

مجلة الندوة للدراسات القانونية

مجلة محكمة متخصصة تعنى بالدراسات القانونية تصدر دوريا

عدد

13

الثالث عشر

مدير النشر
أ.قارة وليد
رئيس التحرير
د نبيلة بن يوسف
ن.رئيس التحرير
د محمد فيصل ساسي



ISSN 2392-5175

EL NADWA JOURNAL OF LEGAL STUDIES
REVUE EL NADWA D'ETUDES JURIDIQUES

Site web/ revuenadwa.jimdo.com email/ revue.nadwa@gmail.com

N°

13

Directeur
De La Publication
Kara Ouahid
Redacteur En Chef
Nabila Ben Youcef
Vice , Redacteur En Chef
Mohamed Faycal Sassi



ISSN 2392-5175

التعريف بالمجلة

هي مجلة علمية مستقلة محكمة من طرف هيئة علمية رفيعة المستوى حيث تضم أكبر الدكاترة في مجال القانون و العلوم الانسانية ذات الصلة على الصعيدين الوطني و الدولي . تحوز على التقييم الدولي ، تصدر إلكترونيا كل أربعة أشهر(بالاضافة الى أعداد خاصة) . تديرها مجموعة من الاستاذة و الباحثين بعيدا عن وصاية أي مؤسسة عمومية ، تهدف المجلة لنشر البحوث العلمية بغية تدعيم المراجع الالكترونية و مساعدة الباحث في الجزائر و الوطن العربي كمثيلاتها من المجلات الدولية . تنخرط المجلة في الاتحاد العالمي للمؤسسات العلمية ، كما يربط المجلة بالمؤسسات التي تعنى بالنشر الالكتروني عدة اتفاقيات بغية نشر البحوث المقدمة لها في قواعد بيانات عربية و دولية ، قصد المساهمة الفعالة في نشر البحث العلمي بين أقطار الدول العربية و العالم بأسره في مجال البحث القانوني.

مدير المجلة – أ. قارة وليد

رئيسة التحرير – د. بن يوسف نبيلة

نائب رئيس التحرير : د. ساسي محمد فيصل

اعضاء هيئة التحرير

د.مقراني ريمة – أ.شيباني نضيرة

أ.ثوابتي ايمان ريمة سرور – أ.عماروش سميرة – أ. سويح دنيا زاد

التدقيق اللغوي : أ. مسعودي صليحة

مجلة الندوة للدراسات القانونية

Journal el Nadwa of Legal Studies

مجلة علمية محكمة تصدر الكترونيا

التقييم الدولي : ISSN2392-5175



مجلة الندوة للدراسات القانونية
ISSN 2392-5175

لمراسلة المجلة :

الموقع الرسمي للمجلة : revuenadwa.jimdo.com

البريد الإلكتروني للمجلة revue.nadwa@gmail.com

العدد (13) – أبريل/ماي 2017

الهيئة العلمية للمجلة

- أ.د السيد أبو الخير - استاذ محاضر في القانون الدولي بعدد من الجامعات - عضو نقابة المحامين - مصر
- أ.د فوزي أوصديق - رئيس المنتدى الاسلامي للقانون الدولي الانساني - استاذ زائر في عدة جامعات / قطر
- أ.د بوضياف عمار - استاذ التعليم العالي - مدير مخبر دراسات البيئة و التنمية المستدامة - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة تبسة - الجزائر
- أ.د بوحنية قوي - استاذ التعليم العالي - عميد كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة ورقلة - الجزائر
- أ.د بو بكر عبد القادر - استاذ التعليم العالي - كلية الحقوق . بن عكنون - الجزائر
- أ.د بو عزة ديدن - استاذ التعليم العالي - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة تلمسان - الجزائر
- أ.د بموسات عبد الوهاب - استاذ التعليم العالي - كلية الحقوق - جامعة سيدي بلعباس - الجزائر
- أ.د إرزيل كاهنة - استاذة محاضرة - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة تيزي وزو - الجزائر
- د ماهر عبد الله العربي - استاذ القانون الجنائي - كلية حقوق القاهرة - فرع الخرطوم . السودان - مصر
- د زواقري الطاهر - عميد كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة عباس لغرور - خنشلة - الجزائر
- د اسعد حورية - استاذة محاضرة - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة تيزي وزو - الجزائر
- د نهاد أحمد - استاذة بالأكاديمية العربية المفتوحة بالدايمارك و بجامعة الملك سعود (السعودية) - مصر
- د الدياب حسن عز الدين - استاذ محاضر - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة المنار - تونس
- د بوزيان راضية - استاذة محاضرة - عميدة سابقة لكلية علم الاجتماع - جامعة الطارف - الجزائر
- د زياد علي محمد الكايد - استاذ محاضر - قسم إدارة الأعمال - جامعة شقراء - المملكة السعودية
- د بن حملة سامي - أستاذ محاضر - كلية الحقوق - جامعة قسنطينة 1 . قسنطينة - الجزائر
- د بلقاسم سعودي - استاذ محاضر - كلية العلوم الاقتصادية - جامعة مسيلة - الجزائر
- د حسن عالي - استاذ محاضر - كلية العلوم الاجتماعية - جامعة وهران - الجزائر
- د الشيماء محمد - عضو هيئة التدريس بجامعة تبوك - المملكة السعودية - مصر
- د عبد السلام بني حمد - عضو هيئة التدريس بالجامعة الأردنية - الأردن

- د . خلف الله عبد السلام محمد - استاذ محاضر - كلية الاقتصاد و العلوم السياسية - جامعة الزيتونة - ليبيا
- د . حضراوي الهادي - استاذ محاضر - عميد كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة الأغواط - الجزائر
- د . نبيلة بن يوسف - استاذة محاضرة - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة تيزي وزو - الجزائر
- د . بخوية ادريس - استاذ محاضر - كلية الحقوق و العلوم السياسية - الجامعة الافريقية . أدرار - الجزائر
- د . منصور لخضاري - عضو هيئة التدريس - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة مسيلة - الجزائر
- د . خنفوسي عبد العزيز - استاذ محاضر - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة سعيدة - الجزائر
- د . السبتي وسيلة - استاذة محاضرة - كلية العلوم الاقتصادية و التجارية - جامعة محمد خير - الجزائر
- د . عثمانية كوسر - استاذة محاضرة - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة عباس لغرور - الجزائر
- د . حساني خالد - أستاذ محاضر - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة عبد الرحمان ميرة - الجزائر
- د . رضا التميمي - استاذ محاضر - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة العربي بن مهيدي - الجزائر
- د . بن صغير عبد المؤمن - استاذ محاضر - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة سعيدة - الجزائر
- د . بخوش هشام - استاذ محاضر - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة سوق أهراس - الجزائر
- أ . محديد حميد - عضو هيئة التدريس - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة زيان عاشور - الجزائر
- أ . ليلي زيد الراشد - عضو جمعية المحامين - الكويت

قواعد النشر في

مجلة الندوة للدراسات القانونية :

* أن تتسم المقالات بالأصالة و الحداثة و الاسهام العلمي الجاد.

* تتوفر على الشروط العلمية و المنهجية.

* يقدم صاحب المقال سيرته الذاتية .

* يرسل المقال إلى هيئة التحرير عبر بريد المجلة الالكتروني .

* تقدم الملخص إلزامي باللغة العربية و لغة أجنبية أخرى

* يكتب في أول المقال إلى اليسار اسم ولقب الباحث و اسفله رتبته العلمية و المؤسسة العلمية و الدولة .

* لا يتجاوز عدد الصفحات في المقال (30) ثلاثون صفحة ، و لا يقل عن (10) عشر صفحات من مقياس 21- 29 ، إلا استثناء .

* يكتب المقال باللغة العربية بحجم 14 و بخط Arabic traditionnel . و باللغة الأجنبية بحجم 12 غليظ و بخط times new romain

* التهميش : يذكر في آخر كل فكرة مقتبسة رقم يدل على المؤلف، الذي يشار إليه في

أسفل الصفحة التي وردت بها الفكرة بالطريقة التالية: لقب و اسم المؤلف ،عنوان

المؤلف، الجزء، الطبعة، دار النشر، بلد النشر، سنة النشر، رقم أو عدد الصفحات المقتبسة منه.

* يكتب الهامش بنفس الخط و بحجم 11 عربي و حجم 10 غليظ أجنبي .

* تكتب في نهاية المقال قائمة المراجع المستعملة، و ترتب ترتيباً أبجدياً، باحترام الترتيب المعتمد ضمن المقال.

* تخضع المقالات المقدمة للتحكيم العلمي، من قبل اللجنة العلمية للمجلة، قبل نشرها، و تحتفظ اللجنة بحقها في ابداء التحفظات.

* على صاحب المقال احترام تحفظات اللجنة العلمية للمجلة.

* يحق للجنة العلمية تأخير نشر المقالات أو رفضها كلية، اذا خالفت قواعد النشر في المجلة.

* المقالات و البحوث المنشورة في المجلة تعبر عن رأي صاحبها .

* لا يكون المقال موضوع طلب النشر، قد نشر سابقاً في أي مجلة أخرى .

* المقال المقبول للنشر يصبح ملكاً للمجلة .

* لا يجوز إعادة نشر مواد المجلة إلا بعد موافقة كتابية من هيئة التحرير

* ما ينشر في المجلة يعبر عن رأي صاحبه، ولا يعبر بالضرورة على وجهة نظر المجلة



فهرس البحوث و الدراسات

- 01- مدى استقلالية الغرفة الثانية للبرلمان الفرنسي والجزائري من الناحية الادارية والمالية
د. نعيمة جعفري - الجزائر ص 003
-
- 02- المساهمة والمشاركة في الجريمة الإرهابية بين المفهوم والتجريم . دراسة على ضوء التشريع الجنائي في موريتانيا
د. محمد ولد الشيخ- المعهد العالي للدراسات و البحوث الاسلامية-موريتانيا ص 018
-
- 03- نحو الصيرفة الشاملة كآلية لتحديث الصناعة المصرفية وتأهيل المصارف الجزائرية
د. خنوسي عبد العزيز- جامعة سعيدة - الجزائر ص 044
-
- 04-الحق في الخصوصية المعلوماتية بين تحديات التقنية و واقع الحماية القانونية
أ. بن قارة مصطفى عائشة - كلية الحقوق - جامعة مستغانم - الجزائر ص 074
-
- 05-عقد المناولة من وجهة نظر قانون الصفقات العمومية الجديد
أ. كوثر بن ملوكة دريس - جامعة وهران 2 محمد بن أحمد - الجزائر ص 091
-
- 06- العدول عن المفهوم التقليدي في احالة النزاع أمام المركز الدولي
أ. عطار نسيم - جامعة ابو بكر بلقايد - تلمسان - الجزائر ص 103
-
- 07- الاعتراضات الشرعية و القانونية على صندوق النفقة
أ. عبد الحميد عيدوني - المركز الجامعي - عين تموشنت - الجزائر ص 114
-
- 08- حماية الحقوق و الحريات في الدستور الجزائري
أ. مهديد فضيل - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة تلمسان - الجزائر ص 121
-
- 09-Saudi Anti-Cybercrime Law of 2007
A Comparative Study looking at the United Arab Emirates' Combating
(Cybercrimes Law of 2006 Amended in 2012
Dr. Faleh Salem ALKAHTANI - Faculty Member, Department of Shari'a
and Law, College of Criminal Justice, Naif Arab University for Security
Sciences p133

ملاحظة : ليست هناك معايير محددة في ترتيب المقالات

تخلي المجلة كامل مسؤوليتها عن أي اخلال بالملكية الفكرية من خلال المقالات المنشورة بها

الافتتاحية

بسم الله الرحمن الرحيم

مدى استقلالية الغرفة الثانية للبرلمان الفرنسي والجزائري من الناحية

الإدارية والمالية

الدكتورة / نعيمة جعفري

مقدمة :

يعتبر الاستقلال الإداري والمالي للمجالس النيابية نتيجة طبيعية لكون هذه المجالس تمثل الجزء الأهم في السلطة التشريعية، وبالتالي لا بد من استقلالها في مواجهة السلطة التنفيذية. ومن أبسط مظاهر هذا الاستقلال استقلالها بتنظيمها الداخلي ونشاطها الإداري، ومن ثم استقلالها في ميزانيتها لضمان عدم تحكم السلطة التنفيذية في السلطة التشريعية في حالة عدم استقلالها المالي¹.

وعليه ما مدى استقلال الغرفة الثانية في البرلمان في تنظيمها الإداري والمالي؟ هذا ما سيتم معالجته من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين يتم التعرض في المطلب الأول إلى تنظيم الغرفة الثانية من الناحية الإدارية. أما المطلب الثاني فيخصص إلى تنظيم الغرفة الثانية من الناحية المالية. من أهم مظاهر استقلال المجالس النيابية من الناحية الإدارية هو استقلالها بوضع أنظمتها الداخلية. ولمعرفة مدى استقلال مجلس الأمة في الجزائر في وضع نظامه الداخلي، ومجلس الشيوخ الفرنسي، سيتم تقسيم هذه الدراسة إلى مطلبين، يتم التعرض في المطلب الأول إلى مدى استقلال الغرفة الثانية في وضع نظامها الداخلي. أما المطلب الثاني فيخصص إلى مدى استقلال الغرفة الثانية في إعداد ميزانيتها.

¹ - علي محمد الدباس، السلطة التشريعية وضمانات استقلالها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بيروت، 2010، ص 250.

المطلب الاول :مدى استقلال الغرفة الثانية في وضع نظامها الداخلي:

تعتبر الأنظمة الداخلية للمجالس النيابية قواعد داخلية لتنظيم العمل داخل هذه المجالس كمؤسسات نيابية، وتحتوي على مجموعة من القواعد التي تحدد مهام الأعضاء في نطاق مهامهم النيابية والرقابية والتشريعية¹.

وعليه ماهي آلية وضع النظام الداخلي للمجالس النيابية ؟ وما مدى تأثير هذه الآلية على استقلالية الغرفة الثانية في وضع نظامها الداخلي .هذا ما سيتم الإجابة عليه من خلال مايلي:

الفرع الأول : آلية وضع النظام الداخلي للمجالس النيابية :

تتعد الآليات القانونية التي تصدر بها الأنظمة الداخلية للمجالس النيابية ،وعليه ماهي صور هذه الآليات؟ وما هي آلية وضع النظام الداخلي لمجلس الشيوخ الفرنسي ومجلس الأمة الجزائري ؟ هذا ما سيتم التعرض له فيما يلي:

1- صور آليات وضع الأنظمة الداخلية للمجالس النيابية : عادة ما يحدد الدستور الآلية

القانونية التي تصدر بها الأنظمة الداخلية للمجالس النيابية، وهي لا تتعدى إحدى الصور التالية²:

- قد يتم تنظيم الشؤون الداخلية للمجلس بموجب قانون .إلا أن هذا الأسلوب لا يحقق استقلالية المجلس ،بسبب امتلاك الحكومة سلطة صياغة وإقرار القوانين،مما قد يفتح لها المجال لتغيير بعض القواعد التي تؤثر سلبا على استقلالية المجالس النيابية .

- وقد يضع المجلس النيابي نظامه الداخلي ،لكن يخضع لتصديق جهة أخرى عليه كالمجلس الدستوري .

- وقد يصدر النظام الداخلي بقرار من المجلس النيابي نفسه ،وهذا هو الأصل ،لأن المجلس النيابي هو صاحب الاختصاص الأصلي بوضع نظامه ،وهو الأمر الذي يتماشى مع تقاليد العمل الديمقراطي من أن يكون لكل مجلس نيابي الحق في وضع نظامه الداخلي ،وتعديله بقرار يصدر بإرادته المنفردة دون التدخل

¹ - علي الصاوي ،مستقبل البرلمان في العالم العربي ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،2000،ص142 .

² - علي محمد الدباس ،المرجع السابق ،ص251 .

من السلطة التنفيذية أو أي جهة أخرى. فما هو الوضع بالنسبة لمجلس الأمة بالمقارنة مع مجلس الشيوخ الفرنسي؟ هذا ما سيتم التعرض له في الفقرة الموالية.

2-آلية وضع النظام الداخلي لمجلس الشيوخ الفرنسي ومجلس الأمة الجزائري: بالرجوع إلى

الدستور الفرنسي لسنة 1958، نجده قد منح لغرفتي البرلمان الحق في وضع نظامها الداخلي ضمن قيود معينة، مع اشتراط تصديق المجلس الدستوري عليها الذي يفصل في مدى مطابقتها للدستور¹. وبهذا يخضع النظام

الداخلي لمجلس الشيوخ لتصديق المجلس الدستوري. أما بالنسبة لمجلس الأمة في الجزائر، وبالرجوع إلى نص المادة 115 من دستور 1996 فإنها نصت على ما يلي: "يعد المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة نظامهما الداخلي وبمصادقان عليهما". وبهذا يكون المؤسس الدستوري قد منح لكل غرفة من غرفتي البرلمان الحق في وضع نظامها الداخلي والمصادقة عليه. إلا أن هذا يبدو ظاهريا، لأنه بالرجوع إلى نص المادة 165 من الدستور في فقرتها 03 نجدها تنص على: "كما يفصل المجلس الدستوري في مطابقة النظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان للدستور..". هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى حدد آلية تنظيم عمل كل من غرفتي البرلمان، وكذا العلاقة الوظيفية بينهما وبين الحكومة بموجب قانون عضوي، وهو القانون رقم 02/99² الذي أخضعه وجوبا لرقابة المجلس الدستوري باعتباره قانون عضوي. وبهذا يخضع كل من النظام الداخلي لمجلس الشيوخ الفرنسي ومجلس الأمة للتصديق من طرف المجلس الدستوري لإبداء رأيه في مدى مطابقتها للدستور، وعليه ما أثر هذا الإجراء على استقلالية الغرفة الثانية في وضع نظامها الداخلي؟ هذا ما سيتم التعرض له على فيما يلي.

الفرع الثاني : آلية تصديق المجلس الدستوري على النظام الداخلي :

يشكل وضع النظام الداخلي من طرف كل غرفة من غرفتي البرلمان مظهرا من مظاهر استقلاليتها، وكل تدخل في ذلك من أي جهة قد يجد من مدى هذه الاستقلالية. لذلك من أهم النزاعات التي تنشأ بين

¹-Article 61 du constitution 1958,(Modifie par loi constitutionnelle 2008-724 ,du 23/07/2008,du JORF 0171 du 24/07/2008,page 11890).

²- القانون العضوي رقم 02/99 الصادر في 08 مارس 1999، يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، وعملها وكذا العلاقة الوظيفية بينهما وبين الحكومة، ج. ر. ج. ج. عدد 15 المؤرخة في 09 مارس 1999.

المجالس الدستورية والبرلمانات، تنشب بخصوص رقابة القوانين الخاصة بأعضاء البرلمان، والأنظمة الداخلية، لاسيما هذه الأخيرة التي تتمكن من خلالها المجالس الدستورية عموما من تحديد وضبط المكانة التي يحتلها البرلمان في النظام الدستوري والسياسي للدولة¹. وعليه ماهي الآليات التي يملكها كل من المجلس الدستوري الفرنسي والجزائري لتأثير على استقلالية غرفتي البرلمان في وضع نظامها الداخلي؟ ولكن قبل تحديد أهم الآليات التي تملكها المجالس الدستورية للتأثير على استقلالية غرفتي البرلمان، لا بد من تحديد مدى استقلالية هذين المجلسين في عملية الرقابة على دستورية القوانين، ومدى مطابقتها للدستور، وهي الوظيفة المسندة إليهما من طرف كل من المؤسس الدستوري الفرنسي والجزائري². إلا أن ذلك لا يعني أن هذا المجلس هو حامي الدستور، فهذه المهمة مسندة لرئيس الجمهورية بموجب المادة 05 والمادة 70 من الدستور الفرنسي والجزائري على التوالي³.

وهو المهيمن على المجلس الدستوري بالرغم من تفوق البرلمان في التمثيل داخل هذا المجلس باعتباره ممثل بستة أعضاء بالنسبة للمجلس الدستوري الفرنسي، وأربعة أعضاء بالنسبة للمجلس الدستوري الجزائري⁴.

إلا أن ذلك لا يمنع من هيمنة رئيس الجمهورية على المجلس من خلال حقه في تعيين ثلاثة من أعضائه، كما يعين رئيسه الذي يكون صوته مرجحا في حالة تعادل الأصوات. ومن خلال هذه التشكيلة يبرز لنا مدى هيمنة رئيس الجمهورية على المجلس الدستوري، واستخدامه كأداة لتسيير غرفتي البرلمان من خلال توجيه أعمالهما ونشاطاتهما بإدخال تعديلات على نظامهما الداخلي، وهذا ما من خلال الآليات التي تملكها المجالس الدستورية والتي تتمثل أهمها فيما يلي :

¹ - الأمين الشريط، مكانة البرلمان الجزائري في اجتهاد المجلس الدستوري، مجلة المجلس الدستوري، صادرة عن المجلس الدستوري الجزائري، العدد 01، ص 14.

² - voir l'article 61 du constitution 1958 ;

-أنظر للمادة 163 من دستور 1996 .

³ - أنظر للمادة 70 من دستور 1996 التي تنص على : "يجسد رئيس الجمهورية، رئيس الدولة، ووحدة الأمة، وهو حامي الدستور". أنظر كذلك

-L'Article 05 du constitution 1958 : « Le Président de la République veille au respect de la Constitution... »

⁴ -أنظر للمادة 164 من دستور 1996 ؛

- Voir l'Article 56 du constitution 1958 .

1- طبيعة الرقابة : يتميز مجلس الدستوري الفرنسي في ظل دستور 1958 برقابة ذات طابع سياسي بحكم طريقة تشكيله (التعيين) ، وبحكم كونها رقابة سابقة أساسا، ولا يمارس أية رقابة لاحقة إلا استثناء¹. بخلاف المجلس الدستوري الجزائري الذي يمارسها بصفة أصلية طبقا للمادة 165 من الدستور. هذا إلى جانب الرقابة السابقة مما يجعل رقابته ذات طبيعة سياسية وقضائية . ورغم هذه الفروق الجوهرية بين مجلس الشيوخ الفرنسي والجزائري ، إلا أن المؤسس الدستوري الجزائري تضمن نفس الآليات التي تضمنها دستور 1958 لعقلنة النظام البرلماني ووضع حد لهيمنة غرفتي البرلمان. و تتمثل هذه الآليات على الخصوص في² :

- تحديد المجال الذي يشرع فيه البرلمان طبقا للمادتين 34 من دستور 1958 ، والمادة 122 من دستور 1996 .

- إخضاع الأنظمة الداخلية للغرفتين ، وكذلك القوانين العضوية لرقابة سابقة وجوبا من طرف المجلس الدستوري طبقا للمادتين 61 و 165 من الدستور الفرنسي والجزائري على التوالي .

وبهذا يستشف من ذلك أن الغاية الأساسية من إنشاء المجالس الدستورية على غرار المجلس الدستوري الفرنسي والجزائري ، هي رسم بدقة الحدود التي يتحرك داخلها البرلمان، وتقليص سلطاته ، مما يترتب على ذلك تحويل غرفتي البرلمان إلى غرف للتسجيل³ عن الطريق التغيير و التأثير في استقلالها التنظيمي، والمساس بالسيادة البرلمانية ذاتها .

2-إلزامية الرقابة السابقة : من النتائج السلبية التي قد تترتب على إلزامية الرقابة السابقة من طرف المجلس الدستوري مايلي⁴ :

- المساس بمبدأ استقلالية البرلمان عندما تتعلق بالقوانين الداخلية للغرف .

¹ - الأمين الشريط ،مكانة البرلمان الجزائري في اجتهاد المجلس الدستوري،المرجع السابق ،ص11 .

² - الأمين الشريط ،مكانة البرلمان الجزائري في اجتهاد المجلس الدستوري ،المرجع السابق ،ص14 .

³ -Marcel PRELOT /Jean BOULOIS ,Institutions politiques et Droit constitutionnel, 6^{ème} édition, Paris,1990,p. 765.

⁴ - الأمين شريط ،مكانة البرلمان الجزائري في اجتهاد المجلس الدستوري ،المرجع السابق ،ص13 .

-إن الرقابة السابقة بطبيعتها رقابة سياسية وإلزامية لكونها تجسد مشاركة المجلس الدستوري في إعداد القانون، حيث لا يكون النص التشريعي المعد من طرف البرلمان نصا مكتملا إلا بعد موافقة المجلس الدستوري عليه. وبهذا يصبح هذا الأخير شريكاً في العملية التشريعية .

وفي الأخير يستشف من مما سبق، أنه بالرغم من الطابع القانوني أو القضائي المحايد للمجلس الدستوري، إلا أن وجود هذا الأخير لا يستطيع أن يكون بعيداً عن الصراعات السياسية لاسيما بين الحكومة والبرلمان والتأثر بها. فوجوده لا تبرره سوى الرغبة في تثبيت حضور معين لعلاقات السلطة¹. فالمجلس الدستوري في كل من النظام الفرنسي والجزائري يعتبر آلية لضبط أعمال غرفتي البرلمان، من خلال القوانين المتصلة بهما لاسيما أنظمتها الداخلية طبقاً لما هو منصوص عليه دستورياً. وفي هذا الإطار، فإن أهم تأثير أحدثه المجلس الدستوري على البرلمان الجزائري مرتبط برأيه المتعلق بالنظام الداخلي لمجلس الأمة سنة 1998² والذي ارتأى فيه أن مجلس الأمة ليس له الحق في التعديل، مما ترتب عليه إبعاده عن العمل التشريعي، بالرغم من نص المادة 98 من دستور 1996 على أنه: "يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين هما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة. وله السيادة في إعداد القانون والتصويت عليه". وبهذا يترتب على خضوع النظام الداخلي لمجلس الدستوري ضمان مطابقة أحكامه للدستور من جهة، ومن جهة ثانية نجد المجلس الدستوري قد توسع في تحديد هذه المطابقة. بل أكثر من ذلك قد وصل إلى الاختلاف مع الدستور في تحديد مكانة الغرفة الثانية من خلال نظامها الداخلي التي تملك حق إعدادها والمصادقة عليه دستورياً³ الأمر الذي يدفع إلى التساؤل حول من الذي يحظى بالأسبقية ضمن مبدأ تدرج القواعد القانونية هل الدستور أم قرارات المجلس الدستوري؟ وما الهدف من مراقبة مدى مطابقة أحكام النظام الداخلي للدستور إذا كان لا يحترم الترتيب الوارد في مبدأ تدرج القواعد القانونية وفي مقدمتها الدستور.

¹ -Jean ROCHE ,Le Sénat de la République dans la constitution de 1958 ,Chronique constitutionnelle Française ,RDP,n^o6,1959 ,p. 1165.

² - رأي المجلس الدستوري بخصوص النظام الداخلي لمجلس الأمة رقم 98/04، المؤرخ 1998/02/10، الصادر في ج.ر.ج ج، ع 08 المؤرخة 1998/02/10.

³ -أنظر المادة 115 فقرة 02 من دستور 1996 .

وبناء على ما سبق نستنتج أنه لا يحظى مجلس الأمة بالسيادة على نظامه الداخلي، لأنه يبقى رهن تعديلات واجتهادات المجلس الدستوري الموسعة التي تتجاوز مجال مطابقة مواد لإحكام الدستور، مما يؤثر ذلك حتى على هيئات المجلس الإدارية في تفعيلها لعمله . ومن هنا يجب دراسة هذه الهياكل الإدارية التي تساهم في قيام الغرفة الثانية للبرلمان بعملها، وذلك على ضوء النظام الداخلي لمجلس الشيوخ الفرنسي¹، ومجلس الأمة الجزائري الذي يعتبر الأساس القانوني المنظم والمسير لعمل الغرفتين .

المطلب الثاني: مدى استقلال الغرفة الثانية في اعداد ميزانيتها

من مظاهر استقلالية أي مجلس نيابي، أن يرجع له أمر تحديد ميزانيته باستقلالية تامة حتى لا يشعر بأية تبعية مالية نحو السلطة التنفيذية .على أن تدرج هذه الميزانية على شكل رقم واحد في ميزانية الدولة، وذلك بهدف تعزيز شعور المجلس النيابي بأنه سيد نفسه، دون أي رقابة أو تدخل من قبل السلطة التنفيذية².

وعليه ما مدى استقلال مجلس الأمة الجزائري بإقرار ميزانيته بالمقارنة مع مجلس الشيوخ الفرنسي؟ للإجابة عن هذا التساؤل سيتم تقسيم هذا الفرع نقطتين: أولاً إلى مدى استقلالية مجلس الشيوخ في إقرار ميزانيته. أما ثانياً فيخصص إلى مدى استقلالية مجلس الأمة في إقرار ميزانيته.

الفرع الأول: مدى استقلالية مجلس الشيوخ في إقرار ميزانيته:

ما يستفاد من نص المادة 103 من النظام الداخلي لمجلس الشيوخ³، أن هذا الأخير يتمتع بالاستقلال المالي تطبيقاً لمبدأ الفصل بين السلطات. وتم تأكيد ذلك في المادة 07 من المرسوم رقم 58-1100 الصادر في 17 نوفمبر 1958، المتعلق بتنظيم سير العمل بالمجالس النيابية التي تنص على أنه

¹ -Règlement du Sénat Français constitué par la résolution du 16/01/1959 ,modifiée et complétée par la résolution du 9/6/1959,délibérée les 24et 25/06/1959 ,publiée au J.O.,loi et décrets ,du 3/7/1959 .

² - عقيلة خرباشي،المركز الدستوري لمجلس الأمة في الجزائر،رسالة دكتوراه،جامعة باتنة،2010/2009،ص154 .

³ -Article 103 du RS,(Modifiée par la résolution du 2 juin 2009) .

"يتمتع كل مجلس نيابي بالاستقلال المالي"¹. وعليه كيف يتم إعداد ميزانية مجلس الشيوخ؟ وكيف يتم المصادقة عليها. هذا ما سيتم التعرض له الآن :

أولاً: كيفية إعداد ميزانية مجلس الشيوخ: يكلف المحاسبون على مستوى مجلس الشيوخ بإعداد الميزانية، حيث يرجع تحديد الإعتمادات اللازمة لتشغيل المجالس البرلمانية في فرنسا إلى مقترحات لجنة مشتركة تتألف من محاسبي كلا المجلسين. وتجتمع هذه اللجنة برئاسة رئيس غرفة من محكمة المحاسبات، وقاضيين منها قضاة محكمة المحاسبات الذين لهم رأي استشاري في مداولاتها التي تختم بوضع تقرير توضيحي يتضمن المقترحات الواردة في مشروع قانون الميزانية². أما مراقبة المصاريف فتراجع للجنة خاصة في مجلس الشيوخ مسؤولة عن مراقبة الحسابات وتدقيقها، ومن أهم المهام التي تتكفل بها هي³:

- فحص حسابات مجلس الشيوخ وفقاً لقواعد الميزانية والمحاسبة.

