجموعة مؤلفين إسرائيليين (محررين)، **نفس المرجع السابق**، ص 81 .

إن 5.28 مليار دولار كتكلفة إجمالية وشاملة للحرب، هي ما يقارب 10/1 من PIB دولة الجزائر في 2001. [39]الذي بلغ 53 مليار دولار وهو ما يدل على أنه رقم كبير جدا .

لقد أدت حرب جويلية 2006، إلى إعادة النظر في بعض الصناعات العسكرية، والتفكير في إيقافها مثل الأسطورة " الميركافا " التي تعد من أهم المنتجات العسكرية التي تصدرها إسرائيل، وذلك بعد ثبوت فشلها، وتمكن عناصر حزب الله من المساس بسمعتها والتي هي تابعة لشركة أوردان التي استثمرت في صناعتها خلال 4 سنوات حوالي 10 مليار دولار، وهو رقم ضخم جدا، ما أدى إلى انعكاس ذلك على الاقتصاد الإسرائيلي على المدى الطويل. [40]خاصة وان تقرير " لجنة مريدور" في تقريرها الصادر في 23 أفريل 2006، أي قبل الحرب بأشهر قليلة، أوصى بتقليص ميزانية الأمن وبالتي تقدر بحوالي 8.5% من الناتج القومي الإجمالي (PIB)، والتي تشكل عبئا ثقيلا على الاقتصاد الإسرائيلي، وتخفيضها إلى 5% تدريجيا خلال مدة قدرها 10 سنوات

إضافة إلى تخفيض مبلغ 750 مليون دولار من ميزانية الأمن خلال عشرية، التي تبلغ تقريبا 7.81 مليار دولار، وهي ميزانية تفوق ثلاث أو أربع مرات من ميزانية الجيوش في الدول العربية.

ولكن ما يقال عن الحرب من آثار ايجابية على الاقتصاد الإسرائيلي، تحصله على دعم خارجي سخي من الولايات المتحدة الأمريكية لتعويض الخسائر، والتي أشارت لجنة " مريدور" أنها حوالي 2.4 مليار دولار. [42]هذا بدون وجود للحرب، فما بالك إذا كانت الحرب كما يرى البعض على أنها "Proxy War" لصالح واشنطن، فكم ستدفع إدارة البيت الأبيض ؟ فمن المفارقات الغريبة أن هذه الحرب وما نتج عنها من خسائر تزامنت تقريبا مع رغبة إسرائيل في تقليص ميزانيتها العسكرية، وهو مؤشر يدل على أنه لو طالت فترة الحرب أكثر، ربما يتعرض الاقتصاد الإسرائيلي لضربة قاسية .

5- العوامل المؤثرة في مراجعة النظرية الامنية الإسرائيلية

---

[39] عبد الرحمن التومي، الاستثمار الأجنبي المباشر في منطقة تبادل حرأورو متوسطية، في **دراسات اقتصادية**، الجزائر، دار الخلدونية، العدد 10، مارس 2008، ص 48 .

[40] عزمي بشارة، **نفس المرجع السابق**، ص 181

[42] لجنة مريدور، لإعادة فحص التفكير الاستراتيجي وبلورة مفهوم الأمني الإسرائيلي، في **دراسات إستراتيجية**، الجزائر، دار الخلدونية، العدد الرابع، جويلية 2007، ص ص (129-130) .

لقد ساهمت العديد من العوامل والدوافع في مراجعة النظرية الامنية الإسرائيلية، سواء كانت مباشرة مثل حرب 2006 أو غير مباشرة تأثرت بالوضع الداخلي الإسرائيلي أو الوضع الإقليمي وحتى العالمي **5-1. نتائج حرب جويلية 2006**

بعد تاريخ حافل بالانجازات للنظرية الامنية الإسرائيلية، أثبتت من خلالها كفاءة وفعالية في المواجهة مع الجيوش النظامية العربية، أتت حرب جويلية 2006، لتكون منعرجا بالنسبة لتاريخ الصراع العربي الإسرائيلي المسلح، ومنعطفا بالنسبة للعقيدة العسكرية الإسرائيلية نفسها، حيث تمكنت هذه الحرب من إسقاط العديد من المبادئ والنظريات،[43] والتي تعتبر الركائز الأساسية لهذه العقيدة، يمكن تلخيصها في النقاط التالية :

نظرية الحرب الخاطفة : منذ سنة 1967 اتخذتها إسرائيل مبدأ أساسيا في أدائها العسكري، وأصبحت حروبها لا تتجاوز أسبوعا على الأكثر، حتى أصبحت بعض الحروب تسمى بالأيام التي استغرقتها، مثل "حرب ستة أيام six Day War "، والتي تسمى مجازا " بحرب ست ساعات "، واعتماد إسرائيل لهذه النظرية راجع لكونها لا تحتمل الحرب الطويلة أو حروب الاستنزاف، خوفا على اقتصادها كما رأينا سابقا .

لتأتي حرب جويلية 2006 وتدوم 33 يوما، وهي أول مرة في تاريخ صراعها مع العرب، دون تحقيق نتائج إستراتيجية في ميدان المعركة، أو على الأقل انتصارا متواضعا لتحفظ به قدرة الردع الإسرائيلي، مما تسبب في إسقاط هذه النظرية.

نظرية الذراع الطويلة: أو الطيران الحاسم[44]، كما يسميها البعض، إن امتلاك إسرائيل لسلاح جوي عالي التطور يعتبر الأقوى في منطقة الشرق الأوسط، جعل القيادة الإسرائيلية في أي حرب تخوضها تضع ثقل المعركة على سلاح الجو[45]، والاعتماد عليه أكثر من الاعتماد على الهجمات البرية أو سلاح البحرية، لأنه أثبت منذ سنة 1967 قدرته لحسم المعركة من غير خسائر بشرية في الميدان.

إلا أن ما حصل في حرب جويلية 2006 كان بمثابة ضربة قاسية لهذا المبدأ ، فرغم الإفراط في استعمال سلاح الجو قارب حوالي 9000 طلعة جوية، وإلقاء في ساعة واحدة 23 طنا من

---

[43] أحمد ثابت، المقاومة اللبنانية وتصدع نظرية الردع الإسرائيلي، مختارات إسرائيلية، في **مجلة الأهرام للدراسات السياسية والإستراتيجية**، العدد 130، أوت 2006 .

[44] أمين حطيط، **نفس المرجع السابق**، ص 226 .

[45] cordesman h.Antony, the gaza war: a strategic analysis, **centre fo strategic and international studies**, februery 2009

الذخائر وهي قدرة تدميرية فائقة من غير تحقيق الأهداف المرسومة للحرب، وحسم المعركة من الجو.

مبدأ نقل المعركة إلى أرض العدو: بعد الإعلان عن قيام دولة إسرائيل وانتهاء حرب 1948، حرصت هذه الأخيرة على جعل كل جولات الصراع تجرى خارج أراضيها، حفاظا على مبدأ الحدود الآمنة، لكي تكون بمنأى عن أي خطر، لكن هذه الحرب أسقطت هذا المبدأ، حيث تمكنت صواريخ حزب الله من خلق حالة من الرعب والذعر في نفوس الإسرائيليين، وأدخلت الكثير منهم إلى ملاجئ تحت الأرض حفاظا على أرواحهم، وإغلاق الكثير من المصانع ,واستطاعت مقاومة حزب الله كشف ما كان يسمى بالعمق الإستراتيجي الإسرائيلي.

نظرية التكنولوجيا المتفوقة التي يديرها الإنسان العالم: إن حيازة إسرائيل لتكنولوجيا جد متطورة في المجال العسكري، أدى إلى توظيفها في بناء جيش عصري متطور، يمتلك أحدث التقنيات والأسلحة القادرة على تحقيق الأهداف العسكرية من دون خسائر بشرية كبيرة، ومن ضمن هذه الأسلحة : أحدث مدرعة في العالم "ميركافا 4 "، وأفضل طائرتين " F15 ، F16" ، واحدث نظام في الحرب الإلكترونية، وأقوى قدرة نارية برية وبحرية وجوية في الشرق الأوسط.[46]

في مقابل ذلك مقاومة شعبية تملك أسلحة بسيطة مقارنة بالمذكورة سلفا، ولكنها أثبتت أن هذه التكنولوجيا التي يديرها الجندي المدرب وعالي الكفاءة، لم تتمكن من قهر المقاوم اللبناني في الجنوب الذي يمتلك رغبة وعزيمة عالية في الانتصار[47]وهو ما سوف ينعكس على الجولات القادمة.

نظرية الردع: إن النقاط المشار إليها، تشكل في مجموعها ما يسمى بنظرية الردع الإسرائيلي، فبفضل التفوق العسكري الواضح التي تملكه هذه الدولة، جعل قدرتها على الردع تحقق مكاسب كبيرة، من ضمنها جلب بعض الدول إلى التطبيع، واستبعاد خيار الحرب لدى الدول الأخرى، حتى أصبح يطلق على الردع الإسرائيلي بالردع المستقر لكن حرب 2006 زعزعت هذه النظرية وأثبتت أن للردع الإسرائيلي حدودا،وأنها كإستراتيجية قد تنجح لفترة زمنية محددة فقط [48]

---

[46] أمين حطيط، **نفس المرجع**، ص 266.

[47] حسين يوسف سالم القطروني، العدوان الإسرائيلي على لبنان: الإستراتيجية الثابتة والظروف المتغيرة، **المجلة العربية للعلوم السياسية**، العدد 16، خريف 2007، ص 206 .

[48] يائير عفرون، الردع وقيوده، في مجموعة مؤلفين إسرائيليين (محررين)، **نفس المرجع السابق**، ص 52 .

5-2 إعادة فحص النظرية الامنية الإسرائيلية.

رغم أن نتائج حرب جويلية 2006 هي السبب الرئيسي في مراجعة النظرية الامنية الإسرائيلية إلا أنه يجب الإشارة إلى أن هناك أسبابا أخرى سبقت هذه الحرب، جعلت الإدارة الإسرائيلية تفكر في إعادة فحص هذه النظرية، وهو ما تحدث عنه تقرير القاضي " دان مريدور" الذي شكل لجنة في أواخر عام 2004، عرفت " بلجنة مريدور" لإعادة فحص وبلورة النظرية الأمنية الإسرائيلية، قدمت إستخلاصاتها في 23 أفريل 2006، أي قبل حوالي 3 أشهر من اندلاع الحرب.

وكانت دوافع هذه الرغبة في مراجعة النظرية الامنية الإسرائيلية، تعود إلى أسباب عديدة منها: أنه آخر مرة تمت فيها صياغة نظرية الأمن الإسرائيلي كانت في الخمسينيات من القرن الماضي، خلال الفترة التي حارب فيها العالم بأسلوب الحرب الشاملة، وبواسطة معارك المدرعات، والقدرة الجوية لم تكن آنذاك

قد أخذت أهمية كبيرة كطابع للحرب في المنطقة، إضافة إلى عدم اكتساب إسرائيل للسلاح النووي في تلك الفترة. [49]

فكانت من ضمن توصيات هذه اللجنة: تقليص ميزانية الأمن بشكل لا تتجاوز فيه 5 % من الناتج القومي الإجمالي " PIB "، عن طريق تخفيض تدريجي بنسبة 5% خلال عشر سنوات.

وحتى بالنسبة للدول العربية فقد تحدث التقرير عنها وصنفها إلى دول مهمة ودول أقل أهمية ودول عدوة، مثلما تضمنته التوصية الثالثة من الوثيقة حول الأردن جاء فيها ما يلي: "للأردن أهمية إستراتيجية بالنسبة لإسرائيل ويجب المساعدة على استقراره " .

أما عن وجود تغيرات في النظرية الأمنية الإسرائيلية، فيشير التقرير أنه رغم حوالي 60 سنة منذ نشأة هذه الدولة، إلا أنها ما يزال ينظر إليها على أنها جزيرة يهودية في محيط عربي مسلم وستبقى هكذا، لكن ما تحدثت عنه لجنة مريدور هي إعادة ترتيب قائمة الأعداء والأخطار من جديد، وهذا ما تحدث عنه " ألوف بن " صحفي في جريدة "هآرتس" الإسرائيلية بقوله :" إن التهديد التقليدي لهجوم عربي لاحتلال إسرائيل، أو إعادة الأراضي بات أمرا مستبعدا أكثر من

[49] لجنة مريدور، **نفس المرجع السابق**، ص 129 .

أي وقت مضى، والإسرائيليون مقتنعون بأن الخطر العسكري الذي تتعرض له إسرائيل لا يكمن في غزو الدبابات، وإنما في إطلاق الصواريخ أرض – أرض على المؤخرة الإسرائيلية[50]

فالمواجهة الإسرائيلية لم تعد تقليدية وإنما هناك قوى جديدة في طريقها لامتلاك أسلحة نووية تجعل المواجهة فوق تقليدية[51]، ولكنه أمر مستبعد على الأقل في المدى المتوسط، أو مواجهات تحت تقليدية، من (خلال الإرهاب)، أي إشارة إلى كل من المقاومة اللبنانية بقيادة حزب الله، والفلسطينية بقيادة حماس، وهو ما حدث فعلا في حرب جويلية 2006، أو في حرب غزة 2008.

كما حاول التقرير إعادة النظر في مفهوم الردع، إذ أصبح غير مجدي أمام التهديدات الجديدة، وهو ما دفع " دان مريدور" إلى القول : " الردع يتغير ولكنه غير فعال، والحقيقة أن انتحاريين مازالوا يأتون، ولذا ينبغي تطوير ردع جديد من ناحية مفهومية وتكنولوجية، ينبغي التفكير بكيفية ردع انتحاريين عن الوصول إلى إسرائيل، مثلا كيف يمكن ردع انتحاري يعرف أن هذه هي طريقه الأخيرة، أو انتحاري يصعد فوق طائرة ويتحطم فوق بناية في نيويورك".

هناك أيضا توصية أخرى تدعو إلى استعمال التكنولوجيا الحديثة، أو مسايرة الثورة الجديدة في الشؤون العسكرية، من خلال التزود بوسائل طيران دون طيار، واستعمال القوة لتحطيم الأهداف العسكرية والاقتصادية في البر قصد إضعاف قدرات وإرادة القتال لدى العدو. [52]

ومن الأشياء الأخرى التي تحدثت عنها الوثيقة وتمت إعادة فحصها، والتأكيد على ضرورة إستمراريتها هي سياسة الضبابية ومبدأ الغموض النووي، حتى لا تكون كذريعة لاكتساب دول شرق أوسطية إسلامية هذا النوع من التكنولوجيا فوق التقليدية .

كذلك استمرارية اعتبار الجيش الإسرائيلي على أنه جيش الشعب، ولذلك يجب دفع راتب حد أدنى للمجند منذ التحاقه بصفوف الجيش .

---

[50] ذياب مخادمة، خالد وليد محمود، إسرائيل وخيارات الأمن والسلام، **المجلة العربية للعلوم السياسية**، العدد 19، صيف 2008، ص 60.

[51] schiff té'ev, fifty years of isreali security, the central role of defense system, **midlle east journal**, vol 53, N°3 (summer, 1999).

[52] محمد خوجة، **الانعكاسات العسكرية والسياسية للثورة الجديدة في الشؤون العسكرية**، أطروحة دكتوراه في العلاقات الدولية، الجزائر، كلية العلوم السياسية والإعلام، 2007 ، ص 128 .

كما ألح التقرير على ضرورة وضع وثيقة كاملة ومفصلة تتحدث عن النظرية الامنية الإسرائيلية، إذ منذ قيام إسرائيل اقتصرت على مبادئ عامة وتعريفات كتبت بين فترة وأخرى، وليس إلى وثيقة مفصلة، كما تجدر الإشارة إلى أنه كانت هناك محاولة قبل هذه اللجنة لإعادة النظر في نظرية الأمن الإسرائيلية بطلب من " دافيد عبري " الذي كان مدير عام لوزارة الدفاع، لكن عمل هذه اللجنة توقف عمليا عندما عين "إيهود باراك" رئيسا للحكومة ووزيرا للدفاع في عام 1999 [53]

6- مراحل إعادة النظر في النظرية الامنية الإسرائيلية

يعد الجيش الإسرائيلي عاشر قوة عسكرية في العالم، وذلك راجع بشكل أو بآخر للنظرية الامنية التي تستند عليها في حروبه المختلفة، والتي تمر عند الإحساس بأي إخفاق لها، بعدة مراحل ومحطات، من أجل استدراك الأخطاء وتحسين الأداء[54].

6-1 مرحلة النقاشات وتشكيل لجان التحقيق والفحص

بعد حدوث أي تقصير عسكري أو هزيمة ميدانية، تتشكل في إسرائيل نوعان من اللجان، هما : لجنة تحقيق رسمية ولجنة تقصي الحقائق والفحص، فالأولى تشكل تحت ضغوط محلية، من طرف المحكمة العليا، فهي بذلك تتمتع بقدر ملموس من الاستقلالية، ويكون لقراراتها صدى قوي، أما الثانية أي لجنة التقصي والفحص، يتم تعيينها من طرف رئيس الوزراء، ويترأسها في الغالب قاضي متقاعد، ويضع لعملها سقف معين لا يجب تجاوزه، وهي دلالة على انعدام الاستقلالية في عملها، فهي لا تستطيع توجيه أصابع الاتهام إلى القيادة الإسرائيلية .

هذا النوع الثاني من اللجان هو ما فضل رئيس الوزراء " إيهود أولمرت" تشكيله بعد الضغوط الكبيرة من الضباط وجنود الاحتياط والمظاهرات التي عمت إسرائيل، بسبب الفشل الذر يع والهزيمة القاسية في حرب جويلية 2006، ترأس هذه اللجنة رئيس الأركان الأسبق "أمنون شاحاك" ولكن تم تجميدها بعد خمسة أيام فقط .

---

[53] لجنة مريدور ، **نفس المرجع السابق**، ص ص (131-133).

[54] yinion Oded, a strategy for Israel in the ninteen eighties, **journal of judaism and zionism**, N°14 (winter 1982).

وقبل " لجنة فينوغراد " تسربت معلومات عن لجنة أخرى تم حلها دون العلم بزمن تشكيلها ، برئاسة رئيس الموساد الأسبق " تاحوم أدموتي"، لكن شدة الضغوط على كل من " إيهود أولمرت" و "عمير بيرتس" وزير الدفاع، و " دان حالوتس" رئيس هيئة الأركان، أجبرتهم على تشكيل لجنة غير مستقلة، برئاسة القاضي السابق " الياهو فينوغراد " بتاريخ 2006/09/17. [55]

قامت هذه اللجنة بدراسة الفترة الممتدة منذ الانسحاب الإسرائيلي من جنوب لبنان في ماي 2000، وحتى الأيام الخمسة الأولى من حرب جويلية 2006، وأشار التقرير إلى قرار الحرب على أنه اتخذ بتسرع دون دراسة وافية ودقيقة لانعكاسات هذا القرار على نتائج الحرب، وذلك رغم محدودية المسائل العسكرية التي تعرض لها، ورغم أن " لجنة فينوغراد" هي لجنة فحص غير مستقلة، إلا أنها اعتمدت لهجة قاسية باتهام الثلاثي الذي قاد الحرب، وتحميلهم مسؤولية الفشل فيها، كما طالت أصابع الاتهام أيضا قيادات في الحكومة الإسرائيلية السابقة، منذ فترة الانسحاب من لبنان عام 2000، بجريمة غض الطرف عن تعاظم قوة حزب الله.[56]

وركز على الثغرات التي وصفها بالخطيرة في اتخاذ قرار الإعلان عن الحرب، والقرارات التي كانت تناقش أثناء الحرب، كما اعتبر ضرب البارجة ساعر هي بمثابة انتكاسة لسلاح البحرية، في ظل فعالية محدودة لسلاح الطيران الإسرائيلي فمن خلال قراءة شاملة " لتقرير فينوغراد" تبين لنا أنه ألقى المسؤولية كاملة في الفشل على حكومة " أولمرت "، وذلك لكونه القائد السياسي والعسكري الأعلى للدولة، رغم أن التقرير لم يصدر توصيات بإجراء تعديلات في المناصب[57]، وهذا ما يبين مدى القوة التي تستحوذها المؤسسة العسكرية في النظام السياسي الإسرائيلي، بحيث فرضت تصورا مفاده أنه لا يجوز لأي أحد مسائلة أي من قادة هذه المؤسسة، سواء من ضباط أو حتى جنود .

ضف إلى ذلك أن من سيمثل أمام هذه اللجنة هم الأطراف أنفسهم الذين شكلوها، وبالتالي كانت مسألة هيمنة المؤسسة العسكرية على الدولة، من المسائل التي أعيد طرحها بقوة خلال

---

[55] أحمد ثابت، بعد صدمة هزيمة إسرائيل في لبنان: لجنة فحص غير مستقلة، مختارات إسرائيلية، في **مجلة الأهرام للدراسات السياسية والإستراتيجية**، العدد 142، أكتوبر 2006 .

[56] حسام سويلم، قراءة عسكرية في تقرير فينوغراد، مختارات إسرائيلية، في **مجلة الأهرام للدراسات السياسية والإستراتيجية**، العدد 150، جوان 2007 .ص152

[57] صبحي عسيلة، تقرير فينوغراد: بداية النهاية لأولمرت، **ملف الأهرام الاستراتيجي**، المجلد 13، 2007 .

هذا التقرير، عبر سؤال قديم جديد : هل إسرائيل دولة لها جيش أم جيش له دولة ؟ حيث ينظر التقرير إلى أن " دان حالوتس " كان صاحب القرار الفصل سواء في شن الحرب على لبنان، أو في القرارات الأخرى خلال الحرب، وهذا هو السجال الدائر بين المؤسسة العسكرية والمدنية في الدولة العبرية .

فكون " أولمرت " لا يمتلك أي سجل عسكري دموي كان بمثابة نقطة ضعف أمام "حالوتس "، وترتب عنه تأثير كبير لهذا الأخير على قرارات الحرب، وهو ما تحدث عنه " أولمرت " بقوله: " خلال الزيارة إلى مقر هيئة الأركان قبل اندلاع الحرب أكد لي رئيسها قائلا : انك تملك جيشا نوعيا قويا وجاهزا لأداء كل المهمات التي ستوكل إليه، ولم يكن بوسعي معرفة أن الحال لم تكن كذلك ". [58]

إن " تقرير فينوغراد" رغم أنه يصنف ضمن لجان الفحص والتحقيق غير المستقلة، التي تعاطفت إلى حد كبير مع " إيهود أولمرت " لإبقائه على رأس القيادة الإسرائيلية، إلا أنه يبين من الناحية الايجابية أن الدولة العبرية هي دولة مؤسسات، وهي حريصة على كشف الأخطاء التي تقع فيها مؤسساتها القيادية سواء كانت السياسية أو العسكرية ومحاسبتها على ذلك، وذلك ما يعتبر مرحلة مهمة في فحص وإعادة النظر في النظرية الامنية ، حتى تكون أكثر قوة ونجاعة تحسبا للجولات القادمة .

2-6 مرحلة تغيير النخب العسكرية والسياسية

وهي المرحلة الثانية من مراحل فحص النظرية الامنية الإسرائيلية وتصويبها، وهي مرتبطة بما يتم استخلاصه من أية هزيمة عسكرية، حيث يحمل مسئولو الحرب تبعات التقصير والخلل الذي ارتكبوه، والتاريخ الإسرائيلي حافل بهذه التغيرات على مستوى النخب.

فبعد إخفاق الجيش الإسرائيلي في حرب أكتوبر 1973، شكلت "لجنة أجرانات"، ورغم أنها لم تدن صراحة رئيسة الوزراء "غولدا مائير"، ووزير دفاعها "موشي دايان"، إلى أنها فضلت الخروج من الحياة السياسية، كذلك كان الوضع مشابها في أحداث مجازر "صبرا وشتيلا "، فبعدما حدث فيها من جرائم لا تتمكن معها المؤسسة العسكرية من إخفاء أو محاولة التعتيم عن نتائجها الكارثية، التي كانت بقيادة رئيس الوزراء "مناحيم بيغن" و "أرييل شارون" كوزير للدفاع، إلا أنها أجبرت "بيغن" من الخروج من الحياة السياسية نهائيا .

---

[58] حسام سويلم، **نفس المرجع السابق**.ص 153.

أما حرب جويلية 2006، كانت لها خصوصية فريدة من نوعها، فبعد القرارات التي أدانت من خلالها " لجنة فينوغراد " رئيس الوزراء " إيهود أولمرت " واتهامه بالدخول في حرب من دون تخطيط جيد، وهو بذلك المسؤول عن عدم تحديد الأهداف السياسية والإستراتيجية لهذه الحرب بدقة، حيث قال القاضي " الياهو فينوغراد" في مؤتمر صحفي أن " أولمرت "مسؤول شخصيا ووزاريا عن العيوب في القرارات التي اتخذت وأيضا العيوب التي شابت طريقة اتخاذها، وأنه بلور موقفه من دون وجود خطة تفصيلية، ولم يطالب ببدائل حقيقية، وبالتالي ساهم بشكل مباشر ورئيسي في النتائج الكارثية التي لحقت بالجيش الإسرائيلي .

وللإشارة فقد تكررت كلمة فشل 165 مرة في الصفحات المتعلقة بـ "أولمرت" في تقرير " فينوغراد"، وهي المرة الأولى التي يدين فيها تقرير المسؤولين العسكريين والمدنيين على حد سواء، إلا أن "أولمرت" لم يستقل من منصبه مثلما فعل أسلافه، وذلك راجع لعدة أسباب نذكر من ضمنها : أنه يستند إلى 78 عضوا في الكنيست، وأن قرار الحرب اتخذ بالإجماع من طرف أعضاء الحكومة 24، وبالتالي وافقت عليه غالبية كبيرة في الكنيست، وان الحرب انتهت بقرار أممي 1701، إضافة إلى سبب رئيسي وهو أن الإطاحة بـ " أولمرت"، هو اعتراف رسمي ولو بشكل غير مباشر بهزيمة الجيش الإسرائيلي في حرب جويلية 2006، وبإخفاق النظرية الامنية الإسرائيلية. [59]

أما وزير الدفاع " عمير بيرتس " فذكر التقرير أن قلة إلمامه وخبرته في المسائل السياسية والأمنية كانت دافعا لفشله في أداء مهامه، فهو لم يتأكد من جاهزية الجيش قبل المعركة، كما لم يتفحص المقترحات والأهداف التي قدمها الجيش، وبالتالي اعتبرت" لجنة فينوغراد " أن قرار تعيين" بيرتس" من طرف " أولمرت " كان قرار سياسيا بلا خلفية أمنية، وبالتالي كان التقرير السبب في خسارته زعامة حزب العمل أمام منافسه " إيهود باراك " وبالتالي خرج من الحياة السياسية بعدما توعد خلال حرب 2006 أنه سيقضي على " حسن نصر الله " ولكن ما حدث هو العكس، فلقد قضت حرب جويلية 2006 على الحياة السياسية لهذا الرجل وربما للأبد، رغم أنه دافع عن نفسه في مؤتمر صحفي قائلا : " لقد دفعت ثمن أخطاء تراكمت على مر السنين[60]

---

[59] أشرف الشرقاوي، قراءة في التقرير النهائي للجنة فينوغراد، مختارات إسرائيلية، في **مجلة الأهرام للدراسات السياسية والإستراتيجية**، العدد 170، فيفري 2009 .

[60] أكرم أولفي، أولمرت في انتظار المعجزة، مختارات إسرائيلية، في **مجلة الأهرام للدراسات السياسية والإستراتيجية**، العدد 163، جوان 2008 .

أما " دان حالوتس " الشخصية التي تمثل النخبة العسكرية في إدارة الحرب، فقد ذكر التقرير أنه مسؤول شخصيا وقياديا عن عدم امتلاكه لخطط تفصيلية، لمواجهة التصعيد الذي اعتمده حزب الله أثناء الحرب، ولم يطرح على القيادة السياسية تعقيدات مسرح العمليات وقيود جاهزية الجيش، إضافة إلى امتناعه عن استدعاء جنود الاحتياط، عندما تلقى الضوء الأخضر لإعلان الحرب، كذلك الإفراط في استعمال سلاح الجو الإسرائيلي، أرجعه البعض إلى كون " حالوتس " كان قائدا لهذا السلاح قبل توليه رئاسة الأركان، ووصل به الأمر إلى معارضة بعض الضباط البارزين بالجيش من التعبير عن أرائهم في هيئة الأركان بدلا منه.

خلاصة واستنتاجات :

ما يلاحظ على الصراع العربي الإسرائيلي في حرب لبنان 2006، هو تراجع الحروب التماثلية التي يكون كلتا طرفيها دول، وبداية نوع جديد من الحروب اللا تماثلية في شكل مقاومات شعبية منسجمة ومنظمة ومتدربة بشكل كافي لمواجهة اقوي جيش في الشرق الأوسط ،إضافة إلى ظهور قوى جديدة مهددة للكيان الإسرائيلي من خارج المنطقة العربية، والمتمثلة في إيران، أدت إلى تغيير طبيعة المعادلة في المنطقة، نظرا لما تحمله من جانب فكري عقائدي، أو لما تمتلكه من قدرات عسكرية وتكنولوجية، قادرة على فرض توازن قوى في المنطقة مستقبلا، أما على الجانب الإسرائيلي داخليا، فقد أثبتت الحرب أن هذا المجتمع العسكري لا يصلح أن يقاد من طرف إدارة مدنية، بل يجب العودة إلى جنرالات أثبتوا كفاءة دموية عالية المستوى، تعطي الأمل للمواطن الإسرائيلي للشعور بالأمن ،وهو ما حدث فعلا في حرب جويلية 2006، حيث أظهرت هذه الفواعل أنها مصدر خطر يجب القضاء عليه، فلقد كانت هذه الحرب بمثابة الفشل الذريع لهذه النظرية الامنية، والتي أثبتت أنها تحتاج إلى مراجعة وإعادة فحص، لتكون أكثر قوة وتدميرا مما سبق، خاصة أن إسرائيل شعرت بعد نهاية حرب جويلية 2006 بان هيبتها وقوتها تزعزعت واهتزت .

قائمة المراجع : المراجع باللغة العربية:

[1] – عبد النور بن عنتر، **البعد المتوسط للأمن الجزائري، الجزائر، أوربا والحلف الأطلسي**، الجزائر، المكتبة العصرية للطباعة والنشر، 2005.

[2] – طلعت مسلم، مستقبل الإمكانات العسكرية الإسرائيلية في إطار نظرية الأمن الإسرائيلية، **العرب ومواجهة إسرائيل احتمالات المستقبل**، بيروت، مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة الأولى، 2000.

[3]– أبو بكر الدسوقي، حزب الله النشأة والدور والمستقبل، **مجلة السياسة الدولية**، العدد 166، أكتوبر 2006.

[4] – عبد القادر رزيق المخادمي، **مشروع الشرق الأوسط الكبير**، بيروت، الدار العربية للعلوم، الطبعة الأولى، 2005.

[5] – يورام شفايتزر، حزب الله واليوم الذي يلي حرب العصابات – إرهاب وحرب ثقافية – في مجموعة مؤلفين إسرائيليين (محررين)، ترجمة أحمد أبو هدبة، **33 يوم حرب على لبنان – أطول الحروب وأكثرها فشلا وتكلفة** – بيروت، مركز الدراسات الفلسطينية، الطبعة الأولى، 2007.

[6] – جلبير الاشقر، ميخائيل فارشفسكي ، **حرب ال33 يوما– حرب إسرائيل على حزب الله و نتائجها–**، بيروت، دار الساقي، الطبعة الأولى، 2007 .

[7] – دانيال سوبلمان، **قواعد جديدة للعبة – إسرائيل وحزب الله بعد الانسحاب من لبنان** ، ترجمة عماد فوزي شعبي، بيروت، الدار العربية للعلوم، الطبعة الأولى، 2004.

[8]– رشا حمدي، حق الدفاع الشرعي – مغالطات إسرائيلية –, **مجلة السياسة الدولية**، العدد 166، أكتوبر 2006.

[9] – خالد أبو بكر، **حرب كسر الإرادة بين المقاومة والمشروع الصهيوامريكي – فلسطين ولبنان، 2006**، بيروت_الدار العربية للعلوم، الطبعة الأولى، 2007.

[10] – عماد جاد، إسرائيل بعد الحرب – مراجعة شاملة –، **مجلة السياسة الدولية** ، العدد 166، أكتوبر 2006.

[11]– حسن نافعة، التداعيات الدولية، في خير الدين حسب، عزمي بشارة، حسن نافعة، وآخرون، **الحرب الإسرائيلية على لبنان – التداعيات اللبنانية والإسرائيلية وتأثيراتها العربية والإقليمية والدولية**، بيروت, مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة الأولى، 2006.

[12] – وليد الشيخ، لبنان الخسائر الاقتصادية وإعادة الإعمار، **مجلة السياسة الدولية،** العدد 166، أكتوبر 2006.

[13] – عبد القادر ياسين، رؤية عربية للحرب على لبنان، **مجلة السياسة الدولية،** العدد 166، أكتوبر 2006.

[14] – زكريا حسين، إدارة إسرائيل للعمليات العسكرية في لبنان، **مجلة السياسة الدولية،** العدد 166، أكتوبر 2006.

[15]– عزمي بشارة، التداعيات على إسرائيل، في خير الدين حسيب وآخرون، **نفس المرجع السابق.**

[16] – زكريا حسين، تقرير " فينوغراد" وتقييم أداء القيادة الإسرائيلية، **مجلة السياسة الدولية،** العدد 169، جويلية 2007.

[17] – محمد عبد السلام، الدروس العسكرية لحرب لبنان 2006، **مجلة السياسة الدولية،** العدد 166، أكتوبر 2006.

18 – غراهام ايفانز وجيفري نوينهام، **قاموس بنغودين للعلاقات الدولية**،دبي، مركز الخليج للأبحاث، الطبعة الأولى، 2004.

[19] – سن تزو، **فن الحرب**،ترجمة جمال نجيب التلاوي، بدون مدينة نشر، دار الهدى للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2006.

[20] – عبد الحليم حمود، **الوعد الصادق – أسطورة تهزم أسطورة**–، بيروت، دار ومكتبة الهلال، 2007.

[21]– محند برقوق، إسرائيل فشلت استراتيجيا في لبنان، **جريدة الشعب**، العدد 14041، 14 أوت 2006.

[22] – عبد الرحمن التومي، الاستثمار الأجنبي المباشر في منطقة تبادل حرأورو متوسطية، في **دراسات اقتصادية**، الجزائر، دار الخلدونية، العدد 10، مارس 2008.

[23] – لجنة مريدور، لإعادة فحص التفكير الاستراتيجي وبلورة مفهوم الأمني الإسرائيلي، في **دراسات إستراتيجية**، الجزائر، دار الخلدونية، العدد الرابع، جويلية 2007.

24– أحمد ثابت، المقاومة اللبنانية وتصدع نظرية الردع الإسرائيلي، مختارات إسرائيلية، في **مجلة الأهرام للدراسات السياسية والإستراتيجية**، العدد 130، أوت 2006 .

[25] – حسين يوسف سالم القطروني، العدوان الإسرائيلي على لبنان: الإستراتيجية الثابتة والظروف المتغيرة، **المجلة العربية للعلوم السياسية**، العدد 16، خريف 2007.

[26] – ذياب مخادمة، خالد وليد محمود، إسرائيل وخيارات الأمن والسلام، **المجلة العربية للعلوم السياسية**، العدد 19، صيف 2008.

[27] – أحمد ثابت، بعد صدمة هزيمة إسرائيل في لبنان: لجنة فحص غير مستقلة، مختارات إسرائيلية، في **مجلة الأهرام للدراسات السياسية والإستراتيجية**، العدد 142، أكتوبر 2006 .

[28] – حسام سويلم، قراءة عسكرية في تقرير فينوغراد، مختارات إسرائيلية، في **مجلة الأهرام للدراسات السياسية والإستراتيجية**، العدد 150، جوان 2007 .

29– صبحي عسيلة، تقرير فينوغراد: بداية النهاية لأولمرت، **ملف الأهرام الاستراتيجي**، المجلد 13، 2007 .

[30] – أشرف الشرقاوي، قراءة في التقرير النهائي للجنة فينوغراد، مختارات إسرائيلية، في **مجلة الأهرام للدراسات السياسية والإستراتيجية**، العدد 170، فيفري 2009 .

31– أكرم أولفي، أولمرت في انتظار المعجزة، مختارات إسرائيلية، في **مجلة الأهرام للدراسات السياسية والإستراتيجية**، العدد 163، جوان 2008 .

32– محمد خوجة ، **الانعكاسات العسكرية والسياسية للثورة الجديدة في الشؤون العسكرية**، أطروحة دكتوراه في العلاقات الدولية، الجزائر، كلية العلوم السياسية والإعلام، 2007 .

المراجع باللغة الأجنبية:

1. Buzan Barry, **A new Framework for analysis**, lynne rienner publishers ,united state of America, 1998.
2. cordesman h.Antony, the gaza war: a strategic analysis, **centre fo strategic and international studies**, februery 2009.
3. Haass . N Richard, Fle New Middle East **, Foreign Affairs** , Vol 85 , N06 , December 2006 .
4. marcus jonathan, the politics of israeil's security, **international affairs royal institute of international affairs**, vol 65; N°25 spring 1989.
5. schiff té'ev, fifty years of isreali security, the central role of defense system, **midlle east journal**, vol 53, N°3 (summer, 1999).
6. yinion Oded, a strategy for Israel in the ninteen eighties, **journal of judaism and zionism**, N°14 (winter 1982).

المجلس الوطني لحقوق الإنسان

" دسترة هيئة رقابية"

ملخص

قامت الجزائر بتعديل الدستور سنة 2016 ، و من بين ما تضمنه التعديل إنشاء مجلس وطني لحقوق الإنسان، أي دسترة هيئة رقابية في مجال حقوق الإنسان ، أسند لها الدستور نفسه عدة مهام تتمحور حول رصيد انتهاكات حقوق الإنسان و اتخاذ الإجراءات المناسبة بهذا الصدد، بالإضافة الى مهام أخرى محددة دستوريًا.

هذه المهام الدستورية ، منها ما كان سائدًا في ظل اللجنة الوطنية الاستشارية و تمت دسترته ، و منها ما تم حذفه.

و يترتب في هذه المهام الدستورية أن يعد المجلس تقريرًا سنويًا، يرفعه الى ريس الجمهورية و الى الوزير الأول و الى البرلمان، أي توسيع الجهات المبلغ لها تقرير المجلس، و بنص الدستور، بعدما كان التقرير ، في ظل اللجنة الوطنية الاستشارية يرفع فقط لرئيس الجمهورية.

الكلمات الدالة :الدسترة، المهام الدستورية ، حقوق الإنسان

Abstract

Algeria has amended the constitution in 2016, among the contents of these amandements the craetion of a National council of humain rights which is constututionalizing of a controlling authority in this field.The same is changed of several missions focusing on humain rights violations and the appropriate measures which should be taken in this regard.In addition to other specific mission , some of them were prevailled in the light of the national advisory committee then were constitutionalilised the rest was cancelled.

Resulting to these constitutional missions, the council should yearly prepare a report to the president of the Republic , the prime Minister and to the parlement in a way to expand the noticed authorities.

Previously , the reparting in the light of the national advisory committee was only to the president of the republic.

المجلس الوطني لحقوق الإنسان

"دسترة هيئة رقابية"

بعوني خالـــد*

أستاذ محاضر ب جامعة امحمد بوقرة – بومرداس – الجزائر

مقدمة:

يعتبر موضوع حقوق الإنسان من أهم المواضيع في الدول المعاصرة ، إذ يقاس معيار تقدم الدولة و تحضرها بمدى احترامها لحقوق الإنسان، و ذلك من خلال النص في دساتيرها على ضمان هذه الحقوق بمختلف أنواعها، و كذا من خلال سن أليات قانونية و إدارية تعهد لها مسألة رقابة و رصد كل عمليات الانتهاك لهذه الحقوق المضمونة دستوريًا.

بل إن موضوع حقوق الإنسان كان من أهم المسائل التي اعتنت بها منظمة الأمم المتحدة منذ تأسيسها، حيث أنه من أهدافها و مبادئها حفظ السلم و الأمن الدولي و تعزيز حقوق الإنسان و حرياته الأساسية و احترامها.

لذلك اهتمت منظمة الأمم المتحدة بصياغة شرعية دولية لحقوق الإنسان، حيث دعت الجمعية العامة في دورتها التي عقدت في جانفي1946 ، لجنة حقوق الإنسان (والتي تم إنشاؤها بموجب ميثاق الأمم المتحدة) ، إلى العمل من أجل إعداد مواثيق تتعلق بحقوق الإنسان كي تشكل الشرعية الدولية، و بدأت هذه اللجنة أشغالها في فيفري1947 ، و تمكنت من وضع مشروع كامل للإعلان العالمي لحقوق الإنسان ، و بعثت به إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة و التي وافقت عليه في .1948-12-10 و من ثم وضعت هذه اللجنة مشروعي اتفاقيتين نصت إحداهما على الحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية، و نصت الأخرى على الحقوق

المدنية و السياسية ، و أعد لها بروتوكول اختياري .و تم التصويت عليها من قبل الجمعية العامة سنة1966 ، و قررت بالإجماع اعتمادها، وفتح الباب للتوقيع عليها[1]

و يعتبر المجلس الاقتصادي و الاجتماعي في إطار الأمم المتحدة، أول من بحث في مسألة إنشاء لجان محلية لحقوق الإنسان، وكان ذلك بموجب القرار رقم 2/9 بتاريخ 21 يوليو 1946.

و لقد اهتمت منظمة الأمم المتحدة بمختلف هياكلها بمسألة إنشاء الحكومات لمؤسسات وطنية تعنى بحماية و ترقية حقوق الإنسان[2].

والجزائر، كغيرها من الدول، اهتمت بموضوع حقوق الإنسان في مختلف دساتيرها منذ أول دستور سنة 1963 إلى دستور 1989 المعدل سنة1996 ، إذ اعتبر هذا الدستور الأخير بحق، دستور الحقوق والحريات، و كل هذا تماشيًا مع التزاماتها الدولية في هذا الصدد .كما قامت الجزائر باعتماد عدة هيئات للرقابة في مجال حقوق الإنسان، قصد رصد الانتهاكات التي يمكن أن تقع في هذا المجال، سواء كانت هذه الهيئات حكومية أو غير حكومية، و آخر هذه الهيئات الحكومية اللجنة الوطنية الاستشارية لترقية حقوق الإنسان وحمايتها.

غير أنّه، مؤخرًا أُدخل على دستور 1989 تعديل جديد، بموجب القانون رقم 01-16 المؤرخ في 6 مارس 2016 [3] نص صراحة على تأسيس مجلس وطني لحقوق الإنسان، مما يشكل تطور هام ، فبعدما تم ضمان حقوق الإنسان دستوريًا، تمت الدسترة لهيئة رقابية في هذا المجال .

---

[1] أنظر :سعدي محمد الخطيب، حقوق الإنسان و ضماناتها الدستورية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2009، ص9 ،.10

[2] أنظر :مدني توفيق، دور اللجنة الوطنية الاستشارية لحقوق الإنسان في حماية حقوق المواطن، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة الجزائر(1) ، كلية الحقوق،2010 ،2011 ، ص19-21.

[3] القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس2016 ، يتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية، العدد14، بتاريخ 7-3-2016

الأمر الذي يطرح التساؤل حول المسائل التي تمت دسترتها في هذا الصدد، و هل تم الاعتماد على تجارب الهيئات السابقة قصد إنجاح الهيئة الجديدة ؟ أم أن الأمر مجرد إسقاطات لما كان في السابق؟ و نخص بالذكر هنا اللجنة الوطنية الاستشارية.

إنّ هذه التساؤلات و الاستفهامات التي يطرحها موضوع دسترة مجلس وطني لحقوق الإنسان، يمكن أن نناقشها في مبحثين اثنين، يخصص الأول للتدرج في إنشاء المجلس الوطني لحقوق الإنسان، و ذلك بدراسة التجارب السابقة، و كذا التدرج في نصوص الإنشاء، في حين يخصص المبحث الثاني لموضوع دسترة مهام المجلس الوطني لحقوق الإنسان، وذلك من خلال إبداء ملاحظات حول هذه المهام الدستورية، وكذا من خلال الدسترة لإعداد تقرير عن مهام المجلس.

المبحث الأول :التدرج في إنشاء المجلس الوطني لحقوق الإنسان:

لموضوع حقوق الإنسان بعد دولي و آخر داخلي، لذلك نجد أن الأمم المتحدة اهتمت بهذا المجال، كما اهتمت بمسألة إنشاء المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان حيث عرفتها بأنها : "هيئة أنشأتها الحكومة بموجب الدستور، أو بمقتضى قانون أو مرسوم، مهمتها على وجه الخصوص هي القيام بتعزيز حقوق الإنسان و حمايتها"[4].

و الجزائر، كغيرها من دول العالم، اهتمت بمجال حقوق الإنسان حيث سعت إلى إنشاء هيئات تعنى بهذا المجال ،بالإضافة الى ضمان الحقوق و الحريات، و ذلك عبر مختلف المراحل التي عرفتها بعد الاستقلال إلى غاية الوصول إلى تبني الدستور الحالي إنشاء مجلس وطني لحقوق الإنسان.

و لقد عرّف التعديل الدستوري لسنة 2016 المجلس الوطني لحقوق الإنسان من خلال المهام المسندة إليه، و يظهر ذلك من نص المادة 199 من القانون 16-01 المتضمن للتعديل الدستوري، إذ هو هيئة للمراقبة و الإنذار المبكر و التقييم في مجال احترام حقوق الإنسان.

المطلب الأول :الهيئات السابقة عن وجود المجلس:

---

[4] مؤسسات حقوق الإنسان الوطنية، كتيب عن إنشاء و تقوية المؤسسات الوطنية لتعزيز حقوق الإنسان و حمايتها، العدد رقم4 ، مركز حقوق الإنسان، جنيف، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك، جنيف،1995 ، ص.23

لم يكن إنشاء المجلس الوطني لحقوق الإنسان في الجزائر وليد الصدفة، و إنما سبقته عدة هيئات أنشئت في مجال حقوق الإنسان، سواء الحكومية منها أو غير الحكومية، و هذه مسألة في غاية الأهمية، مما يزيد في نجاعة الهيئة المنشأة تبعًا لذلك.

الفرع 1 : الهيئات الوطنية الحكومية:

عرفت الجزائر عدة هيئات في مجال حقوق الإنسان، تشكل الهيئات الوطنية الحكومية، انطلاقا من الوزارة المنتدبة المكلفة بحقوق الإنسان و وصولًا إلى اللجنة الوطنية الاستشارية لترقية حقوق الإنسان و حمايتها.

الفقرة 1 : الوزارة المنتدبة المكلفة بحقوق الإنسان:

تعتبر هذه الوزارة أول هيئة لحقوق الإنسان في الجزائر، بل و في الوطن العربي، باستثناء ما استحدثته تونس تحت مسمى " مستشار لحقوق الإنسان."

و ظهرت هذه الوزارة في عهد حكومة أحمد غزالي في الفترة الممتدة بين جوان 1991 إلى غاية 22 فيفري 1992 ، إذ تم إنشاؤها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 91-99 المؤرخ في 18 يونيو 1991 ، و أسندت هذه الوزارة للسيد " على هارون

و يلاحظ أن هذه الوزارة المنتدبة ظهرت في ظل حالة الطوارئ التي عرفتها الجزائر، و هو ما اعتبره الكثير مفارقة عجيبة، أثارت العديد من التساؤلات[5].

الفقرة :2 المرصد الوطني لحقوق الإنسان:

لقد تم إنشاء المرصد الوطني لحقوق الإنسان بموجب المرسوم الرئاسي رقم 77-92 المؤرخ في 22 فبراير 1992[6] ، و يكون بذلك قد حل محل الوزارة المنتدبة المكلفة بحقوق الإنسان

---

[5] شطاب كمال، حقوق الإنسان في الجزائر بين الحقيقة الدستورية و الواقع المفقود، دار الخلدونية، الجزائر،2005 ، ص 118 ،119

[6] المرسوم الرئاسي رقم 92-77 المؤرخ في 22 فبراير 1992 المتضمن إحداث المرصد الوطني لحقوق الإنسان، الجريدة الرسمية، العدد 15 لسنة.1992

باعتباره مؤسسة مستقلة موضوعة لدى رئيس الجمهورية ، أنيطت بها مهمة مراقبة و بحث و تقويم مجال احترام حقوق الإنسان، خصوصًا في تلك الفترة التي فرضت فيها حالة الطوارئ[7].

الفقرة :3 وسيط الجمهورية:

يعتبر وسيط الجمهورية هيئة وطنية مستقلة مكملة لعمل الجهاز القضائي، تم إنشاؤها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-113 المؤرخ في 23 مارس1996 ، و تم تدعيم هذه الهيئة بمرسوم رئاسي اخر تحت رقم 96-179 المؤرخ في 26 ماي 1996 ، و قد حدد هذين المرسومين الأهداف التي يرمي إلى تحقيقها الوسيط ، بالإضافة إلى تبيان الوسائل و الإمكانيات القانونية و المادية الممنوحة له و الموضوعة تحت تصرفه[8] .

إن المهام المسندة لوسيط الجمهورية في مجال حقوق الانسان كانت تتداخل مع المهام المسندة للمرصد الوطني لحقوق الإنسان، مما أدى للتساؤل آنذاك حول هل تؤدي هذه الازدواجية في تكليف المهام إلى تصادم بين عمل كل من مؤسسة وسيط الجمهورية و المرصد الوطني لحقوق الإنسان، أم سيظهر إطار تعاوني و تكاملي بين هاتين المؤسستين؟[9].

الفقرة4 : اللجنة الوطنية الاستشارية لترقية حقوق الإنسان و حمايتها:

تم تأسيس هذه اللجنة بموجب المرسوم الرئاسي رقم 01-71 الصادر بتاريخ 25 مارس2001 [10] ، والذي تم تعديله بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02-297 المؤرخ في 23 سبتمبر 2002 [11] ، كما صدر المرسوم الرئاسي رقم 03-299 المؤرخ في 11 سبتمبر 2003

---

[7] شطاب كمال، المرجع السابق، ص120 ،.121

[8] أنظر :آيت سعيد فريد، الوسيط بين المطالب الإجتماعية و بناء دولة القانون، مذكرة ماجستير، فرع الإدارة و المالية ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق، 2001-2000 ، ص.45

-مدني توفيق، المرجع السابق، ص.24

[9] آيت سعيد فريد، المرجع السابق، ص.53

[10] المرسوم الرئاسي رقم 01-71 المؤرخ في 25-03-2001 يتضمن إحداث اللجنة الوطنية الاستشارية لترقية حقوق الإنسان و حمايتها، الجريدة الرسمية، العدد18 ، بتاريخ 28-03-2001

[11] المرسوم الرئاسي رقم 01-71 المؤرخ في 25-03-2001 يتضمن إحداث اللجنة الوطنية الاستشارية لترقية حقوق الإنسان و حمايتها، الجريدة الرسمية، العدد18 ، بتاريخ 28-03-2001

[12] الذي يتمم المرسوم الرئاسي 01-71 المتضمن إحداث اللجنة الوطنية الاستشارية .و في الأخير أصبحت هذه اللجنة منظمة بموجب الأمر 09-04 المؤرخ في 27 أوت 2009 [13] و الذي تمت المصادقة عليه بموجب القانون رقم 09-08 المؤرخ في 22 أكتوبر 2009 [14]

و لقد حلت هذه اللجنة محل المرصد الوطني لحقوق الإنسان حيث أسندت لها مهام يمكن تصنيفها إلى ثلاثة أقسام :

-قسم من المهام تضطلع بها اللجنة و موجهة مباشرة إلى الداخل من خلال رصد الانتهاكات التي يمكن أن تتم من خلال العمل الإداري لمؤسسات و أجهزة الدولة.

-القسم الثاني يوجه مباشرة إلى المجتمع المدني في إطار أعمال و برامج التوعية و الإعلام و الاتصال مع المجتمع لترقية حقوق الإنسان و المواطن.

-في حين القسم الثالث موجه إلى الخارج في علاقة اللجنة مع مختلف الهيئات الدولية سواءً الحكومية أو غير الحكومية.[15]

الفرع 2 : الهيئات الوطنية غير الحكومية " :الجمعيات"

تمثل الجمعيات المنبر الأول الذي يسمح للمواطن أن يطالب بحقوقه ، والتنديد بكل ما يقع من انتهاك عليها، و لقد أعطى الدستور مكانة هامة لحرية إنشاء جمعيات للدفاع عن حقوق الإنسان، و جعل نطاق تطبيق هذه الحرية في حرية التعبير و الاجتماع، و أهم جمعيات حماية حقوق الإنسان في الجزائر[16]، نجد:

الفقرة 1 : الرابطة الجزائرية للدفاع عن حقوق الإنسان:

تأسست هذه الرابطة بتاريخ 30 جوان1985 ، دون ترخيص من الهيئات النظامية، مما أدى إلى تعرض مؤسسيها للسجن، و بعد إطلاق سراحهم أعادوا تأسيسها في عام.1989

---

[12] و المنشور في الجريدة الرسمية العدد55 ، بتاريخ14-09-2003

[13] الأمر رقم 09-04 المؤرخ في 27 غشت .2009 يتعلق باللجنة الوطنية الاستشارية لترقية حقوق الإنسان و حمايتها، الجريدة الرسمية، العدد49 ، بتاريخ 30-08-2009

[14] و المنشور في الجريدة الرسمية، العدد61 ، بتاريخ 25-10-2009

[15] شطاب كمال، المرجع السابق، ص.135

[16] أنظر :شطاب كمال، المرجع السابق، ص134 ،135

وتنشط الرابطة في مجال حماية حقوق الإنسان و الدفاع عنها، كما تقوم برصد انتهاكات حقوق الإنسان وإعلام الرأي العام بها سواءً على المستوى الدولي أو الوطني، كما تعمل على مناهضة التعذيب و المشاركة في القضايا السياسية التي تدخل في مجال اهتماماتها.
ويرأس الرابطة المحامي الأستاذ " علي يحي عبد النور" ، و أصبحت هذه الرابطة تتمتع بصفة العضوية في الفيديرالية الدولية لرابطات حقوق الإنسان[17]

الفقرة2 : الرابطة الجزائرية لحقوق الإنسان:

لقد سمح النظام لمجموعة من مناضلي الثورة القدامى بتأسيس هذه الرابطة سنة 1987 ، و ذلك كمنافس للرابطة الأولى، يلقى الدعم من الدولة.

و تتمثل مهمة الرابطة في الدفاع عن حقوق الانسان و ترقيتها ، و ذلك عن طريق القيام ببحوث ومراقبة المحاكمات و الانتخابات ، و تتبع الانتهاكات ، و الدفاع عن قضايا الرأي و التدخل لدى السلطات .

و تتمتع هذه الرابطة بصفة المراسل لدى الفيدرالية الدولية لرابطات حقوق الإنسان، و بصفة المراقب لدى اللجنة الإفريقية لحقوق الإنسان و الشعوب، و العضوية لدى المنظمة العربية لحقوق الإنسان.[18]

المطلب2 : التدرج في نصوص الإنشاء وصولًا للدسترة:

لقد عرفت النصوص القانونية لإنشاء الهيئات الوطنية الحكومية في الجزائر، تدرجًا في القوة المعيارية في إطار تدرج المعايير، يمكن وصفه بالإيجابي، إذ انطلقنا من مرحلة ضعف نصوص الإنشاء المتعلقة بالهيئات السابقة عن المجلس الوطني لحقوق الإنسان، إلى أن وصلنا تدريجيًا إلى قوة نص الإنشاء من خلال دسترة الإنشاء.

الفرع 1 : ضعف النصوص التأسيسية للهيئات السابقة:

---

[17] أنظر– :مدني توفيق، المرجع السابق، ص 26

[18] أنظر :– شطاب كمال، المرجع السابق، ص134 ،.135
– مدني توفيق، المرجع السابق، ص 26

بالرجوع إلى مختلف الهيئات الرقابية الحكومية في مجال حقوق الإنسان في الجزائر، يلاحظ بأنها منشأة عمومًا بواسطة التنظيم، و هذا يشكل ضعفًا في النص التأسيسي لها.
فيلاحظ أن الوزارة المنتدبة المكلفة بحقوق الإنسان تم إنشاؤها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 99-91، في حين أن المرصد الوطني لحقوق الإنسان تم إنشاؤه بموجب المرسوم الرئاسي-92 77، و هو الأمر نفسه بالنسبة لهيئة وسيط الجمهورية، و التي أنشأت بموجب المرسوم الرئاسي رقم.113-96

غير أن الأمر عرف تطورًا فيما يخص اللجنة الوطنية الاستشارية لترقية حقوق الإنسان و حمايتها، فبعدما تم إنشاؤها بموجب المرسوم الرئاسي 01-71 المعدل و المتمم بموجب المرسومين الرئاسيين 02-297 و 03-299 على التوالي .تم إلغاء هذا المرسوم الرئاسي (01-71)بموجب المادة 16 من المرسوم الرئاسي رقم 09-263 المؤرخ في 30 أوت 2009 [19]،و ذلك بعد أن أصبح تنظيم هذه اللجنة بموجب الأمر رقم 09-04 المؤرخ في 27 أوت 2009 ،والذي تمت الموافقة عليه بموجب القانون رقم 09-08 المؤرخ في 22 أكتوبر 2009

و عليه يلاحظ أن هذه اللجنة عرفت تدرجًا معياريًا إيجابيًا فيما يخص النص المتعلق بالإنشاء، فبعدما كنا بصدد مرسوم رئاسي للتأسيس ، أصبحنا بصدد أمر موافق عليه بقانون، أي بعدما كان الإنشاء بموجب نص تنظيمي أصبح الآن بموجب نص قانوني، و هذا له آثار هامة ، و ذلك أنه عندما كانت اللجنة منشأة بمرسوم رئاسي كان في الأمر سهولة كبيرة لإلغاء هذه اللجنة، و ذلك بموجب مرسوم رئاسي في إطار توازي الأشكال ، و يمكن أن تتغير بتغير رئيس الجمهورية .أما إنشاؤها بموجب نص قانوني فإن هذا يشكل نوع من الضمان في بقائها إذ لا يمكن إلغاؤها إلا بصدور قانون.

رغم هذا التدرج الإيجابي في نص الإنشاء إلا أنه ليس بالقدر الكافي الذي يسمح باستقرار و ديمومة هذه اللجنة ،الأمر الذي استدعى تقوية أكبر.

الفرع2 : تقوية نص إنشاء المجلس " : الدسترة"

---

[19] -1المرسوم الرئاسي رقم 09-263 المؤرخ في 30 غشت 2009 ، يتعلق بمهام اللجنة الوطنية الإستشارية لترقية حقوق الإنسان و حمايتها و تشكيلها و كيفية تعيين أعضائها و سيرها، الجريدة الرسمية ، العدد 49 ، بتاريخ30-08-2009

بالرجوع إلى القانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري ،يلاحظ أنه في الفصل الثالث المعنون " بالمؤسسات الاستشارية " وردت المادة 198 التي تنص " :يؤسس مجلس وطني لحقوق الإنسان يدعى في صلب النص » المجلس « و يوضع لدى رئيس الجمهورية، ضامن الدستور. يتمتع المجلس بالاستقلالية الإدارية و المالية."

يلاحظ من خلال هذا النص أن الدستور نفسه أصبح ينص على إنشاء هيئة رقابية [20] في مجال حقوق الإنسان، و هذا يشكل ضمانة دستورية لحياة هذه الهيئة، هذا من جهة ، و من جهة أخرى يشكل تقوية للنص التأسيسي لهذه الهيئة و تطور هام في التدرج المعياري ، فبعدما كنا بصدد مراسيم رئاسية ، ثم قانون ، أصبحنا الأن بصدد الإنشاء بموجب الدستور، و هو النص الأسمى الذي يجب أن تخضع له باقي النصوص القانونية.

و لقد أكد المجلس الدولي لسياسة حقوق الإنسان على أهمية إنشاء الهيئات الوطنية لحقوق الإنسان بموجب الدستور، حيث يكفل ذلك وجودها في الأجل الطويل، و هذا الأساس القانوني هو الطريق الأكثر أمنًا لضمان استقلال هذه الهيئات و الدفاع عن سلطتها القانونية في حال ظهور أي تحديات لها[21]

كما يلاحظ على هذه المادة(198) ، و في الإطار العام ، ما يلي:

1- أن الجزائر –و على غير العادة –سارت السير العادي في إنشاء الهيئات القانونية و الإدارية، و ذلك أن الهيئات كانت تنشأ ،عمومًا ، بصفة مباشرة و دون تدرج، في حين أنه، و في مجال حقوق الإنسان، يلاحظ التدرج في الإنشاء منذ سنة 1991 بوزارة منتدبة، ثم مرصد و وسيط للجمهورية، و بعدها لجنة وطنية استشارية ، و أخيرًا سنة 2016 مجلس وطني لحقوق الإنسان منصوص عليه في الدستور، فمدة خمس و عشرون (25) سنة كافية عمومًا لإنجاح

---

[20] وهذا بالرجوع المادة 199 من القانون رقم 16-01 المتضمن التعديل الدستوري، و التي سيتم التفصيل فيها لاحقًا

[21] –تقييم فعالية المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان، تقرير صادر عن المجلس الدولي لسياسة حقوق الإنسان، سويسرا، 2005 ، ص.16

هيئة ما و ضمان استقرارها بموجب الدستور، باعتبارها ستقوم على ما كان سابقًا من تجارب بإيجابياتها و سلبياتها.

2- الإبقاء على الطابع الاستشاري للهيئة الرقابية في مجال حقوق الإنسان، فبعدما كان هذا الطابع ظاهر من خلال تسمية اللجنة الوطنية الاستشارية لترقية حقوق الإنسان و حمايتها، حذف الطابع الاستشاري من التسمية، باقتصارها على كون أنه مجلس وطني لحقوق الإنسان، في حين أن هذا الطابع واضح من حيث ورود هذا المجلس تحت الفصل الثالث من الدستور و المعنون " بالمؤسسات الاستشارية" ، هذا من ناحية .

و من ناحية أخرى ، جُعل المجلس الوطني لحقوق الإنسان هيئة موضوعة لدى رئيس الجمهورية باعتباره ضامن الدستور ، و هو الوضع نفسه في إطار اللجنة الوطنية الاستشارية، إلا أن الاختلاف يكمن في طبيعة النص الذي يتضمن هذه الفكرة فبعدما كان القانون، أصبح الآن الدستور.

3- النص دستوريًا على الاستقلال الإداري و المالي للمجلس الوطني لحقوق الإنسان ، و هو الأمر نفسه بالنسبة للجنة الوطنية الاستشارية وإن كان الاختلاف ظاهر فيما يتعلق بطبيعة النص القانوني الذي يتحدث عن هذه الاستقلالية.

إن مسألة الاستقلال الإداري و المال في غاية الأهمية، ذلك أن المؤسسة الوطنية الفعالة هي تلك التي تستطيع التصرف مستقلة عن الحكومة و الأحزاب السياسية و جميع الهيئات و الكيانات الأخرى التي قد تكون في وضع تستطيع من خلاله التأثير في عمل المؤسسة.

و يقتضي الاستقلال التنفيذي قدرة المؤسسة الوطنية على إدارة شؤونها اليومية على نحو مستقل عن أي فرد أو منظمة أو إدارة أو سلطة .و المؤسسة الوطنية الفعالة هي التي تضع نظمها الداخلية الخاصة و لا تخضع هذه النظم لأي تعديل خارجي.

أما الاستقلال المالي فله صلة قوية بالاستقلال التنفيذي فالمؤسسة الوطنية التي لا تسيطر على مواردها المالية ستكون تابعة للوزارة أو غيرها من الهيئات التي تمارس هذه السيطرة[22].

[22] أنظر :مؤسسات حقوق الإنسان الوطنية، مركز حقوق الإنسان، المرجع السابق، ص30-31

المبحث الثاني :دسترة مهام المجلس الوطني لحقوق الإنسان:

لقد تضمن التعديل الدستوري لسنة2016 ، بالإضافة إلى المادة 198 السالفة الذكر، المادة 199التي تنص " :يتولى المجلس مهمة المراقبة و الإنذار المبكر و التقييم في مجال احترام حقوق الإنسان.

يدرس المجلس ، دون المساس بصلاحيات السلطة القضائية، كل حالات انتهاك حقوق الإنسان التي يعانيها او تبلغ إلى علمه، و يقوم بكل إجراء مناسب في هذا الشأن....." [23]

إن هذا النص يشكل دسترة لمهام المجلس الوطني لحقوق الإنسان، فلم يكتف التعديل الدستوري بالنص على إنشاء أو إحداث هذه الهيئة الرقابية ، و إنما ذهب إلى تحديد مهامها أيضًا ، و هذا يشكل ضمانة دستورية أخرى لهذه الهيئة، إذ لم يترك مسألة تحديد المهام لا للقانون و لا للتنظيم.

إلا أن هذا التحديد من شأنه أن يخلق نوعًا من الجمود في مسألة إضافة مهام أخرى تواجه التحديات المستقبلية لهذا المجلس، خصوصًا إذا ظهرت ظروف و مستجدات جديدة تستلزم تدخل المجلس ، الأمر الذي يستلزم تعديل الدستور لمجابهة هذه الأوضاع الجديدة، هذا من جهة.

و من جهة أخرى، يلاحظ بأن المادة 199 من التعديل الدستوري تكلمت عن إعداد المجلس لتقرير سنوي يرفعه إلى هيئات محددة، و هو تقرير يترتب عن ممارسة المهام المحددة في المادة نفسها.

المطلب1 : ملاحظات حول المهام الدستورية للمجلس:

[23] يلاحظ على هذه المادة أنها طويلة تحتوي على 6 فقرات، و هذا يخالف عمومًا النسق في صياغة المواد الدستورية، المعروف بالقصر و الدقة و عدم الخوض في التفاصيل، و التي تترك للقوانين، و الأمر نفسه يلاحظ على مواد أخرى.

من خلال نص المادة 199 السابقة الذكر من التعديل الدستوري، و كذا من خلال القانون 09-08 الموافق على الأمر 09-04 المتعلق باللجنة الوطنية الاستشارية لترقية حقوق الإنسان و حمايتها، و على سبيل المقارنة، يلاحظ أن هناك مهام تم الإبقاء عليها، حيث كانت موجودة في القانون المنظم للجنة، و تمت دسترتها فقط ، في حين هناك اختلاف في بعض المهام.

الفرع1 : دسترة بعض المهام التي كانت للجنة الوطنية:

بالرجوع إلى نص المادة 1 من الأمر 09-04 السالف الذكر، يلاحظ أنه يتطابق تقريبًا مع ما جاء في نص المادة 199 من التعديل الدستوري، مع اختلاف في الصياغة و الاختصار نوعًا ما ، لكون الأمر هنا يتعلق بالدستور و ليس بالقانون.

و من هنا يمكن القول بأن المادة 199 من التعديل الدستوري جاءت لتكرس – دستوريًا – مهام اللجنة الوطنية الاستشارية و تمنحها للمجلس الوطني لحقوق الإنسان.

و تتمثل هذه المهام المكرسة دستوريًا، في:

1- المراقبة و الإنذار المبكر و التقييم في مجال احترام حقوق الإنسان[24].

2- دراسة كل حالات انتهاك حقوق الإنسان التي يعاينها المجلس أو تبلغ إلى علمه، و يقوم بكل إجراء مناسب في هذا المجال [25].

3- المبادرة بأعمال التحسيس و الإعلام و الاتصال لترقية حقوق الإنسان [26]

4- إبداء آراء و اقتراحات توصيات تتعلق بترقية حقوق الإنسان حمايتها . [27]

---

[24] و هذا ما نصت عليه الفقرة 1 من المادة 199 من التعديل الدستوري، و كذا الفقرة 1 من المادة 1 من الأمر 09-04

[25] و هذا ما نصت عليه الفقرة 2 من المادة 199 من التعديل الدستوري، و المقابلة تقريبًا للفقرة 2 من المادة من الأمر 09-04

[26] وهذا ما نصت عليه الفقرة 3 من المادة 199 من التعديل الدستوري، والمقابلة تقريبًا للفقرة 4 من المادة 01 من الأمر 09-04

الفرع2 : الاختلافات المسجلة حول المهام المسندة:

بالمقارنة مع ما ورد في المادة 199 من التعديل الدستوري لسنة 2016 و المادة 01 من الأمر 04-09 السالف الذكر، يلاحظ بعض الاختلافات في بعض الجزئيات، و ذلك فيما يتعلق بالمهام التي كانت مسندة للجنة الوطنية الاستشارية، و تلك التي أصبحت مسندة للمجلس الوطني ،هذا من ناحية ، و من ناحية أخرى هناك مهام حذفت، و يظهر كل هذا فيما يلي:

1- لم تنص المادة 1 من الأمر 09-04 على منح اللجنة الوطنية الاستشارية سلطة التحقيق بصفة صريحة، و إنما يمكن وضع هذه السلطة في الإطار العام الوارد في هذه المادة باستعمالها عبارة .... " و تقوم بكل عمل ملائم في هذا المجال..... ".

في حين أن المادة 199 من التعديل الدستوري منحت مهمة القيام بالتحقيق للمجلس الوطني، و ذلك بقولها .... " : و يقوم بكل إجراء مناسب في هذا الشأن .و يعرض نتائج تحقيقاته "....، و بطبيعة الحال فإن نتائج التحقيق لا تكون إلا إذا سبقتها عملية تحقيق.

غير أن التساؤل الذي يبقى مطروح يتمثل في كيفية التحقيق و وسائله؟ و هل سيزود المجلس بوسائل تحقيق فعّالة حول الخروقات و الانتهاكات المتعلقة بحقوق الإنسان؟.

في حقيقة الأمر، و لكي يكون التحقيق فعّال يجب أن تتوافر لدى المجلس موارد معينة بما فيها الموظفون المدربون و الموارد المالية الكافية.

كما أنه ، لابد من منح المجلس سلطات أساسية لإجراء تحقيق كفء و فعّال في أي انتهاك لحقوق الإنسان، نذكر منها:

-حرية الحصول على جميع الوثائق بما في ذلك السجلات العامة التي تعتبرها هيئة التحقيق ضرورية لإجراء تحقيق سليم.

-سلطة الإلزام بتقديم المعلومات اللازمة إما في شكل وثائق أو على شكل شهادة شفوية.

---

[27] و هذا ما نصت عليه الفقرة 4 من المادة 199 من التعديل الدستوري، و المقابلة للفقرة 3 من المادة 1من الأمر 09-04

-حرية إجراء تحقيقات ميدانية إذا اقتضى الأمر، و يشمل ذلك سلطات تفقد السجون و مرافق الاحتجاز و غير ذلك.

-سلطة استدعاء الأطراف لسماع أقوالها.....[28].

2- يلاحظ أن المادة 01 من الأمر 09-04 السالف الذكر، أعطت للجنة الوطنية الاستشارية إمكانية القيام بدراسة كل وضعية تتعلق بانتهاك حقوق الإنسان، و لكن دون المساس بالصلاحيات المسندة للسلطات الإدارية و القضائية، و يقصد بذلك أن تقوم بكل الأعمال و التصرفات لمعالجة الوضعيات المتعلقة بانتهاك حقوق الإنسان، و ذلك عن طريق التشاور و التعاون و التنسيق مع كل السلطات التي يتصل موضوع الانتهاك بمجال عملها، دون المساس بالصلاحيات المسندة للسلطات الإدارية و القضائية [29]

إن هذه المسألة تطرح إشكالًا فيما يتعلق بعبارة " دون المساس بالصلاحيات المسندة للسلطات الإدارية" ، فإن كانت الإدارة غالبًا ما تتهم بانتهاك حقوق الإنسان، فكيف تدرس اللجنة انتهاكات الإدارة دون المساس بالصلاحيات المسندة إليها ، من جهة ، و من جهة أخرى ، هل للإدارة صلاحيات في مجال حقوق الإنسان لا تراقبها اللجنة الوطنية الاستشارية.

هذا الإشكال و غيره، جعل المؤسس الدستوري في التعديل الأخير، و من خلال المادة 199منه ، يحذف عبارة " السلطات الإدارية "، لتصبح العبارة " :دون المساس بصلاحيات السلطة القضائية"، و هذا أمر منطقي لأن القاضي سواءً العادي أو الإداري، في الأصل، هو حامي الحقوق و الحريات ، الأمر الذي يستلزم أن يعمل المجلس الوطني لحقوق الإنسان بالتنسيق مع السلطة القضائية، كما أنه إذا اقتضى الأمر يعرض نتائج تحقيقاته على السلطة القضائية المختصة، كما يعرضها على السلطات الإدارية المعنية [30]

---

[28] أنظر :مؤسسات حقوق الإنسان الوطنية، مركز حقوق الإنسان، المرجع السابق، ص73 ،.74

[29] مدني توفيق، المرجع السابق، ص.69

[30] و هذا حسب ما نصت عليه الفقرة 2 من المادة 199 من التعديل الدستوري لسنة.2016

3- إن كانت الاختلافات السابقة تتعلق ببعض الجزئيات ، إلا أن هناك باختلافات أخرى جوهرية، تتعلق بمهام تم حذفها مقارنة بين ما كان سائدًا في ظل اللجنة الوطنية الاستشارية ، و ما أصبح عليه الوضع الآن في ظل المجلس الوطني.

حيث أنه، و بالرجوع إلى المادة 5 من الأمر رقم 09-04 المتعلق باللجنة الوطنية الاستشارية، السالف الذكر، نجدها تحيل مسألة تحديد مهام اللجنة و تشكيلتها و كيفيات تعيين أعضائها و كذا سيرها إلى مرسوم رئاسي يصدر بهذا الصدد.

و بالفعل صدر بشأن ذلك، المرسوم الرئاسي رقم 09-263 [31] ،إذ يلاحظ على المادة 2 منه أنها تحدد مهام اللجنة الوطنية الاستشارية ، و من بين هذه المهام نجد مهام لم تعد مسندة حاليًا للمجلس الوطني لحقوق الإنسان، و لا يمكن إدخالها في الإطار العام الوارد في المادة 199من التعديل الدستوري لسنة 2016 ، نذكر منها:

-المشاركة في إعداد التقارير التي يجب أن تقدمها الدولة إلى أجهزة الأمم المتحدة و لجانها و إلى المؤسسات الجهوية.

-تطوير التعاون مع أجهزة الأمم المتحدة و المؤسسات الوطنية للبلدان الأخرى و المؤسسات الجهوية و المنظمات غير الحكومية الوطنية و الدولية.

-القيام بنشاطات الوساطة في إطار مهامها لتحسين العلاقات بين الإدارات العمومية و المواطنين.

إن دسترة مهام المجلس الوطني لحقوق الإنسان، و عدم إحالة تفصيلها للقانون، يشكل سلاح ذو حدين، فمن جهة المهام محددة بنص الدستور و هذا أمر إيجابي، و من جهة أخرى لا يمكن تحديد مهام أخرى إلا بموجب نص الدستور أي تعديل دستوري جديد، و هذا أمر سلبي، إذ – وكما قلنا سابقًا -كيف يمكن للمجلس ان يواجه التحديات القادمة، إذ لا يمكن توسيع مهامه لتشمل المهام المحذوفة و المذكورة سابقًا.

---

[31] المرسوم الرئاسي رقم 09-263 المؤرخ في 30 أوت .2009 يتعلق بمهام اللجنة الوطنية الإستشارية لترقية حقوق الإنسان و حمايتها، و تشكيلتها و كيفيات تعيين أعضائها و سيرها ، الجريدة الرسمية، العدد 49 ، بتاريخ 30-08-2009

إن هذه المهام المحذوفة، و على الخصوص مهمة المشاركة في إعداد التقارير الواجب تقديمها للأمم المتحدة و لجانها، هي من أهم المهام التي ركز عليها مركز حقوق الإنسان بجنيف [32] بالإضافة إلى مهمة التعاون مع المنظمات غير الحكومية و بين المؤسسات الوطنية و كذا مع المنظمات الحكومية [33]

المطلب2 : دسترة إعداد المجلس لتقرير سنوي:

يترتب عن قيام المجلس الوطني لحقوق الإنسان بالمهام السالفة الذكر، إعداده لتقرير سنوي بشأنها، هذا الإعداد تمت دسترته ، إذ تنص الفقرة الخامسة (5) من المادة 199 من التعديل الدستوري لسنة 2016: " يعد المجلس تقريرًا سنويًا يرفعه إلى رئيس الجمهورية ، و إلى البرلمان ، و إلى الوزير الأول ، و ينشره أيضًا " ، فبالمقارنة مع ما كان سائدًا في ظل اللجنة الوطنية الاستشارية، فيما يخص التقرير السنوي و تحديدًا في الفقرة الأخيرة من المادة الأولى من الأمر رقم 09-04 السالف الذكر [34] ، يلاحظ:

1- إن النص الدستوري أكد على أن التقرير السنوي الذي يعده المجلس لابد أن يرفع إلى هيئات ثلاث، و هي رئيس الجمهورية و البرلمان و الوزير الأول، وهذا يشكل توسيع للهيئات التي يجب أن تُبلغ بتقرير المجلس، فبعدما كان التبليغ مقتصرًا على رئيس الجمهورية في ظل اللجنة الوطنية الاستشارية أصبح يتعداه إلى الوزير الأول و إلى البرلمان.

إن هذا التوسيع في الهيئات الواجبة التبليغ يحمل الكثير من الإيجابية، إذ يبلغ رئيس الجمهورية باعتباره ضامن الدستور و رئيس الهيئة التنفيذية، كما يبلغ الوزير الأول باعتباره الرجل الثاني في السلطة التنفيذية، و بهذا تبلغ السلطة التنفيذية بتقرير المجلس الوطني، هذا من جهة، ومن جهة أخرى يبلغ البرلمان بهذا التقرير، فيبلغ المجلس الشعبي الوطني و مجلس الأمة

---

[32] أنظر :مؤسسات حقوق الإنسان الوطنية، مركز حقوق الإنسان ، المرجع السابق، ص.63

[33] أنظر : مؤسسات حقوق الإنسان الوطنية، مركز حقوق الإنسان، المرجع السابق، ص 37-39

[34] تنص الفقرة الأخيرة من المادة 1 من الأمر رقم 09-04، على أنه " :تعد اللجنة تقريرًا سنويًا عن حالة حقوق الإنسان و ترفعه إلى رئيس الجمهورية .و ينشر هذا التقرير بعد شهرين (2) من هذا التبليغ بعد تصفيته من القضايا التي كانت محل تسوية."

باعتبارهما يمثلان السلطة التشريعية، و هذا يؤدي إلى نتائج هامة خصوصًا فيما يتعلق بتشريع البرلمان في مجال حقوق الإنسان.

غير أن النقص الذي يمكن ملاحظته يتمثل في عدم إبلاغ السلطة القضائية بتقرير المجلس الوطني ، خصوصًا رئيس المحكمة العليا و رئيس مجلس الدولة، بإعتبار أن القضاء حامي الحقوق والحريات.

-2لم يحدد التعديل الدستوري مضمون التقرير مما يجعل أنه يتعلق بكل المهام المسندة للمجلس و النشاطات التي يقوم بها خلال السنة، و بوجه عام وضعية حقوق الإنسان في الجزائر، في حين نجد أن الأمر 09-04 المتعلق باللجنة الوطنية الاستشارية حدد مضمون التقرير، حيث يتمحور حول حالة حقوق الإنسان هذا من ناحية .

ومن ناحية أخرى، ألزم التعديل الدستوري أن ينشر التقرير السنوي، غير أنه لم يبين وسيلة النشر و لا المدة الواجب نشره فيها، فهل ينشر في الوقت نفسه الذّي يبلغ فيه إلى الهيئات الثلاث ؟ أم قبله أم بعده؟.

أمام عدم التحديد هذا، يمكن القول بأنه لكي تكون مصداقية للتقرير السنوي من الأفضل نشره في الوقت نفسه الذي يتم فيه التبليغ، و هذا عكس ما كان سائدًا في إطار اللجنة الوطنية الاستشارية، حيث كان النشر بعد شهرين من تبليغ رئيس الجمهورية و بعد تصفية التقرير من القضايا التي كانت محل تسوية.

الخاتمة:

بعد هذه الدراسة الوجيزة للمجلس الوطني لحقوق الإنسان، من حيث دسترته كهيئة رقابية استشارية في مجال حقوق الإنسان، يمكن القول بأن المؤسس الدستوري لم يكتف بالدسترة لإنشاء المجلس، و إنما دستر كذلك المهام المنوطة بهذا المجلس، غير أنه كان من الأفضل أن يتناول الدستور الخطوط العريضة لهذه المهام دون التفصيل فيها، و يحيل مسألة التفصيل إلى القانون.

كما يلاحظ أن المؤسس الدستوري قام بدسترة المهام التي كانت تضطلع بها اللجنة الوطنية الاستشارية من جهة، و حذف مهام أخرى كانت موجودة، من جهة أخرى و مهما يكن الأمر، فإن هناك الكثير من التحديات التي ستواجه هذا المجلس، كما تبقى الكثير من التساؤلات تطرح بشأنه ، فمثلًا كيف يمكن ضمان الاستقلال المالي و الإداري لهذا المجلس ؟، كما أنه و لحد كتابة هذه الأسطر، فإن هذا المجلس لم يظهر إلى الوجود بعد ، و ما زال العمل باللجنة الوطنية الاستشارية، فهل ستلغى هذه الهيئة أم أنها ستبقى تعمل إلى جانب المجلس؟

الاعتقاد الذي يمكن اعتماده أن اللجنة الوطنية الاستشارية ستبقى لفترة انتقالية إلى غاية تنصيب المجلس الوطني، ثم يتم إلغاؤها، ففي هذه الحالة هل سيتم العمل بالنصوص القانونية نفسها الخاصة باللجنة؟ هنا لابد من تغيير الكثير من المسائل لأن المهام تم دسترتها.

كما أنه ، هل سيقوم المجلس الوطني بالمهام الموكلة له بغض النظر عن الحسابات السياسية، قصد الوصول إلى تجسيد دولة القانون و الحق، أم أنه سيبقى حبيس هذه الحسابات ، مما قد يحوله إلى واجهة خارجية تحسن صورة الجزائر في الخارج، دون الوصول إلى المبتغى؟ مما يستتبع التساؤل حول وجود إرادة سياسية حقيقية لإقامة دولة القانون تحترم فيها الحقوق و الحريات.

الشرق الأوسط: بين رغبة القيادة التركية ودوام المبادرة الأمريكية

ملخص:

إن منطقة الشرق الأوسط تعتبر محل أنظار القوى الإقليمية والدولية بغرض الهيمنة عليها بشتى الوسائل وفي كافة المجالات، فمن ناحية الجغرافية السياسية تزخر هذه المنطقة بموقع استراتيجي تراوح بين الكم الهائل لعدد السكان، وبين المساحة الواسعة لأراضيها التي هي الأخرى غنية بثروات باطنية يأتي في مقدمتها النفط، فمن الناحية الاجتماعية تتسم هذه المنطقة بأزمات تنوعت بين أزمة الاندماج وأخرى للتكامل، أما من الناحية الاقتصادية ضعف وهشاشة البنية التحتية لغالبية الدول هي الحلقة الأبرز، أما سياسيا يشهد هذا الحيز الجغرافي مسرحا واسعا لصراعات عرقية ونزاعات إثنية ناهيك عن حروب أهلية وأخرى حدودية، كل هذه الأوضاع المتذبذبة وغير المستقرة نجدها قد فتحت المجال واسعا لتحرك قوى دولية وأخرى إقليمية اتجاه المنطقة، فتركيا بحكم ما تحوزه من مقومات تاريخية، بشرية، و جيوبولوتكية اندفعت بقوة وفق استراتيجية بعيدة المدى مستغلة ما هو كائن للعب دور إقليمي ريادي وقيادي، وفي ذات السياق نجد أن هذه الرؤية التركية حيال المنطقة برمتها قد اصطدم بمقاربة استراتيجية لقوى دولية فرضت نفسها بقواها الاقتصادية، العسكرية والدبلوماسية والمؤسسية ممثلة في الولايات المتحدة الأمريكية ليأخذ شكل التقاطع بين الاستراتيجيتين طابعا تعاونيا وأخر صراعيا، وعلى هذا النمط نمت و توطدت العلاقة بين الطرفين

(نظرية القيادة من الخلف الولايات المتحدة الأمريكية)، ونظرية التحالف الاستراتيجي المشترك تركيا).

Abstract:

The Middle East region of the attention of the regional and international powers for the purpose of domination by various means in all fields , On the one hand and the geopolitical abounds in this region enjoys a strategic location between the huge number of the population , And the wide area of its territory which is rich other wealth of the aquifer in the forefront of which is the oil , From a social standpoint characterized this region crisis varied among the crisis of integration , As for the economic weakness and fragility of the infrastructure of the majority of States , Politically, the geographical space scene wide ethnic conflict and civil wars and the Border , Turkey by virtue of the holdings of the historical factors, human, strongly rushed according to the strategy of far-reaching exploiting what is an object to play the role of a pilot regional leader , In the same context, we find that these Turkish vision toward the region as a whole had collided with a strategic approach represented in the United States of America , And consolidated the relationship between the two parties (the theory of the leadership of the attribution of the United States of America), (and the theory of strategic alliance joint Turkey).

الشرق الأوسط: بين رغبة القيادة التركية ودوام المبادرة الأمريكية

نورالدين دخان*

مدير مخبر العلوم السياسية ، جامعة محمد بوضياف – المسيلة – الجزائر

سليم بدرة**

طالب دكتوراه – جامعة باتنة

تمهيد:

إن منطقة الشرق الأوسط حيز جغرافي جلب إليه الأنظار الإقليمية والدولية، انعكست عليه مختلف التجارب الديمقراطية و عواصف التحولات الدولية، والتي رمت بظلالها على أنظمة هذه الدول فوجدت نفسها مكبلة تصارع الشرعية وتبحث عن المشروعية، وفي ظل تحركات القوى الإقليمية والدولية أمام ما يسمى بأولوية التدخل و روح المبادرة تحت شعار "تعظيم القوة والعمل على صون والحفاظ على المصالح الاستراتيجية"، تتطلع تركيا لأن تكون اللاعب الأول في الجوار الإقليمي، لما تحوزه من إمكانات عسكرية واقتصادية وحتى دبلوماسية والتي تجعل من سياساتها ذات حركة نشطة وفعالية دائمة مستمرة للعب دورا مهما سواء كان ذلك في شكل بحث مقترحات أو فرض وجود ودحض قيود، حفاظا على أمنها ومصالحها. ومن ثم دوام غائية القيادة و الريادة الإقليمية، حق إقليمي ودولي مشروع وليد تفكير استراتيجي مدروس مفتوح، كتب له الاصطدام بتصميم استراتيجي لوجستي لقوى دولية فرضت نفسها بقواها الاقتصادية، العسكرية والدبلوماسية والمؤسسية في المنطقة عبر التاريخ جعلت من شعوب المنطقة تذعن لها طوعا وتبعية في مقابل المشروطية السياسية، ونخص بالذكر هنا الولايات المتحدة الأمريكية،

وبهذا تسعى تركيا بأن لا تكون فاقدة القيادة وسجينة الدور، أمام الولايات المتحدة الأمريكية السيد المطاع الذي لا تقبل مصالحه القسمة على اثنين، وهنا نتساءل، إلى أي مدى أثرت محددات السياستين الخارجيتين التركية والأمريكية على القضايا الشرق الأوسطية؟

أولا: المضامين المختلفة لمفهومي الشرق الأوسط والسياسة الخارجية لتركيا و والولايات المتحدة الأمريكية

1- مفهوم الشرق الأوسط: يتميز مفهوم الشرق الأوسط بالتعقيد والتداخل والتشابك، إذ لم تتفق الساحة العلمية، والأكاديمية على تعريف محدد وجامع له، ولعل مرد ذلك اعتبارات سياسية وأخرى تاريخية واستعمارية.

أ- **كرونولوجية مصطلح الشرق الأوسط:** تاريخيا وبالتحديد منذ مضي القرن العشرين ذاع صيت المصطلح، لتلقى أبعاده السياسية رواجا علميا، وتوسعا بحثيا أكاديميا في أبعاده الاستراتيجية ومجالاته الاقتصادية، والثقافية منها والاجتماعية، إنه مفهوم غامض لطالما ارتبطت تسميته بالمصالح الغربية الاستعمارية البريطانية منها والفرنسية(1)، وفي هذا السياق يرجع مفهوم الشرق الأوسط إلى رجل الاستخبارات البريطاني الجنرال "توماس إدوارد جوردن- Thomes Tdward Tordan" في مقال كتبه سنة 1900 نبه فيه الحكومة البريطانية للخطر الروسي المرتقب على المصالح البريطانية في الهند، خاصة إثر تقدم هذا الأخير في بلاد فارس (إيران حاليا)، ليعرف بعد ذلك المصطلح رواجا وتطورا تاريخيا وأكاديميا وذلك عندما ارتبطت تسميته بالمقال المنشور لضابط البحرية الجنرال الأمريكي " ألفرد ماهان – Mahan " سنة 1902 الصادر في مجلة "national review" تحت عنوان: "الخليج الفارسي والعلاقات الدولية"، أين أطلق هذا المصطلح على المنطقة الواقعة بين الهند والجزيرة العربية وليعرف بعد ذلك هذا المفهوم تداولا كبيرا وعلى نطاق واسع وذلك عندما استقاه " فلنيتن جيرول- Chirol " مراسل جريدة التايمز اللندنية في طهران، والذي أخذ يستخدمه بكثرة في مقالاته التي كانت تنشر بذات الجريدة، ثم أعقبه بعد ذلك صدور كتاب "هاملتون" بعنوان "مشاكل شرق أوسطية" وكان ذلك سنة 1909، وفي سنة 1911 استخدم من طرف اللورد "كيرزون" حاكم الهند في إشارة منه أن عبارة الشرق الأوسط تفضي إلى دلالات جغرافية ارتبطت بالمناطق التالية: تركيا، الخليج

العربي، إيران،(2) وبعد الحرب العالمية الأولى اكتسب مصطلح الشرق الأوسط ذيوعا حيث أنشأ "ونتسون تشرشل" وزير المستعمرات البريطاني آنذاك ما عرف بإدارة الشرق الأوسط وكان ذلك في سنة 1921 حيث أنيط بالإدارة شؤون فلسطين وشرق الأردن والعراق، وفي هذا الصدد جاءت نهاية الحرب العالمية الثانية لتؤكد وتقر منهجيا وموضوعيا بمفهوم الشرق الأوسط ذو الإيحاءات السياسية منها، والاستراتيجية وذلك عندما أنشئ مركز تموين الشرق الأوسط وقيادة الشرق الأوسط، والتي كانت قائمة تحت إشراف البريطانيون، وفي عام 1945 أنشأت الولايات المتحدة الأمريكية معهد الشرق الأوسط، أين حددت هذه المؤسسة القريبة من وزارة الخارجية الأمريكية مجالها الجغرافي في المنطقة الواقعة بين المغرب وباكستان،(3) وهنا نخلص أن ميلاد هذا المصطلح جاء ليعبر عن اختلافات في الرؤى، وتناقضات في المصالح بين أطراف غربية أوروبية وأخرى وأمريكية ذات الخبايا والنوايا الاستنزافية الاستغلالية البعيدة كل البعد عن الحيز الجغرافي المحيط بهذه الدول .

1-2: الشرق الأوسط تعاريف تقبع بين الاختلاف و التعدد : كما أشرنا سابقا توجد صعوبة في تحديد الصورة النهائية لمصطلح الشرق الأوسط، وذلك راجع ربما لاختلاف وتنوع وجهات النظر بالنسبة لكل باحث، خاصة وأن هذا الأخير ذي صبغة سياسية محضة.

* الشرق الأوسط :"مصطلح جغرافي وسياسي هلامي القوام، يتسع أو يضيق على خريطة العالم حسب اختلاف وتعدد وتنوع وجهة النظر إليه، وأهم التصنيفات المقدمة له." (4)

* تعريف الموسوعة البريطانية للشرق الأوسط:" هو تلك الأراضي الواقعة حول الساحلين الجنوبي والشرقي للبحر المتوسط من المملكة المغربية إلى شبه الجزيرة العربية وإيران ."

* تعريف القاموس السياسي للشرق الأوسط: "اصطلاح جغرافي يطلق على الإقليم الذي يضم الدول الأسيوية والإفريقية المتجاورة القريبة من أوربا ويطل أكثرها على البحر المتوسط."(5)

* تعريف القاموس الموسوعة السياسية للشرق الأوسط:" مصطلح غربي استعماري كثر استخدامه إبان الحرب العالمية الثانية، وهو يشمل منطقة جغرافية تضم: سوريا ولبنان وفلسطين

والأردن والعراق والخليج العربي، ومصر وتركيا وإيران، وتتوسع لتشمل أفغانستان، قبرص وليبيا أحيانا" .(6)

من خلال ما تقدم من تعريفات نستشف أن مفهوم الشرق الأوسط يحمل في مكنوناته جملة من الميزات نذكرها على النحوي الاتي:

– إن مصطلح الشرق الأوسط تسمية غربية أوروبية، وهو بذلك مكمل لمصطلحي الشرق الأدنى والشرق الأقصى وقد أطلق المصطلح على بلدان عربية وغير عربية في قارة أسيا، لكن هذا المصطلح الجغرافي السياسي غير محدد المساحة فتارة يعني البلدان العربية الأسيوية، وتارة تضاف إليه البلدان الأخرى.

– إن تحديد منطقة الشرق الأوسط يغلب عليها الطابع المصلحي، لذا نجد أغلب التعريفات لا تستند إلى معايير موضوعية في تحديد ماهية الشرق الأوسط والدول التي تدخل في إطاره .

– إن معظم التعريفات المقدمة للشرق الأوسط لها دوافع وأهداف سياسية، ومن ثم فهي تقوم بدراسات علمية لتحقيق أهداف سياسية وأخرى استراتيجية.(7)

1-3: خصائص منطقة الشرق الأوسط : تبرز هذه الخصائص في:

– سيادة اللغة العربية على غالبية سكان المنطقة، باستثناء طرفها الشمالي أين تسود اللغة التركية، أما أطراف إيران الغربية الداخلة في قلب المنطقة فتسودها اللغة الإيرانية، أي أن المنطقة مزيج بين العربية والكردية والفارسية.

– تتسم منطقة الشرق الأوسط بمناخ جاف وشبه جاف له آثاره الواضحة على معدلات النمو الاقتصادي، إذ يشكل نقطة قوة في التركيب الاستراتيجي لدول هذه الأخيرة.

– تتسم منطقة الشرق الأوسط بثراء باطني لا يستهان به، إذ بلغ إنتاج البترول الخام العالمي حوالي 35%، بينما وصل احتياطي البترول العالمي المؤكد حولي 65.1%، ولعل هذا ما جعل المنطقة ذات موقع استراتيجي مهم، ومحل أطماع القوى الكبرى.(8)

– تتسم منطقة الشرق الأوسط من الناحية السياسية والاجتماعية بتناحر وتطاحن سياسي، وتشرذم طبقي.

– تضم منطقة الشرق الأوسط خليطا من القوميات والأديان، بحيث أن القاعدة الأساسية فيها هي التعدد والتنوع وليس الوحدة والتماثل، بحيث أصبح واضحا أن مصطلح الشرق الأوسط هو أكثر من مصطلح جغرافي، فهو مصطلح سياسي واقتصادي، يضم بين جناحيه أقوام من عروق شتى عربية، تركية وفارسية وكردية وغيرها، ومن أديان شتى إسلامية ومسيحية ويهودية.(9)

1-4: الأهمية الجيو استراتيجية لمنطقة الشرق الأوسط: منطقة الشرق الأوسط إلى جانب تمتعها بالموقع الجغرافي الاستراتيجي الهام، ومع امتلاكها لثروات مادية وبشرية كثيرة، استطاعت التأثير ولا تزال في مسيرة الحياة الإنسانية وأخذ موقع الصدارة من تاريخ البشرية، وذلك لما قدمته للإنسانية.

* **الأهمية الجيوبولتيكية** : تعتبر منطقة الشرق الأوسط واحدة من أهم المناطق المؤثرة في توازن القوى والمصالح في العالم، فموقعها الاستراتيجي الفريد جعلها محكومة بقانون التداخل والتعارض بين الأضداد، كما أن توسطها قارات العالم قديما آسيا وإفريقيا وتماسكها جغرافيا وتحكمها في أهم الممرات الدولية وإطلالها على بحار ومحيطات هامة، جعل منها منطقة ذات أهمية قصوى في العلاقات الدولية، في حين بات لها تأثير كبير في تضارب المصالح العالمية، وفي هذا السياق كتب" ألفريد تيير ماهان" الضابط والمؤرخ الأمريكي في كتابه" تأثير القوة البحرية على التاريخ" الصادر عام 1892 أن الظروف هي التي جعلت من البحر الأبيض المتوسط يلعب دورا تجاريا وعسكريا في تاريخ العالم أكبر مما عليه أي سطح مائي أخر يتمتع بذات الحجم، فقد سعت أمة بعد أمة للسيطرة عليه ولا يزال الصراع مستمرا (10).

* **الأهمية الاقتصادية:** تزخر منطقة الشرق الأوسط بثراء باطني، حيث تحوز دول المنطقة مكانة هامة ضمن خارطة السوق النفطية، ولعل هذا ما جعلها ميدانا تتنافس الدول على استثمار موارده بعد أن دلت البوادر على وفرة بترولية، حيث نشطت أعمال البحث عن البترول في الشرق الأوسط بعد الحرب العالمية الأولى حيث كان النصيب الأكبر لصالح الولايات المتحدة الأمريكية (11)، كيف لا و أنه ليس من قبيل المفاجآت أن غالبية التقديرات تشير إلى

أن منطقة الدول العربية ستزيد من إنتاجها النفطي مما سيؤدي إلى زيادة حصتها من الإنتاج العالمي حتى عام 2030، في حين ومن بين الدول المنتجة والمصدرة للنفط في العالم هناك خمس دول من منطقة الشرق الأوسط قد بلغ احتياطها النفطي عام 2010 ما يقارب حوالي 100مليار برميل وهي: المملكة العربية السعودية العراق، إيران والكويت والإمارات العربية المتحدة، والتي تضم فيما بينها احتياطات تقدر بـ 587.89 مليار برميل مشكلة بذلك حوالي 48% من إجمالي الاحتياطات النفطية المؤكدة في العالم، فإلى جانب المورد البترول، لعب مورد الغاز الطبيعي وغيره من موارد طبيعية دورا كبيرا في جلب أنظار الدول الكبرى إلى المنطقة.(12)

* **الأهمية الثقافية:** تتسم منطقة الشرق الأوسط بالتنوع والتعدد الثقافي واللغوي والعرقي، فمن الناحية العرقية السلالية يقطن هذه المنطقة ثلاثة أجناس:

– الشعوب الهندية الأوروبية في كل من إيران والعراق وبعض مناطق الأناضول وكل هؤلاء يتكلمون الفارسية وبعض اللغات القريبة منها.

– الشعوب التركية، ويتكلمون اللغة التركية.

– الشعوب السامية، وهم لا يمثلون أمة واحدة فمنهم العرب الإسرائيليون الذين يتحدثون العبرية.

* هذا ونفس الشيء نجده ينطبق من الناحية الدينية، بحيث أنه على الرغم من أن أكثر الأديان انتشارا في المنطقة هو الإسلام، إلا أن أبناءه لا يمثلون كتلة متجانسة، بل ينقسمون إلى شيعة وسنة، و ينقسم الشيعة بدورهم إلى علوية وزيدية وجعفرية، هذا إلى جانب البهائيين والدروز، أما المسيحيون فينقسمون بدورهم إلى حوالي اثنتي عشرة كنيسة مثل: الكنيسة الشرقية الأرثوذكسية والروم والكاثوليك والانجيلكان والبروتستان، وهناك أيضا الديانة اليهودية بطوائفها المتعددة إلى جانب العديد من الأديان والمذاهب الأخرى.(13)

* هذا التعدد الاجتماعي والتنوع الثقافي الذي طبع مجتمع منطقة الشرق الأوسط طالما كان سببا رئيسيا للصراعات السياسية التي هزت كيان هذا الحيز الجغرافي.

02– مفهوم السياسة الخارجية التركية .

يعد موضوع السياسة الخارجية التركية من المواضيع الهامة والمثيرة للجدل والنقاش والتحليل، لأنها ببساطة تعبر عن صورة مجسدة لمعالم الدولة، أو بالأحرى السلوكات السياسة العامة للدولة المبنية على مجموعة من المحددات تعد بمثابة مقومات ومرتكزات مرشدة وموجهة للسلوك الخارجي للوحدات الدولية نذكر على سبيل الحصر منها، الموقع الجغرافي، والمورد البشري ودور النسق العقائدي لصانع القرار الخارجي، وتفاعل هذه العوامل مجتمعة، أو هذه المحددات مع البيئة الخارجية لتكتمل بعد ذلك الصورة النهائية للسياسة الخارجية، سواء اتسمت بالقوة والهيمنة، السيطرة وبسط النفوذ، أو امتازت بالضعف والإذعان، الهشاشة والتبعية.

في هذا السياق فإن الحديث عن السياسة الخارجية التركية خاصة بعد الإعلان الرسمي للجمهورية و إلى غاية اليوم يجعلنا نتوقف قليلا عند تاريخ هذا البلد الذي صنع ولا يزال يصنع الحدث، بلد المتناقضات أو كما أطلق عليه تسمية الجمهورية الحائرة، فدولة تركيا تزخر بقدرات داخلية هائلة وثمينة كان لابد من حسن استغلالها حتى يتسنى لها الارتقاء مبكرا بمصاف القوى الكبرى، لكن يشاء القدر وتشاء الصدف أن يشهد هذا البلد عاصفة وزلزالا سياسيا عصف بكيانه إعصاران الأول: تمثل في النزاع السلطوي بين ما هو مدني و بين ما هو عسكري والثاني: تجسد في الصراع بين من ينادي بالتيار الإسلامي والآخر الذي ينادي بالأصولية العلمانية، ليعود النصر للنزعة العسكرية ولتتجسد بعد ذلك معالم العلمانية الأتاتوركية، ولينعكس كل هذا على السياسة الخارجية التركية والتي اتسمت منذ تأسيس الجمهورية والى غاية عقد التسعينات من القرن الماضي بسياسة خارجية أحادية التوجه نحو الغرب، سياسة خارجية أقل ما يقال عنها بأنها سياسة سلبية، جامدة ناجمة عن توليفة عقائدية فضلت فيها آنذاك النخبة السياسية العسكرية التركية رفع شعار السلام في الداخل والسلام في العالم، ليستمر الحال على حاله إلى حين تفجر بعض الأحداث السياسية التي حملت في ثنايا طياتها بزوغ بعض المتغيرات التي ألقت هي الأخرى بظلالها تأثيرا على العملية السياسية على المستوى الداخلي بصفة خاصة وعلى المستوى الخارجي بصفة عامة، ألا وهي ميلاد ما يسمى بحزب العدالة والتنمية هذا الأخير استطاع أن يغير مجرى الحياة السياسية التركية على كافة الأصعدة سواء على المستوى المحلي: من خلال إبعاد المؤسسة العسكرية عن الساحة السياسية ومن ثم إرجاع السيطرة للمدنيين،

أو على المستوى الإقليمي من خلال التوظيف الجيد لمفهوم حسن الجوار خاصة مع العرب والقوقاز وشرق الأوسط، أو على الصعيد الدولي من خلال حجز مكانة دولية محترمة كانت وليدة جهود نخبوية ذات تفكير استراتيجي بعيد المدى، أين تم التخلي عن مفهوم الجسر والانتقال لمفهوم أخر وهو تصفير المشكلات و ما يعني ذلك من سلوك خارجي نشط، و أسلوب دبلوماسي فعال، و تسجيل تواجد دولي قوي ومستمر.

2-1:مقومات السياسة الخارجية التركية

أ-**المقومات الجيوبولتكية:** يعد مقوم الجغرافيا السياسية أحد أهم الدعائم التي يرتكز عليها صانع القرار الخارجي لدولة ما لتوجيه سياسة بلده الخارجية، حيث يساهم هذا الإدراك والوعي في استغلال ما هو كائن من إمكانات مادية خاصة ما تعلق منها بالموقع الاستراتيجي للبلد، من جهة المساهمة في إكساب هذا الأخير القوة الفعلية للوحدة الدولية إقليميا ودوليا، و من جهة أخرى، يسهل للدولة الدخول في علاقات تعاونية وصراعية في نفس الوقت.

وتتربع تركيا على مساحة قدرها 779542 كم مربع، تحدها من الشمال الغربي بلغاريا و اليونان، ومن الشمال البحر الأسود، ومن الشمال الشرقي جورجيا وأرمينيا، ومن الشرق كل من إيران وإقليم ناكسيفان الأذربيجاني، ومن الجنوب العراق وسوريا والبحر المتوسط ، ومن الغرب بحر ايجة.(14)

من خلال هذه التوليفة الحدودية نلاحظ أن تركيا تجاور ثماني 08 دول عبر الأطوال الحدودية التالية: طول الحدود مع أرمينيا 268 كم، طول الحدود مع أذربيجان 09 كم، طول الحدود مع بلغاريا 240 كم، طول الحدود مع جورجيا 252 كم، طول الحدود مع اليونان 206 كم، طول الحدود مع إيران 499 كم، طول الحدود مع العراق، 331 كم، طول الحدود مع سوريا 822 كم.

أما الحدود الساحلية 7200 كم، والمياه الإقليمية في بحر ايجة 6 أميال، والبحر المتوسط 12 ميلا والبحر الأسود 12 ميلا .(15)

إن الحدود الجغرافية التي تحوزها الآن تركيا هي امتداد لتطور تاريخي صراعي عسكري طويل، خاذته الدولة العثمانية منذ زمن "عثمان ابن أرطغل" إلى غاية تأسيس الجمهورية على يد "كمال أتاتورك"، أي أن الحدود المرسى عليها الآن جاءت وليدة كفاح نضال عسكري بحت كلل بموقع استراتيجي هام، جعل في الماضي وسيجعل تركيا في المستقبل القريب من أن تكون قوة عالمية على كافة الأصعدة ويكفي في هذا الجانب وبلغة الجغرافيا السياسية أن نزكي تركيا لأن تكون قوة محورية وإقليمية لكونها تتوسط قارتين وتجاور ثماني دول، قوة مائية لتحكمها في ثلاث مضايق وممرات مائية هامة، وقوة بحرية لحدودها الساحلية .

ب- المقومات الديمغرافية: يعد المقوم السكاني أحد أهم المقومات الدافعة والمحفزة نحو بلوغ خطوات متقدمة لتحقيق ما يسمى بالتنمية الشاملة، وفي هذا السياق يقدر إجمالي سكان الجمهورية التركية حسب تقديرات سنة 2007 (74.4 مليون) ساكن، فهذا الكم الهائل من السكان وفي حالة ما سمح لتركيا مستقبلا بالانضمام إلى الاتحاد الأوروبي، سيجعل منها الدولة رقم واحد لأنها البلد الأكثر كثافة سكانية من ثمة سينجر عن هذا المؤثر نقلا سياسيا يوازي هذه الكثافة في البرلمان واللجان الأخرى وبالتالي سيفوق الثقل الذي تتمتع به دول كبرى كفرنسا ألمانيا، وايطاليا، هذا وفضلا عن ما سيتمتع به الساكن التركي من حرية التنقل والإقامة، ومن ثمة سيجتاح حوالي عشرة ملاين عنصرا تركيا أوروبا، هذا وما يعنيه ذلك من تبيعات ستعود بالفائدة الايجابية لدولة الأمة في شتى الأصعدة وكافة المجالات.(17)

ج- مقوم المورد الطبيعي : تركيا بلد يتسم بوفرة الموارد الطبيعية خاصة ما تتعلق بأهم موردين تفتقرهما باقي الدول المجاور لها، ألا وهما المياه والغذاء في حين أنها تعوز موردين آخرين هامين وضروريين للانتعاش الاقتصادي على المستوى المحلي بالدرجة الأولى، وعلى مستوى التجارة الخارجية بدرجة ثانية، ألا وهما الغاز والنفط فتركيا تتمتع بموارد طبيعية وثروات معدنية وبمساحات شاسعة إضافة إلى موقع مميز، كل هذا أعطى دافع معنوي للاقتصاد التركي بأن يتسم بالتركيب والتعقيد، كونه ينطلق من التكامل ليخلص للاندماج، ولعل ما يؤكد صحة هذا، هو أن البلد يتمتع باكتفاء ذاتي، فمن الناحية الزراعية يحتل المرتبة الأولى عالميا في إنتاج البندق والمشمش والتين، أما من الناحية الصناعية فيحتل المرتبة الثانية عالميا في إنتاج الزجاج

المسطح، في حين تقع تركيا ضمن الخماسي العالمي الأول لإنتاج الذهب، والثماني العالمي الأول لصناعة وبناء السفن.(18)

وعليه نخلص إلى القول تركيا غنية بالموارد الطبيعة، لكنها فقيرة في نفس الوقت خاصة وأنها تفتقر أهم موردين يضمنان التواجد القوي على المسرح الدولي، فيتحولان بها من وحدة دولية تابعة، إلى أخرى متغيرة ضاغطة مسيطرة ونافذة، ألا وهما موردي الغاز والبترول، لكن هذا لم يمنع صانع القرار التركي من الاستثمار في ما هو كائن والسعي في نفس الوقت للتطلع لما يجب أن يكون.

د- المقوم الاقتصادي والعسكري:

* **المقوم الاقتصادي:** لعب الحلم التركي للانضمام للاتحاد الأوروبي دورا كبيرا في حصد الاقتصاد التركي مراتب مشرفة ضمن الاقتصاديات العالمية، إذ أضحى يحتل المرتبة السادسة عشر عالميا، كيف لا وهو واحد من أهم وأكبر الاقتصاديات في البلقان والشرق الأوسط، حيث وصل الدخل القومي به حوالي 240 مليار دولار عام 2003، أما فيما يتعلق بالتجارة الخارجية فقد تخطى حجم التجارة الخارجية حاجز 100 مليار دولار في عام 2008، بينما وصل نصيب الفرد من الدخل القومي حوالي 10 ألاف و67 دولار(19)، ولعل هذا الارتفاع في المعدلات المسجل يمكن إرجاعه بالدرجة الأولى للسياسة التي تبناها قادة حزب العدالة والتنمية، والتي أعطت النتائج التالية:

- ارتفاع حجم الاستثمار بحوالي أربعة أضعاف.
- ارتفاع حجم الإنتاج ضعفين .
- ارتفاع معدل استخدام رؤوس الأموال من 75% إلى 80%.
- ارتفاع معدلات استثمار القطاع الخاص في الفترة المذكورة بنسبة 300% أما استثمارات القطاع الحكومي فقد ارتفعت إلى نسبة 100%.
- ارتفاع نسبة الاستهلاك لتصل 39%،و22% في القطاع الحكومي.

– انخفاض عجز الموازنة العامة من الناتج القومي من 16.5%إلى اقل من2%.(20)

* **المقوم العسكري:** إن القوة العسكرية هي إحدى المؤشرات الأساسية للقوة الكامنة للدولة في زمن السلم وأهم مظهر يعكس القوة الحقيقية للدولة زمن الحرب، إن القدرة العسكرية لبلد ما كمقياس يستطيع التكيف مع الأوضاع المتغيرة، تتحدد بالقرارات الاقتصادية والدبلوماسية والسياسية مما ينتج عن هذه القرارات من توجهات وتطبيقات تؤثر على المقاييس الأمنية للدولة إلى حد كبير على كيفية استخدام مصادرها الاقتصادية ونقلها، وتحديد اتجاه سير علاقاتها الدبلوماسية السياسية. (21)

وفي هذا السياق تقبع القوات التركية المسلحة، أو بالأحرى الجيش التركي في المراتب الأولى عالميا من حيث تعداد الجيوش حيث يعد أكبر ثاني جيش في حلف الشمال الأطلسي بعد الولايات المتحدة الأمريكية، وثامن أكبر جيش عالمي باحتياطي بلغ تعداده الإجمالي حولي 308 ألف جندي موضوعين في الخدمة ، كيف لا وقد وصل عدد الأشخاص الموائمين للخدمة العسكرية في تركيا حوالي 12 مليون، بينما وصل عدد من يدخل سن التجنيد 680 ألف كل عام بينما يتوزع حوالي 515100 شخص يؤدون الخدمة العسكرية على صنوف القوات المسلحة بين 402000 للقوات البرية و60100 للجوية، و53000 للبحرية، هذا وكما يمكن للجيش أن يجند 378700 من المواطنين المؤهلين للأعمال العسكرية عند الضرورة، هذا و لدى الأتراك أيضا 40 الف جندي في قبرص التركية وحوالي3000 جندي يعملون في إطار عمليات الأمم المتحدة (الناتو).(22)

الجدول رقم01 : يوضح الأسلحة الرئيسية لدى الجيش التركي .

السنة	السلاح دبابات قتال رئيسية	المدفعية	الطائرات المقاتلة	طائرات هيلوكوبتر
1990	3714	4191	163	273
1994	4919	4275	174	262
1998	4205	4274	168	291
2002	4205	2990	168	534

المصدر: عقيل سعيد محفوظ، ص 170.

وبهذا نجد أن تركيا قد اهتمت بتطوير قدراتها العسكرية، حيث سجلت تواجدها كحليف لعدة منظمات دولية ذات طابع أمني كالناتو مثلا، هذا من جهة ومن جهة أخرى، نجد أنها بنت علاقات استراتيجية متينة مع دول صديقة كإسرائيل مثلا، ومن هنا ومن خلال هذه التركيبة العسكرية يتبين أن هذا البلد أضحى يتمتع بقاعدة لوجستية متقدمة، وذات موقع استراتيجي مهم وقريب من مسرح العمليات العسكرية في الشرق الأوسط، وأصبح له أيضا القدرة على أداء دور إقليمي عسكري.(23)

2-2: مرتكزات السياسة الخارجية التركية

– التوازن بين الحرية والأمن: لا يمكن لدولة أن توثر في محيطها الإقليمي دون إقامة توازن بين الأمن والحرية، فرغم أن العالم عرف تحديات أمنية بفعل الإرهاب نتيجة أحداث الحادي عشر من أيلول 2001، فتركيا استطاعت أن تحقق نوعا من الانسجام بين حرية مواطنيها و أمنها الداخلي، وهذا بفضل الديمقراطية المقوم الأساسي في تركيا.

– تصفير المشاكل مع الدول المجاورة: تتبع علاقات تركيا مع جيرانها مسارا أكثر تعاونا فهناك اعتماد اقتصادي متبادل ينمو بين تركيا وجيرانها ففي سنة 2009 على سبيل المثال، حققت تركيا تقدما دبلوماسيا كبيرا مع أرمينيا التي تبقى العلاقة معها في كل الأحوال الأكثر إشكالية في سياسة تركيا الإقليمية، كما انفتحت علاقاتها أيضا مع جورجيا وبلغاريا وإيران، عموما يمكن القول أن صناع القرار في تركيا قد اخذوا من مبدأ تصفير المشاكل خطوة جادة، وأبعد سعيا لتعاون بين تركيا والدول المجاورة لها .

– التأثير في الأقاليم الداخلية والخارجية لدول الجوار :تلعب السياسة الخارجية التركية دورا في التأثير في قضايا الشرق الأوسط وآسيا الوسطى والبلقان، ففي التسعينيات اهتمت تركيا بالأزمة في البلقان إثر اندلاع الحرب البوسنة والهرسك وكوسوفو، بينما ظل تأثير تركيا محدودا في الشرق الأوسط مقارنة مع البلقان والقوقاز، لكن في السنوات الأخيرة لعبت تركيا دورا مؤثرا في الشرق الأوسط إثر زيارة وزير الخارجية التركي السابق عبد الله غل إلى لبنان عام 2004.(24)

– السياسة الخارجية المتعددة البعد: و يعني ذلك الاتساق في السياسة الخارجية وعدم تعارض توجهاتها تجاه الدول والمنظمات الدولية فتركيا تعمل على تدعيم علاقاتها الاستراتيجية بالولايات المتحدة في إطار حلف الناتو وفي إطار علاقاتهم الثنائية، وكذلك تدعم علاقاتها مع روسيا والاتحاد الأوروبي، وفي الوقت الذي نجدها تدافع عن بعض قضايا العرب وفي مقدمتها حقوق الشعب الفلسطيني وتنتقد ممارسات إسرائيل الإجرامية، لكن في المقابل من كل هذا نجدها أيضا تقيم علاقات استراتيجية في مجالات عسكرية واقتصادية مع إسرائيل، دون أن يحدث ذلك تعارض أو عدم اتساق في سياستها الخارجية.

– الدبلوماسية المتناغمة: و يعتمد هذا المبدأ على تبلور حالة من التوافق والانسجام بين الاستراتيجية الكبرى للدولة والاستراتيجيات الصغيرة للشركات والأفراد والمؤسسات ومؤسسات المجتمع المدني، بحيث يتوافق سلوك اللاعبين الدوليين من غير الدول (سواء شركات تركية أو جمعيات رجال أعمال) مع سلوك الدولة التركية وسياستها الخارجية تركيا المنفتحة على أفريقيا والعرب من خلال حصولها على عضوية مراقب بالاتحاد الإفريقي والجامعة العربية وتشكيل المنتدى التركي – العربي، وعضويتها الكاملة في العديد من المنظمات الدولية، استضافتها للمؤتمرات والقمم الدولية مثل قمة الناتو ومنظمة المؤتمر الإسلامي، يصاحب هذا الانفتاح تفاعل موازي لمؤسسات المجتمع المدني التركية واتحادات المستثمرين وجمعيات رجال الأعمال التركية مع الدول العربية والإفريقية والإسلامية بشكل متناغم مع توجهات الدولة وسياستها الخارجية.

– أسلوب دبلوماسي جديد: أي رسم خريطة جديدة لتركيا تجعلها مرشحة لأداء دور مركزي: وأن تكون دولة قادرة على إنتاج الأفكار والحلول في محافل الشرق ومنتدياته، رافعة هويتها الشرقية دون امتعاض، ودولة قادرة على مناقشة مستقبل أوروبا داخل محافل أوروبا ومنتدياتها من خلال نظرتها الأوروبية، وهذه الرؤية ليست موجهة للدبلوماسيين والسياسيين وحدهم بل للمثقفين أيضا، إذ إن الوصول إلى نتائج ايجابية في هذه الرؤية يعد أمرا مستحيلا دون إعادة تهيئة المثقف وتطويره في نموذج جديد.(25)

3- مفهوم السياسة الخارجية الأمريكية

إن الحديث عن موضوع السياسية الخارجية الأمريكية يجعلنا نتوقف قليلا عند وزير الخارجية الفرنسي "دوفليبان" في مقولته الشهيرة :" على العالم أن يقف على رجلين بدلا من رجل واحدة "، هي كلها إيحاءات تشير إلى قوة وعظمة الولايات المتحدة الأمريكية، وكذا جاءت لتؤكد عن مدى حنكة ودهاء صانعي القرار بها، فالولايات المتحدة الأمريكية بلد نستطيع أن نقول عليه ببلد الاستثناءات، بلد استثنائي في تاريخه والذي يعود ميلاده إلى مضي قرنين تقريبا، على غرار الماضي الطويل لباقي الدول الكبرى، استثنائي جغرافي لكونه يأخذ موضع الجزيرة، كما أنه استثنائي من الجانب القيمي فالولايات المتحدة الأمريكية لم تبتكر الحرية ولا الديمقراطية ومع ذلك فقد جعلت من القيم الديمقراطية والليبرالية تنتصر في العالم، هي حقيقة جاءت لتنعت سياساتها الخارجية بالفعالية، فمنهجها وسلوكها الدولي واقعي بحت قائم على تعظيم القوة من أجل تحقيق المصلحة الوطنية، وبعد أحداث 11 سبتمبر 2001 عرفت السياسة الخارجية الأمريكية منحنى متزايدا والذي أخذ يتجه إلى المزيد من العالمية وذلك بإحكام السيطرة والهيمنة على جل التفاعلات الدولية لتصنع مقدراتها الاقتصادية والعسكرية، الثقافية والتكنولوجية فالولايات المتحدة الأمريكية البلد رقم واحد في العالم، في حين أخذت جل الدول الأخرى تتطلع وترتقي وتسمو لتحاكي سياستها الخارجية وتستنبط فكرها الاستراتيجي.

3-1: مقومات السياسة الخارجية الأمريكية .

أ- **المقوم الاقتصادي:** تحتل الولايات المتحدة الأمريكية المرتبة الأولى في العالم من الناحية الاقتصادية، حيث بلغ الناتج القومي الإجمالي حوالي 13 تريليون دولار في عام 2006، وهو ما يعادل 30% من إجمالي الناتج القومي العالمي تقريبا، هذا وقد بلغ معدل نمو الاقتصاد الأمريكي حوالي 2.2% عام 2008، ومن ناحية أخرى تعد الولايات المتحدة الأمريكية أكبر قوة تجارية، إذ شكلت الصادرات السلعية الأمريكية حوالي 11.9% من قيمة الصادرات السلعية العالمية كما شكلت قيمة الواردات الأمريكية حوالي 18.6% من إجمالي قيمة الواردات السلعية العالمية في 2001، وقد عزا وزير التجارة الأمريكي "كارلوس غوتيرز" ذلك النمو في الصادرات الأمريكية و زيادتها إلى اتفاقيات التجارة الحرة إذ قال: " أنه على الرغم من أن بلدان اتفاقيات

التجارة الحرة لا تشكل سوى 7.3% من إجمالي الناتج المحلي العالمي، فإن الصادرات إلى تلك البلدان تشكل 42.5% من صادرات الولايات المتحدة الأمريكية، وعليه فإن هذه المكانة الاقتصادية العالمية للولايات المتحدة الأمريكية تعود إلى الهيمنة على المؤسسات المالية الدولية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى استحواذها على معظم الشركات المتعددة الجنسيات في العالم، ناهيك عن قبوع الدولار الأمريكي في المرتبة الأولى فيما لدى دول العالم من احتياطي بالعملات الأجنبية.(26)

ب- المقوم العسكري: إلى جانب القوة الاقتصادية، يعد المقوم العسكري عاملا مهما للهيمنة الأمريكية، فالميزانية العسكرية للولايات المتحدة الأمريكية التي كانت قد بلغت 06% من إجمالي إنتاجها الوطني في أواسط الثمانينات من القرن الماضي، نجدها قد تراجعت إلى نسبة 03% أثناء القفزات الفجائية للحرب الباردة، ففي نهاية تسعينات القرن الماضي وبسب الفوائض في الميزانية في سنوات رئاسة "كلينتون" والسياسة المقررة من قبل الرئيس "بوش الابن" و ردا على اعتداءات الحادي عشر من سبتمبر 2001 ارتفعت الميزانية العسكرية الأمريكية من 300 مليار في عام 2000 إلى 400 مليار دولار في عام 2004، فالولايات المتحدة الأمريكية تمثل وحدها نصف النفقات العسكرية العالمية وأكثر من ثلثي النفقات العسكرية لحلف الأطلسي 27، وبهذا الرقم الضخم المخصص للقطاع العسكري نجد أن الولايات المتحدة الأمريكية تؤكد على أهمية القوات العسكرية في نجاح سياستها الخارجية واستراتيجيتها الأمنية القومية، فضلا على الدفاع عن المصالح الأمريكية الحيوية، والتي تشمل الدفاع عن إقليم الولايات المتحدة الأمريكية ومواطنيها وحلفائها وازدهارها الاقتصادي، ومصالح الولايات المتحدة الهامة التي لا تهدد بقاء الولايات المتحدة الأمريكية ولكنها تؤثر بشكل عام على الرفاه الاقتصادي والمصالح ذات الطابع الإنساني.(28)

جـ – المقوم التكنولوجي: أضحى المقوم التكنولوجي قوة لا يستهان بها في عصر أصبح لا يعترف إلا بالقوى، ففي هذا الصدد شهدت الولايات المتحدة الأمريكية تطورا كبيرا في قدراتها التكنولوجية، إذ تعد في مقدمة الدول الرأسمالية التي دشنت ما يسمى بـ عصر الثورة الصناعية الثالثة، أو ثورة المعلومات، وهو ما يعني زيادتها وتقدمها في مجالات التكنولوجية المعقدة، كالتكنولوجيا العسكرية، وتكنولوجيا الفضاء والاتصالات والعقول الالكترونية والهندسة الوراثية

وغيره، وبذلك تعد التكنولوجية الحديثة واحدة من أهم ميادين قوة الولايات المتحدة الأمريكية المؤثرة سواء على الصعيد المدني، أو الصعيد العسكري .(29)

3-2: أهداف السياسة الخارجية الأمريكية

أ- من الناحية السياسية :

- ضمان أمن الولايات المتحدة الأمريكية وسيادتها ووحدتها الإقليمية وسلامة مواطنيها وحرياتهم
- إقامة نظام دولي جديد بقيادتها .
- تقديم الدعم والحماية للحلفاء والأصدقاء بما يضمن تحقيق وضمان مصالحها الحيوية .
- الحد من ظهور قوة دولية منافسة .
- الهيمنة على شؤون المجتمع الدولي .

ب- من الناحية الاقتصادية :

- الحفاظ على قوة الاقتصاد الأمريكي .
- تأمين مصادر الطاقة الدائمة والمضمونة للولايات المتحدة الأمريكية.
- مواجهة القوى والتكتلات الاقتصادية الكبرى .

جـ - من الناحية العسكرية :

- إدامة التفوق العسكري الأمريكي العالمي .
- منع انتشار أسلحة الدمار الشامل .
- إنشاء دفاع فعال مضاد للصواريخ .
- ضمان جاهزية واستمرارية القوات العسكرية الأمريكية .
- تحديث وسائل الاتصالات والقيادة والتحكم والاستخبارات .

3-2: وسائل السياسة الخارجية الأمريكية في تحقيق أهدافها

- الوسيلة العسكرية (القوة الصلبة): وذلك باستخدام الأداة العسكرية لتنفيذ سياساتها الخارجية

- الوسيلة الاستخباراتية (الدعم الاستخباراتي واللوجستي) - (القوة الناعمة) .

- الوسيلة الاقتصادية (القوة الناعمة): وذلك بالاعتماد على المؤسسات المالية الدولية، والاعتماد في كثير من الأحيان على المساعدات المالية.

- الوسيلة السياسية (القوة الناعمة): توظيف الأمم المتحدة كوسيلة دولية أو مرجعية لشرعية سلوكها الدولي .

- الوسيلة الإعلامية - الدعائية (القوة الناعمة): من خلال التركيز على المؤسسات الإعلامية الأمريكية في تحقيق مصالحها الوطنية.(30).