- تجري تحقيقات كلما رأت ذلك ضرورياً، وترفع ملاحظاتها إلى الرئيس والمحاسبين.

- تتكفل بنشر حسابات مجلس الشيوخ.

وتتألف هذه اللجنة من عشرة أعضاء من مجلس الشيوخ، تعين سنوياً في افتتاح الدورة العادية بطرق تضمن التمثيل النسبي لكافة الفرق البرلمانية⁴.

ثانياً: المصادقة على حسابات ميزانية مجلس الشيوخ:

بالرجوع إلى المادة 47/2 من الدستور الفرنسي لسنة 1958 نجد أنها تنص على أنه: "تعاون محكمة الحسابات البرلمان في مراقبة عمل الحكومة. كما تعاون البرلمان والحكومة في مراقبة تنفيذ

¹ -Article 7 du Ordonnance n°58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires .

² -Article 7/2 ,Ordonnance n°58-1100 du 17 novembre 1958 .

³- Article 103 bis/1 du RS .

⁴ Article 103 bis/2 du RS .

قوانين الميزانية تكون حسابات الإدارات العامة منتظمة وصحيحة وتعكس صورة صادقة عن حصيلة تسييرها وذمتها المالية ووضعها المالي".¹

وما يستفاد من هذه المادة بالإضافة إلى نص المادة 103 فقرة 02 و 03 من النظام الداخلي لمجلس الشيوخ² أنه حتى تكون حسابات الإدارات العامة منتظمة وصحيحة وتعكس صورة صادقة عن حصيلة تسييرها وذمتها المالية ووضعها المالي، تتكفل محكمة الحسابات في إطار ذلك بسماع شهادة مدققي الحسابات والحكم ببراءة ذمتهم، وفقا لقواعد الانتظام والإخلاص والنزاهة لحسابات الدولة، وذلك طبقا للقواعد الواردة في المادة 58 فقرة 5 من القانون العضوي رقم 2001-692 الصادر في 01 أوت 2001 المتعلق بأعمال الميزانية³. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى يخضع تقرير اللجنة الخاصة للتدقيق والتقييم الداخلي لمجلس الشيوخ إلى مراقبة محكمة المحاسبات لاعتماده والتعليق عليه، ولها في إطار ذلك سماع رأي قضاة المحكمة التي قادت مراجعة شهادة مدققي الحسابات، ليتم بعد ذلك دمج حسابات مجلس الشيوخ مع حسابات ميزانية الدولة.

وبذلك لا يعكس دور اللجنة الخاصة لتدقيق الحسابات على مستوى مجلس الشيوخ على استقلالية المجلس في إعداد ميزانيته، لأنه مجرد دور تنظيمي يقتصر على التحقق من سلامة حسابات وصرف ميزانية المجلس التي يخضع اعتمادها لمحكمة المحاسبات حتى يتم دمجها في ميزانية الدولة.

غير أن محكمة المحاسبات لا تتولى عملية الرقابة على ميزانية مجلس الشيوخ فقط، وإنما تتكفل أيضا برقابة وفحص الحسابات العامة للدولة التي يتم تقديمها من قبل المحاسبين دون محاسبتهم، حيث يقف دورها عند حد الاهتمام بالحسابات نفسها، وذلك لمعرفة مدى سلامتها وعدم مخالفتها لقواعد المالية، وهذا دون أن تتعرض لمسؤولية المحاسبين التي هي من اختصاص المحكمة التأديبية لمخالفات الميزانية والمخالفات المالية⁴. وتتمثل طبيعة رقابة محكمة المحاسبات في كونها رقابة قضائية باعتبارها محكمة إدارية مستقلة يتم

¹ -Article 47/2 de la constitution du 4 octobre 1958 .

² -Article 103/2et3 du RS .

³ -Article 58/5 du loi organique n^o2001-692 du 1^{er} aout 2001 relative aux loi de finances,(JORF n^o177,du02/8/2001,page.12480-12489),Modifiée par loi n^o2005-779 du 12/7/2005,(JORFn^o162 du 13/7/2005,page 11443) .

⁴-جيهان حسن سيد أحمد خليل، دور السلطة التشريعية في الرقابة على الأموال العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 193-194 .

تنظيمها على نفس نظام المحاكم القضائية، مما يشكل ضماناً قوياً تحمي القضاة من الوقوع تحت أي تأثير خارجي يمكن أن يؤثر على فحصهم للحسابات. كما توصف رقابة محكمة المحاسبات بأنها رقابة مشروعية وليست رقابة ملاءمة حيث تقف عند الحكم على الحسابات العامة المقدمة إليها، وتحدد مدى احترامها للقواعد المالية، والقوانين التي تنظم مالية الدولة، ولا تتعدى إلى النظر في مدى ملاءمة هذه التصرفات¹.

وبهذا تخضع ميزانية مجلس الشيوخ لرقابة محكمة المحاسبات التي توصف بأنها رقابة قضائية ومشروعية وليست رقابة ملاءمة. وإذا كان هذا الوضع بالنسبة لميزانية مجلس الشيوخ، فما هو الوضع بالنسبة لميزانية مجلس الأمة؟ هذا ما سيتم التعرض له في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: مدى استقلالية مجلس الأمة في إقرار ميزانيته المالية :

ما يستفاد من نص المادة 89 من النظام الداخلي لمجلس الأمة، أن مجلس الأمة يتمتع بالاستقلال المالي، وعليه ما هي كيفية إعداد ميزانية مجلس الأمة؟، وما هي طرق مراقبتها؟ وهذا ما سيتم معالجته على الشكل التالي :

أولاً: كيفية إعداد ميزانية مجلس الأمة :

يتكفل مكتب مجلس الأمة بدراسة مشروع ميزانية المجلس، ثم يبلغه إلى لجنة الشؤون الاقتصادية والمالية التي تبدي رأيها فيه في غضون عشرة أيام من تاريخ تبليغها به، كما يمكن للجنة إدخال تعديلات عليه. وعقب الانتهاء من إبداء رأيها حول مشروع الميزانية، يحال على مجلس الأمة للتصويت عليه، بشرط أن يتم تبليغ الميزانية التي صوت عليها مجلس الأمة إلى الحكومة خلال الدورة الخريفية قصد إدماجها ضمن مشروع قانون المالية².

وما يلاحظ أن مجلس الأمة يتمتع باستقلالية كافية في إعداد ميزانيته، إذ يتم إعدادها على مستواه داخل أجهزته وهياكله دون التدخل من أي جهة أخرى، إذ يتم تبليغ الميزانية التي صوت عليها مجلس الأمة

¹- جيهان حسن سيد أحمد خليل، المرجع السابق، ص 195.

²- أنظر للمادة 89 من النظام الداخلي لمجلس الأمة سابق الإشارة إليه.

للحكومة لتدرج مباشرة في قانون المالية والميزانية. أي أن وزير المالية لا يمارس أية رقابة على هذه الميزانية مثل ما يفعله مع بقية المؤسسات¹.

ثانيا: طرق مراقبة تنفيذ ميزانية مجلس الأمة:

استنادا لنصي المادتين 90 و92 من النظام الداخلي لمجلس الأمة، تخضع ميزانية مجلس الأمة لمراقبة داخلية من طرف المراقب البرلماني، و مراقبة خارجية من طرف مجلس المحاسبة، وللمحاسبة وفقا لقواعد المحاسبة العمومية وذلك على الشكل التالي :

1-المراقبة الداخلية: يتكفل المراقب البرلماني مع نائبين له في مجلس الأمة على مستوى مكتب

المجلس بالسهر على متابعة تنفيذ ميزانية المجلس، والسهر على حسن استخدام واستغلال الموارد البشرية والمادية للمجلس، وإعداد الحصيلة السنوية عن عمليات التسيير وعرضها على المجلس².

وبالتالي يتولى المراقب البرلماني مراقبة عمليات صرف ميزانية مجلس الأمة التي تم إعدادها من طرف مكتب المجلس مع أخذ رأي اللجنة الاقتصادية والمالية. وتوصف هذه الرقابة بأنها رقابة ذاتية لأنها تتم من طرف جهاز تابع للتنظيم الداخلي لمجلس الأمة.

2-المراقبة الخارجية: تخضع محاسبة مجلس الأمة لقواعد المحاسبة العمومية، ولمراقبة مجلس المحاسبة

³. وقد تم تأكيد خضوع ميزانية مجلس الأمة لقواعد المحاسبة العمومية في الفقرة 02 من المادة الأولى من القانون 90-21 الصادر 15 أوت 1990⁴ المتعلق بالمحاسبة العمومية بنصها على أن: "أسس وقواعد المحاسبة العمومية تطبق على تنفيذ الميزانيات الآتية:..الميزانيات والعمليات الخاصة بالمجلس الدستوري، المجلس الشعبي الوطني، ومجلس الأمة".

¹ - عقيلة خرباشي، المركز الدستوري لمجلس الأمة، المرجع السابق، ص157.

² -أنظر المادة 92 من النظام الداخلي لمجلس الأمة سابق الإشارة إليه.

³ -أنظر المادة 90 من النظام الداخلي لمجلس الأمة سابق الإشارة إليه.

⁴ -أنظر المادة 1 فقرة 02 من القانون 90-21 الصادر في 15 أوت 1990 المتعلق بالمحاسبة العمومية، ج.ر.ج. عدد35 المؤرخة في 15 أوت 1990، ص1031.

وبهذا تخضع ميزانية مجلس الأمة إلى أسس وقواعد المحاسبة العمومية التي تتمثل في مجموعة من القواعد القانونية والتقنية التي تهتم بضبط إجراءات تنفيذ وتسجيل عمليات تحصيل الإيرادات، وتسديد النفقات العمومية المرخصة في الميزانية العامة للدولة، وإعداد التقارير والقوائم المالية الحكومية عن نتائج نشاط مختلف وحدات القطاع العام¹.

كما يخضع تنفيذ ميزانية مجلس الأمة لمراقبة بعدية من طرف مجلس المحاسبة، وهذا طبقاً لنص المادة 107 من دستور 1996 التي تقضي بأن: "يؤسس مجلس محاسبة يكلف بالرقابة البعدية لأموال الدولة والجماعات الإقليمية والمرافق العمومية. يعد مجلس المحاسبة تقريراً سنوياً يرفعه إلى رئيس الجمهورية. يحدد قانون عضوي صلاحيات مجلس المحاسبة ويضبط تنظيمه وعمله وجزاء تحقيقاته".

وقد تم التأكيد على أن مجلس المحاسبة الرقابة البعدية على أموال الدولة، والجماعات الإقليمية والمرافق العمومية، باعتباره المؤسسة العليا للدولة لهذا النوع من الرقابة في المادتين 02 و 07 من الأمر رقم 95-20 الصادر في 17 جويلية 1995، المعدل والمتمم بالأمر 10-02 الصادر في 26 أوت 2010². حيث يراقب مجلس المحاسبة نوعية التسيير للهيئات الخاضعة لرقابته بما فيها مجلس الأمة، ويتأكد من خلال تحرياته من وجود وملاءمة، وفعالية، وفعالية آليات وإجراءات الرقابة والتدقيق الداخليين³.

كما يمكن أن يعرض رئيس مجلس الأمة على مجلس المحاسبة دراسة الملفات ذات الأهمية الوطنية التي تدخل في نطاق اختصاصه⁴.

وبهذا يتولى مجلس المحاسبة اختصاصاً رقابياً على تنفيذ ميزانية مجلس الأمة، واختصاصاً استشارياً يتعلق بالموضوعات التي تدخل في نطاق اختصاصه، والتي يعرضها عليه رئيس مجلس الأمة.

¹- زهير شلال، آفاق إصلاح نظام المحاسبة العمومية الجزائري الخاص بتنفيذ العمليات المالية للدولة، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية، والتجارية وعلوم التسيير، جامعة بومرداس، الجزائر، 2013/2014، ص 05.

²- أنظر المادة 07 من الأمر 95-20 الصادر في 17 جويلية 1995، معدل ومتمم بالأمر 10-02 المؤرخ في

26 أوت 2010 المتعلق بمجلس المحاسبة، ج.ر.ج.ج.، عدد 50 المؤرخة في 01 سبتمبر 2010، ص 4.

³- أنظر المادة 99 من الأمر 95-20، معدل ومتمم بالأمر 10-02 المتعلق بمجلس المحاسبة سابق الإشارة إليه.

⁴- أنظر المادة 20 من الأمر 95-20، معدل ومتمم بالأمر 10-02 المتعلق بمجلس المحاسبة سابق الإشارة إليه.

خاتمة:

في الأخير ما يمكن استخلاصه، أنه إن كان إحداث الغرفة الثانية في البرلمان مرتبط تاريخيا باشتراك الطبقة الارستقراطية في تكوين البرلمان كنموذج غرفة اللوردات في بريطانيا، أو إيجاد تمثيل للولايات في الدول الفدرالية، مقابل تمثيل المواطنين في مجلس النواب، كالولايات المتحدة الأمريكية،

أو كحل للخروج من مراحل انتقالية، وأزمات سياسية، جعلت من وجود هذه الغرفة أمرا حتميا كما هو الشأن لنظام الثنائية البرلمانية في فرنسا والمنبثقة عن دستور 1875. إلا أن هذه الأسباب التاريخية لا تكفي لوحدها لتفسير ظاهرة تزايد نظام الغرفة الثانية في البرلمان، إذ هناك سبعين (70%) من الغرف الثانية قائمة حاليا في دول غير فدرالية أي في دول بسيطة، على أساس أن نظام الثنائية البرلمانية يسمح بتمثيل أكثر لفئات المجتمع، كما يحقق مبدأ التوازن بين السلطات وبين الشعب، والسلطة من جهة أخرى، مما يضمن استقرار الدولة واستمرارها، وتحسين الأداء التشريعي إلى غير ذلك من المبررات التي أوجدها مناصري الثنائية البرلمانية. إلا أنه يبقى لكل دولة أسبابها الخاصة التي دفعت بها إلى تبني نظام الغرفة الثانية في البرلمان. فالجزائر مثلا وبناء على دستور 1996 تبنت نظام الغرفة الثانية، بإنشاء مجلس الأمة كغرفة ثانية للبرلمان الجزائري، بناء على أسباب قانونية وسياسية بالدرجة الأولى جعلت من إحداثها ضرورة حتمية لمعالجة حالة الفراغ المؤسساتي المترتب عن الفراغ الدستوري نتيجة تزامن استقالة رئيس الجمهورية مع حل المجلس الوطني، وما نتج عنها من دخول البلاد في عشرية سوداء ترتب عليها أزمة سياسية واقتصادية وفراغ مؤسسي.

وبناء على هذه الأسباب قامت الدولة الجزائرية بإعادة هيكلة مؤسساتها الدستورية، ومنها السلطة التشريعية بإحداث مجلس الأمة كغرفة ثانية للبرلمان الجزائري، اعتمد المؤسس الدستوري في تشكيلها على أسلوب الانتخاب والتعيين، بخلاف مجلس الشيوخ الفرنسي الذي يتم اختيار كل أعضائه بموجب الانتخاب غير المباشر. وبالرغم من الانتقادات الموجهة إلى كل من الأسلوبين، لاسيما أسلوب التعيين، إلا أنه بالرغم من ذلك يعتبر كل من مجلس الشيوخ الفرنسي، ومجلس الأمة مجلسا نيايبا باعتبار أنه يتم اختيار كل أعضائه بالانتخاب - مجلس الشيوخ - أو غالبية أعضائه بالانتخاب - مجلس الأمة - . كما يضم كل من مجلس الشيوخ الفرنسي ومجلس الأمة من الناحية الإدارية عدة أجهزة ولجان تساعد المجلسين في القيام بمهامهم

النيابية .إلا أن دورها يعد محدوداً بسبب عدة قيود نظرا لعدم استقلالية كل من مجلس الشيوخ ومجلس الأمة في إقرار نظامهما الداخلي .إلا أنه من الناحية المالية فإن مجلس الشيوخ الفرنسي لا يعد مستقل بإقرار ميزانيته بخلاف مجلس الأمة الذي يتمتع بنوع من الاستقلالية في إقرار ميزانيته ودمجها، في الميزانية العامة للدولة مع خضوعها لمراقبة داخلية على مستوى المجلس من طرف المراقب البرلماني، وإلى مراقبة خارجية من طرف مجلس المحاسبة .

قائمة المراجع :

قائمة الكتب :

- جيهان حسن سيد أحمد خليل، دور السلطة التشريعية في الرقابة على الأموال العامة ،دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 193-194 .

- علي محمد الدباس ،السلطة التشريعية و ضمانات استقلالها ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،بيروت، 2010 ، ص 250 .

- علي الصاوي ،مستقبل البرلمان في العالم العربي ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،2000، ص142 .

- Marcel PRELOT /Jean BOULOIS ,Institutions politiques et Droit constitutionnel, 6^{ème} édition, Paris,1990,p. 765.

-رسائل الدكتوراه :

- عقيلة خرباشي ،المركز الدستوري لمجلس الأمة في الجزائر،رسالة دكتوراه ،جامعة باتنة ،2009/2010.

-زهير شلال ،آفاق إصلاح نظام المحاسبة العمومية الجزائري الخاص بتنفيذ العمليات المالية للدولة ،رسالة دكتوراه ،كلية العلوم الاقتصادية ،والتجارية وعلوم التسيير ،جامعة بومرداس ،الجزائر، 2013/2014 ، ص05 .

-المقالات:

-الأمين الشريط ،مكانة البرلمان الجزائري في اجتهاد المجلس الدستوري ،مجلة المجلس الدستوري،صادرة عن المجلس الدستوري الجزائري ،العدد01.

-Jean ROCHE ,Le Sénat de la République dans la constitution de 1958 ,Chronique constitutionnelle Française ,RDP,n^o 6,1959 ,p. 1165.

-النصوص الدستورية والقانونية :

-الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل سنة 2008.

-الدستور الفرنسي لسنة 1958 المعدل سنة 2008 .

-القانون العضوي رقم 02/99 الصادر في 08 مارس 1999 ، يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، وعملهما وكذا العلاقة الوظيفية بينهما وبين الحكومة ، ج. ر.ج.ج، عدد 15 المؤرخة في 09 مارس 1999

-القانون 90-21 الصادر في 15 أوت 1990 المتعلق بالمحاسبة العمومية، ج.ر.ج.ج. عدد 35 المؤرخة في 15 أوت 1990 ، ص 1031.

-الأمر 20/95 الصادر في 17 جويلية 1995 ، معدل ومتمم بالأمر 10-02 المؤرخ في

26 أوت 2010 المتعلق بمجلس المحاسبة ، ج.ر.ج.ج. عدد 50 المؤرخة في 01 سبتمبر 2010 ، ص 4.

-loi organique n°2001-692 du 1^{er} aout 2001 relative aux loi de finances,(JORF n°177,du02/8/2001,page.12480-12489),Modifiée par loi n°2005-779 du 12/7/2005,(JORFn°162 du 13/7/2005,page 11443) .

-Règlement du Sénat Français constitué par la résolution du 16/01/1959 ,modifiée et complétée par la résolution du 9/6/1959,délibérée les 24et 25/06/1959 ,publiée au J.O.,loi et décrets ,du 3/7/1959 .

-Ordonnance n°58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires .

-رأي المجلس الدستوري بخصوص النظام الداخلي لمجلس الأمة رقم 98/04 ، المؤرخ 10/02/1998، الصادر في ج. ر.ج. ج ، ع 08 المؤرخة 10/02/1998.

المساهمة والمشاركة في الجريمة الإرهابية بين المفهوم والتجريم . دراسة

على ضوء التشريع الجنائي في موريتانيا .

الدكتور/ محمد ولد الشيخ

أستاذ متعاون بالمعهد العالي للدراسات والبحوث الإسلامية - موريتانيا

MEDCHEIKH22@YAHOO.FR

مقدمة

تطلق غالبية التشريعات على تعدد الجناة في الجريمة الواحدة نظام المساهمة الجنائية، ويعتبر هذا النظام تطبيقاً لمبدأ تقسيم العمل غير المشروع، فالجريمة الإرهابية علي غرار الجريمة الكلاسيكية إما أن ترتكب من طرف شخص واحد فتسمى جريمة فردية، حيث ترتبط بمشروع فردي، غايته المس بالنظام العام وزعزعة الاستقرار والأمن عبر إشاعة التهيب والذعر بين أفراد المجتمع، وإما أن ترتكب - لنفس الغاية - من طرف مجموعة من الأفراد الذين يوزعون الأدوار فيما بينهم في سياق عملية التنفيذ المادي، فنكون والحالة هذه أمام جريمة إرهابية جماعية حيث تقع من عدة أشخاص يتعاونون على ارتكابها ، وقد تتماثل أدوارهم وما يقومون به ، وقد تختلف هذه الأدوار فيقتصر البعض على التهيئة والتحضير، فيما يقوم الآخرون بالأفعال المادية ، كما قد يقوم البعض بالتحريض على الجريمة والبعض بتنفيذ الأفعال موضوع التحريض ، كما قد يستخدم شخص ما غيره لارتكاب جريمة من الجرائم الإرهابية، ويكون هذا الغير مسؤولاً قانوناً عن الجريمة التي ارتكبت بناء على إقناعه غيره بارتكابها ، هذه الحالات التي رأيناها والتي يساهم فيها أحيانا أكثر من شخص هي التي يعبر عنها في فقه القانون الجنائي بالمساهمة الجنائية ، أو المساهمة في الجريمة أو الاشتراك فيها.

إن تجريم نشاط المساهم والمشارك في الجريمة والاهتمام القانوني بضرورة أن ينال كل منهما جزاءه ليس حديث العهد ، بل هو قديم قدم المجتمعات الإنسانية فقد عرفه الرومان¹ ، كما نصت عليه وطبقته نصوص وقواعد الشريعة الإسلامية².

إذا كانت التشريعات الوضعية لم تعرف الإرهاب ، فإنها مع ذلك سلكت طريقا آخر لمحاولة حصر الأفعال التي يحصل بها ، ومن ضمن هذه التشريعات تشريعنا الوطني المتعلق بمكافحة الإرهاب الذي نص في المادة 3 منه على أنه "تشكل جريمة إرهابية بمقتضى هذا القانون، الجريمة المنصوص عليها في المواد 4-5-6 والتي بحكم طبيعتها أو سياقها يمكن أن تشكل خطرا كبيرا على البلاد وترتكب بصفة إرادية بهدف تهريب السكان أو قهر السلطات العمومية بغير وجه حق على القيام بما ليست ملزمة بفعله أو الامتناع عن فعل ما يجب عليها القيام به، أو المساس بالقيم الأساسية للمجتمع وزعزعة الهياكل أو المؤسسات الدستورية أو السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية للأمم، أو المساس بمصالح بلدان أخرى أو منظمة دولية"، وهذا التعريف لا يختلف من حيث مضمونه عن التعريفات التي أخذت بها التشريعات المقارنة.³

¹ - راجع في ذلك مدونة جوسنتيان (3،7،26) أشار إليها د.أحمد علي بدوي في مقاله (الاشتراك الجنائي في القانون الروماني - دراسة تحليلية) ، مجلة الشريعة والقانون ، العدد 52، سنة 2012، الصفحة 361.

² - فقد وردت آيات وأحاديث عديدة تشير إلى هذا المعنى منها قوله تعالى (ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف في القتل إنه كان منصورا) الآية 33 من سورة الإسراء ، وأيضاً قوله تعالى (ولكم في القصاص حياة) الآية 179 من سورة البقرة ، فتعليقا على هذه الآيات، لو قلنا إن الجماعة لا تقتل بالواحد لكان الاشتراك يسقط القصاص ولو سقط القصاص لسقط المعنى ، انظر في ذلك النووي ، المجموع ، ج، 17، ص، 210 ، كما روي أيضا عن ابن عمر رضي الله عنهما قال قتل غلام غيلة ، فقال عمر : لو اشترك فيه أهل صنعاء لقتلتهم به أخرجه البخاري ، وللمزيد حوله راجع ابن حجر في شرح الباربي ج، 14، ص، 216.

³ - كمثلا التشريع المغربي الذي ينص في الفصل 1 - 218. - من قانون الإرهاب المغربي علي أنه " تعتبر الجرائم الآتية أفعالا إرهابية ، إذا كانت لها علاقة عمدا بمشروع فردي أو جماعي يهدف إلى المس الخطير بالنظام العام بواسطة التخويف أو التهريب أو العنف:

1-الاعتداء عمدا على حياة الأشخاص أو على سلامتهم أو على حرياتهم أو اختطافهم أو احتجازهم=

2==تزييف أو تزوير النقود أو سندات القرض العام، أو تزييف أختام الدولة والدمغات والطابع والعلامات، أو التزوير أو التزييف المنصوص عليه في الفصول 360 و361 و362 من هذا القانون

3-التخريب أو التغييب أو الإتلاف؛

4-تحويل الطائرات أو السفن أو أي وسيلة أخرى من وسائل النقل أو إتلافها أو إتلاف منشآت الملاحة الجوية أو البحرية أو البرية أو تغييب أو تخريب أو إتلاف وسائل الاتصال ؛

5-السرقه وانتزاع الأموال؛

6. صنع أو حيازة أو نقل أو ترويج أو استعمال الأسلحة أو المتفجرات أو الذخيرة خلافا لأحكام القانون؛

- 7الجرائم المتعلقة بنظم المعالجة الآلية للمعطيات ؛

- 8تزوير أو تزييف الشيكات أو أي وسيلة أداء أخرى المشار إليها على التوالي في المادتين 316 و331 من مدونة التجارة؛

إن من يتفحص فحوى المادة 3 المشار إليها بإحالتها على المواد 4. 5. 6 من نفس القانون يجد أن المشرع كان واضحا وصريحا بخصوص التجريم المستقل، الذي يعرفه فقهاء القانون الجنائي، والذي يعبرون عنه بمذهب استقلالية التجريم¹، ويرجع تبني المشرع الجنائي الموريتاني لهذا المذهب في قانون الإرهاب لخطورة الأفعال محل التجريم من جهة، ولكون جل الأفعال الجرمية التي نص عليها هذا القانون هي من قبيل الأفعال التي تعد من وسائل المشاركة². ما من شك في أن الدراسات المنصبة على الإرهاب والموضوعات المتعلقة به تحظى بأهمية بالغة على جميع المستويات سواء كانت قانونية، أو سياسية أو أمنية، أو اقتصادية، أو اجتماعية، نظرا لما يثيره هذا الموضوع من نقاشات وإشكالات مختلفة، ونحن في دراستنا هذه سنركز على جزئية قانونية بسيطة من الجزئيات القانونية الكثيرة التي أثارها ولا زالت تثيرها قوانين الإرهاب على مستوى العالم، والإشكال الرئيسي المتعلق بهذه الجزئية يكمن في : إلى أي حد كان المشرع الجنائي في موريتانيا موفقا في تجريمه لنشاط كل من المساهم والمشارك في الجريمة الإرهابية؟

إن دراسة وتحليل هذا الإشكال تتطلب طرح العديد من التساؤلات الفرعية، ومن بين وأهم هذه التساؤلات ما المقصود بالمساهمة والمشاركة؟ وكيف تناولهما المشرع بالتجريم والعقاب؟ وما هي الأفعال التي تحصل بها المساهمة؟ وما هي أيضا تلك التي تحصل بها المشاركة؟ وهل فضل المشرع الجنائي الموريتاني أن يأخذ بمذهب استقلالية التجريم وما يترتب عليها في مواجهته لنشاط كل من المساهم والمشارك في الجريمة الإرهابية، أم أنه أخذ بمذهب وحدة الجريمة الذي يأخذ به أصلا كمبدأ عام في الكثير من الجرائم؟

للإجابة على هذه الأسئلة وغيرها يكون من الضروري التعرض لمفهوم المساهمة والمشاركة (مطلب أول)، على أن أتناول موقف التشريع الجنائي الموريتاني بخصوص الإشكالات المثارة حول هذين المفهومين (مطلب ثان).

9- تكوين عصابة أو اتفاق لأجل إعداد أو ارتكاب فعل من أفعال الإرهاب ؛

10- إخفاء الأشياء المتحصل عليها من جريمة إرهابية مع علمه بذلك.

1 - سنتعرف على هذا المذهب لاحقا إن شاء الله.

2 - كالتهريب، والإخفاء، وإقناع الغير، والإشادة، والمساعدة، والتمويل، وغيرهما من الأفعال المنصوص عليها في المواد 4-5-6 من قانون الإرهاب الموريتاني.

المطلب الأول: مفهوم المساهمة والمشاركة في جرائم الإرهاب

عند القيام بأي فعل جرمي هناك مسؤول عنه، هذا المسؤول قد يكون فردا وقد يكون عدة أفراد، فالجريمة قد تقع من قبل شخص واحد، وهي الصورة العادية المألوفة¹، وفي هذه الحالة فإنه يتم تطبيق النص القانوني على هذا الشخص ويتحمل لوحده المسؤولية الجنائية الناشئة عن ارتكابه لها،² وقد يرتكبها شخصان أو أكثر، حيث يتعاونان على ارتكابها فيكون لكل واحد منهم دور يؤديه.³

إن تعاون الجناة فيما بينهم لارتكاب الجريمة، يتخذ صوراً متباينة ومختلفة، وذلك بسبب اختلاف ظروف الجريمة، وما يرتكبه أو يؤديه كل من هؤلاء المساهمين من أجل تنفيذها،⁴ فقد يباشر كل من هؤلاء المساهمين دوراً رئيساً في ارتكاب الجريمة، وذلك من خلال قيامهم بالأفعال التي تدخل في الركن المادي للجريمة، كما لو قذف عدة جناة المجني عليه من أحد الطوابق العليا في بناء فارتطم بالأرض ومات على إثر ذلك، وقد يقوم بعض هؤلاء الجناة بأعمال تدخل في الفعل المكون للركن المادي للجريمة، أي أنهم يساهمون فيها بشكل مباشر، ويكون لهم فيها دور رئيسي، وقد يقتصر بعضهم على القيام بأعمال لا تدخل في الفعل المكون للركن المادي، إلا أنها تتصل به بطريقة غير مباشرة كالتحريض أو الاتفاق أو تقديم المساعدة لأجل ارتكاب الجريمة.⁵

لقد درج الفقه الجنائي على تسمية الجاني الذي يباشر الدور الرئيسي في الجريمة (بالفاعل) وتكون مساهمته في إحداثها مساهمة أصلية (فقرة أولى)، أما إذا كان دوره فيها ثانوياً فتوصف مساهمته بأنها مساهمة تبعية، ويسمى هذا المساهم بالمساهم التبعية أو الشريك (فقرة ثانية).