ثانيا: محددات السياسات الخارجية التركية والأمريكية اتجاه الشرق الأوسط

بين نعم الموقع الجغرافي الاستراتيجي، وبين نقم المصالح والتوجهات الأمنية العالمية والإقليمية المعاكسة، وبعيدا عن مشاعر الصداقة و هروبا من القيم و الإيديولوجيات المشتركة، ولدت من أرحام كل هذه التوصيفات استراتيجية قوامها طرفان الأول ريادي والثاني طامح للوصافة، إنها علاقة متينة وعميقة تمتد أواصرها إلى جذور تاريخية بعيدة المدى والتي لطالما حكمت دعائمها بمحدد عسكري محض وأخر اقتصادي بروتوكولي تعاوني(31)، إذا فهي علاقة غير قابلة للفصل والقطع يأتي هذا خاصة في ظل مطامع تركيا للعب على وتر أمريكا ونفوذها وهيمنتها على العالم ضغطا على أوربا من أجل قبول عضويتها في الاتحاد الأوروبي، وفي الجهة المقابلة تسعى أمريكا ومن خلال تواجدها الدائم ولاسيما العسكري في تركيا من أجل ضمان مصالحها الاستراتيجية في المنطقة، و خاصة وأن هذه الأخيرة تتوسط قارتي أوروبا وآسيا، فهي بذلك تتحكم في ممرات ومضايق بحرية مما يجعل منها ذات أهمية استراتيجية عظمى بالنسبة للتوازنات السياسية في أوروبا (32)، وفي هذا السياق ومع انتهاء الحرب الباردة لم يكن أحد يتوقع أو يتنبأ بدوام و استمرارية نفس نهج العلاقة بين الجانبين، خاصة على إثر انهيار الاتحاد السوفيتي العدو والمهدد الأول للولايات المتحدة الأمريكية في منطقة الشرق

الوسط، إلا أن صانع القرار الأمريكي وفي نوع من التخمين الاستراتيجي المستقبلي أدرك أهمية تعزيز علاقاته الاقتصادية والعسكرية مع تركيا ولعل هذا ما جره لعقد اتفاق الدفاع التعاوني الاقتصادي مع تركيا سنة 1980، بذلك تكون أمريكا قد أمنت مصالحها الاستراتيجية في المنطقة، وفي مقابل ذلك تكون تركيا قد كسبت الريادة الإقليمية ناهيك عن تحصيلها نصف تأشيرة الاتحاد الأوروبي (33).

1- مجالات التقارب والتعاون التركي الأمريكي

تتجلى نظرة الولايات المتحدة الأمريكية لتركيا باعتبارها أحد المفاتيح الاستراتيجية في المنطقة الممتدة من أوروبا وحتى القوقاز مرورا بالبلقان والشرق الأوسط، وفي هذا الصدد نجد أن الولايات المتحدة الأمريكية قد حرصت طيلة نصف قرن على توطيد علاقتها بتركيا ودعمها عسكريا واقتصاديا، وفي هذا السياق شهدت العلاقة بين البلدين مزيدا من التقارب والتمتين خاصة خلال مرحلة الحرب الباردة وما بعدها، يأتي هذا نظرا لحاجة الولايات المتحدة الأمريكية لفرض وجودها في منطقة الشرق الأوسط .

1-1:المجال العسكري

كانت ولا تزال الولايات المتحدة الأمريكية تعتبر تركيا بأنها الحليف والشريك واللاعب رقم واحد في منظومة الأمن الإقليمي في الشرق الأوسط، ولذلك سعت جاهدة للعمل على مكافئتها من خلال توفير الحماية الكافية لها في مواجهة أي تهديد أي كان نوعه إقليميا أو دوليا، ولعل ما يؤكد صحة هذا الكلام هو تشكيل الهيئة المشتركة بين البلدين للتنسيق في العديد من القضايا الاستخباراتية (34)، وخير دليل على هذا هو عملية الاستخبارات الأمريكية في إلقاء القبض على زعيم الحزب الكردستاني "عبد الله أوجلان" في كينيا سنة 1999، وهي المساعدة الأهم التي قدمتها المخابرات الأمريكية إلى تركيا خلال سنوات عدة، وهو الأمر الذي حسم الكثير من التحفظات لدى الأتراك بشأن طبيعة العلاقات مع الولايات المتحدة الأمريكية، في المقابل من ذلك فقد تكون أحداث سبتمبر 2001 في الولايات المتحدة الأمريكية قد حسمت قدرا كبيرا أيضا من التحفظات والمخاوف بخصوص دور تركيا وأهميتها الاستراتيجية الأمريكية في منطقة الشرق الأوسط. (35)

جدول02: يوضح المساعدات الأمريكية العسكرية والأمنية إلى تركيا بملايين الدولارات للفترة بين 1948-2012

الفترة الزمنية	المساعدات العسكرية والمالية	أسلحة فائضة عن الحاجة	التعليم والتدريب العسكري	مكافحة المخدرات وتطبيق القوانين الدولية	مكافحة الإرهاب وإزالة الألغام أمور ذات صلة	منح أخرى	إجمالي المنح	قروض
1948-1950	-	؟	111.8	-	-	3.406.0	4.386.8	158.0
1976-1981	-	-	3.4	-	1.0	10.5	14.9	952.9
1982-1992	1.884.0	-	36.4	-	2.7	1.362.1	3.289.2	2.769.1

2-1: المجال الاستراتيجي

منذ انضمام تركيا إلى حلف الشمال الأطلسي، ونظير الدور الذي سعت إليه خاصة ما تعلق بحفظ الأمن والاستقرار في وسط شرق أوربا بعد تفكك الاتحاد السوفيتي سابقا، اعتبرت الولايات المتحدة الأمريكية أن تركيا جزء أساسي في منظومة الأمن الإقليمي في الشرق الأوسط، وأنه يجب العمل على حمايتها في مواجهة أية تهديدات إقليمية، ولعل هذا الدور المناط بتركيا جعل الولايات المتحدة الأمريكية تسجل إعجابها به و تستفيد منه معنويا ورمزيا بمشاركة دولة مسلمة في إطار حربها على أفغانستان، هذا فضلا عن إرسال تركيا لما يقارب حوالي 120 جندي لتقديم العون لقوات الدعم والإسناد التابعة لحلف الناتو، هذا ولا تزال تركيا تقوم بدور مهم في إطار تقديم العون اللوجستي والتدريبي لقوات الجيش الأفغانية.(36)

1-3: المجال الاقتصادي

لم تقتصر العلاقات التركية الأمريكية على البعد الاستراتيجي فحسب وإنما سعت الولايات المتحدة الأمريكية لتوطيد علاقتها الاقتصادية بتركيا خاصة خلال النصف الثاني من التسعينات من القرن الماضي(37) التي وصل فيها التبادل التجاري بين البلدين حوالي 80%، وهو الذي يعد تطورا غير مسبوق لكنه أقل بكثير مما يريده الجانب التركي الذي يفضل المنح والمساعدات المالية، في حين زادت التفاعلات الاقتصادية بين تركيا والولايات المتحدة الأمريكية خلال فترة حكم حزب العدالة والتنمية منذ عامي 2002-2010 بحيث كانت قيمة الصادرات إلى الولايات المتحدة الأمريكية 3356126 دولار في عام 2002، وقد بلغت 3762919 دولار في عام 2010، في حين بلغ إجمالي الصادرات 3605989 دولار في عام 2002، و وصل إلى 113883219 دولار في عام 2010 بينما شهدت الواردات نموا كبيرا حيث بلغت 3099099 دولار عام 2002، لترتفع سنة 2010 لتصل إلى 12318745 دولار.(38)

جدول03: يوضح الواردات التركية من الولايات المتحدة الأمريكية ونسبتها إلى إجمالي الصادرات (1950-2000)

العام	الواردات من الولايات المتحدة الأمريكية ألاف الدولارات	إجمالي الواردات بألاف الدولارات	النسبة المئوية	الصادرات إلى الولايات المتحدة الأمريكية ألاف الدولارات	إجمالي الصادرات بألاف الدولارات	النسبة المئوية
1950	68..7	285446	24.5	44484	263424	16.9
1955	111297	497632	22.4	486640	313346	15.5
1960	120609	468186	25.8	48130	320731	18.3
1965	160639	571953	28.1	82329	463738	17.8
1970	206040	94704	21.7	56235	588476	9.6
1975	425748	4738558	9	147120	1401075	10.5
1980	432357	7909443	5.5	127390	2910122	4.4
1985	1150061	11343375	10.1	505992	7958008	6.4
1990	2281647	22302126	10.2	967622	12959288	7.5
1995	3723982	35709011	10.4	1513831	21637041	7
2000	3911022	54502821	7.2	3135162	27774906	11.3

ففي عام 2002 تم تشكيل منطقة صناعية مشتركة بين واشطن وأنقرة والتي أعطت المنتجات التركية مزايا تنافسية داخل السوق الأمريكية، وإعفاءات ضريبية ساهمت في زيادة العلاقات التجارية بين البلدين، وبهذا تعد الولايات المتحدة الأمريكية ثاني أكبر شريكي تجاري بعد ألمانيا بصادرات بلغت قيمتها حوالي 5.7 مليار دولار.(39)

2- بؤر التوتر والصراع التركي الأمريكي

2-1: الملف العراقي: ساد التوتر في العلاقة بين الولايات المتحدة الأمريكية وتركيا عقب الغزو الأمريكي للعراق سنة 2003 حيث أبدى الجانب التركي وحسب أجندته الاستراتيجية تخوفا كبيرا إزاء إقدام السياسة الكردية العراقية بالتوجه نحو قيام حكم ذاتي كردي دائم، على أن يكون لهم في المستقبل الدولة الكردية المستقلة، معتبرة أن حدوث ذلك سيكون بسبب السياسات الأمريكية بالأساس وهكذا تطورت العلاقة بين الجانبين فزاد حجم التوتر بين الطرفين، وفي مقابل كل هذا رفضت تركيا السماح للولايات المتحدة الأمريكية من استخدام أراضيها لأجل تحقيق هذا الغزو وجاء نتيجة الرفض البرلماني التركي، ولعل هذا الرفض نبع أيضا من شعور تركيا بأن الولايات المتحدة الأمريكية ربما تكون داعمة لمساعي كيانية للكرد في المنطقة، أو لديها جدول أعمال سريا يتعارض مع المصالح التركية خاصة ما تعلق بمؤامرة تستهدف تقسيم تركيا إلى تكوينات اثنيه متعددة، أو على الأقل تحجيمها وإشغالها بجدول أعمال محلي مثقل بالتوتر و العداء41().

هذا وقد استمر التباعد الأمريكي التركي بشأن العراق، حيث دعمت تركيا في الانتخابات النيابية العراقية التي جرت في عام 2010، تكتل السيد إياد علاوي، وعارضت إعادة اختيار رئيس الوزراء العراقي السابق نوري المالكي -آنذاك- الذي رأت في سياساته الداخلية تكريسا للنهج الطائفي، الذي "فشلت" واشنطن في كبح جماحه، كما كانت تنظر إليه أيضًا بوصفه "رجل طهران" في العراق، في حين دعمت واشنطن إعادة اختياره، وترى أن عداء أنقرة له غير ضروري ولن يأتي بنتائج إيجابية، لكن أثبت التطورات الميدانية في العراق بعد إعادة اختيار نوري المالكي رئيسا لمجلس الوزراء العراقي وإزاحته عن الحكم في أب/أغسطس 2014، على خلفية أحداث الموصل، نجاعة الموقف التركي من المشهد العراقي.

2-2:الملف السوري : يعد هو الأخر أحد أهم نقاط التقاطع بين الطرفين حول طريقة المثلى للتعامل مع الوضع المعاش والهدف النهائي له، فحينما اندلعت الانتفاضة السورية في 15 آذار/مارس 2011، ولاحتواء تداعياتها طلبت الحكومة التركية من الحكومة السورية التجاوب مع مطالب الشعب السوري، ولكنها رفضت واستمرت في ممارسة القتل والتنكيل

بالمتظاهرين السوريين، حينها وتحديدا في تشرين الأول/أكتوبر عام 2011، دعا رئيس الوزراء التركي السابق ورئيس الجمهورية الحالي رجب طيب أردوغان، الرئيس السوري بشار الأسد بالتنحي عن الحكم.

هذا وعلى الرغم من أن الموقف التركي لقي ترحيبا من قبل الولايات المتحدة الأمريكية على أنه تأكيد لوقوف تركيا مع الغرب في مشهد التغيير العربي إلا أن الانتفاضة السورية جسدت أكبر المشاهد الخلافية التي حازت اهتمام الدولتين وبشأن أسلوب التعامل معها والغاية النهائية لها، بالنسبة لتركيا لم يكن لديها اقتناع متماسك بأن الولايات المتحدة الأمريكية ترغب بشكل جدي في تغيير الحكم في سورية على الرغم من تصريحات رئيسها "باراك أوباما" بداية الانتفاضة السورية بأن حكم الرئيس بشار الأسد قد فقد شرعيته فهي تفضل بقاؤه على جلب الإسلام السني المتحالف مع تركيا غير مرحب به إسرائيليا، والذي سيشكل خطرا– كما تدعي الولايات المتحدة الأمريكية– على مكونات المجتمع السوري غير السنية لذلك رفضت– ولا تزال– ترفض أي مقترح قد يتضمن حظرا جوا أو منطقة آمنة للمدنيين. (42)

بهذا زاد التنافر بين الجانين حول هذه المسألة وتحديدا في سنة 2012 يأتي ذلك على إثر إخفاق الولايات المتحدة الأمريكية في لعب دور فعال في جلسة مجلس الأمن التي دعت إليها تركيا لمناقشة القضية السورية من باب إنساني على أمل أن تصل إلى فرض منطقة آمنة داخل سوريا يلجأ إليها المدنيون السوريون بدلا من التدفق إلى الخارج ، بحيث لا شيء تغير في هذه المعادلة حتى الآن.

2–3: الملف الإيراني: يعد الملف الإيراني أحد أهم نقاط التقاطع، التوتر، والانفصام بين الجانبين التركي والأمريكي، يأتي هذا نظرا للارتباط الدولي الوثيق الذي جمع ويجمع الطرف الإيراني ونظيره التركي خاصة فيما تعلق بالاتفاقيات الثنائية الاقتصادية والعسكرية بين الطرفين، وبناء على الروابط المتينة تكون تركيا قد عارضت سياسة الولايات المتحدة الأمريكية الرامية لفرض عقوبات على إيران في ما يتعلق بالمجال النووي، وفي هذا الصدد فقد امتنعت مرات عديدة عن التصويت في الأمم المتحدة بل صوتت ضده في مجلس الأمن، مما خلف أثار سلبية في العلاقة بين الطرفين إذ أصاب الإحباط لدى الأواسط الأمريكية إيمانا منهم بأن تركيا

تعدم دعما لوجستيا للبرنامج النووي الإيراني، ولعل ما زاد الطين بلة هو إبرام الاتفاق الثلاثي مع البرازيل، ملف أسال العرق البارد للأمريكان في حين كاد أن يفقد الأتراك شرعية الولايات المتحدة الأمريكية الدولية، لكن سرعان ما تغيرت وجه النظر التركية من البرنامج النووي الإيراني بعد الأزمة السورية على الصعيد الرسمي والشعبي، وجاء هذا التغير بعد الثورات العربية وتحديدا بعد اندلاع الثورة السورية دون أن يعني ذلك الدخول في صراع مباشرة مع إيران(43)، وعليه كاد يكلف هذا الملف الخسارة لكلا الطرفين، من جانب تركيا خسارة الولايات المتحدة الأمريكية، يعني خسارة حليف مهم في الشرق الأوسط خاصة في ظل تأخر عضويتها في الاتحاد الأوروبي، بينما الطرف الأمريكي خسارة تركيا يعني البحث عن حليف ليس بمكانة وموقع تركيا الاستراتيجي في المنطقة.

وبهذا نخلص للقول أنه كلما زاد تغلغل وانغماس تركيا في مناقشة ملفات الشرق الأوسط كلما زاد تشبث واهتمام أمريكا بها كحليف استراتيجي يجب رعايته والحفاظ عليه، من أجل ضمان وجود دائم وتسجيل حضور قائم في ذات المنطقة التي تشهد تنافسا وتصارعا كبيرا على ثرواتها الباطنية بصفة عامة، والطاقوية بصفة خاصة، ويأتي هذا في ظل سيادة سياسة دولية قائمة على مبدأ "لا توجد صدقات دائمة، ولا توجد عدوات دائمة، إنما توجد مصالح دائمة ".

خاتمة

نخلص في الختام إلى أن الحيز الجغرافي الموسوم بالشرق الأوسط، أضحى فريسة لذئاب كشرت أنيابها لتطلق العنان لما يسمى بسياسة أنا ومن بعدي الطوفان، سياسة هجينة أدخلت جل دول المنطقة في دوامة صارع سياسي، وتقهقر اقتصادي، وتخبط اجتماعي، وتراجع فكري وثقافي، وفي المقابل من كل هذا توافد أجنبي، تناحر إقليمي، ونزاع جواري حدودي، كل هذا جعل للقوى الكبرى يد في المنطقة، تارة تحت شعار ديمقراطي، وتارة أخرى تحت ستار إصلاح سياسي، اقتصادي هز كيان هذا الحيز الجغرافي ليبعث ما يسمى نوعا من العنف السياسي، والانقسام المجتمعي وأمام هذا الوضع الأهون تحركت القوى الإقليمية والدولية كل حسب أهدافه وغايته، ونخص بالذكر هنا الدور الإقليمي الحثيث لتركيا في مناقشة وبحث جل الملفات والقضايا الشرق الأوسطية العالقة (المياه، الحدود، الأكراد النووي، الملف السوري) المرهون حلها وتسويتها بصونها لأمنها القومي، ومن ثمة ضمان دورها الإقليمي الريادي والقيادي، وفي المقابل من كل هذا سعت والولايات المتحدة الأمريكية باعتبارها القوة رقم واحد في العالم بمبادرات أخذت أشكال متعددة ومختلفة فتراوحت بين التدخل العسكري، وبين المساعدة الاقتصادية، وبين الضغط المؤسسي الدولي، كلها مساعي سعت من خلالها الولايات المتحدة الأمريكية وبالاعتماد على حليف استراتيجي تركي لضمان لتواجدها الدائم في المنطقة ومن ثمة منع أي قوى أخرى لمزاحمتها، إذا بين نظرية القيادة من الخلف (الولايات المتحدة الأمريكية) ونظرية (التحالف الاستراتيجي المشترك) نمت و توطدت العلاقة بين الطرفين يوما تلوى الأخر.

وفي حال استمرار تركيا العمل بمبدأ تصفير المشكلات، وخاصة إذا رافق هذا المبدأ انفتاح على المستويين الداخلي والخارجي، وفي حال استمرار ثقة الشعب بالقيادة الحاكمة، سيجعل كل هذا مجتمعا الاتحاد الأوروبي يبدي رغبته الأكيدة للاستفادة من قوة إقليمية قارة، وقوة عالمية ناشئة ومؤثرة ألا وهي تركيا لتعزيز كيان هيئته الحكومية الدولية، ومن ثم ضمان تواجده على المسرح التنافس على الأسواق العالمية في مجابهة غيره من القوى والتكتلات الاقتصادية والتجارية العالمية، تبقى هذه وجهة نظر خاصة بالباحث، غير أن هناك من الباحثين من يبدي وجهة نظره باستحالة انضمام تركيا إلى القطار الأوروبي.

الهوامش:

1- عبد القادر رزيق المخادمي، **الشرق الأوسط بين الفوضى البناءة وتوازن الرعب**، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية 2008، ص 58.

2- ممدوح محمود مصطفى منصور، **الصراع الأمريكي السوفياتي في الشرق الأوسط**، القاهرة: مكتبة مدبولي، ص ص ص39- 40

3-جليل معمر علي، **السياسة الخارجية التركية حيال الشرق الأوسط**، مركز كردستان للدراسات الإستراتيجية، (سلسلة أوراق بحثية) ،2011، ص ص 46-47.

4- يحي أحمد الكعكي، **الشرق الأوسط وصراع العولمة**، بيروت: دار النهضة العربية، 2002، ص 120.

5- ناجي صادق شراب، "مشروع الشرق الأوسط الكبير وأثره على النظام الإقليمي العربي"، (رسالة مقدمة لنيل متطلبات درجة الماجستير في دراسات الشرق الأوسط ، كلية الآداب والعلوم الإنسانية، جامعة الأزهر، غزة ، 2012)، ص ص 19- 20.

6- عبد الوهاب كيالي وآخرون، **موسوعة السياسة الجزء الثالث**، ط2، بيروت: المؤسسة العربية للدراسات والنشر 1993 ص 456.

7- جليل معمر علي، **مرجع سابق**، ص 51.

8- يحي أحمد الكعكي، **مرجع سابق**، ص 126.

9- جليل معمر علي، **مرجع سابق**، ص 52.

10- كعسيس خليدة، "السياسة الأمريكية في الشرق الأوسط بعد أحداث 11 سبتمبر 2001 مشروع الشرق الأوسط الكبير"، (رسالة مقدمة لنيل متطلبات درجة الماجستير في العلوم السياسية والعلاقات الدولية فرع علاقات دولية، كلية العلوم السياسية والإعلام ، قسم العلوم السياسية والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر، 2008)، ص ص 55- 56

11- محمد أزعر، "السياسة الأمريكية اتجاه المنطقة العربية والتوازنات بعد حرب الخليج"، **مجلة مستقبل العالم الإسلامي** العدد 07، 1992، ص 75

12- خديجة لعريبي، "السياسة الخارجية الروسية تجاه منطقة الشرق الاوسط بعد أحداث 11سبتمبر 2001"، (رسالة مقدمة لنيل متطلبات درجة الماجستير في العلوم السياسية والعلاقات الدولية تخصص علاقات دولية وإستراتجية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم العلوم السياسية والعلاقات الدولية، جامعة محمد خيضر بسكرة – الجزائر، 2014)، ص 34.

13- ممدوح محمود مصطفى منصور، **مرجع سابق**، ص ص 60-61

14- زياد طارق الشرطي، **السياسة الخارجية التركية تجاه القضية الفلسطينة عثمانيون جدد أم علمانية مؤمنة**، عمان: مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع ، 2013، ص 67.

15- عقيل سعيد محفوظ، "المؤسسة العسكرية والسياسة العامة في تركيا: دراسة في جدليات المجتمع والدولة والسياسة الخارجية"، (أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلاقات الدولية، كلية الاقتصاد، قسم الاقتصاد والعلاقات الدولية، جامعة حلب، 2006)، ص 49.

16- **المرجع نفسه** .

17- أحمد محمد نور الدين، **تركيا الجمهورية الحائرة**، بيروت: مركز الدراسات الاستراتيجية والبحوث و التوثيق، 1998، ص 39.

18- علي حسن باكير وآخرون، **تركيا: الدولة والمجتمع المقومات الجيو- سياسية والجيو استراتيجية النموذج الاقليمي والارتقاء العالمي**، قطر: الدار العربية للعلوم، 2009، ص 24.

19- دني إيمان، **الدور الإقليمي لتركيا في منطقة الشرق الأوسط بعد الحرب الباردة**، الإسكندرية، مكتبة الوفاء القانونية ، 2014، ص ص 83 - 85

20- ابراهيم أوزتورك، **التحولات الاقتصادية بين عامي 2002-2008**، قطر: الدار العربية للعلوم، 2009، ص53.

21- أحمد داوود اوغلو، **العمق الاستراتيجي**، ط2، قطر: الدار العربية للعلوم ناشرون، مركز الجزيرة للدراسات، 2011، ص 48.

22- علي حسن باكير، **مرجع سابق**، ص 36.

23- جليل عمر علي، **مرجع سابق** ، ص39.

24- محمد نور الدين، **السياسة الخارجية .... أسس ومرتكزات**، قطر: الدار العربية للعلوم ، 2009، ص 138.

25- بهاء الدين محمد، **دروس مستفادة من السياسة الخارجية التركية الجديدة**، نقلا عن موقع:

http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=267533 تاريخ الاطلاع: 2016/03/15.

26- سليم كاطع علي، "مقومات القوة الأمريكية وأثرها في النظام الدولي"، **مجلة دراسات دولية**، العدد الثاني والأربعون، ص ص ، 156- 158

27- مكسيم لوفابر ، **السياسة الخارجية الأمريكية**، بيروت: عويدات للنشر والطباعة ، 2006، ص ص 121- 122.

28- علي دعسان الهقيش، "السياسة الخارجية الأمريكية تجاه حركات الإسلام السياسي في العالم العربي 2001-2011" (رسالة مقدمة لنيل متطلبات درجة الماجستير في العلوم السياسية، كلية الآداب والعلوم، جامعة الشرق الأوسط، 2012)، ص25.

29- سليم كاطع علي، **مرجع سابق**، ص ص 164-165

30- باهر مردان، **الاستراتيجية الأمريكية الأهداف والوسائل والمؤسسات**، بكين: 2014، ص 34.

31- لقمان عمر محمود النعيمي، **تركيا في الاستراتيجية الامريكية المعاصرة :دراسة في تطور العلاقات التركية الامريكية بعد الحرب الباردة 1991-2008**، الموصل: مركز الدراسات الإقليمية، 2008، ص201.

32- دني إيمان، **مرجع سابق** ، ص209.

33 - kamel kirisci ,turkey and the states ambivalant allies,middle east rewiew of international affairs ,1991,p21.

34- خليل العناني، **مع الولايات المتحدة الأمريكية مصالح استراتيجية متبادلة**، مركز الكاشف للمتابعة والدراسات الاستراتيجية، 2011، ص 150.

35- عقيل سعيد محفوض، **السياسة الخارجية التركية الاستمرارية – التغيير**، بيروت: المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، 2012، ص ص 238 - 239.

36- محمد نور الدين، **مرجع سابق**، ص 150.

37- خليل العناني، **مرجع سابق**، ص 153.

38- عقيل سعيد محفوض، **مرجع سابق**، 250.

39- خليل العناني، **مرجع نفسه**، ص 153.

40- زياد طارق الشرطي، **مرجع سابق**، ص 194.

41- عقيل سعيد محفوض، **مرجع سابق**، ص ص 254- 255.

42- **العلاقات الأمريكية التركية...على المحك**، نقلا عن:

http://rawabetcenter.com/archives/1820 تاريخ الاطلاع : 2016/03/16.

43- علي حسن باكير، **أمريكا و تركيا: معادلة القوة الصاعدة و القوة المتراجعة**، تقارير مركز الجزيرة للدراسات 2012، ص04.

الالتزام بالتحذير في عقود الائتمان المصرفي

ملخص :

يعتبر الالتزام بالتحذير من الالتزامات المهنية المصرفية الحديثة، وقد كان للقضاء الفرنسي الفضل الكبير في خلقه، ورسم معالمه وتحديد نطاقه من خلال العديد من قرارات محكمة النقض، بهدف واحد هو حماية زبون البنك الراغب في الحصول على اعتماد والذي يفتقر في الغالب إلى الخبر الكافية التي تمكنه من تقدير المخاطر التي تحيط بعمليات المصرفية وفي مقدمتها عملية الإقراض.

في هذا الاطار تحاول هذا الدراسة تسليط الضوء على هذا الالتزام الحديث ودور القضاء الفرنسي في خلقه، وبحث أهميته في حماية المقترض غير المهني.

الكلمات المفتاحية: الاعتماد المصرفي، التحذير، البنك، الزبون

Résumé :

on considère l'obligation de la mise en garde une des obligations bancaires professionnelles contemporaines ,.
il a été le grand mérite au jurisprudence française à sa création, et de déterminer ses caractéristiques, à travers de multiples décisions de la Cour de cassation,.
Pour un seul but est de protéger l'emprunteur client de la Banque, désirant avoir un crédit bancaire et qui manque souvent d'une expérience suffisante pour lui permettre d'évaluer les risques qui entourent des opérations bancaires, notamment les opérations du crédit
Dans ce contexte, cette étude tente de mettre en relief sur cette obligation contemporaine et le rôle de la jurisprudence française dans sa création, et de démontrer son importance dans la protection de l'emprunteur non professionnel.
Mots-clés: crédit bancaire, mise en garde , banque, client.jurisprudence française.obligation contemporaine

الالتزام بالتحذير في عقود الائتمان المصرفي

* بوخرص عبد العزيز

أستاذ بجامعة محمد بوضياف – المسيلة – الجزائر

مقدمة :

إذا كان يقع على عاتق البنك في الظروف العادية التزام بتقديم البيانات أو المعلومات المتعلقة بعقد الائتمان[1] إلى الزبون الذي يسعى إلى الحصول على ائتمان مصرفي، فإن

---

[1] يمكن تعريف عملية الاعتماد تعرفا مختصرا بأنها" وضع الأموال تحت التصرف مقابل أجر" (une mise à disposition de fonds rémunérée) Th. Bonneau, **Droit bancaire,** 5ème éd., Delta2003, p 45

في حين عرف المشرع الجزائري عملية الاعتماد في نص المادة 68 من قانون النقد والقرض على النحو التالي."يشكل عملية قرض، في مفهوم هذا الأمر، كل عمل يضع بموجبه شخص ما أو يعد بوضع أموال تحت تصرف شخص آخر، أو يأخذ بموجبه لصالح الشخص الآخر التزاما بالتوقيع كالضمان الاحتياطي أو الكفالة أو الضمان.

تعتبر بمثابة عمليات قرض، عمليات الإيجار المقرونة بحق خيار الشراء، لاسيما عمليات القرض الإيجاري وتمارس صلاحيات المجلس إزاء العمليات المنصوص عليها في المادة"

و ما يلاحظ بداية في نص هذه المادة أن المشرع الجزائري استعمل عبارة "**عمليات القرض**"، وهي ذات العبارة التي استعملها في نص المادة 66 من قانون النقد والقرض من قبل، وهي في الواقع ترجمة غير صحيحة لكلمة "**Crédit**"التي يقصد بها الائتمان أو الاعتماد، والأمر لا يتعلق بترجمة لغوية وإنما بمفاهيم ومصطلحات مصرفية دقيقة، إذ يجري في القانون المصرفي التفرقة بين عملية القرض " **Opération de prêt** "الذي هو وفقا للقواعد العامة عقد يلتزم بمقتضاه المقرض (البنك)أن

موضوع العقد والظروف المحيطة به قد تجعل في بعض الأحيان من هذا الالتزام غير كاف لتنوير إرادة الزبون، لذا اتجه القضاء وبشكل تدريجي إلى وضع التزام جديد على عاتق البنك هو الالتزام بالتحذير" **L'obligation de mise en garde** "، أي تحذير زبون البنك ولفت انتباهه إلى احتمال وجود خطر ما ناتج عن العملية التي هو مقبل عليها، وذلك حتى يتخذ الأوضاع القانونية المناسبة لتفادي مثل هذه المخاطر. ففي هذه الحالة لا يكفي مجرد الإعلام، بل يجب على البنك أن يتخذ موقفا أكثر إيجابية يصل فيه إلى حد التأكيد والتصميم على تنبيه زبونه إلى الخطورة الناشئة عن العملية التي هو مقبل عليها.

المطلب الأول: دور القضاء الفرنسي في خلق الالتزام بالتحذير

يعتبر الالتزام بالتحذير من الالتزامات المهنية المصرفية الحديثة، وقد كان للقضاء الفرنسي الفضل الكبير في خلقه، ورسم معالمه وتحديد نطاقه من خلال العديد من قرارات محكمة النقض،مع ذلك فإن الفقه بدا مع صدور أولى هذا الأحكام في منتصف التسعينات متشككا في إمكانية تعميم هذا الالتزام وتطبيقه في مختلف القضايا المتعلقة بعقود الائتمان المصرفي **(أولا)**وهو الشك الذي زال مع التأكيد القضائي على هذا الالتزام لاحقا **(ثانيا)**.

أولا: قضاء النقض الفرنسي والتشكيك الفقهي في وجود الالتزام بالتحذير

ينقل إلى المقترض (الزبون) ملكية مبلغ من النقود، على أن يرد المقترض عند نهاية مدة القرض مثله في مقداره ونوعه وصنفه، وبين عمليات الائتمان" **les opération de crédit** " التي يعد القرض المصرفي صورة من صورها، لذا فإن" كل قرض هو عملية ائتمان، ولا يترتب عن كل عمليات الائتمان قرض"

لأكثر تفصيل أنظر: بوخرص عبد العزيز **مسؤولية البنك تجاه الغير**، رسالة مقدم لنيل شهادة دكتوراه علوم تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار عنابة، السنة الجامعية2016/2015، ص: 51.

ويعتبر حكم محكمة النقض الصادر عن الغرفة المدنية في 27 جوان 1995[2] أول الأحكام القضائية التي ساهمت في خلق هذا الالتزام[3]، حيث قضت فيه محكمة النقض بأن البنك قد أخل بالتزامه بالنصح حينما منح قرض، يتضمن التزامات مفرطة، بالنظر إلى قلة مصادر الزبون، و دون تحذير هذا المقترض من خطورة الاستدانة الناتجة عن هذا القرض[4].

مع ذلك فقد لا حظ العديد من رجال الفقه أن العبارات التي تضمنها حكم محكمة النقض هذا، يوحي بأن المحكمة لا تفرق صراحة بين النصح والتحذير، وهو ما خلق نوعا من الالتباس بين هذين الالتزامين[5].

هذا الحكم القضائي الذي حظي بقبول لدى محاكم الموضوع التي ما فتئت تؤكد على التزام البنوك بالتحذير تجاه زبائنها[6]، أتبعته محكمة النقض بمجموعة من الأحكام ساهمت بشكل صريح ومباشر في تكريس هذا الالتزام على عاتق البنوك، لا سيما في مجال عمليات الائتمان، ففي 12 جويلية 2005أصدرت محكمة النقض بغرفها مجتمعة "enformation plénière" أربعة أحكام[7]، الحكم الأول يعرف بـ "L'arrêt Epoux Jauleski" أقرت فيه محكمة النقض وبعبارات صريحة وجود التزام بالتحذير على عاتق البنك، مستقل عن الالتزام

---

[2] Cass.civ.,27 juin 1995, JCP 1995.G.II.772.not. D. Legeais; RTD com 1995.p 100, obs., M. Cabrillac; RTD civ, 1996. p 384 obs J. Mestre.

[3] N. Bourdallé et J.R. Capdeville, **«Le développement jurisprudentiel de l'obligation de mise en garde du banquier»**cahier de rechareche n° 5, décembre 2005**, p 9**

[4] « Manque à son devoir de conseil l'établissement de crédit qui consent un prêt dont les charge sont excessives au regard de la modicité des ressources de l'emprunteur, sans mettre en garde cet emprunteurs sur l'importance de l'endettement qui résulterait de ces prêts ».

[5] Th. Bonneau, **Droit bancaire,** 5ème éd., Delta 2003, p 289 ;N. Bourdallé et J.R. Capdeville, **Art. préc.**, p 09

[6] في الإشارة إلى هذه الأحكام الصادرة عن محاكم الموضوع أنظر :

J.R. Capdeville, **Art. préc.**, marge p 09.

[7] - Cass.com., 12 juin 2005, n° 03-10.115, Juris-Data n° 2005-029442 ;Cass.com., 12 juin 2005, n° 03-10.777, Juris-Data n° 2005-029443 ;Cass.com., 12 juin 2005, n° 02-13.155, Juris-Data n° 2005-029596; Cass.com., 12 juin 2005, n° 03-10.921, Juris-Data n° 2005-029447.

بالنصح أو الإعلام[8]، بالرجوع إلى حيثيات الحكم نجد أن أحد البنوك قام بمنح قرض لزوجين صاحبا مداخيل متواضعة من أجل شراء مسكن، وبسبب عجزهم عن الوفاء قام الزوجان بمقاضاة البنك عن منح اعتماد بشكل خاطئ، محكمة استئناف **Paris** اعتبرت البنك مخطأ وصرحت أن هذا الأخير تجاهل أو لم يقدر التزاماته تجاه زبونه غير المهني، ولم يتحرى عن قدراته المالية، ووافق على منح قرض مفرط بالنظر إلى قدراته المالية، وبالتالي يكون قد أخل بالتزامه بالتحذير[9]، وهو الحكم الذي حظي بتأييد محكمة النقض.

وإذا كان البعض[10] يرى في هذا الحكم عودة إلى الحل الذي قدمته الغرفة المدنية في 27 جوان 1995، إلا أن عبارات الحكم في الواقع تدل على اعتراف صريح من طرف محكمة النقض بوجود التزام بالتحذير مستقل[11]، وهو ما أكدته محكمة النقض في حكمين صدرا في نفس اليوم، يتعلق الأمر بحكم "Epoux Seydoux "[12]، وحكم "Guigan"[13]، حتى وإن حصر هذين الحكمين تطبيق هذا الالتزام على المقترض غير المهني "profane"دون المقترض المهني أو المحذر "avertis"

وفي نفس السياق وفي ذات اليوم أصدرت محكمة النقض حكم معروف بحكم "L'arrêt Consorts Grimaldi"[14] أشار وبشكل ضمني إلى وجود التزام بالتحذير على عاتق البنك، وبالرجوع إلى حيثيات الحكم نجد أن أحد البنك وافق على منح أحد زبائنه والذي يملك عدة حسابات مفتوحة لديه، ثلاث اعتمادات متتالية لتغطية رصيده المدين في حساب

---

(8) N. Bourdallé, J.R. Capdeville, **Art. préc.**, p 09.

(9)« que la banque avait méconnu ses obligations à l'égard de ces emprunteurs profanes en ne vérifiant pas leurs capacités financières et en leur accordant un prêt excessif au regard de leurs facultés contributives, manquant ainsi à son devoir de mise en garde ».

(10)A.Gourio, note , sous, cass.com. 12 juin 2005 , JCP 2005.II.10140

(11) J.R. Capdeville, **Art. préc.**, p 10.

(12) Cass.com., 12 juin 2005, n° 03-10.777, Juris-Data n° 2005-029443.

(13) Cass.com., 12 juin 2005, n° 02-13.155, Juris-Data n° 2005-029596.

(14) Cass.com., 12 juin 2005, n° 03-10.921, Juris-Data n° 2005-029447.

الودائع الخاص به، غير أن الزبون فيما بعد ومن خلال دعوى قضائية رفعها ضد البنك، أخذ على هذا الأخير أنه لم يقترح عليه بموجب الالتزام بالنصح، القيام بعملية تحويل انطلاقا من حسابات الادخار التي يملكها، والتي كان الرصيد الدائن فيها كافيا لتغطية الرصيد المدين في حساب الودائع.

تم رفض طلب الزبون من طرف محكمة استئناف "Bordeaux"، قبل أن يتم نقض هذا الحكم بسبب أن محكمة الاستئناف لم تبحث فيما إذا كان البنك عند منح أي من هذه الاعتمادات الثلاث للزبون قد أبلغ زبونه بالخيارات المتاحة لديه في تغطية الرصيد المدين لحساب الودائع والمتمثلة في التحويل من حساباته الأخرى أو الحصول على اعتماد من البنك، ومزايا وعيوب كلا الخيارين[15].

بعد أقل من سنة من هذه الأحكام الصادرة عن الغرف مجتمعة لمحكمة النقض، أكدت الغرفة التجارية لمحكمة النقض هذا الالتزام عن طريق ثلاث أحكام صادرة بتاريخ 03 ماي 2006، الحكم الأول[16] يتعلق بشخص تعاقد مع أحد البنوك من أجل الحصول على اعتماد بغرض تمويل أشغال توسيع مسكنه، وعلى إثر عجز هذا الشخص عن تسديد هذا الاعتماد، حاول هذا الأخير تحميل البنك المسؤولية، بحجة أنه لم يتلق أي نصيحة أو تحذير من طرف البنك عند منحه الاعتماد، قوبل مسعى الزبون بالرفض من طرف محكمة الاستئناف، ومن طرف محكمة النقض أيضا التي أشارت في حكمها إلى أن المقترضة زبون البنك، حين إمضاء عقد الاعتماد كانت مصحوبة بزوجها الذي هو إطار سامي في نفس البنك مانح الاعتماد،

---

[15]وقد جاء منطوق حكم محكمة النقض متضمنا العبارات التالية:

" si lors de la souscription de chacun des crédits consentis à X par la banque, celle-ci avait, comme y elle était tenue en tant que gestionnaire de comptes, éclairé sa cliente sur les avantages et inconvénients du choix qui s'offrait alors à cette dernière, pour couvrir le solde débiteur de son compte de dépôt, entre le recours au crédit et la mobilisation de l'épargne figurant sur ses autres comptes"

[16]Cass.com ., 03 mai 2006, n° 02-11.211, Juris-Data n° 2006-033323

وبالتالي يملك الخبرة الكافية لتحديد حجم الالتزامات المتعاقد عليها مقارنة مع قدرات العائلة المالية[17].

أما الحكم الثاني[18] فيتعلق بقيام زوجين بطلب الحصول على اعتماد من أحد البنوك بهدف شراء إقامة فندقية، وهو الطلب الذي حظي بموافقة البنك، بالنظر إلى إيرادات الإيجار المتأتية من هذا الإقامة، والامتيازات الجبائية المتولدة عن هذه العملية، بعد ذلك لم تسر الأمور كما هو مخطط وثبت فشل كامل ولد عجز لدى المقترضَين الذيْن لم يعودا قادرين على تسديد الأقساط الشهرية لهذا الاعتماد.

محكمة الاستئناف حملت البنك المسؤولية، والذي كان ينبغي عليه من جهة أولى تنبيه الزوجين إلى صعوبة إيجاد مستأجرين بشكل دائم، وبالتالي عليهم ألا يعولوا كثير على إيرادات الإيجار من أجل تسديد قيمة الاعتماد، ومن جهة ثانية كان على البنك أن يأخذ بعين الاعتبار عدم إمكانية الحصول على الامتيازات الجبائية المتوقعة من طرف المقترضين الزبونين.

غير أن محكمة النقض أخذت على محكمة الاستئناف أنها لم تصرح بأن البنك فشل في القيام بواجبه المتعلق بتحذير الزبون.

أخيرا الحكم الثالث[19] يتعلق بحصول زوجين على اعتماد إيجاري crédit-bail من أجل اقتناء عقار يتمثل في فندق ومطعم، بكفالة ابنتهم، لكن شركة "CSI" التي أوكلت لها مهمة إدارة هذه الفندق والمطعم، وضعت قيد التصفية القضائية، هنا أيضا قام المقترضين وكفيلتهما بمحاولة إلقاء المسؤولية على عاتق البنك الذي كان ينبغي عليه في نظرهم تحذيرهم من الفرص الضئيلة لنجاح مؤسستهم.

---

[17] L'emprunteuse était assistée de son conjoint qui " exerçait alors des fonctions de cadre supérieur au sin même de l'établissement préteur et présentait, de ce fait, tout compétence pour apprécier la portée des obligations ainsi contractées par rapport aux capacités pécuniaires du ménage"

[18] Cass.com ., 03 mai 2006, n° 04-15.517, Juris-Data n° 2006-033322.

[19] Cass.com ., 03 mai 2006, n° 04-09.315 , Juris-Data n° 2006-033320.

محكمة النقض في حكمها ميزت في الواقع بين وضعية المقترضيْن ووضعية الكفيلة، فبالنسبة لوضعية المقترضيْن فإن المحكمة رأت أن ليس هناك ما يُظهر أن البنك كان على علم بوضعيتهم وقدرتهم المتوقعة على السداد، على هذا الأساس فإن البنك غير ملزم تجاههم بأي التزام بالتحذير.

بالمقابل وعلى خلاف وضعية المقترضين، رأت محكمة النقض بأنه كان على قضاة الموضوع البحث وبالنظر إلى سن الكفيلة وقت منح الاعتماد، وبالنظر أيضا إلى كونها طالبة، وكذا بالنظر إلى ذمتها المالية الضعيفة، فيما كان الالتزام بالضمان الذي قامت به هذا الأخيرة، التي لا تمارس أي وظيفة أو أية مسؤولية في شركة "CSI" لا يتناسب مع قدراتها المالية، وفيما إذا كان البنك أهمل أو أخل بالتزامه بالتحذير في مواجهة هاته الكفيلة.

رغم هذه الأحكام التي أسست لهذا الالتزام منذ سنة 1995، والتي تم تأكيدها عبر أحكام الغرفة التجارية في 2005، إلا أن هناك جانب من الفقه شكك في وجود هذا الالتزام وفي استمرار تطبيقه مستقبلا في مجال العمل المصرفي، هذا الشك سببه الخلط واللبس بين الالتزام بالتحذير والالتزامات الأخرى التي ظهرت في هذه الأحكام[20]،

ثانيا: التأكيد القضائي على وجود الالتزام بالتحذير

لم تستمر شكوك بعض الفقه في حول إمكانية تطبيق الالتزام بالتحذير من طرف القضاء طويلا، فسرعان ما تلاشت هذه الأخيرة عقب حكمي محكمة النقض الصادرين في 29 جوان 2007[21] .

حيثيات الحكم الأول تتعلق بمزارع قام لأجل حاجات مزرعته بإبرام عدة قروض مع بنكه أين كانت أمه هي الكفيلة لهذه القروض، أما حيثيات الحكم الثاني فتتعلق باعتماد تم منحه

---

[20] N. Bourdallé et J.R. Capdeville, **Art. préc**., p 11.

[21]- Cass. mixte 29 juin 2007, n° 05-21.104, Juris-Data n° 2007-039908.

- Cass. mixte 29 juin 2007, n° 06-11.673, D 2007, act., p. 1950, note V. Avena-Robarde

لمدرسة وزوجها بغرض فتح مطعم لهذا الأخير، بعد ذلك تعرض كلا من المقترضَين لصعوبات مالية، فسعى كل منهما إلى تحميل بنكه المسؤولية.

في القضية الأولى تم رفض طلب كل من المقترض وكفيله، من طرف محكمة الاستئناف بحجة أنهما مهنيَين، وبالتالي فإن البنك ليس مدين تجاههما بالالتزام بتقديم النصح، وهو أيضا الرفض الذي قوبل به طلب المدرسة، وهي التي أخذت على البنك إخلاله بالتزامه بتقديم النصح تجاهها رغم معرفته بكونها غير مهنية "profane" .

تعرض كلا من الحكمين للنقض بسبب أن محكمة الاستئناف أهملت تحديد فيما إذا كان المقترضين غير محذرين" non avertis" ، وبالتالي كان على البنك أن يحذرهما من المخاطر المحتملة بالنظر إلى قدراتهم المالي, وتعليقا على هذين الحكمين يرى البعض أنهما يحملان رمزية وأهمية كبيرة في هذا المجال، على اعتبار أنهما من جهة كانا مناسبة لتأكيد الالتزام بالتحذير كالتزام مستقل واقع على عاتق البنك، ومن جهة ثانية يعكسان التقارب في موقف الغرفتين المدنية والتجارية حول هذه المسألة[22] فضلا عن ذلك ساهما في تعريف المقصود بالمقترض غير المحذر "non averti" الذي كان سبب في تزايد الخلاف حول هذا الالتزام[23].

المطلب الثاني : ماهية الالتزام بالتحذير و نطاقه

بعد تكريس القضاء للالتزام البنك بالتحذير، حاول الفقه انطلاقا من الاجتهادات القضائية التي سبق عرضها، البحث عن تعريف لهذا الالتزام**(أولا)**، وتمييزه عن غيره من الالتزامات التي كثيرا من تلتبس به لا سيما الالتزام بالإعلام، والالتزام بالنصح**(ثانيا)**.

أولا: ماهية الالتزام بالتحذير

---

[22]Ou. Madjour, **La responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit , Etude de droit comparé français algérien**, thése de doctorat en droit prive, Université Jean Moulin- Lyon 3, 2009., p 84.
[23] Ibid., p 85.

عرف البعض التزام البنك بالتحذير على أنه" جلب انتباه الزبون غير الخبير أو غير المهني "profane" إلى الجانب أو الجوانب السلبية للاعتماد الذي يقترحه عليه"[24]. أو هو تنبيه الزبون إلى مخاطر العملية التي هو عازم على القيام بها[25]، فهو إعلام محدد، خاص، شخصي، ذو مضمون يشغل الفكر "inquiétante" [26]، يستهدف حماية الزبون غير المهني وهو ما يمكن استنتاجه من الأحكام القضائية التي ساهمت في خلق هذا الالتزام، تحديدا حكم "Epoux Seydoux" [27]، وحكم "Guigan" [28]، اللذان استبعادا حماية الزبون المهني الخبير[29].

وهذا يعني من الناحية العملية أن الالتزام بالتحذير يفرض على البنك قبل اتخاذ أي قرار بمنح اعتماد ما، الاستعلام أولا عن القدرات المالية للزبون من أجل تحديد حجم المخاطر، وفي هذا الصدد يقوم البنك بالاستفسار من زبونه عن ذمته المالية ومداخيله، وعليه أن يطلب منه ما يثب ذلك مثل كشف الراتب أو غيره، كما ينبغي عليه أيضا الاطلاع على وضعية الزبون لدى مركزية المخاطر، ويظهر من خلال حكم "Epoux Seydoux" [30] أن استعلام البنك عن الوضعية المالي للزبون لا يكون وقت تحرير العقد فقط، بل يشمل أيضا فترة تنفيذ هذا العقد، إذا ينبغي على البنك أن يأخذ بالحسبان تغير الوضعية المالية خلال فترة التسديد التي يمكن أن تمتد لسنوات[31].

وإذا استطاع البنك جمع معلومات كافية حول الوضعية المالية للمقترض، تمكنه من تحديد مخاطر الاستدانة التي يتوقعهما بالنظر إلى الاعتماد المزمع منحه إلى الزبون، فإنه ينبغي

---

(24) J.R. Capdeville, **Art. préc.**, p 12 " le fait d'attirer l'attention du client profane sur le ou les aspects négatifs du crédit qu'il lui propose"
(25) Vallet. (N): **Les techniques de protection du client de la banque,** Thèse de doctorat en droit, Université de Reims, Champagne- Ardenne, U.F.R. Droit et Sciences Politique , 2009, p 249.
(26) Ou. Madjour, **Thè, préc**., p 91.
(27) Cass.com., 12 juin 2005, n° 03-10.777, préc.
(28) Cass.com., 12 juin 2005, n° 02-13.155, préc.
(29) J.R. Capdeville, **Art. préc.**, marge p 12
(30) Cass.com., 12 juin 2005, n° 03-10.777, préc.
(31) J.R. Capdeville, **Art. préc.**, p 12.

على البنك إعلام هذا الأخير بهذه المخاطر[32]، مع الأخذ بعين الاعتبار أن التزام البنك بالتحذير يقع على عاتق البنك حتى وإن قام بنك آخر من قبل بتحذير هذا الأخير[33].

و يرى البعض[34]أنه يمكن تشبه الالتزام بالتحذير بنصيحة سلبية، بعدم فعل تصاحبها توضيح للأخطار ،أو ببساطة المشاكل التي يمكن أن يواجهها إن لم يقم باتباع هذه النصيحة.

والواقع أن اعتبار الالتزام بالتحذير إعلام محدد وخاص، أو تشبيهه بنصيحة سلبية ناتج من التقارب بين هذه الالتزامات الثلاث، مما يدفعنا إلى البحث عن معايير التمييز بينهم.

بداية يختلف الالتزام بالتحذير عن الالتزام بالإعلام انطلاقا من أن الالتزام بالإعلام يستدعي إشارات حيادية موضوعية، وعامة، تتضمن فقط شروط الخدمة المطلوبة، دون الدخول في موضوع ملاءمة هذه الخدمة من عدمه، في حين أن الالتزام بالتحذير يهدف إلى توضيح وإنارة الزبون أو الكفيل حول الأخطار المتولدة عن إبرام هذا العقد، فالأمر لا يتعلق بالقيام أو عدم القيام بهذه العملية، ولكن فقط تنبيه إلى الأخطار التي يواجهها من خلال لفت نظره إلى طبيعة ومخاطر ومضمون التزاماته[35].

وإذا كان التمييز بين الالتزام بالتحذير والالتزام بالإعلام يبدو واضحا، فإن التمييز بين الالتزام بالتحذير والالتزام بالنصح دقيق و صعب نوعا ما، على اعتبار أن كلا الالتزامين يشتركان في هدف واحد هو توجه رأي أو وجهة نظر الزبون، مع ذلك يرى الفقه أنه للتمييز بينهما يبغى الأخذ بعين الاعتبار أن للالتزام بالنصح مظهر إيجابي، في حين أن الالتزام بالتحذير له مظهر سلبي يتمثل فقط في التنبيه إلى الأخطار.

على هذا الأساس ومن الناحية العملية وفي حالة عزم الزبون على القيام بعملية مصرفية ما، فإن الالتزام بالنصح يوجد من أجل مساعدة الزبون على إتمام هذه العملية من خلال إعطائه الحلول التي يظهر أنها أكثر قبولا بالنظر إلى وضعية الزبون، بالمقابل فإن

---

(32)Ibid.
(33)Cass. civ 08 juin 2004, JCP. 2004.E. 1442, note Legeais.
(34) Jean-Pierre Buyle, art, préc, p 168
(35)Ou. Madjour, **Thè, préc**., p 85.

الالتزام بالتحذير يفرض على البنك في هذه الحالة تحذير زبونه من خطورة العملية دون أن يقترح عليه حلولا بديلة[36].

وإذا كان الالتزام بالنصح عمل إيجابي، يهدف من خلاله البنك إلى توجيه نظر زبونه لما يعود عليه بالفائدة، بحيث يبقى لهذا الأخير حرية الأخذ بهذه النصائح من عدمه، فإن الأمر يختلف بالنسبة للالتزام بالتحذير ، إذ لا يكون أمام الزبون إلا الأخذ بعين الاعتبار المخاطر التي نبهه البنك إليها، ويحق للبنك في حال عدم تجاوب زبونه، اتخاذ كافة الاحتياطات التي يراها مناسبة بما في ذلك وقف الاعتماد أو تخفيضه[37].

وتجدر الإشارة وفي إطار التمييز بين هذه الالتزامات الثلاث، إلى أن تزايد الاهتمام القضائي بالالتزام بالتحذير في مجال عمليات الائتمان، دفع بعض الفقه[38] إلى التساؤل حول مستقبل الالتزام بالإعلام والالتزام بالنصح، بمعنى آخر هل يمكن استبدال هذين الالتزامين بالالتزام بالتحذير ؟

الجواب عن هذا التساؤل يقودنا بداية إلى القول أنه من غير المتصور إلغاء الالتزام بالإعلام لصالح الالتزام بالتحذير، لأن الالتزام بالإعلام يشكل أول اتصال بين البنك وزبونه، فالإعلام وسيلة البنك في إطلاع زبائنه على شروط المتعلقة بعملياته، فهو موجود مسبقا يقوم به البنك بشكل منتظم ومستمر، وتفرضه كما رأينا في كثير من الأحيان النصوص القانونية المتعلقة بالشروط المطبقة على العمليات المصرفية .

على هذا الأساس فإن الالتزام بالإعلام يشكل في الواقع نقطة انطلاق الالتزام بالتحذير ، فإذا كان دور التحذير هو تنبيه الزبون إلى حجم المخاطر التي تتضمنها عملية الاعتماد، فإن الزبون لكي يقدر هذا التحذير ويأخذه بعين الاعتبار ينبغي أن تكون لديه معلومات أساسية عن

---

(36) Ou. Madjour, **Thè, préc**., p 86.

(37) نعيم مغبغب: **مبدأ عدم مسؤولية المصرف موزع الاعتمادات واستثناءاته، دراسة في القانون المقارن**، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى 2009، ص 137.

(38) Ou. Madjour, **Thè, préc**., p 86.

العملية، من أجل ربطها مع التحذير واستخلاص النتائج المهمة والضرورية لاتخاذ القرار الصحيح[39].

بالمقابل هناك من يرى[40] أن القضاء الفرنسي يتجه شيئا فشيئا نحو التخلي عن التزام البنك بالنصح واستبداله بالتحذير، ويرى أنه إذا تأكد هذا الاتجاه سيكون سببه التخفيف من عبء الالتزامات الواقعة على عاتق البنك في الوقت الحالي، وأنه ينسجم مع روح المادة L560-1 من القانون التجاري الفرنسي التي تهدف إلى تقليص دائرة مسؤولية البنك مانح الائتمان بسبب الآثار السيئة الناتجة عن الزيادة الكبيرة في الأحكام التي تدين البنك بسبب الاعتماد المفرط "Le crédit abusif".

وهو اتجاه ينتظر وإن بدت ملامحه تظهر في القضاء الفرنسي الحديث إلا أنه لا يزال يحتاج إلى تأكيد.

ثانيا: نطاق الالتزام بالتحذير

تحديد نطاق الالتزام بالتحذير يستدعى الجواب عن السؤال التالي: هل البنك ملزم بتحذير جميع زبائنه بغض النظر عن صفتهم وعن خبرتهم في مجال التعامل مع البنوك، وبغض النظر أيضا عن قدرتهم المالية ومخاطر الاقتراض؟

الجواب عن هذا السؤال نجده لدى القضاء الفرنسي وتحددا في الأحكام التي كان لها الفضل في تكريس هذا الالتزام، وفي هذا الصدد نجد أن قراءة متفحصة لهذه الأحكام تقودنا إلى وضع معيارين أساسين لوجود الالتزام بالتحذير على عاتق البنك؛ الأول شخصي يتعلق بصفة المستفيد من الاعتماد، والثاني موضوعي يتعلق بطبيعة الاعتماد نفسه ومدى ملاءمته للقدرة المالية لزبون البنك.

---

(39) Ou. Madjour, **Thè, préc**., p 86.
(40) Ibid

فبالنسبة للمعيار الأول يؤكد الفقه[41] بداية واعتمادا على أحكام محكمة النقض أن نطاق الالتزام بالتحذير مرتبط بصفة المستفيد من الائتمان فهذا الالتزام لا يوجد إلا في مواجهة الزبون غير الخبير "profane" أو غير المحذر"non avertie"[42]، دون الزبون المحذر "avertie"، وهو ما يدفعنا إلى التساؤل عن المعايير التي على ضوئها يمكن القول بأن الزبون محذر أو غير محذر؟

لا يقدم لنا القضاء الفرنسي جوابا صريحا على هذا السؤال، فلا يوجد في أحكام محكمة النقض ولا في أحكام محاكم الموضوع ما يبن المقصود بالمقترض غير المحذر الذي ينبغي حمايته من المخاطر المرتبطة بمنح الاعتماد وبالتالي التزام البنك تجاهه بالتحذير، رغم أن هذا القضاء لطالما ميز في وجود هذا الالتزام بين المقترض المحذر وغير المحذر.

مع ذلك فإن الفقه واستنادا إلى أحكام محكمة النقض يرى أن تحديد هذه الصفة يكون وفق معيار واقعي[43]محاولا استخلاص مجموعة من العناصر ينبغي مراعاتها لتحديد صفة المقترض فيما إذا كان محذرا أم لا، وأول هذه العناصر الوضعية المهنية للزبون، فالزبون الذي يكون في مكان مرموق في شركة ما، من السهل النظر إليه على أساس أنه معتاد القيام بعمليات مصرفية، وتحديدا عمليات الاعتماد، وبالتالي يفترض أنه أهلا للحكم وتقدير عمليات اقتصادية ممونة عن طريق قرض، بالمقابل، وعلى العكس من ذلك فإن مهنة بعض الأشخاص يمكن معها الحكم بأنهم غير محذرين وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها

---

[41] J.R. Capdeville, **Art. préc.**,p 15; N.Vallet. **Thè .préc**, p 260 et s

[42] مصطلح المقترض غير المحذر " L'emprunteur non avertie "هو المصطلح المستعمل حاليا في القضاء الفرنسي لوصف المقترض غير الخبير، بعد أن كان القضاء الفرنسي في بداية أحكامه التي ساهمت في تكريس الالتزام بالتحذير يستعمل مصطلح "L'emprunteur profane".

[43] F. Boucard ,«**Le devoir de mise en garde du banquier à l'égard de l'emprunteur et sa caution , présentation didactique**» ,RDBF, Septembre 2007, n° 06 ; N.Vallet. **Thè .préc**, p 250

صادر في 17 نوفمبر 2009 بأن المرأة التي تعمل كعون صيانة مقترض غير محذر باعتبار أنها لا تملك خبرة في إدارة المشروع الذي حصلت على اعتماد مصرفي من أجله [44]

إلى جانب المهنة يؤخذ بعين الاعتبار أيضا كمعيار لتحديد صفة طالب الاعتماد وفيما إذا كان محذر أم لا، بخبرة هذا الأخير ومعرفته بالأمور المالية فقد اعتبر محكمة النقض أن تنفيذ عمليات متشابهة لعدة سنوت والممارسة في مجال البورصة تجعل من الشخص مقترضا محذرا[45].

أما المعيار الثاني فيتعلق بطبيعة الاعتماد وهو ما يظهر من أولى الأحكام التي أسست لهذا الالتزام ففي حكم محكمة النقض الصادر في27 جوان 1995 سالف الذكر قررت المحكمة أن البنك يعتبر مخطئا حينما منح الزبون اعتمادا مرهق او مبالغ فيه excessif بالنظر إلى قلة موارد هذا الأخير دون تحذيره من خطورة المديونية التي تنتج عن هذا الاعتماد على هذا الأساس فإن الالتزام بالتحذير وضرورة حماية الزبون لا توجد إلا عند ما يكون هناك عدم توازن أو ملاءمة بين التزام الزبون وقدرته المالية[46]

وفي الأحكام التي الصادرة في 12 جوليا 2005 والتي استعملت صراحة عبارة الالتزام بالتحذير فإن محكمة النقض أكدت بالطريقة ذاتها بأن البنك الذي لم يقم بالتحري والاستعلام عن الوضعية المالية للمقرض ومنحه قرضا مرهقا ومبالغ فيه مقارنة مع قدراته المالية يكون قد أخل بالتزامه بالتحذير.

على أن السؤال الذي يطرح هنا فيما إذا كان الطابع المبالغ فيه للالتزام نفسه هو الذي يؤخذ بعين الاعتبار أم أن مجرد وجود خطر عدم المديونية كاف لاعتبار المقترض دائن بالالتزام بالتحذير؟

---

[44]Cass. com, 17 nov 2009, Juris-Data n° 08 70 197.
[45] Cass. com, 12 Janv 2010, Juris-Data n°051089.
[46]N.Vallet**. Thè .préc**, p 264 .

الجواب عن هذا السؤال نجده لدة القضاء الفرنسي ففي حكم لمحكمة الموضوع قضت فيه بأن المقترض غير دائن بالالتزام بالتحذير مادام أن عملية القرض لا تحمل أي خطر لأن قيمته ملائمة لقدرة الزبون المالية، وهو الحكم الذي كان محل نقض من طرف الغرفة التجارية في حكم صادر بتاريخ 11 ديسمبر 2007[47].

ووقد حاول بعض الفقه[48]تفسير موقف محكمة النقض على أساس أن الالتزامات التعاقدية توجد حتى في الحالة التي تكون فيها الالتزامات الناتجة عن العقد غير مبالغ فيها، غير أن جانبا آخر من الفقه لم يقبل بهذا الحل وأرى أن عجر المقترض عن السداد الناتج عن الطابع المبالغ فيه وغير الملائم للقرض وحده الذي من شانه أن يبرر وجود هذا الالتزام وبالتالي اعتبار البنك مخطأ وتحميله المسؤولية إذا أخل به[49]، وهي وجهة نظر في رأي البعض[50] منطقية وعادلة ذلك أن الالتزام بالتحذير يفترض وجود موضوع يتم التحذير منه يتمثل في كون القرض مبالغ فيه و/ أو وجود خطر ما.

---

[47] Cass. com, 11 déc 2007, RTDcom 2008 p 163 obs D. legeais.

[48]D. legeais; Obs sous arét.préc.

[49]J. Djoudi, F. Boucard ,**«La protection de l' emprunteur profane»** , Dalloz 2008. chron , p 500

[50]N.Vallet**. Thè .préc**, p 265.

خاتمة

يظهر من كل ما تقدم أن الالتزام بالتحذير وإن كان من الالتزامات الحديثة في المجال العمل المصرفي وتحديدا في إطار عقود الائتمان، إلا أنه في الواقع أضحى من أهم الالتزامات المهنية التي تضطلع بها البنوك، تكمن أهميته في كونه وسيلة لحماية الزبون غير المهني الذي يفتقر إلى الخبرة في مجال النشاط المصرفي، وإذا كان القضاء الفرنسي بدا في نهاية القرن الماضي غير صريح في تقرير هذا الالتزام، فإن أحكامه اللاحقة شكلت أساسا لهذا الالتزام وكثير ما استندت المحاكم في أحكامها الحديثة إلى تقرير مسؤولية البنك مانح الائتمان بسبب إخلاله بهذا الالتزام، وهو ما يجعلنا نتوقع مستقبلا تدخلا تشريعا لنص على هذا الالتزام في القوانين المنظمة للمهنة المصرفية.

نظام التحفظات في وثيقة الشحن البحرية

الملخص:

إن التحفظات في وثيقة الشحن البحري لها أهمية كبيرة في مجال النقل البحري , و خاصة عندما يتعلق الأمر بالإثبات حيث عندما تكون التحفظات واردة في الوثيقة من قبل الناقل البحري و تكون تتعلق بالبضاعة و وزنها و نوعيتها ... فإنها تقلب عبئ الإثبات الذي يكون على عاتق الناقل , غير أن الشاحن و رغبة منه في التخلص من التحفظات يتوجه للناقل يطلب منه إصدار سند شحن نظيف مقابل حصوله على تعهد يثبت فيه التحفظات التي كان الناقل يريد إدراجها في سند الشحن , لذلك فإن الاتفاقيات الدولية التي تعرضت لمعالجة خطاب الضمان البحري أكدت على أنه يجب أن يكون مشروعا و إلا أعتبر باطلا في مواجهة أي شخص حتى من الغير حسن النية , كما أدرجت بعض الجزاءات القانونية على الناقل الذي يصدر سند شحن نظيف.

الكلمات المفتاحية: سند الشحن , التحفظات , الناقل البحري ,الشاحن ,خطاب الضمان البحري , سند الشحن النظيف.

Résumé :

Les réserves dans le document de transport maritime, d'une importance s , pconsidérable dans le domaine des transports maritimearticulièrement en matière de preuve, car lorsque les réserves figurant dans le document par le transporteur maritime et des marchandises et le poids et la qualité ... Elle déstabilise la charge de la preuve du transporteur , mais le chargeur et son désir d'éliminer les réserves qui s'adresse au transporteur d'émission d'un connaissement propre pour obtenir l'engagement de prouver les réserves que le transporteur souhaite voir figurer dans le connaissement , les conventions internationales qui ont été pour une allocution de la sécurité maritime a souligné qu'il doit être licite et ne pas considérer comme nul face à toute personne jusqu'à des tiers de bonne foi comme certaines sanctions juridiques du transporteur qui a émis le connaissement de transport propres.

Les Mots clé: le connaissement, réserves, le transporteur maritime, chargeur, la sécurité maritime, un connaissement net.

نظام التحفظات في وثيقة الشحن البحرية

عمار فيصل*

طالب دكتوراه – جامعة أبوبكر بلقايد – تلمسان–

مقدمة:

طبقا لأحكام القانون البحري الجزائري، و كذا الإتفاقيات الدولية،معاهدة بروكسل المعدلة بالبروتوكول[1] و معاهدة هامبورغ[2] ، و معاهدة روتردام 2008[3] فإن كل من القانون الداخلي و القانون الدولي وضعا على عاتق الناقل شرطين، حيث يتمثل الأول في إلزام الناقل أو من ينوبه بتزويد الشاحن بناء على طلبه بوثيقة شحن، و هذا من خلال المادة 748[4] من القانون البحري

* البريد الإلكتروني:
ammarfayssal63@gmail.com

[1] – الاتفاقية الدولية الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن لسنة 1924، و تعرف باسم قواعد لاهاي، و تم تعديلها بموجب بروتوكول فسبي سنة 1968، ثم عدلت مرة أخرى سنة 1979، و بلغ عدد الدول الأعضاء في هذه المعاهدة 48 دولة، صادقت عليها الجزائر بمقتضى المرسوم رقم 64–70 المؤرخ في 02 مارس 1964، الجريدة الرسمية رقم 28.

[2] – اتفاقية الأمم المتحدة في شأن النقل البحري سنة 1978، و تعرف باسم قواعد هامبورج، و قد بلغ عدد الدول الأعضاء فيها 34 دولة.

[3] – إتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كليا أو جزئيا،المعروفة بقواعد روتردام لعام 2008 ،في مدينة روتردام الهولندية.

[4] – تنص المادة 748 من القانون البحري رقم 76–80 المؤرخ في 20 أكتوبر 1976، المتضمن القانون البحري المعدل و المتمم بالقانون رقم 98–05 المؤرخ في 25 جوان 1998، على ما يلي: " بعد استلام البضائع، يستلم الناقل أو من ينوبه بناء على طلب الشاحن، بتزويده بوثيقة شحن تتضمن قيودا بهوية الأطراف و البضائع الواجب نقلها و عناصر الرحلة الواجب إتمامها و أجرة الحمولة الواجب دفعها."

الجزائري، و المادة 03 /3 من معاهدة بروكسل والمادة 1/14 من معاهدة هامبورج، في حين يتمثل الشرط الثاني فيما نصت عليه المادة 2/755 من القانون البحري الجزائري[5]، أنه يجوز للناقل أن يرفض تسجيل ما صرح به الشاحن من معلومات متعلقة بالبضاعة، و ذلك عندما تتوافر لديه دواع جدية للشك في صحتها أو إذا لم تتوافر لديه الوسائل الكافية للتأكد منها.

و بالطبع إذا كان الناقل يقبل بإدراج بيانات البضائع في وثيقة الشحن على أساس التصريح الكتابي للشاحن، و إمضائه على الوثيقة دون اعتراض أو ملاحظة فإنه يعتبر قد تسلم البضاعة مطابقة لهذه البيانات من حيث الكم و الحالة الظاهرة، غير أن الناقل له إمكانية حماية مصالحه و هذا من خلال إدراج تحفظات في سند الشحن الخاصة بالبضاعة و حالتها الظاهرة و كذا وزنها و نوعه و مقدارها، وهذا عندما تكون له أسباب جدية للشك في مطابقة البضاعة المسلمة له فعلا للمعلومات المصرح بها،أو عندما لايكون متوافر على الوسائل اللازمة للتحقق منها.

رغم هذا فإن التحفظات التي يقوم الناقل بإدراجها في سند الشحن لها آثار سلبية كونها تأثر على تداول السند، هذا ما دفع الشاحنين إلى استحداث وسيلة أخرى للتخلص من التحفظات، و ذلك بالاتفاق مع الناقلين على إصدار سند شحن نظيف مقابل حصولهم على تعهد من قبل الشاحنين يضمنون فيه تغطية الأضرار التي قد تلحقهم(الناقلين) جراء رجوع الغير عليهم، هذا التعهد يعرف بخطاب الضمان الملاحي[6].

بناء على ماتقدم يمكن طرح الإشكال الآتي: هل التحفظ المقرر بموجب الاتفاقيات الدولية والقوانين الداخلية هو حق للناقل أم واجب عليه؟ وإلى أيّ مدى يمكن اعتبار تحفظات الناقل تؤدي إلى قلب عبئ الإثبات خاصة في ظل تطور النقل البحري للبضائع بالحاويات؟

---

[5] – تنص المادة 2/755 من نفس القانون على ما يلي: " يمكن للناقل أن يرفض تسجيل تصريحات الشاحن على وثيقة الشحن و التي تتعلق بما يلي: ب– علامات التعريف المتعلقة بالبضائع عندما لا تكون مدموغة أو مختومة بشكل تبقى فيه مقروءة بصفة عادية حتى نهاية الرحلة."

[6] – د. حمد الله محمد حمد الله، اتفاقات الضمان بين الإبقاء و الإلغاء، دراسة مقارنة دار النهضة العربية، القاهرة، 1996،ص30

للإجابة عن هذه الإشكالية ارتأينا تقسيم الموضوع إلى مطلبين، نتعرض في المطلب الأول لمفهوم التحفظات، في حين نخصص الثاني لتبيان النتائج القانونية المترتبة عن تدوين التحفظات وحالة إغفالها.

المطلب الأول: مفهوم التحفظات

إن التطرق لمسألة تحفظات الناقل في وثيقة الشحن حالة إصداره لها،تستوجب التعرض لتعريفها وإبراز أهميتها(الفرع الأول) والشروط الواجب توافرها حتى تعتبر صحيحة (الفرع الثاني)،في حين نخصص الفرع الثالث لتبيان مسألة التحفظات من حيث التأثير.

الفرع الأول: تعريف التحفظات وبيان أهميتها

بالرجوع لأحكام القانون البحري الجزائري وللإتفاقيات الدولية نجدها أشارت لإمكانية إدراج التحفظات دون وضع تعريف لها،سواء في ميناء القيام أوميناء الوصول، إظافة لغياب تعريف لها لا نجد في نصوص القانون البحري الوطني[7]، ولا اتفاقية بروكسل لسنة 1924 مصطلح تحفظ بصفة صريحة، إلا أن إتفاقية هامبورج لسنة 1978[8] تضمنت هذا المصطلح من خلال الجزء الرابع بعنوان وثائق النقل في المادة 16 المعنونة بسندات الشحن: التحفظات وحجيتها، كذلك إتفاقية روتردام لسنة2008 احتوت المصطلح كونها

---

[7] – تنص المادة 756 من القانون البحري الجزائري على مايلي:"يجوز للناقل أو من ينوب عنه أن يدرج في وثيقة الشحن البيان الملائم المتعلق بحالة البضائع الظاهرين وأهميتها إذا وجدت لديه الدواعي المذكورة في المادة السابقة. إذا تم تسليم البضاعة وهي محزومة لأجل نقلها،جاز له كذلك أن يدرج في وثيقة الشحن ما يشير إلى أنه على غير علم بمحتواها."

[8] – نصت المادة 1/16 من اتفاقية هامبورج 1978 على ما يلي: " إذا تضمن سند الشحن تفاصيل تتعلق بالطبيعة العامة للبضائع أو علاماتها الرئيسية، أو عدد الطرود، أو القطع، أو وزنها، أو كميتها، يعلم الناقل أو الشخص الآخر الذي يصدر سند الشحن نيابة عنه بعدم مطابقتها للبضائع المتلقّاة فعلا أو للبضائع المشحونة إذا كان قد صدر سند الشحن مؤشرا عليه بكلمة (مشحون) أو تتوفر لديه أسباب معقولة تحمله على الاشتباه في ذلك، أو إذا لم تتوفر لديه الوسائل المعقولة للتحقق من هذه التفاصيل، يدرج الناقل أو الشخص الآخر تحفظا في سند الشحن يثبت فيه أوجه عدم الصحة في التفاصيل أو الأسباب التي حملته على الاشتباه، أو كون الوسائل المعقولة للتحقق غير متوفرة."

خصصت المادة 40[9] منها،المكونة من أربع فقرات بعنوان التحفظات على المعلومات المتعلقة بالبضائع في تفاصيل العقد.

وعليه فقد عرفها البعض أنها ملاحظات يدرجها الناقل في سند الشحن وتكون مناقضة للمعلومات المقدمة من طرف الشاحن، وهناك من الفقه من عرفها على أنها:

هي تلك الشروط أو العبارات التي يكتبها الناقل على نفس السند والتي تبين أن المعلومات المقدمة من قبل الشاحن المتعلقة بالبضائع عند تسليمها له قد تم تدوينها على سند الشحن كما هي من دون التحقق من صحتها سواء من طرف الناقل أو الربان، و ذلك فيما يتعلق بحالة البضاعة، أو وزنها، أو حجمها وهذا ما يفيد أنه تسلم البضاعة من دون فحصها[10]، كون عملية التحقق من البضاعة المشحونة ليس بالأمر السهل خاصة عندما تستلزم استخدام وسائل لا يمتلكها الناقل، هذا مع وجوب أن تتم عملية الشحن بسرعة، خاصة و نحن في عصر النقل بالحاويات، و حتى لا تترك هذه الأخيرة لمدة طويلة إلى حين فتحها و تفتيش محتواها بدقة، الأمر الذي يؤدي إلى تعطيل دوران عجلة التجارة الدولية
و يكلف الناقل خسارة كبيرة[11].

في حين عرفها فريق آخر من منظور الأثر الذي ترتبه على أن البيانات المتعلقة بالبضاعة والمبينة في سند الشحن ، والتي تكون محل تحفظ من جانب الناقل لايكون لها أية قوة ثبوتية ضد الناقل، حيث لاتكون صالحة كدليل إثبات على أن الناقل تسلم فعلا البضاعة مطابقة لها[12]

---

[9] – تنص المادة 40 من اتفاقية روتردام 2008 على مايلي:" 1- يتحفظ الناقل على المعلومات المشار إليها في الفقرة1 من المادة 36، لكي يبين أن الناقل لايتحمل المسؤولية عن صحة المعلومات التي قدمها الشاحن، إذا:..."

[10] – د. حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص 36.

[11] – د. عبد القادر العطير، د. باسم محمد ملحم، الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2009، ص 237.

[12] – د.عدلي أمير خالد،عقد النقل البحري والمستحدث من أحكام النقض وأراء الفقه،الطبعة الرابعة،منشأة المعارف،الإسكندرية،1997،ص54.

في حين عرفها فريق آخر من منظور الأثر الذي ترتبه على أن البيانات المتعلقة بالبضاعة والمبينة في سند الشحن ، والتي تكون محل تحفظ من جانب الناقل لايكون لها أية قوة ثبوتية ضد الناقل، حيث لاتكون صالحة كدليل إثبات على أن الناقل تسلم فعلا البضاعة مطابقة لها

و تتجلى أهمية التحفظات في حالة النقل بسند مباشر[13]، و ذلك عندما تتم عملية نقل البضائع بعدة ناقلين، و حتى يتم تسهيل عملية إثبات انتفاء الخطأ فإن مصلحة كل من الناقلين أن يدرج في سند الشحن التحفظات التي تتعلق بنوعية البضائع أو طبيعتها...، لأنه عند عدم وجود أي تحفظ من الناقل الأخير أو الناقلين السابقين له عن حالة البضاعة فإنه يفترض أنه الناقل الأخير قد تسلم البضاعة مطابقة للبيانات الموجودة في سند الشحن.

حيث كثيرا ما يلجأ الناقل المتعاقد مع الشاحن إلى إبرام عقد مع ناقلين متتابعين لتنفيذ عملية النقل، فنكون أما ما يسمى بالنقل المتتابع الذي يتم بموجب سند شحن مباشر يصدره الناقل المتعاقد،
و الذي يعين فيه اسم ناقل أو أكثر يتولى كل منهم تنفيذ جزء من النقل المتفق عليه دون أن يستعين بناقلين آخرين.

كما أنه في الحياة العملية غالبا ما لا يستطيع كل الناقلين التأكد و التحقق من محتوى الحاويات أو الطرود التي يقومون بنقلها، لكون هذه العملية تحتاج إلى فك البضائع ثم إعادة ربطها، مما يجعلها عرضة للتلف فضلا على إضاعة الوقت، زيادة عن ذلك فإن البضائع في الوقت الحالي يتم وضعها داخل حاويات مغلقة و مختومة بأختام مخصصة لتفادي عملية السرقة، و بهذا يتعذر على الناقل تفتيشها، لذلك تتم عملية نقل البضائع على هذا النحو من ناقل لآخر إلى أن يصل دور الناقل الأخير الذي يتسلم البضاعة من دون أن يقوم من قبله بإدراج تحفظات للأسباب المذكورة أعلاه، مما يؤدي إلى تسليم البضاعة إلى المرسل إليه من

---

[13] – سند الشحن المباشر هو الوثيقة التي تحتوي على نقل البضائع من مكان لأخر في مراحل متجزئة، و تكون منفصلة في مرحلة واحدة على الأقل لأنه من النادر أن يتولى الناقل بنفسه نقل البضاعة من مكان شحنها إلى مكان التفريغ، لمزيد من المعلومات راجع: د- سوزان علي حسن، عقد نقل البضائع بالحاويات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص 127.

دون أي تحفظ، و بعد قيام هذا الأخير بمعاينة البضاعة
و اكتشاف العيب الذي يقوم بنسبه للناقل الأخير كونه لم يضع أي ملاحظات في سند الشحن،و يفترض أن البضاعة لحقها العيب في المرحلة التي كانت في عهدته، و بالتالي فهو يتواجد في موقف صعب لكونه يتحمل مسؤولية النقل بكامله، كما لو كان وكيلا بالعمولة و ليس ناقلا عاديا[14].

و قد نص المشرع الجزائري من خلال المادة 768 من القانون البحري على أنه يتعين على الناقل مطالبة المرسل إليه بحقوق و امتيازات الناقلين الآخرين السابقين الذين تم ذكر أسماءهم بوثيقة النقل بما في ذلك أجرة النقل، حيث أن الناقل الأول يعد مسؤولا اتجاه المرسل، في حين أن الناقل الأخير يكون مسؤولا اتجاه المرسل إليه، و لكل من المرسل و المرسل إليه الرجوع على الناقل الذي وقع الهلاك أو التلف في مرحلة النقل الذي قام به، و عند تعذر تحديد المرحلة التي تم فيه وقوع الضرر كنتيجة حتمية لغياب التحفظات عد كل من الناقلين مسؤول على أساس التضامن اتجاه المرسل و المرسل إليه طبقا لنص المادة 765 من القانون البحري الجزائري، إلا أن الناقل الأول الذي قام بإصدار سند الشحن المباشر يلزم بكل الالتزامات المتعلقة بالوثيقة إلى غاية إتمام الرحلة[15].

إن التكلم عن أهمية التحفظات يقودنا للبحث عن مصير الناقل حالة إغفاله لها(التحفظات) في وثيقة الشحن، و خاصة إذا كان الغرض من هذا الإغفال الإضرار بالغير، لأن

---

[14] – د. سوزان علي حسن، الإطار القانوني للوكالة بالعمولة للنقل، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003، ص 113-114.

[15] – تنص المادة 765 من القانون البحري الجزائري رقم 98-05 على ما يلي: " إن الناقل البحري الذي وضع وثيقة مباشرة، يلزم بالتنفيذ الملائم للالتزامات المترتبة على النقل في كل المسافة التي تسري عليها الوثيقة حتى تسليم البضاعة إلى المرسل إليه، و يسأل كل من الناقلين الآخرين عن تنفيذ هذه الالتزامات في مسافة النقل الذي قام به و ذلك بالتكافل و التضامن مع الناقل الذي وضع وثيقة الشحن المباشرة."

ذلك يلزمه بدفع كامل التعويض عن الأضرار التي تصيب البضاعة و الذي تدخل في الحالات المستثنات من التحديد القانوني للمسؤولية في اتفاقية هامبورج لسنة 1978[16].

بناء على ما تقدم فإن سند الشحن الخالي من أي تحفظات التي لها أهمية في السند و تحقق له قوته الثبوتية يفترض أن الناقل قد تسلم البضاعة بحالة جيدة.

الحالات التي يمكن للناقل إبداء التحفظات من أجلها

إن أحكام القانون البحري الجزائري والاتفاقيات الدولية اشتركوا في إلزام الناقل البحري بأن يدون في وثيقة الشحن البيانات الخاصة بالبضاعة من حيث النوع والكمية والوزن والعدد وكذا حالتها الظاهرة، أما بخصوص البيانات الممكن التحفظ عليها نجد أن المشرع الجزائري ذكرها من خلال المادة755 من القانون البحري التي يتبين منها أن الناقل له إمكانية الامتناع عن تدوين تصريحات الشاحن في سند الشحن وذلك حالة مالم تكن له الوسيلة المعقولة للتحقق من عدد الطرود أو القطع أو كمية البضاعة ووزنها عندما تكون له أسباب جدية للشك فيها، كذلك الأمر بالنسبة لعلامات التعريف، كذلك اتفاقية بروكسل من خلال مادتها الثالثة في الفقرة الثالثة[17]،والمادة 1/16 من قواعد هامبورج 1978[18]، وفيما يخص اتفاقية روتردام 2008 نجدها أنها نظمت تحفظات الناقل بتفصيل دقيق من خلال المادة 40 وذلك كما يلي:

مسألة التصريحات المزيفة:

---

[16] – نتعرض لهذه المسألة بمزيد من التفصيل في الفرع الثاني من المطلب الثاني.

[17] – تنص المادة 3/3 من اتفاقية بروكسل 1924 على مايلي:" ومع ذلك فليس الناقل أو الربان أو وكيل الناقل ملزما بأن يثبت في سندات الشحن أو يدون فيها علامات أوعددا أو كمية أو وزنا إذا توافر لديه سبب جدي يحمله على الشك في عدم مطابقتها للبضائع المسلمة إليه فعلا أو عندما لاتتوافر لديه الوسائل الكافية للتحقق منها...".

[18] – نص المادة مذكور في الهامش رقم 8 من الصفحة 3.

عالجت اتفاقية روتردام هذا الوضع من خلال الفقرة الأولى من المادة 40 يمكن للناقل القيام بإجراء التحفظ بخصوص المعلومات المذكورة في المادة 1/36[19]،وذلك ليوضح أنه غير مسؤول عن ماقدمه الشاحن من معلومات،وحتى يتسنى له القيام بذلك لابد من توافر شرطين هما:

- أن يكون الناقل على علم فعلي بأن البيانات الجوهرية المذكورة في سند الشحن البحري غير صحيحة (كلها أو أحدها).
- أن يكون للناقل دواع توجهه للشك في أن أحد البيانات الجوهرية المذكورة في المستند مزيف.

حالة البضاعة المقدمة: نميز هنا بين الحالة التي لا تكون البضاعة المسلمة للناقل معبأة في حاوية أو في عربة مغلقة، والحالة التي تكون البضاعة موضوعة في حاوية أو في عربة مغلقة كالآتي:

1- طبقا لما جاءت به اتفاقية روتردام من خلال المادة3/40 يتبين أنه لما لا تسلم البضاعة سواء للناقل أو الشخص المنفذ في حاوية أو عربة مقفلة بهدف نقلها جاز له التحفظ على المعلومات المنصوص عليها في المادة 1/36 (مذكورة في الهامش)، وذلك في حالتين هما:

أ- عندما لا يكون للناقل الوسائل المعقولة للتأكد من صحة تصريحات الشاحن، وفي هذا الفرض بإمكان الناقل أن يبرز المعلومات التي تعذر عليه التحقق منها.

ب- عندما يكون للناقل دواع وجيهة تجعله يشكك في صحة ما قدمه الشاحن من معلومات، وله أن يضع بندا يبين من خلاله ما يعتبره في حدود المعقول.

---

[19] – تنص المادة 1/36 من اتفاقية روتردام 2008 على مايلي:"1- تدرج في تفاصيل العقد الواردة في مستند النقل أو سجل النقل الإلكتروني المشار إليه في المادة 35 المعلومات التالية،حسبما يوفرها الشاحن:

(أ) وصف للبضائع يكون مناسبا للنقل؛

(ب) والعلامات الدالة اللازمة للتعرف على البضائع؛

(ج) وعدد الرزوم أو القطع،أو كمية البضائع؛

(د) ووزن البضائع،إذا ما أورده الشاحن."

2- في الحالة التي يتسلم الناقل فيها البضاعة معبأة في حاوية أو في عربة مقفلة: هنا وجهتنا اتفاقية روتردام 2008[20] للتمييز بين وضعين:

أ- طبقا لما هو وارد في الفقرة الثالثة من المادة 40 فإنه عندما يريد الناقل أن يتحقق من البضاعة الموجودة داخل الحاوية أو الموضوعة داخل عربة مقفلة، يمكنه في هذه الحالة التحفظ على المعلومات المذكورة في المادة1/36 بنفس طريقة تحفظ بخصوص البضاعة المسلمة له غير معبأة في حاوية.

ب- من خلال الفقرة الرابعة من المادة 40 إذا ما تسلم الناقل البضاعة في حاوية أو عربة محكمة الإقفال، يمكن للناقل التحفظ بخصوص المعلومات المبينة في المادة 36 كمايلي:

- للناقل التحفظ على البنود أ،ب،ج، المذكورة في الفقرة الأولى وتحتوي هذه البنود على وصف البضائع، و علامات التعريف، و عدد الرزم أو القطع أو كمية البضائع، وذلك إذا لم يكن كل من الناقل أو الطرف المنفذ قاموا بالتحقق من محتوى الحاوية أو العربة، أو لم يكن لكل منهما علم يقيني بما تحويه الحاوية أو العربة من جهة أخرى قبل إصدار سند الشحن البحري.

---

[20] – تنص المادة 3/40-4 من اتفاقية روتردام 2008 على مايلي:"...3- عندما لاتسلم البضائع إلى الناقل أو الطرف المنفذ في حاوية أو عربة مغلقة بغرض نقلها،أو عندما تسلم في حاوية أو عربة مغلقة ويتفقدها الناقل أو الطرف المنفذ فعلا،يجوز للناقل أن يتحفظ على المعلومات المشار إليها في الفقرة1 من المادة36 إذا:(أ) لم يكن لدى الناقل وسيلة عملية فعليا أو معقولة تجاريا للتحقق من المعلومات التي قدمها الشاحن، ويجوز له في هذه الحالة أن يبين المعلومات التي تعذر عليه التحقق منها؛أو (ب) كانت لدى الناقل أسباب وجيهة للاعتقاد بأن المعلومات التي قدمها الشاحن غير صحيحة؛ويجوز له في هذه الحالة أن يدرج بندا يورد فيه ما يعتبره، في حدود المعقول،معلومات دقيقة. 4- عند تسليم البضائع إلى الناقل أو الطرف المنفذ في حاوية أو عربة مغلقة بغرض نقلها،يجوز للناقل أن يتحفظ على المعلومات المشار إليها في: (أ) الفقرة الفرعية 1 (أ) أو (ب) أو (ج) من المادة36، إذا: 1 لم يكن الناقل أو الطرف المنفذ قد تفقد فعليا البضائع الموجودة داخل تلك الحاوية أو العربة؛ 2 ولم يكن الناقل ولا الطرف المنفذ على علم فعلي بمحتوياتها من مصدر آخر قبل إصدار مستند النقل أو سجل النقل الإلكتروني؛ (ب) والفقرة الفرعية 1 (د) من المادة 36، إذا: 1 لم يقم الناقل ولا الطرف المنفذ بوزن تلك الحاوية أو العربة، ولم يكن الشاحن والناقل قد اتفقا قبل الشحن على أن توزن الحاوية أو العربة وأن يدرج في تفاصيل العقد؛أو 2 ولم تكن ثمة وسيلة عملية فعليا أو معقولة تجاريا للتحقق من وزن الحاوية أو العربة".

- يمكن للناقل التحفظ على المعلومات المذكورة في البند (د) المتعلق بوزن البضاعة إذا لم يقم الناقل بوزن الحاوية المعبأة، أو العربة، وفي حالة عدم الاتفاق بين الشاحن والناقل على وجوب وزن الحاوية، أو لم يكن للناقل الوسيلة اللازمة لوزن الحاوية.

ما يمكن قوله هو أن للناقل أن يتحفظ على كمية البضاعة أو عدد الطرود بمصطلحات مختلفة حسب نوع المعلومة المتحفظ منها مثل "من غير ضمان العدد والوزن"، غير أن هناك من يرى يصرح بها الشاحن، ومن جانب آخر يمكن للناقل التحفظ بشأن الحالة الظاهرة لأنها لا أنه لا يرى البعض أنه عندما أسباب مقنعة للناقل للشك في حالة البضاعة الظاهرة عليه أن يوضح ،هذا ما أقره المشرع الوطني من خلال المادة756 من القانون البحري الجزائري ذلك في السند توافر لديه ما يدعوه للشك ،عندما منح للناقل إمكانية التحفظ على حالة البضاعة الظاهرة إذا ما أو لم تكن له الوسيلة الكافية للتحقق منها[21].

الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها لصحة التحفظات

،فمن الشروط الشكلية يجب تتعدد شروط التحفظات كون هناك شروط شكلية وأخرى موضوعية ،كما لابد أن توضح في سند الشحن الموجود أن تكون التحفظات مؤرخة وموقعة من قبل الناقل أرسلت في ،وإذا ما بين يدي الشاحن، وهذا ليتمكن من الاحتجاج بها في مواجهة المرسل إليه سند منفصل فلا يمكن الاحتجاج بها إلا في مواجهة المرسل إليه.

أما بخصوص مسألة قبول الشاحن للتحفظات لايوجد نص صريح يبين ذلك،إلا أن القضاء منح للشاحن إمكانية الإطلاع على التحفظات في ميناء القيام عندما يكون من شأنها عرقلة تداول سند الشحن،كما أن القضاء لايلزم لصحة التحفظات قبول الشاحن لها،ولكن في المقابل منحه إمكانية الإعتراض.

وفيما يتعلق بالشروط المضوعية على العموم هما شرطان نصت عليهما كل من اتفاقية بروكسل من خلال المادة 3/3،ونصت عليهما اتفاقية هامبورج1978 منخلال المادة 1/16، وكذلك

---

[21] – بهذا الوضع نجد أن المشرع قد ذهب عكس اتفاقية بروكسل فيما يخص إمكانية الناقل التحفظ عن حالة البضاعة الظاهرة، لمزيد من التفصيل انظر: أ.ناجي زهرة ، النظام القانوني لوثائق نقل البضائع،رسالة دكتوراه،جامعة الجزائر 2010-2011، ص146.

اتفاقية روتردام 2008 من خلال نص المادة3/40، وقد أوردهما المشرع الجزائري في المادة755 من القانون البحري وهما:أن تكون للناقل أسباب جدية للشك في تصريحات الشاحن، تكون لديه الوسائل المعقولة للتحقق منها.إن مايستفاد من نص المادة 3/3 من معاهدة وأن لا بروكسل فإن مسألة الجهل بالوزن باطلة طبقا لنص المادة8/3 والتي بينت أن كل شرط في عقد النقل يتضمن إعفاء الناقل من المسؤولية عن الهلاك أو التلف الذي لحق البضاعة يعتبر باطلا[22] .

الفرع الثالث: التحفظات المعتد بها قانونا وقضاء:

إن التحفظات التي يدرجها الناقل في سند الشحن لايعتد بها دائما إلا إذا كانت منتجة وجدية الأسباب التي دعت إلى وضعها،وعليه سنتعرض في هذه النقطة لنوعي التحفظات من حيث التأثير إلى التحفظات المنتجة(المؤثرة) التحفظات غير المنتجة(غيرالمؤثرة).

أولا: التحفظات المنتجة(المؤثرة):

إن اتفاقية بروكسل لسنة 1924 من خلال مادتها الثالثة الفقرة الثالثة ألزمت الناقل بأن لايدون في سند الشحن بعض البيانات منها الوزن والكمية والعدد...، وذلك عندما تكون له أسباب تجعله لايثق في البضاعة أو إذا لم يكن يملك الوسائل اللتزمت للتحقق منها وهذا ماتضمنته المادة 1/755 من القانون البحري الجزائري.

وعليه فما يمكن قوله هو أن هذه النصوص جاءت بصيغة سلبية كون الواقع العملي يبين أن الشاحن هو من يملأ سند الشحن وأن تحفظات الناقل تأخذ بسرعة، وعلى عكس ذلك فإن المشرع الفرنسي كان أكثر تفصيلا من خلال المادة 36 من أمر1966[23]،حيث بين أنه إذا كان

---

[22]– د. محمد عبد الفتاح ترك، عقد النقل البحري ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005،ص235.

[23]_ L'article 36 du decret du 31 decembre 1966, modifie par le decret du 12 nov.1987 : le

للناقل دواع تجعله يرفض تسجيل ما يدلي به الشاحن يتعين على الناقل إبراز ذلك في بيان خاص مع وجوب ذكر أسباب الرفض، كذلك نجد أن أمر 12-11-1987 أكد على إلزام الناقل أن يذكر التحفظ محددا عدم صحة المعلومات وسبب الشك فيها.

كذلك اتفاقية هامبورج 1978 من خلال المادة 16 ذكرت أن الناقل إذا ماأدرج تحفظا يتعين عليه أن يثبت أوجه عدم الصحة أو الأسباب التي دفعته للشك أو أنه غير متوافر على الوسائل اللازمة، كما أن اتفاقية روتردام 2008 بينت المادة 3/40 منها أنه يجب على الناقل البحري حالة مالم يكن متوافرا على الوسائل اللازمة تجاريا للتحقق من البضاعة والمعلومات المصرح بها، أن يبين ذلك في المستند مع ذكر المعلومات الغير بمقدوره التحقق منها.

مما ذكره من نصوص قانونية وطنية ودولية يتبين أن التحفظات المؤثرة هي التي تكون خاصة أي تتعلق بنقطة معينة و ليست عبارة عن ملاحظات عامة[24]، ولابد أن تكون معللة وواضحة الأسباب،وبهذا يجب أن يتم فيها إبراز نقاط الإختلاف بين البضاعة وما قدمه الشاحن من معلومات، ولتوضيح التحفظات

الفعالة التي تكون مستوفية للشروط القانونية المطلوبة هناك قرار صادر عن مجلس قضاء باريس في09-07-1985[25]، في قضية كانت تتعلق بالنقل البحري الذي كان محله نقل أعمدة حيث أن الناقل قام بتدوين تحفظ في وثيقة النقل بين فيه أن وسائل حزم الأعمدة غير ملائمة لمقاومة عمليتي التحميل والتفريغ، لأن الأعمدة هي من دون حماية زيادة على أنها سهلت الكسر كونها غير صلبة،وأن 240 عمودا منها يتبن أنها فاسدة وحوالي 55 عمودا أطرافه مسحوقة.

---

transporteur doit faire dans le connaissement une reserve precisent les inexactitudes, la raison de ses soupcons ou l'absence de moyens de contrôle suffisant.

[24] – د. سوزان على حسن، المرجع السابق،ص245.

[25] – Navire Cantal, DMF 1986.537.

إن مثل هذا التحفظ عندما يدرج في سند الشحن يكون له تأثير كبير وهو يتمثل في قلب عبئ الإثبات، كونه يقضي على قرينة التسليم المطابق للبضائع للبيانات المصرح بها من قبل الشاحن.

ثانيا:التحفظات غير المنتجة(غيرالمؤثرة):

هي تلك التحفظات التي لاتتوافر على الشروط المطلوبة قانونا، والتي يرى القضاء أنها غير مؤثرة كما لايمكنها دحض قرينة التسليم المطابق للبضائع حسبما صرح به الشاحن،كذلك من التحفظات المستبعدة هي ذات الصيغة العامة والتي يتم إدراجها في سند الشحن بصفة آلية والأكثر استعمالا منها شرط "الوزن المجهول".

وما يجب ذكره هو أن كل من القانون البحري الجزائري ومعاهدة بروكسل1924 يشكلان عائق أمام هذه التحفظات، حيث أن معاهدة بروكسل بينت من خلال المادة3/3 عليه أن يأخذ البضاعة في عهدته وأن يسلم للشاحن سند شحن بناء على طلبه، وأن يدون عليه ما يصرح له به الشاحن وفي نفس السياق ذكرت أن الناقل أو الربان أو وكيل الناقل عليه أن يوضح في سند الشحن حالة ماإذا كان لديه سبب جدي يحمله على الشك في عدم المطابقة بين التصريحات والبضاعة، فإنه يقع عليه إثبات جدية الأسباب التي جعلته يشك او عدم كفاية وسائل التحقق من صحة هذه البيانات، وإن عجز عن ذلك فإنه لايتم الأخذ الإعتداد بهذه التحفظات.

كما أن الناقلين في ظل النقل بالحاويات دائما يبحثون عن أسباب من خلالها يبررون استعمالهم شرط المفروض بصفة آلية على كل وثائق الشحن الخاصة بالبضاعة[26]،وهذا غالبا عندما تكون أي أن البضاعة بمعرفة الناقل، كما قد يكون الشحن من طرف الشاحن lclالحاوية من نوع وتحت مراقبة ممثلي الناقل إلا أن ما يثير الإنتباه أنه عندما تسلم للناقل البضاعة مشحونة في هنا يكون على غير علم بمحتوى الحاوية،وبالرجوع لأحكام قواعد روتردام fclحاوية من نوع

---

[26] – د.محمد غريب عبد العزيز،النظام القانوني للنقل البحري والحاويات، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2006،ص131.

2008 فإن المادة 40 في فقرتها الرابعة بينت أن الناقل حالة مإذا سلمت له البضاعة في حاوية يمكنه التحفظ على محتوى الحاوية مالم يكن قد تفقد بالفعل البضائع الموجودة داخل الحاوية،أو لم يكن على علم فعلي بما تحويه الحاوية من مصدر آخر قبل أن يقوم بإصدار سند الشحن، ولم تقف الإتفاقية عند هذا الحد بل أضافت بأن الناقل بإمكانه التحفظ على وزن الحاوية مدام أنه لم يقم بوزنها،ولم يكن قد اتفق مع الشاحن على أن الحاوية يجب وزنها قبل عملية الشحن،أو لم يكن لديه الوسيلة التجارية المعقولة لوزن الحاوية.

ولمزيد من التفصيل فإن القضاء الفرنسي في هذه المسألة كان أكثر صرامة كونه لايقبل الشروط العامة فأقر أن الناقل يجب أن تكون لديه دائما إمكانية التحقق من البضاعة المسلمة له،ومطابقتها للبيانات والمعلومات المدونة في سند الشحن والتي تبين محتوى الحاوية.

إن عبارات التجهيل التي تدون في المستند بصيغة تحفظات قضت محكمة النقض الفرنسية أن لاأثر لها في ضل قواعد لاهاي والناقل ليس بمقدوره التمسك بها لإبعاد مسؤوليته، غير أن تطور عمليات النقل ورغبة من أطراف عقد النقل في التحميل السريع من دون أن يكون للناقل وسائل لازمة للتأكد من البيانات حتى وإن كانت لديه دواع جدية للشك،فقد اعترفت غرفة التجارة الدولية من خلال المادة 17 أنه من القواعد الموحدة للإعتمادات المستندية السارية المفعول من الفاتح أكتوبر 1985 بينت أن السند الذي يحتوي على شرط مثل "تعبئة الشاحن"أو "حسب ما أقره الشحن" يمكن قبوله مالم ينص في المستند على خلاف ذلك،وعليه يتضح أن الممارسة العملية دفعت إلى الإعتراف بشرط التجهيل المدرج في السند متى توافرت الشروط المطلوبة خاصة في ظل النقل بالحاويات[27].

[27] –لمزيد من التفصيل راجع د.أسامة عبد العزيز،التنظيم القانوني للنقل بطريق الحاويات،منشأة المعارف،الإسكندرية، 2004،ص132 وما بعدها.

المطلب الثاني: النتائج القانونية المترتبة عن التحفظات:

إذا ما قام الناقل بوضع تحفظاته في سند الشحن وكانت مستوفية لشروط صحتها طبقا لما أوردته النصوص الدولية والقوانين الوطنية وكذا الاجتهادات القضائية، فإنها ترتب آثار قانونية مهمة غير أن التساؤل المطروح يتمثل في حالة انتفائها هل يترتب عنه آثار أم لا؟ لمعالجة هذه النقاط نتعرض لثلاث فروع ، حيث نخصص الأول للآثار المترتبة عن تسجيل التحفظات في حين الثاني نبين فيه حالة غياب التحفظات، أما الثالث نتعرج فيه لتبيان مفاعيل خطابات الضمان الملاحية في ظل غياب التحفظات.

الفرع الأول:النتائج القانونية المترتبة عن تسجيل التحفظات في سند الشحن البحري:

بالرجوع لأحكام النصوص القانونية الدولية و الوطنية التي قامت بتنظيم مسألة التحفظات نجدها بينت الحالات التي يمكن للناقل فيها إبداء التحفظات وشرط صحتها و أسبابها، ولم تذكر الآثار المترتبة عنها

فاتحتا المجال أمام الاجتهادات القضائية والآراء الفقهية اللذين اتفقا على أن تحفظات الناقل المدرجة في سند الشحن إذا ما تحققت شروطها فإن تقوم بعملية قلب عبئ الإثبات، وبالتالي ينتقل عبئ الإثبات من الناقل إلى صاحب الحق في البضاعة كما أنها تسقط قرينة التسليم المطابق للبضاعة، ولا يكون الناقل المسؤولية عن صحة المعلومات المذكورة في السند[28]، ومنه يبقى على الناقل إقامة الدليل على جدية الأسباب التي جعلته يشك في تصريحات الشاحن و إثبات أنه غير متوافر فعلا على الوسائل التجارية المعقولة للتحقق منها، وإذا ما فشل في إقامة الدليل اعتبرت هذه التحفظات باطلة ولا أثر لها وتقام مسؤولية الناقل البحري.

وحتى يحقق التحفظ أثره الفعال لابد أن يكون له علاقة بما لحق البضاعة من ضرر، فيتعين عليه إثبات العلاقة السببية بين الضرر والهلاك بذكره في التحفظ بأن الهلاك سببه سوء التغليف، كما أن بعض الأحكام القضائية الفرنسية بأن التحفظات حتى وإن كانت صحيحة لا

[28] – د. وجدي حاطوم، النقل البحري في ضوء القانون و المعاهدات الدولية، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، 2011 ، ص316.

تقوم بقلب عبئ الإثبات وليس لها سوى أن تمنح للناقل إمكانية إثبات حالة من حالات الإعفاء من المسؤولية، وبهذا لايكون للتحفظات الغير قانونية أي مفعول ويبقى سند الشحن محتفظا بقوته الثبوتية في مواجهة الناقل على أنه تسلم البظاعة على حالتها الظاهرة.

الفرع الثاني:النتائج القانونية المترتبة عن إغفال ذكر التحفظات

ذكرنا سابقا أن الأحكام القانونية الدولية والوطنية ذكرت الحالات الممكن إبداء التحفظات فيها ونخص بالذكر القانون البحري الجزائري واتفاقية بروكسل 1924 ولم يذكرا حالت إغفال الناقل للتحفظات، غير أن اتفاقية هامبورج 1978 تضمنت المادة 16 منها في فقرتها الثانية أن الناقل الذي لا يقوم بتوضيح الحالة الظاهرة للبضاعة اعتبر أنه تسلمها على الحالة المبينة في السند، ويعتبر ذلك إقرار منه في سند الشحن أن البضاعة كانت في حالتها الظاهرة سليمة.

إن إغفال الناقل عن ذكر التحفظات يعتبر قرينة قانونية قاطعة على أنه تسلم البضاعة طبقا للمواصفات المذكورة في السند، وأن أحكام الاتفاقيات الدولية لم تلزم الناقل بتدوين التحفظات ليتمكن من الاستفادة من حالات الإعفاء، حيث أن قواعد لاهاي لا تقر بمنع الناقل من الاستفادة من اسباب الإعفاء إذا أصدر سند الشحن نظيفا، فالناقل من الناحية العملية يواجه صعوبات في التحقق من البضاعة المسلمة إليه، وخاصة إذا سلمت إليه في حاويات مغلقة.

غير أنه إذا كان الناقل يعلم بأن البضاعة المسلمة له غير مطابقة للأوصاف المصرح بها ومع ذلك لم يسجل تحفظاته مستندا في ذلك بأن من حقه إبدائها أو عدم ذكرها نظرا لأن النصوص القانونية لم تفرض عليه عقوبات، إلا أن القضاء الفرنسي أقر بمسؤولية الناقل البحري في الحالات التالية:

- إذا لم يدون الناقل التحفظات رغم أن البضاعة بها عيب ظاهر.
- حالة تدوين الناقل لتصريحات كاذبة
- حالة قبوله بشحن البضاعة مع علمه بأنها غير سليمة وقام بإصدار سند شحن خال من التحفظات.

لقد أقر القضاء جزاء حالت الامتناع عن ذكر التحفظات المتمثل في منع الناقل من التمسك بالحالات المقررة قانونا من إعفائه من المسؤولية في مواجهة الغير حسن النية، وذلك إذا أقام هذا الأخير الدليل على أن الناقل أغفل ذكر التحفظات في سند الشحن بإرادته[29].

الفرع الثالث :مفاعيل خطابات الضمان الملاحية في ظل غياب التحفظات:

الناقل في بعض الحالات يكون راغبا في إدراج تحفظات في سند النقل، غير أنه و بناء على طلب الشاحن يقوم بإصدار السند نظيف حتى يتمكن هذا الأخير من بيع بضاعته أو التأمين عليها بمبلغ معقول، و ذلك مقابل حصول الناقل على تعهد من الشاحن على تعويضه عما يصيبه من ضرر بسبب رجوع المرسل إليه عليه بعد اكتشافه عدم مطابقة البضاعة لما ورد في سند الشحن من بيانات[30].

و على ضوء هذا سنحاول تسليط الضوء على مفهوم خطاب الضمان البحري من خلال أربع نقاط أساسية تتمثل في:

1- تعريف خطاب الضمان البحري.

2- أسباب إصدار خطاب الضمان البحري.

3- الجزاءات المترتبة على تحرير خطاب الضمان البحري غير المشروع في العلاقة بين أطرافه والغير.

1- تعريف خطاب الضمان البحري

---

[29] – للاستزادة في الموضوع أنضر أ.ناجي زهرة ،المرجع السابق،ص169.

[30] – د. يعقوب يوسف صرخوه، الوسيط في شرح القانون البحري الكويتي، رقم 68 لسنة 1980، دراسة مقارنة، الجزء الأول، الطبعة الثانية، كلية الحقوق، الكويت، 1988، ص 329.

يعتبر خطاب الضمان الوسيلة التي يلجأ إليها الشاحن بغية إقناع الناقل في عدم وضع و تحفظات على سند الشحن، هذا يعني أنها تعد ورقة الضد، كوسيلة للإبقاء على نظافة المستند بالتالي فخطابات الضمان هي الأوراق التي يثبت فيها الشاحن التحفظات التي طلب الناقل إدراجها في سند الشحن[31].

أن خطاب الضمان هو تعهد من طرف الشاحن أنه في RODIEREو يرى العميد روديار حالة رفع دعوى ضد الناقل من طرف المدعي في ميناء الوصول و نجاحها في إدانة الناقل، فإن الشاحن يضمن للناقل تحمل كل النتائج المترتبة عن هذه الدعوى، حالة ما إذا أقيمت بسبب عدم المطابقة للمواصفات المبينة في سند الشحن النظيف، كما أن خطاب الضمان ليس من قبيل الشروط المعفية للناقل من المسؤولية، و كذلك لا يتضمن خطاب الضمان شرطا من شأنه قلب عبئ الإثبات الذي يضعه القانون على عاتق الناقل.

زيادة على ذلك فإن خطاب الضمان لا يعد اشتراطا لمصلحة الغير لكونه يعد اتفاق بين الشاحن والناقل، و مع ذلك فإن المستفيد يكتسب حقا مباشرا من الشاحن و ينشأ هذا الحق مباشرة من عقد الاشتراط الذي لم يكن المنتفع طرفا فيه دون الحاجة لقبوله لهذا العقد.

2-أسباب إصدار خطاب الضمان البحري

يمكن أن يرجع سبب تحرير خطاب الضمان إلى دافع مشروع، حيث لا يكون مبنيا على أساس الغش و الاحتيال من قبل الشاحن و الناقل، كما قد يكون الدافع إلى إصداره غير مشروع، و ذلك عندما يكون الهدف منه قصد الإضرار بالغير، و على هذا سنحاول توضيح الأسباب المشروعة و غير المشروعة لإصدار خطاب الضمان البحري.

أ- خطاب الضمان المشروع (الحسن):

---

[31] – د. أحمد محمود حسني، النقل الدولي البحري للبضائع طبقا لمعاهدة بروكسل 1924 لسندات الشحن
و المعدلة ببرتوكول 1968، و معاهدة هامبورج 1978، و القوانين البحرية العربية، الطبعة الثانية، منشأة المعارف الإسكندرية، ص 154.

هو الاتفاق الذي لا يكون مؤسس على غش و احتيال، بل يتم تحريره على أساس نية حسنة لأجل تحقيق أغراض مشروعة و شريفة، و هذا يتحقق حالة ما لم يكن خطاب الضمان متعلق بالتحفظات التي تدرج في سند الشحن، و المتعلقة بعيب في البضاعة يكون الناقل على علم به، أو كان عليه العلم به عند تحرير سند الشحن، و لم يكن هناك ما لم يسمح للناقل بأن يعلم بوجود العيب لعدم توافره على الوسائل اللازمة لعملية الفحص ، كالحالة التي يتم فيها تسليم البضاعة في الوقت المتأخر جدا قبل انطلاق الرحلة، وخاصة بعد ظهور تكنولوجيا الحاويات، و التحقق من حالة البضاعة[32].و بالطبع في هذا فلا يملك الناقل الوقت الكافي لفتح الحاوية الفرض لا يتصور تحقق نية الغش بين الناقل و الشاحن في عقد اتفاق الضمان، و كذلك لاستبعاد سوء التفسير من قبل الأطراف المعنية لبعض التحفظات الغير فعالة و التي لا تؤثر في عملية الإثبات إذا تم تحرير خطاب الضمان لأجل هذا الغرض يعتبر مشروع.[33]

ب- خطاب الضمان غير المشروع:

هو ذلك الاتفاق الذي يكون الغرض من تحريره الإضرار بالغير (المرسل إليه)، حيث قد يتواطأ الشاحن مع الناقل على ذلك، كما قد يكون الغش صادرا من الشاحن و حده يهدف من ورائه إلحاق ضرر بالغير، و يكون محتوى هذا الغش إخفاء عيب في البضاعة بحد ذاتها، أو في طريقة حزمها ...الخ.

حيث من السهل معرفتها كان الناقل شريكا مع فإذا ما كانت العيوب ظاهرة و واضحة الشاحن في جريمة الاحتيال، و ذلك حالة توقيعه على السند نظيفا مقابل خطاب الضمان المنطوي على غش

و الصادر من قبل الشاحن، و على هذا نجد أن بعض الفقه يرى أن مثل هذا الاتفاق يشكل خطأ من قبل كل من الشاحن والناقل ويعاقبون عليه من قبل القانون، في حين هناك من يرى أن مثل هذه الخطابات التي تكون مبنية على غش واحتيال تكون باطلة لكونها تتعارض مع النظام

---

[32] – د. حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص 23-27-56.

[33] – د. سوزان علي حسن، عقد نقل البضائع بالحاويات، المرجع السابق، ص 260.

العام[34]، حيث أن النصوص الدولية لا تشير صراحة إلى العمل بخطابات الضمان، أما القضاء الفرنسي السابق عن صدور القانون الفرنسي لسنة 1966 حاول التمييز بين الخطابات المسموح غير أن التطبيق كان يشكل خطرا بها و غير المسموح بها، هذا من خلال إثبات الوقائع، كبيرا نظرا للمعلومات المحدودة المتواجدة لدى المحاكم، لذا فإن أول ما قام به المشرع الفرنسي بمجرد صدور قانون 1966 استحدث نظام جديد للتعامل مع هذه الحالات، فنجد أن المادة 20[35] منه أصبحت لا تدين فقط إصدار خطاب الضمان بل حتى الغياب المتلازم للتحفظات في سند الشحن البحري، أما خطاب الضمان فقد نص عليه كأنه خطاب مضاد و هو بالتالي باطل في مواجهة الغير حسن النية.

3- الجزاءات المترتبة على إصدار خطاب الضمان البحري.

كما قد سبق ذكره فإن خطابات الضمان تنقسم إلى مشروعة و غير مشروعة، و حماية للطرف الضعيف لا بد من وضع عقوبات للحد من هذه التصرفات، و قد أجمعت النصوص القانونية و الآراء الفقهية على عدم وجود أية حجية لخطابات الضمان البحري في مواجهة الغير، و عليه سنحاول التمييز بين العقوبات القانونية المترتبة على إصدار خطاب الضمان المشروع، و خطاب الضمان غير المشروع:

أ- الجزاءات القانونية المترتبة على إصدار خطاب الضمان المشروع:

أ-1- في العلاقة بين الشاحن و الناقل:

---

[34] - د. حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص 58.

[35] - تنص المادة 20 من القانون الفرنسي لسنة 1966 من خلال الفقرة الثانية على ما يلي:

« si la réserve volontairement omise concerne un défaut de la marchandise dont le transporteur avait ou devait avoir connaissance lors de la signature du connaissent, il ne pourra se prévaloir de ce défaut pour éluder sa responsabilité, et ne bénéficiera pas de la limitation de responsabilité prévu a l'article 28. »

إذا كان الغرض من إصدار خطاب الضمان مشروعا، فإنه يكون صحيحا بحكم القانون،
و تكون له حجية نسبية بين الناقل و الشاحن[36]، و بالتالي يلتزم كل منها (الناقل و الشاحن) بما ورد فيه من شروط، من أهمها التزام الشاحن بإرجاع التعويض الذي يكون قد تحمله الناقل من جراء رجوع صاحب الحق في البضاعة عليه، و ذلك عند اكتشافه أن البضاعة معيبة أو ناقصة ...

أما إذا كان الشاحن هو نفسه المرسل إليه، فيقع عليه التزام عدم مطالبة الناقل بالتعويض عن الضرر أو التلف الذي لحق البضاعة و هذا ما تضمنته المادة 03/757 من قواعد هامبورغ 1978.

أ-2- في العلاقة بين أطراف خطاب الضمان البحري و الغير :

لا توجد لخطاب الضمان أية حجية في مواجهة الغير حتى و إذا كان مشروعا و لا يتعارض مع النظام العام و الآداب فهو عديم الأثر في مواجهة الغير، و بالرجوع لأحكام النصوص القانونية و الدولية
و الوطنية و خاصة اتفاقية هامبورغ و كذا القانون الفرنسي لسنة 1966 من خلال المادة 20، فإن الجزاء الوحيد الذي يمكن تطبيقه في هذه الحالة هو عدم نفاذ خطاب الضمان و لو كان مشروعا في مواجهة الغير حسن النية، و لا يمكن القول ببطلانه لأنه إذا كان كذلك لما أمكن أن يتمسك به في مواجهة أحد أطرافه اتجاه الآخر.

أما بخصوص المشرع الجزائري فقد نص في المادة 757 من القانون البحري الجزائري، أنه يجوز للغير التمسك بخطاب الضمان اتجاه الشاحن، إذا كان الغير سيئ النية، و بالتالي يصبح خطاب الضمان نافذا في حقه، و الجزاء المقرر للغير في هذه الحالة هو حرمانه من الرجوع بالتعويض على أي من الناقل أو الشاحن.

---

[36] – د. حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص 91.

أما إذا كان الغير حسن النية يمكنه التمسك بخطاب الضمان المشروع في مواجهة الشاحن، في الحالة التي يكون فيها من مصلحته التمسك به، و ذلك إذا كان هذا الغير مثل شركة التأمين أي المؤمن على البضاعة و التي تكون من مصلحتها إثبات وجود خطاب الضمان حتى تتمكن من الرجوع على الشاحن بمبلغ التعويض الذي دفعته لصاحب الحق في البضاعة[37].

ب- الجزاءات القانونية المترتبة على إصدار خطاب الضمان الغير مشروع:

إن الجزاءات التي يجب تطبيقها على خطاب الضمان البحري غير المشروع تتنوع، حيث أن الجزاء المترتب على أطراف خطاب الضمان هو البطلان المطلق، أما في العلاقة بين أطراف الخطاب و الغير حسب النية فهناك عدة جزاءات و على هذا نميز بين النوعين كالآتي:

ب-1- الجزاء المترتب عن تحرير خطاب الضمان البحري غير المشروع في العلاقة بين أطرافه:

قد أجمع الرأي على بطلان خطابات الضمان الغير مشروعة بطلانا مطلقا و التي يقوم كل من الشاحن والناقل بتحريرها من أجل جعل سند الشحن نظيفا، مع علمهما بالعيوب الموجودة بالبضاعة، و أنها غير مطابقة لما ورد في سند الشحن من بيانات، يترتب على سوء النية هذه بطلان خطاب الضمان بطلانا مطلق في علاقتهما الخاصة.

إن هذا البطلان يستند إلى وجود الغش و ثبوته من جانب أطراف الخطاب و بالتالي يحرم الناقل من مطالبة الشاحن بالتعويض المتفق عليه في خطاب الضمان، كما أن الحكم ببطلان خطاب الضمان الغير مشروع و هو لمخالفته للنظام العام و الآداب العامة هو تطبيقا للمادة02/17 من اتفاقية هامبورغ 1978، و ذلك من خلال إخفاء العيب الموجود بالبضاعة لحظة الشحن من قبل أطراف الخطاب، مما يترتب علي الغش على الغير الذي يمكن أن يكون هو المرسل إليه،

و من المحتمل أن يسدد ثمن البضاعة مباشرة عند استلامه لسند الشحن و وضع الثقة في الشاحن معتقدا أن البضاعة جيدة و قادرة على احتمال مخاطر الطريق، مع العلم أن الناقل ملزم

---

[37]- د. حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص، 93.

بتسليم البضاعة المشحونة و هو التزام بتحقيق نتيجة[38]، كما يمكن أن يكون هذا الغير المؤمن على البضاعة إذا تضررت البضاعة إلى حد كبير مما أدى إلى نقصها بالرغم من ذلك قام الناقل بإصدار سند الشحن نظيف، فإنه

بعمله هذا يعد شريكا للشاحن في الغش و الاحتيال، و يمكن أن توقع عليهما (الناقل، الشاحن) عقوبة الغرامة أو الحبس طبقا لقواعد قانون العقوبات فضلا على بطلان خطاب الضمان، و لا تكون له أية قيمة قانونية، و هذا طبقا لنص المادة 546 من القانون البحري الجزائري[39] و التي بينت أن كل من قام أو حاول القيام بإبرام عقد باستعماله لأوراق مزورة فإنه تسلط عليه عقوبات نص عليها المشرع من خلال المادة 222[40] و ما بعدها من قانون العقوبات الجزائري و التي تعاقب كل منقد زور أو زيف رخصا أو شهادات أو كتابات الخ...التي تصدرها الإدارات العمومية ... يعاقب بالحبس من 6 أشهر إلى ثلاث سنوات و بغرامة من 1500دج إلى 15000دج.

أما القانون الفرنسي الصادر 1956 من خلال المادة 20، فقد منح سوء النية لدى الناقل صفة الخطأ الجسيم تقديرا لدرجة الخطأ، و نجد قرارات صادرة عن محكمة استئناف باريس[41] عن إصدار خطاب الضمان غير المشروع و التي قضت في حكم لها ببطلان خطاب

---

[38] – عدلي أمير خالد، عقد النقل البحري، قواعد و أحكام في ضوء قانون التجارة البحرية و المعاهدات و البروتوكولات الدولية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية 2006، ص180.

[39] – تنص المادة 546 من القانون البحري رقم 48-05 على ما يلي: " يعاقب كل شخص يبرم أو يحاول إبرام تعهد بحري، يعمد إلى تقديم أوراق هوية أو وثائق مزورة، طبقا لأحكام المادة 222 و ما يليها من قانون العقوبات".

[40] – أ. أحمد لعور، أ. نبيل صقر، قانون العقوبات نصا و تطبيقا، النص الكامل للقانون طبقا لأحدث تعديلات القانون 06-23 مرفوقا بقرارات المحكمة العليا، موسوعة المفكر القانوني، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2007.

[41] –C,d'app de Paris, 7 Novembre 1988 Note RACHABD,PREEP BONASSIES CHRON, DJLF, 1990,78.

الضمان حتى فيما بين أطرافه، إلا إذا كانت التحفظات التي أغفل الناقل ذكرها لا تتعلق بعيب البضاعة يعلمه الناقل، أو كان من واجبه العلم به، أما إذا كان بمقدور الناقل اكتشاف العيب لكنه تجاهله عمدا و أصدر سند الشحن نظيفا، فزيادة على بطلان خطاب الضمان انتهت المحكمة إلى حرمانه من الرجوع على الشاحن الموقع على خطاب الضمان.

كما يحرم من التمسك بعيوب البضاعة أي العيب الذاتي في البضاعة الذي يعتبر من حالات إعفاء الناقل البحري من المسؤولية طبقا لنص المادة 803 الفقرة ز من القانون البحري الجزائري.

ب-2- الجزاءات المترتبة على تحرير خطاب الضمان البحري غير المشرع في العلاقة بين أطرافه و الغير:

إذا ما تين أن خطاب الضمان هو غير مشروع في مواجهة الغير حسن النية، ترتب على ذلك عدة جزاءات قانونية تتمثل في:

*- عدم إمكانية الاحتجاج بخطاب الضمان في مواجهة الغير حسن النية:

حيث يتفق الرأي على عدم جواز الاحتجاج به في مواجهة الغير، مهما كان الدافع إلى تحريره، كون هذا الأخير لم يكن حاضرا وقت إبرام العقد، و هذا ما أقره القضاء الفرنسي، حيث قضى بإلزام الناقل بتعويض الغير عن كامل الأضرار التي تكبدها بسبب عدم مطابقة البضاعة المسلمة له فعلا للبيانات المدونة في سند الشحن النظيف.

أما محكمة روان ROUENالتجارية الفرنسية فأكدت على أنه إذا كانت مقتضيات التجارة الدولية تقتضي استعمال خطابات الضمان، فهذا لا يعني أن للناقل و الشاحن استغلاله لأغراض غير مشروعة، و حالة قيامها بذلك يعتبران قد قاما بأعمال احتيالية، و التالي يجب إلزامهما بتعويض صاحب الحق في البضاعة عن الضرر الذي لحقه، و يعتبر هذا التطبيق مبدأ المسؤولية المفترضة بين المدينين بدين تجاري، و زيادة على هذا عليهما دفع تعويضات إضافية للمرسل إليه بسب الأضرار على الإفلات من المسؤولية.

في العلاقة بين الناقل و الغير يعد خطاب الضمان خطأ من جانب الناقل، لذا يحق للمرسل إليه مطالبته بالتعويض عن الضرر الذي لحق به بسبب التدليس الذي كان ضحية له.

كما يعد خطأ الناقل تقصيريا تحكمه القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية و ليس خطأ تعاقدي ناشئ عن عقد لأنه لم يكن طرفا في عقد النقل البحري[42]، و يترتب على هذا حرمان الناقل من التمسك في مواجهة الغير بالمواد الخاصة بمواعيد الأخطار عن التلف أو الهلاك الجزئي طبقا لنص المادة 790[43] من القانون البحري الجزائري.