¹ د. د. أكرم نشأت إبراهيم، الأحكام العامة في قانون العقوبات العراقي، ط2، مطبعة اسعد، بغداد، 1967، ص78، د. جلال ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1989، ص313.

² نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات، الكتاب الأول، النظرية العامة للجريمة، دراسة تحليلية في أركان الجريمة، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998، ص353.

³ محمد سعيد نور، دراسات في فقه القانون الجنائي، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2004، ص213.

⁴ محسن ناجي، الأحكام العامة في قانون العقوبات، شرح على متون النصوص الجزائية، ط1، مطبعة العاني، بغداد، 1974، ص266.

⁵ ماهر عبد شويش الدرّة، الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار الحكمة للطباعة والنشر، الموصل، 1990، ص231 - 232.

الفقرة الأولى: المساهمة الجنائية الأصلية

إن الجريمة كمشروع إجرامي إما أن ترتكب من طرف شخص واحد فيسمى فاعلا أصليا، وإما أن ترتكب مع الغير أي من طرف عدة أشخاص، وفي هذه الحالة الأخيرة فإننا سنتواجد من الناحية القانونية في مواجهة إحدى الحالتين: الأولى: وهي التي عبر عنها المشرع بالمشاركة وستتناولها لاحقا؛ أما الحالة الثانية: فهي التي عبر عنها بالمساهمة،¹ وهي "صفة قانونية تلتصق وتقترب بكل من يرتكب شخصا عملا من أعمال التنفيذ المادي للجريمة".

تعني المساهمة في المفهوم الجنائي "قيام المجرمين بإعانة بعضهم البعض الآخر في تنفيذ الركن المادي للجريمة، وتجدر الملاحظة إلى أن توفر صفة المساهمة في العمل الإجرامي يستلزم توفر العنصر المعنوي إلى جانب العنصر المادي ولكن هذا لا يعني ضرورة وجود اتفاق مسبق بين مرتكبي الجريمة، بل يكفي أن يوجد التداخل أثناء تنفيذ الركن المادي للجريمة حتى ولو تم ذلك صدفة".²

من أهم الصور التي تحصل بها المساهمة الجنائية الأصلية ما يلي:

- 1 - قيام الشخص بتجسيد عمل من الأعمال المكونة للركن المادي للجريمة؛
 - 2 - يعتبر العمل مساهمة كلما تدخل المشرع بنص قانوني ليعتبر القيام ببعض الأعمال مساهمة في الجريمة حتى وإن لم تكن تلك الأعمال داخلة ضمن الركن المادي للجريمة؛
 - 3 - يعتد بالمساهمة كلما ثبت وجود الاتفاق والتصميم بين الفاعلين علي تنفيذ الركن المادي للجريمة وهذه الحالة تعتبر المساهمة فيها قائمة حتى ولو لم تدخل الأعمال المرتكبة من طرف المساهم ضمن الركن المادي للجريمة؛
 - 4 - تتحقق المساهمة أيضا في حالة وجود اتفاق بين الفاعلين ولكن تحديد فعل كل واحد منهم يكون عسيرا، ومثال هذه الصورة أن يقع هجوم من طرف عدد من الفاعلين على شخص معين وتتم إصابته دون معرفة درجة مساهمة كل واحد منهم ونوع الفعل الذي ارتكبه
- إن المساهمة الأصلية كإطار قانوني في سياق الجريمة الإرهابية تتحقق في صورتين رئيسيتين:³

¹ عبد السلام بوهوش وعبد المجيد الشفيق، مرجع سابق، ص 168 - 169

² محمد بنجلون، شرح القانون الجنائي العام وتطبيقاته، سنة 2004، ص، 158 وما بعدها.

³ يوسف بنباصر، مرجع سابق، ص 109 - 110.

أ - في كل حالة يثبت فيها وجود اتفاق بين شخصين أو أكثر على إتمام تنفيذ الجريمة حتى ولو كان النشاط الذي قام به أحدهم تنفيذا للاتفاق لا يدخل في الركن المادي للجريمة،¹ ولتوضيح معالم هذه الصورة نورد المثال التالي: وقوع اتفاق بين شخصين على تنفيذ عملية إرهابية تؤدي إلى مصرع شخص أو أشخاص معينين بواسطة متفجرات في إطار مشروع ثنائي للمس بالأمن العام باعتماد التهيب والعنف، ويتم إثر ذلك توزيع الأدوار بينهما حيث يقوم الأول بالتسلل إلى محل الجريمة لإلقاء المتفجرات (وهذا هو التنفيذ المادي لوقائع الجرم الإرهابي) بينما يتولى الثاني مهمة حراسة الموقع وإخباره بتحركات رجال الأمن بعين المكان؛²

ب . في حالة يثبت فيها سبق وجود اتفاق مصمم عليه بين عدة أشخاص على ارتكاب جريمة من الجرائم،³ حيث يقوم هؤلاء الأشخاص فعلا بتنفيذ الجريمة لكن لا يعرف من ارتكب منهم الفعل المادي لها، أو على الأقل يصعب تحديد الفاعل الأصلي فيها، ومثال هذه الحالة يكمن في اتفاق مجموعة من الأشخاص على تنفيذ جريمة إرهابية تستهدف أحد الشخصيات الرسمية أو الحكومية بواسطة أسلحة نارية فيقتحمون محل إقامته ويوجهون وابلا من الرصاص يرديه قتيلا، وعند تشريح جثة الضحية يثبت مثلا أن رصاصة واحدة فقط هي التي أصابته وأردته قتيلا، بينما أخطأت باقي الطلقات في إصابة الهدف...، ففي إثر هذه الصورة الافتراضية يعتبر جميع الأشخاص المرتكبون لجريمة القتل الإرهابية بمثابة مساهمين ولو تعذر الاهتداء إلى القاتل الحقيقي، اعتبارا إلى عنصر سبقية ثبوت الاتفاق والتصميم على الاعتداء على الضحية الذي أزهقت روحه.⁴

¹. عبد السلام بوهوش وعبد المجيد الشفيق ، مرجع سابق، هامش الصفحة 169.

². يوسف نباصر ، مرجع سابق ، ص 110.

³. عبد السلام بوهوش وعبد المجيد الشفيق، مرجع سابق، ص 169.

⁴. يوسف بنناصر، مرجع سابق ص 110 .

الفقرة الثانية: المشاركة في الجريمة الإرهابية

لقد ميزت بعض التشريعات بين المساهمة والمشاركة في الجريمة، فإذا كان المساهم هو كل شخص يقوم بعمل من أعمال التنفيذ المادي للجريمة، فإن المشارك هو من يقوم بعمل من الأعمال التي تساعد الفاعل الأصلي في ارتكاب جريمته، أو تشجعه على ارتكابها.¹

لقد اختلف الفقه حول تحديد المعايير التي تمكن من التمييز بين المساهمة والمشاركة، ونتيجة لذلك حاولت العديد من التشريعات تفادي هذا الاختلاف بإلغائها للفرقة ما بين مفهومي المساهمة والمشاركة وحددت نفس العقوبة للمساهم أو المشارك وذلك طبقاً لما يتم الحكم به على الفاعل الأصلي، وهذا موقف سار عليه التشريع الدائم والنرويحي، أما التشريع الإيطالي فقد قام بإلغاء الفرقة بين المساهم والمشارك، ولكنه مكن القاضي من تقرير التفاوت في العقوبة ما بين المساهمين والمشاركين كلما اختلفت درجة أو طبيعة المساهمة في الجريمة.²

أما التشريعات المغاربية فقد ميزت بين المساهم والمشارك مسايرة منها للتشريع الفرنسي وذلك عن طريق تحديد الصور أو الحالات التي تتحقق فيها المشاركة وهذه الحالات كما وردت في المدونات الجنائية العامة هي :

1 - التحريض على الجرائم أو الأمر بارتكابها؛

2 - المساعد بتقديم مساكن أو ملاجئ أو أمكنة للاجتماع لفائدة ممارسي الإجرام؛

¹ تنص المادة 42 من القانون الجنائي الجزائري لسنة 2012 علي أنه "يعتبر شريكا في الجريمة من لم يشترك اشتراكا مباشرا ، ولكنه ساعد بكل الطرق أو عاون الفاعل أو الفاعلين علي ارتكاب الأفعال التحضيرية أو المسهلة أو المنفذة لها مع علمه بذلك " كما نصت المادة 45 من نفس القانون على أنه " يأخذ حكم الشريك أيضا من اعتاد أن يقدم مسكنا أو ملجأ أو مكانا للاجتماع لواحد أو أكثر من الأشرار الذين يمارسون الصوصية أو العنف ضد أمن الدولة أو الأمن العام أو ضد الأشخاص أو الأموال مع علمه بسلوكهم الإجرامي". وقريبا من ذلك نصت المادة 29 من القانون الجنائي المغربي التي جاء فيه:

"يعتبر مشاركا في الجناية أو الجنحة من لم يساهم مباشرة في تنفيذها ولكنه أتى أحد الأفعال الآتية:

1- أمر بارتكاب الفعل أو حرض على ارتكابه، وذلك بهبة أو وعد أو تهديد أو إساءة استغلال سلطة أو ولاية أو تحايل أو تدليس إجرامي ؛

2- قدم أسلحة أو أدوات أو أية وسيلة أخرى استعملت في ارتكاب الفعل، مع علمه بأنها ستستعمل لذلك ؛

3- ساعد أو أعان الفاعل أو الفاعلين للجريمة في الأعمال التحضيرية أو الأعمال المسهلة لارتكابها، مع علمه بذلك ؛

4- تعود على تقديم مسكن أو ملجأ أو مكان للاجتماع لواحد أو أكثر من الأشرار الذين يمارسون للصوصية أو العنف ضد أمن الدولة أو الأمن العام أو ضد الأشخاص أو الأموال مع علمه .

² محمد بنجلون ، مرجع سابق ، ص، 161.

3 - تقديم مساعدة أو إعانة من أجل إنجاز الأعمال التحضيرية أو المسهلة لارتكاب الجريمة؛

4 - تسليم أو توفير وسائل تساعد الفاعل على تنفيذ جرمته.¹
إذا كانت هذه هي أهم صور المشاركة التي نص عليها التشريع الجنائي العام فماذا عن الصور التي تدخل في إطارها والتي تم النص عليها في قوانين الإرهاب؟
لقد تناولت النصوص الجنائية الصادرة في قضايا الإرهاب العديد من الأفعال التي تحصل بها المشاركة وهذه الأفعال سنتناولها تباعا وذلك حسب ما يلي:

1 - الإشادة بفعل إرهابي

أجمع الفقهاء القانونيون على أن الإرهاب في شكله الحالي يعتبر صورة من صور الحرب التقليدية أو السرية على الدولة والمجتمع، يستهدف من ورائه الجناة ضرب القيم العليا التي يقوم عليها النظام، لذا سعت التشريعات إلى تجريم ومعاقبة كل من يقدم دعما ماديا للإرهابيين، بتجريم تمويل الإرهاب، سواء كان هذا التمويل بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، وسواء تحقق العمل الإرهابي الممول أو لم يتحقق، بل وأكثر من ذلك عمدت هذه التشريعات إلى تجريم ومعاقبة كل من يقدم دعما معنويا لهؤلاء الجناة وذلك بتجريم الإشادة بالأعمال الإرهابية.²
يقصد بالإشادة حسب بعض التشريع، قيام الجاني بالتنويه بالعمل الإرهابي وتحييده وتتميمه واعتباره عملا إيجابيا ومشروعا، ويتم ذلك عادة بواسطة الملصقات والمطبوعات واستخدام الرموز والعلامات وغير ذلك من وسائل المدح الأخرى.³

¹ المواد 129، ج، مغربي، والمواد 42 و 43 ق، ج، جزائري. وأيضا محمد بنجلون، مرجع سابق، ص 161.

² عبد السلام بوهوش وعبد المجيد الشفيق، ص 120.

³ لقد نصت المادة 2-218 من قانون الإرهاب المغربي على انه " يعاقب بالحبس من ... كل من أشاد بأفعال تكون جريمة إرهابية بواسطة الخطب أو الصياح أو التهديدات المفوه بها في الأماكن والاجتماعات العمومية أو بواسطة المكتوب والمطبوعات المذيعه أو الموزعة أو المعروضة للبيع أو المعروضة في الأماكن أو الاجتماعات العمومية أو بواسطة الملصقات المعروضة على أنظار العموم بواسطة مختلف وسائل الإعلام السمعية البصرية والالكترونية، فإذا كان المشرع المغربي نص بشكل صريح على تجريم أفعال الإشادة، فإن المشرع الموريتاني لم يرق بالمقتضى نفسه، ورغم ذلك عمد إلى استخدام عبارات يفهم منها تجريمه للإشادة حيث نص في المادة 6 فقرة 7 من قانون الإرهاب على أن " استخدام اسم أو مصطلح أو رمز أو أية علامة أخرى من أجل امتداح منظمة مصنفة في قائمة المنظمات الإرهابية ... يعتبر مرتكبا لجريمة إرهابية، فهذه العبارات تدخل في صميم الإشادة المبينة في المادة 2-218 من قانون الإرهاب المغربي.

لقد جرم المشرع الجنائي الموريتاني الإشادة بالعمل الإرهابي، مسائرا في ذلك نظيره المغربي الذي اتخذ موقفا موحدا بشأنها من خلال التغيير الذي أجراه على المادة الأولى من الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب وبموجب هذا التعديل تم تجريم... الإشادة بأي عمل إرهابي سواء تم ذلك بواسطة المطبوعات أو التسجيلات أو أي وسيلة إشادة أخرى،¹ وتتجلى وسائل استعمال الإشادة في نفس الوسائل المشار إليها في قانون الصحافة، فالمشرع في قانون الإرهاب وظف نفس الوسائل المشار إليها في قانون الصحافة،² ومن أهم التطبيقات القضائية لجرمة الإشادة ما صدر عن القضاء المغربي من أن واقعة عرض أشرطة للجمهور وفي مكان عمومي وبواسطة جهاز مكبر للصوت تعبر عن إشادة البائع بما تتضمنه هذه الأشرطة من مضامين أعجب بها البائع قبل عرضها للبيع.³

كما اعتبر القضاء المغربي أيضا أن حمل رسالة تتضمن صورة "بن لادن" وتحمل عبارات تشيد به وتونه بما قام به من أعمال إرهابية، من قبيل الأعمال التي تنطبق عليها مقتضيات الفصل 2-218 من القانون 03/03 المتعلق بمكافحة الإرهاب في المملكة المغربية.⁴ إن جريمة الإشادة بهذه الصفة إذن تبقى خاضعة للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع نظرا لما لها من توسع في المفهوم.⁵

2 - إقناع الغير بارتكاب عمل إرهابي (التحريض)

لقد اتخذ المشرع هذا المنحى من أجل اتقاء الخطر، الذي يمثله ضعف النفوس وتحريضهم بوسائل شتى من أجل تحقيق مشروعهم الإجرامي، والخطر الذي أراد المشرع مواجهته للمعاقبة

¹ - البيان الختامي لأعمال الدورة الخامسة والعشرين لمجلس وزراء الداخلية العرب، نقلا عن جريدة الشرق الأوسط الإلكترونية في عددها 10657 بتاريخ 2008/02/01.

² - المادة 6، ف 7 ق. إ. الموريتاني والمادة 2-218 من قانون الإرهاب المغربي.

³ - قرار صادر عن استئنافية الرباط في الملف الجنائي الابتدائي عدد 81/2004 أشار إليه الطاهر عطف في مؤلفه السياسة الجنائية في مجال مكافحة الإرهاب، مرجع سابق ن ص 61.

⁴ القرار رقم 46 الصادر عن استئنافية الرباط يوم 2004/07/02 في الملف الجنائي الابتدائي، العدد 2004/04/08، أشار إليه الطاهر عطف أيضا في نفس المرجع السابق، ص 62.

⁵ الطاهر عطف، نفس المرجع السابق، ص 62.

على دفع الغير وتحريضه على ارتكاب الجريمة، هو خطر حقيقي، يكمن في مسببات الإرهاب ودوافعه التي ينبغي اقتلاعها من جذورها.¹

ولتأكيد هذا المنحي عاقبت جل التشريعات المعاصرة كل من حرض أو أقنع أو دفع غيره إلى القيام بعمل من أعمال الإرهاب.²

إن جريمة إقناع الغير بارتكاب عمل إرهابي تجتمع فيها خصائص المشاركة وجريمة الإشادة بمفهوم التحريض على تنفيذ المشروع الإجرامي، وهذه الجريمة تتحقق³ بمجرد توافر الشروط المنصوص عليها في المادة 3 من قانون الإرهاب الموريتاني .

من خلال ما تقدم يمكن القول إن فعل المشاركة بإقناع الغير إذن يتجسد بمجرد حمل الطرف الآخر وإقناعه ودفعه نحو ارتكاب الجريمة،⁴ فالمسألة محض دعم معنوي بمقتضاه يقتنع شخص الجاني بارتكاب الجريمة⁵.

تجدر الإشارة إلي أن الوسائل التي يتحقق بها إقناع الغير تتسع لتشمل كافة الوسائل التي تسمح بعرض وتداول الفكرة، مثل الإذاعة والتلفزيون وأشرطة العرض السينمائي والفيديو، كما تتسع أكثر من ذلك لتشمل الوسائل المكتوبة، مثل الصحف والمجلات والمنشورات، كما تشمل أيضا كذلك الخطب والندوات والمؤتمرات، والنشر الإلكتروني.⁶

3 - المساعدة على اقتراف عمل إرهابي

لم ينص المشرع الموريتاني على هذا الفعل بشكل صريح في قانون الإرهاب، إلا أنه مع ذلك استخدم بعض العبارات التي يمكن أن تفهم في هذا الإطار، وهذه العبارات تم النص عليها في الفقرة 8 من المادة 6 من نفس القانون، حيث ورد فيها: " يعتبر عملا إرهابيا وفقا للمقتضيات الواردة في المادة 3... توفير مكان للاجتماع لأعضاء تجمع أو تفاهم أو أشخاص لهم علاقة

¹. عبد السلام بوهوموس عبد المجيد الشفيق ، مرجع سابق، ص 124.

². الفقرة 7 من المادة 6 من ق إ الموريتاني، والمادة 5-218 من ق إ المغربي .

³. الطاهر عطف، مرجع سابق، ص 63.

⁴. محمد محمود سعيد، جرائم الإرهاب، أحكامها الموضوعية وإجراءات ملاحقتها، دار الفكر العربي، ط أولى، 1995، القاهرة، ص 106.

⁵. الطاهر عطف، مرجع سابق، ص 63.

⁶ محمد أبو الفتح الغنام ، مواجهة الإرهاب في التشريع المصري - القواعد الموضوعية - دراسة مقارنة، القاهرة، دار النهضة العربية 1999 مرجع سابق، ص 95 - 96 .

بجرائم إرهابية، أو المساعدة على إيوائهم أو إخفائهم أو تسهيل هروبهم أو منحهم اللجوء أو ضمان إفلاتهم من العقاب أو الاستفادة من محصول جرائمهم".

4 - عدم التبليغ عن عمل إرهابي

يرى البعض أن عدم التبليغ عن عمل إرهابي يرتبط غالباً بجريمة المساعدة على ارتكاب عمل إرهابي، لأن الجاني يقدم على المساعدة ثم يمتنع عن إخبار السلطات المعنية بذلك، وفي بعض الأحيان يقتصر دوره على الموقف السلبي بالامتناع عن القيام بعمل أو جبه القانون¹ ويفرض عقاباً محددًا على كل من يخالفه، ومعنى هذا أن عدم الامتناع أو الجريمة السلبية - والتي تعد جريمة عدم التبليغ أحد أهم تطبيقاتها - تفترض أن سلوك المتهم قد اتخذ صورة سلبية أي صورة إحكامه في صورة معينة عن إتيان فعل يفرضه عليه المشرع في هذه الظروف، ولا شك أن السلوك السلبي أو الامتناع من شأنه أن يرتب بعض الآثار عندما يحدث تغييراً في العالم الخارجي.²

صحيح أن الجرائم غالباً ما تكون إيجابية أي أنها تتم عن طريق الفعل، لأن القانون الجنائي نادراً ما يتضمن التزاماً بعمل، على غرار ما يقرره القانون المدني مثلاً، إلا أن التشريعات الحديثة لا تجد بداً تحت تأثير بعض الاعتبارات من التنصيص على مثل هذه الالتزامات، وهذه الالتزامات تجد مبرها تارة في ضرورة تأمين الاحترام الواجب لأوامر السلطة العامة، وفي المقتضيات الاجتماعية تارة أخرى، ومن قبيل الصنف الأول: الامتناع عن القيام بأشغال أو خدمة أو تقديم مساعدة صدر التكليف بها بوجه قانوني...، ومما يدخل في الصنف الثاني: جريمة إهمال الأسرة وعدم التدخل لمنع وقوع جريمة إرهابية...، وعدم التبليغ عن المس بسلامة الدولة، ففي جميع هذه الحالات يعتبر القانون الامتناع جريمة، بغض النظر عن حدوث أو عدم حدوث نتيجة ضارة،³ وقد سار المشرع الجنائي الموريتاني في هذا الاتجاه عندما نص على تجريم كل من يعلم بنشاط

¹. الطاهر عطاق، مرجع سابق، ص 65.

² 1984 PP294.sigVoir Munz Conde(F) Teoria general de lito Temis Bogota

³. عبد الحفيظ بلقاضي، مرجع سابق، ص 183 - 184.

إرهابي ثم يمتنع عن إخبار السلطات المختصة بذلك على الفور حتى ولو كان من علم بالنشاط من الملمزين بالسر المهني.¹

5 - المشاركة في تمويل الأنشطة الإرهابية

يعتبر تمويل الإرهاب من الموضوعات الحديثة التي استحوذت على اهتمام المجتمع الدولي، فمصطلح تمويل الإرهاب، لم يظهر ضمن مفردات القانون الدولي والقانون الجنائي إلا مؤخرا، فالتجريم والمكافحة كانا ينصبان على الإرهاب، ولم يتم الالتفات إلى مكافحته عن طريق شل اقتصاد الجماعات الإرهابية، إلا بعد العمل بالمعاهدة الدولية لقمع تمويل الإرهاب، وكذا صدور قرار مجلس الأمن الدولي رقم 1373 بتاريخ 28 سبتمبر 2001.²

إن مصطلح تمويل الإرهاب يعتبر مصطلحا اقتصاديا أكثر مما هو مصطلح قانوني جنائي،³ ويعرف بأنه " الحصول على الأموال واستخدامها لتشغيل أو تطوير المشاريع التي تتركز أساسا على تحديد أفضل مصدر للحصول على أموال من عدة مصادر متاحة"،⁴ وحسب كل من التشريعين الموريتاني والمغربي فإنه يراد بمصطلح المشاركة عن طريق تمويل الإرهاب " قيام أي شخص بتمويل مؤسسة إرهابية عن طريق توفير أو تسيير أموال أو قيم أو أملاك مهما كان نوعها، أو إعطاء النصح بنية استخدام هذه الأموال أو القيم أو الأملاك أو بمعرفة أنها مخصصة للاستخدام كلاً أو بعضاً لارتكاب أحد أعمال الإرهاب المشار إليها في القانون الخاص المتعلق بمكافحة الإرهاب".⁵ ولعل توجه التشريعين الموريتاني والمغربي ناتج عن تأثيرهم بالقانون الفرنسي الذي اعتبر جريمة التمويل الإرهابي من الجرائم المستقلة بذاتها.⁶

¹ تنص المادة 6 من قانون الإرهاب الموريتاني في فقرتها العاشرة على أنه تشكل أيضا أعمالا إرهابية وفقا لمقتضيات المادة 3. عدم المبادرة على الفور بإبلاغ السلطات المختصة عن الوقائع أو المعلومات أو الاستعلامات المتعلقة بتحضير أو ارتكاب الجرائم الإرهابية التي حصل لأي شخص علم بها حتى لو كان ملزما بالسر المهني.

² نور سعيد الحجوي، مرجع سابق ن ص 67.

³ القاضي سالم روضان الموسوي، ص 220.

⁴ نور سعيد الحجوي، مرجع سابق، ص 63.

⁵ المادة 3 من القانون المتعلق بمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب في موريتانيا، والمادة 6 ف 6 من قانون الإرهاب الموريتاني، والمادة 4-218 من قانون الإرهاب المغربي.

⁶ الفصل 2 - 421 من القانون الجنائي الفرنسي، وقد أدخل هذا الفصل إلى القانون الجنائي الفرنسي بمقتضى قانون 1062 - 2001 بتاريخ 11/11/2001 المتعلق بالأمن.

ومما ينبغي الانطلاق منه في هذا الإطار هو موقف المجتمع الدولي الذي بلور تعاوننا متميزا في مجال قمع وتمويل الإرهاب،¹ من خلال الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب الموقعة بنيويورك سنة 1999، فضلا عن القرار رقم 1373 الذي اتخذته مجلس الأمن في جلسته 4385 بتاريخ 28 سبتمبر 2001.²

يحظر هذا القرار على الدول تقديم أي دعم مالي أو لوجستيكي للشبكات الإرهابية، وهذا يتضح من خلال الفقرة (ب) منه حيث تنص على أنه يقرر أن على جميع الدول:

أ-

ب- تجريم قيام رعايا هذه الدول عمدا بتوفير الأموال أو جمعها بأي وسيلة مباشرة أو غير مباشرة أو في أراضيها لكي تستخدم في أعمال إرهابية.

لقد شكل القرار 1373 المصدر المباشر للنص الموريتاني، ويلاحظ أن المادة 6، ف 6 من قانون مكافحة الإرهاب في موريتانيا تتماشى تماما والمقتضى الوارد في المادة 2 من الاتفاقية الدولية لمكافحة الإرهاب.³

انطلاقا مما تقدم يمكن القول إن القرار المذكور أورد العديد من الالتزامات الدولية التي تتعلق باتخاذ تدابير قانونية لقمع تمويل الإرهاب، يقع على جميع الدول دون استثناء تحت طائلة البند السابع من ميثاق الأمم المتحدة الذي يجيز استخدام القوة العسكرية ضد أي خرق لمقتضياته،⁴ لكن هناك سؤالا مهما يطرح نفسه في هذا الصدد ويتعلق الأمر بمهية الأموال المقصودة في جريمة التمويل الإرهابي؟

¹ حيث إنه من عام 1963 صدرت عن الأمم المتحدة 13 اتفاقية دولية تتعلق بالإرهاب لم تتعرض لتمويل الإرهاب إلا في واحدة منها، هي الاتفاقية الدولية لقمع وتمويل الإرهاب، ومن القرارات القرار 73/13 للمزيد حول هذه النقطة يمكن مراجعة نور سعيد الحجوي، مرجع سابق، هامش الصفحة 67، وكذا الكتيب الإرشادي الصادر عن مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة في عنوان "تدابير العدالة الجنائية في التصدي للإرهاب" الصادر 2009 من نيويورك، منشورات الأمم المتحدة، ص 37 وص 13 إلى 14.

² الطاهر عطف، مرجع سابق، ص 71.

³ المادة 6، فقرة 6 من القانون 035/2010، المتعلق بالإرهاب في موريتانيا.

⁴ البند السابع من ميثاق الأمم المتحدة الموقع في 26 يونيو 1945 في سان فرانسيسكو في ختام مؤتمر الأمم المتحدة الخاص بنظام الهيئة الدولية وأصبح نافذا في 24 أكتوبر 1945، ويتكون البند السابع أو الفصل السابق من ميثاق الأمم المتحدة وحده من 14 مادة.

يجيب بعض الباحثين بأن الأموال المقصودة في قوانين مكافحة الإرهاب، هي كل الأموال التي توظف في تمويل العمليات الإرهابية سواء كانت نقودا أو قيما أو ممتلكات،¹ من الأموال المادية أو غير المادية المنقولة أو غير المنقولة التي يحصل عليها بأي وسيلة كانت، والوثائق أو الصكوك القانونية أيا كان شكلها، بما في ذلك الشكل الإلكتروني أو الرقمي، كالإئتمانات المصرفية، والحوالات والأسهم والأوراق المالية، والسندات والكمبيالات وخطابات الاعتماد.²

ومما تجدر الإشارة إليه بخصوص المساعدة في تمويل الإرهاب هو أن النظام القانوني الموريتاني تضمن نصوصا ذات طابع إجرائي، تفيد باتخاذ مجموعة من الإجراءات التحفظية بخصوص ممتلكات وأموال المشتبه فيهم، وفي نفس السياق شدد العقوبات الزجرية بحق كل من يرتكب جريمة من هذا النوع، هذا فضلا عن أعمال الرقابة التي فرضها بخصوص تتبع التحركات المالية³ التي توظفها الجماعات الإرهابية⁴ بقصد تقديم الدعم المالي واللوجستيكي للعناصر الإرهابية، من أجل قيام هذه الأخيرة بعمليات إرهابية تستهدف المس الخطير بالنظام العام.⁵ لكن هل التجريم الذي ينص عليه قانون الإرهاب الموريتاني هنا بخصوص أفعال الاشتراك هذه هو تجريم مستقل أم تجريم تابع؟ بمعنى آخر هل تبنى التشريع الجنائي الموريتاني من خلال نظام المشاركة والمساهمة مبدأ استعارة التجريم أم تبنى مبدأ استقلاليته؟

¹ عبد السلام بوهوموش وعبد المجيد الشفيق، مرجع سابق ن ص 122.

² المادة الأولى من الاتفاقية الدولية لقمع وتمويل الإرهاب، مصدر سابق، وأيضا المادة 1 الفقرة 12 من الباب التمهيدي - المخصص بالتعريفات - من القانون المتعلق بمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب في موريتانيا، وهو مصدر سابق أيضا.

³ للتذكير سنعرض لموضوع الإجراءات التحفظية المعتمدة في الأنظمة القانونية الحديثة حول الحركة المالية، وذلك عندما نصل إلى الباب الثاني من هذه الأطروحة.