*- حرمان الناقل من التمسك بالعيب الذاتي للبضاعة:

من المعلوم أن من التزامات الناقل البحري نقل البضاعة كاملة عبر البحر محافظا على سلامتها و في الميعاد المحدد، و على هذا فهو يسأل عن الهلاك أو التلف و التأخير، و هذه المسؤولية لا يمكن دفعها إلا عن طريق إثبات السبب الأجنبي المتمثل في القوة القاهرة و العيب الذاتي للبضائع
و خطأ الشاحن.و المقصود بالعيب الذاتي للبضائع هو كل سبب ناشئ عن الطبيعة الداخلية للبضائع يؤدي إلى هلاكها أو تلفها و مثال ذلك الاشتعال الذاتي للبضائع، فلا يحق للناقل الذي شارك بسوء نيته ي خطاب الضمان الغير مشروع أن يتمسك بحالات الإعفاء من المسؤولية المتعلقة بالعيب الخاص بالبضاعة من أجل التنصل من مسؤوليته.

و على عكس هذا فإن الناقل في حالة خطاب الضمان المشروع لا يحرم حالة إصداره لسند الشحن النظيف من حالات الإعفاء المقررة قانونا في إثباته أن الضرر اللاحق بالبضاعة كان

---

[42] - د. حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص، 99-100.

[43] - إن المشرع الجزائري نص في المادة 750 من القانون البحري على ما يلي: إذا حصلت خسائر أو أضرار للبضاعة يقوم المرسل إليه أو من يمثله بتبليغ الناقل أو ممثله كتابيا في ميناء التحميل، قبل أو في وقت تسليم البضاعة و إن لم يتم ذلك تعتبر البضائع مستلمة حسبما تم وصفها في وثيقة الشحن لغاية ثبوت العكس، و إذا لم تكن الخسائر و الأضرار ظاهرة فيبلغ عنها خلال ثلاثة (03) أيام محل حالة البضائع محقق فيها حضوريا عند استلامها، و تعتبر باطلة كل الشروط التعاقدية الناجمة على تكاليف زائدة بالنسبة لمن أرسلت إليه البضائع.

ناتج عن حالة أو أكثر من حالات الإعفاء من المسؤولية المذكورة في المادة 803 من القانون البحري الجزائري و المادة 27 من القانون البحري الفرنسي لسنة 1966، و المادة 2/17 من اتفاقية هامبورغ 1978[44].

و الملاحظ أن سوء نية الناقل البحري التي ثبتت من خلال خطاب الضمان الغير مشروع، و خاصة إذا ما أثبت حامل سند الشحن أن خطاب الضمان كان مشوبا بالغش و الاحتيال، هذا ما يفيد علم الناقل أو إمكانية العلم بالحالة السيئة للبضاعة، لكن رغم ذلك لم يبين ذلك في السند، فإنه يفقد حقه في مواجهة الغير.

*- حرمان الناقل البحري من التمسك بتحديد المسؤولية:

يحرم الناقل من تحديد مسؤوليته لأنه من بين الحالات المستثناة في اتفاقية هامبورغ لسنة 1978 من الاستفادة من التحديد القانوني للمسؤولية التي سنذكرها، إذا ما توافر أحدها توجب على الناقل دفع كامل التعويض عن الأضرار التي تصيب البضاعة و لا يمكنه التمسك بحدود المسؤولية التي تضمنتها الاتفاقية و هي:

- الغش و الخطأ الجسيم من قبل الناقل و الذي يكون قد تسبب في الهلاك أو التلف أو التأخير في تسليم البضائع.
- شحن البضائع على سطح السفينة و هناك حالتان يكون فيهما الناقل مسؤولا عن تعويض الشاحن و ذلك فيما يلي:
- في حالة اتفاق الناقل مع الشاحن لنقل البضائع على سطح السفينة، غير أن الناقل لم يذكر ذلك في سند الشحن.
- حالة مخالفة الناقل للإتفاق المبرم بينه و بين الشاحن عندما يشترط هذا الأخير نقل البضائع في عنابر السفينة.

---

[44] – لقد نص المشرع الجزائري في القانون البحري الجزائري من خلال المادة 803 على اثنا عشر (12) حالة تعفي الناقل من المسؤولية، و الملاحظ هو أنه أقصى ستة حالات من الحالات المذكورة في المادة 02/04 من اتفاقية بروكسل 1924 التي نصت على ثمانية عشر حالة.

- حالة عدم الإشارة في سند الشحن أن النقل يخضع لاتفاقية هامبورج 1978.
- عند إدراج الناقل في سند الشحن شرطا تعتبره الاتفاقية باطلا إذا كان هذا الشرط سببا في الاضرار بالشاحن.
- إغفال الناقل ذكر التحفظات في سند الشحن قصد الإضرار بالغير حسن النية[45].

نفس المحتوى تضمنته اتفاقية روتردام لسنة 2008 من خلال مادتها 61 فقرة 1 التي تضمنت عدم أحقية الناقل أو أيا من الأشخاص المذكورين في المادة 18 و هم: (الطرف المنفذ، ربان السفينة أو طاقمها، موظفو الناقل أو أي شخص آخر يؤدي أو يتعهد بأن يؤدي أيا من واجبات الناقل بمقتضى عقد النقل) من الانتفاع بالحد من المسؤولية، إذا أثبت المطالب أن إخلال الناقل بواجبه بمقتضى هذه الاتفاقية ارتكب عمدا إحداث الخسارة أو عن علم باحتمال حدوثها.

أما فيما يتعلق بموقف القوانين الداخلية نجد أن القانون الفرنسي لسنة 1966 من خلال المادة 20 في فقرتها الثانية يتبين أنه إذا كان الناقل على علم بعيب البضاعة أو كان بإمكانه العلم به لكنه أغفل إراديا التحفظ الخاصة به يكون الناقل أو الربان مسؤولا، و لا يحق لهما التمسك بتحديد مسؤوليتهم على أساس الطرد أو الوحدة حسب نص المادة 28 من القانون الفرنسي.

كما أن القانون البحري الجزائري أقر أن الدعاوى الناتجة عن عقد النقل البحري تتقادم بمرور سنتين من يوم تسليم البضاعة أو اليوم الذي كان يجب فيه التسليم هذا ما تضمنته المادة 742 منه[46]. وهذه الدعاوى يرفعها المتضرر ماعدا المنصوص عليها في المادة 743[47]، حيث أن

---

[45] – د. علي بارودي، د. هاني دويدار، المرجع السابق، ص 222.

[46] – تنص المادة 742 من القانون البحري الجزائري على ما يلي: " مع التحفظات لأحكام المادتين 743، 744 المذكورتين أدناه تتقادم الدعاوى الناجمة عن عقد النقل البحري بمرور سنتين من يوم تسليم البضاعة أو اليوم الذي كان يجب فيه التسليم."

[47] – تنص المادة 743 من نفس القانون على ما يلي: " تتقادم كل دعوى فيه الناقل بسبب الفقدان أو الأضرار الحاصلة للبضائع المنقولة بموجب وثيقة الشحن بمرور عام واحد، بيد أن يمكن تمديد هذه المدة إلى عامين باتفاق مبرم بين الأطراف بعد وقوع الحادث الذي ترتب عليه رفع الدعوى".

الدعاوى المرفوعة ضد الناقل البحري للتعويض عن الخسارة التي أصابت البضاعة بوثيقة شحن تتقادم بمرور سنة واحدة طبقا لما تضمنته المادة 743 في فقرتها الأولى، كما يجوز لأطراف العقد الاتفاق على أن يكون أجل رفع الدعوى بعامين من تاريخ وقوع الضرر.

الخاتمة:

من خلال دراستنا لموضوع تحفظات الناقل البحري في سند الشحن البحري والتي يكون محلها طبيعة البضاعة المسلمة له فعلا طبقا لما جاءت به الاتفاقيات الدولية والقوانين الداخلية خلصنا إلى مجموعة من النتائج نذكرها كما يلي:

أن تحفظات الناقل البحري المتعلقة بالبضاعة محل النقل لا بد أن تكون مسببة ومعللة وذلك بأن يكون التحفظ المدرج في السند له علاقة بالضرر الحاصل للبضاعة.

لا يمكن للناقل إبداء تحفظاته إلا إذا كانت لديه شكوك مقبولة حول البضاعة المسلمة له والتصريحات التي يدلي بها الشاحن ،وفي الحالة التي لا يملك فيها الوسائل المعقولة للتحقق من صحتها، وهنا يتوجب عليه أن يبين المعلومات التي لم يستطع التأكد من صحتها.

إن قواعد روتردام الجديدة أكدت على نفس الحالات التي ذكرتها كل من اتفاقية بروكسل وقواعد هامبورغ التي يمكن لناقل إبداء التحفظات من أجلها، لكنها جاءت أكثر تفصيلا فيما يخص التحفظات عند النقل بالحاويات وذكرت مصطلح "الوسيلة المعقولة تجاريا" وعلى حسب تقديرنا أنها حاولت بذلك الربط بين عقد النقل أنه تجاري فلا بد الوسائل المستعملة للتأكد من محتوى الحاوية تجارية كذلك.

أنه لا بد أن يكون التحفظ خاصا وليس عاما حتى تكون له فعالية لحماية الناقل البحر أي يجب أن يكون مؤثرا،وليست مجرد ملاحظات عامة تفتقد للدعامة، و إذا لم يقم بأي تحفظ اعتبر أنه تسلم البضاعة مطابقة للبيانات المدونة في سند الشحن.

أن جل الأحكام المنظمة للتحفظات ذكرت الحالات التي يمكن فيها للناقل أن يبدي من أجلها يفيد حسب رأينا أن تحفظاته دون أن تذكر الجزاء المقرر للناقل حالت إغفاله لها، وهذا ما التحفظات هي حق للناقل يمكنه القيام به كما له الامتناع عن ذلك.

كذلك أن التحفظات عندما تكون صحيحة ومستجيبة للمتطلبات القانونية فإن دورها يكون قلب عبئ الإثبات من الناقل إلى صاحب الحق في البضاعة، حيث يتعين عليه إثبات أنه سلم البضاعة للناقل سليمة ومطابق لتصريحاته ، وأن الناقل قد تعسف في استعمال حقه.

إذا ما قبل الناقل إصدار سند الشحن نظيف خال من التحفظات مقابل خطاب الضمان فعليه أن يتحمل العواقب الناجمة عن إصدار هذا الخطاب خاصة إذا كان ينطوي على غش و خداع.

و عليه فإن أفضل طريقة لتجنب التحفظات المدرجة في السند، و التي ينجر عنها تفادي إصدار خطاب الضمان تتمثل في الأخذ بمعيار حديث لنظافة السند، الذي يتم بتحديد التحفظات التي لا تزيل عن السند هذه الصفة (النظافة)، لأن السبب الرئيسي الدافع لظهور أوراق الضمان كون كل الأطراف صاحبة الشأن في السند لا تثق إلا في سند الشحن الخالي من التحفظات.

سلطات التصديق الالكتروني في التشريع الجزائري

طبقا لقانون "15-04" دراسة مقارنة

ملخص:

يتمحور موضوع المقالة حول أحكام الخاصة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين في القانون الجزائري والقوانين المعاصرة ، مظهرا أهم الأحكام التي أدخلها المشرع الجزائري من خلالها تجنب النقائص التي جاءت بها بعض القوانين التي سبقته في معالجة هذا النظام القانوني .

الكلمات المفتاحية :

التوقيع الكتروني ، الهيئة ، التصديق ، منح الترخيص ، الرقابة المشرع . الحرب .

Summary:

The subject of this essay turns around the decisions of electronic authentication and signature in the Algerian law and other current laws .this work shows the decisions mode by the Algerian legislator cahich avoid the shortcomings of previous law in dealing smith kind of legal systems

key words :

Electronic signature. Authority. Ratification. Grants License. Censorship. Legislator

سلطات التصديق الالكتروني في التشريع الجزائري طبقا لقانون "15-04" دراسة مقارنة

* رحمان يوسف

أستاذ مساعد- بجامعة تلمسان – الجزائر

تمهيد :

تخضع التجارة الالكترونية لإجراءات قانونية، وأطر تنظيمية محددة، سيما ونحن في عصر التدفق السريع للمعلومات بعد انتشار شبكة الانترنت . ووسائل التواصل الاجتماعي . إذ غدت عملية التعاقد تتم عن بعد ربحا للوقت واقتصارا للجهد، ومسايره من التشريعات المعاصرة لهذه القفرة ، ورغبة منها في إضفاء أمان قانوني وثقة لهذا النوع من التعامل بادرت إلى فرض بنود وشروط تؤكد صحة التوقيع الالكتروني ، بإيجاد طرف ثالث سمي بجهات التصديق الالكتروني التي تضطلع بدور الرقابة والتحقق من صحة البيانات لأجل إصدار ما يعرف ب: التوقيع الالكتروني المؤمن .

البريد الإلكتروني:

« rhmycf@hotmail.com

ولم يكن المشرع الجزائري بمنأى عن هذه التحولات الجارية في التشريعات العالمية، ولأن القواعد العامة في مجال القانون التجاري أصبحت قاصرة عن معالجة هذا النوع من المعاملات المستحدثة ، بادر فأصدر القانون رقم 15-04 المؤرخ في 2015/02/01 والمحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين

وها هنا يقودنا التساؤل عن هذه المسايرة وعن هذا القانون . فإلى أي مدى ساير المشرع الجزائري التطورات المستحدثة في مجال التجارة الالكترونية ؟ وهل وفق في تنظيم السلطة المنوط بها مهمة التصديق الالكتروني ؟ ذلك ما سنتعرض له من خلال هذه المقالة.

المبحث الأول : جهات التوثيق الإلكتروني في القوانين المقارنة

إذا تحدثنا عن جهات التصديق الالكتروني ، فلا بد من معالجة مسألة التشفير la cryptologie وفي هذا الصدد نلاحظ أن جل التشريعات لم تقدم تعريفا لها . غير أننا نسجل في هذا الصدد تعريفا للمشرع الجزائري من خلال قانون 15-04 المتعلق بالقواعد العامة الخاصة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين. حيث أعطى تعرفين الأول يخص مفتاح التشفير الخاص، والثاني يخص التشفير العام طبقا للمادة (2 فقرة 8و9).حيث عرفته بأنه عبارة عن سلسلة من الأعداد يحوزها حصريا الموقع فقط، وتستخدم لإنشاء التوقيع الإلكتروني ، يرتبط هذ المفتاح بمفتاح تشفير عمومي أما الفقرة (9) من نفس القانون فتعرف التشفير العمومي بأنه سلسلة من الأعداد تكون موصوفة في متناول الجمهور بهدف تمكينهم من التحقق من الإمضاء الالكتروني. وتنـدرج في شهادة التصديق الإلكتروني .[1]

أما المشرع التونسي فعرفه من خلال قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية رقم 83 لسنة 2000 في الفصل(2) بأنه التشفير" :إما استعمال رموز أو إشارات غير متداولة تصبح بمقتضاها المعلومات المرغوب تمريرها أو إرسالها غير قابلة للفهم من قبل الغير أو استعمال رموز أو إشارات لا يمكن الوصول إلى المعلومة بدونها."[2]

وعرف المشرع المغربي التشفير في قانون 05-53 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية في المادة (12)بأنه كل عتاد أو برمجية أوهما معا، ينشأ أو يعدل من أجل تحويل

1- قانون 15-04 مؤرخ غي 2015/04/01 والمحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين(ج.ر.ج .عدد 6 صادر بتاريخ 2015/04/10، ص 6)

2- القانون عدد 83 لسنة 2000 مؤرخ في 9 أوت 2000 يتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية التونسي (الرائد الرسمي التونسية ،عدد 64 الصادر في 11 أوت 2000.)

معطيات سواء كانت عبارة عن معلومات أو إشارات أو رموز استنادا إلى اتفاقيات سرية، أو من أجل إنجاز عملية عكسية لذلك بموجب اتفاقية سرية أو بدونها."[1]

أما عن المشرع المصري فعرفه من خلال المادة الأولى الفقرة (9) من القرار رقم 109لسنة 2005 بأنه : " منظومة تقنية حسابية تستخدم مفاتيح خاصة لمعالجة وتحويل بيانات المعلومات المقروءة إلكترونيا، بحيث تمنع استخلاص هذه البيانات والمعلومات إلا عن طريق استخدام مفتاح أو مفاتيح فك شفرة ." [2]

أما عن المشرع الفرنسي فقد عرف التشفير من خلال قانون 90-1170 المتعلق بتنظيم الاتصالات في مادته (28) المعدلة بمقتضى المرسوم رقم916-2000 المؤرخ في 2000/09/19 على أنه :"... جعل العملية العكسية، وذلك باستخدام وسائل الأجهزة أو البرمجيات المصممة لهذا الغرض .عن طريق التشفير يعني أي المعدات أو البرامج المصممة أو المعدلة في نفسه بموضوعية ."[3] وبذلك تتم كتابة هذه المعلومات والبيانات بطريق غير مفهومة للغير وذلك عن طريق إدخال برمجيات من أجل معالجتها إلكترونيا حتى تحقق الغرض المصمم لأجلها . وهذا ما سيتم دراسته من خلال تحديد جهات التصديق الالكتروني .

---

[1]– الظهير الشريف رقم 129-07-01 الصادر في 2007/11/30 بتنفيذ القانون 05-53 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية المغربي ، (الجريدة الرسمية المغربي، عدد 5584 الصادر في 2007/12/06)

[2] – قرار رقم 109لسنة 2005 متعلق بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الالكتروني وبإنشاء هيئة التنمية صناعة التكنولوجيا المعلومات (الوقائع المصرية العدد 115 صادر ب2005/05/25).

[3] Article 28 Loi n° 90-1170 du 29 décembre 1990 sur la réglementation des télécommunications Modifié par Ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000 - art. 3 (V) JORF 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002 .; Abrogé par Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 - art. 40 (V) JORF 22 juin 2004 « On entend par prestations de cryptologie toutes prestations visant à transformer à l'aide de conventions secrètes des informations ou signaux clairs en informations ou signaux inintelligibles pour des tiers, ou à réaliser l'opération inverse, grâce à des moyens, matériels ou logiciels conçus à cet effet. On entend par moyen de cryptologie tout matériel ou logiciel conçu ou modifié dans le même objectif. » http://legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid

المطلب الأول : ماهية جهات التصديق الالكتروني في القانون المقارن

حتى يتم إعطاء المعلومات والبيانات السرية التامة ،وحتى يمكن أن نوفر الأمان القانوني لها.يجب أن يتم حفظها و التصديق عليها من طرف جهة محايدة تتمتع بهذه الصلاحيات ، لذا وجب تحديد ماهيتها من خلال القوانين والتشريعات المعاصرة . فماهو التعريف المناسب لتحديد ماهية هذه الجهات ؟ وماهي نظرة القوانين المقارنة لها ؟

الفرع الأول : مفهوم جهات التصديق الإلكتروني:

اختلفت جلَّ التشريعات المعاصرة في إعطاء تسمية موحدة لجهات التصديق إلاَّ أن مضمون مهامها يبقى موحدا .

أولا : على الصعيد الدولي

لقد استخدم قانون الأونسيترال النموذجي في مادته (2) فقرة "هـ" تسمية مقدم خدمات التصديق الالكتروني

Prestataire des services de certification électronique" إذ عرفه بأنه :" شخصٌ يصدر الشهادات ويجوز أن يقدم خدمات أخرى ذات صلة بالتوقيعات الالكترونية." وما يلاحظ على هدا التعريف أنه لم يحدد هذا الشخص فقد يكون شخصا معنويا كماقد يكون شخصا طبيعياً، يتمتع بصلاحيات إصدار شهادات التصديق الإلكتروني .

ثانيا: على المستوى الإقليمي

عرفها المشرع الأوروبي من خلال المادة (2 فقرة11)من قانون التوجيه الأوروبي حيث استخدم مصطلح مقدم خدمات التصديق كما فعل قانون الأونسيترال في مادته الثانية

المذكورة أعلاه [1] على أنه :" كل شخص طبيعي أو معنوي يبادر بإصدار شهادات التوثيق الإلكتروني أو تقديم خدمات أخرى متصلة بالتوقيع الإلكتروني "[2].

وعرفها المشرع الفرنسي من خلال المادة(1 فقرة 11) من المرسوم 2001/272 الصادر بتاريخ 2001/03/30 بأنها :"كل شخص يصدر شهادات الكترونية أو يقدم خدمات التوثيق الإلكتروني الأخرى المتعلقة بالتوقيع الالكتروني ." [1] مايلاحظ على المشرع الفرنسي أنه استعمل مصطلح مزود خدمات التصديق الإلكتروني .

أما المشرع الألماني فاستعمل مصطلح المكلفين بخدمات التوثيق وعرفه بأنه:"الأشخاص الطبيعيون أو المعنويون الذين يصدرون شهادات معتمدة أو شهادات مؤرخة معتمدة ."[2] وبذلك أعطى بصريح النص صلاحية التصديق الإلكتروني لأشخاص سواء كانوا طبعيين أو معنويين. أما عن المشرع الأمريكي فأعطى لجهات التصديق الالكتروني تسمية الوكالة الفيدرالية للتنظيم [3].

ثالثا : على مستوى الدول العربية

---

[1] – د/ لينا إبراهيم يوسف حسان ، التوثيق الالكتروني ومسؤولية الجهات المختصة به، دراسة مقارنة 40دار الراية للنشر والتوزيع ،عمان الأردن ط1س2009،ص

[2] - Article 2 paragraphe 11de Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques (Journal officiel n° L 013 du 19/01/2000 p. 0012 – 0020) : « "prestataire de service de certification", toute entité ou personne physique ou morale qui délivre des certificats ou fournit d'autres services liés aux signatures électroniques. » http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:31999L0093

[1] -Article 1 paragraphe 11 Décret n°2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique «Prestataire de services de certification électronique : toute personne qui délivre des certificats électroniques ou fournit d'autres services en matière de signature électronique » http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid

[2]– د/ لينا إبراهيم يوسف حسان ، المرجع السابق ، ص41

[3] –http : www.legaltext.ce ttext len.html

كذلك أنظر د/ عيسى غسان ربضي ، القواعد الخاصة بالتوقيع الالكتروني ، دار الثقافة ، ط2 ، عمان الأردن ، س 2012 هامش 3 ، ص114

تطرق المشرع الجزائري لتعريف جهات التصديق الإلكتروني في المرسوم التنفيذي رقم 07-162 المؤرخ في 2007/05/30 والخاص بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنوع الشبكات، بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية طبقا للمادة(3)حيث أعطاه تسمية مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني بأنه كل شخص في مفهوم المادة (8-8)من قانون رقم 2000-03 المؤرخ في 5 /2000/09ويسلم شهادات إلكترونية أو يقدم خدمات أخرى في مجال التوقيع الإلكتروني .[1] ثم جاء قانون رقم 15-04 والمحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونين إذ تدارك المشرع بموجبه الأمر وقام بإعطاء تعريف موسع لمؤدي خدمات التصديق الالكتروني طبقا للمادة(2 فقر12)من القانون السابق الذكر بقوله :" على أنه كل شخص طبيعي أو معنوي، يقوم بمنح شهادات التصديق الإلكتروني الموصوفة ويقدم خدمات أخرى في مجال التصديق الإلكتروني."

ما يلاحظ على المشرع الجزائري في قانون 07-162 من خلال المادة(8-8)أنه حصر وظيفة هذا الجهاز في تقديم خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية في مجال التوقيع الالكتروني فقط ، كما أن السلطة التي كان لها حق منح ترخيص مزود خدمات التصديق هي سلطة الضبط للبريد والموصلات طبقا للمادة(10)من قانون رقم :2000-03 سابق الذكر .[2]

أما بخصوص التعريف الوارد في المادة 2 قانون 15-04 ، فقد تجنب المشرع العيب الذي كان وقع فيه في قانون 07-162 المذكور أعلاه عندما عرَّف مزود الخدمات باعتماده على نص قانوني آخر . وهو المادة(8-8)من قانون رقم 2000-03 المتعلق بالقواعد العامة الخاصة بالبريد والموصلات السلكية واللاسلكية .

---

[1] – مرسوم التنفيذي رقم 07-162 المؤرخ في 30 /05/ 2007 يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 01-123 المؤرخ في 05/09/ 2001 والمتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية و ألاسلكية ؛ (جريدة الرسمية الجزائرية. عدد 37 المؤرخ في 2007/05/7، ، ص13)

[2]– قانون رقم 2000-03 المؤرخ في 2000/09/05 والمتعلق بالقواعد العامة المتعلقة بالبريد وبالمواصلات السلكية واللاسلكية (ج.ر.ج.ع 48 صادرة بتاريخ 2000/09/6، ص 8)

– مايلاحظ على المشرع المغربي في القانون رقم 05–53 المتعلق بالمبادلات الإلكترونية للمعطيات القانونية أنه لم يقدم تعريفا لجهات التصديق الإلكتروني. رغم أنه نص على الشروط الوجب توفرها في مزود خدمات التصديق الإلكتروني طبقا للمادتين(20 و21) من هذا القانون.[1]

أما عن المشرع المصري فقد أعطاها تسمية جهات إصدار شهادة التصديق الإلكتروني طبقا للمادة الأولى فقرة 6 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني :" على أنها الجهات المرخص لها إصدار شهادات التصديق الإلكتروني وتقديم خدمات متعلقة بالتوقيع الإلكتروني."[2]

وبخصوص المشرع التونسي فقد عرف مزود الخدمة من خلال قانون رقم 83 لسنة 2000 في الفصل(2 الفقرة 4) بأنه:" كل شخص طبيعي،أو معنوي يحدث ويسلم ويتصرف في شهادات المصادقة ويسدي خدمات أخرى ذات علاقة بالإمضاء الإلكتروني."[3]

ما يلاحظ على جلً التعاريف التي نصت عليها التشريعات العربية أنها قد استقتها من قانون الأونسيترال النموذجي طبقا للمادة (2 فقرة 11)سابقة الذكر. وبناء على ما ترتب يمكن الخروج بتعريف لجهات التصديق الالكتروني بأنها:" هيئة أو مؤسسة يتولى تسيرها وإدارتها شخص معنوي ،أو طبيعي يزاول مهامه بموجب ترخيص تمنحه لها مؤسسات تابعة للدولة وتكمن وظيفتها في إصدار شهادات التصديق الإلكتروني المتصلة بالتوقيعات الإلكترونية أو الخدمات الأخرى المتعلق بالتصديق الإلكتروني."

---

[1]– الظهير الشريف رقم 129–07–01 الصادر في 2007/11/30 بتنفيذ القانون 05–53 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية المغربي ، (الجريدة الرسمية المغربي، عدد 5584 الصادر في 2007/12/06)

[2]– قرار رقم 109لسنة 2005 متعلق بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الالكتروني وبإنشاء هيئة التنمية صناعة التكنولوجيا المعلومات (الوقائع المصرية العدد 115 صادر ب2005/05/25)

[3]– القانون عدد 83 لسنة 2000 مؤرخ في 9 أوت 2000 يتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية التونسي (الرائد الرسمي التونسية ،عدد 64 الصادر في 11 أوت 2000.)

الفرع الثاني : واجبات جهات التوثيق الالكتروني

الهدف من إنشاء جهات التصديق الإلكتروني هو مساعدة المرسل إليه (المستقبل) ،ومن بين هذه الواجبات :

أولا: **التأكد من هوية المرسل من خلال صحة توقيعه الإلكتروني والحصول على ترخيص مسبق** [1]. لأن من بين واجبات هذه الجهة أن الموقع الذي تم تحديد هويته في شهادة التصديق الالكتروني الموصوفة يحوز كل بيانات إنشاء التوقيع الالكتروني الموافقة للبيانات الموجودة في شهادة التصديق الإلكتروني .[2] لكن في حقيقة الأمر لا يمكن لهيئات التصديق الإلكتروني مزاولة هذه الخدمة إلا بناء على ترخيص مسبق تمنحه سلطات الدولة لهذا الكيان القانوني .وبالنظر للمشرع الجزائري وقبل صدور قانون 15-04 .كان اختصاص منح الترخيص لمزاولة خدمات التصديق الالكتروني من صلاحية سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية تطبيقا للمادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 07-162 سابق الذكر [3]. وبصدور قانون 15-04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونين، وتطبيقا للمادة(33)منه فالسلطة المخولة بمنح ترخيص مزاولة خدمات التصديق الالكتروني هي "السلطة الاقتصادية للتصديق الالكتروني." كما تضيف المادة (35)فقرة الأخيرة من نفس القانون :" على أنه لا يمكن لحامل هذه الشهادة تأدية خدمات التصديق الالكتروني إلا بعد الحصول على الترخيص ." بهذا نجد المشرع قد أحسن فعلا عندما قيد عمل هذه الجهات بناء على ترخيص مسبق .

---

[1]- د/ عيسى غسان ربضي ، المرجع السابق ، ص 116

[2]- أنظر للمادة 53 فقرة2 من قانون 15-04 والمحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونين(ج.ر.ج .عدد 6 صادر بتاريخ 2015/04/10، ص6

[3]- مرسوم التنفيذي رقم 07-162 المؤرخ في 30 /05/ 2007 يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 01-123 المؤرخ في 05/09/ 2001 والمتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية و ألاسلكية ؛ (جريدة الرسمية الجزائرية. عدد 37 المؤرخ في 2007/05/7، ص13-37)

أما في القانون المغربي وتطبيقا للمادة 15من قانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية فلا يمكن لمقدمي خدمات التصديق الالكتروني مزولة مهامهم إلا بعد الحصول على اعتماد من"سلطة الوطنية"التي لها هذه الصلاحيات كما بينت المادة(17)من نفس القانون تأكد سلطة الوطنية من احترام مقدمي الخدمة التصديق الالكتروني أحكام هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه.[1]وفي القانون التونسي وطبقا للفصل(9)من قانون رقم 83 لسنة 2000 والمتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية لا يمكن لمزودي خدمات التصديق الالكتروني مزاولة نشاطهم ،إلا بناء على ترخيص تمنحه "الوكالة الوطنية للمصادقة الالكترونية"

ثانيا : **مسك سجل الكتروني** : لقد ألزم الفصل (14)من قانون رقم 83 لسنة 2000 المذكور أعلاه :"كل مزود خدمات المصادقة الكترونية مسك سجل الكتروني لشهادات المصادقة على ذمة المستعملين مفتوح للاطلاع الكترونيا بصفة مستمرة على المعلومات المدونة به ..." مع العلم أن هذه السلطة تخضع في علاقتها مع الغير للقانون التجاري وتتمتع باستقلالية مالية وشخصية معنوية [2] وعن المشرع المصري فقد نص هو الآخر في المادة(19)من قانون التصديق الالكتروني بأنه لا يمكن لمؤدي خدمات التصديق الالكتروني مباشرة عملها إلا بناء على ترخيص مسبق تمنحه الهيئة تسمى بهيئة التنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات بناء على إجراءات يجب أن يتبعها من يريد مزاولة نشاط التصديق الالكتروني كما هو مبين في المادة(19)سابقة الذكر.[3]

---

[1]- الظهير الشريف رقم 129-07-01 الصادر في 2007/11/30 بتنفيذ القانون 05-53 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية المغربي ، (الجريدة الرسمية المغربي، عدد 5584 الصادر في 2007/12/06)

[2]- القانون عدد 83 لسنة 2000 مؤرخ في 9 أوت 2000 يتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية التونسي (الرائد الرسمي التونسية ،عدد 64 الصادر في 11 أوت 2000.

[3]- المادة 19:" لا تجوز مزاولة نشاط إصدار شهادات التصديق الالكتروني الا بترخيص من الهيئة ، وذلك نظير مقابل يحدده مجلس إدارتها وفقا للإجراءات والقواعد والضمانات التي تقررها اللائحة التنفيذية لهذا القانون ودون التقيد بأحكام القانون رقم 129 لسنة 1947 بالتزامات المرافق العامة، مع مراعاة ما يأتي قانون رقم 15 لعام 2004 تنظيم التوقيع الإلكتروني و بإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجية المعلومات المصري (ج.ر.م عدد 17الصادر 22 /04/ 2004).

أما عن التوجيه الأوروبي الذي استقى منه القانون الفرنسي أحكامه فنجده قد غاير جلّ القوانين العربية حيث يمكن لمزود خدمات التصديق الالكتروني مزاولة نشاطه دون ترخيص مسبق من الهيئات الفرنسية.[1] وذلك إعمالا بمبدأ حرية ممارسة نشاط إصدار شهادات التصديق الالكتروني . وهذا مانجده في المادة(3 فقرة 1)من قانون التوجيه الأوروبي رقم 93-1999 بنصها إذ:" يجب على الدول الأعضاء عدم جعل توفير خدمات التصديق تخضع لإذن مسبق."[2] وهذا ما أخذ به المشرع الفرنسي في مرسوم رقم 272 لسنة 2001 المتعلق بالتوقيع الالكتروني .

لكن رغم ذلك سمح التوجيه الأوروبي رقم 1999/93 سابق الذكر .بإمكان دول الاتحاد الأوروبي ،إنشاء أنظمة طوعية من أجل إعطاء اعتماد لمزاولة نشاط التصديق الالكتروني طبقا لما هو محدد في المادة(3فقرة 2)من هذا التوجيه [3] . وهذا ما أخد به المشرع الفرنسي لكن نجد و بطريقة غير مباشرة عندما يتم وضع التوقيع الالكتروني يشترط أن يتم وفق ماتحدده المادة(1316 فقر4)من القانون المدني، منها التأكد من هوية الموقع وأن يتم بمقتضى شهادة التصديق الالكتروني المعتمدة وذلك بمقتضى ترخيص تمنحه سلطة محدد طبقا لقانون

---

[1]– د/ سماح عبد الواحد التهامي ، التعاقد عبر الانترنت ، دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2008، ص 416 ومابعدها

[2] Article 3 paragraphe 1de Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques (*Journal officiel n° L 013 du 19/01/2000 p. 0012 – 0020) :"* . Les États membres ne soumettent la fourniture des services de certification à aucune autorisation préalable". http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:31999L0093

[3] Article 3 paragraphe 2de Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques (*Journal officiel n° L 013 du 19/01/2000 p. 0012 – 0020) "* Sans préjudice des dispositions du paragraphe 1, les États membres peuvent instaurer ou maintenir des régimes volontaires d'accréditation visant à améliorer le niveau du service de certification fourni. Tous les critères relatifs à ces régimes doivent être objectifs, transparents, proportionnés et non discriminatoires. Les États membres ne peuvent limiter le nombre de prestataires accrédités de service de certification pour des motifs relevant du champ d'application de la présente directive."

الفرنسي.[1]كما نجد المشرع الفرنسي قد أعطى لرئيس الوزراء صلاحية تحديد الجهة التي تتولى الرقابة على جهات التصديق الإلكتروني طبقا للمادة(9فقرة2)من المرسوم رقم 272لسنة 2002[2]كما نجد المادة(20فقرة5)من المرسوم رقم 535 المؤرخ في 18 /04/ 2002 المتعلق بنظم التقييم والتصديق على الأمن الذي توفره منتجات وأنظمة تكنولوجيا المعلومات حيث أعطيت صلاحية الرقابة على جهات التصديق الإلكتروني"**للإدارة المركزية الأمن نظم المعلومات** ".[3]

المطلب الثاني : شروط مزاولة نشاط التصديق الالكتروني .

جلَّ الدول التي نظمت القواعد المتعلقة بجهات التصديق الإلكتروني نصت على متطلبات وشروط يجب أن تتوفر عليها جهات التصديق الإلكتروني حتى يمكن منحها الاعتماد لمزاولة عملها .وهد ماسيتم تحديده في الفروع التالية:

الفرع الأول : القانون الواجب تطبيقه على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني

كل الدول التي نظمت قواعد جهات التصديق الإلكتروني اشترطت تطبيق قانونها الداخلي، بل بعض الدول تشترط أن تكون له جنسية الدولة التي يمارس نشاطه على أرضها . وهذا ما نجده مكرساً في الفصل(11)من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي حيث نصت

---

[1]– أنظر د/ سماح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق ، ص 416

[2] Article 9 paragraphe - 2 - Décret n°2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique: " Le contrôle des prestataires visés au I est effectué par l'Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information.

Ce contrôle porte sur le respect des exigences définies à l'article 6. Il peut être effectué d'office ou à l'occasion de toute réclamation mettant en cause l'activité d'un prestataire de services de certification électronique."..

[3] - Article 20 paragraphe 5 .**Décret n° 2002-535 du 18 avril 2002 relatif à l'évaluation et à la certification de la sécurité offerte par les produits et les systèmes des technologies de l'information:"** Au premier alinéa du II de l'article 9, les mots : « par des organismes publics désignés par arrêté du Premier ministre et agissant sous= =l'autorité des services du Premier ministre chargés de la sécurité des systèmes d'information » sont remplacés par les mots : « par la direction centrale de la sécurité des systèmes d'information ». http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000404810

على :" ويجب أن تتوفر في الشخص الطبيعي أو الممثل القانوني للشخص المعنوي الراغب في الحصول على ترخيص لتعاطي نشاط مزود خدمات المصادقة الالكترونية الشروط التالية:

-أن يكون من ذوي الجنسية التونسية منذ خمسة أعوام على الأقل

- أن يكون مقيما بالبلاد التونسية..."[1] فاشترطت هده المادة حصول طالب مزاولة هذا النشاط على الجنسية التونسية مند خمس سنوات على الأقل .

أما عن المشرع الجزائري ،وطبقا للمادة(34) من قانون رقم 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين هي الأخرى اشترطت على طالب مزاولة نشاط التصديق الالكتروني إذا كان شخصاً طبيعياً فيخضع لقانون الجنسية الجزائري . وإذا كانت شخصاً معنوياً فيخضع للقانون الجزائري . ما يلاحظ على هذه المادة أن المشرع الجزائري ميز بين الشخص الطبيعي، والمعنوي فأخضع الأول لقانون الجنسية والثاني للقانون الجزائري .

أما عن قانون المبادلات الإلكتروني للمعطيات القانونية المغربي فلم يتطرق لهذه المسألة و كل ما اشترطه أن يأخذ طالب الاعتماد شكل شركة، ويكون مقره الاجتماعي في المملكة المغربية فقط. في حين كان الأولى عليه أن يذهب إلى ماتجه إليه كل من المشرع الجزائري و التونسي بأن يكون الراغب في مزاولة نشاط خدمة التصديق الإلكتروني له جنسية الدولة المقيم بها .

كما يلاحظ على المشرع المغربي قصرُ طلب الاعتماد لمزاولة نشاط خدمات التصديق الإلكتروني على الشخص المعنوي. دون الشخص الطبيعي ،وبهذا خالف جل التشريعات التي نظمت قواعد مقدمي خدمة التصديق الالكتروني.

الفرع الثاني : أن تتمتع جهات التوثيق بالحقوق المدنية

وهذا ما نصت عليه المادة(34 فقرة 5)من قانون رقم 15-04 الجزائري سابق الذكر:"... أن لا يكون قد سبق الحكم عليه في جناية أو جنحة تتنافى مع نشاط تأدية خدمات التصديق

---

[1]- القانون عدد 83 لسنة 2000 مؤرخ في 9 أوت 2000 يتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية التونسي (الرائد الرسمي التونسية ،عدد 64 الصادر في 11 أوت 2000.

الإلكتروني ." ونفس الأمر نجده مكرسا في فصل(11 المط 3)من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي بأن :" يكون متمتعا بحقوقه المدنية والسياسية ونقي السوابق العدلية ." وما يلاحظ على المادة(12)من اللائحة التنفيذية للقانون التوقيع الالكتروني المصري المتعلق بشروط مزاولة نشاط التصديق الالكتروني لم تضع مثل هدا الشرط كما فعلت غالبية التشريعات لكن يمكن استنتاج هدا الشرط من خلال مواد أخرى وبطريقة غير مباشرة .

الفرع الثالث : القدرة المالية والمؤهلات العلمية في جانب تكنولوجيا المعلومات

من الشروط الأساسية لمزاولة هدا النشاط، أن يكون طالب مزاولة نشاط التصديق الإلكتروني له قدرة مالية كبيرة ،إذ لا يمكن أن يستمر في عمله إن لم تكن له سيولة مالية كبيرة لما تتوفر عليه من وسائل مادية وبشرية كبيرة لاستمرارها في عملها. كذلك هناك هدف أساسي من توفر السيولة المالية ،لان مزود خدمات التصديق الإلكتروني عند ممارسة نشاطه قد يرتكب أخطا فينتج عن ذلك أضراًارا لذلك قد يحكم على هذه الجهة بجبر الضرر وذلك بدفع تعويض مالي باعتبار المسؤولية الملقاة على عاتقها وفي هذا الصدد حددت الفقرة(3)من مادة (34) من قانون التوقيع والتصديق الالكترونيين الجزائري ؛ بأن يتمتع بالقدرة المالية الكافية . في حقيقة الأمر كل التشريعات التي نظمت قواعد جهات التصديق الإلكتروني لم تتحدث عن هدا الشرط. لكن بطريقة غير مباشرة نجد هذا الشرط متوفراً عندما تضع هذه الدول شروطا كتوفر هذه الجهات على مؤهلات فنية وعلمية وعلى طاقم مادي وبشري كبير وهدا لا يتأتى إلا بوجود موارد مادية كبيرة .

أما بخصوص المؤهلات العلمية فقد نص المشرع الجزائري في المادة(34)سابقة ذكر . أن يتمتع طالب مزاولة خدمات التصديق الإلكتروني على مؤهلات وخبرة ثابتة في ميدان تكنولوجيا الإعلام والاتصال الشخص الطبيعي أو المسير للشخص المعنوي .ونفس الأمر نصت عليه المادة(21)من قانون التبادل التكنولوجيا للمعطيات القانونية المغربي بأن تتوفر في

المستخدمين المؤهلات اللازمة لتقديم خدمات المصادقة الإلكترونية . [1] ما يلاحظ على المادة(19)من قانون التوقيع الالكتروني المصري ؛ أنه أرجع تحديد وسائل الإشراف والمتابعة الفنية والمالية التي تكفل حسن سير المرفق بانتظام واطراد إلى مجلس إدارة هيئة تنمية صناعة التكنولوجيا المعلومات.[2] أما بخصوص المادة(12)فقرة "و"من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني ؛ حيث شددت هذه المادة على أن يكون لدى طالب مزاولة هذا النشاط متخصصون من ذوي الخبرة وان يكون حاصلين على مؤهلات ضرورية لأداء هذه الخدمة .[3] ونفس الشرط وضعه المشرع التونسي من خلال الفصل(11)من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي :" أن يكون متحصلا على الأقل على شهادة الأستاذية أو ما يعادلها."[4]

الفرع الرابع : نظام تأمين وحماية البيانات

هو شرط أساسي وفعال لاستمرار هذا الجهاز ، يتطلب سرية و ائتمانا و التكنولوجيا عالية الدقة في حماية بيانات طالبي شهادة التصديق الإلكتروني، والسرعة في اكتشاف أي خلل فني قد يصيب نظام حفظ شهادات التصديق ، أو العبث ببيانات الشهادة، أو انتهاء صلاحيتها،وهذا لإيقافها في حالة سرقة أو فقدان مفتاح التشفير الخاص[5] . وفي هدا الصدد نجد المشرع الجزائري قد ألزم مقدمي خدمات التصديق الالكتروني من خلال المادة (42)من القانون والمحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونين بالحفاظ على سرية البيانات

---

[1]– الظهير الشريف رقم 129–07–01 الصادر في 2007/11/30 بتنفيذ القانون 05–53 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية المغربي ، (الجريدة الرسمية المغربي، عدد 5584 الصادر في 2007/12/06)

[2]– قانون رقم 15 لعام 2004 تنظيم التوقيع الإلكتروني و بإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجية المعلومات المصري (ج.ر.م عدد 17الصادر 22 /04/ 2004)

[3] – قرار رقم 109لسنة 2005 متعلق بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الالكتروني وبإنشاء هيئة التنمية صناعة التكنولوجيا المعلومات (الوقائع المصرية العدد 115 صادر ب2005/05/25)

[4]– القانون عدد 83 لسنة 2000 مؤرخ في 9 أوت 2000 يتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية التونسي (الرائد الرسمي التونسية ،عدد 64 الصادر في 11 أوت 2000

[5]– د/ سماح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق ، ص 422

والمعلومات المتعلقة بشهادة التصديق الإلكتروني الممنوحة ،ولا يتأتى ذلك إلا بوجود تقنيات تكنولوجيا عالية في حفظ هذه البيانات؛وذلك من خلال تقنية التشفير المعتمد.[1]

أما عن المشرع الفرنسي فقد تطرق لهدا الموضوع من خلال المادة(5)من المرسوم 535-2002 من أجل السير الحسن لمزودي خدمات التصديق الالكتروني وحتى يتم الاعتماد بناء على الإدارة المركزية [2]،يجب أن يضمن الأمان القانوني للمعلومات طبقا لما هو محدد في المادة(5)من هذا المرسوم .[3]كذلك ما نصت عليه المادة(12)فقرة"أ" من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الالكتروني المصري أن يحوز طالب مزاولة نشاط تصديق الالكتروني على نظام تأمين المعلومات وحماية البيانات بمستوى حماية لا تقل عن المستوى المذكور في المعاييروالقواعد المحددة في فقرة د من الملحق الفني والتقني للائحة

التنفيذية.

كما نص المشرع المغربي في المادة(21)فقرة "و" من قانون المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية على أن يحوز طالب خدمة تصديق الالكتروني على نظام سلامة قادر

---

[1] - قانون 15-04 مؤرخ غي 2015/04/01 والمحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونين(ج.ر.ج .عدد 6 صادر بتاريخ 2015/04/10، ص 6)

[2] -أ/أزرو محمد رضا ، مقالة بعنوان النظام القانوني لمزود خدمات التصديق الالكتروني " دراسة مقارنة" ، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية لكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ، العدد 14 ، سنة 2012 ، ص 126

[3] - - **Article 5**. **Décret n° 2002-535 du 18 avril 2002 relatif à l'évaluation et à la certification de la sécurité offerte par les produits et les systèmes des technologies de l'information:"** L'Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information veille à la bonne exécution des travaux d'évaluation. Elle peut à tout moment demander à assister à ces travaux ou à obtenir des informations sur leur déroulement". http://legifrance.gouv.fr

على اتقاء تزوير الشهادات الالكتروني والتأكد من أن معطيات إنشاء التوقيع الالكتروني تطابق معطيات التحقق منه عندما تقدم في آن واحد المعطيات معا" .[1]

وفي نفس هد السياق نجد المشرع التونسي قد نص في الفصل (18)على أن يضمن مزود خدمات المصادقة الالكترونية :... –انفراد صاحب الشهادة بمسك منظومة إحداث إمضاء مطابقة لأحكام القرار المنصوص عليه بالفصل (5)من هذا القانون ومتكاملة مع منظومة التدقيق في الإمضاء المعرفة في الشهادة في تاريخ تسلمها..."[2]وبذلك فإن مسألة نظام الحماية والتامين ضرورية لاستمرار مزود خدمات التصديق الالكتروني ويعتبر معياراً أساسياً لضمان الأمان القانوني وسرية البيانات التي هي بحوزته.

كما نص التوجيه الأوروبي رقم 93–1999 متعلق بالتوقيع الإلكتروني و في ملحق رقم(2)في الفقرة" e" على ضرورة أن يقوم مزودي خدمات التصديق الالكتروني بأن يوظف الأفراد الذين يملكون المعرفة والخبرة والمؤهلات اللازمة لتقديم الخدمات، وعلى وجه الخصوص، ومهارات في الإدارة والخبرة في مجال تكنولوجيا التوقيع الإلكتروني وإجراءات السلامة المناسبة الممارسات الجيدة.[3]

---

[1]– الظهير الشريف رقم 129–07–01 الصادر في 2007/11/30 بتنفيذ القانون 05–53 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية المغربي ، (الجريدة الرسمية المغربي، عدد 5584 الصادر في 2007/12/06)

[2]– القانون عدد 83 لسنة 2000 مؤرخ في 9 أوت 2000 يتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية التونسي (الرائد الرسمي التونسية ،عدد 64 الصادر في 11 أوت 2000

[3] - Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques ANNEXE II paragraphe e) « employer du personnel ayant= =les connaissances spécifiques, l'expérience et les qualifications nécessaires à la fourniture des services et, en particulier, des compétences au niveau de la gestion, des connaissances spécialisées en technologie des signatures électroniques et une bonne pratique des procédures de sécurité appropriées; ils dovient également appliquer des procédures et méthodes administratives et de gestion qui soient adaptées et conformes à des normes reconnues » http://eur-lex.europa.eu/legal-content.

فإذا ما توافرت الشروط القانونية السابقة الذكر كان لجهات التصديق الإلكتروني صلاحيات منح شهادة التصديق الالكتروني التي تثبت من خلالها الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع. وهدا ماسيتم التطرق إليه في المبحث الثاني .

المبحث الثاني : شهادة التصديق الالكتروني

من أهم الوظائف التي يقوم بها مزود خدمات التصديق الالكتروني إصدار شهادة التوثيقية ،والتي ترتبط بهوية موقعها ،وحتى تصل هذه الجهة إلى مرحلة إصدار هذه الوثيقة تكون قد اتخذت كل إجراءات التحري ،والمطابقة للمعلومات المتحصل عليها من طرف المرسل ، حتى تتمكن هذه الأخيرة من أن تصبغ عليها صفة المصداقية و الأمان القانوني. لذلك نجد كل التشريعات التي عالجت قواعد العامة لمزود خدمات التصديق قد حددت مضمون الشهادة التوثيقية (المطلب الأول).واهم البيانات التي تتضمنها هذه الوثيقة حتى تعطيها الصفة الرسمية (المطلب الثاني) .

المطلب الأول : التعريف بشهادة التوثيق الالكترونية وتحديد أنوعها

ندرس هذا المطلب من خلال تحديد أهم التعاريف التي أوردتها القوانين المقارنة .ونبين أنواع شهادات التصديق الإلكترونية .

الفرع الأول : مفهوم شهادات التوثيق الالكترونية

لقد أعطى المشرع الجزائري في المادة(2 فقرة 7)من قانون 15-04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونين تعريفالها :" بأنها وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الالكتروني والموقع ." وتضيف المادة(15)من نفس

.

القانون تعريفا خاصا لشهادة التصديق، لكن أعطاها تسمية شهادة التصديق الالكتروني الموصوفة وحدد لها مجموعة من الشروط حتى تكتسي هذه الصفة فنص على أن:" شهادة التصديق الإلكترونية الموصوفة شهادة تتوفر فيها المتطلبات الآتية :

- ✓ –أن تمنح من قبل طرف ثالث موثوق، أو من قبل مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني طبقا لسياسة التصديق الإلكتروني الموافق عليها.
- ✓ أن تمنح للموقع دون سواه ..."

فنجد المشرع الجزائري من خلال هذه المادة أوكل مهمة التصديق الإلكتروني ؛ إما لشخص ثالث موثوق ونعني به طبقا للمادة (2 فقرة 11)من نفس القانون :" بأنه شخص معنوي يقوم بمنح شهادات التصديق الإلكتروني موصوفة ، ويقدم خدمات أخرى في مجال التصديق الالكتروني لفائدة المتدخلين في الفرع الحكومي وهم المؤسسات والإدارات العامة .

كما أوكل هذه المهمة كذلك لمزود خدمات التصديق الإلكتروني،سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً تطبيقا للمادة(2فقرة12)من نفس القانون. و ألزمت المادة(15)من يقوم بإصدار شهادات التصديق الموصوفة بمطابقتها للشروط المحددة في هذه المادة .[1]

وبالرجوع إلى قانون الأونستيرال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية وفي مادة(2)فقرة "ب" :"" شهادة "تعني رسالة بيانات أو سجلاً آخر يؤكدان الارتباط بين الموّقع وبيانات إنشاء التوقيع." [2]

أما عن التوجيه الأوروبي فميز في المادة(2 فقرة 9 و10) من المرسوم رقم 99–1999 بين شهادة التصديق البسيطة والمعتمدة فعرف الأولى بأنها :" الشهادة الالكترونية التي تربط البيانات الخاصة بفحص التوقيع الإلكتروني والشخص المعين وتؤكد هوية هذا الشخص." [3]

---

[1]– قانون 15–04 مؤرخ غي 2015/04/01 والمحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونين(ج.ر.ج .عدد 6 صادر بتاريخ 2015/04/10، ص 9

[2]– قانون الاونستيرال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية ، الأمم المتحدة نيويورك ،س 2001

[3] - Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques Article 2 paragraphe 9: « "certificat", une attestation électronique qui lie des données

أما المعتمدة فعرفه بأنها :" شهادة تستوفي المتطلبات المنصوص عليها في الملحق الأول،التي يقدمها المكلف بخدمة التوثيق المستوفي للمتطلبات المنصوص عليها في الملحق الثاني ." [1]

وهذا ما أخذ به المشرع الفرنسي في المرسوم رقم 272-2001 المتعلق بالتوقيع الالكتروني عندما ميز هو الآخر بين الشهادة الالكترونية والمعتمدة فعرف الأول في المادة(1فقرة 9)[2]:" مستند يحمل الشكل الإلكتروني ويؤكد الاتصال بين بيانات فحص التوقيع الإلكتروني وصاحب التوقيع ." وعرفت الفقرة(10) من المادة(1)من نفس المرسوم [3] الشهادة الإلكترونية المعتمدة : " بأنها الشهادة المستوفية للمتطلبات المنصوص عليها في المادة(6)من هذا المرسوم ." [4]

---

afférentes à la vérification de signature à une personne et confirme l'identité de cette personne»

[1]– د/ لينا إبراهيم يوسف ، المرجع السابق ، ص 70

Article 2 paragraphe:10 : « certificat qualifié", un certificat qui satisfait aux exigences visées à l'annexe I et qui est fourni par un prestataire de service de certification satisfaisant aux exigences visées à l'annexe II »http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR

[2] Article 1 paragraphe 9 de Décret n°2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique Certificat électronique « un document sous forme électronique attestant du lien entre les données de vérification de signature électronique et un signataire . » http://legifrance.gouv.fr/

[3]- د/ لينا إبراهيم يوسف حسان ، المرجع السابق ، ص71

[4] -Article 1 paragraphe 10 de Décret n°2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique Certificat électronique Certificat électronique qualifié « un certificat électronique répondant aux exigences définies à l'article 6 . »

أما بخصوص التشريعات العربية فنجد المشرع المصري في الأولى الفقرة "و" من قانون التوقيع الالكتروني والمادة (1 فقرة 7)من اللائحة التنفيذية بأن :" الشهادة التي تصدر من الجهة المرخص لها بالتصديق وتثبت الارتباط بين الموقّع وبيانات إنشاء التوقيع." [1] وتضيف(1 فقرة 8)من اللائحة التنفيذية أنه يقصد ببيانات إنشاء التوقيع الالكتروني :" عناصر متفردة خاصة بالموقع وتميزه عن غيره ، ومنها على الأخص مفاتيح الشفرة الخاصة به، و التي تستخدم في إنشاء التوقيع الإلكتروني." [2]

ما يلاحظ على التعريف الذي أورده المشرع المصري أنه يتشابه مع مادة 2 فقرة "ب" من قانون الاونستيرال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية . كما عيب على هذا التعريف بأنه جعل المفتاح الخاص ظاهر في شهادة التصديق الإلكتروني ونحن نعلم أنه يكون خاصاً وسرياً ولا يعلم به أحد حتى لا يتم اختراق هذه الشهادة والعبث بها.[3]

أما بخصوص القانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية المغربي، فلم يقدم تعريفا لشهادة المصادقة الإلكترونية ولم يحدد البيانات التي يجب أن تتوفر في هده الشهادة وبهذا كان على المشرع المغربي أن يعطي تعريفا للشهادة وما يجب أن تحتوي عليه من بيانات إلزامية و اختيارية لأهميتها الكبيرة .

وعرف المشرع التونسي في الفصل الثاني من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي:"الوثيقة الإلكترونية المؤمنة بواسطة الإمضاء الالكتروني للشخص الذي أصدرها والذي يشهد من خلالها اثر المعاينة على صحة البيانات التي تتضمنها.

---

[1]– قانون رقم 15 لعام 2004 تنظيم التوقيع الإلكتروني و بإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجية المعلومات المصري (ج.ر.م عدد 17الصادر 22 /04/ 2004)

[2] – قرار رقم 109لسنة 2005 متعلق بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الالكتروني وبإنشاء هيئة التنمية صناعة التكنولوجيا المعلومات (الوقائع المصرية العدد 115 صادر ب2005/05/25)

[3]– د/ سماح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق ، ص 476

" [1] ما يلاحظ على المشرع التونسي أنه لم يميز بين الشهادات وعرفها في مادة واحدة فقط خلافا للمشرع الجزائري والفرنسي والتوجيه الأوروبي.

لذلك يمكن الخروج بتعريف لشهادة التصديق الالكتروني بأنها :" وثيقة أو مستندٌ الكترونيٌ يؤكد الارتباط بين البيانات المدلى بها ونسبتها إلى الموقع وتصدر هذه الوثيقة عن مزود خدمات التصديق الإلكترونية معتمد."

الفرع الثاني : أنواع شهادات التوثيق الالكتروني

تتعدد الشهادات التي يمكن أن تصدر عن مزود خدمات التصديق الإلكتروني بتعدد موضوعاتها وصلاحيتها كما تتفاوت درجات موثوقيتها بحسب نوع الشهادة . إلاّ أن المشرع الجزائري ومعه أغلب التشريعات لم تذكر هذه الأنواع واقتصر على شهادة التصديق الإلكتروني البسيطة و الموصوفة طبقا للمادة (15)من قانون رقم 15 -04

أولا : شهادات الإذن :

إن الدور الذي تلعبه هذه الشهادة لا يقتصر على كونها تقدم معلومات عامة عن طالب الشهادة ، وإنما تعمل على التعريف بالشخص تعريفا شاملا ودقيقا ،فمثلا : تحدد مكان إقامة ووظيفته، وعمره ، وإذا كان منظماً لنقابات ،أو هيئات، أو عضواً في حزب وغيرها من التنظيمات خاصة اليوم بالانتشار الواسع لوسائل الاتصال الاجتماعي؛ التي قد توسع من دائرة تكوين جمعيات . كما تلعب هذه الشهادة أدواراً أخرى عندما تعرف باللبحثين والدكاترة الباحثين كما تساهم في تسهل التعارف بين هؤلاء الأشخاص عندما يتبادل الأبحاث و أسئلة الامتحان وغيرها من الجوانب العلمية يكون محيطاً بمن يتعامل معه .

غير أنه يعيب على هذه الشهادة ؛ في كونها قد تصدر عن هيئات تعمل في جانب التصديق الإلكتروني لكنها غير معتمدة ،خاصة ونحن نعلم بأن التوجيه الأوروبي . لا يشترط

---

[1] – القانون عدد 83 لسنة 2000 مؤرخ في 9 أوت 2000 يتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية التونسي (الرائد الرسمي التونسية ،عدد 64 الصادر في 11 أوت 2000

الاعتماد .وذلك إعمالا بمبدأ حرية ممارسة نشاط إصدار شهادات التصديق الالكتروني[1]. أو تكون هذه الهيئة غير دقيقة في عملها مما يؤدي إلى فقدان طالب الشهادة سيطرته على هذه الوثيقة

وبالتالي قد تقع في يد آخرين فتلحقها تلاعب وعبث.[2]

ثانيا : شهادة التعارف

ويتمحور دوره هذه الشهادة في ربط اسم المستعمل بمفتاح معين . كما قد يشمل أصحاب الشهادة اسماً مستعاراً ، ويعمل مزود خدمات التصديق على ضمان هذه الشهادة بوضع مفتاح خاص من طرف المعني (طالب شهادة) لضمان سريتها وعدم التلاعب بها.

ثالثا : شهادات المعاملة

مهمة هذه الشهادة تقتصر في نقل الوقائع (إشهاد) التي تنشأ عن إصدار الشهادة التوثيقية . فمثلا إذا قام "أ" بتوقيع شهادة أمام "ب" الذي يشتغل محاميا ،فهنا يصدر "ب" شهادة تثبت أن "أ" قد قام البتوقيع الرقمي لهذه الشهادة و تم إصدار هذه الأخيرة من طرف مزود خدمات التصديق الالكتروني. فهنا دور هذه الوثيقة قانونية أكثر منها تقنية .

رابعا : شهادة خاتم الوقت الرقمي

---

[1] Article 3 paragraphe 2de Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques (Journal officiel n° L 013 du 19/01/2000 p. 0012 – 0020*)* "Sans préjudice des dispositions du paragraphe 1, les États membres peuvent instaurer ou maintenir des régimes volontaires d'accréditation visant à améliorer le niveau du service de certification fourni. Tous les critères relatifs à ces régimes doiventêtre objectifs, transparents, proportionnés et non discriminatoires. Les États membres ne peuvent limiter le nombre =de prestataires accrédités de service de certification pour des motifs relevant du champ d'application de la présente directive."

[2]– د/ لينا إبراهيم يوسف حسان ، المرجع السابق ، ص75

هي عبارة عن وثيقة رسمية غير قابلة للتزوير إي نسبة تزويرها ضئيلة جدا .وتثبت هذه الأخيرة أن الوثيقة موجودة بتاريخ كذا وبتعين الدقيق .ولهذه الشهادة أهمية كبيرة في تحديد مدة الزمنية والمكانية التي تم فيه التوقيع الرقمي لشهادة.

خامسا : شهادة التوقيع الرقمي

تعتبر هذه الشهادة أكثر الشهادات استعمالا، و على من يرد الحصول على توقيع الكتروني موصوف، أو موثق ما عليه إلا أن يطلبها من جهات التصديق الالكتروني المعتمدة . حيث تتكون من مفتاح عام ومفتاح خاص يخص صاحب شهادة ؛ فالخاص يكون سريا ولا يتعرف عليه أحد حتى يضمن عدم العبث به وتزوير هذه شهادة وتكون لها مصداقية تعطي لمن يتعاقد معه أماناً إضافياً .[1]

وفي هذا الصدد يجب التميز بين نوعانين من الشهادات عالجتها أغلبية التشريعات ومنها المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي والتوجيه الأوروبي رقم 99-1999وهي: شهادة البسيطة وشهادة التصديق الالكترونية المعتمدة أو الموصوفة كما سمها المشرع الجزائري طبقا للمادة(15)من قانون المحدد للقواعد العامة للتوقيع والتصديق القانونيين .[2]

المطلب الثاني : البيانات التي تحملها شهادة التوثيق الالكتروني

حتى تكتسي شهادة التصديق الإلكتروني الصفة القانونية ، وتكون موصوفة وتقوم بدورها على أحسن مايرام يجب أن تحتوي على بيانات إلزامية . وتخلف أحد هذه البيانات يؤدي إلى فقدانها الصبغة القانونية، ولا تعتبر شهادة معتمدة . ومنها بيانات تتعلق بمزود خدمات التصديق الإلكتروني ،وأخرى تتعلق بالمرسل طالب الشهادة ،وبيانات تخص الشهادة في حد ذاتها . وقد تتضمن هذه الأخيرة بيانات إلزامية وأخرى اختيارية . وفي هذا الشأن نظمت كل

---

[1]– د/ لينا إبراهيم يوسف حسان ، المرجع السابق ، ص77

[2]– المادة 15 :" شهادة التصديق الموصوفة هي شهادة تصديق الكتروني تتوفر فيها المتطلبات التالية : أن تمنح من طرف شخص ثالث موثوق أو من قبل مؤدي خدمات التصديق الالكتروني ..."؛ قانون 15-04 مؤرخ غي 2015/04/01 والمحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونين(ج.ر.ج .عدد 6 صادر بتاريخ 2015/04/10،ص9)

التشريعات التي عالجت موضوع مزود خدمات ببنود وشروط يجب احترامها . وهذا ما سيتم الحديث عنه .