⁴ المواد من 7 إلى 24 من القانون المتعلق بمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب في موريتانيا، والمادة 4-218 من قانون الإرهاب المغربي، والمواد من 595 - 1 إلى 595-10 المضافة إلى الكتاب الخامس من قانون المسطرة الجنائية المغربية، وكذلك أحكام الظهير الشريف رقم 93-147-01 بتاريخ 6 يوليو 1993 المتعلق بممارسة نشاط مؤسسات الائتمان ومراقبتها.

⁵ الطاهر عطف، مرجع سابق، ص 72.

المطلب الثاني : موقف التشريع الجنائي الموريتاني من نظام المشاركة والمساهمة في ارتكاب جرائم الإرهاب

قبل الخوض فيما ورد في نصوص قوانين الإرهاب فيما يتعلق بنظام المساهمة والمشاركة نحاول ولو بشكل موجز تقديم بعض الحلول الوضعية والآراء الفقهية التي تناولت مسألة تجريم نشاط المشارك (فقرة أولى)، على أن نتناول موقف قانون الإرهاب منها (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: الحلول الوضعية والآراء الفقهية حول نظام المشاركة والمساهمة في الجريمة

لقد تسبب الاختلاف في طبيعة نشاط الفاعل الأصلي والمشارك في الجريمة إلى تباين في الرأي فيما يخص تحديد الأساس الذي يقوم عليه عقاب المشارك ما دام يعتبر مسؤولاً جنائياً، وإذا كانت بعض التشريعات الجنائية لا تهتم بتحديد هذا الأساس على اعتبار أنها تفرض نفس العقوبة المقررة على الفاعل الأصلي في مجال الجنايات والجنح،¹ فإن الفقه انقسم إلى اتجاهين رئيسيين هما: مذهب وحدة الجريمة ومذهب تعدد الجرائم.²

يقوم المذهب الأول: على اعتبار أن الأفعال التي يأتيتها المشارك تتجرد في ذاتها عن كل صفة إجرامية خاصة وتنتقل إليها صفة التجريم دائما عبر إجرام الفاعل الأصلي.³

جدير بالذكر أن مذهب استعارة التجريم تترتب عليه بعض الآثار ومن بينها أنه لا تتم معاقبة الشريك أو المشارك في الجريمة إلا إذا ثبت تحقق الفعل الذي يعتبر جريمة في نظر القانون، وعليه فتراجع الفاعل الأصلي عن الاستمرار في ارتكاب الجريمة بطريقة اختيارية أو امتناعه عن إتيانها يجعل المشارك غير خاضع للمسائلة الجنائية..، كما أن الظروف المادية المتعلقة بالجريمة المرتكبة والتي تؤدي إلى تشديد العقوبة أو تخفيفها تسري على الفاعل الأصلي وعلى المشارك بنفس الطريقة حتى ولو كان المشارك يجهلها ما دام تجريم نشاطه يعتبر مستعاراً من نشاط الفاعل

¹. محمد بنجلون، مرجع سابق، ص 164.

². هيثم فالح شهاب، ص 115 وما بعدها.

³. تجدر الإشارة إلى أن فكرة استعارة التجريم تعرف حالتين : فالاستعارة قد تكون مطلقة وذلك عند ما يخضع المشارك لنفس العقوبة التي يخضع لها الفاعل الأصلي وبالتالي فهو يعتبر بمثابة المساهم ، وهذه النظرية سار عليها المشرع الفرنسي في المادة 6. 121 من القانون الجنائي لسنة 1993، والمشرع المغربي في الفصلين 128 و130، أما الحالة الثانية فهي التي تتجلى في الاستعارة النسبية ويفيد هذا النوع من الاستعارة خضوع المشارك لعقوبة جنائية مخفضة بالمقارنة مع العقوبة المقررة للفاعل الأصلي . حول هذه النقطة يمكن النظر في محمد بنجلون ، مرجع سابق ، ص 165.

الأصلي، وفيما يتعلق بالظروف الشخصية التي ينتج عنها تشديد العقوبة أو تخفيفها أو الإعفاء منها فلا تسري إلا على من يتوفر على مبررات لذلك.¹

أما المذهب الثاني: والمعروف بمذهب استقلالية التجريم فإن دعائه ينبذون فكرة استعارة التجريم ويرون في الفعل الذي يقوم به جناة متعددون ارتكابا ليس لجريمة واحدة وإنما لعدة جرائم كل منها تسند إلى محدثها فاعلا كان أو مشاركا، وفي تعبير آخر فإن المشارك يكون عمله جريمة خاصة منفصلة عما اقترفه المتعاونون معه ويستقل كل منهم تبعا لذلك بظروفه الخاصة من حيث التشديد أو التخفيف.²

إن هذه النظرية تقيم المسؤولية الجنائية لنشاط المشارك على القواعد العامة للمسؤولية ما دام نشاطه هذا يشكل خطورة إجرامية مستقلة تمام الاستقلال عن نشاط الفاعل الأصلي .
وفيما يتعلق بالآثار التي تخلفها هذه النظرية فهي تتمثل في كون المسؤولية الجنائية بالنسبة للشريك تتحقق بمجرد قيامه بأحد الأعمال التي يعتبرها المشرع مشاركة حتى ولو تراجع الفاعل الأصلي عن تنفيذ الجريمة أو امتنع عن إتيانها أو سقطت بالتقادم أو العفو، كما أن الظروف العينية التي ينتج عنها تشديد العقوبة أو تخفيفها أو الإعفاء منها لا تسري على المشارك إلا إذا كان عالما بما عند قيامه بأعمال المشاركة،³ وقد أخت بهذا المذهب العديد من القوانين من بينها القانون الجزائري م46 ق.ج كما أخذ به جزئيا كل من التشريع الموريتاني والمغربي والفرنسي.⁴

الفقرة الثانية: اعتماد مبدأ استقلالية التجريم في مجال صور المشاركة في جرائم الإرهاب

في موريتانيا

إذا كان التشريع المقارن كما ذكرنا أخذ في بعض منه بنظرية استقلالية التجريم والبعض الآخر حاول الجمع ما بين النظريتين، فإن التشريع الجنائي الموريتاني تبني موقفا متوسطا من

¹. محمد بنجلون ، مرجع سابق ، ص 165.

² - عبد الحفيظ بلقاضي، مرجع سابق، ص 221 وما بعدها.

³. محمد بنجلون ، م، س، ص166.

⁴. الفقرة الأخيرة من المادة 54 ق. ج . الموريتاني وكذلك جرائم الإرهاب.. إلخ ، والمواد 186 و.455 و.196 و.203 من ق. ج مغربي، والمادة 61 من القانون الجنائي الفرنسي.

المذهبيين، ومفاد هذا الموقف يتجسد في الأخذ بنظرية الاستعارة كمبدأ عام،¹ مع الحرص على محاولة علاج كل ما يشوبها من قصور في بعض الأحيان،² وذلك بالاستيعاض عنها ببعض الحلول المستمدة من النظريات الأخرى، محددًا في نفس الوقت حالات الاشتراك.³

لقد سلك المشرع في إطار تعامله بشأن المشاركة في الجرائم الإرهابية طريقًا غير الطريق الذي سلكه بخصوص الجرائم العادية، وذلك باعتبار عمل المشارك في الجريمة الإرهابية عملاً مجرمًا ومعاقبا عليه سواء تم تنفيذ الفعل الجرمي الذي شارك فيه الجاني أو لم يتم تنفيذه، استنادًا إلى نظرية استقلالية التجريم بين النشاط الإجرامي للمشارك في الجريمة والفاعل الأصلي لها.⁴

¹ تنص المادة 53 من القانون الجنائي الموريتاني " على أن المشاركين في الجنايات أو الجنح يعاقبون بنفس العقوبة التي يعاقب بها مرتكبو الجناية أو الجنحة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك" ومعنى هذا أن القانون الجنائي الموريتاني يتيح إمكانية تطبيق مذهب الجريمة المستقلة كما هو الشأن بالنسبة للتشريع المغربي، انظر عبد الحفيظ بلقاضي، مرجع سابق، ص 223، والفقرة الأخيرة من المادة 54 من ق ج الموريتاني.

² يعاب على مذهب استعارة التجريم أنه يقيم المسؤولية الجنائية على الافتراض المجرد، مما يؤدي إلى طمس الخصائص المميزة لفعل المشارك ماديًا ونفسيًا وإجراميًا، والحال أن القانون الجنائي إنما ينبغي أن ينهض عن الحقائق الواقعية لا عن الافتراضات المجردة، إضافة إلى ذلك فإن هذا النظام يفضي إلى نتائج غير مقبولة من زاوية السياسة التشريعية، ومن هذه النتائج أن المشارك في التحريض أو المساعدة قد ينجو من العقاب رغم استفادته نشاطه كاملاً بمجرد أن غيره لم يضع موضع التنفيذ ما كان منتظرًا منه بسبب عدوله الاختياري.... للمزيد راجع عبد الحفيظ بلقاضي، مرجع سابق، ص 222.

³ لقد تبنى المشرع الجنائي الموريتاني مذهب الجريمة المستقلة أو مذهب تعدد الجرائم وذلك في بعض الحالات القليلة، ونص على ذلك في الفقرات الواردة في صدر المادة 97 من ق ج الموريتاني التي جاء فيها: "وعلاوة على الأشخاص المبيينين في المادة 54 من ق ج الموريتاني - فعلا - يعاقب باعتباره شريكًا كل من يقوم:

- بتزويد مرتكبي الجنايات والجنح ضد أمن الدولة وتأمين وسائل المعيشة أو تهيئة مساكن لهم أو أماكن لاختفائهم أو لتجمعهم دون أن يكون قد وقع عليه إكراه، ومع علمه بنواياهم - وكان على المشرع أن يستعمل بنياتهم بدل نواياهم لأن الصحيح أن تجمع النية على النيات وليس النوايا، وفي الحديث "إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى...؛ رواه البخاري ومسلم في صحيحيهما اللذين هما من أصح الكتب. انظر في ذلك سيدي محمد حبيب الله الجكني، زاد المسلم فيما اتفق عليه البخاري ومسلم لا - مجلد الأول، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع 1981، ص 7 - 8.

- بحمل مراسلات مرتكبي هذه الجنايات أو تلك الجنح أو تسهيل الوصول إلى موضع الجناية أو الجنحة أو إخفائه أو نقله وتوصيله أو البحث عنه، وذلك بأية طريقة كانت مع علمه بذلك"، وقد جاء في الفقرة الأخيرة من المادة 54 أن المشاركين في الجرائم آنفة الذكر يعاقبون حتى ولو لم تتحقق الجناية التي كانت هدفًا لهم.

⁴ يوسف بنباصر، ص 108.

ويتضح هذا المنهج من كون المشرع الجنائي الموريتاني أتى بمجموعة من الأعمال هي في الأصل تعدد صوراً من صور المشاركة،¹ ولكنه عاقب عليها ليس بوصف مرتكبيها مشتركين، وإنما بوصفهم مرتكبين لعمل يعاقب عليه القانون حتى ولو لم تتحقق الجريمة الأصلية.² إن هذا الأمر يحيلنا إلى النقاش الفقهي حول ما إذا كانت جرائم الإرهاب من جرائم أمن الدولة أم لا، ذلك أن المشرع الجنائي الموريتاني- وفي إطار نظام الاشتراك دائماً- لم ينص على مذهب استقلالية التجريم إلا فيما يتعلق بجرائم أمن الدولة فبعد أن حددها، نص في الفقرة الأخيرة من المادة 54 على أن "المشاركين فيها يعاقبون حتى ولو لم تتحقق الجناية التي كانت هدفاً لهم".

ترجع ازدواجية التي تبناها التشريع الجنائي الموريتاني في الأخذ بالمذهبين معا إلى تأثره بالتشريع الفرنسي الذي اعتمد هذه الازدواجية، مطبقاً في قواعد المشاركة مذهب استقلالية التجريم عند ما يتعلق الأمر بجريمة من الجرائم التي تتسم بالخطر أو الجرائم المادية والتي تتم بمجرد ارتكاب السلوك فقط ويعني هذا أن الجاني سيعاقب بمجرد إتيان ذلك السلوك.³

¹. كمثلاً توفير مكان للاجتماعات والمساعدة على الإيواء وكذلك التحريض، فكل هذه الأفعال عاقب عليها المشرع المادة 10 من قانون الإرهاب الذي حدد عقوبتها في السجن من 5 سنوات إلى 15 سنة وبيغراماً من 5 مليون إلى 15 مليون أوقية.
². القرار رقم 048/ 2010 - الملف 2008/666 الصادر عن المحكمة الجنائية بانواكشوط والذي هو غير منشور.
³. إبراهيم محمد السيد الليبي، المسؤولية الجنائية في جرائم أمن الدولة، منشورات مركز الإعلام الأمني، ص، 6.

خاتمة

انطلاقاً مما تقدم يمكن القول إن المشرع الجنائي في موريتانيا كان صريحاً من خلال تناوله للدور الذي يمكن أن يلعبه المساهم والمشارك في الجريمة الإرهابية بنوع من الحذر الذي تلميه وتتطلبه طبيعة وخطورة هذه الجريمة ، ويتجلى هذا الحذر في كونه أخذ بمذهب استقلالية التجريم الذي لا يمنح للمساهم التبعي أية إمكانية للإفلات من العقاب سواء تمت مؤاخذه المساهم الأصلي عن جريمته أم لا ، وبهذا يكون المشرع الوطني قد واكب حركة التشريع الدولي والإقليمي الرامية إلى وضع حد للأفعال الإجرامية ذات الخطورة البالغة التي يرتكبها الجناة الإرهابيون ، ولعل لهذا الموقف ما يبرره ، لأن جل الأفعال التي يحصل بها الإرهابي على هدفه هي من ضمن أفعال المشاركة ، كالتحريض ، والمساعدة ، والإخفاء ، والتمويل ، وإقناع الغير ، والإشادة.... إلخ

قائمة المصادر والمراجع

- ¹ . راجع في ذلك مدونة جوستينيان (26،7،3) أشار إليها د.أحمد علي بدوي في مقاله (الاشتراك الجنائي في القانون الروماني) . دراسة تحليلية (، مجلة الشريعة والقانون ، العدد 52، سنة 2012، الصفحة 361.
- ² . فقد وردت آيات وأحاديث عديدة تشير إلى هذا المعنى منها قوله تعالى (ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف في القتل إنه كان منصورا) الآية 33 من سورة الإسراء ، وأيضاً قوله تعالى (ولكم في القصص حياة) الآية 179 من سورة البقرة ، فتعليقا على هذه الآيات، لو قلنا إن الجماعة لا تقتل بالواحد لكان الاشتراك يسقط القصص ولو سقط القصص لسقط المعنى ، انظر في ذلك النووي ، المجموع ، ج، 17، ص، 210 ، كما روي أيضا عن ابن عمر رضي الله عنهما قال قتل غلام غيلة ، فقال عمر : لو اشترك فيه أهل صنعاء لقتلتهم به أخرجه البخاري ، وللمزيد حوله راجع ابن حجر في شرح الباري ج، 14، ص، 216.

³ - كمثلا التشريع المغربي الذي ينص في الفصل 1 - 218. - من قانون الإرهاب المغربي علي أنه " تعتبر الجرائم الآتية أفعالا إرهابية ، إذا كانت لها علاقة عمدا بمشروع فردي أو جماعي يهدف إلى المس الخطير بالنظام العام بواسطة التخويف أو التهيب أو العنف :
 . الاعتداء عمدا على حياة الأشخاص أو على سلامتهم أو على حرياتهم أو اختطافهم أو احتجازهم

. تزيف أو تزوير النقود أو سندات القرض العام، أو تزيف أختام الدولة والدمغات والطابع والعلامات، أو التزوير أو التزيف المنصوص عليه في الفصول 360 و361 و362 من هذا القانون

-التخريب أو التغييب أو الإتلاف؛

-تحويل الطائرات أو السفن أو أي وسيلة أخرى من وسائل النقل أو إتلافها أو إتلاف منشآت الملاحة الجوية أو البحرية أو البرية أو تغييب أو تخريب أو إتلاف وسائل الاتصال ؛
 - السرقة وانتزاع الأموال؛

. صنع أو حيازة أو نقل أو ترويج أو استعمال الأسلحة أو المتفجرات أو الذخيرة خلافا لأحكام القانون؛

-الجرائم المتعلقة بنظم المعالجة الآلية للمعطيات ؛

-تزوير أو تزيف الشيكات أو أي وسيلة أداء أخرى المشار إليها على التوالي في المادتين 316 و331 من مدونة التجارة؛

-تكوين عصابة أو اتفاق لأجل إعداد أو ارتكاب فعل من أفعال الإرهاب ؛

-إخفاء الأشياء المتحصل عليها من جريمة إرهابية مع علمه بذلك.

⁴ . سنتعرف على هذا المذهب لاحقا إن شاء الله.

⁵ . كالتحريض، والإخفاء، وإقناع الغير، والإشادة، والمساعدة، والتمويل، وغيرهما من

الأفعال المنصوص عليها في المواد 6.5.4 من قانون الإرهاب الموريتاني.

⁶ . د. اكرم نشأت إبراهيم، الأحكام العامة في قانون العقوبات العراقي، ط2، مطبعة اسعد،

بغداد، 1967، ص78، د. جلال ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات المصري، منشأة

المعارف، الإسكندرية، 1989، ص313.

7. نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات، الكتاب الأول، النظرية العامة للجريمة ، دراسة تحليلية في أركان الجريمة، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998، ص353.
8. محمد سعيد نمور، دراسات في فقه القانون الجنائي، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2004، ص213.
9. محسن ناجي، الأحكام العامة في قانون العقوبات ، شرح على متون النصوص الجزائية، ط1، مطبعة العاني، بغداد، 1974، ص266.
10. ماهر عبد شويش الدرّة، الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار الحكمة للطباعة والنشر، الموصل، 1990، ص231 - 232.
11. عبد السلام بوهوش وعبد المجيد الشفيق، مرجع سابق، ص168 - 169.
12. محمد بنجلون، شرح القانون الجنائي العام وتطبيقاته، سنة 2004 ، ص، 158 وما بعدها.
13. يوسف بنباصر، مرجع سابق، ص 109 - 110.
14. عبد السلام بوهوش وعبد المجيد الشفيق ، مرجع سابق، هامش الصفحة 169.
15. يوسف بنباصر ، مرجع سابق ، ص 110.
16. عبد السلام بوهوش وعبد المجيد الشفيق، مرجع سابق، ص 169.
17. يوسف بنباصر، مرجع سابق ص 110 .
18. تنص المادة 42 من القانون الجنائي الجزائري لسنة 2012 علي أنه "يعتبر شريكا في الجريمة من لم يشترك اشتراكا مباشرا ، ولكنه ساعد بكل الطرق أو عاون الفاعل أو الفاعلين علي ارتكاب الأفعال التحضيرية أو المسهلة أو المنفذة لها مع علمه بذلك " كما نصت المادة 45 من نفس القانون علي أنه " يأخذ حكم الشريك أيضا من اعتاد أن يقدم مسكنا أو ملجأ أو مكانا للاجتماع لواحد أو أكثر من الأشرار الذين يمارسون الصوصية أو العنف ضد أمن الدولة أو الأمن العام أو ضد الأشخاص أو الأموال مع علمه بسلوكهم الإجرامي". وقريبا من ذلك نصت المادة 29 من القانون الجنائي المغربي التي جاء فيه:
- " يعتبر مشاركا في الجناية أو الجنحة من لم يساهم مباشرة في تنفيذها ولكنه أتى أحد الأفعال الآتية:

- 1- أمر بارتكاب الفعل أو حرض على ارتكابه، وذلك بعبارة أو وعد أو تهديد أو إساءة استغلال سلطة أو ولاية أو تحايل أو تدليس إجرامي ؛
- 2- قدم أسلحة أو أدوات أو أية وسيلة أخرى استعملت في ارتكاب الفعل، مع علمه بأنها ستستعمل لذلك ؛
- 3- ساعد أو أعان الفاعل أو الفاعلين للجريمة في الأعمال التحضيرية أو الأعمال المسهلة لارتكابها، مع علمه بذلك ؛
- 4- تعود على تقديم مسكن أو ملجأ أو مكان للاجتماع لواحد أو أكثر من الأشرار الذين يمارسون اللصوصية أو العنف ضد أمن الدولة أو الأمن العام أو ضد الأشخاص أو الأموال مع علمه ."
- ¹⁹ محمد بنجلون ، مرجع سابق ، ص، 161.
- ²⁰ المواد 129، ق، ج ، مغربي ، والمواد 42 و 43 ق، ج ، جزائري. وأيضا محمد بنجلون ، مرجع سابق ، ص 161.
- ¹ عبد السلام بوهوش وعبد المجيد الشفيق ، ص 120.
- ²² لقد نصت المادة 2-218 من قانون الإرهاب المغربي على انه " يعاقب بالحبس من ... كل من أشاد بأفعال تكون جريمة إرهابية بواسطة الخطب أو الصياح أو التهديدات المفوه بها في الأماكن والاجتماعات العمومية أو بواسطة المكتوب والمطبوعات المذيعه أو الموزعة أو المعروضة للبيع أو المعروضة في الأماكن أو الاجتماعات العمومية أو بواسطة الملصقات المعروضة على أنظار العموم بواسطة مختلف وسائل الإعلام السمعية البصرية والالكترونية، فإذا كان المشرع المغربي نص بشكل صريح على تجريم أفعال الإشادة ، فإن المشرع الموريتاني لم يرق بالمقتضى نفسه، ورغم ذلك عمد إلى استخدام عبارات يفهم منها تجريمه للإشادة حيث نص في المادة 6 فقرة 7 من قانون الإرهاب على أن " استخدام اسم أو مصطلح أو رمز أو أية علامة أخرى من أجل امتداح منظمة مصنفة في قائمة المنظمات الإرهابية ... يعتبر مرتكبا لجريمة إرهابية، فهذه العبارات تدخل في صميم الإشادة المبينة في المادة 2-218 من قانون الإرهاب المغربي.
- ²³ - البيان الختامي لأعمال الدورة الخامسة والعشرين لمجلس وزراء الداخلية العرب، نقلا عن جريدة الشرق الأوسط الالكترونية في عددها 10657 بتاريخ 2008/02/01.

- ²⁴ المادة 6، ف 7 ق. إ. الموريتاني والمادة 2-218 من قانون الإرهاب المغربي.
- ²⁵ -قرار صادر عن استئنافية الرباط في الملف الجنائي الابتدائي عدد 81/2004 أشار إليه الطاهر عطاف في مؤلفه السياسة الجنائية في مجال مكافحة الإرهاب، مرجع سابق، ص 61.
- ²⁶ بالقرار رقم 46 الصادر عن استئنافية الرباط يوم 2004/07/02 في الملف الجنائي الابتدائي، العدد 2004/04/08، أشار إليه الطاهر عطاف أيضا في نفس المرجع السابق، ص 62.
- ²⁷ . الطاهر عطاف، نفس المرجع السابق، ص 62.
- ²⁸ . عبد السلام بوهوس عبد المجيد الشفيق ، مرجع سابق، ص 124.
- ²⁹ . الفقرة 7 من المادة 6 من ق إ الموريتاني، والمادة 5-218 من ق إ المغربي .
- ³⁰ . الطاهر عطاف، مرجع سابق، ص 63.
- ³¹ . محمد محمود سعيد، جرائم الإرهاب، أحكامها الموضوعية وإجراءات ملاحقتها، دار الفكر العربي، ط أولى، 1995، القاهرة، ص 106.
- ³² . الطاهر عطاف، مرجع سابق، ص 63.
- ³³ محمد أبو الفتح الغنام ، مواجهة الإرهاب في التشريع المصري - القواعد الموضوعية - دراسة مقارنة، القاهرة، دار النهضة العربية 1999 مرجع سابق، ص 95 - 96 .
- ³⁴ . الطاهر عطاف ، مرجع سابق، ص 65 .

³⁵**1984 PP294.sigVoir Munz Conde(F) Teoria general de lito Temis Bogota**

- ³⁶ . عبد الحفيظ بلقاضي ، مرجع سابق، ص 183 - 184.
- ³⁷ تنص المادة 6 من قانون الإرهاب الموريتاني في فقرتها العاشرة على أنه تشكل أيضا أعمالا إرهابية وفقا لمقتضيات المادة 3. عدم المبادرة على الفور بإبلاغ السلطات المختصة عن الوقائع أو المعلومات أو الاستعلامات المتعلقة بتحضير أو ارتكاب الجرائم الإرهابية التي حصل لأي شخص علم بها حتى لو كان ملزما بالسري المهني.
- ³⁸ نور سعيد الحجوي ، مرجع سابق ن ص 67.
- ³⁹ . القاضي سالم روضان الموسوي ، ص 220.
- ⁴⁰ . نور سعيد الحجوي، مرجع سابق، ص 63.

- ⁴¹ المادة 3 من القانون المتعلق بمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب في موريتانيا، والمادة 6 ف 6 من قانون الإرهاب الموريتاني، والمادة 4-218 من قانون الإرهاب المغربي.
- ⁴² الفصل 2 - 421 من القانون الجنائي الفرنسي، وقد أدخل هذا الفصل إلى القانون الجنائي الفرنسي بمقتضى قانون 1062 - 2001 بتاريخ 2001/11/15 المتعلق بالأمن.
- ⁴³ حيث إنه من عام 1963 صدرت عن الأمم المتحدة 13 اتفاقية دولية تتعلق بالإرهاب لم تتعرض لتمويل الإرهاب إلا في واحدة منها، هي الاتفاقية الدولية لقمع وتمويل الإرهاب، ومن القرارات القرار 73/13 للمزيد حول هذه النقطة يمكن مراجعة نور سعيد الحجوي، مرجع سابق، هامش الصفحة 67، وكذا الكتيب الإرشادي الصادر عن مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة في عنوان " تدابير العدالة الجنائية في التصدي للإرهاب " الصادر 2009 من نيويورك، منشورات الأمم المتحدة، ص 37 وص 13 إلى 14.
- ⁴⁴ الطاهر عطف، مرجع سابق، ص 71.
- ⁴⁵ المادة 6، فقرة 6 من القانون 2010/ 035 المتعلق بالإرهاب في موريتانيا.
- ⁴⁶ البند السابع من ميثاق الأمم المتحدة الموقع في 26 يونيو 1945 في سان فرانسيسكو في ختام مؤتم الأمم المتحدة الخاص بنظام الهيئة الدولية وأصبح نافذا في 24 أكتوبر 1945، ويتكون البند السابع أو الفصل السابق من ميثاق الأمم المتحدة وحده من 14 مادة.
- ⁴⁷ عبد السلام بوهوش وعبد المجيد الشفيق، مرجع سابق ن ص 122.
- ⁴⁸ المادة الأولى من الاتفاقية الدولية لقمع وتمويل الإرهاب، مصدر سابق، وأيضا المادة 1 الفقرة 12 من الباب التمهيدي - المخصص بالتعريفات - من القانون المتعلق بمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب في موريتانيا، وهو مصدر سابق أيضا.
- ⁴⁹ للتذكير سنتعرض لموضوع الإجراءات التحفظية المعتمدة في الأنظمة القانونية الحديثة حول الحركة المالية، وذلك عندما نصل إلى الباب الثاني من هذه الأطروحة.
- ⁵⁰ المواد من 7 إلى 24 من القانون المتعلق بمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب في موريتانيا، والمادة 4-218 من قانون الإرهاب المغربي، والمواد من 595 - 1 إلى 595-10 المضافة إلى الكتاب الخامس من قانون المسطرة الجنائية المغربية، وكذلك أحكام الظهير الشريف رقم 01-93-147 بتاريخ 6 يوليو 1993 المتعلق بممارسة نشاط مؤسسات الائتمان ومراقبتها.

- ⁵¹. الطاهر عطاف، مرجع سابق، ص 72.
- ⁵². محمد بنجلون، مرجع سابق، 164.
- ⁵³. هيثم فالخ شهاب، ص 115 وما بعدها.
- ⁵⁴. تجدر الإشارة إلى أن فكرة استعارة التجريم تعرف حالتين : فالاستعارة قد تكون مطلقة وذلك عند ما يخضع المشارك لنفس العقوبة التي يخضع لها الفاعل الأصلي وبالتالي فهو يعتبر بمثابة المساهم ، وهذه النظرية سار عليها المشرع الفرنسي في المادة 6. 121 من القانون الجنائي لسنة 1993، والمشرع المغربي في الفصلين 128 و130، أما الحالة الثانية فهي التي تتجلى في الاستعارة النسبية ويفيد هذا النوع من الاستعارة خضوع المشارك لعقوبة جنائية مخفضة بالمقارنة مع العقوبة المقررة للفاعل الأصلي . حول هذه النقطة يمكن النظر في محمد بنجلون ، مرجع سابق ، ص ، 165.
- ⁵⁵. محمد بنجلون ، مرجع سابق ، ص 165.
- ⁵⁶ - عبد الحفيظ بلقاضي، مرجع سابق، ص 221 وما بعدها.
- ⁵⁷. محمد بنجلون ، م، س، ص 166.
- ⁵⁸. الفقرة الأخيرة من المادة 54 ق. ج . الموريتاني وكذلك جرائم الإرهاب.. إلخ ، والمواد 186 و455 و196 و203 من ق. ج المغربي، والمادة 61 من القانون الجنائي الفرنسي.
- ⁵⁹. تنص المادة 53 من القانون الجنائي الموريتاني " على أن المشاركين في الجنايات أو الجنح يعاقبون بنفس العقوبة التي يعاقب بها مرتكبو الجناية أو الجنحة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك" ومعنى هذا أن القانون الجنائي الموريتاني يتيح إمكانية تطبيق مذهب الجريمة المستقلة كما هو الشأن بالنسبة للتشريع المغربي، انظر عبد الحفيظ بلقاضي، مرجع سابق، ص 223، والفقرة الأخيرة من المادة 54 من ق ج الموريتاني.
- ⁶⁰ يعاب على مذهب استعارة التجريم أنه يقيم المسؤولية الجنائية على الافتراض المجرد ، مما يؤدي إلى طمس الخصائص المميزة لفاعل المشارك ماديا ونفسيا وإجراميا، والحال أن القانون الجنائي إنما ينبغي أن ينهض عن الحقائق الواقعية لا عن الافتراضات المجردة، إضافة إلى ذلك فإن هذا النظام يفضي إلى نتائج غير مقبولة من زاوية السياسة التشريعية، ومن هذه النتائج أن المشارك في التحريض أو المساعدة قد ينجو من العقاب رغم استنفاد نشاطه كاملا بمجرد أن غيره

لم يضع موضع التنفيذ ما كان منتظرا منه بسبب عدوله الاختياري... للمزيد راجع عبد الحفيظ بلقاضي، مرجع سابق، ص 222.

⁶¹ لملقد تبنى المشرع الجنائي الموريتاني مذهب الجريمة المستقلة أو مذهب تعدد الجرائم وذلك في بعض الحالات القليلة، ونص على ذلك في الفقرات الواردة في صدر المادة 97 من ق ج الموريتاني التي جاء فيها: "وعلاوة على الأشخاص المبينين في المادة 54 من ق ج الموريتاني - فعلا - يعاقب باعتباره شريكا كل من يقوم:

- بتزويد مرتكبي الجنايات والجنح ضد أمن الدولة وتأمين وسائل المعيشة أو تهيئة مساكن لهم أو أماكن لاختفائهم أو لتجمعهم دون أن يكون قد وقع عليه إكراه، ومع علمه بنواياهم- وكان على المشرع أن يستعمل بنياهم بدل نواياهم لأن الصحيح أن تجمع النية على النيات وليس النوايا، وفي الحديث "إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى...؛ رواه البخاري ومسلم في صحيحيهما اللذين هما من أصح الكتب. انظر في ذلك سيدي محمد حبيب الله الجكني، زاد المسلم فيما اتفق عليه البخاري ومسلم لا - مجلد الأول، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع 1981، ص 7- 8 .

- بحمل مراسلات مرتكبي هذه الجنايات أو تلك الجنح أو تسهيل الوصول إلى موضع الجناية أو الجنحة أو إخفائه أو نقله وتوصيله أو البحث عنه، وذلك بأية طريقة كانت مع علمه بذلك" ، وقد جاء في الفقرة الأخيرة من المادة 54 أن المشاركين في الجرائم آنفة الذكر يعاقبون حتى ولو لم تتحقق الجناية التي كانت هدفا لهم .
⁶² . يوسف بنباصر، ص 108.

⁶³ . كمثلا توفير مكان للاجتماعات والمساعدة على الإيواء وكذلك التحريض، فكل هذه الأفعال عاقب عليها المشرع المادة 10 من قانون الإرهاب الذي حدد عقوبتها في السجن من 5 سنوات إلى 15 سنة وبغرامة من 5 مليون إلى 15 مليون أوقية
⁶⁴ . القرار رقم 048 / 2010 - الملف 2008/666 الصادر عن المحكمة الجنائية

بانواكشوط والذي هو غير منشور.

⁶⁵ . إبراهيم محمد السيد اللبيدي، المسؤولية الجنائية في جرائم أمن الدولة ، منشورات مركز

الإعلام الأمني، ص، 6.

نحو الصيرفة الشاملة كآلية لتحديث الصناعة المصرفية وتأهيل المصارف الجزائرية.

الدكتور /عبد العزيز خنفوسي.

أستاذ محاضر أ

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعيدة، الجزائر.

azizkhanfouci@yahoo.fr

ملخص:

على الرغم من أن مفهوم المصارف الشاملة واضح تماما- وهو وجود روابط وصلات ملكية رقابة واسعة وممتدة من بنك ما إلى منشآت الخدمات المالية الأخرى ومنشآت القطاع الحقيقي-، إلا أنه في الواقع نجد أن الأنظمة المالية في العالم قد طورت أشكالاً عديدة ومتنوعة لهذا المفهوم، فعلى المستوى الأول نجد أن البنوك الشاملة في القطاع المالي في بعض الدول مثل كندا وبريطانيا يكون لها حصص ملكية محدودة أو معدومة أو وصلات بالمنشآت غير المالية، وتنخرط البنوك في أنشطة الخدمات المالية الأخرى مثل تغطية اكتتاب الأوراق المالية والتأمين من خلال شركات فرعية مستقلة للبنك نفسه، ويمكن اعتبار الولايات المتحدة الأمريكية واحدة من مجموعة هذه الدول، حيث تسمح للبنوك بالدخول في أنشطة القطاع المالي الأخرى من خلال هيكل من الشركات القابضة البنكية.

هذا ونجد أن النظام المصرفي الجزائري كغيره من الأنظمة الأخرى ملزم بأن يتجه إلى التحول نحو الصيرفة الشاملة، وهذا تماشيا مع التطورات الراهنة الحاصلة في السوق المصرفية العالمية.

Abstract in English:

Although the concept of universal banks and clearly totally-is the presence of links widespread ownership and an extended control links from a bank to the facilities and other financial services and facilities sector real-, but in fact we find that the financial systems in the world have developed many and varied forms to this concept. for the first level, we find that universal banks in the financial sector in some countries, such as Canada and Britain have limited or non-existent or links establishments of non-financial ownership stakes,

banks and engage in other financial services such as cover underwriting securities and insurance activities through a separate subsidiary companies the bank itself, and can be seen as the United States and one of a group of these countries, which allow banks to enter into other financial sector activities through the structure of bank holding companies.

This, we find that the Algerian banking system like other is obliged to turn to the transformation of its banking system, and this is in line with the current developments in the international banking market.

مقدمة:

عرف القطاع المالي العالمي خلال السنوات الأخيرة العديد من التحولات الجذرية الهامة أفرزتها العولمة المالية، ودعت إلى ضرورة المواكبة والتكيف كمتطلبات أساسية، وذلك لما كان لها من تأثير كبير على القطاع المالي والمصرفي، أبرزها وأهمها تحرير تجارة الخدمات المالية والمصرفية، والتطورات التكنولوجية، وتطبيق برامج الإصلاح الاقتصادي، والتكتلات المصرفية، والأخذ بمفهوم الصيرفة الشاملة، وزيادة حدة الضغوط التنافسية بين المتدخلين في السوق المصرفية بتقديم تشكيلة متنوعة من الخدمات المصرفية بجودة عالية وتكاليف منخفضة.

واكتسب مدخل الصيرفة الشاملة أهمية كبيرة في الدول الأوروبية، ثم انتشر إلى بقية دول العالم المتقدم، وامتد إلى الدول النامية تحت تأثير عوامل متعددة داخلية وخارجية، وتم الأخذ بمفهوم البنوك الشاملة التي تمثل حدودا فاصلة بين وظائف البنوك التجارية والاستثمارية وتخرج عن النطاق التقليدي، وتقوم على إستراتيجية التنوع في الخدمات المصرفية بما يتلاءم واحتياجات العملاء وهذا وفق صيغ تمويلية متنوعة شبيهة بنشاط البنوك والمؤسسات المالية المنافسة في السوق المصرفية.

والنظام المصرفي الجزائري كغيره من الأنظمة المصرفية يواجه تحديات عميقة ومتباينة جراء الانفتاح المالي والتحرير المصرفي، والذي يدعو إلى إزالة كافة القيود والحواجز عن الأنشطة المصرفية، وكذلك منافسة البنوك الأجنبية للبنوك المحلية، والتي زادت حدتها أكثر خلال السنوات الأخيرة، فكان من الضرورة القصوى التي تمليها المتغيرات المصرفية أن تتبنى إدارات المصارف الجزائرية إستراتيجيات مناسبة لمواجهة هذه التحديات

بهدف ضمان بقاءها ونموها في السوق المصرفية، ولعل من أهم هذه الخيارات التي يمكن أن تأخذ بها لتأهيل القطاع المصرفي، ومواكبة مستجدات الصناعة المصرفية، وبالتالي تحقيق الميزة التنافسية التي تسعى إليها كل مؤسسة مصرفية تبتغي استمرارها وتفوقها، وهي ما يعرف بـ "الصيرفة الشاملة".

ووفق هذا السياق نتساءل ونقول: ما المقصود بالصيرفة الشاملة؟ وماهي إستراتيجياتها؟ وما تقييم أداء المصارف الجزائرية؟ وإلى أي مدى هي مؤهلة لمواكبة خيار الصيرفة الشاملة؟

وبغية الإجابة على التساؤلات المقدمة تمحورت جوانب هذه المقالة البحثية في النقاط التالية:

- الصيرفة الشاملة: مفهومها، وأسسها.
- إستراتيجية التحول نحو خيار الصيرفة الشاملة.
- تأهيل المصارف الجزائرية ضمن مفهوم الصيرفة الشاملة.

أولاً: الصيرفة الشاملة مفهومها وأسسها.

أمام التغيرات الاقتصادية والمصرفية اتجهت البنوك إلى التحول نحو الصيرفة الشاملة تماشياً مع التطورات الراهنة، كتنظيم مصرفي جديد لمواجهة قوى التغيير المصرفية وتحدي المنافسة بدرجة هامة، والاندماج في السوق العالمية...، وفيما يلي نتناول مفهوم البنوك الشاملة، وأسباب ظهورها، والوظائف التي تقدمها، ومزايا وإيجابيات البنوك الشاملة ضمن النقاط التالية:

1- مفهوم البنوك الشاملة:

يعرف عبد المطلب عبد الحميد البنوك الشاملة "Universelle Banque" بأنها: " تلك الكيانات المصرفية التي تسعى دائماً وراء تنويع مصادر التمويل، وتعبئة أكبر قدر ممكن من المدخرات من كافة القطاعات، وتوظيف مواردها وتفتح وتمنح الائتمان المصرفي لجميع القطاعات، كما تعمل على تقديم كافة الخدمات المتنوعة والمتجددة التي قد لا تستند إلى رصيد مصرفي، بحيث نجد أنها تجمع ما بين وظائف البنوك التجارية التقليدية، ووظائف البنوك المتخصصة وبنوك الاستثمار والأعمال"¹

وفي مفهوم آخر لرشدي صالح عبد الفتاح صالح يقول: "هي البنوك التي تقدم مجموعة من الخدمات المالية المتنوعة التي تشمل على أعمال قبول الودائع، ومنح القروض، والاتجار والتعامل بالأدوات

¹ عبد المطلب عبد الحميد، البنوك الشاملة: عملياتها-إدارتها، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص:19.

المالية، وبالعملات الأجنبية ومشتقاتها، وتعهد الإصدارات الجديدة من ديون وحقوق ملكية، والقيام بأعمال الوساطة على تنوعها، وإدارة الاستثمارات، وتسويق المنتجات الصناعية والتأمين"¹.

ويعرف طارق عبد العال حماد البنوك الشاملة من خلال إستراتيجيتها على أنها: " البنوك التي تقوم على فلسفة التنوع بهدف الموازنة بين السيولة، والربحية، والأمان، إضافة إلى أنه يسمح للبنوك بالتعامل في الأدوات الحديثة ومواكبة التطورات التكنولوجية"².

من مجمل المفاهيم المقدمة نستخلص المفهوم التالي:

يقصد بالبنك الشامل على أنه البنك الذي يقوم على فلسفة التنوع في الخدمات التي يقدمها، وذلك بتنوع مصادر التمويل ومجالات الاستثمار من مختلف القطاعات، فهو يقوم بأعمال كل البنوك التجارية وبنوك الاستثمار والأعمال، والبنوك المتخصصة، وبذلك يجمع بين الأنشطة التقليدية المتمثلة في قبول الودائع ومنح الائتمان، وأنشطة غير تقليدية تتماشى والتطورات الحالية من خلال إستراتيجية التنوع.

ولعل من أهم سمات هذه البنوك، والتي تميزها عن غيرها نجدا ما يلي³:

- الشمول مقابل التخصص المحدود.
- التنوع مقابل التقيد.
- الديناميكية مقابل الإستاتيكية.
- الابتكار مقابل التقليد.
- التكامل والتواصل مقابل الانحسار.

2- دوافع وأسباب ظهور البنوك الشاملة:

ترجع فكرة انتشار الصيرفة الشاملة إلى مجموعة من الأسباب نذكر أهمها فيما يلي:

أ- **تحرير تجارة الخدمات المصرفية:** تعتبر الاتفاقية العامة لتجارة الخدمات أحد النتائج الهامة التي أسفرت عنها جولة الأورجواي، والتي كشفت بعد مفاوضات استمرت إلى ثماني سنوات عن

¹ رشدي صالح عبد الفتاح صالح، البنوك الشاملة وتطوير دور الجهاز المصرفي المصري، بدون دار وبلد نشر، 2000، ص:61.

² طارق عبد العال حماد، التطورات العالمية وانعكاساتها على أعمال البنوك، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص، ص:204،203.

³ أحمد عبد الخالق، البنوك الشاملة، مقال منشور على الموقع الإلكتروني:

عدة نتائج هامة من أهمها إنشاء منظمة التجارة العالمية OMC في جانفي 1995، وتوقيع الاتفاقية العامة لتجارة الخدمات GATT بموافقة 70 دولة عام 1997، وتم تطبيق الاتفاقية عام 1999، وشملت الاتفاقية تحرير الخدمات المالية والمصرفية.

ب- التقدم التكنولوجي: كنتيجة للتطور العلمي والتكنولوجي في وسائل الإعلام والاتصال، وثورة الحاسبات الآلية أدى ذلك إلى سرعة تبادل المعلومات فيما بين البنوك والعملاء، وبين البنوك والسوق، وبين البنوك وقطاعات الإنتاج والخدمات دون حواجز أو قيود، وهو ما ساهم في فتح مجالات لانهائية للتمويل والاستثمار وتهيئة المناخ والظروف لظهور البنوك الشاملة التي حققت نجاحات كبيرة في الدول المتقدمة.

ج- ظهور مستحدثات وأدوات مالية جديدة: وتتمثل في الأدوات البنكية التالية:

- التجارة الإلكترونية Commerce Electronique:

تسمح التجارة الإلكترونية للمصارف من تسويق وتوزيع منتجاتها العادية وخدمات الاستثمار لعملائها عن طريق الإنترنت، كما يمكن طرح منتجاتها بكل مواصفاتها ومعلوماتها عبر الإنترنت مما يزيد من عدد المتعاملين، ويقلص من حجم النفقات، ومن جهة يساهم البنك كذلك في هذه العملية بإصدار بطاقات إلكترونية خاصة بالعملاء للتحويل والتسديد، ويكون ضامنا لحق التاجر في سداد قيمة الصفقات التجارية.

- القروض المشتركة Crédits Communs:

هي نوع من القروض ذات قيمة ومخاطر كبيرة، تشترك في تقديمها عدة بنوك، تخص هذه القروض تمويل العمليات الكبيرة ذات المبالغ الضخمة، وبالتالي تعد أداة هامة لتوفير الاحتياجات التمويلية.

- شهادات الإيداع Certificats de Dépôts:

هي وثيقة قابلة للتداول، يصدرها البنك بعد إيداع مبلغ من المال مودع بسعر فائدة معينة لمدة محددة تزيد أو تقل عن ستة أشهر.

- المشتقات **Dérivées**:

هي عقود مالية تتنوع بحسب طبيعتها، ومخاطرها، وآجالها المتراوحة بين 30 يوم وسنة، ومن أهم هذه العقود نذكر:

▪ عقود الخيار **Contrats par Option**

▪ العقود الآجلة **Contrats à Terme**

▪ العقود المستقبلية **Contrats Futures**

د- **زيادة حدة المنافسة:** تعتبر المنافسة دافعا قويا لتطوير البنوك والتحول نحو البنوك الشاملة، وقد ازدادت حدة المنافسة أكثر بدخول مؤسسات مالية غير مصرفية ومؤسسات أخرى غير مالية كالشركات الصناعية، والتجارية، وشركات التأمين التي تقدم خدمات شبيهة لخدمات البنوك التجارية، وتوسع نشاطها أكثر عن طريق عدة قنوات مثل قيام " شركة SONY"، وهذا بإنشاء بنك افتراضي لتقدم خدمات الإقراض على الإنترنت على الموقع www.sony.com، وكذلك قيام "شركة أمريكا On Line" بإنشاء بنك افتراضي سنة 1966 بعد أن ضمت إليها كل من: "City Bank- Bank of American- Bank of California"، وأقامت شراكة مع بنك إلكتروني سنة 1999 لإصدار بطاقات إلكترونية وتقدم القروض، وتشير أحدث الإحصائيات في الولايات المتحدة أن الشركات الكبيرة صناعة السيارات، وشركات تجارة الاستهلاك الكبيرة مثل "SEARS"، وشركات صناعة الكهريائيات والإلكترونيات مثل: **General Electric**، "IBM"، وغيرها يقدمون¹:

- التمويل المباشر بما قيمته 1.2 تريليون دولار، أي حوالي 3/1 من أوراق الدين الكلية.

- 25% من القروض التجارية التي بلغت 550 مليار دولار.

¹ أحمد عبد الخالق، البنوك الشاملة، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: www.Op.cit

* لجنة بازل الدولية للرقابة المصرفية التي تشكلت من مجموعة الدول الصناعية العشر **Group of ten** نهاية عام 1974 هي بلجيكا، كندا، فرنسا، ألمانيا، إيطاليا، اليابان، هولندا، السويد، سويسرا، إنجلترا تحت إشراف بنك التسويات الدولية بمدينة بازل بسويسرا وأقرت اللجنة عام 1988 معيارا دوليا موحدًا لكفاية رأس المال ليكون ملزما لكافة البنوك العاملة في النشاط المصرفي للدلالة على مكانة المركز المالي للبنك ويقوي ثقة المودعين فيه.

- 5/2 من القروض الاستهلاكية التي بلغت 606 مليار دولار.

هذا في حين تقدر حصة البنوك التجارية بـ 50% فقط من النسب السابقة، وتستأثر شركات التأمين بالنسبة الباقية.

هـ - المخاطر المصرفية وقرارات لجنة بازل: في ظل تصاعد حدة المنافسة بين المتدخلين في السوق المصرفية، وزيادة نسبة المخاطر المحتملة التي قد تنشأ من العوامل الداخلية التي تتعلق بنشاط وإدارة البنك، وكذلك العوامل الخارجية الناتجة عن تغير البيئة التي يعمل فيها البنك وعلى وجه الخصوص البيئة العالمية، أدى ذلك إلى الاهتمام بمعايير كفاية رأس المال في البنوك فقامت لجنة بازل الدولية* بإصدار مجموعة من المعايير لوضع حدود دنيا لرأس المال للبنك لمقابلة مخاطر الائتمان بغية الحفاظ على استقرار النظام المصرفي العالمي، خاصة بعد تفاقم أزمة الديون الخارجية في الدول النامية بسبب توسع البنوك الدولية خاصة الأمريكية منها في ديون منفردة أو معدومة، وهو ما دفع البنوك إلى تنويع أنشطتها وتملك أصول حقيقية.

و- الشركات متعددة الجنسيات: هي شركات عالمية النشاط وتعتبر في كل معانيها أحد السمات الأساسية للعملة، ويظهر تأثيره واضح على الاقتصاد العالمي في شكل استثمارات ضخمة، تكنولوجيا متطورة، خبرات تسويقية وإدارية، ويضاف إلى ذلك الأصول السائلة من الذهب والاحتياطات النقدية، ويمثل عدد البنوك متعددة الجنسية الكبيرة، والتي تهيمن على الاقتصاد العالمي حوالي 14 شركة تمويل متعددة الجنسية، والتي تؤثر في الأسواق المالية من خلال:¹

- زيادة المعروض العالمي لرؤوس الأموال.
- تعزيز التنمية المالية المحلية التي تحسن من كفاءة التخصص، وخلق أدوات مالية جديدة مع زيادة الخدمات المصرفية.

ز- الخصخصة: تعد الخصخصة (الخصوصية) من أهم الدوافع للوصول إلى تطبيق مفهوم البنوك الشاملة، وتقليل معدلات المخاطرة، وتساهم الخصخصة في تنشيط سوق الأوراق المالية، وتوسيع قاعدة الملكية، وزيادة المنافسة في السوق المصرفية، وتحسين الأداء الاقتصادي، وتحديث الإدارة، وزيادة

¹ عبد المنعم راضي، عزت فرج، اقتصاديات النقود والبنوك، البيان للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2001، ص: 218.

كفاءة أداء الخدمات المصرفية، بالإضافة إلى إعطاء المزيد من الحرية للإدارة المصرفية في اتخاذ القرارات الإدارية الاستثمارية، وتجميع الموارد ودعم أسواق المال والنقد.

ح- **حركات الاندماج:** عرفت الصناعة المصرفية في السنوات الأخيرة تحت تأثير العمولة نتيجة تحرير تجارة الخدمات المصرفية، واتفاقية بازل لكفاية رأسمال البنوك حركات اندماج بين البنوك بمعدلات كبيرة، وبأحجام مختلفة ترتب عنها تكوين كيانات مالية ضخمة قادرة على النمو والتوسع وفتح فروع جديدة في الداخل والخارج، وبالتالي تعزيز قدراتها التنافسية، وكذلك توسيع قاعدة العملاء، وتقديم خدمات متنوعة.

3- وظائف البنوك الشاملة:

ترجع أهمية البنوك الشاملة إلى الوظائف التي تقوم بها سواء كانت وظائف تقليدية تقدمها البنوك التجارية، وبنوك الاستثمار والأعمال، والبنوك المتخصصة، أو أنشطة أخرى متنوعة وواسعة التشكيلة، والتي يتوقف عليها إسهامها في تحقيق ودفع عملية التحول التنموي والتطوير الاقتصادي، على هذا الأساس تستند الصيرفة الشاملة على فلسفة التنويع التي جاء بها "هاري ماركوتز"، والتي تقوم على تنويع البنوك لأنشطتها، وكذا مواردها بهدف استقرار حركة الودائع وتخفيض مخاطر الاستثمار، لذلك يمكن توضيح الإطار العام لإستراتيجية التنويع في البنوك الشاملة على النحو التالي:

3-1- تنويع مصادر التمويل:

تقوم البنوك الشاملة بالعديد من الأنشطة في التمويل لعل من أهمها نذكر ما يلي:

أ- **الوظائف المصرفية التقليدية:** وتتضمن صوراً عديدة للخدمة المصرفية أهمها:

- تسير الحسابات الجارية بالعملة الوطنية والأجنبية.
- التحويلات المصرفية الداخلية والخارجية، والقيام بإصدار الشيكات السياحية وعمليات الكمبيوتر.
- إصدار شهادات الادخار بالعملة المحلية والأجنبية.
- منح تسهيلات ائتمانية، وتمويل التجارة الخارجية.

ب- الوظائف المصرفية غير التقليدية: والتي يمكن حصرها في المجالات التالية¹:

- إصدار شهادات الإيداع القابلة للتداول، والتي يمكن لحاملها شرائها وبيعها في أسواق النقد دون الرجوع للبنك الذي أصدرها.
- الاقتراض طويل الأجل من خارج الجهاز المصرفي في شكل إصدار سندات في أسواق رأس المال، أو بالاقتراض من شركات التأمين والمؤسسات المالية.
- اتخاذ البنوك الشاملة شكل شركات قابضة مصرفية " Holding " تضم إليها شركات صناعية، وتجارية، ومالية بغية تنويع مصادر التمويل وزيادة الموارد المالية.
- التوريق " Securitization "، ويسمى أيضا بالتسنيذ ويقصد به تحويل الأصول غير السائلة (القروض) إلى أوراق مالية قابلة للتداول في صورة أسهم أو سندات، مما يعطي للدائن فرصة ترويح قروضه بعد تحويلها إلى أوراق مالية في البورصات المالية، وبالتالي تنشيط سوق المال ومثال ذلك قروض الإسكان، ومن مزايا التوريق خفض تكلفة الاقتراض قياسا بطرق التمويل التقليدية، وبالتالي التحول من صيغ الإقراض التقليدية إلى صيغ وأدوات جديدة، وهي الأوراق المالية.

3-2- التنويع في مجال الاستثمار: وذلك من خلال عدة جوانب تتمثل أهمها:

- أ- تنويع محفظة الأوراق المالية أين تضم تواريخ استحقاق مختلفة، وشركات ذات أنشطة متنوعة تكون درجة ارتباطها ضعيفة بما يضمن درجة مخاطر منخفضة.
- ب- تنويع القروض الممنوحة من قروض قصيرة، ومتوسطة، وطويلة الأجل، وتنويع تواريخ استحقاقها، والشركات التي تقدم لها القروض.
- ج- الدخول في مجالات استثمارية جديدة من خلال:²
- د- الإسناد: ويعني شراء الأسهم المصدرة حديثا من الشركة المصدرة لها بغرض ترويجها وبيعها للآخرين، مع تحمل الأعباء المحتملة نتيجة لانخفاض السعر خلال مدة حيازتها لها وقبل الانتهاء من

¹ عبد المطلب عبد الحميد، مرجع سابق، ص: 21.

² طارق عبد العال حماد، مرجع سابق، ص: 57.

تسويقها، وفي المقابل يحصل البنك على كافة العمولات والمصروفات الأخرى عند سداده قيمة السهم للشركات المصدرة.

- **التسويق:** ويتضمن قيام البنك بتسويق الأوراق المالية لصالح الشركة المصدرة مستخدماً في ذلك إمكانياته من خبراء ووحدات متخصصة واتصالات واسعة مع الوسطاء الماليين الآخرين.

- **تقديم الاستشارات:** حول الإصدارات الجيدة المتعلقة بنوعية، وتشكيل الأوراق المالية المرغوبة مع عقد المنازعات بتكاليف الأوراق المالية ومردودها ومخاطرها في ضوء الواقع والظروف التي تعيشها الشركات التي قامت بإصدار تلك الأوراق.

3-3- التنوع بدخول مجالات غير مصرفية: وتقوم إستراتيجية التنوع على القيام بالأنشطة

التالية:

أ- القيام بنشاط التأجير التمويلي " **Leasing** " من خلال المشاركة في تأسيس شركات التأجير التمويلي، وإعداد الدراسات اللازمة للتمويل التأجيري، وكذلك القيام بدور المستشار المالي والاقتصادي لأي من الأطراف المشاركة، فضلاً عن القيام بعمليات التأجير التمويلي.

ب- الاتجار بالعملة في السوق الحاضرة لإتمام صفقات تجارية دولية لصالح المؤسسات بهدف تحقيق عوائد.

ج- إصدار الأوراق المالية من أسهم وسندات نيابة عن مؤسسات الأعمال الأخرى، وذلك مقابل عمولة.

د- دعم النشاط المالي للعملاء من خلال تقديم الاستثمارات المالية، والأعمال التي من شأنها تسهيل أعمال العملاء الخاصة باستثمار أموالهم في السوق والحفاظ على توازنهم المالي، وكذلك بنجد:

- **إنشاء صناديق الاستثمار:** حيث تقوم البنوك الشاملة بتكوين صناديق الاستثمار وإدارة ودائع العملاء مقابل أتعاب محددة تحصل عليها، أما الأرباح والخسائر فهي من نصيب العملاء وحدهم.

- تأسيس شركات رأس المال المخاطر: تعد شركات رأس المال المخاطر من قنوات التمويل الهامة، وهذا لما تؤديه من دور حيوي في تقديم الدعم المالي والفني اللازمين للمشروعات الواعدة التي تعمل في مجالات استثمارية عالية المخاطر، في مقابل تحقيق أرباح رأسمالية ذات معدل مرتفع في الأجلين المتوسط والطويل، وتلعب البنوك الشاملة دورا نشطا في هذا المجال باعتبارها الأقدر على متابعة هذا النشاط من خلال شبكة فروعها الواسعة.

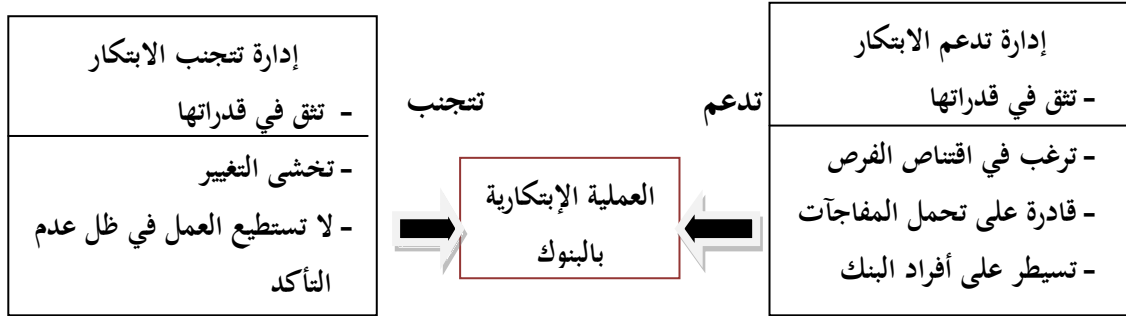
- القيام بعمليات خصم الديون "Factoring": وتعتبر من أهم أعمال الوساطة المالية التي تنصب على تقييم الجدارة الائتمانية للمستورد، حيث يقوم البنك الشامل بشراء الذمم المدينة من كمبيالات، سندات، فواتير...، من المنشآت الصناعية والتجارية والتي تتراوح مدتها ما بين 30 يوم و120 يوم، وذلك بهدف توفير سيولة نقدية لهذه المنشآت دون الحاجة لانتظار تواريخ استحقاقها، على أن تقوم المؤسسة المقدمة لهذه الخدمة بتحصيلها في تاريخ الاستحقاق.

- تنشيط سوق المال وبرامج الخصخصة: يقوم البنك الشامل بالمساهمة في إنشاء الشركات التي تعمل في مجال الأوراق المالية ودعم تطورها، وإدارة محافظ الأوراق المالية لصالح عملائها، كما يقوم أيضا بتقييم الشركات المطروحة للبيع والخصخصة.

3-4- تقديم أنشطة تمويلية مبتكرة:

تسعى المصارف الشاملة إلى ابتكار خدمات مصرفية جديدة تساهم في تحقيق ميزة تنافسية لها، ويشير الابتكار المصرفي في مفهومه على أنه ترجمة الأفكار الجديدة إلى ممارسات عملية تطبيقية، ويتحقق التفوق الابتكاري لمصرف ما دون الآخر وفق نمط الإدارة المصرفية التي تشجع الابتكار أو تتجنبه، وهو ما يمكن توضيحه ضمن المخطط التالي:

شكل رقم (1): مواصفات الإدارة المصرفية التي تشجع الابتكار عن تلك التي تتجنبه



المصدر: طارق طه، إدارة البنوك ونظم المعلومات المصرفية، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص: 137.