الفرع الأول : ما تتضمنه شهادة البيانات الموصوفة

أولا : بيانات تخص طالب الشهادة (المرسل)

وهنا نخص بالذكر الشخص الذي تقدم بطلب إلى مزود الخدمات التصديق الالكتروني .من أجل إصدار الشهادة موصوفة فيجب أن تشمل على تحديد هويته فقد يستعمل هذا الأخير اسمه الشخصي (حقيقي)أو اسماً مستعاراً ، ومكان إقامته وغيرها من البيانات البديهية التي تعرف بهوية الشخص من جميع الجوانب. إلا أنه في حالة استعمال اسم المستعار بطلب منه . فيجب عليه الإدلاء بالاسم الحقيقي لمزود خدمات التصديق المعني بإصدار الشهادة ،ويحتفظ هذا الأخير به بسرية تامة . لكن يمكن لجهات الإدارية للدولة كالإدارة أو الأمنية كالشرطة وغيرها من السلطات أن تطلب الاسم الحقيقي. [1]

مع العلم أن أغلب التشريعات لم تنص على هذه البيانات على أساس أنه لا يمكن تجاوزه في مرحلة إصدار الشهادة[2].وفي هدا نجد المشرع الجزائري نص على هذه البيانات في المادة(15)فقرة "ج" بقوله: ذكر اسم الموقع أو الاسم المستعار الذي يسمح بتحديد هويته."وتقابلها المادة(6)فقرة "ج"من المرسوم الفرنسي رقم 272-2001 مؤرخ في 30مارس2001 يمكن اعتبار شهادة الإلكترونية موصوفة إذا كانت تحتوي على العناصر المدرجة في الأول وإذا صادرة عن اجتماع مزود خدمات التصديق المتطلبات المنصوص عليها في الثاني منها اسم الموقعة أو اسم مستعار، فلا بد عندها أن تحدد على هذا النحو...." [3]

---

[1]– د/ لينا إبراهيم يوسف حسان ، المرجع السابق ، ص83و84

[2]– د/ عيسى غسان ربضي ، المرجع السابق ، ص 129

[3] - Article 6 paragraphe « c » - Décret n°2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique « certificat électronique ne peut être regardé comme qualifié que s'il comporte les éléments énumérés au I et que s'il est délivré par un prestataire de services de certification électronique satisfaisant aux exigences fixées au II.

تقابلها المادة"ج "من الملحق الأول الخاص بالتوجيه الأوروبي رقم 99-1999 [1]والمادة

(20فقرة 7) من اللائحة التنفيذية المصرية [2]والفصل(17)من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي.[3]و المادة (11)فقرة "ج" من القانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية المغربي .[4]..إلخ .

ثانيا : تحديد هوية مزود خدمات التصديق الالكتروني والدولة المقيم بها أو التابع لها .

أهمية تحديد هوية جهات التوثيق تؤدي إلى زيادة الثقة و الائتمان القانوني .فإذا كان هذا الأخير معتمدا ومعترفاً به سيعطي هذه الشهادة المزيد من الثقة لمن يتعامل مع المرسل (صاحب الشهادة).كما أن مسألة تعويض الضرر الذي يصيب المتعامل معها، ويكون الضرر منسوبا لهذه الجهة ومن أجل طلب التعويض يكون هوية هذه الأخير محددة

I. - Un certificat électronique qualifié doit comporter :

c) Le nom du signataire ou un pseudonyme, celui-ci devant alors être identifié comme tel ;… » http://legifrance.gouv.fr

[1] - Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques ANNEXE I (c) « le nom du signataire ou un pseudonyme qui est identifié comme tel...»

[2] – المادة 20 فقرة 7 من اللائحة التنفيذية المصرية :" يجب أن تشمل نماذج شهادة التصديق الالكتروني التي يصدرها المرخص له على البيانات الآتية : اسم الموقع الأصلي أو اسمه المستعار أو اسم شهرته . وذلك في حالة استخدامه لأحدهما..." قرار رقم 109لسنة 2005 متعلق بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الالكتروني وبإنشاء هيئة التنمية صناعة التكنولوجيا المعلومات (الوقائع المصرية العدد 115 صادر ب2005/05/25)14

[3]– الفصل 17 : "يصدر مزود خدمات المصادقة الالكترونية شهادات مصادقة تستجيب لمقتضيات السلامة والوثوق بها وتضبط المعطيات التقنية المتعلقة بالشهادة والوثوق بها بقرار من الوزير المكلف بالاتصالات وتتضمن هذه الشهادة بالخصوص :

هوية صاحب الشهادة،..."، القانون عدد 83 لسنة 2000 مؤرخ في 9 أوت 2000 يتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية التونسي (الرائد الرسمي التونسية ،عدد 64 الصادر في 11 أوت 2000

[4]– المادة 11 فقر "ج" :" اسم الموقع صاحب الشهادة الالكترونية المؤمنة أو اسمه المستعار عند الوجود ، وفي هذه الحالة الأخيرة يتعين تعريف بهذه الصفة :

الإشارة عند الاقتضاء إلى صفة الموقع حسب الاستعمال الذي خصصت له الشهادة الالكترونية ."

تحديدا كافيا من اجل طلب التعويض وهنا يكمن تحديد دور هوية جهات التصديق الإلكتروني[1] .وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 15 فقرة "ب"بقوله :" تحديد هوية الطرف الثالث الموثوق أو مؤدي خدمات التصديق الالكتروني وكدا البلاد الذي يقيم فيه." [2] وبهذا أخذت المادة(20فقر3)من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الالكتروني المصرية وتقابلها الفصل (17) من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي و المادة 11 فقرة "ب" من القانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية المغربي ، و المادة (6) فقرة "ب" من المرسوم الفرنسي رقم 272-2001 مؤرخ في 30مارس 2001 [3]. و المادة "ب " من الملحق الأول الخاص بالتوجيه الأوروبي رقم 99- 1999[4] ...إلخ

لذلك يجب أن تتضمن شهادة التصديق المعتمدة الاسم الحقيقي سواء كان الشخص طبيعياً أو معنوياً أو مسيراً أو ممثلاً قانونياً لهذا الشخص المعنوي . مع الملاحظة هنا فإن المادة(8 فقرة 3)من التوجيه الأوروبي أجازت لمقدم خدمات التصديق الالكتروني استعمال الاسم المستعار بدلا من الاسم الحقيقي مادام يمكن التحقق من هويته.[5]بقولها :" دون المساس بالاثر القانوني المعين للأسماء مستعارة بموجب القانون الوطني، يتعين على الدول الأعضاء أن

---

[1]– د/ لينا إبراهيم يوسف حسان ، المرجع السابق ، ص84

[2]– قانون 15-04 مؤرخ غي 2015/04/01 والمحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونين(ج.ر.ج .عدد 6 صادر بتاريخ 2015/04/10،ص9)

[3] - Article 6 paragraphe « b » - Décret n°2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique «L'identité du prestataire de services de certification électronique ainsi que l'Etat dans lequel il est établi..»

[4] - Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques ANNEXE I (b) « l'identification du prestataire de service de certification ainsi que le pays dans lequel il est établi;.. » http://eur-lex.europa.eu/legal-

[5]– د/ إيمان مأمون أحمد سليمان ، إبرام العقد الالكتروني وإثباته ، الجوانب القانونية لعقد التجارة الالكترونية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر ، سنة 2008، ص325

لا يمنع مقدمي خدمات التصديق من إظهار في الشهادة الاسم مستعار بدلا من اسم الموقع (الاسم الحقيقي)."[1]

ثالثا : توقيع الالكتروني لمزود خدمات التصديق الالكتروني :

أهمية هذا التوقيع تكمن في إضفاء المزيد من الثقة و الائتمان ويؤكد على أن الشهادة مؤمنة ،وغير قابلة لاختراق والتزوير وذلك باستخدام هذا الجهة مفتاح التشفير الخاص بها.كما يعمل هذا الأخير على التطابق بين المفتاح العام والخاص بها و الذي يناظره المفتاح الخاص (السري)بصاحب الشهادة وبدوره يؤكد بأن هذه الرسالة صادرة عن المرسل نفسه ولا يشوبه أي تحريف أو تزوير من طرف الغير .[2]

وهذا مانص عليه المشرع الجزائري (15) الفقرة "ح" من قانون 15-04 :" التوقيع الالكتروني الموصوف لمؤدي خدمات التصديق الالكتروني أو للطرف الثالث الموثوق الذي يمنح شهادة التصديق الالكتروني ." تقابلها المصري في المادة 20فقر7 من اللائحة التنفيذية والمادة المادة (11)فقرة "ن" من القانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية المغربي بقولها :" التوقيع الالكتروني المؤمن لمقدم خدمات التصديق الالكتروني الذي يسلم الشهادة الالكترونية ." كذلك و المادة "ج " من الملحق الأول الخاص بالتوجيه الأوروبي رقم 99-1999[3]...إلخ

---

[1] - Article 8 paragraphe 3de Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques (Journal officiel n° L 013 du 19/01/2000 p. 0012 – 0020) ": Sans préjudice des effets juridiques donnés aux pseudonymes par la législation nationale, les États membres ne peuvent empêcher le prestataire de service de certification d'indiquer dans le certificat un pseudonyme au lieu du nom du signataire." http://eur-lex.europa.eu/legal

[2] – د/ لينا إبراهيم يوسف حسان ، المرجع السابق ، ص84و86

[3] - Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques ANNEXE I (h) la signature électronique avancée du prestataire de service de certification qui délivre le certificat

رابعا : تحديد تاريخ سريان وانتهاء سريان شهادة التصديق الالكتروني

وقد تطرق المشرع الجزائري لهد البيان في الفقرة "و" من المادة(15) من قانون محدد للقواعد العامة للتوقيع والتصديق الالكتروني بقوله:" الإشارة إلى بداية ونهاية مدة صلاحية شهادة التصديق الالكتروني ." وهذا الأمر بالغ الأهمية لأنه يحدد فترة مسؤولية مزودة خدمات الالكتروني . لذلك إذا مانتهت صلاحية هذه الشهادة فيجب على جهات التصديق الالكتروني أن تقوم بنشر قائمة الشهادات منتهية الصلاحية حتى تعفى من مسؤولية.[1]وهنا نسجل موقفا ايجابياً للمشرع التونسي عندما ألزم مزود خدمات التصديق الإلكتروني بمسك سجل الكتروني يحدد فيه الشهادات الالكترونية الذي يحدد تاريخ انتهاء العمل بهذا الشهادة تطبيقا للفصل(14)من هذا القانون [2].ولقد نصت على هذا البيان جل التشريعات منها المادة 20فقرة (7) من اللائحة التنفيذية المصري والفصل (17) من قانون التونسي، والمادة(6)فقرة "و" من الملحق الأول من التوجيه الأوروبي على أن :" مؤشرا على بداية ونهاية فترة صلاحية الشهادة ." [3]و تقابلها المادة(6 فقرة 1)من المرسوم الفرنسي رقم 272-2001 [4].كما يجب لفت الانتباه هنا بأن مزود خدمات التصديق الالكتروني مسؤول في حالة التواني في اتخاذ الإجراءات الأمنية اللازمة لإلغاء أو تعليق العمل بالشهادة في حالة تلاعب بها أو فقدان أهليةصاحبها وغيرها من هذه الأسباب التي تلحق بهذه الشهادة أو البيانات التي زودت بها

---

[1]– د/ لينا إبراهيم يوسف حسان ، المرجع السابق ، ص85 ، د/ عيسى غسان ربضي ، المرجع السابق ، ص 129

[2] – القانون عدد 83 لسنة 2000 مؤرخ في 9 أوت 2000 يتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية التونسي (الرائد الرسمي التونسية ،عدد 64 الصادر في 11 أوت 2000

[3] Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques ANNEXE I paragraphe f) « l'indication du début et de la fin de la période de validité du certificat;. »

[4] Article 6 paragraphe 1 « f » - Décret n°2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique « L'indication du début et de la fin de la période de validité du certificat électronique ; » http://legifrance.gouv.fr/affich

الشهادة وكانت هذه البيانات مزورة فلابد أن تبادر هذه الجهة إلى إلغاء أو تعليق العمل بهذه الشهادة .[1]

خامسا : حدود استعمال شهادة وقيمة المعاملات التي قد تستعمل من اجلها .

هو شرط جوهري يجب إدراجه في الشهادة حتى لا تتجاوز الموضوع المخصص لها ،ولا المبلغ المحدد التعامل به ، كأن تتضمن الشهادة بيان ينص على أن هذه الشهادة صالحة لإبرام صفقات تجارية في حدود 300.00دينار جزائري أو ما يعادلها بالعملة الأجنبية أو الصعبة . فما تجاوز هذا المبلغ من تصرفات تجارية فلا تعتبر جهات التصديق الإلكتروني مسؤولة عنه ،وإنما يرجع ذلك إلى تقصير من طرف الشخص الذي اعتمد التعامل مع هذه الشهادة غم أن المبلغ محدد .[2] وهذا مانصت عليه المادة(15) فقرة "ط" و "ي" من قانون رقم 15-04 السابق الذكر .وتقابلها المادة (11)فقرة "ح" من القانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية المغربي ، والمادة المادة(20) فقرة 1و2 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الالكتروني المصري ...إلخ

سادسا : إشارة إلى أن أنها شهادة معتمدة أو موصوفة

في حقيقة الأمر هذا بيان بديهي خاصة، ونحن نعلم انه لا يمكن لجهات التصديق لالكتروني ممارسة نشاطها إلا بناء على ترخيص مسبق من طرف الجهات المعنية في الدولة. رغم أن التوجيه الأوروبي رقم 99-1999 لم يلزم دول الأعضاء على إجبار جهات التصديق الالكتروني على الحصول على ترخيص مسبق . لكن ذلك لم يمنع من لجوء هذه الدول للحصول على ترخيص مسبق من أجل مزاولة عملها، لأن ذلك يعطي المزيد من الأمان القانوني. وهذا ما نصت عليه المادة 15 فقرة" أ" من قانون 15-04 :" أشارة تدل على أنه تم منح هذه الشهادة على أساس أنها شهادة تصديق إلكتروني موصوفة ." [3]

---

[1]- د/ عيسى غسان ربضي ، المرجع السابق ، ص135

[2]- د/ لينا إبراهيم يوسف حسان ، المرجع السابق ، ص87

[3]- قانون 15-04 مؤرخ غي 2015/04/01 والمحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونين(ج.ر.ج .عدد 6 صادر بتاريخ 2015/04/10، ص 9

مع العلم أن بعض التشريعات اعتبرت هذا البيان من البيانات غير الإلزامية وهذا ما هو موجود في الفقرة "أ" من الملحق الأول من التوجيه الأوروبي رقم 99-1999 :" أ) بيانا يوضح أن الشهادة تصدر بمثابة شهادة مؤهلة." [1] كذلك المادة 6فقرة "أ" من المرسوم الفرنسي رقم 272-2001 :" وجاء في بيان أن الشهادة تصدر بمثابة شهادة الإلكترونية المؤهلة."[2]إن الهدف من الإشارة لهذا [3] البيان هو تحديد درجة الأمان القانوني لهذه الشهادة خاصتنا وان المعتمد أو الموصوفة لها قيمة قانونية عالية مقارنة مع غير المعتمدة .

لذلك وحتى تعطى شهادة التصديق الالكتروني قيمتها القانونية ،فيجب أن تحتوي على جميع البيانات سابقة الذكر . وهي بيانات إلزامية لاغني عنها في شهادة التصديق الالكتروني الموصوفة، طبقا للمادة 15 من قانون رقم 15-04 والمحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونين.

الفرع الثاني : اعتراف التشريعات المعاصرة بشهادة التصديق الالكتروني أجنبية

أصبح العالم اليوم قرية صغيرة بوجود وسائل التواصل الاجتماعي والانتشار الواسع للشبكة العنكبوتية فأصبح شخص يشتري ويبيع ، عن بعد قد يتعاقد شخص موجود في الجزائر مع شخص آخر موجود في الولايات المتحدة الأمريكية من المكان الموجود فيه ، فاستدعى الأمر ضرورة وجود شخص ثالث يلعب دور موثق لهذه التصرفات فظهر ما يعرف بجهات التصديق الالكتروني معتمد تعمل على التثبت من هوية أطرافه ومنحهم شهادات تعمل على زيادة الثقة والأمان بين أطراف العلاقة .لذلك نجد كل شخص أو متعاقد يحصل على شهادة تصديق في دولته ويريد من خلالها استخدامها في غير دولته . إلا أن التساؤل الذي يطرح

[1] - Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques ANNEXE I paragraphe : " a) « une mention indiquant que le certificat est délivré à titre de certificat qualifié; »

[2] - Article 6 paragraphe « a» - Décret n°2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique « Une mention indiquant que ce certificat est délivré à titre de certificat électronique qualifié ; »

[3]– د/ لينا إبراهيم يوسف حسان ، المرجع السابق ، ص87

هنا هل لهذه الشهادات المتحصل عليه في دولته نفس الحجية التي تكتسيها الشهادات في دولة الأجنبية ؟ بمعنى آخر هل تعطيها الدولة أجنبية نفس الأثر القانوني كما لو كانت صادر في دولته ؟

وفي هذا نسحل اختلافاً في المواقف من مشرع لآخر فمنها من ألزم من يتعامل بشهادة صادرة عن جهات أجنبية أن تكون هذه الأخيرة معتمدة، وتكون شهادة موصوفة طبقا للمادة(34)فقر"ب" من قانون المعاملات الإلكترونية 85 لسنة 2001 :"صادرة عن جهة مرخصة من سلطة مختصة في دولة أخرى ومعترف بها." [1] وهنا من المشرعين من وضع شرط المعاملة بالمثل وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة(34)من قانون رقم 15-04 :" أن يكون مقدم الخدمات الأجنبي قد تصرف في إطار اتفاقية الاعتراف المتبادل أبرمتها السلطة .." ومن التشريعات لم تقم بوضع شروط مشددة كما فعل المشرع المصري...إلخ وهذا ماسيتم توضيحه.

أ – موقف القوانين الأجنبية : اتجهت جل قوانين الأجنبية إلى الاعتراف بقيمة القانونية لشهادة التصديق الإلكتروني الصادرة عن جهات أجنبية ،بنفس القيمة التي يتعرف بها بالشهادة الوطنية ومنها :

1/- مانص عليه قانون الاونيسترال النموذجي بخصوص التوقيع الالكتروني على مجموعة من القواعد في هذا الشأن منها :

- ✓ حيث جاءت المادة(12)فقرة1منها المط " أ و ب" من هذا القانون لتعمل على نزع الحدود ،والعمل بشهادة التصديق الالكتروني في أي منطقة من مناطق العالم وهذا من أجل تسهيل سير المعاملات القانونية .[2]

---

[1]- قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 (ج .ر. أردنية ، رقم 4523 بتاريخ 2001/12/31)

[2] - المادة 12 فقرة 1 منها " أ وب" من قانون الاونيسترال النموذجي بخصوص التوقيع الالكتروني :" لدى تقرير ما إذا كانت الشهادة أو التوقيع الالكتروني ساريي المفعول قانونيا، أو مدى كونهما كذلك، لا يولى أي اعتبار لما يلي :

- ✓ المساواة في الفعالية بين الشهادة التصديق الوطنية و الأجنبية تطبيقا للفقرة (2)من المادة(12)من نفس القانون .[1]
- ✓ جعل المعيار الدولي لدرجة موثوقية المعترف به كأساس لقياس درجة موثوقية؛أي شهادة صادر في أي منطقة من مناطق العالم .[2]
- ✓ وفي الفقرة (5) من هذه المادة جعل لإرادة الأطراف دورا في استخدام نوع معين من الشهادة بشرط عدم مخالفتها لقانون ساري المفعول أو أن يكون الاتفاق غير صحيح؛أي مخالف لنظام العام والآداب لأي دولة .[3]

ما يلاحظ على هذه القانون أنه لم يضع شرطاً بخصوص صدور هذه الشهادة عن جهة معتمدة من طرف سلطة معينة في الدولة . وهذا الموقف يتوافق مع ما هو موجود في بعض الدول التي لم تفرض مثل هذا الشرط كالقانون المصري، والتونسي، والتوجيه الأوروبي، وفرنسا، والجزائر وغيرها من التشريعات المعاصرة .[4]

2/- **<u>وبخصوص التوجيه الأوروبي</u>** وفي المادة(7) من قانون رقم 99-1999 بأن تكون الشهادة معتمد صادر من دول غير الأعضاء المنضمين للاتحاد الأوروبي ، وساوى بينها وبين

أ) الموضع الجغرافي الذي تصدر فيه الشهادة أو يُنشأ أو يُستخدم فيه التوقيع الالكتروني؛
ب) الموضع الجغرافي لمكان عمل المُصدر أو الموّقع."

[1]- المادة 12 فقرة 2 :" يكون للشهادة التي تصدر خارج [الدولة المشترعة] المفعول القانوني نفسه في [الدولة المشترعة] الذي للشهادة التي تصدر في [الدولة المشترعة] إذا كانت تتيح مستوى مكافئا جوهريا من قابلية التعويل."

[2]- المادة 12 فقرة 4 :" لدى تقرير ما إذا كانت الشهادة أو التوقيع الالكتروني يتيحان مستوى مكافئا جوهريا من قابلية التعويل لأغراض الفقرة 2 أو الفقرة 3، يولى الاعتبار للمعايير الدولية المعترف بها ولأي عوامل أخرى ذات صلة ."

[3] - المادة 12 الفقرة5 :" إذا اتفقت الأطراف فيما بينها، على الرغم من ما ورد في الفقرات 2 و ٣ و ٤، على استخدام أنواع معيّنة من التوقيعات الالكترونية أو الشهادات، تعيّن الاعتراف بذلك الاتفاق باعتباره كافيا لأغراض الاعتراف عبر الحدود، ما لم يكن من شأن ذلك الاتفاق أن يكون غير صحيح أو غير ساري المفعول بمقتضى القانون المُطبّق."

[4]- د/ لينا إبراهيم يوسف حسان ، المرجع السابق ، ص 91 .

الصادرة في الاتحاد الأوروبي من حيث قيمتها وحجيتها القانونية بشرط وجوب توافر الشروط التالي :

-"إذا كان مقدم خدمات التصديق يفي بمتطلبات المنصوص عليها في هذا التوجيه، وقد تم اعتماد إطار نظام اعتماد التبرعات المنشأ في إحدى الدول الأعضاء

-إذا كان مقدم خدمات التصديق المنشأة في إطار الجماعة التي تلبي متطلبات المنصوص عليها في هذا التوجيه يضمن الشهادة؛

-إذا تم التعرف على الشهادة أو مقدم خدمات التصديق بموجب اتفاق ثنائي أو متعدد الأطراف بين الجماعة وبلدان ثالثة أو منظمات دولية." [1]

3 /- وعن موقف المشرع الفرنسي فنجده قد اتجه صوب قانون التوجيه الأوروبي حيث ساوى بين الشهادة الصادرة في دول الاتحاد ، والغير صادرة في الدول المقيمة في الاتحاد ، بتوفر الشروط المحددة في المادة (2)فقر(6) من المرسوم رقم 272-2001 :" شهادة إلكترونية

[1] Article 7 de Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques « Aspects internationaux ;
1/. Les États membres veillent à ce que les certificats délivrés à titre de certificats qualifiés à l'intention du public par un prestataire de service de certification établi dans un pays tiers soient reconnus équivalents, sur le plan juridique, aux certificats délivrés par un prestataire de service de certification établi dans la Communauté:
a) si le prestataire de service de certification remplit les conditions visées dans la présente directive et a été accrédité dans le cadre d'un régime volontaire d'accréditation établi dans un État membre
ou
b) si un prestataire de service de certification établi dans la Communauté, qui satisfait aux exigences visées dans la présente directive, garantit le certificat
ou
c) si le certificat ou le prestataire de service de certification est reconnu en application d'un accord bilatéral ou multilatéral entre la Communauté et des pays tiers ou des organisations internationales. » http://eur-lex.europa.eu/legal-content

يصدرها مقدم خدمات التصديق تأسيسها في دولة لا تنتمي إلى الجماعة الأوروبية لديها نفس الصلاحية القانونية التي يصدرها مقدم أنشئت في الجماعة، حيث:

أ) أن المدعي (صاحب الشهادة) مستوفية للشروط المنصوص عليها في القسم الثاني من المادة (6) و وقد تم اعتماد بالمعنى المقصود من التوجيه من 13 ديسمبر 1999 المشار إليه أعلاه، في إحدى الدول الأعضاء.

ب) أو أن الشهادة الالكترونية التي يصدرها مزود أمنت من قبل مقدم أنشئت في الجماعة وتلبية المتطلبات المنصوص عليها في القسم الثاني من المادة(6)..."[1]

ب– موقف الدول العربية:نجد الدول العربية هي الأخرى اعترفت بالشهادة التصديق الأجنبية وجاءت على النحو التالي :

1/– تطرق المشرع الجزائري لهذه المسألة في المادة(63)من قانون 15– 04 حيث اعترف بالشهادة الصادرة عن جهات أجنبية .وأشترط أن يكون مزود خدمات التصديق الأجنبي قد تصرف في إطار اتفاقيات لاعتراف المتبادل أبرمتها السلطة . ولهذا نجد المشرع الجزائري لم يشترط أن تكون هذه الشهادة صادرة عن جهة معتمدة. أو أخضعها للإجراءات القانونية الخاصة

[1] Article 8 de - Décret n°2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique « Un certificat électronique délivré par un prestataire de services de certification électronique établi dans un Etat n'appartenant pas à la Communauté européenne a la même valeur juridique que celui délivré par un prestataire établi dans la Communauté, dès lors :

a) Que le prestataire satisfait aux exigences fixées au II de l'article 6 et a été accrédité, au sens de la directive du 13 décembre 1999 susvisée, dans un Etat membre ;
b) Ou que le certificat électronique délivré par le prestataire a été garanti par un prestataire établi dans la Communauté et satisfaisant aux exigences fixées au II de l'article 6 ;

c) Ou qu'un accord auquel la Communauté est partie l'a prévu. »
http://legifrance.gouv.fr/

مثل ما هو معمول به في الشهادة الموصوفة الصادرة في الجزائر طبقا للمادة(15)من القانون سابق الذكر.

2/- أما بخصوص المشرع المغربي في المادة(22)من القانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية قد أعطى للشهادة الأجنبية نفس الحجية القانونية التي تتمتع بها الشهادة مسلمة من قبل المزود خدمة الالكتروني الذي يوجد مقره في مغرب بتوفر الشروط التالية :

- ✓ أن يكون معترف بالشهادة أو بمقدم خدمات التصديق الالكتروني في إطار الاتفاقيات المتعددة الأطراف، أو الثنائية تخص الاعتراف المتبادل بين المغرب وبلد مقدم الخدمات التصديق الالكتروني .
- ✓ إمكانية اعتماد مزود خدمة التصديق الالكتروني الذي مقره الاجتماعي في الخارج بشر ط أن تكون الدولة التي يمارس بترابها نشاط قد ابرم اتفاقية مع المغرب تخص الاعتراف المتبادل لمزود خدمات التصديق الالكتروني . [1]

في حقيقة الأمر نجد المشرع المغربي كان أكثر وضوحاً من المشرع الجزائري في هذه النقطة .كذلك أضاف شرط الاعتماد هذا المزود أو الشهادة وفقا لاتفاقية متعدد أو ثنائية .

3/- كما ساوى المشرع التونسي في الفصل(23)من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية بين الشهادة الصادرة عن مزود خدمة مقيم بتونس ،وشهادة الصادرة عن مؤدي خدمات أجنبية بقوله :" تعتبر الشهادات المسلمة من مزود خدمات المصادقة الإلكترونية الموجود ببلد أجنبي كشهادات مسلمة من مزود خدمات المصادقة الالكترونية موجود بالبلاد التونسية إذا تم الاعتراف بهذا الهيكل في إطار اتفاقية اعتراف متبادل تبرمها الوكالة الوطنية للمصادقة الالكترونية."[2] ما

1- الظهير الشريف رقم 129-07-01 الصادر في 2007/11/30 بتنفيذ القانون 05-53 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية المغربي ، (الجريدة الرسمية المغربي، عدد 5584 الصادر في 2007/12/06)

2- القانون عدد 83 لسنة 2000 مؤرخ في 9 أوت 2000 يتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية التونسي (الرائد الرسمي التونسية ،عدد 64 الصادر في 11 أوت 2000

يلاحظ على هذه المادة أن المشرع لم يجعل هذه الشهادة مطابقة لقانون التونسي من حيث تكوين طبقا للفصل (17) من نفس القانون . كما اكتفى المشرع بالاعتراف بالشهادة الأجنبية بناء على الاعتراف المتبادل والمعاملة بالمثل .

4/- أما المشرع المصري فقد أخذ بمبدأ الاعتراف المتبادل بشرط حصول على ترخيص من هيئة التنمية صناعة التكنولوجيا المعلومات طبقا للمادة(21)من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الالكتروني كما تضيف المادة(22) من قانون التوقيع الالكتروني :" تختص الهيئة باعتماد الجهات الأجنبية المختصة بإصدار شهادات التصديق الالكتروني ، وذلك نظير المقابل الذي يحدده مجلس إدارة الهيئة ، وفي هذه الحالة تكون الشهادات التي تصدرها تلك الجهات ذات الحجية في الإثبات المقررة لما تصدره نظيراتها في الداخل من شهادات نظيرة ، وذلك كله وفقا للقواعد والإجراءات والضمانات التي تقرها اللائحة التنفيذية لهذا القانون."[1]

ونلاحظ على موقف المشرع المصري أنه لم يشترط أن تكون الشهادة معتمدة من طرف دولة التي نشأت فيه و إنما أن تكون منطبقة مع الشروط التي وضعتها اللائحة التنفيذية طبقا للمادة(21و22)منها .

ويرى بعض من رجال القانون أن هذا الشرط فيه نوع من الإجحاف والظلم بحق جهات التوثيق الأجنبية غير مرخص لها لمزاولة نشاط التصديق الالكتروني والتي تكتسي درجة عالية من الموثوقية .[2]

وترتيبا على ما سبق نجد كل الدول تعترف بالشهادة المسلمة من طرف مزود أجنبي بشرط التعامل بمبدأ المعاملة بالمثل وذلك قصد تسهيل المعاملات التجارية وحتى الدول التي شددت في الاعتراف بالشهادة الأجنبية نجدها قد خففت من هذا الشرط بإعطاء لإرادة الأطراف دوراً في اعتماد هده الشهادة .

---

[1]- قانون رقم 15 لعام 2004 تنظيم التوقيع الإلكتروني و بإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجية المعلومات المصري (ج.ر.م عدد 17الصادر 22 /04/ 2004)

[2]- د/لينا إبراهيم يوسف حسان ، المرجع السابق ، ص95و98

الفرع الثالث : تعليق وإيقاف العمل بشهادة التصديق الالكتروني أو إلغائها

من بين الالتزامات التي أفرزتها القواعد المنظمة لأحكام مزود خدمات التصديق الالكتروني إعطاءها صلاحيات إلغاء، أو تعليق شهادة التصديق الالكتروني في حالة توافر الشروط القانونية .في مختلف التشريعات المعاصرة . وقد يرتب القانون عليه مسؤولية تقصيرية في حالة تغاضيه عن اتخاذ الإجراءات المناسبة لأن التزام هذا الأخير هو تحقيق نتيجة . وليس تحقيق غاية ، وهي وقف العمل ،أو تعليق شهادة لحين التحري والتحقق عن أسباب إلغاء هذه الشهادة .[1]

ومن بين التشريعات التي عالجت موضوع إلغاء، أو تعليق شهادة التصديق الالكتروني ،المشرع الجزائري في المادة(45) من قانون 15-04 متعلق بالقواعد محدد لتوقيع والتصديق الالكتروني ، المادة(21)فقرة(3-7)من القانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية المغربي ،والفصل(19و20)من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي ....إلخ

<u>أولا : حالات إلغاء العمل بشهادة الموصوفة</u>

من بين الحالات التي نصت عليها المادة(45)من قانون رقم 15-04 المذكور أعلاه وتقابلها الفصل(20)من قانون المبادلات والتجارة التونسي مايلي :

1-/ إلغاء الشهادة تطبيقا لإرادة صاحبها

إنشاء شهادة التصديق الالكتروني تتم بناء على طلب شخصي ، ومسألة إلغاء الشهادة كذلك قد تتم بناء على طلب صاحبها وذلك بوجود أسباب منها ؛ فقدان الرقم السري ،أو انتهاء منظمة إحداث التوقيع الالكتروني أو يطلع الغير على منظومة سير عمل التوقيع الالكتروني أو التنازل عن صفقة أبرمها وغيرها من هذه الأسباب.وإذا تعلق حق الغير في ذمة صاحب شهادة فما على هذا الغير إلا الرجوع على صاحب الشهادة بطلب التعويض لجبر الضرر

[1]- د/لينا إبراهيم يوسف حسان ، المرجع السابق ، ص117

جراء هذا الإلغاء[1] .وقد عالج المشرع الجزائري هذ الموضوع في المادة(45)من قانون 15-04 سابق الذكر ويقابلها الفصل(20)من قانون المبادلات والتجارة التونسي

2-/ إلغاء الشهادة بسبب وفاة الشخص الطبيعي أو بانحلال الشخص المعنوي صاحب الشهادة الالكترونية

كذلك من بين الأسباب التي نص عليها المشرع الجزائري طبقا للمادة(45)فقرة(3) هي حالة وفاة صاحب الشهادة أو انحلال شخص المعنوي يترتب عليه إلغاء شهادة لان التوقيع هو توقيع شخصي و لا يمكن أن يحل محله شخص أخر في هذه الحالة . كذلك في حالة انحلال شخص المعنوي كما هو الحال في حالة إفلاس هذا الأخير أو دمجه في شركة أخرى وغيرها من هذه الأسباب . فيفقد هذا الشخص أهليته قانونية في إبرام العقود . وفي حالة ما إذا تضرر الغير من هذا الإلغاء. ما على الغير سوى المطالبة بالتعويض وذلك بالرجوع على الورثة في حالة الشخص الطبيعي أو الشركاء في الشخص المعنوي

3-/ إلغاء الشهادة إذا تأكد من صحة السبب الذي أدى إلى تعليقها مؤقتا

من بين الأسباب المؤدية إلى تعليق العمل بشهادة التصديق الحالات المنصوص عليها في المادة(45)من قانون الجزائري سابقة الذكر منها إذا تم تقديم معلومات خاطئة أو مزورة أو إذا أصبحت معلومات الواردة في الشهادة غير مطابقة للواقع أو إذا تم انتهاك سرية البيانات إنشاء التوقيع الالكتروني وغيرها من هذه الأسباب فإذا ما تم تأكد من هذه الأسباب فيتم إلغاء هذه الشهادة ما على الغير المتضرر سوى الرجوع إلى صاحب الشهادة وطلب التعويض .[2] مع العلم فإن المشرع الجزائري في الفقرة(3)من المادة(45)ألزم على مقدم خدمات التصديق الإلكتروني إخطار صاحب الشهادة التصديق الإلكتروني الموصوف بإلغاء هذه الأخيرة مع تسبيب ذلك .كما أن إلغاء شهادة هو إلغاء نهائي وغير قابل لطعن .

ثانيا : حالات تعليق العمل بشهادة التصديق الالكتروني

---

[1]- د/ عيسى غسان ربضي ، المرجع السابق ، ص117، د/لينا إبراهيم يوسف حسان ، المرجع السابق ، ص 123

[2]- د/لينا إبراهيم يوسف حسان ، المرجع السابق ، ص124

ونعني بمسألة تعليق العمل بشهادة هو وقف سريانها لحين إلغائها أو استئناف العمل بها وبذلك فإن جميع الآثار التي تنتج في حالة التعليق لا يعتد بها. كأن توقيع على صفقة، أو التعاقد وغيرها من التصرفات فلا يعتد بها ومن بين حالات تعليق العمل بشهادة التصديق ما يلي :

1-/ بناء على طلب طالب الشهادة

وهنا نعني به طالب الشهادة الذي يسعى إلى طلبها من أجل استعمالها في أمور تتعلق بالتصرفات التجارية فهناك عدة أسباب كأن يلاحظ هذا الشخص تلاعباً بمنظومة أو انه أراد صرف النظر عن الصفقة .

فإذا ما طلب هذا المعني تعليق الشهادة مؤقتاً وذلك بوجود أسباب قانونية كان لهذه الهيئة تعليق العمل بهده الشهادة لحين تثبت من جدية هذه الأسباب . وإذا توانت و تأخرت هذه الجهة في تعليق العمل بالشهادة ترتب على ذلك مسؤولية تحملها هذا الأخير . وفي هذ الصدد نجد المشرع الجزائري قد حصر أسباب تعليق الشهادة في المادة(45) من قانون 15-04 والتي ويقابلها الفصل(20)من قانون المبادلات والتجارة التونسي.

2-/ إيقاف العمل بالشهادة إذا كانت قد منحت على أساس معلومات خاطئة أو مزورة

عندما تقوم جهات التصديق الالكتروني بإصدار شهادة تصديق الالكتروني هنا تنطلق تابعية هذه الشهادة منها مسؤولية هذا الأخيرة حيث عليها أن تراعي استمرارية بصفة صحيحة ولا يشوبها أي خطأ أو تقصير فإذا ما انتهت هذه الأخير إلى وجود خطأ ،أو تزوير في المعلومات ما عليها إلى الإسراع في تعليق العمل بهذه الشهادة لحين الفصل في وضعيتها وتأخر هذه الأخيرة يرتب عليها مسؤولية لكن الإشكال يطرأ في مسألة ما الفرق بين الخطأ والتزوير في المعلومات ؟

أولا الخطأ في المعلومات : هي حالة قد يقوم مزود خدمة بإعطاء شهادة غير الشهادة الخاصة بشخصي (المعني) وذلك لتشابه الأسماء وغيرها من هذه الأخطاء فما على هذا

المزود إلا تعليق العمل بها . إذا يمكن لهذا الشخص التعامل بهذه الشهادة خاصة إذا كان سيء النية فقد يلجأ إلى استعمالها والتصرف بها .

أما بخصوص المعلومات المزيفة أو الكاذبة التي يصدرها مزود الخدمة بناء على إدلاء صاحبها كأن يكون لديه بطاقة تعريف مزورة أو شهادة ميلاد مزورة ،وغيرها من هذه البيانات ويصدر مزود الخدمات شهادة بناء على هذه الأخيرة فهنا ما على هذا الأخير في حالة اكتشاف ذلك إلا تعليق العمل بهذه الشهادة لحين الفصل فيها ويترتب على هذا التصرف مسؤولية تلحق صاحب الشهادة منها:

أولا: يترتب في ذمة صاحب الشهادة مسؤولية مدنية وجزائية فالأولى تكون اتجاه مزود خدمات التصديق نتيجة المسوؤلية العقدية التي اخل بها صاحب شهادة وهو إعطائه معلومات مزورة وبناء على ذلك اصدر شهادة موصوفة وبذلك قد يضرب مصداقية هذه الجهة . أما المسؤولية المدنية الأخرى اتجاه الغير فتكون مسؤولية تقصيرية لأنه ألحق ضرراً بالغير بتعمده لهذ الفعل.[1]

ثانيا :مسؤولية جزائية تنتج عن ارتكاب جريمة تقديم وثائق مزيفة لجهات التصديق الإلكتروني وفي هذا الصدد نجد المشرع الجزائري قد رتب على ذلك عقوبة طبقا للمادة(66)من قانون 15-04 بقوله:"يعاقب بالحبس من ثلاثة (3)أشهر إلى ثلاث(3) سنوات وبغرامة من عشرين ألف دينار جزائري(20.000دج) إلى مائتين ألف دينار جزائري (200.000دج) أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط .كل من أدلى بإقرارات كاذبة للحصول على شهادة تصديق الكتروني موصوفة."وهذا ما نص عليه الفصل(47)من قانون المبادلات والتجارة التونسي،[2]

---

[1] – د/لينا إبراهيم يوسف حسان ، المرجع السابق ، ص119و120

[2] – االفصل47 من قانون المبادلات التونسي:" يعاقب كل من صرح عمدا بمعطيات خاطئة لمزود خدمات المصادقة الالكترونية ولكافة الأطراف التي طلب منها أن تثق بإمضائه بالسجن لمدة تتراوح بين 6 أشهر وعامين وبخطية تتراوح بين 1000و 10.000 أو بإحدى هاتين العقوبتين."

والمادة (31)من القانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية [1] ...إلخ

3-/ تعليق العمل بالشهادة في حالة اختراق نظام التوقيع الالكتروني

طبقا لأحكام قانون التوقيع وتصديق الالكتروني الجزائري رقم 15-04 فان آليات التحقق من التوقيع الالكتروني وبرامج معلوماتي ،ومفاتيح التشفير وغيرها من هذه المنظومة من اختصاص السلطة الاقتصادية التي لها صلاحيات منح مزود الخدمات مزاولة نشاط التصديق الالكتروني فإذا كانت هذه المنظومة مطابقة لسياسة التشريعية "للسلطة " طبقا لأحكام المادة من(10)إلى(14)من قانون 15-04 خاصة في مسالة مطابقة الآلية المؤمنة لإنشاء التوقيع الالكتروني الموصوف والآلية الموثوقية للتحقق من التوقيع الالكتروني الموصوف مع المتطلبات المنصوص عليها في المادة(11)و(13) من هذا القانون بطريق الهيئة الوطنية المكلفة بالاعتماد آليات إنشاء التوقيع الالكتروني والتحقق منه.[2] فإذا صدرة هذه المنظومة مخالفة لما سبق ذكره كان على مزود خدمات التصديق تعليق العمل بالشهادة وإلا ترتب في ذمة هذه الجهة مسؤولية مدنية اتجاه الغير وصاحب الشهادة والضرورة جبر الضرر بتعويض .[3]

4-/ ظهور مستجدات تعمل على تغير بعض البيانات الخاصة بهذه الشهادة :

من بين التزامات التي تقع على صاحب الشهادة هو الحفاظ على سرية المعلومات والبيانات إنشاء التوقيع الالكتروني ومطابقة المعلومات المتضمنة في شهادة التصديق الالكتروني . فإذا تم وحصل تغيرات في إحدى البيانات فما على صاحب الشهادة إلا المطالبة بتعليق العمل بهذه الأخيرة لحين إلغائها من طرف مزود خدمات التصديق الالكترونية و إلا ترتب على طالب

---

[1] – المادة 31 من قانون المغربي :" بصرف النظر عن مقتضيات الجنائية الأكثر صرامة يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبمغرمة من 100.000إلى 500.000درهم كل من أدلى عمدا بتصاريح كاذبة أو سلم وثائق مزورة إلى مقدم خدمات التصديق الالكتروني ."

[2] – قانون 15-04 مؤرخ غي 2015/04/01 والمحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونين(ج.ر.ج .عدد 6 صادر بتاريخ 2015/04/10،ص9)

[3]– د/لينا إبراهيم يوسف حسان ، المرجع السابق ، ص121

شهادة مسؤولية وهذا ما نصت عليه المادة (61)من قانون 15-04 الجزائري سابق ذكر، وتقابلها المادة(21)من قانون المبادلات التونسي. لذلك فإنه لا يتسنى لصاحب شهادة التصديق الالكتروني في حالة انتهاء صلاحيتها أو عند تعليقها أو إلغائها استعمال بيانات إنشاء التوقيع الموافقة لها من اجل توقيع أو تصديق هذه البيانات نفسها من طرف مؤدي خدمات التصديق الالكتروني .[1]

[1]- أنظر للمادة 61 فقرة الأخيرة؛ قانون 15-04 مؤرخ غي 2015/04/01 والمحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونين(ج.ر.ج .عدد 6 صادر بتاريخ 2015/04/10،

الخاتمة :

لقد أحسن المشرع الجزائري عند إصدار القانون الخاص الذي يحدد القواعد العامة للتوقيع والتصديق الالكترونيين. رغم انه جاء متأخراً .لكن هذا التأخر كان فيه تصحيح وتدارك لبعض القواعد التي مرت على بعض التشريعات، كما أن المعاملات التي تتم بوسائل الكترونية تحتاج إلى وجود طرف ثالث. يضمن موثوقية هذه البيانات والمعلومات، وحفاظا على السرية من أجل تدعيم الثقة و الاتمان القانوني ونحن نعلم جيد أن التجارة تقوم على هذين المحورين . وأن تعمل الدولة في هذا المجال على الاعتراف المتبادل لشهادة التصديق المسلمة من طرف مزودين غير موجودين في وطنهم. مع ضرورة التخفيف من الشروط الموضوعة للاعتراف بهذه الأخيرة . وعدم تشديدها وإتباع تنظيم تسلسلي و الذي نهجه المشرع التونسي فيما يخص أحكام جهات التصديق الالكتروني .

كذلك ما يلاحظ على قانون 15-04 أن المشرع الجزائري أوجد في الفصل الثالث منه؛ ثلاث سلطات في شكل هرمي يعلوها سلطة الوطنية للتصديق الالكتروني وتدعى في صلبها "بالسلطة "وتتولى مهام مراقبة وموافقة على سياسات التصديق الالكترونية الصادرة عن السلطتين الحكومية والاقتصادية تطبيقا للمادة(18)من هذا القانون ، ثم تأتي في المرتبة الثانية السلطة الحكومية للتصديق الالكتروني والتي بدورها تتولى مهمة إعداد سياستها للتصديق وعرضها على جهاز" السلطة "، بالإضافة إلى مهام أخرى حددتها المادة(28)من القانون نفسه. وتأتي في قاعدة الهرم السلطة الاقتصادية للتصديق الالكتروني تعمل على مراقبة ومتابعة مؤديي خدمات التصديق بالإضافة إلى منح تراخيص ، واحتفاظ بشهادة التصديق المنتهية الصلاحية وغيرها من هذه المهام تبعا لما هو محدد في المادة(30) من قانون المذكور أعلاه .وبهذا نجد المشرع الجزائري قد غاير جل التشريعات المعاصرة التي أوجدت سلطة واحدة تعمل على منح ومراقبة مزودي خدمات التصديق الالكتروني . وهذه النقطة تحسب لصالح المشرع حيث جعل سياسات التصديق خاضع لرقابة جهاز السلطة وذلك حماية للمنظومة الأمنية في مجال تكنولوجيات المعلوماتية .

التعليق على قانون حماية الطفل رقم 15-12، على ضوء الاتفاقيات الدولية والتشريعات المقارنة المنعقد يوم 07 ديسمبر

لوكال مريم[1]

أستاذة محاضرة ب، جامعة امحمد بوقرة – بومرداس –

أهمية موضوع اليوم الدراسي:

نظم قسم القانون العام بكلية الحقوق – بودواو بتاريخ 07 ديسمبر 2017، ندوة علمية بعنوان التعليق على قانون حماية الطفل رقم 15-12، في ضوء الاتفاقيات الدولية والتشريعات المقارنة"، وتمحورت عقدة اليوم الدراسي حول : ما هي الآليات المستحدثة التي جاء بها القانون 15-12 لحماية الطفل؟ وما مدى نجاعتها على ضوء المعايير الدولية والتجارب المقارنة الناجحة؟.

أولا- مداخلات المحور الأول المعنون "مفاهيم أولية عن قانون حماية الطفل":

ضمت الجلسة الأولى تحت رئاسة أ.د.يوسفي أمال، أربع مداخلات تمحورت على إعطاء مفاهيم كلية تتعلق بقانون حماية الطفل دون الغوص فيه كالتالي:

المداخلة الأولى: الأستاذة **قزلان سليمة**(أستاذة محاضرة أ-جامعة بومرداس، القسم العام)، تحت عنوان:"**حقوق الطفل في ظل الإصلاحات الدستورية الأخيرة الجزائر، تونس، المغرب-نموذجا**".

انصبت هذه المداخلة على دراسة كيفية معالجة التعديلات أو بالأحرى الإصلاحات الدستورية الأخيرة، في كل من الجزائر (تعديل 2016)، تونس (إصلاح دستوري 2014) والمغرب (تعديل 2011)، مسألة حقوق الطفل من أجل تعزيز حمايتها الدستورية، من مختلف

[1] loukalmeriem@yahoo.fr البريد الالكتروني :

الانتهاكات التي قد تقع عليها، وتبيان مدى مماثلة الوضع في الدساتير الثلاث، أم أن المقاربة فيما بينها مختلفة بسبب خصوصية كل منها.

ناقشت الباحثة المسألة الإشكالية من خلال ثلاثة محاور، تناول كل محور الحماية الدستورية للطفل في البلدان العربية الثلاث، لتصل لنتيجة مفادها أن مجرد تناول الإصلاحات الدستورية بهذه البلدان لمسألة حقوق الطفل، يعكس رغبتها الحقيقية في الاهتمام بها، وتعزيز حمايتها على مستوى أسمى قوانين الدولة، غير أن هذا التكريس الدستوري جاء على نحو متباين تحتل فيه الجزائر المركز الأضعف، وهو ما يجب تداركه من خلال الاستفادة من تجارب الدول الناجحة.

المداخلة الثانية: الأستاذة **لوكال مريم**(أستاذة محاضرة ب–جامعة بومرداس، القسم العام)، تحت عنوان:"**لماذا قانون لحماية الطفل في الجزائر؟، المسببات الدولية والوطنية**".

حاولت الباحثة من خلال مداخلتها حصر التداعيات الدولية الرامية لإقرار المشرع الجزائري للقانون 15–12، وبالتالي إقرار قواعد خاصة بالأطفال في خطر أو في نزاع مع القانون، من خلال دراسة الوثائق الدولية المعنية بالطفل، أهمها اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، مع التعريج على الأنظمة القانونية لعدة دول عربية وغربية، بهدف دراسة القوانين الخاصة بالحدث فيها. هذه الدراسة أفضت إلى استنتاج أن هناك توجه دولي لإقرار قانون متميز خاص بالطفل كضحية وجاني.

كما يمكن حصر العديد من المسببات الوطنية التي أدت إلى إقرار القانون 15–12، فرغم أن الجزائر كانت سباقة إلى إقرار مثل هكذا قانون، من خلال الأمر رقم 72–03 المتعلق بحماية الطفولة والمراهقة، والذي أُتبع بالأمر رقم 75–64 المتضمن إحداث المؤسسات والمصالح المكلفة بحماية الطفولة والمراهقة، إلا أن هذه القوانين كانت بدائية جدا بالنظر للتحديات المعاصرة، إلى جانب تضاعف الجرائم المرتبطة بالطفل والضغوط الشعبية المرافقة لها، ومهما كانت الأسباب فإن المشرع الجزائري بإقراره للقانون 15–12 فإنه يكون قد استكمل نظامه القانوني الخاص بالطفل، تطبيقا لمبدأ المصلحة الفضلى للطفل.

المداخلة الثالثة: الأستاذة **تواتي نصيرة**(أستاذة محاضرة ب–جامعة بومرداس، القسم العام)، تحت عنوان:"**حق الطفل في المعلومة وضمانات حمايته من مخاطرها**".

يُخول قانون الطفل 15–12 حق الطفل في تلقي المعلومة النافعة دون المعلومة الضارة، وهذا بمقتضى الفقرة الثانية من المادة السادسة منه التي تنص على أنه:"تسهر الدولة على ألا تضر المعلومة التي تُوجه للطفل بمختلف الوسائل بتوازنه البدني والفكري".

لكن يبدو أن قانون الطفل لم يهتم بضمانات حماية الطفل من مخاطر المعلومة الضارة سوى في مجال الإشهار من خلال مادته العاشرة، وأنه عموما اكتفى بتلك الضمانات المقررة بموجب النصوص القانونية المتصلة بمجال الإعلام، وهي في الواقع ضمانات غير واضحة وغير كافية.

تناولت المتدخلة هذه الجزئية الإشكالية من خلال محورين، ركزت في المحور الأول على حدود المعلومة التي تصل إلى الطفل الجزائري، والتي تقتصر على المعلومة النافعة، باعتبار أن المعلومة الضارة تمس بتوازنه البدني والفكري، في حين خصصت المحور الثاني إلى الضمانات الرامية لحماية الطفل من المعلومة الضارة المحتواة في الاتفاقيات الدولية، ومن ثم تلك الموضوعة من قبل المشرع الجزائري.

المداخلة الرابعة: الأستاذة **أحلوش زينب**(أستاذة محاضرة ب-جامعة بومرداس، القسم العام)، تحت عنوان:"**القانون 15-12: قانون لحماية الطفل أم قانون لحماية المجتمع من الطفل الجانح**".

طرحت الأستاذة إشكالية أن القانون 15-12 ركّز على التدابير الخاصة بالطفل الجانح وفصّل فيها، مقارنة بتلك الخاصة بالطفل في خطر معنوي، كما أنه لم يُبيّن ويفصل حقوق الطفل العادي، وبالتالي فإنه يعتبر قانون للأحداث وليس لحماية الطفل.

عالجت الباحثة الموضوع من خلال محورين، تطرقت في أولهما إلى مواطن فشل وقصور القانون 15-12 في الحماية الفعلية والفعالة للطفل، كما تطرقت في المحور الثاني إلى مناط وسبل الحماية الفعلية للطفل، في قراءة لبعض النصوص المقارنة كالقانون: التونسي، الكويتي والفرنسي، بغرض الاستفادة من التجارب الناجحة.

ثانيا- مداخلات المحور الثاني المعنون "حماية الطفل في خطر":

تطرقت الجلسة الثانية، والتي نشطها ستة متدخلين، إلى الخوض في قانون حماية الطفل 15-12، وبيان الآليات التطبيقية لحماية الطفل الضحية أو ما أسماه المشرع "الطفل في خطر" من خلال المواضيع التالية:

المداخلة الخامسة: الأستاذة **جبارة نورة**(أستاذة محاضرة أ-جامعة بومرداس، القسم الخاص)، تحت عنوان:"**دور قاضي الأحداث في حماية الطفل في خطر معنوي**".

تعرضت الأستاذة إلى مفهوم محوريي في القانون 15-12 وهو مفهوم الطفل في خطر، وهو الطفل الضحية، وبينت ما هي الحماية القانونية والآليات التي سخرها المشرع لدفع الخطر عن الطفل والتكفل به، وهذا من خلال مبحثين، يتطرق الأول إلى: مفهوم الطفل، ومن ثم تعداد

الحالات الثلاث عشر التي جاءت بها المادة الثانية من القانون 15-12، والتي يعتبر الطفل المعني بها في خطر معنوي.

أما المبحث الثاني فخُصص لبحث سلطات قاضي التحقيق الرامية لحماية الطفل المعرض لخطر معنوي، ابتداء من بيان كيفيات عرض دعوى الحماية على قاضي الأحداث، إلى بيان صلاحيات القاضي أثناء التحقيق، كما تمت دراسة الإجراءات التي يكون على القاضي القيام بها عند إنهاء التحقيق، وما يليها من الإجراءات التي يمكن أن تُتخذ لحماية الطفل في خطر من تدبير التسليم والوضع

المداخلة السادسة: الأستاذة **غناي زكية**(أستاذة محاضرة ب-جامعة بومرداس، القسم الخاص)، تحت عنوان:"**أثر فصل الطفل عن الأسرة على تحقيق حمايته القانونية**".

تطرقت الأستاذة من خلال هذه المداخلة إلى تحليل المادة الرابعة من القانون 15-12 لاسيما الفقرة الثانية منها، والتي انصبت على عدم جواز فصل الطفل عن أسرته، إلا إذا استدعت مصلحته الفضلى ذلك"، وقد طرحت الباحثة تساؤل حول أين تكمن مصلحة الطفل الفضلى التي تستدعي فصله عن أسرته، وقد بادرت للإجابة عليه من خلال محور أول بينت فيه مفهوم مهم جدا منشؤه اتفاقية حقوق الطفل، والذي يعتبر ركيزة كل القواعد القانونية التي تتعلق به وهو مبدأ المصلحة الفضلى للطفل، ومن ثم درست مسألة مدى كون فصل الطفل عن أسرته يحقق المبدأ هذا أم لا، خاصة أنه لا يمكن لأي شخص أن يعتني بالطفل أحسن من أسرته، وخلصت إلى أن هذا الإجراء لا يجب أن يُفعّل إلا إذا كان الأذى الذي يتعرض له الطفل منشؤه هذه الأسرة، وأنه لا يمكن تفاديه بسبل أخرى، إذ أن مصلحة الطفل الفضلى تقتضي بقاءه في أسرته.

المداخلة السابعة: الأستاذة **عيسى زهية**(أستاذة محاضرة ب-جامعة بومرداس، القسم العام)، تحت عنوان:"**الضمانات الدستورية لحماية الأسرة في دساتير بلدان المغرب العربي**".

يرتبط موضوع حماية الطفل ارتباطا وثيقا مع حماية الأسرة، إذ يعتبر جزء لا يتجزأ منها، وإن إقرار الحماية للأسرة يضمن من خلاله حماية للطفل ولو بقدر معين، فالهدف من هذه المداخلة تبيان الحماية التي تحظى بها الأسرة في دساتير دول المغرب العربي، والنظر فيما إذا كانت تنعكس على حماية الطفل.

تطرقت الباحثة لتطور حماية الأسرة في الدساتير المتعاقبة لهذه الدول، مع التركيز على الآليات التي وظفتها هذه الدول لتحقيق هذا الغرض ومقارنتها مع بعضها البعض للوصول إلى النظام الأنجع الذي يكفل الحماية المتطلبة في مثل هذه الأحوال، مع العلم أن الدراسة سترتكز

على الآليات الوطنية ثم الآليات الدولية التي وظفتها دول المغرب العربي في دساتيرها لضمان هذه الحماية، سعيا لتطوير حماية الأسرة ومنه الطفل في هذه الدول.

المداخلة الثامنة: الأستاذة **تريعة نوارة**(أستاذة محاضرة ب–جامعة بومرداس، القسم العام)، تحت عنوان: "**أثر اتفاقية حقوق الطفل على الدستور الجزائري والمصري**".

تركز هذه المداخلة على دراسة تأثير القانون الدولي على القانون الوطني، من خلال تأثير الاتفاقيات الدولية الجماعية على وجه الخصوص التي تبادر الدولة إلى المصادقة عليها على نظامها القانوني، وما يترتب عليه من التزام يقع عليها بمواءمة قانونها بما يتماشى والتزاماتها الدولية، واستقبال القواعد الدولية وتطبيقها، ومن هذه الاتفاقيات نجد الاتفاقيات الخاصة بالطفل كاتفاقية حقوق الطفل 1989 والبروتوكولين الملحقين بها، وهي الوثائق التي صادقت عليها الجزائر رغم ملاحظة التأخر في القيام بهذا الإجراء، مع إبداءها لإعلان تفسيري بخصوص أربع من مواد اتفاقية حقوق الطفل أساسية، وهو ما يعني أن الجزائر ستطبق هذه المواد لكن من خلال فهمها الخاص لها.

في هذه المداخلة تطرقت الباحثة إلى موقف المشرع الجزائري والمصري من نظرية سمو المعاهدات الدولية على القانون في دراسة مقارنة، استخلصت من خلالها أن المشرع الجزائري اعترف بالقاعدة من خلال المادة 150 من التعديل الدستوري لسنة 2016، أما المشرع المصري فقد اعتبر أن للمعاهدات قوة القانون بعد مصادقة الرئيس عليها حسب المادة 151 من الدستور المصري، وبالتالي فإنه يمكن القول بتباين موقف الدولتين من القوة القانونية للمعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية في الدولتين.

المداخلة التاسعة: الأستاذ **أوشاعو رشيد**(أستاذ محاضر ب–جامعة بومرداس، القسم العام)، تحت عنوان: "**دور مؤسسات الحماية الاجتماعية المنشأة بموجب القانون 12/15 في حماية الطفولة**".

جاء في مداخلة الباحث أن منظومة حماية الطفولة في الجزائر عانت من اختلالات كبيرة على عدة أصعدة بالرغم من مصادقتها على جل الاتفاقيات الدولية ذات الصلة، وهذا القصور يبتدأ من غياب هيئات رسمية مكرسة لحماية حقوق الطفل، واستراتيجية للإنذار المبكر من الأخطار التي تهدد الطفولة، وهو ما أكدت عليه التقارير الصادرة من مجلس حقوق الإنسان التابع لمنظمة الأمم المتحدة ومنظمة اليونيسف.

أما على المستوى الوطني فقد أكدت اللجنة الوطنية الاستشارية لحماية وتطوير حقوق الإنسان على هذه النقائص، ما دفع المشرع الجزائري إلى استصدار قانون حماية الطفل رقم

15-12، والذي أتى بعدة آليات قانونية ومؤسساتية بهدف حماية الطفل في خطر، خاصة الحماية الاجتماعية التي تتميز باعتبارها جهاز الإنذار المبكر من الأخطار التي تهدد الطفل في نفسه وتربيته، وقسمها المشرع إلى هيئة وطنية هي المفوضية الوطنية لحماية الطفولة، ومصالح الوسط المفتوح على المستوى المحلي، وهو ما يتطلب بحث دور هيئات الحماية الاجتماعية المركزية والمحلية في المنظومة القانونية لحماية حقوق الطفل في الجزائر في ظل قانون 15-12، من خلال استقراء خلفية وأسباب استحداث مؤسسات الحماية الاجتماعية في الجزائر، ومن ثم بيان دور الهيئة الوطنية لحماية الطفولة، ودور مصالح الوسط المفتوح في حماية الطفولة.

المداخلة العاشرة: الأستاذ **فورار العيدي جمال**(أستاذ محاضر ب-جامعة بومرداس، القسم العام)، تحت عنوان: "**دور مراكز رعاية الأحداث في الجزائر بين النصوص القانونية والتطبيق العملي**"

اعتبر الباحث أن ظاهرة جنوح الأحداث تُعد سلوكا اجتماعيا خطيرا، منافيا لقيم المجتمع ومخالفا للقوانين الشرعية والوضعية، والجزائر كغيرها من الدول تشهد تزايد عدد الأحداث الجانحين من سنة لأخرى، لذا سعى المشرع الجزائري إلى معالجة هذه الظاهرة، من خلال اتخاذ عدة تدابير وآليات قانونية، أهمها: اعتماد مراكز لرعاية الأحداث خوّل لها مهام إصلاح الأحداث الجانحين وإعادة إدماجهم، والتي تتمحور حولها المداخلة، من حيث دراسة الدور الذي تلعبه مراكز رعاية الأحداث في مكافحة ظاهرة جنوح الأحداث في الجزائر، واستنتاج مدى اعتبارها كفيلة بإصلاح الحدث وإعادة تأهيله، بحيث يمكن بيان ذلك من خلال فهم الإطار القانوني لمراكز رعاية الأحداث في الجزائر، وكذا دور مراكز رعاية الأحداث في إصلاح الأحداث الجانحين، وصولا إلى استخراج التحديات التي تواجه المراكز هذه في خضم اضطلاعها بمهامها.

أتبعت هاتين الجلستين بمناقشة نشّطها إلى جانب الأساتذة، عدد هام من طلبة السنة الثالثة ليسانس، دامت أكثر من نصف ساعة، لم تكف للإجابة على كل الأسئلة التي وُجهت للأساتذة المتدخلين نظرا لحساسية الموضوع في الفترة الراهنة.

ثالثا- مداخلات المحور الثالث المعنون"القواعد الخاصة بالأطفال في نزاع مع القانون":

تواصلت فعاليات اليوم الدراسي بافتتاح الجلسة الثالثة، برئاسة الأستاذ بالحاج العربي، والتي ضمت سبعة مداخلات، انصبت على معالجة القواعد القانونية المتعلقة بالطفل الجاني التي استحدثها القانون 15-12.