ومن الاتجاهات الحديثة للخدمات التمويلية المبتكرة التي تأخذ بها البنوك الشاملة نذكر:

أ- **صيرفة التجزئة "Retail Banking"** : وتشمل العديد من الخدمات التمويلية التي تشهد توسعا ملموسا من قبل العديد من البنوك في إطار مزاولتها لأنشطة صيرفة التجزئة، ومن أهم هذه الخدمات ما يلي:

- **البطاقات الإلكترونية:** وتمثل حافظة نقدية إلكترونية مخزنة في الهارد ديسك لجهاز الكمبيوتر تسمح بالتسديد الفوري كوسيلة دفع مقبولة، ومن أشكال النقود الإلكترونية نجد بطاقة الدفع، البطاقات الائتمانية، بطاقات الصرف الشهري.

- **تقديم القروض الشخصية:** شهدت السوق المصرفية توسعا كبيرا في مجال القروض الاستهلاكية التي تخدم فئات كثيرة من الأفراد العاملين بالقطاع العمومي أو الخاص، وتعمل البنوك الشاملة على توفير التمويل اللازم لأغراض استهلاكية ك شراء السيارات، أو الأثاث...، وذلك مقابل شروط ميسرة وبسيطة.

- **التمويل بالرهن العقاري:** يعد هذا النوع من الإقراض من أهم خدمات التجزئة المصرفية التي توسعت البنوك الشاملة في تقديمها للأفراد بعد أن كان مقتصرا على البنوك المتخصصة، وفي نطاق ضيق من جانب البنوك التجارية التي تقدمه للشركات العقارية، وتوسعها في هذا النشاط سيزيد من إمكانية تنشيط سوق العقارات، ويحقق الرواج المطلوب والدعم الكافي للفئات الخاصة من الأفراد ذوي الدخل المحدود، وهو ما من شأنه أن يوفر التمويل اللازم للبنوك ذاتها.

ب- نشاط التأمين: يعد التأمين من الأنشطة غير المصرفية المبتكرة التي تنشط فيها البنوك الشاملة من خلال شكل تنظيمي لشركة شقيقة تضمها شركة قابضة، حيث تقوم بتقديم خدمات تأمينية على الممتلكات، وعلى الأشخاص كالتأمين على العملاء الذين يحصلون على قرض ائتماني في مقابل التزام شركة التأمين بسداد أقساط القروض في حالة وفاة المقرض، وذلك مقابل حصول البنك على عمولة من شركة التأمين الشقيقة نظير هذه الأنشطة.

4- إيجابيات البنوك الشاملة:

من خلال عرض وظائف البنوك الشاملة، يتضح ما تقوم به هذه البنوك من أنشطة وما تحققه من مزايا وإيجابيات، لذلك نجد أن الصيرفة الشاملة هي نموذج الصيرفة ذات الخدمات الكاملة التي تساهم في تطوير المصارف بكفاءة وفاعلية، وبأقصى المواصفات من حيث الكلفة والنوعية والوقت والمكان¹ فهي تعمل على:

- تحقيق وفورات الحجم في التكاليف.
- تنوع خبرة العاملين في هذه البنوك، وتنوع تشكيلة الخدمات المصرفية والمالية، بما يؤدي إلى كسب شريحة واسعة من العملاء.
- المساهمة في تنشيط وتشجيع سوق الأوراق المالية، وبذلك تعد البنوك الشاملة رافداً للتمويل الحقيقي للمشروعات الاقتصادية، وتعبئة الموارد اللازمة.
- توفير عناصر ومقومات ضرورية لعملية التنمية بدءاً من دراسة الجدوى، التأسيس، التمويل، الإدارة، التسويق...، والتي تفتقر إليه الكثير من الدول النامية.
- تحقيق التوازن بين الموجودات والمطلوبات، ومن ثم تجنب التعرض للانكشاف بتركيز أنشطتها في مجال واحد كالاتمان.
- تنوع مصادر الإيرادات من خلال ممارستها للوظائف التجارية والاستثمارية.

¹ صلاح عبد الرحمن مصطفى الطالب، الصيرفة الشاملة... الصيرفة ذات الخدمات الكاملة، مقال منشور على الموقع الإلكتروني:

- التنوع الهيكلي لمكونات محفظة القروض والاستثمارات، وبالتالي تقليل المخاطر الائتمانية ككل، ومثال ذلك ما يشهده العالم من أزمة مالية تهدد الاقتصاديات المتقدمة وتعكس آثارها على الدول النامية، فالملاحظ حسب المحللين الاقتصاديين في جريدة القبس أن الأزمة غيرت ميزان القوة لصالح البنوك الشاملة تلك التي لديها أذرع لخدمات الأفراد والعمليات الاستثمارية، وقد حقق بنك كولدمان ساكس الأمريكي كبنك شامل يعمل في المجال الاستثماري بإصدار السندات سيولة بلغت 90 مليار دولار على حساب نظيره البنك الاستثماري الأمريكي مورغان ستايلي.¹
- ورغم المزايا والإيجابيات التي يمكن أن تحققها البنوك الشاملة، إلا أنه سجل عليها بعض المآخذ متمثلة في النقاط التالية:
- قد يؤدي إلى خلق الاحتكار، ومضاعفة قوة السوق بالنسبة لبعض المؤسسات المالية الشاملة، وهذا على حساب المؤسسات والبنوك الصغيرة، بالإضافة إلى احتمال تركيز السوق وممارسته الاحتكار من طرف هذه البنوك.
- انخفاض حوافز الإبداع والابتكار المالي نظرا لكثرة وتعدد الأنشطة.
- إخماد الأداء الضعيف لبعض القطاعات والأنشطة نظرا لتغطيتها بقطاعات أخرى.
- صعوبة الإشراف والرقابة على أداء البنوك الشاملة بحيث هي أكثر تعقيدا.
- خلق مشاكل تتعلق بالمخاطرة والانكشاف من حيث تفضيل الربحية على السيولة، خاصة في حالة توظيف الموارد المالية في مشاريع طويلة الأجل، وما قد يحدث من طلبات مفاجئة للعملاء.

¹ إيمان عطية، "ميزان القوة يتغير لصالح البنوك الشاملة.."، يومية القبس، الصادرة بتاريخ 23 أغسطس 2008، العدد 12657، ص: 26. راجع الموقع الإلكتروني: www.alqabas.com consulté le 10/11/2008

ثانيا: إستراتيجية التحول نحو خيار الصيرفة الشاملة.

تخضع عملية التحول إلى البنوك الشاملة لضوابط معينة تأخذ بعين الاعتبار الجوانب الاقتصادية والقانونية، والبيئة المصرفية التي يعمل في إطارها البنك، ووفق ذلك يتم التحول إلى البنوك الشاملة من خلال ثلاث مناهج أساسية.

1- مقومات التحول نحو خيار الصيرفة الشاملة:

حتى تؤدي البنوك الشاملة وظائفها، لا بد من توفر مجموعة من المقومات الهامة والتي تتعلق أساسا بالبنك نفسه من جهة، و بالسياسات التي تتبناها الدولة من جهة أخرى، ويمكن توضيحها في النقاط التالية :

1-1- مقومات مرتبطة بالبنك: وتعلق أساسا ب:

- كفاءة الأداء البشري الذي يشمل كافة الوظائف الفنية والمالية والتسويقية والقانونية والاستشارية والإدارية المتصلة بالنشاط البنكي، و تحكم تكنولوجيا في المعلومات التي هي من متطلبات التحول.
- توفير موارد مالية ضخمة تسمح للبنك بتقديم خدمات متنوعة لمختلف أنواع العملاء في أي وقت وفي أي مكان.
- وجود إدارة تسويقية فعالة على مستوى عال من الكفاءة.
- نشر الوعي المصرفي بصفة عامة لتفهم دور وأهمية البنوك الشاملة.
- توفر ملاءة مالية كافية تؤهل البنك للدخول في مجال الأعمال المصرفية الشاملة، ممثلة في حجم رأس المال الكافي والاحتياجات.

1-2- مقومات مرتبطة بسياسات الدولة: وتنطوي على السياسات الحكومية التي تتبناها الدولة

من خلال:

- اقتناع الدولة وسلطاتها الوصية بفكرة البنوك الشاملة وأهدافها، والعمل على توفير وسائل الدعم المساندة لها.

- إصدار تشريعات تخدم هذه البنوك على نحو فعال، ووضع ضوابط رقابية قادرة على توفير الأمان والسلامة.
- دعم البنك المركزي ومساندته لهذه البنوك على أداء رسالتها لتحقيق التنمية الاقتصادية.

2- آليات التحول إلى البنوك الشاملة:

مع التحولات العالمية في مجال الصناعة المصرفية أضحي من الضروري على البنوك إدراك البنى التحتية لها وتبني إستراتيجيات تسمح لها بالنمو بالشكل الذي يسمح بتقديم خدمات مصرفية متكاملة، ومتسقة مع الأوضاع والإمكانيات المتوفرة لدى البنك، ومتوافقة مع مستجدات الصناعة المصرفية، والبنوك الشاملة هي مدخل إداري تنظيمي جديد يقوم على فلسفة التنوع في الأنشطة المقدمة، ويمكن التحول إلى هذا الخيار من خلال عدد من المناهج تتمثل في الصور التالية:

2-1- المنهج الأول: تحويل بنك قائم بالفعل إلى بنك شامل.

عن طريق هذا المنهج يتم تحويل بنك قائم بالفعل أو بنك متخصص إلى بنك شامل، ويشترط لهذا التحول أن يكون للبنك كفاءات بشرية مؤهلة قادرة على التكيف مع متطلبات البنك الشامل، وأن يكون البنك كبير الحجم و قابلاً للنمو والتوسع، ويعد هذا المنهج الأسلوب الأسرع والأفضل حيث يتم التحول إلى البنك الشامل على مراحل متدرجة وذلك بإدخال خدمات جديدة تدريجياً لضمان استيعاب تقنيات هذه الخدمات، في الوقت الذي يتم فيه العمل على تطوير التدريب وإعادة الهيكلة التنظيمية، وإصدار اللوائح و النظم الداخلية بما يتفق مع طبيعة الخدمات والأنشطة التي يقدمها البنك الشامل.

2-2- المنهج الثاني: إنشاء بنك شامل جديد بإعداد كفاءات بشرية.

طبقاً لهذا المنهج يتم إنشاء بنك شامل جديد من خلال اختيار كفاءات بشرية مؤهلة ومدربة، ولديها القدرة على الابتكار والتجديد بما يتفق ومفهوم البنوك الشاملة، ويتم تدريبها مسبقاً في بنوك شاملة قائمة، ويعتمد البنك في ذات المرحلة على القيام بحملات تسويقية و ترويجية للتعريف بالبنك المنشأ والوظائف التي يقوم بها، والملاحظ أن البعض يفضلون المنهج الثاني مستندين في ذلك إلى أن الخدمات المصرفية التي يؤديها البنك الشامل تتميز بطبيعة خاصة يصعب على من اعتادوا الأنماط التقليدية للعمل المصرفي قبولها واستيعابها بسهولة¹.

¹ عبد المطلب عبد الحميد، مرجع سابق، ص: 25.

2-3- المنهج الثالث: شراء أحد البنوك أو الاندماج.

يتم التحول من خلال شراء بنوك قائمة تعاني من مشاكل وتوشك على الإفلاس، أين يتم شراءها ودمجها تدريجياً إلى البنوك الشاملة مع تحمل تكاليف إضافية، فهذا الأسلوب صعب التطبيق من الناحية العملية لأنه يتطلب الكثير من الوقت والجهد اللازم لاختيار الموقع والمكان والعناصر البشرية التي تتطلب تدريباً على مستوى عالٍ.

ويتم إنشاء كيان مصرفي جديد تتوافر فيه كل الإمكانيات ولديه خطة إستراتيجية طموحة لقيادة السوق وريادته مع وضع خطة للإسراع في ذلك عن طريق:

- شراء عقارات بعض المصارف الراغبة في الاستغناء عنها.
- دمج تدريجي لمصرف معين وضم أعماله ومعاملاته الكبيرة الحجم وعملائه، بما يضمن للمصرف الشامل حجم أعمال مناسب، وتحقيق التشغيل المناسب له.
- الدخول في مشاركات مع مصارف أخرى قائمة رائدة بهدف دمجها فيه مستقبلاً.

وفي تطبيقات البنوك الشاملة نجد نماذج مختلفة، تختلف باختلاف الصلات والعلاقات التي تبشرها البنوك تجاه القطاعات والمؤسسات التي تتعامل معها، ففي كندا وبريطانيا مثلاً يكون للبنوك حصص ملكية بمنشآت غير مالية وتمارس نشاطها في تقديم مختلف الخدمات المالية وخدمات الاكتتاب في الأوراق المالية، أما في اليابان وكوريا ومعظم الدول الآسيوية المطللة على المحيط الهادي نجد أن البنوك لها صلات ملكية متشابكة ومعقدة بين البنوك ومؤسسات أخرى من خلال ما يسمى بـ "Keiretsu" أو "Chaebol"¹ والتي تقوم على التمويل المتقاطع بين المؤسسات، أي ملكية البنوك لأشهر مؤسسات أخرى، وهذه الأخيرة بدورها لها حصص في نفس البنوك، وفي سويسرا تتميز البنوك بتكامل الخدمات المالية، وتمارس رقابة أكبر على المنشآت غير المالية.

أما في الدول العربية فتطبيق الصيرفة الشاملة في النظام المصرفي السعودي لقي نجاحاً نتيجة ضخامة القاعدة الرأسمالية للبنوك، وسيطرة عدد قليل من البنوك الكبيرة على السوق المصرفية وقيامها بإدارة المحافظ

¹ طارق عبد العال حماد، مرجع سابق، ص: 204.

المالية، وتأسيس صناديق الاستثمار، وتداول الأوراق المالية، ومن أمثلتها نجد البنك الأهلي التجاري، و بنك الرياض، والبنك العربي الوطني، وبنك الراجحي.

كما اتجهت أيضا البنوك المصرية في السنوات الأخيرة نحو التحول إلى الصيرفة الشاملة، والتوسع في الخدمات الاستثمارية كتأسيس صناديق الاستثمار، والقيام بخدمات أمناء الاستثمار، والتعامل بالأوراق المالية في السوق المالي.

ثالثا: تأهيل المصارف الجزائرية ضمن مفهوم الصيرفة الشاملة.

يعتبر تبني مفهوم العمل المصرفي الشامل بالنسبة للبنوك الجزائرية مدخلا أساسيا في إصلاح المنظومة البنكية، وشرطا هاما في إعطاء حركية كبيرة للقطاع المصرفي والاقتصاد بشكل عام، وتضمن قانون النقد والقرض مفهوم "البنك الشامل" الذي ألغى مبدأ التخصص الوظيفي، وأعطى للبنوك دفعا جديدا نحو التنوع في الأنشطة المصرفية، غير أن الواقع العملي لنشاط هذه البنوك أثبت استمرارها في إتباع نفس السياسات والتوجهات السابقة وهو ما حال دون تطورها ومواكبتها لمفهوم الصيرفة الشاملة.

وفق هذا السياق سنحاول التركيز على عدة عناصر أساسية تمثل أهم سمات العمل المصرفي الشامل ومدى استيفاء المصارف الجزائرية لهذا المفهوم وإمكانية تطوره، ونقدم بعض المتطلبات لتأهيل المصارف الجزائرية بغية مواكبة مستجدات الصناعة المصرفية والصيرفة الشاملة بصفة خاصة.

1- مدى تحول المصارف الجزائرية إلى العمل المصرفي الشامل:

1-1- نشاط التأجير التمويلي: أعتمد نشاط التمويل التأجيري في الجزائر بمقتضى الأمر رقم **09-96** المؤرخ في **10** جانفي **1996**، الأمر الذي سمح بتوفير إطار قانوني لممارسة نشاط التمويل الإيجاري للمنقولات والعقارات، ليكرس التطبيق الميداني لمواد قانون النقد والقرض **90-10** الصادر سنة **1990** (المادتين **112، 116**)، وعرفه المشرع الجزائري على أنه عملية تجارية ومالية يتم تحقيقها من قبل البنوك والمؤسسات المالية أو شركات تأجير مؤهلة قانونا ومعتمدة صراحة، تقوم على عقد إيجار يتعلق بأصول منقولة أو غير منقولة، ويمارس نشاط التمويل التأجيري في الجزائر عدد قليل من الشركات حديثة النشأة، وتعد " شركة سلام " " SALEM " أول شركة تأجير أنشأت سنة **1997** بمقتضى الأمر **96-09** المؤرخ في **10/10/1996** الخاص بالاعتماد الإيجاري، ويقدر رأسمالها الاجتماعي بـ **200** مليون

دينار جزائري مقسم إلى 2000 سهم إسمي بقيمة 100.000 د.ج للسهم، مقسم بين "CNMA BANQUE" بـ90% والشركة القابضة الميكانيكية بـ10% التي انسحبت في 1999/12/19 وبقيت CNMA BANQUE المساهمة الوحيدة في شركة سلام.

إضافة إلى شركة القرض الإيجاري العربي للتعاون "Arab Leasing Corporation (ALC)" التي اعتمدت من طرف بنك الجزائر في ديسمبر 2001 برأسمال اجتماعي يقدر بـ758.000.000 د.ج موزع على سبعة مساهمين هم بنك المؤسسة المصرفية الجزائر 34%، الشركة العربية للاستثمار 25%، المؤسسة المالية الدولية 07%، الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط 20%، ديجيمكس 09%، الجيمتكو 4.999%، رمون إسماعيل 0.001%¹، واستجابة لمتطلبات السوق الجزائرية وحاجياته الاقتصادية بادر بنك البركة الجزائري سنة 2006 إلى إجراء مفاوضات مع الشركة الدولية للإجارة والاستثمار والتي تعد شركة مساهمة كويتية تأسست سنة 1999 كشركة استثمارية تلتزم بأنشطة الإجارة والاستثمار والخدمات الاستشارية الإدارية وفق مبادئ الشريعة الإسلامية وذلك لتأسيس "شركة للإجارة المالية" (ليزينغ) تتماشى مع مبادئ الشريعة الإسلامية على أن لا يقل رأسمال هذا النوع من الشركات عن 2,5 مليار دينار أي حوالي 30 مليون دولار وفق القانون الجزائري، وتقوم شركة الإجارة بعمليات تمويل تخص استئجار الأملاك المنقولة والعقارية، كما تقوم أيضا بشراء عقارات بهدف تأجيرها للعملاء مقابل سعر إيجار لمدة يتفق عليها الطرفان وينتهي العقد بنقل الملكية من الشركة إلى المستفيد منها مقابل تسديد القيمة المتبقية من أقساط الإيجار.

1-2- صناديق الاستثمار: صدر أول قانون منظم لصناديق الاستثمار في أمريكا سنة 1940، ثم توالى ظهورها في إنجلترا سنة 1946، وألمانيا سنة 1950 ثم انتشرت بقوة في الدول الأوروبية، وتوسع نشاط صناديق المعاشات بتوظيف الموارد المتجمعة لديها في أوراق مالية قليلة المخاطر وثابتة العائد وهو ما زاد من توسعها أكثر حيث بلغ عددها الآن في أمريكا أكثر من 5000 صندوق صافي أصولها 50 مليار دولار²، وتعرف صناديق الاستثمار على أنها وسيط مالي يهدف إلى استثمار أموال صغار المدخرين في

¹ عاشور كتوش، عبد الغني حريزي، "التمويل بالانتماء الإيجاري-دراسة حالة الجزائر"، ورقة بحث مقدمة إلى الملتقى الدولي حول سياسات التمويل وأثرها على الاقتصاديات والمؤسسات-دراسة حالة الجزائر والدول النامية- جامعة بسكرة-الجزائر، يومي 22، 23 نوفمبر 2006، ص: 13.

² رشدي صالح عبد الفتاح صالح، مرجع سابق، ص: 167.

الأوراق المالية نيابة عنهم وتحقيق عائد أفضل وتخفيض المخاطر المحتملة، ورغم أهمية هذه الصناديق في تنشيط سوق الأوراق المالية إلا أن أداءها غير موجود في الجزائر وهو ما ينعكس سلبا على أداء السوق المالي وتطوير الصيرفة الاستثمارية بشكل خاص، ومع مطلع جانفي 2009 قررت الحكومة الجزائرية وضع صندوق عمومي للاستثمار على أعقاب البنك الجزائري للتنمية يتدخل في السوق الجزائرية لتمويل المشاريع الكبرى وذات الأهمية، وحسب خبير بنكي يرى أن إنشاء الصندوق سيكون بمثابة شركة وليس بنكا وبالتالي لن يحتاج تأسيسه إلى اعتماد من بنك الجزائر، وسيتم تمويل هذه الهيئة المالية الجديدة أساسا بالموارد التي ستضعها الخزينة العمومية تحت تصرفها أو من تمويلات أخرى من السوق الوطنية في وقت قد سجلت فيه البنوك العمومية فائضا في السيولة المالية حيث بلغت احتياطات الصرف 140 مليار دولار، وارتفع معدل الادخار من 40% سنة 2003 إلى 60% سنة 2008 وأن ما يمثل 77% هي نسبة الادخار الموجودة على مستوى البنوك العمومية.

1-3- نشاط التوريق المصرفي: يعتبر التوريق من أهم الأنشطة التي تضطلع بها البنوك الشاملة لما توفره من تمويل حقيقي للمصارف والأسواق المالية على حد سواء، وصدر أول قانون تشريعي في الجزائر رقم 05-06 سنة 2006¹ لتوريق القروض الرهنية، ويعرفه في بنوده على أنه عملية تحويل القروض الرهنية إلى أوراق مالية وتتم على مرحلتين:

- تنازل عن القروض الرهنية من قبل مؤسسة مصرفية أو مالية لفائدة مؤسسة مالية أخرى.
- قيام هذه الأخيرة بإصدار أوراق مالية قابلة للتداول في السوق ممثلة للقروض الرهنية.

ووفق القانون رقم 05-06 سمح بإنشاء مؤسسات التوريق بقرار من هيئة سوق الأوراق المالية والتي يسمح لها بإصدار سندات قابلة للتداول بعد حصولها على موافقة الهيئة العامة لسوق الأوراق المالية وذلك بمقتضى المرسوم التشريعي رقم 23 ماي 1993 المتعلق ببورصة القيم المالية، وفي هذا الإطار حصلت المصارف العمومية والخاصة من شركة إعادة التمويل الرهني على تغطية وصلت إلى 80% للانطلاق في

¹ لمزيد من الإطلاع راجع: الجريدة الرسمية، العدد 15، قانون رقم 05-06 المؤرخ في 21 محرم 1427 الموافق ل 20 فبراير 2006 المتضمن توريق القروض الرهنية.

منح قروض السكن التي يتوقع أن تصل إلى 6 ملايين قرض¹ كما شرع الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط في تطبيق صيغة جديدة للقروض العقارية تتمثل في تقديم قروض رهنية على أساس قيمة الضمان، على أن تفوق قيمة السكن المراد شراؤه 600 مليون سنتيم يمنح البنك 5% من قيمة السكن².

1-4- القروض الشخصية: عرفت السوق الجزائرية انتعاشا كبيرا في مجال القروض الاستهلاكية حيث كشف المدير العام للمجموعة المالية سيتي لام الجزائر لويك لوبيشو بأن قيمة القروض المخصصة للاستهلاك وصلت حاليا إلى 70 مليار دينار أي 70 مليون أورو، بينما تقدر عائدات الأسر بأكثر من 3000 مليار دينار حسب جمعية البنوك والمؤسسات المالية، وبالتالي فإن النسبة الحالية للقروض مقابل العائدات تصل 2% بينما تتجاوز في الاقتصاديات الصناعية 10 إلى 20%، وأشار بهذا الشأن إلى أن قروض العقار تمتد لـ 15 سنة تقدر في حدود 5% بينما قروض الاستهلاك والقروض المصغرة تصل إلى 30 و40%³، ومن المتوقع طرح البنك خدمات جديدة كـ "القرض الشخصي" الذي يقدم للزبون للاستخدام مباشرة وهو مغاير للقروض المقدمة حاليا.

1-5- الصيرفة الإلكترونية: في إطار تحسين الخدمات المصرفية وتسيير التعاملات النقدية ما بين المصارف الجزائرية، تم إنشاء شركة مساهمة تضم ثماني بنوك عمومية هي بنك الجزائر، بنك الفلاحة والتنمية الريفية، بنك التنمية المحلية، البنك الخارجي الجزائري، بنك البركة الجزائري، الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط، القرض الشعبي الجزائري، الصندوق الوطني للتعاون الفلاحي عام 1995، حيث تقوم بصناعة البطاقة المصرفية الخاصة بالسحب وطبع الإشارة السرية وفقا للمقاييس الدولية، ونشأت هذه الخدمة بموجب عقد مبرم بين شركة المساهمة مع شركة ساتيم " **SATIM société algérienne** " **d'automatisation des transactions** الذي يحدد إجراءات آجال التسليم، وعمليات ربط

¹ ع. بوكروح، البنوك العمومية والخاصة ستنتقل في منح قروض السكن، يومية الشروق، الصادرة بتاريخ 2006/06/1، عدد 1701، ص: 02 لمزيد من الإطلاع راجع الموقع:

www.echoroukonline.com

² م. بوزامة، تسهيلات للحصول على قرض عقاري، يومية الخبر، الصادرة بتاريخ 2006/05/2، عدد 4692، ص: 06.

www.Elkhabar.com

لمزيد من الإطلاع راجع الموقع:

³ ح. صواليلي، سوق القروض الاستهلاكية في الجزائر تقدر بـ 70 مليار دينار، يومية الخبر، الصادرة بتاريخ 2007/11/6، عدد 5161، ص: 05.

الموزعات الآلية مع شركة **SATIM** عن طريق شبكة اتصال **DZ PAC - X25** التي تسمح بالقيام بعمليات السحب سواء كانت على المستوى الداخلي أو الخارجي، كما تعمل شركة **SATIM** على تأمين قبول البطاقة في جميع البنوك المشاركة، وإجراء عملية المقاصة لصفقات السحب بين البنوك، وتأمين تبادل التدفقات المالية، كما تعمل أيضا على كشف البطاقات المزورة، وفي عام **1997** قامت شركة **SATIM** بإعداد شبكة نقدية إلكترونية بين البنوك الجزائرية تغطي الإصدارات المتعلقة بالبطاقات المصرفية الخاصة بالسحب من الموزع الآلي محلياً مما مكن البنوك المحلية والأجنبية من سحب الأموال باستخدام الموزع الآلي مباشرة.

أما من حيث استعمال وسائل الدفع الإلكترونية في المصارف الجزائرية فتشير الإحصائيات إلى محدودية التعامل بالبطاقات البنكية التي يبقى استعمالها ضيق نتيجة غياب الثقافة البنكية لدى العملاء، ومحدودية عدد الموزعات الآلية التي قد تتعطل أحيانا وتتطلب تكاليف صيانة مرتفعة، الأمر الذي يحول دون استعمالها وتفضيل الدفع التقليدي بدل الإلكتروني، والملاحظ أنه في الفترة الأخيرة استحوذ بريد الجزائر على أكثر من **80 %** من إجمالي البطاقات البنكية المصدرة.

ويهدف عصرنة أنظمة الدفع في المصارف الجزائرية والمؤسسات المالية، بادر بنك الجزائر إلى تحديد إطار قانوني يحكم المعاملات المالية ويسمح بتحويل المعلومات والمبالغ المالية الضخمة بين البنوك التجارية والبنك المركزي، وبين البنوك والسوق المالي بطريقة سهلة وفعالة، ومن هذه الأنظمة التي تدخل في إطار عصرنة البنوك الجزائرية نذكر:

أ- نظام المقاصة الإلكترونية: ويعرف أيضا بـ "نظام الدفع الشامل للمبالغ الصغيرة" والذي حدد بمقتضى النظام رقم **05-06** الصادر في **15** ديسمبر **2005** نظام المقاصة مابين البنوك، ويهدف إلى تسوية المعاملات ومعالجتها عن بعد " **Télétraitement** " مابين البنوك والمؤسسات المالية بصورة آلية تحت إشراف البنك المركزي الجزائري، ويتعلق النظام بالمقاصة الإلكترونية للصكوك، والسندات، والتحويلات، والاقطاعات الأوتوماتيكية التي تقل قيمتها عن مليون دينار جزائري ووفقا لهذا النظام فقد تم استحداث شيكات جديدة " **Les Chèque normalisés** " يقوم على ضرورة الالتزام بالتوصيات التالية:

- الحفاظ على الشريط الأبيض أسفل الشيك والذي يسمى " **Piste d'encodage** ".
- تجنب التوقيع أو الكتابة أو وضع ختم والإمضاء على هذا الشريط.
- تجنب طي الشيك.
- تفادي أي تآكل أو تمزيق للشيك الذي سيكون محل رفض من قبل جهاز السكبانار.
- على هذا الأساس يسمح نظام المقاصة الإلكترونية ب:
- تقليص آجال التحصيل بالمقارنة بالعمليات التي يقوم بها كل بنك.
- ضمان أمن التبادل وتفادي حدوث مشاكل محاسبية.
- حسن تسيير السيولة النقدية بين البنوك بصورة أفضل.
- تحكم البنك المركزي في مراقبة الكتلة النقدية.

ب- نظام التسوية الإجمالية الفورية للمبالغ الكبيرة والدفع المستعجل:

De Traitement des Grandes Sommes RTGS: Régime

حدد بمقتضى النظام رقم 04-05 الصادر في 13 أكتوبر 2005، وهو نظام دفع ما بين البنوك للمبالغ الكبيرة والمستعجلة التي تفوق قيمتها عشرة ملايين دينار، ويسمح هذا النظام بتنفيذ أوامر التحويل في الوقت الحقيقي بدون فترة سماح ويهدف في مضمونه إلى:

- مسايرة المعايير والمقاييس الدولية في مجال مخاطر أنظمة الدفع و تأهيل القطاع المصرفي.
- تخفيض مخاطر الدفع، وتقليص المدة ما بين البنوك.
- ضمان الأمان والسرعة في المبادلات طبقا للمقاييس الدولية.

1-6- نشاط التأمين: يعد ممارسة نشاط التأمين من خلال شركة شقيقة تضمها شركة قابضة من

أهم الوظائف التي تضطلع بها البنوك الشاملة والتي تعرف تطبيقا ناجحا في الدول المتقدمة التي تسعى إلى التفوق في الخدمات المالية وبشكل خاص في الخدمات التأمينية هذا بالمقارنة بالدول النامية التي تعرف تأخرا كبيرا نتيجة ضيق السوق ومحدودية الأنشطة التأمينية، إضافة إلى نقص الوعي التأميني لدى الأفراد، وبتشخيص واقع قطاع التأمينات في الجزائر حسب تقرير الأمم المتحدة للتنمية والتجارة لسنة 2008 تشير

الإحصائيات إلى أن الجزائر من الدول التي تعاني من العديد من العراقيل التي تحول دون تطويره نتيجة سيطرة الشركات العمومية عليه بدرجة أولى وتصنف في ذات التقرير ضمن قائمة الدول العشر الإفريقية التي تمثل عائداتها من قطاع التأمينات نسبة 15% أو ما يمثل 5,7 مليار دولار من قيمة العائدات الإجمالية، وتحتل الجزائر المرتبة 69 على المستوى العالمي و 07 على المستوى الإفريقي، وفي هذا الإطار لم تعرف الجزائر سوى شركة عمومية واحدة مختصة في قطاع إعادة التأمين، وخلال السنوات الماضية تم إصدار مرسومين تنفيذيين خاصين بعملية تسويق منتجات التأمين في البنوك، الأول تم إصداره في ماي 2007 خاص بتحديد أحكام وشروط توزيع منتجات التأمين، أما الثاني والصادر في أوت 2007 فقد حدد منتجات التأمين الممكن توزيعها على مستوى البنوك، ومن المفترض أن توسع المصارف الجزائرية من دائرة نشاطها لتشمل توزيع كافة منتجات التأمين والمتعلقة بالتأمين على الأشخاص، والتأمين على القروض، إلى جانب التأمين من الأخطار على السكنات، والأخطار الفلاحية، ويقدر حاليا عدد الوكالات التابعة لشركات التأمين الموزعة على كامل التراب الوطني بـ 1200 وكالة تأمين، وتتراوح قيمة العمولات التي تتقاضاها البنوك من هذه العملية بين 15% إلى 20%، أي بمعدل يتراوح بين 30% إلى 40% والتي تعد غير مربحة بالنسبة للبنوك التي ستتكفل بتسويق منتجات التأمين على مستوى وكالاتها، أما من حيث الممارسات البنكية لنشاط التأمين فيظهر على شكل مساهمات متواضعة من خلال:

- مساهمة كل من القرض الشعبي الجزائري، بنك التنمية المحلية، البنك الجزائري الخارجي،

البنك الوطني الجزائري في الشركة الجزائرية لضمان الصادرات "CAGEX".

- مساهمة المصارف العمومية في الشركة الجزائرية لضمان قروض الاستثمار "CAGCI".

- مساهمة المصارف العمومية في شركة ضمان القروض العقارية "SGSI".

- توسيع أنشطة الصندوق الوطني للتعاون الفلاحي "CNMA BANQUE".

- مساهمة الشركة الجزائرية للتأمين وإعادة التأمين في رأسمال البنك العربي التعاوني بـ 5%.

ويسير تطور قطاع التأمينات بوتيرة بطيئة تعكس مستويات النمو الاقتصادي في مختلف الدول، ويقدر

عدد شركات التأمين في إفريقيا بـ 650 شركة عمومية وخاصة تقدر مداخيلها الإجمالية بـ 38 مليار دولار.

1-7- البنوك الإسلامية كأحد تطبيقات البنوك الشاملة: شهدت الفترة الأخيرة انتشار البنوك الإسلامية في العالمين العربي والإسلامي، وانتشرت أكثر في الدول الغربية خاصة في ظل الأزمة المالية العالمية التي يعيشها الاقتصاد في الوقت الراهن والذي بين أن التمويل الإسلامي هو أفضل حل لتجاوز آثار الأزمة، وقد ظهرت هذه البنوك لتباشر أعمالها وفقا لمبادئ الشريعة الإسلامية، وتقدم خدمات متنوعة وشاملة فهي تجمع بين خدمات البنوك التجارية والبنوك المتخصصة و بنوك الاستثمار وذلك استجابة لرغبة العملاء الذين يرفضون التعامل بالمعاملات المصرفية الربوية التي تتعامل بها البنوك التقليدية، وباعتبار البنوك الإسلامية هي الوجه الآخر للبنوك الشاملة والتي عرفت توسعا كبيرا في بعض الدول كالسعودية، ومصر، والأردن...، وبأشكال مختلفة، إلا أنه من الملاحظ أن مستوى الخدمات البنكية الإسلامية في الجزائر لا تمثل سوى **1,8%** من نصيب الخدمات البنكية الوطنية، علما أن بنك البركة الجزائري الذي يعد محتكرا لهذه الخدمات حاليا قد حقق ربحا صافيا السنة الماضية مقدرا بـ **1,3%** مليار دينار جزائري ومن المقرر أن يرفع ربحه هذه السنة إلى **2** مليار دينار جزائري، وأوضح المدير المكلف بالشؤون القانونية ببنك البركة ناصر حيدر أن البنوك والمؤسسات المالية قد بلورت اقتراحاتها حول إمكانية توسيع تقديم الخدمات البنكية الإسلامية إلى البنوك العمومية وهو ما يتوقع فتح البنوك العمومية لنوافذ للخدمات البنكية الإسلامية مع آفاق السنوات القادمة، ومن الممكن أن يكون البنك الفرنسي سوسيتي جينرال أول مؤسسة مالية تقدم خدمات إسلامية وتعرضها على العملاء الجزائريين.¹

2- متطلبات تأهيل المصارف الجزائرية لمواكبة الصيرفة الشاملة:

من خلال ما تقدم فيما يتعلق بتطبيق الصيرفة الشاملة بالمصارف الجزائرية، نجد أن التشريع المصرفي الجزائري مازال يضع حدودا فاصلة بين ممارسة الوظائف التقليدية للبنوك التجارية ووظائف المؤسسات المالية، ويبقى عملها مقتصر على ممارسة الصيرفة التقليدية بقبول الودائع ومنح القروض، وهو ما يبين أن نشاط البنوك الجزائرية يتحدد في نطاق ضيق، وإضافة إلى ذلك يتبين أن واقع الخدمات المصرفية في المصارف الجزائرية تتميز بأنها:

¹ س.بن عبد الرحمن، تعديل قانون النقد والقرض ضروري لتطوير البنوك الإسلامية، يومية الخبر، الصادرة بتاريخ

2008/11/5، عدد 5468، ص: 1

- خدمات مصرفية تقليدية لا تستجيب لأبسط التطورات الحاصلة، فنشاط البنوك الخاصة المعتمدة لا يزال منحصر في عمليات مصرفية محددة رغم استفادتها من التدابير الجديدة المتعلقة بتحرير التجارة الخارجية، أما البنوك العمومية فهي تسير وفق المناهج التقليدية رغم الإصلاحات المتوالية في المجالات التشريعية و التنظيمية.

- غياب مفهوم التسويق البنكي الذي يحول دون تسويق أمثل للخدمات المصرفية.

- ضعف أداء العنصر البشري، ونقص التكوين والتدريب.

- فقدان الاحترافية، وثقل الإجراءات البيروقراطية والتعقيدات في المعاملات البنكية، وتبعيتها للسلطات العمومية بشكل دائم.

- تركيز البنوك العمومية على مجمل الأصول البنكية بنسبة 95%.

- عدم التحكم في استخدام التكنولوجيا البنكية وتطبيق الأنظمة والبرامج العصرية.

من خلال العرض السابق، نخلص إلى أن المصارف الجزائرية رغم محاولاتها تطوير الأنشطة والوظائف التقليدية التي تقدمها وإدخال الكثير من الخدمات المستحدثة مما يعد اتجاهها نحو الصيرفة الشاملة، إلا أنها تبقى بعيدة كل البعد على أن تكون مصارف شاملة بالمعنى المتعارف عليه عالميا نتيجة وجود بعض النقائص والفجوات والتي يستدعي منها ضرورة الأخذ بجملة من المتطلبات والتوصيات لتأهيل أداء القطاع المصرفي الجزائري ورفع إمكانياته للارتقاء إلى مستوى التحديات التي تواجهها ومواكبة مستجدات الصيرفة الشاملة، وتمثل أهم هذه المتطلبات في النقاط التالية:

- الارتقاء بالعنصر البشري الذي يعد من الركائز الأساسية للارتقاء بالأداء المصرفي.

- زيادة رؤوس أموال البنوك التجارية بما يؤهلها لتحسين قدرتها التنافسية.

- الاستعداد لتطبيق ثقافة إدارية جديدة تأخذ في الاعتبار التغير المستمر في أوضاع السوق المصرفية.

- زيادة الإنفاق الاستثماري في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات.

- توسيع الشبكات المصرفية التي تكون بمثابة حلقة وصل إلكترونية بين المصارف من جهة وباقي فروعها بما يحقق السرعة في تدويل المعلومات الخاصة بالعملاء، وإجراءات التسوية للمعاملات المالية، بالإضافة إلى الربط بين الشبكات الإلكترونية الخاصة بالمصارف العالمية وفي مقدمتها شبكة الانترنت.
- تشجيع وتنشيط سوق الأوراق المالية وتكوين صناديق الاستثمار، وتأسيس شركات متخصصة في كافة العمليات المالية.
- تنويع الخدمات المصرفية من خلال تقديم حزمة متنوعة ومتكاملة من الخدمات المصرفية تجمع ما بين التنوع والتطور وفق مفهوم المصارف الشاملة، ومنها على سبيل المثال:
 - الاهتمام بالقروض الاستهلاكية الموجهة لتمويل الاحتياجات الشخصية والعائلية.
 - الاهتمام بتمويل المشروعات الصغيرة والمتوسطة.
 - تقديم القروض المشتركة والاستشارة الفنية.
 - ضرورة تبني الصيرفة الإسلامية كمدخل لعصرنة الخدمات المصرفية في البنوك الجزائرية بهدف استقطاب أكبر عدد من العملاء .
 - التوجه نحو التعامل في سوق الأوراق المالية وتفعيل دورها بما يسمح لها من تقوية قاعدة رأسمالها من جهة، وتنشيط هذه الأخيرة من جهة أخرى.
 - الاستفادة من تجارب بعض الدول في الميدان المالي والبنكي.
 - إصدار القوانين والتشريعات التي تضمن نجاح عملية التحول إلى الصيرفة الشاملة.
 - تنظيم الشبكة المصرفية ما بين البنوك "Réseau entre Bancaire" من خلال توسيعها بما يضمن سرعة تنفيذ الخدمات المصرفية.
 - تشجيع اندماج المصارف الصغيرة فيما بينها قصد تكوين كيانات مصرفية كبيرة قادرة على تقديم خدمات متنوعة تلي كافة احتياجات الأفراد.

■ تفعيل دور الصيرفة الالكترونية كمدخل لتطوير وعصرنة المصارف الجزائرية وذلك من خلال إنشاء شبكة إلكترونية مصرفية وطنية، وتوسيع استخدام البطاقات الائتمانية، وشبكة الإنترنت مع توسيع إدخال نظام البث السريع (ADSL).

خاتمة:

مع تسارع وتيرة التطور الاقتصادي والاجتماعي، وبروز آثار العولمة المالية في جميع الأصعدة خاصة منها الأنظمة المصرفية التي أصبحت متكيفة إن لم نقل مواكبة للمتغيرات الراهنة، ويبدو ذلك واضحا في أدائها وسياساتها الإستراتيجية القائمة على تلبية كافة احتياجات العملاء ومحاولة كسب رضاهم وولائهم الدائم، لذلك يظهر التوجه نحو خيار الصيرفة الشاملة مدخل حديث لمواكبة بيئة العمل المصرفي من حيث التنويع والابتكار والإبداع سعيا لضمان بقاء ونمو المصارف خاصة منها الصغيرة أمام المصارف الكبرى المنافسة لها التي تسيطر على أغلب أصول السوق المصرفية.

فأداء المصارف الجزائرية محدود في نطاق ضيق يقوم على اعتمادها على الوظائف التقليدية التي تمارسها وبذلك يمكن القول وبعيدا على أن تكون مصارفا شاملة فهي تعد مصارفا تقليدية تسير في اتجاه التحول نحو المصارف الشاملة، وإن التفتح على هذا المفهوم المعاصر الذي يمثله البنك الشامل يعتمد في مضمونه على إستراتيجيات متطورة للعمل المصرفي تقوم على أساس فكرة التنويع في الأنشطة الممارسة ودخول مجالات أخرى غير مصرفية، مع ضرورة التحسين المستمر والابتكار والإبداع المصرفي بما يضمن نموها وبقائها وقدرتها على المنافسة، ويعتمد نجاح تطبيق الصيرفة الشاملة في المصارف الجزائرية بدرجة أولى على إيمان الدولة واقتناعها بأهمية دور هذه البنوك، وأن تعمل على تهيئة المناخ الملائم على نحو يتسم بالكفاءة والفعالية، وتعمل على إصدار التشريعات واللوائح والنظم الكفيلة لتدعيم التطبيق الناجح، وتوفير الدعم المالي والبشري...

قائمة المراجعالكتب:

- (1)- عبد المطلب عبد الحميد، البنوك الشاملة: عملياتها-إداراتها، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2000
- (2)- رشدي صالح عبد الفتاح صالح، البنوك الشاملة وتطوير دور الجهاز المصرفي المصري، بدون دار وبلد نشر، 2000
- (3)- طارق عبد العال حماد، التطورات العالمية وانعكاساتها على أعمال البنوك، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2003
- (4) - عبد المنعم راضي، عزت فرج، اقتصاديات النقود والبنوك، البيان للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2001

المقالات

- أحمد عبد الخالق، البنوك الشاملة، مقال منشور على الموقع الإلكتروني:

www.Arablawinfo.com/resarches_AR/199.doc

consulté le 9/11/2008

(1)- أحمد عبد الخالق، البنوك الشاملة، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: www.

Op.cit.

(2)- ع. بوكروح، البنوك العمومية والخاصة ستنتقل في منح قروض السكن، يومية الشروق، الصادرة بتاريخ 2006/06/1، عدد 1701، ص: 02 لمزيد من الإطلاع راجع الموقع:

www.echoroukonline.com

(3)- م. بوزامة، تسهيلات للحصول على قرض عقاري، يومية الخبر، الصادرة بتاريخ 2006/05/2، عدد 4692، ص: 06. لمزيد من الإطلاع راجع الموقع:

www.Elkhabar.com

(4)- ح. صوالي، سوق القروض الاستهلاكية في الجزائر تقدر بـ70 مليار دينار، يومية الخبر،

الصادرة بتاريخ 2007/11/6 عدد 5161

(5) - س.بن عبد الرحمن، تعديل قانون النقد والقرض ضروري لتطوير البنوك الإسلامية، يومية الخبر، الصادرة بتاريخ 2008/11/5، عدد 5468

(6) - صلاح عبد الرحمن مصطفى الطالب، الصيرفة الشاملة...الصيرفة ذات الخدمات الكاملة، مقال منشور على الموقع الإلكتروني:

www.jps-dir.com/forum/forum_posts.asp?TID=3681

consulté le 10/11/2008

(7) - إيمان عطية، "ميزان القوة يتغير لصالح البنوك الشاملة.."، يومية القبس، الصادرة بتاريخ 23 أغسطس 2008، العدد 12657، ص: 26. راجع الموقع الإلكتروني:

www.alqabas.com

consulté le 10/11/2008

اوراق بحثية

(1) - عاشور كتوش، عبد الغني حريري، "التمويل بالائتمان الإيجاري-دراسة حالة الجزائر"، ورقة بحث مقدمة إلى الملتقى الدولي حول سياسات التمويل وأثرها على الاقتصاديات والمؤسسات-دراسة حالة الجزائر والدول النامية- جامعة بسكرة-الجزائر، يومي 22، 23 نوفمبر 2006

نصوص تشريعية

(1)-الجريدة الرسمية، العدد 15، قانون رقم 06-05 المؤرخ في 21 محرم 1427 الموافق ل 20 فبراير 2006 المتضمن توريق القروض الرهنية.

الحق في الخصوصية المعلوماتية بين تحديات التقنية و واقع الحماية القانونية

أ / بن قارة مصطفى عائشة

أستاذة مساعدة . كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة ابن باديس، مستغانم - الجزائر

ملخص

أثر التقدم التكنولوجي المتسارع في العقود الأخيرة على حقوق الانسان وحرياته، خاصة بعد انتشار الحواسيب والانترنت، حيث بدأ الانتقال من حماية الحياة الخاصة إلى الاهتمام أكثر بحماية البيانات الشخصية، وفي ضل هذا المناخ تضافت الجهود القانونية الدولية لسد الفراغ التشريعي المنظم لتكنولوجيا الاعلام والاتصال وتأثيرها على الانسان وحقوقه، خاصة ما يتعلق بانتهاك حرمة بكشف معطياته وبياناته الشخصية، وجعلها عارية أمام الجميع على الشبكة الدولية للمعلومات. ومن هنا ظهرت أهمية الجهود الدولية والاقليمية والوطنية في وضع الاطار القانوني لحماية حقوق الفرد وخصوصيته من تأثير المعلوماتية.

Resumé

L'impact des progrès technologiques a accéléré au cours des dernières décennies sur les droits de l'homme et des libertés, surtout après la diffusion des ordinateurs et de l'Internet, où il a commencé la transition de la protection de la vie privée au profit d'attention à la protection des données personnelles, et dans ce climat , entre autre ont combiné leurs efforts juridiques internationaux pour combler l'organisateur de vide législatif de la technologie de l'information et de la communication et son impact sur l'homme et de ses droit, notamment la santé humaine et de leurs droits, notamment en matière de violation de vie privée en divulguant ses données personnelles, et de les rendre nu devant tout le monde sur l'Internet,. Par conséquent, il est apparu l'importance des efforts internationaux, régionaux et nationaux dans le développement du cadre juridique pour la protection des droits individuels et la vie privée de l'impact de l'informatique.

مقدمة

لا نزاع اليوم في أن الخصوصية تعد من الحقوق الدستورية الأساسية الملازمة للشخص الطبيعي بصفته الانسانية كأصل عام، فهي تعد أساس بنیان كل مجتمع سليم، ويعتبر من الحقوق السابقة عن وجود الدولة ذاتها .

لذا تحرص المجتمعات خاصة الديمقراطية منها على كفالة هذا الحق، وتعتبره حقاً مستقلاً بذاته، ولا تكتفي بسن القوانين لحمايته بل تسعى إلى ترخيصه في الأذهان، وذلك بغرس القيم النبيلة التي تلعب دوراً كبيراً وفعالاً في منع المتطفلين من التدخل في خصوصيات الآخرين وكشف أسرارهم، ولقد حظي هذا الحق باهتمام كبير سواء من جانب الهيئات والمنظمات الدولية أو من جانب الدساتير أو النظم القانونية.

ومع تزايد التقنيات الحديثة وتطورها المستمر زادت المخاطر على الخصوصية، لاسيما مع بداية خضوع المعطيات الشخصية لنظام تحكم مركزي للإدارة العمومية، مما أثار تخوفات شديدة على حماية البيانات التي تتصل بالأفراد وحياتهم الخاصة¹.

بناء على ذلك سوف نقوم بتسلط الضوء على أثر التقنية على الحياة الخاصة، وذلك بغية الاجابة على إشكال محوري يتمثل في: ماهية الحق في الخصوصية المعلوماتية، وفيما تتمثل مخاطر التقنيات الحديثة على هذا الحق، وإن كانت أغلب دول العالم قد وضعت ضمانات قانونية لحماية هذا الحق فما مدى كفايتها مع تطور استخدامات الانترنت، وهل توجد معالجة تشريعية جزائية في هذا المجال؟

وللإجابة على هذه الاشكاليات، ارتأينا تقسيم البحث إلى مبحثين، يتناول المبحث الأول بالدراسة ماهية الخصوصية المعلوماتية والمخاطر التي تواجهها في العصر الرقمي، وذلك في مطلبين، خصصنا الأول منه للحديث عن ماهية الخصوصية المعلوماتية، وأفردنا الثاني لدراسة مخاطر الخصوصية المعلوماتية في العصر الرقمي.

أما المبحث الثاني فسيخصص لدراسة الجهود الدولية والإقليمية لحماية الخصوصية المعلوماتية، نتعرض إلى الجهود الدولية في مطلب أول، وإلى الجهود الإقليمية في مطلب ثان.

1. فريد هـ . كيت، الخصوصية في عصر المعلومات، مركز الأهرام للترجمة والنشر، القاهرة، 1999، ص 123.

المبحث الأول: ماهية الخصوصية المعلوماتية والمخاطر التي تواجهها في العصر الرقمي.

إنّ مبدأ الحق في الخصوصية في معناه التقليدي هو حق الفرد في أن يقرر بنفسه متى وإلى أي حدّ يمكن أن يطلع الغير على شؤونه الخاصة، وفي إطار الاعتداءات التي أصبحت تطال حياته الخاصة بواسطة التقنيات المعلوماتية، أصبح من الضروري إعادة النظر في هذا المفهوم، بل وقد زاد الاهتمام بهذا الحق نظراً لما يتعرض له من مخاطر تحيط به وتهدده أبرزها التقدم التكنولوجي والمعلوماتي الذي كان له دور في اقتحام حصون هذا الحق.

وعليه سنحاول من خلال هذا المبحث الاحاطة بمفهوم الخصوصية المعلوماتية وكذا بيان التحديات التي تواجهها في العصر الرقمي من خلال مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: ماهية الخصوصية المعلوماتية

البيانات الخاصة، الخصوصية المعلوماتية، والمعلومات الاسمية¹، كلها مرادفات لمعنى واحد وهو حق الشخص في أن يتحكم بالمعلومات التي تخصه. فهذه المعلومات يطلق عليها خاصة كونها تتعلق بالشخص ذاته كإنسان مثل الاسم والعنوان رقم الهاتف وغيرها من المعلومات التي تأخذ شكل بيانات وثيقة والارتباط والاتصاف بكل شخص طبيعي معرف أو قابل للتعريف².

وهذه النوعية من المعلومات أصبحت في وقتنا الحاضر على درجة كبيرة من الأهمية في ضل التطورات التقنية، تحديدا إنشاء بنوك المعلومات وإجراء عملية المعالجة والتحليل بواسطة الحاسوب، من هنا ظهر ما يعرف بالخصوصية المعلوماتية.

وفي إطار تحديد مفهوم خصوصية المعلومات، تجدر الإشارة أنه في نهاية الستينات والسبعينات أثير فيها لأول مرة هذا المصطلح كمفهوم مستقل عن بقية مفاهيم الخصوصية وتحديد التدخل المادي والرقابة، وذلك من خلال فقيهين أمريكيين، الأول ألان ويستن (Alan Westin) سنة 1997 في كتابه (الخصوصية والحرية) (Privacy and Freedom).

¹ . تختلف التسميات التي تطلق على البيانات الخاصة، حيث يتسعمل المشرع الفرنسي مصطلح المعلومات الاسمية، بينما الفقه الفرنسي يستخدم مصطلح المعطيات، أما تسمية المعطيات ذات الطابع الشخصي تطلق من قبل المشرع المغربي من خلال قانون رقم (08 . 09) المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، منشور في الجريدة الرسمية، عدد 5711 بتاريخ 23 فبراير 2009.

2 Lucas, Jean Devese et Jean Freyssinet, droit de l'informatique et de l'internet , Presses Universitaires de France, Economies, Paris, 2001, p76.

أما الفقيه الثاني ميلر erMil من خلال كتابه الاعتداء على الخصوصية (The Assault on Privacy) عام 1971.

ويقصد بخصوصية المعلومات وفقاً لـ (ويستن) "حق الأفراد في تحديد متى وكيف وإلى أي مدى تصل المعلومات عنهم للآخرين"

في حين عرفها ميلر أنها "قدرة الأفراد على التحكم بدورة المعلومات التي تتعلق بهم".

وكان الغرض من خلال هذه الدراسات الأكاديمية هو منع إساءة استخدام الحكومة للبيانات التي يصار لمعالجتها آلياً أو إلكترونياً أو تقييد استخدامها وفق القانون فقط، دون حماية الأفراد من مخاطر التقنية التي تتهدد حياتهم الخاصة بصفة عامة¹.

أما الاتفاقية الأوروبية رقم 108 الصادرة عن مجلس أوروبا عرفت البيانات الخاصة من خلال المادة 2/أ التي نصت على أن "المعطيات ذات الطابع الشخصي هي كل المعلومات المتعلقة بشخص طبيعي معرف أو قابل للتعرف عليه". وبنفس المعنى عرفت المادة 2/أ من التوجيه الأوروبي رقم 46/95 الصادر بتاريخ 24 أكتوبر 1995، بأن: "المعطيات ذات الطابع الشخصي هي كل معلومة متعلقة بشخص طبيعي معرف أو قابل للتعرف عليه، يعد قابل للتعرف عليه (الشخص المعني)، يعد قابلاً للتعرف عليه الشخص الذي يمكن معرفته، بصفة مباشرة أو غير مباشرة لاسيما بالرجوع إلى رقم تعريف أو إلى عنصر أو عدة عناصر خاصة مميزة لهويته الطبيعية، الفيزيولوجية النفسية، الاقتصادية، الثقافية أو الاجتماعية".

وقد شكّل هذين التعريفين مصدرين أساسيين لمختلف التشريعات الأوروبية لحماية المعطيات الشخصية، حيث عملت هذه التشريعات على ملائمة نصوصها مع التوجيه السالف الذكر، مثل التشريع الفرنسي في المادة 2/2 من قانون 06 يناير 1978 المتعلق بالمعلوماتية، الملفات والحريات، حيث نص "تشكل المعطيات ذات الطابع الشخصي كل معلومة متعلقة بشخص طبيعي معرف أو يمكن التعرف عليه، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، بالرجوع إلى رقم تعريف أو إلى عنصر أو إلى عدة عناصر مميزة له لتحديد ما إذا كان الشخص قابلاً للتعرف عليه، يلزم الأخذ بالاعتبار مجموع الوسائل التي من شأنها التمكين من تعريفه".

وكمثال لمعطيات شخصية:

¹. يونس عرب، دور حماية الخصوصية في تشجيع الاندماج بالمجتمع الرقمي، ورقة مقدمة في ندوة نادي أخلاق المعلومات العربي، 17. 18 أكتوبر 2002، عمان، الأردن، ص 07.

- المعطيات التي تكون في متناول مصالح الحالة المدنية المتعلقة بالميلاد كالاسم واللقب، وتاريخ الولادة، جنس المولود محل الإقامة.. الخ .
- أو المعلومات المتعلقة بالحالة الصحية للأشخاص، حيث تقوم المصالح الطبية بتكوين ملفات طبية تضم مجموعة من المعطيات الشخصية عن المريض مثل: اسمه، وجنسه وتاريخ ومكان ميلاده، وعوارض المرض، وتشخيصه ومدة انتشاره.. الخ. وتكتسب مختلف هذه المعطيات طابعها الشخصي انطلاقاً من حرص الأشخاص المعنيين على عدم إفشائها، وأي خطأ بسيط في عنوان البريد الإلكتروني أو رقم الفاكس في إرسال معطيات شخصية من قبل مصالح المستشفى مثلاً إلى أشخاص غير مؤهل لهم باستلام هذه المعلومات، تعد سبباً في إفشاء هذه المعلومات لاسيما إذا تعلقت ببعض الحالات المرضية الحرجة، كمرض فقدان المناعة المكتسبة (VIH).

وعليه يمكن القول أن خصوصية المعلومات هي حماية البيانات، فالأخيرة جزء من الخصوصية، وتتعلق بمواجهة الاعتداءات على البيانات الشخصية، في حين أن الخصوصية على إطلاقها تنطوي على خصوصية البيانات، وخصوصية الاتصالات، وأيضاً خصوصية المكان والمراسلات العادية والإلكترونية . وكل هذه المفاهيم ترتبط معاً في نطاق حق واحد هو الحق في الخصوصية.

المطلب الثاني: التحديات التي تواجه الخصوصية المعلوماتية

بالرغم من المنافع الكبيرة التي أفرزتها تكنولوجيا المعلومات وشبكات المعلومات العالمية فإنها أيضاً أوجدت سلبيات عديدة تتمثل في إمكانية جمع المعلومات وتخزينها واستخدامها على نحو غير مشروع وذلك بدون علم صاحبها، ذلك ما سنحاول بيانه من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: الحاسب الآلي وعلاقته بالاعتداء على الخصوصية المعلوماتية

الحاسب الآلي هو عبارة عن "جهاز إلكتروني يقوم بأداء العمليات الحسابية ومنطقية للتعليمات المعطاة له بسرعة كبيرة تصل إلى عشرات الملايين من العمليات الحسابية في الثانية الواحدة، كما له القدرة على التعامل مع مجموعة كبيرة من البيانات مع إمكانية تخزين هذه البيانات واسترجاعها عند الحاجة إليها¹ .

¹ . طاهر الشيخ، نظم تشغيل الكمبيوتر، معهد إدارة الحاسب، القاهرة، 1991، ص 1.

انطلاقاً من ذلك أصبح استخدام الحواسيب من قبل المؤسسات والدوائر والوكالات الحكومية ومن قبل الشركات الخاصة في مجال جمع ومعالجة البيانات الشخصية، وذلك بفضل مقدرة الحوسبة الرخيصة¹، إلا أن هذا الدور الايجابي للحواسيب خلف آثاراً سلبية تتمثل في:

❖ أولاً: إمكانية جعل فرص الوصول إلى هذه البيانات على نحو غير مأذون به بطريق التحايل

أكثر من ذي قبل، ويفتح مجالاً أوسع لإساءة استخدامها أو توجيهها توجيهاً منحرفاً².

❖ ثانياً: ظهور ما يعرف بـ "بنوك المعلومات"³، حيث اتجهت جميع دول العالم بمختلف مؤسساتها

إلى إنشاء قواعد البيانات لتنظيم عملها، وحيث أن المعلومات الشخصية التي كانت منعزلة متفرقة،

يصعب التوصل إليها، أصبحت في بنوك المعلومات مجمعة متوافرة، متاحة أكثر من ذي قبل

للاستخدام في أغراض الرقابة على الأفراد.

❖ ثالثاً: التكامل الحاصل بين المعلوماتية والاتصالات والوسائط المتعددة أتاح وسائل رقابة متطورة

سمعية ومرئية ومقرؤة، إضافة إلى برمجيات التتبع وجمع المعلومات آلياً .

إن هذه المخاطر، وما يتفرع عنها من مخاطر أخرى كتلك المتعلقة بالمعالجة المعلوماتية للبيانات

الشخصية، كعدم مراعاة الدقة في جمع البيانات وكفالة صحتها وسلامتها، وعدم استخدام المعلومات

للغرض التي جمعت من أجله وحتى مدة استخدامها.