المداخلة الحادية عشر: الأستاذ **سي يوسف قاسي**(أستاذ محاضر أ-جامعة البويرة)، تحت عنوان:"**أساس المسؤولية الجزائية في مواجهة جنوح الأحداث على ضوء قانون حماية الطفل 15-12 والقانون المقارن**".

جاء في مداخلة الأستاذ أن أساس المسؤولية الجزائية في جنوح الحدث، يختلف في نطاقه ومداه عما هو مقرر للجاني البالغ، إذ أن أغلب القوانين تراعي هذه الطائفة من المنحرفين إذا ما ارتكبوا جرائما في سن معينة، فتخفض من العقوبة أو تستبدل العقوبة التقليدية بتدبير تقويمي، وذلك بُغية محاصرة ظاهرة انحراف الأحداث، ومراعاة للسن القانونية لمتابعتهم، وللظروف النفسية والاجتماعية وغيرها التي أحاطت ارتكاب الجرائم المنسوبة إليهم، وإبعادهم عن التأثير السلبي لوسط الحبس والاعتقال.

رأى الباحث تقسيم دراسته إلى مبحثين انحصر الأول في إجلاء مفهوم الحدث الجانح، من خلال تحديد من هو الطفل، وما هي حدود مرحلة الطفولة، وما المقصود بالحدث الجانح. في حين خصص المبحث الثاني لدراسة تأثير السن القانونية للفاعل على المسؤولية الجنائية، بحيث استنتج بعد أن حدد تعريف المسؤولية، إلى أن الطفل الذي لم يكمل العشر سنوات تمتنع لديه المسؤولية الجزائية تماما، أما ما بين العشر سنوات إلى أقل من ثلاث عشرة سنة، فتعتبر مرحلة مانعة للمسؤولية، إلا أن يكون محل تدابير الحماية والتهذيب بهدف إصلاحه، أما مرحلة سن الحدث فتنحصر في المجال العمري من ثلاث عشرة سنة إلى ثماني عشرة سنة، فهي مرحلة المسؤولية الناقصة أو المخففة، أي أن الحدث يكون مسؤولا جنائيا مع مراعاة نقص إدراكه وتمييزه، بما يسمح للقاضي بإخضاعه لتدابير الحماية أو التربية أو العقوبة المخففة.

المداخلة الثانية عشر: الأستاذة **زوبة سميرة**(أستاذة محاضرة ب-جامعة بومرداس، القسم العام)، تحت عنوان: "**الوساطة كبديل لمتابعة الحدث الجاني**".

أصبح من الثابت علميا أن وسائل العنف والترهيب ليست ناجعة في معالجة انحراف الأحداث، بل إنها تزيد من حدتها لذلك نجد السياسة الجنائية توجهت لتجنب فرض الجزاءات التقليدية على غرار عدة دول، وهو ما جسده المشرع من خلال القانون 15-12، بتبنيه لنظام الوساطة كحل بديل لمتابعة الأحداث الجانحين .

انحصرت المداخلة حول دراسة كيفية تنظيم الوساطة في قانون حماية الطفل، من خلال التعرض أولا إلى تعريف نظام الوساطة الجنائية كوسيلة لفض النزاع، قائمة على التفاوض بين الجاني والمجني عليه على الآثار المترتبة على وقوع الجريمة، ومن ثم أهدافها وشروطها وآثارها.

المداخلة الثالثة عشر: الأستاذة **تبوب فاطمة الزهراء**(أستاذة محاضر ب–جامعة بومرداس، القسم العام)، تحت عنوان:"**حق الطفل في الهوية طبقا للقانون 15–12**".

أكدت الاتفاقيات الدولية الراعية لحقوق الطفل على ضرورة ضمان هوية للطفل بغض النظر عن طبيعة ولادته شرعية أو غير شرعية، حيث نصت المادة السابعة من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989على حق كل طفل في اكتساب هوية ويسجل بعد ولادته فورا ، ويكون له الحق منذ ولادته في الاسم والحق في اكتساب جنسية ، ويكون له قدر الإمكان الحق في معرفة والديه وتلقي رعايتهما. وبما أن الجزائر من بين الدول المصادقة على هذه الاتفاقية، فقد حرصت على تكريس حق كل طفل في اكتساب هوية من خلال سنها نصوص تشريعية جاءت متفرقة هنا وهناك فإذا كان الأطفال الشرعيون لا يجدون صعوبة في التمتع بكامل عناصر الهوية من (اسم ولقب وجنسية)، باعتبار أنها تنتقل إليهم آليا عن طريق الآباء والأجداد، فإن الإشكال يبرز بالنسبة للأطفال مجهولي النسب، الذين وجدوا أنفسهم دون اختيار منهم عديمي الانتماء، وغالبا ما يكون هؤلاء مولودين من أمهات عازبات أو في إطار علاقة زوجية ينفي الزوج نسب الولد إليه، وهذا ما يخلق وضعيات جد صعبة لهذه الشريحة.، لذا تعرض المشرع الجزائري لطرق منح اسم ولقبا للطفل الغير الشرعي، ونسب الطفل غير الشرعي وجنسيته، لحفظ حقوق الطفل أيا كانت وضعيته.

المداخلة الرابعة عشر: الأستاذة **بن عياد جليلة**(أستاذة محاضر ب–جامعة بومرداس، القسم العام)، تحت عنوان:"**الطفل والقانون**"

يتعرض الأطفال حول العالم إلى العديد من الأخطار تتنوع بحسب الجنس أو الدين أو الوضع الاجتماعي أو الاقتصادي لهم، ولكن غالبا ما يكون مستوى التعرض للمخاطر عاليا لدى الأطفال ذوي الإعاقة والأيتام، لذا من الواجب تفحص الآليات القانونية الدولية والوطنية لتأمين الحماية حقوق الطفل.

قسمت الباحثة مداخلتها إلى محوين، تناولت في المحور الأول حقوق الطفل في النظام القانوني والقضائي الجزائري، لاسيما حقوقه في الدستور الجزائري، قانون الإجراءات الجزائية، قانون العقوبات، قانون العمل وطبعا في إطار القانون 15–12.

في حين خصصت المحور الثاني لحماية الطفل في المواثيق الدولية على غرار: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948، والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، والعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1966، والاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة 1989.

المداخلة الخامسة عشر: الأستاذة **يونسي حفيظة**(أستاذة محاضرة ب–جامعة بومرداس، القسم العام)، تحت عنوان: "**آليات إصلاح الأحداث وإعادة إدماجهم في المجتمع الجزائري**".

تعد مشكلة انحراف الأحداث من أهم وأعقد المشكلات الاجتماعية المعاصرة، خاصة في المجتمعات النامية، ونظرا لاختلاف وجهات النظر القانونية يصعب تحديد مفهوم جنوح الأحداث والأطفال المعرضين للخطر، وهذا ما حاول المشرع الجزائري إيضاحه من خلال القانون رقم 12–15 المتعلق بحماية الطفل وكذا النصوص الواردة في قانون العقوبات الجزائية وقانون العقوبات، وكذا القانون رقم 04–05 المتعلق بتنظيم السجون وإعادة إدماج المسجونين. كل هذه النصوص جاءت بآليات متباينة ترمي لإصلاح الأحداث وإعادة إدماجهم في المتجمع.

استدعت هذه المداخلة التعرض في محور أول إلى مفهوم جنوح الأحداث وأسباب انحرافهم، أما المحور الثاني فخُصص لإعادة إدماج وتأهيل الأحداث في المؤسسات العقابية، وبيان دور مراكز المتخصصة لحماية الطفل، في حين يدرس المحور الثالث والأخير آليات إصلاح الأحداث من خلال واجب الوقاية من الجنوح.

المداخلة السادسة عشر: الأستاذ **رحايمية محب الدين**(قاضي التحقيق، محكمة)، بمداخلة تحت عنوان:"**الوسائل القانونية لتأهيل الطفل الجانح على ضوء القانون 15–12**".

اختتم المداخلات قاضي تحقيق استدعى اهتمامه موضوع اليوم الدراسي، إذ لاحظ بتفحصه لمواد القانون 15–12 اشتماله على نوعين من الحماية: حماية إجتماعية وإدارية للطفل في وضع طبيعي، وحماية إجتماعية وإدارية للطفل في خطر، ثم حماية قضائية للطفل الجانح وأخرى حماية قضائية للطفل في خطر أو ضحية الجريمة، وهو كقاضي ركّز في مداخلته على الحماية القضائية للطفل الجانح، وعلى تعزيز قانون حماية الطفل الضمانات القانونية والقضائية له، على مستوى مرحلة التحقيق الإبتدائي الذي تباشره الضبطية القضائية، خاصة: سماع الطفل برفقة وليه، تحديد سن دنيا المسؤولية الجزائية، ضوابط التوقيف للنظر ووجوب حضور محام. كنا وجب التعريج على ضمانات الطفل أثناء المتابعة الجزائية التي تباشرها نيابة الجمهورية لاسيما: مراقبة قانونية التوقيف النظر، مراقبة قانونية محضر التحريات شكلا ومضمونا، إمكانية عرض إجراء الوساطة، وجوب حضور محام أثناء تقديم الطفل أمام النيابة.ثم بحث القاضي، على مستوى المحور الثاني، أهم الضمانات والتدابير القضائية الممنوحة للطفل على مستوى الجهات القضائية الناظرة في قضايا الأحداث، والتي تنقسم إلى ضمانات التحقيق القضائي، من: وجوب حضور محام للطفل، التضييق من اللجوء للحبس المؤقت، التدابير القضائية الصادرة لإعادة تقويم الطفل. إلى جانب ضمانات المحاكمة الجزائية وهي: وجوب حضور محام لتمثيل

الطفل أمام جهات قضاء الأحداث، التضييق من العقوبات الصادرة بالحبس وتفعيل تدابير الحماية والتهذيب، لينتهي القاضي إلى إبراز أهم الصعوبات القانونية والعملية التي تعتري تطبيق هذا النص، وأهم المفارقات بين القانون وتطبيقه العملي في أروقة القضاء، أثارت العديد من الاستفهامات التي دعت الطلبة إلى توجيه كم هائل من الأسئلة له، كانت وقود المناقشة التي أعقبت الجلسة، والتي دارت فيها مناقشات محتدمة بين الأساتذة المتدخلين في حد ذاتهم، أثرت النقاش، كان الهدف منها هو غرس حب البحث العلمي لدى طالب الليسانس.

رابعا- <u>أهم توصيات المتدخلين</u>:

بعد انتهاء المناقشات تمت تلاوة التوصيات التي توصل إليها المتدخلون، والتي ارتكزت أساسا على:

- ضرورة ملاءمة القوانين المتصلة بالطفل والقواعد التي جاء بها القانون 15-12 لمنع التعارض بينهما.
- السعي لتوفير الإمكانيات المادية للمصالح القائمة على الحماية الاجتماعية للطفل في خطر معنوي، لضمان وفائها بالدور المنوط به لها، وتعزيز الحماية الوقائية للطفل عامة بهدف توقي انحرافه.
- تعزير دور الجزائر في الجهود الدولية الرامية لحماية الطفل، من خلال التصديق على الاتفاقيات التي لم تصادق عليها بعد.
- السعي إلى إلغاء تجميد عقوبة الإعدام فيما يخص الجرائم السادية المقترفة ضد الأطفال.
- التركيز على القضاء على مسببات التسرب المدرسي باعتبار السبب الرئيسي للجنوح.
- العمل على إعادة إدماج الحدث المتخذ ضده إجراء الوضع في المجتمع، من خلال التكوين في مراكز إعادة التربية ومرافقة بعد الخروج منها.
- العمل على توحيد سن المساءلة القانونية الجنائية بثمانية عشر سنة مهما كان الجرم ولو في القضايا الإرهابية.
- ضرورة إجراء دورات تدريبية دورية لكل الموظفين المعنيين بحماية الطفل وإصلاحه.
- ضرورة تسهيل إجراءات الكفالة نظرا لصعوبتها في الجزائر، فطفل سعيد في أسرة ولو كانت بديلة هو مشروع مواطن صالح.

- ضرورة التركيز على حماية الطفل الضحية، وليس على آليات متابعة الطفل الحدث باعتباره ضحية في كل الأحوال.

أعقب تلاوة التوصيات تسليم شهادات المشاركة للأساتذة المتدخلين، وصولا إلى كلمة رئيس اللجنة العلمية للقسم العام باختتام أشغال اليوم الدراسي.

تجدر الإشارة إلى أنه يتم جمع المداخلات وتنقيحها بغرض إيداعها لمكتبة الكلية، بهدف زيادة الفائدة وتمكين الطالب مستقبلا من الاطلاع عليها.

ريحاني يسمينة

دور المحافظ العقاري في تحقيق الملكية العقارية

ملخص:

يلعب المحافظ العقاري دورا مهما يمارسه باسم الدولة من أجل شهر أو رفض شهر عقود وتصرفات في إطار تكليفه بتسيير قطاع عام يتمثل في إتمام إجراءات الشهر العقاري.

والشهر العقاري هو مجموع إجراءات وقواعد قانونية وتقنية هدفها إعلام الجمهور بكل التصرفات القانونية المنصبة على العقارات سواء كانت منشئة، ناقلة، معدلة أو منهية لحق عيني عقاري أصلي أو تبعي بغض النظر عن نوع التصرف عقدا كان أو حكما قضائيا أو قرارا إداريا.

غير أن دور المحافظ العقاري قد توسع، فهو إضافة إلى ما سبق مكلف بمراقبة أهلية أطراف المعاملة ومدى شرعية العقود والتصرفات محل المعاملة وهذا تحت مسؤوليته المدنية، الإدارية والمالية.

Résumé :

Le conservateur foncier, joue un rôle important et il exerce le plus souvent ce rôle au nom de l'état pour publier ou refuser de publier des actes dans la mesure ou il est chargé de gérer un service public qui est l'accomplissement des formalités se rapportant à la publicité foncière.

La publicité foncière est l'ensemble des procédures et des règles juridiques et techniques visant à informer le public sur toutes les actions juridiques portant sur les immeubles que ça soit une création, un transfert, une modification ou une expiration d'un droit réel immobilier principal ou accessoire quel que soit le type de l'action, un contrat ou un jugement judiciaire ou une décision administrative.

Cependant, le rôle du conservateur foncier a été étendu puisqu'il est en outre chargé de vérifier la capacité des personnes parties à une transaction et la régularité des actes sous sa responsabilité civile,

دور المحافظ العقاري في تحقيق الملكية العقارية

* ريحاني يسمينة

أستاذة مساعدة – كلية الحقوق – جامعة بومرداس

مقدمة:

يشكل العقار الأرضية الأساسية لانطلاق المشروعات الصناعية والتجارية والسياحية المنتجة، وأداة لتحقيق الاستقرار والسلم الاجتماعي (1).

وقد عرف الإنسان فكرة الشهر العقاري منذ أقدم العصور (2)، إذ في كل عصر من العصور أو حقبة من الحقب، كان التصرف في الأرض خاضعا لإجراءات شهر معينة ترمي إلى تثبيت الملكية لأصحابها وحماية التعامل بها من كل غش أو خداع، غير أن هذه الإجراءات تبقى مختلفة تبعا للزمان والمكان الذي صدرت فيه (3).

وتعتبر أستراليا مهد نظام الشهر العقاري، الذي عرف بنظام تورنس نسبة إلى مبدعه السيد ريتشارد تورنس والذي لقي نجاحا باهرا في بلده، واستمدت منه أغلب الدول في عالمنا اليوم نظامها العقاري، وفي نفس الإطار فإن الجزائر بدورها استمدت من هذا النظام في معاملاتها العقارية إلى جانب النظام المستمد من الشريعة الإسلامية والمستند على الإشهاد والكتابة العرفية والحيازة (4)، حيث لم يرد في الشريعة الإسلامية ما يوجب شهر العقود أو التصرفات القانونية على النحو الذي يحصل في النظام الحديث للشهر العقاري والسبب في ذلك هو التشبع بالوازع الديني، فهذا الأخير يحث على الأمانة والابتعاد عن الغش.

البريد الإلكتروني: yasmina.rihani@gmail.com

لكن نجاح هذا النظام ليس هو الدافع الوحيد وراء أخذ الجزائر به، فقد ساهم المستعمر الفرنسي بدوره في إدخال نظام الشهر العقاري إلى الجزائر لحماية مصالحه، والحد من الفوضى التي كانت سائدة بالملكية العقارية، ولإقرار حقوق الأفراد في الميدان العقاري على أسس عصرية، وذلك في إطار وضع وسن سياسة عقارية واضحة المعالم من أجل استغلال أفضل للثروة العقارية.

لكن بدأت بوادر التغيير تظهر وتجسدت في السبعينات بصدور قانون التوثيق سنة 1970 (5) وقانون الثروة الزراعية سنة 1971 (6) والمرسوم المتعلق بإثبات الملكية الخاصة سنة 1973 (7) والقانون المدني سنة 1975 (8) وفي الأخير الأمر رقم 75–74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري (9)، وصدر بعدها المرسومين التنفيذيين لهذا الأمر وهما المرسوم رقم 76–62 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام (10) والمرسوم رقم 76–63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري (11). وفي إطار تعديلات سنة 1990 للتشريع الجزائري تطبيقا لدستور 1989، صدر القانون رقم 90–25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتعلق بالتوجيه العقاري (12).

ومن المعلوم أن مهمة الإشراف على تطبيق نظام الشهر العقاري قد أوكلت للمحافظة العقارية، التي اعتبرها البعض بيتا زجاجيا بامتياز بالنظر لمختلف العمليات الإشهارية التي تتولاها (13).

ويقف على رأس كل محافظة عقارية محافظ على الأملاك العقارية (14)، وهو سلطة تسهر على تطبيق القانون العقاري وتعمل على حماية وضمان حق الملكية الذي ضمنه الدستور للمواطن، ويتمتع بصلاحيات وأدوار واسعة تساهم في التنمية العقارية بشكل خاص والتنمية الاقتصادية بشكل عام، لدرجة يمكن أن نصفه معها بأنه رجل اقتصاد إلى جانب كونه رجل إدارة (15).

هذا فيما يتعلق بوظيفة المحافظ عموما، أما دوره في تحقيق الملكية فإنه من أخطر الأدوار، فإذا كانت مرحلة شهر العقار تشبّه بمرحلة ولادته فإن تحقيق الملكية هي مخاض تلك الولادة حيث يترتب عليها إما التحقق من الملكية أو الحق العيني المطلوب شهره وبالتالي يشهر لصالح من أثبته، أو أن يثبت خلال تلك المرحلة أن المدعي به لا حق له فيه وبالتالي لا يمكن شهره باسمه فكأنه ولد ميتا.

ونظرا للمكانة المتميزة التي يحتلها المحافظ العقاري باعتباره مؤسسة قانونية قائمة بذاتها (16)، وأنه يلعب دورا مهما في تحقيق التنمية التي تسعى الجزائر لتحقيقها منذ سنوات، فهو ليس مجرد موظف عادي مكلف بتلقي الوثائق وترتيبها، بل عليه أن يدقق هذه الوثائق ويتفحص شرعيتها شكلا ومضمونا تحت مسؤوليته. كان موضوع دور المحافظ العقاري في تحقيق الملكية العقارية جديرا بالبحث والدراسة، فهو يثير العديد من الإشكاليات القانونية والعملية وذلك في إطار التساؤل عن كيفية تدخله في تحقيق الملكية العقارية وما مدى مسؤوليته في ذلك؟

بهدف الإجابة على هذا التساؤل، يتطلب الأمر معرفة كيفية تدخل المحافظ العقاري في تحقيق الملكية العقارية عن طريق المراقبة الموكلة إليه (أولا) ثم مدى مسؤوليته في ذلك (ثانيا).

أولا: مراقبة المحافظ العقاري

إن الغاية من إنشاء الشهر العقاري هو تثبيت الملكية التي تتجلى في حرص المشرع على ضرورة شهر كل العقود التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تعديل أو انقضاء حق عيني من قبل أصحابها (17)، وفي المقابل حرصه على عدم شهر تلك العقود إذا كانت مثار شكوك. وفي هذا الإطار، خول للمحافظ سلطات واسعة –في حدود ما يسمح به القانون طبعا– تتجلى أهمها في المراقبة أو ما يسمى بمبدأ المشروعية (18).

فهذه المراقبة، تجد مبرراتها والغاية من تقريرها في وجود مبدأ القوة الثبوتية للشهر العقاري (19)، فلا يمكن الفصل بين مبدأي القوة الثبوتية والمشروعية لأن هناك تلازم بينهما، فالبيانات المضمنة بالشهر العقاري لا تحظى بالقوة المطلقة إلا بسبب وجود مراقبة تضمن صحتها (20).

وتكمن أوجه هذه المراقبة التي تجرى من قبل المحافظ العقاري فيما يخص الشهر، في كونه يسهر على مراقبة هوية الأطراف وأهليتهم، ثم مراقبة صحة المستندات من حيث الشكل والمضمون (21).

01– مراقبة هوية الأطراف وأهليتهم

قبل إجراء الشهر، يتعين على المحافظ العقاري أن يتأكد من هوية الأطراف من جهة ومن أهليتهم من جهة أخرى.

أ– مراقبة هوية الأطراف

يتعين على المحافظ العقاري التأكد من هوية الأطراف (22)، حيث يجب أن يشتمل كل عقد أو قرار قضائي يكون موضوع شهر في محافظة عقارية، على ألقاب وأسماء وتاريخ ومكان ولادة وجنسية وموطن ومهنة الأطراف.

ويجب أن يصادق على ألقاب وأسماء وتاريخ ومكان ولادة وجنسية الأطراف، موثق أو كاتب ضبط أو سلطة إدارية، في أسفل كل جدول أو مستخرج أو صورة أصلية أو نسخة مودعة من أجل تنفيذ الإجراء(23).

أما بالنسبة للأشخاص المعنوية، فإنه يجب أن يشتمل كل عقد أو قرار قضائي موضوع شهر في محافظة عقارية على هوية الشركات والجمعيات والنقابات والأشخاص الاعتبارية الأخرى مع تسميتها ويشار فضلا عن ذلك بالنسبة للشركات شكلها القانوني ومقرها، وبالنسبة للشركات التجارية رقم تسجيلها في السجل التجاري، وبالنسبة للجمعيات مقرها وتاريخ ومكان تصريحها، وبالنسبة للنقابات مقرها وتاريخ ومكان إيداع قوانينها الأساسية.

إن هوية الشركات والجمعيات والنقابات والأشخاص الاعتبارية الأخرى، يتم التصديق عليها ضمن نفس الشروط المنصوص عليها بالنسبة للأشخاص الاعتبارية (24).

وتلزم المادة 64 من المرسوم رقم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، أن يحمل كل جدول أو مستخرج أو صورة أصلية أو نسخة مودعة في محافظة عقارية قصد تنفيذ إجراء الشهر العقاري، أن يحمل تأشيرة موقعة من قبل محرر العقد أو من قبل سلطة إدارية تشهد بهوية الأطراف. ويجب أن تكون هذه التأشيرة مطابقة للنموذج المحدد بموجب قرار من وزير المالية (25).

ب- مراقبة أهلية الأطراف

لا خلاف بين الفقهاء، في أنه يشترط لتحقيق صيغة العقد، أن يكون المباشر لها متمتعا بصلاحيات إصدارها، وإلا كانت لغوا لا يترتب عليها أثر (26).

وبرجوعنا إلى المادة 65 من المرسوم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، نجدها تنص على ضرورة مراقبة المحافظ العقاري للأهلية المدنية للأطراف، حيث تنص على ما يلي:

"إن العقود والقرارات والجداول، فيما يخص الأشخاص الطبيعيين، يجب أن تتضمن الإشارة إلى جميع العناصر التي تسمح بتحديد الشرط الشخصي للأطراف.

ويقصد بالشرط الشخصي حسب مفهوم هذا المرسوم بالأهلية المدنية للأطراف.

ويصدق على صحة البيانات المتعلقة بالشرط الشخصي في أسفل الصورة الأصلية والنسخ والجداول ضمن نفس الشروط بالنسبة لهوية الأطراف."

ونجد أن المشرع قد اكتفى بالتأكيد على ضرورة مراقبة الأهلية من طرف المحافظ العقاري لكن دون إعطاء أية إشارة لوسائل هذه المراقبة، وربما يكون قصد المشرع من هذا الإحجام هو إعطاء المحافظ صلاحيات أوسع في مجال تحديد الوثائق الضرورية الكاشفة عن الأهلية.

فمن المعلوم، أن المشرع يمنع على القاصر غير المميز والمجنون والمعتوه إبرام التصرفات القانونية وهو ما تقضي به المادة 42 من القانون المدني ومنحهم حماية قانونية تتمثل في جعل التصرفات التي أبرموها باطلة بطلانا مطلقا لمصلحتهم، وجعل المشرع تصرفات القاصر المميز والسفيه وذي الغفلة قابلة للإبطال وهو ما تقضي به المادة 43 من نفس القانون. وأمام خطر إهدار هذه التصرفات وضياع الحق على الغير رأى المشرع إلزام المتصرف في الحق العقاري، وجوب قيد هويته وأهليته (27).

أما بخصوص شهر حقوق هؤلاء، فيقع بطلب من نوابهم الشرعيين أولياء كانوا أو أوصياء عليهم وإلا فبطلب من القاضي (28).

كما يجب على المحافظ تدقيق التحقق فيما إذا كانت البيانات المتعلقة بالحالة المدنية للشخص المتصرف في الحق العقاري لا تشتمل على شرط المنع من التصرف (29)، وهو قيد اتفاقي، يرد على حق التصرف يشترطه المتصرف على المتصرف إليه إذا وجد فيه طيشا أو سفها وخشي عليه ضياع المال، فيضع هذا الشرط لكي يطمئن على مستقبل المتصرف إليه حتى يصل إلى مرحلة حسن التقدير (30).

02- مراقبة صحة المستندات من حيث الشكل والمضمون

بعد تحقق المحافظ من هوية الأطراف ومراقبة أهليتهم، تأتي المرحلة الأخيرة والتي على أساسها تتولد قناعة المحافظ فيما يخص مسألة قبول الشهر أو رفضه، وهي التحقق من صحة

المستندات من حيث الشكل الذي وردت فيه، وكذا من حيث المضمون أي البيانات التي يتضمنها المستند.

أ- مراقبة صحة المستندات من حيث الشكل

لقد نص المشرع الجزائري على قاعدتين أساسيتين فيما يخص السندات المقدمة لدى المحافظ العقاري من أجل شهرها، ويكون ذلك تحت طائلة البطلان. الأولى هي قاعدة الرسمية والثانية هي قاعدة الأثر النسبي.

01/ قاعدة الرسمية

القاعدة العامة في التعاقد طبقا للمادة 59 من القانون المدني هي الرضائية، ذلك أن تطابق الإرادتين كاف لإنشاء العقد ما لم يقض بغير ذلك نص خاص.

مقابل ذلك أقر المشرع الجزائري مبدأ شكلية العقود في بعض التصرفات، مثالها المعاملات الواردة على العقارات، حيث تفرغ هذه المعاملات في شكل رسمي (31).

وعليه، كل عقد من شأنه نقل أو تعديل أو إنشاء أو زوال حق من الحقوق العينية العقارية وعلى كل ما يرد على الملكية العقارية من تصرفات، يجب أن يثبت في محرر ينجزه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، وهذا قبل شهره في المحافظة العقارية (32).

إن إخضاع المحررات التابعة للشهر العقاري إلى قاعدة الرسمية يلعب دورا هاما (33)، ذلك باعتبار أن هذه القاعدة وسيلة لترقية المعاملات القانونية وضمانة قوية لاستقرارها من جهة، ومن جهة أخرى، فهي تعد حماية لأطراف العقد والغير لا سيما مع علمهم بمدى خطورة التصرف المقدمين عليه.

كما أن الرسمية تمكّن الدولة من بسط مراقبتها على السوق العقاري قصد التقليل من المضاربة وتمكين الخزينة العمومية من تحصيل مداخيل مالية كبيرة.

02/ قاعدة الأثر النسبي

حماية لضمان الملكية للمالك الجديد، حرص المشرع في عملية الشهر العقاري على ضرورة توافر قاعدة الشهر المسبق لضمان فكرة الائتمان العقاري.

حيث يظهر جليا من نص المادة 88 من المرسوم رقم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري (34)، أنه لا يمكن بأي شكل من الأشكال القيام بإجراء إشهار محرر يتضمن تصرف وارد على عقار ما لم يكن هناك شهر مسبق للمحرر الذي كان سببا في اكتساب العقار المتصرف فيه (35)، من هنا تظهر جليا فكرة تسلسل الملكية العقارية، بحيث تنتقل الملكية من المتصرف إلى المتصرف إليه بطريقة قانونية عن طريق معرفة جميع الملاك السابقين الذين تداولوا على ملكية هذا العقار.

ولمراقبة حسن تطبيق هذه القاعدة، منح المشرع للمحافظ العقاري سلطة كاملة لمراقبة كل وثيقة تكون محل إيداع على مستوى مصلحته قصد التأكد من بياناتها ومن احتوائها على إجراء الشهر المسبق (36).

إن قاعدة الشهر المسبق تطبق في الحالات العادية، التي يمكن من خلالها للمحافظ العقاري مقارنة الوثائق محل إجراء الشهر مع المحررات التي سبق شهرها، والمحتفظ بنسخ منها لدى المحافظة العقارية، غير أنه في بعض الأحيان يتلقى المحافظ العقاري حالات قانونية يستعصى عليه فيها مراقبة قاعدة الشهر المسبق.

وقصد إيجاد حل لهذه الحالات، أورد المشرع جملة من الاستثناءات على هذه القاعدة منها ما ورد النص عليها في المرسوم رقم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري (37)، ومنها ما ورد النص عليها في نصوص تشريعية أخرى.

تتمثل هذه الاستثناءات فيما يلي:

- الإجراء الأول الخاص بشهر الحقوق العقارية.
- شهر العقود المحررة قبل تاريخ 01 جانفي 1971.
- شهر شهادة اكتساب الملكية بالتقادم المكسب والمتمثلة في عقد الشهرة، وفقا للمرسوم رقم 83-352 المؤرخ في 21 ماي 1983 المتضمن تحديد إجراءات إثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية (38).
- شهر عقود الملكية للأراضي المتنازل عنها في إطار عملية استصلاح الأراضي، طبقا لما ورد في نص المادة 01 من القانون رقم 83-18 المؤرخ في 13 أوت 1983 المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية (39).

- شهر شهادة الحيازة، وفقا للمادة 39 وما بعدها من القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري سالف الذكر.

ب- مراقبة صحة المستندات من حيث المضمون

التحقق من المستندات يكون بمراقبتها من حيث المضمون ويصعب من الناحية العملية تحديد نطاق المراقبة في هذا المجال، ويتضح دور المحافظ خلال هذه المرحلة في مراقبته لمدى مشروعية أي تصرف يطلب منه شهره من ذوي العلاقة (40)، كما يجب عليه تحديد العقار بدقة للتأكد من هويته ومعرفة قابليته للتصرف، كما يتأكد المحافظ من وجود موانع قانونية تحول دون ذلك، وأن الوثائق المدلى بها مع مطلب الشهر تجيز ذلك بأن تكون تامة الأركان والشروط.

فمن المعلوم أن لمالك العقار أن يتمتع بملكه لكن في حدود القانون، ومعنى ذلك أن يراعي المالك في استعمال حقه ما تقضي به القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة أو بالمصلحة الخاصة(41).

أما فيما يخص تحديد العقار بدقة، نجد المادة 66 من المرسوم رقم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري تنص على ما يلي:

"كل عقد أو قرار قضائي موضوع إشهار في محافظة عقارية، يجب أن يبين فيه بالنسبة لكل عقار يعينه النوع والبلدية التي يقع فيها وتعيين القسم ورقم المخطط والمكان المذكور وما يحتوي عليه من مسح أراضي...

إن تعيين الجزء يتم طبقا لجدول وصفي للجزء أو عند الاقتضاء، طبقا لجدول معدل معد ضمن الشروط المحددة إما بموجب المادة 67 وإما بموجب المادة 68 وتم إشهاره مسبقا، وهذا التعيين يجب أن يشير إلى رقم قطعة الأرض التي يوجد بها الجزء والحصة في ملكية الأرض الخاصة بهذه النقطة وذلك مع مراعاة الاستثناءات المنصوص عليها في المادتين المذكورتين والمادة 70، لا تطبق أحكام هذه الفقرة عندما يكون العقد أو القرار القضائي يتعلق إما بارتفاق وإما بحق استعمال أو بسكن وإما بإيجار، ولا تطبق أيضا عندما ينتج عن العقد أو القرار إلغاء تقسيم العقار.

ويجب أن تكتب نفس البيانات في كل جدول أو صورة أصلية أو نسخة مودعة قصد تنفيذ إجراء."

وعند التأكد من كل هذا لا يسع المحافظ إلا أن يباشر الشهر العقاري، وبمقتضى هذا الشهر يصبح الحق موجودا وثابتا وهذا هو ما يسمى بالأثر المنشئ للشهر (42).

وهذا لا يمنع كل من له المصلحة في أن ينازع في وجود أو صحة حق على الرغم من شهره، وذلك بتقديم طلب للمحافظ من أجل إلغاء الشهر للأسباب الموضحة في المرسوم رقم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري (المادة 101 وما يليها).

ثانيا: تنوع مسؤولية المحافظ العقاري

كما رأينا فيما سبق أن المحافظ القاري يقوم بمجموعة من الأدوار والمهام الخطيرة في مجال الشهر العقاري، فهو نقطة البداية والنهاية في هذا النظام، وهو في ذلك يتخذ جملة من القرارات ينبغي أن تراعى فيها ضوابط المشروعية والملائمة، وكل خرج عن ذلك سيعرض قراراته للطعن أمام الجهات المختصة(43)، أو للمسائلة حيث تثار مسؤوليته المدنية، وأحيانا أخرى تثار مسؤوليته الإدارية والمالية.

01- المسؤولية المدنية للمحافظ العقاري

يعتبر المحافظ العقاري المحور الأساسي في نظام الشهر العقاري، ومن الطبيعي أن تقوم مسؤوليته في حالة ارتكابه لخطأ أثناء ممارسته لمهامه، وهذه المسؤولية تكون مدنية، تقرر على كل محافظ عقاري في إطار شؤون المحافظة العقارية ضمن إختصاصها الإقليمي.

وإذا كانت التشريعات المعاصرة وكذا رجال الفقه القانوني قد أجمعوا على ضرورة قيام مسؤولية أي مهني يزاول مهنة محددة كالمهندس والمحامي والطبيب والخبير القضائي والموثق وحتى المحافظ العقاري. وهي مسؤولية كاملة عن الأخطاء التي تصدر منه أثناء مزاولة مهنته، وإن إختلفت التخصصات وطبيعة المهنة والعمل المادي والفكري المكون لأي منها، إلا أنهم قد إختلفوا فيما بينهم حول طبيعة هذه المسؤولية وهل هي عقدية أم تقصيرية.

أ- مسؤولية المحافظ مسؤولية عقدية

ذهب بعض رجال الفقه نحو الميل إلى إعتبار المسؤولية المدنية للمهنيين بصفة عامة من طبيعة عقدية(44). وذلك إعتمادا على أن مصدرها يجد أساسه في عقد بين المحافظ العقاري والمتعامل مع المحافظة العقارية.

ويدعم أصحاب هذا الرأي إتجاههم بالحجج الآتية:

- أن المحافظين العقاريين وغيرهم من المهنيين كالأطباء والمحامين والموثقين يرتبطون عادة بعقود مع المتعاملين معهم محلها تقديم خدماتهم ويثير إخلالهم بواجباتهم المهنية مسؤوليتهم العقدية(45)، فالعقد يفرض إلتزامات متبادلة بين الطرفين حيث يلتزم المحافظ بالقيام بالشهر إذا توفرت الشروط والوثائق اللازمة مقابل إلتزام المتعامل مع المحافظة العقارية بإحترام الإجراءات المقررة للإجراء المطلوب.
- أن المحافظ العقاري كغيره من المهنيين قد تعاقد مع الأطراف الطالبة للخدمة بمجرد قبوله للمهمة، حيث أن المسلم به أن ثمة عقد ينشأ من لحظة قبوله للمهمة.
- أن المهني سواء أكان محضرا قضائيا أو خبيرا قضائيا أو محاميا وبصفة أشمل معاوني القضاء ومن بينهم المحافظ العقاري، لا يعدوا إلا أن يكونوا وكلاء مشتركون للمتعاملين معهم عند أدائهم لمهامهم (46).

إلا أن الأخذ بالمسؤولية العقدية للمحافظ العقاري يفترض بداية الحرية التعاقدية من حيث إنشاء العقد وتضمينه الشروط المتفق عليها بين الطرفين، فكيف يمكن القول بتوافق إرادتين والحال أن المحافظ لا يملك إلا تنفيذ إلتزاماته المهنية دون الحق في رفض إجراء الشهر إذا توفرت شروطه القانونية، فليس له حرية التصرف ولا حرية إختيار الطرف المتعاقد معه، بل هو مؤطر حتى على المستوى الجغرافي بنطاق نفوذه الترابي. أكيد إذن الحرية التعاقدية غائبة.

ب- مسؤولية المحافظ مسؤولية تقصيرية

تترتب المسؤولية التقصيرية على الإخلال بإلتزام قانوني (47)، يتمثل في الإلتزام ببذل عناية. ولقيام هذه المسؤولية لا بد من توفر الشروط القانونية المتطلبة في إطار القواعد العامة للقانون المدني من خطأ وضرر وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر (48).

01/ صور الخطأ

يكون المحافظ العقاري مخطئا خطأ شخصيا إذا صدر عنه سلوك منحرف عن السلوك الصحيح العادي والمألوف (49)، ويهدف من ورائه إلى خدمة أغراضه الشخصية.

لم يتطرق المشرع إلى أنواع الخطأ الموجب للمسؤولية في قانون الشهر العقاري، أما بالرجوع إلى الفقه فنجد ثلاثة صور للخطأ وهي: خطأ عمدي، خطأ نتيجة إهمال وخطأ جزائي.

الخطأ العمدي: وهو سلوك يتضمن الإخلال بإلتزام قانوني منبعه إرادة المحافظ العقاري مصحوبا بنية الإضرار ويعتبر هذا الخطأ جسيم ويستوجب معه المتابعة التأديبية والتقصيرية ويعاقب عليه القانون، ذلك أن هذا النوع من الأخطاء من الأخطار المضرة بالمرفق العام التي تصدر عن الموظف، وذلك لقيام الصلة بين السلوك العادي والنشاط المهني للمحافظ (50).

ومثال ذلك: أن يقوم المحافظ العقاري بإجراء عملية الشهر العقاري لسند يحمل تصرفا مخالفا للنظام العام والآداب العامة.

خطأ الإهمال: الخطأ بالإهمال إخلال بإلتزام قانوني يدرك فيه المحافظ إدراكا تاما بهذا الإخلال المخالف للقانون، وتقوم مسؤولية المحافظ العقاري في هذه الحالة بمجرد ثبوت إنحرافه عن مسلك الموظف العادي وعدم الإلتزام ببذل عناية في أداء الوظيفة (51).

ومثال ذلك: أن يشهر المحافظ العقاري سندا ما رغم تغيير حدود الملكية وذلك دون مراعاة وثائق القياس المثبتة لهذا التغيير المادي الحاصل بشأن الحدود.

الخطأ الجزائي: هو سلوك يرتكبه المحافظ العقاري، يقوم على مخالفة إلتزام قانوني أورده المشرع ضمن قانون العقوبات. ولهذا الخطأ أثر بالغ على المسؤولية المدنية، لأن قيام المسؤولية الجزائية يتبعه قيام المسؤولية المدنية. فالمشرع الجنائي قد يقنن بعض الأخطاء التأديبية التي يرتكبها الموظفون، ويتبرها جرائم جنائية (52).

ومثال ذلك: قيام المحافظ العقاري بإستبدال بيانات البطاقة العقارية بعد المسح دون أن ترتكز على عمليات المسح العام للأراضي، فهذا السلوك يعتبر جريمة تزوير في محررات رسمية.

02/ الضرر

الضرر الناجم عن المحافظ العقاري هو ضرر ما يتمثل في الأذى والخسارة، بشكل يؤثر على الذمة المالية للشخص وينشئ له الحق في المطالبة بالتعويض عنه، ويقع إثبات الضرر على الشخص الذي يدّعي وقوعه، لأن القاعدة في الإثبات المدني أن البيّنة على من إدّعى، أي على من يدّعي ضررا إرتكبه المحافظ العقاري والمطالبة بالتعويض أن يقيم الدليل على الضرر اللاحق به، أما المدّعى عليه فله أن ينفي وقوع الضرر، غير أنه في حالة ثبوته يقع عليه أن يثبت بأنه راعى جانب الحيطة والحذر وأنه بذل قصارى جهده في أداء وظيفته (53).

03/ وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر

لا يكفي أن يكون خطأ وضرر، بل يجب أيضا أن يكون الخطأ هو السبب في الضرر، أي أن تكون هناك علاقة سببية ما بين الخطأ والضرر وهو ما نصت عليه المادة 124 من القانون المدني. فإذا رجع الضرر إلى سبب أجنبي إنعدمت السببية (54).

02- المسؤولية الإدارية والمالية للمحافظ العقاري

إن الرأي الذي سبق عرضه ينصب على البحث في طبيعة مسؤولية المحافظ العقاري في دائرة القانون الخاص، أي في دائرة المسؤولية المدنية، وسنبين في هذا المطلب الرأي الذي يكيف مسؤولية المحافظ في نطاق القانون العام على أساس أنه يقدم خدمة عامة هي الإسهام في حسن سير مرفق الشهر العقاري كأحد مرافق الدولة ومؤسساتها، وهذا من خلال مسؤوليته الإدارية ومسؤوليته المالية.

أ- المسؤولية الإدارية للمحافظ العقاري

تثار المسؤولية الإدارية للمحافظ العقاري بإعتبار صفته موظفا عموميا، فقد يأتي هو أو أحد أعوانه خطأ مرفقيا يؤسس لمساءلة الإدارة (55).

فالإدارة مسؤولة مبدئيا عن الأخطاء التي يرتكبها المحافظ، فلو أن شخصا تضرر من عملية الشهر وثبت أن الضرر الذي أصاب هذا الشخص كان نتيجة السير المعيب لمرفق المحافظة أو نتيجة أخطاء إرتكبها موظفيها، والتي تندرج ضمن الأخطاء المرفقية، أمكن للمتضرر في هذه الحالة مساءلة الدولة عن الضرر الذي لحق به. وأساس مسؤولية الدولة عن أخطاء المحافظ العقاري نجده في المادة 23 من الأمر رقم 75-74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري (56).

وهذا يعني أن الخطأ المرفقي للمحافظ العقاري هو أساس إلتزام الدولة بالتعويض، ودعوى المسؤولية لا ترفع ضد المحافظ العقاري مباشرة بصفته القائم بالشهر العقاري، وإنما ترفع الدعوى مباشرة ضد الدولة ممثلة في شخص وزير المالية للمطالبة بالتعويض (57). غير أنه إذا ثبت خطأ المحافظ العقاري الجسيم فللدولة الحق في الرجوع عليه بما دفعته من تعويض (58).

والمشرع لم يحدد الأخطاء المرفقية التي تستوجب مسؤولية المحافظ العقاري، إنما إكتفى فقط بذكر الإلتزامات التي يخضع لها. وبإعتبار أن المحافظ العقاري يدخل في مفهوم الموظف العمومي بإعتباره أحد موظفي الدولة ويعمل تحت وصاية وزارة المالية فإنه يطبق عليه الأمر رقم 66-133 المؤرخ في 02 جوان 1966 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية (59) والأمر رقم 06-03 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية (60) والمرسوم رقم 85-59 المؤرخ في 23 مارس 1985 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والإدارات العمومية (61).

ومسؤولية الدولة المبنية على الخطأ المنسوب إلى أحد مرافقيها، تجد مرجعيتها عند كثير من فقهاء القانون العام في سوء إختيار ومراقبة مستخدميها وموظفيها، ذلك أن الأصل في المساءلة هو مراعاة معايير معينة وثابتة ومدروسة في العملية الإدارية برمّتها إختيارا وتعيينا ومراقبة، فإذا لم تنتق موظفيها ومستخدميها بعناية ولم تراقبهم أثناء تأدية عملهم، فعليها منطقيا أن تتحمل وزر سوء الإختيار وعدم المراقبة الإدارية (62).

ب- المسؤولية المالية للمحافظ العقاري

يتحمل المحافظ العقاري بالإضافة إلى كل ما سبق مسؤولية مالية بإعتباره محاسبا عموميا، فهو مسؤول عن الأموال الموجودة تحت عهدته وكذلك عن صحة وضعية حساباته، إبتداء من تاريخ إستلامه لمهامه وإلى حدود إنقطاعه عنها.

ويخضع المحافظ العقاري بإعتباره محاسبا عموميا، لمراقبة بعض الأجهزة المالية التي يخول لها القانون حق مراقبة الحسابات المالية للمحافظ وكذا السندات المثبتة لها، ويتعلق الأمر بالمفتشية العامة للمالية التي تتولى مهمة مراقبة حسابات المحافظ في عين المكان، بشكل مباغت وبدون سابق إنذار (63). وكذا بالمجلس الوطني للمحاسبة التي يعتبر هيئة إدارية وقضائية (64).

ولفهم المسؤولية المالية كان لزاما التعرض لمدلول المخالفة المالية ثم التعرض إلى الضوابط المميزة للمخالفة المالية.

01/ مدلول المخالفة المالية

تعرض الفقه الإداري لتحديد مدلول المخالفة المالية، فعرفها الأستاذ سليمان الطماوي بأنها: "كل

مخالفة يترتب عليها ضياع حق مالي للدولة أو لأحد أشخاص القانون العام أو من شأنها أن تؤدي إلى ذلك."(65)

وقد عرفها الأستاذ عبد الوهاب البنداري بأنها: "إخلال العامل بقاعدة مالية مقررة"، وقال شرحا لذلك وتوضيحا أن القواعد المالية قد تكون في الدستور أو في القوانين أو اللوائح، كما قد تكون مجرد تعليمات عامة تصدرها الجهات الإدارية المختصة متسمة بطابع العمومية والتجريد بحيث تصبح بمثابة اللائحة أو القاعدة القانونية في صدد ما صدرت بشأنه (66).

أما الأستاذ صلاح العطيفي، فقد وضع تعريفا للمخالفة المالية جاء فيه أن: "المخالفة المالية تصرف يعتبر كذلك بنص، أو مخالف للقواعد والتعليمات المالية بما يؤدي إلى المساس بالمال العام أو أن يكون من شأنه أن يؤدي إلى ذلك." (67)

02/ الضوابط المميزة للمخالفة المالية

خلافا لمسلك المشرع الفرنسي (68)، لم يحدد المشرع سواء في مصر أو في الجزائر المخالفات المالية على سبيل الحصر، وإنما أورد في صيغة عامة ما يعتبر من المخالفات المالية مما يمكن أن ينسحب إلى العديد من الصور الأخرى التي تدخل في نطاق تلك الصيغة العامة وإعتبارها تتدرج في مفهوم المخالفة المالية، الأمر الذي بات معه من الضروري وضع معيار أو ضابط يمكن أن يهتدي به في تمييز هذه المخالفات عن المخالفات الإدارية.

وبناء على ذلك، فقد إقترح الأستاذ خليفة سالم الجهمي ثلاثة ضوابط لتمييز المخالفات المالية، فإذا إتسمت المخالفة بضابط من هذه الضوابط الثلاثة إعتبرت المخالفة مالية، وهذه الضوابط هي: (69)

- الضابط المادي أو الموضوعي:

فموضوع المخالفة حسب هذا الضابط هو الذي يعرب عن طبيعتها، ويتم ذلك بتحديد طابع القاعدة القانونية موضوع المخالفة، فإذا كانت هذه القاعدة ذات طابع مالي كالإخلال بأحكام لائحة الميزانية والحسابات مثلا فإن ذلك يكشف بجلاء عن الطبيعة المالية للمخالفة، في حين أنه إذا كانت تلك القاعدة القانونية المخالفة ذات طابع إداري كغياب الموظف عن العمل بغير عذر شرعي، فإن ذلك يدل بذاته على الطبيعة الإدارية للمخالفة.

- الضابط الشكلي أو العضوي:

يعتمد هذا الضابط في وصف المخالفة بأنها مالية إستنادا إلى صلة المخالفة المرتكبة بالرقابة المالية التي تباشرها أجهزة الرقابة، وتعتبر المخالفة المقترفة ذات صلة بالرقابة المالية إذا إنطوت على أي تصرف أو موقف يكون من شأنه إعاقة أجهزة الرقابة عن مباشرة إختصاصاتها في تحقيق الرقابة المالية، مثلا عدم موافاة أجهزة الرقابة بصور العقود أو الإتفاقات أو أي مستندات يقتضي نص قانوني موافاة الأجهزة بها أو التي تكون هذه الأخيرة قد طلبت تزويدها بها.

- ضابط نتيجة التصرف:

يستند هذا الضابط في تحديد نوع المخالفة المرتكبة وما إذا كانت مالية أو إدارية على النتيجة التي ترتبت على التصرف الخاطئ، بحيث إذا ترتب على وقوع المخالفة صرف مبالغ من الأموال العامة بغير وجه حق أو ضياع حق من الحقوق المالية للدولة، فإن المخالفة تعتبر في هذه الحالة مخالفة مالية، وذلك دون النظر أساسا إلى أصل المخالفة أو طبيعتها. فقد تكون المخالفة إدارية بحسب الأصل، ولكن بحكم النتيجة التي ترتبت عليها إعتبرت من قبيل المخالفات المالية.

خاتمة:

وختاما، نخلص إلى أن المحافظ العقاري يلعب دورا فعالا في تحقيق الملكية العقارية والتي تعد مهمة صعبة محفوفة بالمخاطر.

لذلك يقع على المحافظ العقاري إلتزام بفحص الوثائق المقدمة أمامه لإجراء عملية الشهر العقاري شكلا ومضمونا، من جهة، ومن جهة أخرى التأكد من هوية وأهلية الأطراف المتعاملين مع المحافظة العقارية تحت مسؤوليته.

ولما كانت القواعد القانونية المحددة للإلتزامات المهنية تؤثر في طبيعة المسؤولية ومداها، فإن مسؤولية المحافظ العقاري بالتأكيد تختلف عن مسؤولية الشخص العادي، ذلك لأن القانون إذا كان يتسامح مع الرجل العادي ويغفر له إهمال بعض الإحتياطات فإنه يتشدد مع المحافظ العقاري إذا لم يراع إلتزاماته ويعد مهملا أو مقصّرا لها، لأن ما ينتظر رجل المهنة من حرص وعناية أكثر مما ينتظر الرجل العادي. ومن أجل ذلك، نرى ضرورة العمل على ترقية وظيفة المحافظ العقاري وذلك بوضع قانون أساسي خاص به.

الهوامش:

(1) عرّف العقار، بأنه " كل ما له أصل ثابت لا يمكن نقله وتحويله."

أنظر في ذلك: **محمد كامل مرسى باشا**، شرح القانون المدني– الحقوق العينية الأصلية (مصر: منشأة المعارف، 2005)، ص 38.

(2) La publicité foncière permet aux tiers d'être informés sur la situation de l'immeuble, et notamment sur les suretés réelles immobilières qui peuvent le grever. V. **Christophe Albiges et Christine Hugon,** Immeuble et droit privé – Approches transversales (France : Edition Lamy, 2012), p 128.

(3) راجع في ذلك: **حسين عبد اللطيف حمدان**، أحكام الشهر العقاري (لبنان: الدار الجامعية، دون سنة نشر)، ص 12،13.

(4) راجع في ذلك: **زروقي ليلى**، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري (محاضرات ألقيت على طلبة المعهد الوطني للقضاء، 2000–2001)، ص 01.

(5) الأمر رقم 70–91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن تنظيم التوثيق. الجريدة الرسمية، عدد 107، صادر بتاريخ 25 ديسمبر 1970.

(6) الأمر رقم 71–73 المؤرخ في 8 نوفمبر 1971 المتضمن الثورة الزراعية. الجريدة الرسمية، عدد 97، صادر بتاريخ 30 نوفمبر 1971.

(7) المرسوم رقم 73–32 المؤرخ في 5 جانفي 1973 المتعلق بإثبات حق الملكية الخاصة. الجريدة الرسمية، عدد 15، صادر بتاريخ 20 فيفري 1973.

(8) الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم. الجريدة الرسمية، عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

(9) الجريدة الرسمية، عدد 92، صادر بتاريخ 18 نوفمبر 1975.

(10) الجريدة الرسمية، عدد 30، صادر بتاريخ 13 أفريل 1976.

(11) الجريدة الرسمية، عدد 30، صادر بتاريخ 31 أفريل 1976.

(12) الجريدة الرسمية، عدد 49، صادر بتاريخ 18 نوفمبر 1990.

(13) **Ahmed El Batouli,** Le rôle des conservateurs dans l'immatriculation foncière, (Diplôme d'études spécialisées de droit -DES), Université de Rabat – Marroc, 1988-1989, p 29.

(14) تنص المادة 20 من الأمر رقم 75–74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري على ما يلي:

"تحدث محافظات عقارية يسيرها محافظون عقاريون مكلفون بمسك السجل العقاري وإتمام الإجراءات المتعلقة بالإشهار العقاري وذلك من أجل الشروع في نظام الإشهار الجديد المؤسس بموجب هذا الأمر."

(15) راجع في ذلك: **سعاد عاشور**، المحافظ العقاري بين الإختصاص والمسؤولية (أطروحة دكتوراه في القانون الخاص)، جامعة مراكش- المغرب، 2000-2001، ص 05.

(16) وفقا للمرسوم التنفيذي رقم 91-65 المؤرخ في 02 مارس 1991 المتعلق بتنظيم المصالح الخارجية لأملاك الدولة والحفظ العقاري، تعتبر المحافظة العقارية هيئة إدارية عمومية تابعة للمديرية العامة للأملاك الوطنية على مستوى وزارة المالية.

(17) حيث قضت المحكمة العليا في القرار رقم 47668 المؤرخ في 12 أكتوبر 1990 المنشور في **مجلة المحكمة العليا** لسنة 1992، العدد 01، ص 86 بما يلي: "... وأن عملية الشهر العقاري هي وحدها تستطيع نقل الملكية طبقا لمقتضيات المادة 793 من القانون المدني."

(18) مفاد مبدأ المشروعية هو أن يتحقق المحافظ العقاري من كل التصرفات المراد شهرها بدقة حتى لا تهدر حقوق الناس.

(19) مفاد مبدأ القوة الثبوتية هو أن التصرفات التي تشهر - في ظل نظام الشهر العيني- هي قرينة قاطعة على الملكية بالنسبة للعقار أو للحق العيني موضوع الشهر، والتصرف يصبح سليما خاليا من العيوب مهما كان مصدره، والحق المقيد يعتبر موجود بالنسبة للكافة.

(20) **Mohamed El Mernissi,** Essai sur la notion de publicité foncière (Thèse de doctorat en droit), Université de Paris – France, 1973, p 204.

(21) تنص المادة 22 من الأمر رقم 75-74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري على ما يلي:

"يحقق المحافظ في هوية وأهلية الأطراف الموجودين على وسائل الإثبات وكذلك في صحة الأوراق المطلوبة من أجل الإشهار."

(22) L'identification des parties … doit figurer dans l'acte et être certifiée par le notaire afin de permettre la publicité. Le conservateur n'apprécie pas la validité de l'acte, mais il doit vérifier la régularité de la forme. V. **Valérie Gomez-Bassac et Estelle Pidoux,** Droit immobilier (France : Edition Foucher-Vanves, 2011), p 121.

(23) أنظر في ذلك: المادة 62 من المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 والمتعلق بتأسيس السجل العقاري.

(24) أنظر في ذلك: المادة 63 من المرسوم رقم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

(25) تنص المادة 05/64 من المرسوم رقم 76-63 سالف الذكر على ما يلي:

"وعند عدم وجود هذه التأشيرة، يرفض الإيداع، ويمكن أن يرفض الإجراء بعد قبول الإيداع عندما يلاحظ المحافظ بأن المراجع والتأشيرة غير صحيحة أو غير تامة أوغامضة."

(26) وتنقسم الأهلية إلى قسمين: أهلية وجوب وأهلية أداء. أما عن أهلية الوجوب: فهي صلاحية الإنسان لتبادل الإلتزام والإلزام، وأما عن أهلية الأداء: صلاحية الشخص لصدور التصرف منه على وجه يعتد به.

أنظر في ذلك: **أحمد فراج حسين**، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية (مصر: دار الجامعة الجديدة، 2005)، ص 207 و213.

(27) راجع في ذلك: **طوايبية حسن**، نظام الشهر العقاري الجزائري (مذكرة ماجستير، فرع: عقود ومسؤولية)، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001-2002، ص 84.

(28) راجع في ذلك: **أحمد فراج حسين**، المرجع السابق، ص 246.

(29) أنظر في ذلك: المادة 104 من المرسوم رقم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

(30) راجع في ذلك: **طوايبية حسن**، المرجع السابق، ص 86.

(31) حيث تنص المادة 324 مكرر 01/01 من القانون المدني على أنه:

"زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية ... في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد."

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في القرار رقم 103656 المؤرخ في 09 نوفمبر 1994 المنشور في **نشرة القضاة** لسنة 1997، العدد 51، ص 67 بأنه يشترط في العقود المتضمنة نقل الملكية العقارية أن تحرر في شكل رسمي، وإلا وقعت تحت طائلة البطلان.

(32) وفي ذلك تنص المادة 61 من المرسوم رقم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري على ما يلي:

"كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي."

(33) La publicité foncière suppose que l'acte soit rédigé en la forme authentique. V. **Valérie Gomez-Bassac et Estelle Pidoux,** op.cit, p121.

(34) تنص المادة 01/88، 02 من المرسوم رقم 76-63 سالف الذكر على ما يلي:

"لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في محافظة عقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارن للعقد أو للقرار القضائي أو لشهادة الإنتقال عن طريق الوفاة، يثبت حق التصرف أو صاحب الحق الأخير وذلك مع مراعاة أحكام المادة 89 أدناه.

والمتصرف أو صاحب الحق الأخير يعني الشخص الذي يكون حقه قد تم تحويله أو تعديله أو تثبيته أو ترتيب حقوق عليه أو إنقضائه بموجب الإجراء الذي طلب الإشهار من أجله."

(35) Afin d'être publié au fichier immobilier, l'acte a du préalablement faire l'objet d'un titre déjà soumis à publicité (sauf si le droit a été acquis sans titre ou s'il est antérieur à la législation sur la publicité foncière). V. **Valérie Gomez-Bassac et Estelle Pidoux,** op.cit, p 121.

(36) وتجدر الإشارة إلى أنه في حالة غياب إجراء الشهر المسبق، فإن إيداع المستندات في المحافظة العقارية يرفض طبقا لنص المادة 100 من المرسوم رقم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

(37) أنظر في ذلك المادة 89 من المرسوم رقم 76-63 سالف الذكر المعدلة والمتممة بالمرسوم رقم 93-123 المؤرخ في 19 ماي 1993. الجريدة الرسمية، عدد 34، صادلر بتاريخ 23 ماي 1993.

(38) الجريدة الرسمية، عدد 21، صادر بتاريخ 24 ماي 1983.

الجريدة الرسمية، عدد 34، صادر بتاريخ 16 أوت 1983. (39)

(40) أنظر في ذلك: المادة 105 من المرسوم رقم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

(41) يمكن تقسيم القيود القانونية التي ترد على حق الملكية في نوعين:

-القيود القانونية المقررة للمصلحة العامة كحقوق الإرتفاق الإدارية ونزع الملكية للمنفعة العامة.

-القيود القانونية المقررة للمصلحة الخاصة كإلتزامات الجوار، القيود الخاصة بالإنتفاع بالمياه وحق المرور.

لمعلومات أكثر في الموضوع، أنظر: **محمد كامل مرسى باشا**، المرجع السابق، ص 269 وما يليها.

(42) يقصد بمبدأ الأثر المنشئ للشهر، بأن الشهر هو مصدر الحقوق العينية العقارية، فهو الذي ينشئها، يعدلها أو يزيلها، فكل حق غير مقيد لا وجود له لا بين الأطراف ولا في مواجهة الغير، وكل حق مقيد هو حجة على الكافة.

أنظر في ذلك: **زروقي ليلى**، المرجع السابق، ص 04.

(43) تنص المادة 24 من الأمر رقم 75-74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري على ما يلي:

"تكون قرارات المحافظ قابلة للطعن أمام الجهات القضائية المختصة إقليميا."

(44) راجع في ذلك: **طلبة وهبة خطاب**، المسؤولية المدنية للمحامي (ط2؛ مصر: مكتبة عبد الله وهبة، 1986)، ص 22،23.

(45) راجع في ذلك: **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، أشار إليه **عبد الباقي محمود سوادي** في مؤلفه مسؤولية المحامي المدنية عن أخطائه المهنية (الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010)، ص 42.

(46) راجع في ذلك: **هشام إبراهيم السعيد**، المسؤولية المدنية لمعاوني القضاء – دراسة مقارنة (مصر: دار القباء للطباعة والنشر والتوزيع، 1998)، ص 212.

(47) فالإلتزام قد يجد مصدره في العقد فيسمى عندئذ بالإلتزام العقدي، وكل إلتزام من هذا القبيل على طرف يقابله حق للطرف الآخر وغالبا ما تؤدي مخالفته إلى قيام المسؤولية العقدية، وقد يكون مصدر الإلتزام هو القانون يسمى في هذه الحالة بالإلتزام التقصيري أو شبه التقصيري.

أنظر في ذلك: **أحمد شعبان محمد طه**، المسؤولية المدنية عن الخطأ المهني لكل من الطبيب والصيدلي والمحامي والمهندس المعماري (مصر: دار الجامعة الجديدة، 2010)، 254،255.

(48) راجع بخصوص هذه الأركان: **عبد الحكم فودة**، التعويض المدني (المسؤولية المدنية التعاقدية والتقصيرية) في ضوء الفقه وأحكام محكمة النقض (مصر: المكتبة القانونية لدار المطبوعات الجامعية، دون سنة نشر)، ص 07.

(49) وقوام ذلك هو الشخص العادي الذي يمثل جمهور الناس، فلا هو خارق الذكاء شديد اليقظة، ولا هو محدود الفطنة خامل اليقظة، وهو شخص عرفه القانون الروماني وسمّاه برب الأسرة العاقل، وهذا هو المقياس الذي يؤخذ به في جميع مناحي المسؤولية تقريبا.

أنظر في ذلك: **خليفة سالم الجهمي**، المسؤولية التأديبية للموظف العام عن المخالفة المالية في القانون الليبي – دراسة مقارنة (مصر: دار الجامعة الجديدة، 2009)، ص 74.

(50) المشرع المصري لا يميز في نطاق المسؤولية التقصيرية بين الخطأ العمدي وغير العمدي ولا بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير، فكل منهما يوجب تعويض الضرر الناشئ عنه وأنه يكفي لقيام المسؤولية مجرد إهمال ما توجبه الحيطة والحذر. أنظر في ذلك: **عبد الحكم فودة**، المرجع السابق، ص 25.

(51) قد يكون المدين ملتزما بإستيفاء واقعة محددة، فيكون إلتزامه حينئذ إلتزاما محددا بدقة، ولا يكون قد وفى به إلا إذا تحققت النتيجة المطلوبة، وقد يكون ملتزما فقط بأن يقدم عناية، وأن يبذل في سبيل ذلك حرصه من أجل الوصول إلى تلك النتيجة، وقد جرت غالبية الفقه على تسمية النوع الأول بالإلتزام بنتيجة، وعلى تسمية النوع الثاني بالإلتزام العام بالعناية والحرص، وأن معيار التمييز بينهما هو درجة إحتمال تحقق النتيجة التي يبتغيها الدائن.

أنظر في ذلك: **منير رياض حنا**، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين (مصر: دار الفكر العربي، 2007)، ص 123.

(52) **سليمان محمد الطماوي**، القضاء الإداري: قضاء التأديب –دراسة مقارنة– (مصر: دار الفكر العربي، 1995)، ص 88.

(53) غير أن هناك من يرى بأن مسؤولية الموظف العام تقوم بمجرد وقوع الخطأ الوظيفي أي الإخلال بواجب من واجبات الوظيفة العامة أو الخروج على مقتضياتها، ولو لم يقع ضرر فعلي. ذلك أن الضرر مفترض كأثر للإخلال الوظيفي، بإعتباره يعد إخلالا بالصالح العام.

أنظر في ذلك: **خليفة سالم الجهمي**، المرجع السابق، ص 83.

(54) وتنعدم السببية أيضا حتى لو كان الخطأ هو السبب، ولكنه لم يكن السبب المنتج، أو كان السبب المنتج ولكنه لم يكن السبب المباشر.

لمزيد من التفاصيل حول الموضوع، أنظر: **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام (مصر: منشأة المعارف، 2004)، ص 382 وما يليها.

(55) يعرّف الفقيه Rousset Michel الخطأ المرفقي بأنه: كل تقصير ملحوظ في الإلتزامات الملقاة على عاتق المرفق، وبأنه يختلف عن المفهوم السائد للخطأ خاصة في القانون الخاص بطابعه الموضوعي.

Rousset Michel, Les contentieux administratifs (France: Edition La porte, 1992), p 160.

أما الأستاذ سليمان الطماوي فيعرفه بأنه هو الذي ينسب إلى المرفق، حتى ولو كان الذي قام به ماديا أحد الموظفين. ويقوم الخطأ هنا على أساس أن المرفق ذاته هو الذي تسبب في الضرر، لأنه لم يؤد الخدمة العامة وفقا للقواعد التي يسير عليها.

أنظر في ذلك: **سليمان الطماوي،** القضاء الإداري: قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام –دراسة مقارنة– (مصر: دار الفكر العربي، 1996)، ص 119، 120.

(56) تنص المادة 23 من الأمر رقم 75–74 على ما يلي:

"تكون الدولة مسؤولة بسبب الأخطاء المضرة بالغير والتي يرتكبها المحافظ أثناء ممارسة مهامه،

(57) أما عن صفة التمثيل القضائي، فقد جاءت المادة 01 من القرار الوزاري رقم 10 المؤرخ في 20 فيفري 1999 بما يلي:

"يؤهل لتمثيل وزير المالية في الدعاوى المرفوعة أمام العدالة كل من:

1–المدير العام للأملاك الوطنية في القضايا المتعلقة بأملاك الدولة والحفظ العقاري المرفوعة أمام: المحكمة العليا، مجلس الدولة، محكمة التنازع.

2–مديري أملاك الدولة بالولايات ومديري الحفظ العقاري بالولايات كل فيما يخصه في القضايا المرفوعة أمام: المحاكم، المجالس القضائية، المحاكم الإدارية."

(58) أنظر في ذلك: الفقرة الثانية من المادة 23 من الأمر رقم 75–74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

(59) الجريدة الرسمية، عدد 46، صادر بتاريخ 8 جوان 1966.

(60) الجريدة الرسمية، عدد 46، صادر بتاريخ 16 جويلية 2006.

(61) الجريدة الرسمية، عدد 13، صادر بتاريخ 24 مارس 1985.

(62) راجع في ذلك: **محمد الحيّاني،** المحافظ العقاري والمسؤولية التقصيرية – واقع وآفاق (المغرب: مؤسسة النخلة للكتاب، 2003)، ص 58.

(63) حيث تنص المادة 02 من المرسوم رقم 80–53 المؤرخ في 01 مارس 1980 المتضمن إحداث مفتشية عامة للمالية على ما يلي:

"تراقب المفتشية العامة للولاية التسيير المالي والحسابي في مصالح الدولة، والجماعات العمومية اللامركزية، والهيآت التالية: ..."

(64) أنظر في ذلك: المادة 03 من الأمر رقم 95–20 المؤرخ في 17 جويلية 1995 المتعلق بمجلس المحاسبة المعدل والمتمم بالأمر رقم 10–02 المؤرخ في 26 أوت 2010.

(65) راجع في ذلك: **خليفة سالم الجهمي،** المرجع السابق، ص 57.

(66) راجع في ذلك: **خليفة سالم الجهمي**، المرجع نفسه، ص 58.

(67) راجع في ذلك: **صلاح العطيفي محمود**، المخالفات المالية ورقابة الجهاز المركزي للمحاسبات (أطروحة دكتوراه في الحقوق)، جامعة القاهرة، 1977، ص 87.

(68) حدد المشرع الفرنسي المخالفات المالية في القانون رقم 1484 الصادر في 25 سبتمبر 1948، حيث بينت مواد هذا القانون المخالفات المالية على سبيل الحصر.

أنظر في ذلك: **صلاح العطيفي محمود**، المرجع نفسه، ص 75.

(69) راجع في ذلك: **خليفة سالم الجهمي**، المرجع السابق، ص 65 وما يليها.

POUR UN DROIT DISCIPLINAIRE UNIFIE DES ORDRES PROFESSIONNELS EN ALGERIE

NOTE DE JURISPRUDENCE RELATIVE A L ARRET N° 063862 RENDU PAR LA CINQUIEME CHAMBRE DU CONSEIL D ETAT EN DATE DU 22-12-2010

Ghennai Ramdane *

Faculté de droit Université de Boumerdès

Avocat Agrée à la Cour Suprême

et le Conseil d'Etat

L'arrêt 063862 du C.E, objet du commentaire [1], a été rendu dans une affaire où le ministère de la justice est demandeur en cassation d'une décision disciplinaire émanant de la chambre nationale de l'ordre des commissaires-priseurs.

A titre de rappel des faits, le nommé (A.A), commissaire-priseur de son état, a été sanctionné par la chambre régionale du centre en lui infligeant un rappel à l'ordre pour avoir commis plusieurs fautes professionnelles parmi lesquelles le fait d'avoir quitter le territoire national sans autorisation préalable et de n'avoir pas informer le procureur de la République territorialement compétent et enfin d'avoir manqué à l'obligation de se faire substituer par un confrère durant son absence; le tout en violation de l'article 26 de l'ordonnance 96-02 régissant la profession.

Le ministère de la justice, n'étant pas satisfait de la sanction retenue, se pourvoi devant la chambre nationale qui va rendre une décision en date du 28/02/2010 annulant la décision disciplinaire de la chambre régionale et propose, en évoquant à nouveau, la condamnation du commissaire fautif à la suspension d'activité pour une durée de trois mois.

Estimant la décision de suspension infondée, le ministère de la justice se pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat en invoquant deux moyens. Le premier est relatif à l'inadéquation entre la sanction retenue et la gravité des faits reprochés, quand au deuxième a trait à la violation des articles 13 et 18 du

[1] Arrêt non publié

décret exécutif 96-291 fixant les conditions d'accès, d'exercice, et de discipline de la profession [2].

L'arrêt objet du commentaire a déclaré le pourvoi en cassation irrecevable en la forme en raison du défaut des conditions requises en la décision attaquée pour qu'elle puisse faire l'objet de recours contentieux.

L'argumentation de la haute juridiction administrative mérite une attention particulière du fait qu'elle présente une nouvelle approche pouvant dorénavant marquer positivement le contentieux disciplinaire.

Apres avoir rappelé que selon l'article 16 du décret exécutif sus-indiqué, seul le ministre de la justice est habilité à décider les sanctions de radiation et de suspension provisoire d'activité après consultation de la chambre nationale ; le C.E a conclut « que par conséquent, la décision attaquée est un simple avis donné par la chambre nationale des commissaires priseurs… et que pour cette raison elle n'est pas une décision disciplinaire définitive et ne peut donc faire l'objet de recours contentieux » [3].

L'intérêt majeur de cet arrêt est d'avoir essentiellement consacré et révélé l'existence d'une jurisprudence qualifiée de « constante » concernant la nature du contrôle juridictionnel appliqué au contentieux disciplinaire des ordres professionnels (O.P). Selon cet arrêt « il est de jurisprudence constante du conseil d'Etat que les décisions émanant des chambres nationales des ordres professionnels statuant en formation disciplinaire sont considérées comme des actes à caractère juridictionnel rendus par des juridictions spécialisées, susceptibles de pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat »[4].

La lecture attentive des motifs retenus impose au commentaire d'envisager trois préoccupations principales :

1 - Définir les O.P pour pouvoir cerner l'étendue réelle de la jurisprudence actuellement commentée **(A).**

2 - Retracer les fondements de la jurisprudence du C.E relative au contrôle juridictionnel des décisions disciplinaires émanant des O.P **(B)**

3 - Savoir enfin si toutes les décisions disciplinaires des O.P peuvent être soumises aux mêmes conditions de recevabilité de recours juridictionnel **(C)**

---

[2] Décret exécutif 96/291 du 02/09/1996 fixant les conditions d'accès, d'exercice, de discipline de la profession de commissaire prieur et déterminant les règles d'organisation et de fonctionnement des organes de la profession JORA n° 51 du 04/09/1996

[3] L'attendu est rédigé en arabe comme suit :

" حيث حينئذ يعتبر هذا القرار مجرد رأي أبدنه الغرفة الوطنية لمحافظي البيع بالمزايدة طبقا للتنظيم الساري المفعول لاقتراح على وزير العدل عقوبة يعود إليه أخيرا تقدير مدى جديتها, ولذا لا يمكن أن يرقى إلى درجة قرار تأديبي نهائي ولا يجوز الطعن فيه "

[4] L'attendu est rédigé en arabe comme suit :

" حيث انه من اجتهاد مجلس الدولة المستقر أن القرارات الصادرة عن الغرق الوطنية للمنظمات المهنية في تشكيلاتها التأديبية تعد بمثابة قرارات طابع قضائي صادرة عن جهات قضائية متخصصة وتكون قابلة للطعن فيها بالنقض أمام مجلس الدولة "

A- DEFINITION DES ORDRES PROFESSIONNELS :

Aucune définition des O.P ou des organisations professionnelles n'est fournie par leurs textes constitutifs [5]. Ceci est tout à fait plausible étant donné

[5] Il existe en Algérie une dizaine d'ordres professionnels réglementée par les textes loi suivants :

1. **Experts comptables, commissaires aux comptes et comptables agréés** Loi n° 10-01 du 29 juin 2010 relative aux professions d'expert-comptable, de commissaire aux comptes et de comptable agréé, *JORA* n° 42 du 11 juillet 2010.
2. **Médecins, pharmaciens, dentistes**, Loi n° 85-05 du 16 février 1985 relative à la protection et à la promotion de la santé, *JORA* n° 08 du 17-02-1985, modifiée et complétée par Loi n° 90-17 du 31 juillet 1990, *JORA* n° 35 du 15-08-1990 ; Ordonnance 06-07 du 15 juillet 2006, *JORA* n° 47 du 19 juillet 2006 ; Loi n° 08-13 du 20 juillet 2008, *JORA* n° 44 du 3 août 2008 ; Décret exécutif n° 92-276 du 6 juillet 1992 portant code de déontologie médicale, *JORA* n° 52 du 08 juillet 1992.
3. **Avocats**, Loi n° 91-04 du 8 janvier 1991 portant organisation de la profession d'avocat, *JORA* n° 02 du 09-01-1991.
4. **Architectes**, Décret législatif n° 94-07 du 18 mai 1994 relatif aux conditions de la production architecturale et à l'exercice de la profession d'architecte, *JORA* n° 32 du 25-05-1994, modifié par loi n° 04-06 du 14 août 2004 portant abrogation de certaines dispositions du décret législatif n° 94-07 du 18 mai 1994, JORA n° 51 du 15 août 2004. Décret exécutif 96/293 du 02/09/1996 fixant le modalité de fonctionnement de organe de l'ordre de la profession d'architectes JORA n° 51 du 04/09/1996.

Commissaires-priseurs, Ordonnance n° 96-02 du 10 janvier 1996 portant organisation de la profession de commissaire-priseur, *JORA* n° 03 du 14-01-1996. Décret exécutif 96/291 du 02/09/1996 fixant les conditions d'accès, d'exercice, de discipline de la profession de commissaire prieur et déterminant les règles d'organisation et de fonctionnement des organes de la profession JORA n° 51 du 04/09/1996.

5. **Notaires**, Loi n° 06-02 du 20 février 2006 portant organisation de la profession de notaire, *JORA* n° 14 du 8 mars 2006.
6. **Huissiers**, Loi n° 06-03 du 20 février 2006 portant organisation de la profession d'huissier de justice, *JORA* n° 14 du 8 mars 2006.
7. **Géomètres experts fonciers**, Ordonnance n° 95-08 du 1er février 1995 relative à la profession de géomètre-expert foncier, *JORA* n° 20 du 16-04-1995.
8. **Traducteurs interprètes officiels**, Ordonnance n° 95-13 du 11 mars 1995 portant organisation de la profession de traducteur-interprète officiel, *JORA* n° 17 du 29-03-1995.
9. **Syndic-administrateurs judiciaires**, Ordonnance n° 96-23 du 9 juillet 1996 relative au syndic-administrateur judiciaire, *JORA* n° 43 du 10-07-1996.

Les intermédiaires de justice, régis par le décret exécutif 09-100 du 7/3/2009 (JORA n° 16 du 15/03/2009), ne sont pas organisés sous forme d'organisation professionnelle. Ils sont désignés par arrêté du ministre de la justice (art 9) après avoir étés retenus par une commission de sélection composée spécialement du président et du procureur général de la cour ainsi que des présidents des tribunaux relevant de la cour (art 8). Aucune structure n'a été créée pour gérer cette catégorie d'auxiliaires de justice à la différence des autres auxiliaires de justice : les huissiers, les syndics-administrateurs judiciaires, les commissaires priseurs qui sont organisés sous forme d'ordre professionnel.

que la loi est censée avoir pour fonction d'établir les conduites à suivre, en utilisant des concepts appropriés sans être obligée d'en donner les définitions. Les lois ne doivent pas être considérées comme des lexiques juridiques, et encore moins, comme des manuels de droit. Les lois ne peuvent pas, justement, accomplir le rôle réservé traditionnellement à la doctrine de faire le travail de systématisation et de conceptualisation indispensable au législateur aussi bien qu'à la bonne activité juridictionnelle des juges.

Le commissaire d'Etat est censé devenir un véritable messager de la doctrine auprès des juridictions administratives d'après les nouvelles dispositions du CPCA [6] . Quand le législateur s'attelle à définir les concepts juridiques utilisés par une loi, celle-ci est souvent encombrée et pose des difficultés d'application au lieu d'en faciliter. Effectivement, il arrive que les définitions apportées par le législateur entravent l'action des juges de faire œuvre de jurisprudence pour peu qu'elles contiennent une exactitude restrictive qui s'oppose a priori à toute interprétation dont le juge a parfois besoin pour mieux accomplir son métier de dire le droit. Il est admis que les concepts juridiques doivent être suffisamment souples pour qu'ils soient aptes à convenir aux situations interchangeables de la réalité. A défaut de quoi, les normes juridiques deviennent très souvent caduques par désuétude pour avoir été incapables de répondre aux exigences des nouvelles réalités. En pareils cas, les règles législatives risquent d'être supplantées par d'autres règles de nature différente disposant de meilleures capacités d'adaptation tel qu'en l'occurrence les règles coutumières [7].

En se limitant à leurs traits essentiels, les O.P peuvent être définis comme étant des groupements professionnels prestataires de services d'utilité publique [8]. Ils sont chargés de la gestion des professions dites réglementées ou professions libérales et ce abstraction faite de la diversité des dénominations consacrées par leurs textes constitutifs tel que l'union national des barreaux d'avocats [9], le conseil national de déontologie médicale [10] la chambre nationale

---

[6] Le commissaire d'Etat apporte au juge administratif des éclaircissements doctrinaux relatifs aux textes applicables ou qui militent en faveur de nouvelles jurisprudences. L'art 898 du CPCA mentionne le contenu du rapport écrit exposé par le commissaire d'Etat. Ce rapport « comprend un exposé sur les faits, le droit et les moyens invoqués ainsi que l'avis du commissaire d'Etat sur chaque question soumise, les solutions qui doivent être apportées au litige, et est conclu par des demandes précises. ». L'art 900 oblige le tribunal administratif de répondre aux conclusions du commissaire d'Etat.

[7] L'art 20 du premier code du notariat de 1970 était à l'origine, en raison de son ineffectivité, du développement galopant des transactions immobilières sous seing privé

[8] Voir notre communication en langue arabe au colloque organisé par la faculté de droit de Bejaia 27-28 avril 2011 sous le titre suivant :

" عن موقف مجلس الدولة من رقابة القرارات التأديبية الصادرة عن المنظمات المهنية الوطنية "

[9] L'article 65/1 de la loi 91-04 stipule que : « l'ensemble des ordres d'avocats constitue une union dénommée l'union nationale des barreaux ».

[10] Ce conseil est créé par l'art 267/2 de la loi 90/17 modifiant et complétant la loi 85-05.

des commissaires aux comptes [11], des commissaires priseurs [12], des notaires [13], des huissiers[14], et des traducteurs-interprètes officiels [15]. D'autres appellations existent comme l'organisation nationale des comptables agrées, l'ordre national des experts comptables, la commission des Syndic-administrateurs judiciaires [16] et l'ordre des géomètres experts fonciers [17].

Il faut noter qu'Ils existent des O.P à caractère national tel que les exemples qui viennent d'être cités, mais aussi d'autres à caractère régional jouissant toutes de la personnalité morale Telles que les organisations régionales des avocats (art 47) [18], des chambres régionales des notaires (art 55) et des huissiers (art 51) [19], des conseils régionaux de déontologie médicale (art 217) [20]. Le Conseil d'Etat n'est compétent en premier et dernier ressort que pour le contentieux d'annulation relatif aux O.P à caractère national conformément à

---

[11] L'art 14 de la loi 10-01 stipule que : « Il est crée un ordre national des experts-comptables, une chambre nationale des commissaires aux comptes et une organisation nationale des comptables agrées, dotés chacun de la personnalité morale, regroupant les personnes physiques ou morales agréées et habilitées à exercer la profession d'expert-comptable, la profession de commissaire aux comptes et la profession de comptable agrée, dans les conditions fixées par la présente loi »

[12] L'art 32 de l'ordonnance 96-02 situle que : « il est institué une chambre nationale et des chambres régionales des commissaires priseurs. La chambre nationale des commissaires-priseurs est chargé de mettre en œuvre toute action visant le respect des règles et des usages de la profession et des questions disciplinaires ».

[13] L'art 32 de la loi 06-02 stipule que « Il est institué une chambre nationale des notaires jouissant de la personnalité morale et chargée de mettre en œuvre toute action visant à garantir le respect des règles et usages de la profession et d'élaborer la charte de déontologie de la profession qui sera publiée au Journal officiel de la République algérienne démocratique et populaire, par arrêté du ministre de la justice, garde des sceaux. ».

[14] L'art 40 de la loi 06-03 est similaire à l'art 32 précédent.

[15] L'art 29 de l'ordonnance 95-13 stipule que : « il est institué une chambre nationale et des chambres régionales des traducteurs- interprètes officiels. La chambre nationale est chargé d'établir les règles d'exercice de la profession et de mettre en œuvre toute action visant à garantir le respect des règles et usage de la profession »

[16] L'art 5 de l'ordonnance 96-23 dispose que la liste des syndic-administrateurs judiciaires est établie annuellement par une commission nationale. La composition de cette commission est fixée par l'art 9. L'art 21 stipule que : « la commission nationale siège comme chambre de discipline ».

[17] L'art 10 de l'ordonnance 95-08 stipule que : « il est crée un ordre des géomètres experts fonciers… ». L'art 11 détermine les missions de l'ordre parmi lesquelles celle de veiller à l'organisation au bon exercice de la profession.

[18] Il existe 14 bâtonnats (organisations régionales des avocats) au niveau national. En France existe un bâtonnat au niveau de chaque tribunal de grande instance.

[19] Il existe trois chambres régionales des notaires et des huissiers, chambre régionale du centre, de l'est, de l'ouest.

[20] L'article 168 du décret 92/276 prévoit l'institution de 12 conseils régionaux de déontologie médicale désignés comme suit : conseil régional d'Alger, Oran, Constantine, Annaba, Blida, Tizi-Ouzou, Tlemcen, Batna, Sétif, Ghardaïa, Béchar.

l'article 09 de la loi organique 98-01. Le contentieux d'annulation des actes émanant des O.P à caractère régional relève de la compétence des tribunaux administratifs territorialement compétents, exception faite du contentieux relatif aux élections de certains ordres régionaux qui relève de la compétence du C.E[21].

La qualification des O.P en tant que personnes morales de droit privé est acceptable en raison de la gestion privée de leur fonctionnement interne (personnel, patrimoine, et gestion financière). Mais eu égard aux spécificités du droit ordinal algérien, la nature juridique des O.P existants semble être plutôt hybride puisque, nonobstant l'application du droit privé dans leur fonctionnement interne, ils assument la gestion desdites professions avec des attributs de puissance publique. En effet, plusieurs facteurs propres à leurs textes constitutifs, incitent à qualifier ces ordres de personnes de droit public:

- ils sont institués et organisés par des textes à caractère législatif et non pas par conventions de droit privé [22].
- Le législateur permet aux autorités publiques, par le truchement des renvois, de réglementer un large pan de domaines afférents aux O.P et à l'exercice de ces professions [23].
- Certains professionnels sont considérés comme des officiers publics chargés par l'autorité publique d'instrumenter les actes de leurs compétences en utilisant le seau de l'Etat.
- Les lieux où s'exerce certaines professions ordinales sont qualifiés d'offices publics dont l'affectation aux professionnels relève des prérogatives du ministère de la tutelle [24].

---

[21] L'art 40 du statut des avocats donne compétence à la chambre administrative de la cour suprême et donc au C.E.

[22] Les textes constitutifs sus-indiqués sont soit des lois ou des ordonnances ou décret législatif.

[23] A titre d'exemples l'ord régissant l'ordre des commissaires priseurs comprend 13 renvois sur un ensemble de 33 articles. L'ord sur le syndic 08 renvois. La loi 10-01 14 renvois. Les matières auxquelles il est fait renvoi au règlement sont cruciales pour l'exercice des professions concernées. Il s'agit par exemple de la composition ,des prérogatives et l'organisation du conseil national de la comptabilité (art 4), de la chambre nationale des commissaires priseurs (art 32/4), de la chambre nationale et régionale des notaires (art 4), des honoraires des ingénieurs experts (art21) , des traducteurs- interprètes officiels (art 27), des syndics administrateurs judiciaires (art 15), des notaires (art 41), des huissiers (art 31/02) , du code de déontologie des architectes (art 21), de la détermination des sanctions et des fautes professionnelles des experts comptables commissaires aux comptes et comptables agrées (art 63/04). D'autres matières, non moins importantes, sont concernées par les renvois.

[24] - l'art 04 ord 95-13 stipule : « les traducteurs interprètes officiels ont la qualité d'officier public.il sont nommé à leur office par arrêté du ministre de la justice »

- l'art 05 loi 06-02 stipule : « le commissaire priseur est l'officier public chargé de… Il est nommé à son office par arrêté du ministre de la justice »

- l'art 04 loi 06-03 stipule : « l'huissier de justice est un officier public mandaté par l'autorité publique, chargé de la gestion d'un office public pour son propre compte »

Incontestablement, les O.P ne sont pas des autorités publiques et ne relèvent pas de la catégorie des établissements publics. La différence réside dans l'insoumission – en principe - des O.P à une quelconque hiérarchie administrative[25]. Cette autonomie est initialement conçue pour permettre aux O.P d'autogérer et réguler l'exercice des professions dont ils se chargent. L'absence de dépendance laisse supposer l'importance primordiale que doit revêtir le contrôle juridictionnel pour garantir le respect de la légalité. Sans ce contrôle, les O.P supposés jouir de totale indépendance risquent de devenir de simples « confréries » dont le souci serait de protéger uniquement les intérêts de leurs membres au détriment de la qualité des prestations de service à fournir.

Les O.P sont également différents des autorités administratives indépendantes du fait qu'ils n'agissent pas au nom de l'Etat et ne représentent que l'intérêt de leurs propres corporations professionnelles.

En outre, il faut distinguer les O.P des conseils supérieurs créés par certains textes régissant les professions réglementées tel que le conseil supérieur des notaires (art 44), des huissiers (art 39), des traducteurs-interprètes officiels (art 28), des géomètre-experts fonciers (art 7) et le conseil consultatif des commissaires priseurs (art 31)

Ces conseils ne gèrent pas les professions réglementées. Ils représentent un espace de consultation et de dialogue entre les corporations professionnelles et les autorités publiques dans le but de parfaire l'exercice des professions dans l'intérêt général. Présidés par les ministres de la tutelle, ces conseils s'intéressent à l'étude des questions d'ordre général relatives aux professions réglementées.

Par ailleurs, les O.P diffèrent de tous les autres formes d'organisation professionnelle tel que les associations, les unions, les syndicats et autres. Deux différences notables sont à relever :

- L'exercice des professions réglementées passe par l'adhésion obligatoire aux O.P. Tout exercice de ces professions sans inscription

---

- l'art 9 loi 06-02 stipule : « un office notarial public est confié à tout notaire qui assume la gestion pour son propre compte… »

[25] L'autonomie n'est pas garantie de la même manière à tous les O.P. Certains sont plus dépendants que d'autres. L'art 25 du décret exécutif 94/07 soumet l'ordre national des architectes au ministère de tutelle. L'art 16 de la loi 10-01 donne au ministre des finances le droit d'avoir un représentant auprès des instances dirigeantes. Certains offices publics sont mis à la disposition des procureurs de la république (huissiers et syndic administrateurs judiciaire). Certains règlements intérieurs sont promulgués par voie d'arrêté ministériel (Avocat art 66). Le ministère de tutelle dispose du droit de suspendre les professionnels fautifs en attendant l'issue du procès disciplinaire (commissaire priseur, notariat, huissier de justice). D'autres aspects de dépendance existent à travers les textes constitutifs des O.P.

- aux tableaux des ordres est passible de peines pénales [26]. Par contre, l'adhésion aux autres d'organisation est facultative et ne permet aucunement l'exercice desdites professions.
- Contrairement aux autres, les O.P disposent d'un pouvoir disciplinaire ayant pour objectif l'instauration d'une discipline de corps et la protection de l'exercice correct des professions en sanctionnant disciplinairement les professionnels enfreignant les règles déontologiques.

En jugeant un litige opposant la cour des comptes au conseil national du syndicat des magistrats de cette juridiction au sujet de la légalité d'une décision prise par ce conseil en vu d'organiser des journées de protestation, le conseil d'Etat a rendu le 24-09-2002 un arrêt précisant, à juste titre, que « Les syndicats sont des organisations dont le but est de défendre les intérêts moraux et matériels collectifs et individuels des travailleurs et des employeurs et ne sont point … des organisations professionnelles nationales qui disposent d'un pouvoir réglementaire en matière d'organisation et de gestion de la profession , et d'un pouvoir disciplinaire à l'égard de ses membres. »[27]

B – LES FONDEMENTS DE LA JURISPRUDENCE DU C.E

Si la compétence du C.E de connaitre en premier et dernier ressort des recours en annulation des actes émanant des O.P trouve indiscutablement son fondement dans les dispositions de l'article 9 de loi organique 98-01 [28], il n'existe cependant aucun texte de loi qui attribue à la haute juridiction administrative le pouvoir de connaitre des recours en cassation de ces actes. L'article 11 de la loi précitée ainsi que l'article 903 du code de procédure civile et administrative (C.P.C.A) s'accordent à donner compétence au C.E de statuer

---

26

- L'art 234 de la loi 85-05 relative à la protection et à la promotion de la santé prévoit l'application de l'art 243 du code pénal pour tout exercice illégal de la médecine, la chirurgie dentaire et la pharmacie.

- L'art 29 de l'ord 95-08 relative à la profession des géomètres experts comptables considère illégal et passible de peines pénales tout exercice de la profession en cas de suspension ou de radiation ou sans être inscrits au tableau de l'ordre.

- L'art 07 du statut des avocats stipule que : « Nul n'est autorisé à porter le titre d'avocat s'il n'est inscrit au tableau d'un ordre des avocats, sous peine d'encourir les sanctions prévues à l'article 243 du code pénal ».

27 C.E arrêt n° 14431 du 24-09-2002 publié dans la revue du C.E n° 2-2002 pp 217-220

28 L'art 09/01 de la loi organique 98-01 stipule que « Le Conseil d'Etat connait en premier et dernier ressort : 1°) des recours en annulation formés contre les décisions réglementaires ou individuelles émanant des autorités administratives centrales, des institutions publiques nationales ou des organisations professionnelles nationales ».

spécialement sur les pourvois en cassation des décisions rendues en dernier ressort par les juridictions administratives [29].

Forcement, le C.E ne pouvait pas fonder sa décision sur la base de l'article 9 précité puisque celui-ci pose le principe du contrôle pour excès de pouvoir des actes relevant des O.P. Le contraire aurait entaché l'argumentation de la haute juridiction administrative de contradiction évidente, car d'après cet article les décisions de la chambre nationale des commissaires-priseurs et quel que soit leur nature - acte réglementaire ou individuel- sont susceptibles de recours en annulation et non pas de recours en cassation.

Néanmoins, le C.E aurait pu se référer en préambule à l'article 11 relatif à la compétence de cette juridiction en matière de recours en cassation. Cela aurait permis de mieux situer la position jurisprudentielle en question dans l'échelle des normes régissant les pouvoirs du C.E [30].

D'essence jurisprudentielle, le droit du contentieux administratif doit aux juges la consécration de beaucoup de ses principes. En dépit de sa jeune expérience, le C.E veille à travers sa jurisprudence à combler le vide laissé par le législateur, et se soucie également d'assurer autant que possible l'harmonie de sa jurisprudence.

L'arrêt commenté s'inscrit justement dans cette optique. Le C.E a retenu sa résolution jurisprudentielle relative au contrôle des décisions du Conseil Supérieur de la magistrature (C.S.M) pour celui des décisions émanant des O.P.

Pour rappel, le fameux arrêt 016886, rendu par les chambres réunies du C.E en date du 07-06-2005, avait qualifié le C.S.M statuant en formation disciplinaire de juridiction administrative spécialisée rendant des décisions susceptibles uniquement de recours en cassation devant le C.E[31] . L'arrêt est motivé ainsi :

« Le conseil supérieur de la magistrature est une institution constitutionnelle et que sa composition et les procédures de poursuite devant lui ainsi que les attributions particulières qui lui sont dévolues en tant que conseil de discipline, font de lui une juridiction administrative spécialisée rendant des jugements

---

[29] L'art 11 de la loi organique 98-01 stipule que : « Le Conseil d'Etat connait des recours en cassation contre les décisions des juridictions administratives rendues en dernier ressort, ainsi que des recours en cassation des arrêts de la Cour des comptes ».

L'art 903 du CPCA stipule que « L e Conseil d'Etat est compétent pour statuer sur les pourvois en cassation des arrêts rendus par les juridictions administratives en dernier ressort. Le Conseil d'Etat connait également des pourvois en cassation que lui confèrent les textes particuliers ».

[30] L'arrêt commenté ne se réfère pas de manière nominative aux articles consacrant les types de compétence du C.E. Il est contenté, dans le préambule, d'une référence globale à la loi organique 98-01 et à 33 articles du C.P.C.A traitant particulièrement de la tenue d'audience, et des procédures d'instance

[31] Voir notre commentaire publié dans la revue Mohammet du Bâtonnat de Tizi-ouzou n° 7 sous intitulé : « le revirement jurisprudentiel du Conseil d'Etat en matière de pourvoi formé contre les décisions disciplinaires émanant du Conseil Supérieur de la Magistrature ».

définitifs susceptibles de recours en cassation en vertu des dispositions de l'article 11 de la loi organique 98-01…et que par conséquent, le recours dans le cas d'espèce ne peut être qu'un recours en cassation assujetti obligatoirement aux conditions requises par l'article 233 du code de procédure civile …» [32]

La lecture de cet attendu permet de constater l'exacte ressemblance avec celui de l'arrêt actuellement commenté. La similitude ne se résume pas uniquement au caractère juridictionnel conféré à la fois au C.S.M et à la chambre nationale des commissaires-priseurs; mais aussi à la reconnaissance de la cassation comme seule voie de recours valable contre les décisions émanant de ces institutions.

L'arrêt 016886 sus cité, véritable revirement jurisprudentiel [33], est suivi depuis lors par toutes les chambres du C.E. Pour mieux faire connaitre la nouvelle orientation jurisprudentielle, la revue du C.E a publié dans sa dernière édition (n° 9/2009) deux arrêts révélateurs : il s'agit de l'arrêt n° 025039 du 19-04-2006 qui est venu entériner l'irrecevabilité du recours en annulation et l'arrêt n° 037228 du 11-07-2007 qui a admis uniquement le recours en cassation en la matière [34]. La publication simultanée de ces deux arrêts a permis de confirmer la portée exacte dudit revirement, ce qui a pour effet de mettre fin à toute extrapolation jurisprudentielle comme celle révélée par l'arrêt n° 037712 rendu

---

[32] L'attendu est rédigé en arabe comme suit :

" حيث أن المجلس الأعلى للقضاء مؤسسة دستورية و أن تشكيلته و إجراءات المتابعة أمامه و الصلاحيات الخاصة التي يتمتع بها عند انعقاده كمجلس تأديبي تجعل منه جهة قضائية إدارية متخصصة تصدر "إحكاما نهائية" تكون قابلة للطعن فيها عن طريق النقض أمام مجلس الدولة عملا بأحكام المادة 11 من القانون العضوي 01/98 ... وبالتالي فان الطعن في هذه الحالة لا يمكن أن يكون إلا طعنا بالنقض و بذلك يجب أن يخضع للشروط المحددة بالمادة 233 من قانون الإجراءات المدنية "

[33] L'art 31 de la loi organique 98-01 permet au C.E de siéger en formation toutes chambres réunies « dans le cas ou la décision susceptible d'être prise peut se traduire par un revirement de jurisprudence » et c'est précisément le cas de l'arrêt 016886 qui a manqué un tournant radical dans la position du CE concernant la nature du contrôle juridictionnel exercé sur les décisions disciplinaires émanant du C.S.M. Avant le revirement, ces décisions étaient susceptibles de recours en annulation devant le C.E comme l'attestent plusieurs arrêts publiés dans la revue du C.E (arrêt du 27/02/1998 paru dans le numéro 1/ 2002 pp 83/84 et l'arrêt n° 005240 du 28/01/2002 paru dans le numéro 2/2002 pp 165/167). Voir notre commentaire en langue arabe publié dans la revue du C.E n° 6/2005 PP 33-58 sous intitulé :

" عن موقف مجلس الدولة من الرقابة على القرارات التأديبية الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء حالة الغلط الصارخ في التقدير"

[34] Voir revue du C.E n°9-2009 pp 57 -60

par la deuxième chambre le 12-03-2008 dans l'affaire Haboul Abdallah contre le ministre de la justice garde des sceaux [35].

La même édition a connu également la publication d'un arrêt relatif au contrôle juridictionnel des décisions disciplinaires émanant de la commission nationale de recours (CNR) relevant de l'ordre des Avocats [36]. Cet arrêt contient un attendu qui ressemble parfaitement à ceux déjà évoqués: « La décision attaquée est une décision rendue par la commission nationale des recours qui est considérée comme une juridiction administrative dont les décisions sont susceptibles de recours en cassation et non pas de recours en annulation » [37]

Aucune disposition du statut des avocats ne confère la nature juridictionnelle à la C.N.R, exactement comme c'est le cas pour le C.S.M. La position du C.E semble être en contradiction avec l'article 122/6 de la Constitution qui dénombre la création des juridictions parmi les domaines réservés à la loi « ordinaire » [38]. Le Conseil Constitutionnel avait déclaré inconstitutionnelles les dispositions de la loi organique 2005-04 qui traitaient de la création des pôles judiciaires parce que " le constituant a… investi exclusivement le législateur de leur création par une loi ordinaire et non pas par une loi organique" et que par conséquent « le législateur aura outrepassé son domaine de compétence, d'une part, et porté atteinte à l'article 122-6 de la constitution, d'autre part" [39]

La C.N.R n'est pas, en réalité, le premier organe disciplinaire reconnu comme juridiction administrative par le C.E. Un autre cas existe, il s'agit de la chambre nationale de huissiers de justice qui fut reconnue comme juridiction administrative par l'arrêt du C.E n° 004827 du 24-06-2002 [40]. La motivation retenue par cet arrêt est formulée ainsi : « attendu que la chambre nationale des huissiers de justice est une organisation professionnelle nationale qui prend des sanctions réglementaires sans consulter aucune autorité administrative et que par conséquent ses décisions ont un caractère juridictionnel et sont susceptibles

---

35 Voir notre commentaire « Note de jurisprudence. L'acte par lequel le Conseil Supérieur de la Magistrature refuse la promotion des magistrats peut-il être qualifié de décision disciplinaire non susceptible de recours en annulation selon le revirement jurisprudentiel 016886 émanant des chambres réunies du Conseil d'Etat ? » Revue Mohammet n°9/2011 Bâtonnat de Tizi-Ouzou.

36 C.E arrêt n° 047841 du 21-10-2008 .Revue du C.E n° 9/2009 pp 140-143.

37 Cet attendu est rédigé en arabe de la sorte :

" إن القرار المطعون فيه هو قرار صادر عن اللجنة الوطنية للطعن التي تعتبر جهة قضائية إدارية وتكون قراراتها قابلة للطعن بالنقص وليس الطعن بالإلغاء ... »

38 Le concept de « loi ordinaire » n'est pas consacré par la constitution qui se contente d'utiliser ceux de « loi » et de « loi organique ».

39 Avis n° 01/A.LO/CC/05 du 17 juin 2005, JORA n° 51 du 20 juillet 2005 pp 3-5. Cet avis est inconstitutionnel à propos de l'utilisation injuste du terme de « loi ordinaire ».

40 C.E arrêt 004827 du 24-06-2002 publié dans la revue du C.E n° 02/2002 pp 171-173

de faire objet de recours devant le C.E conformément aux dispositions de l'article précité » [41].

Cet arrêt soulève plusieurs observations :

- Il est antérieur au revirement jurisprudentiel des chambres réunies cité plus haut. Il n'est donc pas le fruit de ce revirement comme c'est le cas pour l'arrêt relatif à la C.N.R.
- Il a été rendu dans le cadre de l'ancien statut des huissiers de justice régis par la loi 91/03 [42]. La chambre nationale des huissiers de justice représentait, selon ce statut, non seulement l'ordre professionnel des huissiers de justice, mais aussi l'organe disciplinaire statuant en appel sur les décisions rendues par les chambres régionales. Par contre, selon le nouveau et actuel statut, la chambre nationale n'a plus d'attributions disciplinaires. Ces prérogatives sont dévolues à la commission nationale des recours créée par l'article 59 du statut en vigueur.
- La force probante de l'arrêt est sans doute atténuée du fait qu'il comporte une contrariété entre le motif retenu et le dispositif arrêté. Pis encore, l'attendu relatif au motif est porteur en soi de cette contradiction dès lors qu'il apparait inconcevable de reconnaitre le caractère juridictionnel de la décision attaquée et affirmer en même temps qu'elle est susceptible de recours en annulation en application de l'article 09 de la loi organique 98/01. Cette voie de recours, faut-il le rappeler, concerne les actes de nature administrative des O.P, pour lesquels le C.E est compétent de connaitre en premier et dernier ressort. Ayant admis le caractère juridictionnel de la décision disciplinaire attaquée, le C .E devait impérativement déclarer le recours en annulation intenté irrecevable en la forme.
- Cette jurisprudence ne peut pas s'appliquer à la C.N.R de l'ordre des huissiers nouvellement créé. Cette commission est de nature différente en comparaison avec celle de la chambre nationale. Cette chambre représente bel et bien l'instance dirigeante de l'ordre de la profession, alors que la C.N.R est exclusivement un organe disciplinaire de second degré.

Pour toutes ces raisons, l'arrêt 004827 n'a de valeur que d'un simple cas d'espèce et non pas celle d'un arrêt de principe. Il faut attendre la parution d'autres arrêts éventuels traitant de la nouvelle C.N.R pour pouvoir affirmer s'il

---

41 L'attendu est rédigé en arabe de la sorte :

" حيث أن الغرفة الوطنية للمحضرين القضائيين منظمة مهنية وطنية وهي تتخذ عقوبات تنظيمية دون استشارة سلطة إدارية ومن ثمة فان قراراتها تكتسي طابعا قضائيا وبالنتيجة يمكن الطعن فيها منا هو منصوص عليه في المادة المذكورة أعلاه أمام مجلس الدولة "

42 Loi n° 91-03 du 08/01/1991 portant organisation de la profession d'huissier JORA n° 02 du 09/01/1991 pp21-24

y'a ou pas alignement jurisprudentiel. Cette observation est également valable pour la C.N.R de l'ordre des notaires au sujet de laquelle aucune décision du C.E n'est connue à ce jour.

Pour conclure, l'arrêt objet du commentaire révèle l'existence d'une jurisprudence constante du C.E au sujet de la reconnaissance du caractère juridictionnel des organes disciplinaires relevant des O.P. S'agit-il uniquement des cas d'espèces analysés précédemment ou existent-ils d'autres inconnus par manque de publication ? A défaut de répondre à cette question, il faut se contenter de savoir si toutes les décisions disciplinaires émanant des O.P peuvent être qualifiées d'actes juridictionnels et donc susceptibles uniquement de recours en cassation.

C : DE LA NATURE DES DECISIONS DISCIPLINAIRES :

Les professions réglementées sont des professions libérales exercées par les professionnels pour leurs propres comptes. Etant donné le caractère d'intérêt général que révèle l'exercice de ces professions, le législateur est tenu de réglementer celles-ci de manière à garantir leur exercice convenable ainsi que la bonne jouissance des prestations de services.

Parmi les questions réglementées, celle des droits et obligations des professionnels a une importance vitale non seulement pour les professionnels mais aussi bien pour les usagers des prestations professionnelles.

Le pouvoir disciplinaire est l'un des attributs reconnus aux O.P. Il leur permet d'assurer le respect des règles déontologiques en général. Son étude ne permet pas, malheureusement, de constater l'existence d'un droit disciplinaire unifié pour tous les O.P. Des différences notables existent. Elles touchent hélas à des questions cruciales telles que le système de sanctions prévues, les organes chargés de sanctionner, les voies de recours contre les décisions disciplinaires et autres questions non moins substantielles.

L'existence de pareilles différences va à l'encontre du principe de l'égalité devant la loi qui exige l'égalité de traitement des professionnels en matière de poursuite disciplinaire [43]. Ces inégalités ne peuvent être justifiées par les spécificités avérées de chaque O.P, car l'équité veut qu'il y ai un standard commun de règles et principes permettant à tous les professionnels de bénéficier des mêmes garanties minimales de procès disciplinaire équitable.

L'analyse minutieuse des textes régissant les professions réglementées permet de remarquer multiples anomalies :

1) Les fautes professionnelles ne sont pas généralement définies de manière nette et précise. Certains textes énoncent des obligations dont la signification est absolument vague et confuse à risque d'abus d'interprétation de

---

[43] A l'occasion d'une action en réparation d'erreur matérielle, le C.E a réformé, en application du principe de l'égalité de tous les citoyens devant la loi, un arrêt de la chambre administrative de la cour suprême ayant confirmé un arrêt de la chambre administrative de Constantine qui n'a pas accordé des réparations similaires aux victimes d'un seul et même accident. (C.E arrêt 002616 du 12/11/2001, non publié)

la part des instances chargées des poursuites disciplinaires, tel que l'obligation faite aux professionnels de respecter les règles afférentes à « l'honneur de la profession » [44], ou à la « conduite honnête » [45] ou encore au manquements d'ordre moral [46] et l'obligation de se conformer aux « traditions et usages de la profession » [47] ainsi que « la dignité et l'éthique professionnelle » [48]. Même s'il est admis que l'obligation n'est pas une notion conceptuelle et qu'elle se prête spécialement à l'énumération, elle doit être, par contre, énoncée avec suffisamment de précision et de clarté pour que l'instance disciplinaire puisse établir, sans écart, la responsabilité des contrevenants.

2) Le nombre et la nature des sanctions consacrées par les textes constitutifs sont différents d'un O.P à un autre. L'article 49 du statut des avocats prévoit quatre genres de sanctions : l'avertissement, le blâme, la suspension provisoire de trois années au maximum, et enfin la radiation du tableau de l'ordre. L'article 50 du statut des architectes contient à lui seul pas moins de 14 sanctions pécuniaires. Le statut des traducteurs- interprètes officiels ne prévoit que deux types de sanctions : la suspension provisoire et la radiation (art 19) , de même pour le statut de l'ordre des commissaires-priseurs (art 17) sauf que l'article 13 du décret exécutif 96-291 est venu rajouter trois autres sanctions

---

[44] L'art 27 du statut du géomètre expert foncier prévoit la radiation du tableau de l'ordre en cas de manquements aux « règles relatives à l'honneur de la profession ». La même formule est consacrée par l'art 47 du statut de l'architecte.

[45] Les art 08 du statut du notaire et 11 du statut des huissiers de justice consacrent une même formule de serment qui consiste à faire jurer ces professionnels de se comporter dans toutes les circonstances en tant qu'honnête notaire et huissier.

.أقسم بالله العلي العظيم أن أقوم بعملي أحسن قيام وأن أخلص في تأدية مهنتي وأكتم سرها وأسلك في كل الظروف سلوك الموثق الشريف والله على ما أقول شهيد"

Le serment pour les avocats consiste, selon l'art 13 de l'ord 91-04 à jurer d'exercer la profession en toute honnêteté et respecter le secret de la profession, ses traditions et ses nobles buts :

" اقسم بالله العلي العظيم أن أؤدي أعمالي بأمانة وشرف وان أحافظ على سر المهنة وتقاليدها وأهدافها النبيلة وان احترم القوانين"

[46] L'art 36 du statut de l'expert comptable du commissaire aux comptes et du comptable agrée précise que ces professionnels sont disciplinairement responsables même après leur démission pour toute violation ou manquement technique ou d'ordre moral.

[47] L'art 14 du statut des commissaires priseurs dispose que « le commissaire priseur est tenu d'observer rigoureusement les devoir et obligations que lui imposent les lois et le règlement, le traditions et usages professionnels »

[48] L'art 105 du décret exécutif n° 92/276 du 06 juillet 1992 stipule qu' « il est interdit à tout pharmacien d'exercer en même temps que a profession, une autre activité incompatible avec la dignité et l'éthique professionnelle … »

que sont le rappel à l'ordre, l'avertissement et le blâme [49]. Le code de déontologie médicale précise, de son coté, que « L'interdiction temporaire d'exercer la profession entraine la privation du droit d'éligibilité pendant une durée de cinq ans »[50].

La suspension temporaire d'exercice de la profession n'est pas prévue pour la même durée maximale : elle est de trois ans pour les avocats, de 06 mois pour les notaires (art 50) et pour les huissiers (art 54), ainsi que pour les experts comptables (art 66). Cette durée est d'une année pour les syndic-administrateurs judiciaires (art 21). Les textes des autres professions ne fixent aucune durée. Cette situation est contraire au principe d'égalité devant la loi consacré par l'article 29 de la Constitution en vigueur.

3) Le législateur ne confie pas le pouvoir disciplinaire aux mêmes organes. Ce pouvoir relève de la compétence d'organes à caractère national [51], ou régional [52], ou encore des autorités publiques [53]. Pour le statut des médecins, le pouvoir disciplinaire est partagé entre les conseils régionaux et les autorités administratives[54]. La sanction de suspension provisoire de l'activité professionnelle relève de la compétence des chefs des ordres (art 56 avocat) aussi bien que de la tutelle (art 56 notariat). La radiation est une sanction partagée entre les attributions des instances disciplinaires (art 49 avocat) et celles de la tutelle (art 46 architecte).

Ces exemples montrent combien peut être différente la réglementation de sujets importants dont dépend l'exercice serein et approprié des professions réglementées.

4) Les voies de recours et les délais impartis ne sont pas toujours unifiés. En matière de recours internes, les décisions disciplinaires rendues par les conseils de discipline des organisations régionales des avocats et des chambres régionales des notaires et des huissiers sont frappées d'appel devant les C.N.R

---

[49] Aucun renvoi au règlement n'est prévu dans le statut des commissaires priseurs pour l'établissement d'autres types de sanctions, de quoi s'interroger sur la légalité dudit décret exécutif.

[50] Art 218 du décret 92/276 précité.

[51] Tel que la comminions nationale des syndics (art 21) ou encore le conseil national de l'ordre des géomètres experts qui est selon l'art 19 de l'ord 95-08 seul compétent en matière disciplinaire sur proposition des conseils régionaux.

[52] Tel que les conseils de disciplines des barreaux d'avocats (art 47), des chambres régionales des notaires (art 55) et des huissiers (art 51), des conseils régionaux de déontologie médicale (art 217

[53] L'art 48 de l'ord législative 94-07 donne au ministre chargé de l'urbanisme le pouvoir de radier les professionnels fautifs sur proposition du conseil national de l'ordre des architectes ou suite au rapport des services techniques concernés.

[54] L'art 217 du décret exécutif n° 92-276 donne compétence aux conseils régionaux de déontologie médicale de rendre deux types de sanctions les avertissements et les blâmes, alors que le ministère de tutelle est compétent pour interdire l'exercice de la profession et la fermeture des établissements sur proposition de ces conseils .

respectives [55] dans un délai de 15 jours à compter de la date de notification aux avocats (art 54), et 30 jours pour les notaires (art 60) et les huissiers (art 56). Le délai est de six mois pour se pouvoir contre les décisions rendues par les conseils régionaux devant le conseil national de déontologie médicale[56].

En ce qui concerne le recours juridictionnel, certains textes promulgués avant la création du C.E consacrent le droit de se pourvoir devant la chambre administrative de la cour suprême[57]. Beaucoup de textes se contentent de préciser que les pourvois se fassent devant les juridictions légalement compétentes[58]. D'autres ne prévoient, malheureusement, aucun recours juridictionnel[59]. L'article 45 du décret législatif n° 94-07 ouvre droit aux architectes sanctionnés par le conseil national de l'ordre de se pourvoir devant le ministre de la tutelle. L'art 48 prévoit, par contre, le droit d'attaquer en justice la décision ministérielle. Sans aucun doute, il ne s'agit pas, en ce cas précis, de recours en cassation. Ce qui mène à dire que l'ordre des architectes n'est pas concerné par la jurisprudence consacrée par l'arrêt objet du commentaire au même titre d'ailleurs que les décisions disciplinaires de suspension d'activité ou de fermeture des établissements rendues par le ministre chargé de la santé publique à l'égard des médecins, des pharmaciens et des chirurgiens-dentistes. Les décisions ministérielles, étant des actes rendus par une autorité administrative centrale, sont susceptibles de recours en annulation devant le C.E conformément à l'article 09 de la loi organique 98-01.

5) En matière de garanties légales, rares sont les textes qui consacrent la prescription de l'action disciplinaire. Les statuts de l'avocat (art 59), des notaires (art 62), d'huissiers (art 58) fixent le délai de prescription à trois ans à compter de la date des faits. L'article 24 la loi régissant la profession de syndic-administrateur judiciaire fixe étrangement ce délai à cinq années.

Le reste des statuts ne traite pas de la prescription. Si c'est un oubli, il est de taille parce qu'il va de la protection des droits et peut être à l'origine de l'insécurité juridique. Il est inconcevable de ne pas prévoir la prescription de l'action disciplinaire à des délais raisonnables, alors que l'action pénale est prescriptible malgré la gravité des faits incriminés.

La suspension provisoire de l'activité professionnelle est une mesure conservatoire en attendant la comparution devant l'instance disciplinaire. Très

---

[55] La C.N.R est instituée par l'art 63 du statut de notariat, par l'art 59 de celui des huissiers et l'art 60 du statut des avocats.

[56] Art 267 bis 4 alinéa 03 de la loi 90-17 précitée stipule que « le décisions du conseils régionaux sont susceptibles, dans les six mois de leur prononcé, de recours… devant le conseil national de déontologie médicale » .

[57] Art 26 du statut du syndic-administrateur judiciaire, art 64 du statut des avocats. L'art 276 bis 4/3 de la loi 90-17 stipule que « les décisions du conseil national de déontologie médicale sont susceptible de recours devant la chambre compétente de la cour suprême , dans un délai d'une (1) année ».

[58] Tel que l'art 63-03 du statut de l'expert comptable.

[59] Tel l'exemple du statut de l'architecte, celui des commissaires priseurs, et le statut des traducteur-interprètes officiels.

peu sont les textes qui prévoient l'extinction des mesures de suspension pour forclusion du délai fixé au déroulement du procès disciplinaire [60] .

Le procès disciplinaire équitable exige des garanties légales parmi lesquelles l'impartialité de l'organe disciplinaire est de premier rang. Vu la nature de l'action disciplinaire telle qu'elle ressort des textes réglementaires, il est difficile de s'assurer totalement de cette impartialité tant qu'il y'a pas de séparation entre l'instance de jugement et les instances chargées des poursuites et des enquêtes. Toutes ces taches sont l'apanage d'une seule et unique instance au sein de la majorité des ordres. Les professionnels se retrouvent, inévitablement, devant les mêmes personnes qui ont engagé les poursuites contre eux, et qui ont procédé à l'enquête et les juger en même temps. Le doute de ne pas bénéficier de procès disciplinaire équitable est légitime d'autant plus que les textes ne consacrent pas le principe de la proportionnalité des sanctions avec les fautes incriminées. A défaut d'ériger cette proportionnalité en règle impérative, l'instance disciplinaire disposerait d'un pouvoir discrétionnaire pouvant nuire aux professionnels poursuivis disciplinairement.

Quoi que n'étant pas juge de l'opportunité, le juge administratif en droit comparé a su étendre son contrôle sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration en procédant tantôt au contrôle de la matérialité des faits [61] tantôt au contrôle de la qualification juridique des faits [62]. En Algérie, le C.E a annulé des sanctions disciplinaires du C.S.M pour n'avoir pas été proportionnelles aux fautes reprochées au magistrat sanctionné. Pour arriver à cette fin, le C.E s'est fondé sur une nouvelle théorie relative au contrôle des erreurs manifestes d'appréciation [63]. Cette jurisprudence a marqué le début d'une ère pour le C.E d'élargir le champ du contrôle de la légalité moyennant la restriction du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Le C.E a qualifié d'excès de pourvoir le refus tacite du chef du gouvernement de prendre les textes d'application relatifs à la jouissance d'un droit en motivant sa décision de la sorte : « attendu que lorsqu'une loi consacre un droit quelconque et qu'elle conditionne sa jouissance par l'adoption des textes d'application réglementaires;

---

[60] L'art 23/2 du statut du syndic-administrateur judiciaire prévoit la suspension de l'exécution de la décision de suspension provisoire d'activité après deux mois en cas de non déroulement du procès dans ce délai.

[61] Voir arrêt C.E Français Gomel du 04/04/1914 in « les grands arrêts de la jurisprudence administrative » M. Long et autres Sirey 1990 P 170.

[62] Voir arrêt C.E Français Camino in « les grands arrêts de la jurisprudence administrative » » Précité P 178-182

[63] Arrêt C.E n ° 72994 du 27/07/1998 .Revue du C.E n° 1/2002 PP 83-84. Voir notre commentaire de cet arrêt en langue arabe in revue du C.E n° 6-2005 PP 31-58. sous le titre :

" عن موقف مجلس الدولة من الرقابة على القرارات التأديبية الصادرة عن المجلي الأعلى للقضاء. حالة الغلط الصارخ في التقدير

le gouvernement est obligé de prendre ces textes dans un délai raisonnable… Que le gouvernement … ne jouit pas dans ce cadre là que d'une compétence liée qui ne lui donne aucun pouvoir discrétionnaire …»[64]

Mieux encore, le C.E a accepté le contrôle de la légalité de décisions disciplinaires considérées par l'article 99/02 de l'ancienne loi sur la magistrature de 1989 comme interdits à tout recours [65]. Cette démarche trouve son fondement, en bonne partie, dans l'arrêt de principe rendu par le C.E selon lequel le recours pour excès de pouvoir est de mise même quand aucun texte ne le prévoit parce qu'il a pour effet d'assurer le respect de la légalité conformément aux principes généraux du droit [66]. Cette démarche ressemble à celle du C.E Français qui a estimé que les dispositions interdisant tout recours contre les décisions du bureau chargé du contrôle des élections du Conseil Supérieur de la Magistrature « excluent uniquement le recours de plein contentieux » et « ne sauraient … avoir pour conséquence de les priver du recours pour excès de pouvoir qui leur est ouvert, en cette matière comme dans toutes les autres, en vertu des principes généraux du droit » [67].

Il est impératif de souligner que le contrôle de la légalité des actes administratifs en Algérie ne doit pas être considéré d'origine jurisprudentielle comme c'est le cas en France. Ce contrôle est devenu un principe de droit à valeur constitutionnelle après avoir été consacré expressément par l'article 143 de la constitution en vigueur [68].

---

[64] C.E arrêt non publié n° 013948 du 20/05/2003 entre S.R C/ le Chef du gouvernement. Les attendus sont rédigés en arabe comme suit :

" حيث أنه عندما يكرس قانون ما حقا ويوقف ممارسته على صدور نصوص تطبيقية تنظيمية، فإن الحكومة ملزمة بإصدار هذه النصوص في أجل معقول." "حيث وبالفعل، فإن الحكومة الملزمة قانونا باتخاذ جميع التدابير من أجل جعل هذا الحق فعليا، لا تتمتع في هذا المجال إلا باختصاص مقيد، هذا الاختصاص الذي لا يمنحها أية سلطة للتقدير ما عدا تحديدها، تحت رقابة القاضي، شروط التطبيق وحدود هذا الحق." "حيث أن الرفض الضمني الناجم عن صمت الحكومة مدة تفوق 03 أشهر تجاه إصدار النصوص التطبيقية المناسبة يعد رفضا غير مبرر ويحلل على أنه تجاوز للسلطة، وبالتالي، فإن العارض محق في طلب إبطاله."

[65] Arrêt C.E n° 72994 du 27/07/1998 précité.

[66] Arrêt C.E n ° 182491du 17 /01/2000. Revue du C.E 1-2002 pp 109-110

جاء في هذا القرار ما يلي: "**إن الطعن من اجل تجاوز السلطة موجود حتى و لو لم يكن هناك نص و يهدف إلى ضمان احترام مبدأ القانونية طبقا للمبادئ العامة للقانون**"

[67] Arrêt du C.E Français Falco et Vidaillac 17/01/1953 IN « les grands arrêts de la jurisprudence administrative » précité P 508

[68] L'article 143 de la constitution stipule que « La justice connaît des recours à l'encontre des actes des autorités administratives ».

CONCLUSION :

Quelques que soient les conclusions tirées des réflexions suscitées par l'arrêt commenté, celui-ci a le mérite d'avoir clarifié davantage la position du C.E au sujet du contentieux disciplinaire relevant de sa compétence en premier et dernier ressort. Cette clarification se rapporte d'une part au type de recours juridictionnel approprié exercé devant le CE à l'encontre des décisions disciplinaires relevant des O.P, et d'autre part au type de contrôle juridictionnel approprié exercé par le CE sur ces décisions.

En somme, l'arrêt objet du commentaire a particulièrement mis en évidence la volonté du C.E à vouloir juridictionnaliser les instances disciplinaires relevant des O.P à fin d'assurer l'harmonie entre cette jurisprudence et celle consacrée par l'arrêt de principe précité n° 0016886 rendu par les chambres réunies du C.E.

Parallèlement, l'arrêt commenté a confirmé une règle d'origine jurisprudentielle selon laquelle ne sont pas recevables en la forme tous les recours en cassation contre les décisions disciplinaires relevant des O.P. Que seuls sont recevables les recours contre les décisions définitives ayant effectivement sanctionné [69]. Cette règle répond convenablement aux situations dans lesquelles les instances disciplinaires des O.P sont sollicitées réglementairement à donner leurs avis sur certaines sanctions disciplinaires encourues relevant exclusivement de la tutelle administrative, comme c'est le cas de la décision attaquée dans l'arrêt commenté. Autrement dit, n'est pas forcement de caractère juridictionnel tout acte émanant des juridictions. Les actes consultatifs ne sont pas générateurs d'effets à l'égard des tiers et ne font pas grief à leurs intérêts, raisons pour lesquelles ils ne peuvent pas faire l'objet de recours juridictionnel selon une jurisprudence administrative constante [70].

---

[69] Le C.E avait précisé dans une affaire opposant le sieur BTR C/ DGSN que la décision du conseil disciplinaire n'est autre qu'une proposition de sanction qui ne peut être considérée comme acte administratif susceptible de l'objet d'action en annulation. (C.E arrêt 002179 du 12/11/2001, non publié). L'arrêt contient l'attendu suivant :

" حيث أن المقرر المطعون فيه هو مجرد اقتراح عقوبة و ليس قرار بالعقوبة و لا يرقى إلى مستوى القرار الإداري الذي يكون محلا لدعوى الإلغاء مما يتعين معه التصريح بعدم قبول الطعن شكـلا."

[70] Selon la jurisprudence du C.E, il existe différentes catégories d'actes administratifs insoumis au contrôle de la légalité, parmi lesquels les actes de souveraineté et les actes dits « constitutionnels ». Voir notre commentaire en langue arabe relatif à la position du C.E concernant le contrôle des actes du Conseil Constitutionnel, publié dans la revue du C.E n° 3/2003 PP 71-84 sous l'intitulé suivant :

" عن قابلية خضوع أعمال المجلس الدستوري برقابة القاضي الإداري, تعليق على قرار مجلس الدولة رقم 002871 الصادر بتاريخ 12-11-2001 "

La juridictionnalisation des instances disciplinaires, même faite par le législateur, n'est louable que dans la mesure où elle contribue à la consolidation des droits. Quand bien même le choix entre recours en annulation et recours en cassation engendre des conséquences processuelles importantes, la finalité recherchée doit être indiscutablement la même : la protection de la légalité. Une justice administrative forte et juste qui garantie efficacement les droits et les libertés du citoyen est un véritable vecteur de l'état de droit.

Le premier magistrat du pays a résumé cette préoccupation en affirmant que « il importe essentiellement pour l'avenir, que les instances de recours et particulièrement la Cour Suprême et le Conseil d'Etat … soient à la pleine mesure de leurs missions et des enjeux qu'elles comportent , et qu'elles puissent légitimer , au-delà de l'indépendance du juge, l'établissement de la justice en pouvoir pleinement autonome.» [71]

[71] Discours Présidentiel de l'inauguration de l'année judiciaire 2001-2002 .Revue du C.E n° 1-2002, partie en langue française pp 8