الفرع الثاني: الانترنت وعلاقته بالاعتداء على الخصوصية المعلوماتية

تعرف الانترنت بأنها "شبكة تتكون من العديد من الحاسبات المرتبطة ببعضها البعض إما عن طريق

الاتصالات السلكية أو اللاسلكية وتمتد لتشمل مساحات كبيرة من الكرة الأرضية"⁴.

فالانترنت تقدم خدمات كثيرة في مجال الحصول على المعلومات في مختلف مجالات الحياة، فهي خزينة

المعرفة وسيل للعلومات المتدفق.

¹ . أيمن عبد الله فكري، جرائم نظم المعلومات، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص 645.

² . محمد عبد المحسن المقاطع، حماية الحياة الخاصة للأفراد وضماناتها في مواجهة الحاسوب الآلي، مطبوعات جامعة الكويت، 1992، ص 40.

³ لمزيد من التفاصيل حول بنوك المعلومات انظر: شمس الدين ابراهيم أحمد، وسائل مواجهة الاعتداءات على الحياة الشخصية في مواجهة تقنية المعلومات في القانون السوداني والمصري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 53.

⁴ . جميل عبد الباقي، القانون الجنائي والانترنت، دار الفكر العربي، 2001، ص 04.

وإذا كانت لها هذه الأهمية، فإنها أيضا تعد أداة رفيعة المستوى لارتكاب الجرائم، أين تكون المعلومات المعالجة إلكترونيا محلا للتجسس والسرقة والتلاعب بقصد الحصول على أموال أو خدمات غير مستحقة، حيث أن التصفح والتجول عبر الانترنت يترك لدى الموقع المزار كمية واسعة من المعلومات تتمثل فيما يلي¹:

1. عنوان بروتوكول الانترنت العائد للزبون (IP) ومن خلاله يمكن تحديد اسم النطاق وتبعاً له تحديد اسم الشركة أو الجهة التي قامت بتسجيل النطاق عن طريق نطاق أسماء المنظمات وتحديد موقعها.
 2. المعلومات الأساسية عن المتصفح ونظام التشغيل وتجهيزات النظام المادية المستخدمة من قبل الزبون .
 3. وقت وتاريخ زيارة الموقع.
 4. مواقع الانترنت وعنوان الصفحات السابقة التي زارها المستخدم قبل دخوله الصفحة في كل الزيارة.
 5. وقد تتضمن أيضا معلومات محرك البحث الذي استخدمه المستخدم للوصول إلى الصفحة، وتبعاً لنوع المتصفح قد يظهر عنوان البريد الإلكتروني للمستخدم.
- وقد يتم التطفل على الحياة الخاصة للغير باستخدام برامج فيروسية² مثل حصان طروادة، الدودة والقنابل المنطقية، أو وسائل تقنية أخرى مثل ملفات الكوكيز وغيرها من البرامج .
- ومن مخاطر الانترنت قيام هكرز باختراق أو دخول غير مأذون به، أو البقاء غير المشروع في نظام اتصالي خاص، وجمع المعلومات الخاصة عن الآخرين، من خلال برمجيات ذكية يتم إرسالها في البريد الإلكتروني، أو من خلال ظهورها كروابط مزيفة بإمكانها التجسس على المستخدم، أو حتى ارتكاب جرائم أخرى كالسرقة المعلوماتية والنصب³.

¹ . سيف عبد الله الجابري، أمن المعلومات والخصوصية الفردية ، المؤتمر الدولي لأمن المعلومات الإلكترونية، معا نحو تعامل رقمي آمن، المنعقد بتاريخ (18 . 20 ديسمبر 2005، مسقط سلطنة عمان ، ص 246.

² . د. وليد السيد سليم، ضمانات الخصوصية في الانترنت، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2012، ص 182 .

³ . د/ مدحت عبد الحليم رمضان، جرائم الاعتداء على الأشخاص والانترنت، دار النهضة العربية، 2000، ص 39.

مما سبق يتبين أن هناك تحديات جديدة أوجدتها شبكة الانترنت في مواجهة حماية الخصوصية المعلوماتية، فهي زادت من حجم البيانات المجمعة والمعالجة وأتاحت عولمة المعلومات، وبالتالي فقدان المركزية وآليات السيطرة والتحكم.

المبحث الثاني: الجهود الدولية والإقليمية لحماية الخصوصية المعلوماتية.

إن التزايد المستمر في استخدام وسائل التقنية العالية في ميدان جمع ومعالجة البيانات الشخصية من قبل الدولة أو القطاع الخاص، غير موضوع المصلحة المحمية، حيث بدأ الانتقال من حماية الحياة الخاصة إلى الاهتمام أكثر بحماية البيانات الشخصية، وهي الجزء المعنوي من الحياة الخاصة. وفي هذا المناخ تضافرت الجهود الدولية والإقليمية والوطنية في وضع الاطار القانوني لحماية حقوق الفرد الانسان وخصوصيته من تأثير المعلوماتية¹.

المطلب الأول: الجهود الدولية.

كان موضوع حماية الخصوصية المعلوماتية محل اهتمام العديد من المنظمات الدولية، خاصة بعد انعقاد المؤتمر الأول للأمم المتحدة الخاص بحقوق الانسان المنعقد سنة 1968 في طهران، حيث كان محركا أساسيا حول مدى تأثير التطور التكنولوجي على مجال حقوق الانسان وحرياته، وبالخصوص على حماية الحياة الخاصة والبيانات الشخصية، ويلاحظ أنه من خلال هذه اللحظة ساهمت العديد من الهيئات والمؤسسات في إرساء هذه الحماية وذلك من خلال:

أولا: منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية

-(Organization for Economic Co-operation and Development) OECD

تضم هذه المنظمة في عضويتها 29 دولة حتى أواخر 2000، وغرضها الرئيسي تحقيق أكبر مستويات النمو الاقتصادي لأعضائها وتناغم التطور الاقتصادي مع التنمية الاجتماعية.

ابتداء من عام 1978 وضعت هذه المنظمة قواعد ارشادية من أجل حماية الخصوصية ونقل البيانات، وأوصت الاعضاء بالالتزام بها حيث تتعلق هذه المبادئ بالأشخاص الطبيعيين فقط، وتطبق على القطاعين العام والخاص، وتتعلق بالبيانات المعالجة آليا أو غير المعالجة آليا، وهي غير ملزمة، إذ انها مجرد إرشادات

¹ علي كريمي، تأثير التطور التكنولوجي على حقوق الانسان، الحياة الخصوصية وحماية البيانات الشخصية " نموذجا"، مجلة أبحاث الفعل الاحتجاجي بالمغرب، مقارنة الانسان والسلوكيات والقيم ، العدد 61 . 62 ، سنة 2015، المغرب، ص 86 .

وتوصيات، وتتضمن التوجيهات والمبادئ الثمانية الرئيسية لحماية الخصوصية أو الحق في حماية البيانات الخاصة، وهذه المبادئ هي¹:

- تحديد حصر عملية جمع البيانات، والاقتران على طبيعة البيانات الشخصية وتحديدتها، - وتحديد الغرض - وحصر الاستخدام بالغرض المحدد - وتوفير وسائل حماية وأمن المعلومات - والعلانية - والحق في المساءلة والمشاركة - وقد كان دليل (OCDE) دورا رئيسيا وتأثير في دفع الدول الأوروبية إلى إصدار تشريعات وطنية تغطي هذا المجال، وهكذا منذ سنة 1978 إلى اليوم سوف نلاحظ أن هذه المنظمة تتابع باهتمام كبير موضوع الخصوصية، وتطور التدابير التشريعية الخاصة بها².

ثانيا: مجلس أوروبا³

لعب هذا المجلس دورا كبيرا في إخراج ووضع إتفاقية عالمية بشأن حماية الخصوصية. في عام 1981 تبنت لجنة وزراء مجلس أوروبا إتفاقية " حماية الأفراد في نطاق المعالجة الآلية للبيانات الشخصية"⁴ (Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data)

وعلى خلاف منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، فإن هذه الإتفاقية ملزمة للأعضاء المتعاقدين، وينحصر نطاقها على الاشخاص الطبيعيين والملفات المؤتممة (automatisées). ومن تممة قررت عشرة مبادئ تمثل الحد الأدنى لمعايير حماية الخصوصية المتعين على الدول الأعضاء تضمينها في التدابير التشريعية والقوانين التي تضعها. وهذه المبادئ متقاربة مع مبادئ منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية.

وتغطي قواعد الإتفاقية مسائل: نقل البيانات بين الدول المتعاقدة، كما تمنع نقل المعلومات إلى خارج الحدود إلا إلى الدولة التي توفر لها حماية موازية، مع استثناءات من هذه القاعدة. ثم إن مجلس أوروبا من خلال هذه لجنة الخبراء العاملة في حقل حماية المعطيات قد أصدر سلسلة من الدلائل التوجيهية المعتمدة على الإتفاقية المذكورة، وهذه الدلائل التوجيهية ليست إلا توصيات موجهة إلى حكومات الدول الأعضاء، وتتعلق بما يلي:

¹ . انظر حول هذه المنظمة وأنشطتها الموقع التالي: <http://www.oecd.org>

² . علي كريمي، المرجع السابق، ص 86.

³ . علي كريمي، نفس المرجع السابق، ص 86.

⁴ . وقد وقعت على هذه الإتفاقية 31 دولة، صادق منها 21 دولة، ولا تزال عشرة دول غير مصادقة وفقا لواقع الإتفاقية بتاريخ 31 / 01 / 2000، وقد أصبحت هذه الإتفاقية نافذة بتاريخ 01 / 10 / 1985.

حماية المعلومات الطبية المؤتممة، والإحصاءات، وقاعدة المعلومات الخاصة لأغراض التسويق، وقاع المعلومات الخاصة لأغراض الضمان الاجتماعي، أو لأغراض البوليس، والبيانات الجنائية، وقواعد المعلومات الخاصة بأغراض التوظيف وكذا خدمات الاتصال.

ثالثا: الاتحاد الاوربي (European Union)

الاتحاد الاوربي هو الآخر اهتم بموضوع حماية المعطيات والبيانات الخاصة في نفس اللحظة التي طرحت فيها مسألة الاهتمام بحقوق الانسان على المستوى العالمي منذ منتصف سبعينيات القرن المنصرم. وهكذا فإن الهيئة أولت جهودا بشأن توحيد القواعد المقررة في قوانين حماية الخصوصية ابتداء من عام 1976 فصدرت عنه تعليمات عديدة على النحو التالي:

. تعليمات 1976/04 /08: المتعلقة بحماية الأفراد من أنشطة التقييم الآلي للبيانات.

. تعليمات 1979/05/08: المتعلقة بحماية الأفراد في مواجهة التطوير التقني لمعالجة البيانات،

. وتعليمات بنفس الموضوع في: 1979/03 /09.

وإلى جانب هذا قدم الاتحاد الاوربي حزمة أدلة توجيهية متكاملة حول حماية البيانات، كان من حصيلتها دليل 1995 بشأن حماية الأفراد فيما يتصل بمعالجة البيانات الشخصية وحرية نقلها، وهو الدليل المقرر من قبل البرلمان الأوربي ومجلس أوربا، بالإضافة إلى دليل 1997 المتعلق بحماية معطيات الاتصالات.

رابعا: الأمم المتحدة (United Nation)¹

في سنة 1989 تبنت الامم المتحدة دليلا يتعلق باستخدام الحوسبة في عملية تدقيق البيانات الشخصية، وفي سنة 1999/12/14 أصدرت الجمعية العامة دليل تنظيم استخدام المعالجة الآلية للبيانات الشخصية، ويتضمن هذا الدليل نفس المبادئ المقررة لدى منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية ودليل مجلس أوربا، والاتفاقيات المشار إليها سابقا. وهي مبادئ غير ملزمة، لأنها توصيات للدول الأعضاء لتضمينها التدابير التشريعية في هذا المجال. كما أن لجنة حقوق الانسان في المجلس الاقتصادي والاجتماعي في الأمم المتحدة قد بدلت العديد من الجهود لحماية الخصوصية.

وإلى جانب هذه الجهود ذات الطابع الدولي والإقليمي هناك أيضا:

¹. أيمن عبد الله فكري، المرجع السابق، ص 677.

. جهود مجموعة الثمانية الكبار: G8 أو السبع فيما قبل، وقد أطلقت هذه المجموعة من الدول توصيات لحماية الخصوصية في مؤتمرها الذي عقد حول مجتمع المعلومات سنة 1995.

فضلا عن ذلك جهود منظمة التجارة العالمية، حيث ناقش مسائل الخصوصية فيما يتعلق بحرية لانتقال المعلومات تحديدًا بالنسبة إلى اتفاقية تحرير الخدمات، وقد أقرت المنظمة أن الخصوصية قيد عادل على عملية انتقال البيانات.

مما لا شك فيه أن هذه الجهود الدولية غير كافية لمواجهة الاعتداءات الواقعة على الخصوصية والبيانات الشخصية للأفراد، بل لابد من تجسيد هذا الاهتمام الدولي على المستوى الوطني الداخلي، والذي بدوره لا يمكن عزله عن تطور حقوق الانسان وتطور تكنولوجيا المعلومات والاتصال ومدى تأثيرها على هذه الحقوق.

المطلب الثاني: الجهود الاقليمية.

انّ التطور السريع للمعلوماتية أفرز حتمية التشريع في هذا المجال بوضع حماية قانونية للحياة الخاصة من مخاطر المعالجة الالكترونية للبيانات الشخصية، وقد عرفت هذه الأخيرة تطورا تشريعا منذ منتصف السبعينات من القرن المنصرم، عندما بدأت عملية استخدام الحواسيب بكثرة في تخزين المعلومات الخاصة بالمواطنين في مختلف الدول، هذا بل و زاد الاهتمام أكثر عند نقل وتبادل المعلومات عبر الشبكات (بما فيها وفي مقدمتها الانترنت).

وعليه سنبين فيما يلي المسار التطويري لتشريعات حماية البيانات لأهم الدول سواء الغربية منها أو العربية:

1 . تزعمت السويد مجموع الدول التي وضعت تشريعا لحماية البيانات الشخصية عند إصدارها لأول قانون بهذا الشأن سنة 1073، (1973 cta the data protection)، وهو القانون رقم 289 الصادر بتاريخ (11 نوفمبر 1973). وقد تعرض هذا القانون لعدة تعديلات وذلك تبعًا للتطور المعلوماتي، حيث عدل سنة 1979 كما عدل في سنة 1982، وأيضا في سنة 1986 و سنة 1990. وفي سنة 1998 وضعت السويد قانونا جديدا حول البيانات الشخصية وحل هذا الأخير محل قانون 1973، ولتعزيز موضوع حماية البيانات الشخصية فإنها قد أدمجتها في الدستور السويدي بعد تعديله سنة 1988، خاصة في الفقرة الثانية من المادة الثالثة منه.

2 . وإلى جانب السويد نجد الولايات المتحدة الأمريكية، حيث أصدرت " قانون الخصوصية" سنة 1974، وعقب هذا القانون قوانين أخرى مثل قانون 1984 الذي يؤكد على الخصوصية بشكل أقوى من 1974، حيث يركز على ضرورة إعلام الأفراد على السجلات الشخصية التي يتم تجميعها عنه، ويعطيهم الحق في الاطلاع عليها وتصحيحها، ويمنع استخدامها لغير الغرض الذي زودت من أجله.

ولتعزيز حماية البيانات الشخصية صدر قانون الاتصالات الالكترونية سنة 1986، ومع تزايد استخدام التقنيات المعلوماتية في معالجة البيانات الشخصية ونقلها اتجهت الولايات المتحدة الامريكية إلى اصدار " قانون حماية خصوصية المستهلك " في سنة 1997، وتلتها في نفس السنة موجة تشريعية على النحو التالي:

. قانون حماية خصوصية الضمان الاجتماعي على الخط سنة (1997).

. قانون خصوصية الاتصالات سنة (1997).

. قانون خصوصية المعطيات سنة (1997).

3 . ألمانيا هي الاخرى عنيت بالخصوصية المعلوماتية، حيث تعد أول دولة في مجال المعالجة التشريعية لحماية البيانات، وكان ذلك سنة 1970 في ولاية هيس بألمانيا، لكن هذه المعالجة لا تعد قانونا متكاملًا لأنه ليس قانون دولة، بل قانون ولاية، وفي سنة 1977 صدر على المستوى الفدرالي " قانون حماية المعطيات"، وعدّل وتمّ جذريًا بتاريخ 20 / 12 / 1990، وتم تعديله مرة أخرى في سنة 1994، ووضع قانون آخر لحماية البيانات في سنة 2000 يهدف إلى الانسجام مع القانون الأوربي، أي مع اتفاقية 1995.

4 . أما فرنسا تعتبر من الدول الرائدة في ميدان حماية حقوق وحرّيات المواطنين في مواجهة مخاطر وتطورات تكنولوجيا المعلومات، حيث اصدرت بتاريخ 06 / 01 / 1978 قانون "المعلوماتية والحرّيات"، والذي تم تعديله عدّة مرات وتتميمه بعدة مراسيم خلال السنوات: 1988- و 1992 وفي سنة 1999، حيث أنشأ هذا القانون سلطة إدارية مستقلة هي "الجنة الوطنية للمعلوماتية والحرّيات".

وقد أجرى المشرع الفرنسي فيما بعد بعض التعديلات على القانون الجنائي ومس هو الآخر بالقانون 1978 وتعديلاته، ولم يقد بتغيير روح قانون المعلوماتية والحرّيات، وقد تضمن التشريع الجنائي الفرنسي الحديث المواد 41 . 44 من قانون 1987 في الفصل الخاص بحماية . الشخصية . وتناول الجرائم المتعلقة بالبيانات الاسمية والأحكام الخاصة بالعقاب في المواد 226 . والمادة 226 - 31 من قانون العقوبات

الحديث مع إجراءاته لبعض التعديلات في هذه الجرائم، والأفعال التي تناو لها قانون العقوبات الفرنسي الحديث والمتعلقة بحماية البيانات الشخصية هي:

- 1 . عدم اتخاذ الإجراءات الأولية لمعالجة البيانات، المادة 16 . 226 .
- 2 . عدم إتخاذ الاحتياطات اللازمة لحماية البيانات، المادة 17 . 226 .
- 3 . المعالجة غير المشروعة للبيانات المادة 18 . 226 .
- 4 . تسجيل وحفظ بيانات شخصية لأشخاص مصنفين المادة 19 . 226 .
- 5 . حفظ بيانات شخصية خارج الوقت المسموح به وفقا للطلب أو الإعلان المادة 20 . 226 .
- 6 . تغيير الغرض المحدد لجمع البيانات الاسمية المادة 21 . 226 .
- 7 . إفشاء البيانات الاسمية بما يضر بصاحب الشأن المادة 22 . 226 .
- 8 . حماية المراسلات التي تتم بطريق وسائل الاتصالات المادة 9 . 432 .

هذا فيما يخص بعض نماذج الحماية التشريعية للحياة الخاصة من مخاطر استخدام نظم المعلومات والاتصال للدول الغربية صانعة القرار، وفيما يلي بعض تجارب الدول العربية وهي كثيرة ومتعددة، سوف نشير إلى التجربة التونسية والجزائرية.

أولا: التجربة التونسية :

بادرت تونس إلى تنظيم مجال المعالجة الآلية للبيانات الشخصية بعد شعورها بخطورة الاستخدامات الجديدة لتكنولوجيا المعلومات وتطورها وتأثيرها على مختلف المجالات بما فيها تأثيرها على حقوق وحرية الأفراد، فأصدرت القانون الأساسي عدد 63 لسنة 2004 المؤرخ في 27 جويلية 2004 المتعلق " بحماية المعطيات الشخصية"، حيث نصّ في الفصل الأول منه على "لكل شخص الحق في حماية المعطيات الشخصية المتعلقة بحياته الخاصة باعتبارها من الحقوق الرئيسية المضمونة بالدستور.."، ومن خلال هذا القانون انشأ سلطة إدارية مستقلة وهي " الهيئة الوطني لحماية المعطيات الشخصية"، التي من مهامها تحديد الضرورية والتدابير الملائمة لحماية المعطيات الشخصية...، ولتعزيز هذه الحماية قام المشرع التونسي بتحديث ترسانته القانونية وفي مقدمتها الدستور التونسي الصادر بتاريخ 26 يناير 2014، حيث نصّ في الفصل 24 منه على ما يلي:

" تحمي الدولة الحقوق الخاصة، وحرمة المساكن، وسرية المراسلات والاتصالات والمعطيات الشخصية ".
وأصدر في ذات الاتجاه الأمر عدد 3003 لسنة 2007 المؤرخ في 27 نوفمبر 2007 لتحديد وضبط طرق سير الهيئة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية السابق ذكرها، كما قام المشرع التونسي في نفس السنة ومن خلال الامر عدد 3004 لسنة 2007 مؤرخ في 27 نوفمبر ذكر شروط وإجراءات التصريح والترخيص لمعالجة المعطيات الشخصية، حتى توضح الرؤية لكل شخص معني تكون معطياته الشخصية موضوع المعالجة، أوكل شخص طبيعي أو معنوي مسؤول على عملية المعالجة .

ثانيا: تجربة الجزائر

مما لاشك فيه أن الجزائر تأثرت على غرار الدول الأخرى بما أفرزته الثورة المعلوماتية، مما دفع المشرع الجزائري إلى تعديل قانون العقوبات وذلك لمواجهة الاشكال المستحدثة من الاجرام، وكان بموجب القانون رقم (04 . 15) المؤرخ في العاشر من نوفمبر عام 2004 المتمم للأمر رقم (66 . 156) المتضمن قانون العقوبات، والذي أفرد القسم " السابع مكرر" منه تحت عنوان: " المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات"

كما ادخل تعديلات على القانون المدني من خلال القانون رقم (05 - 10) المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري⁽¹⁾، حيث انتقل المشرع من النظام الورقي في الإثبات إلى النظام الإلكتروني، ونصّ المادة 323 مكرر مدني جزائري⁽²⁾ .

والملاحظ ان المشرع الجزائري لم يكتف بالحماية الجزائية للمعطيات بل تعدى ذلك إلى توفير حماية إجرائية من خلال استحداث اجراءات التحقيق تنفق وطبيعة الجريمة المعلوماتية، فسن قانون رقم (09 . 04) مؤرخ في 05 أوت سنة 2009، المتضمن "القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها"³.

¹ الأمر 75-58 والمؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

² حيث تنص المادة 323 من القانون (05-10). " الكتابة في الشكل الإلكتروني ذات التسلسل في أو الأوصاف أو الأرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة الإلكترونية المستعملة ومهما كانت طرق إرسالها"

³ . قانون رقم 04.09 مؤرخ في 14 شعبان عام 1430 الموافق 5 غشت سنة 2009، يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الاعلام والاتصال ومكافحتها، ج ر عدد 47 لسنة 2009.

هذا، فإذا ما رجعنا إلى الدستور الجزائري الصادر سنة 1996، خاصة المادة 39 منه والتي تنص على أنه "لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطنين الخاصة، وحرمة شرفه، وبجيمها القانون، سرية المراسلات والاتصالات الخاصة بكل أشكالها مضمونة"، هذا من جهة .

ومن جهة أخرى، وبالرغم من التصريح الذي أعلنته وزارة البريد وتكنولوجيا الاعلام والاتصال بخصوص مشروع قانون يتعلق بحماية البيانات الشخصية على الانترنت والاتصالات الهاتفية، اثر افتتاح صالون "تكنولوجيا الاعلام والاتصال بخدمة أمن المواطن" بتاريخ 13 نوفمبر 2014، فانه وإلى غاية اليوم لم تكن أية ترسانة قانونية في الموضوع. بالرغم من إصدار القانون رقم (15 . 04) المتعلق بالقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكتروني¹.

وتجدر الإشارة أنّ التشريع الجزائري يحترم الحياة الخاصة وذلك من خلال القانون رقم (06 . 23) المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المعدل لقانون العقوبات الجزائري²، دون حماية للمعطيات الشخصية، ولاشك أن هذا يعدّ قصورا بينّا، لأن التطور التكنولوجي اليوم غير ممكن مسابته بمثل القواعد التقليدية، لاسيما وأنّ الجزائر مقبلة على تطبيق مشروع الجزائر الالكترونية 2013.

¹. القانون رقم 04 . 15 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436، الموافق أول فبراير سنة 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكتروني. ج، ر عدد 06 لسنة 2015.

². وذلك من خلال المادة 303 مكرر من القانون رقم (06 . 23) المعدل لقانون العقوبات الجزائري حيث تنص على "أنه يعاقب بالحبس من 6 أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 300.00 دج كل من تعمد المساس بحرمة الحياة الخاصة للأشخاص، بأي تقنية كانت وذلك:

1. بالنقاط أو تسجيل أو نقل مكالمات أو أحاديث خاصة أو سرية، بغير إذن صاحبها أو رضاه.
2. بالنقاط أو تسجيل أو نقل صورة لشخص في مكان خاص، بغير إذن صاحبها أو رضاه"

خاتمة:

مما تقدم نستنتج أنّ الطريق السريع للمعلومات جلب الهموم لكثير من الناس، بسبب حساسية المعلومات الخاصة التي تجمع عنهم في القطاعين العام والخاص، مما دفع الكثير من الدول إلى سن قوانين تتحكم في إساءة استعمال وتخزين البيانات، تعرف باسم ” قوانين حماية البيانات”. وبناء على هذه الورقة البحثية نلاحظ ما يلي:

1. أنّ سياسة حماية الخصوصية المعلوماتية لا يتم تطبيقها في الجزائر في الوقت الراهن.
2. لا توجد قوانين أو تشريعات في الجزائر تحمي معلومات المواطن الشخصية من الانتهاك من قبل الآخرين.

على ضوء هذه النتائج فإن البحث قد توصل إلى ما يلي:

- 1- ضرورة سن قواعد قانونية جديدة في الجزائر لحماية الخصوصية في مواجهة تحديات العصر الرقمي، تستمد هذه القواعد أساسها من المبادئ الدولية المستقرة في مجال المعلوماتية.
2. حتمية تلقي مستخدم الانترنت والمواطنين بشكل عام دورات تثقيفية حول حماية خصوصيتهم المعلوماتية.

قائمة المراجع:

1. القوانين

- . دستور الجزائر لسنة 1996.
- . قانون رقم 09 . 04 مؤرخ في 14 شعبان عام 1430 الموافق 5 غشت سنة 2009، يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الاعلام والاتصال ومكافحتها، جريدة رسمية عدد 47 لسنة 2009.
- . القانون رقم 15 . 04 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436، الموافق أول فبراير سنة 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكتروني. جريدة رسمية، عدد 06 لسنة 2015.
- . القانون رقم (06 . 23) المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المعدل والمتمم للأمر(66 . 156) والمتضمن قانون العقوبات الجزائري، جريدة رسمية رقم 84.

- القانون رقم 09 /08 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، منشور في الجريدة الرسمية المغربية، عدد 5711 بتاريخ 23 فبراير 2009.

2. الكتب

- . أيمن عبد الله فكري، جرائم نظم المعلومات، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2007.
- . جميل عبد الباقي، القانون الجنائي والانترنت، دار الفكر العربي، 2001.
- . شمس الدين ابراهيم أحمد، وسائل مواجهة الاعتداءات على الحياة الشخصية في مواجهة تقنية المعلومات في القانون السوداني والمصري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- . سيف عبد الله الجابري، أمن المعلومات والخصوصية الفردية، المؤتمر الدولي لأمن المعلومات الالكترونية، معا نحو تعامل رقمي آمن، المنعقد بتاريخ (18 . 20 ديسمبر 2005)، مسقط سلطنة عمان.
- . "طاهر الشيخ، نظم تشغيل الكمبيوتر، معهد إدارة الحاسب، القاهرة، 1991.
- . فريد ه. كيت ، الخصوصية في عصر المعلومات، مركز الأهرام للترجمة ونشر، القاهرة ، 1999.
- . محمد عبد المحسن المقاطع، حماية الحياة الخاصة للأفراد وضماناتها في مواجهة الحاسوب الآلي، مطبوعات جامعة الكويت، 1992.
- . مدحت عبد الحليم رمضان، جرائم الاعتداء على الأشخاص والانترنت، دار النهضة العربية ،2000.
- . وليد السيد سليم، ضمانات الخصوصية في الإنترنت دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2012.
- يونس عرب، دور حماية الخصوصية في تشجيع الاندماج بالمجتمع الرقمي، ورقة مقدمة في ندوة نادي أخلاق المعلومات العربي، 17 . 18 أكتوبر 2002، عمان، الاردن.

4. المجالات العلمية

- . علي كريمي، تأثير التطور التكنولوجي على حقوق الانسان ، الحياة الخصوصية وحماية البيانات الشخصية " نموذجاً " ، مجلة أبحاث الفعل الاحتجاجي بالمغرب، مقارنة الانسان والسلوكات والقيم، العدد 61 . 62، سنة 2015، المغرب .

André Lucas, Jean Devese et Jean Freyssinet, droit de l'informatique et de l'internet , Presses Universitaires de france, Economies, paris, 2001,

عقد المناولة من وجهة نظر قانون الصفقات العمومية الجديد

الاستاذة/ كوثر بن ملوكة دريس

باحثة جامعة وهران 2 محمد بن أحمد

مفتش محلل مركزي للميزانية لدى المراقبة المالية

مقدمة:

في خضم مجموعة من التحديات الكبيرة التي تفرضها التطورات المحلية والدولية، أكد العديد من رجال الاقتصاد على ضرورة اعتماد عقد المناولة كاستراتيجية اقتصادية في كل القطاعات الاقتصادية خاصة القطاع الصناعي وقطاع المشاريع الإنشائية، نظرا للدور الذي تلعبه باعتبارها المحرك لعلاقات التعاون بين مختلف المؤسسات الاقتصادية.

لهذا أصبح اللجوء إليها أسلوب يعتمد على الكثير من المقاولين لتنفيذ العمليات الضخمة والمعقدة وحتى البسيطة منها لما توفره لهم من مزايا، فكان للاستخدام المكثف لعقد المناولة- المقاول الفرعية- تأثير واضح ومباشر في الحياة الاقتصادية والاجتماعية سواء إيجابا أو سلبا، فمثلا ساعد هذا الأسلوب على إنشاء مشاريع سكنية في مدة وجيزة بفضل تعاون و تضافر جهود كل العاملين في قطاع البناء. ورغم الأهمية التي يكتسبها موضوع المناولة وما تنشئه من علاقات قانونية متشابكة، لم تحض بالدراسة التحليلية لمعناها ومجالها وأحكامها ، فقليلة جدا هي الدراسات المتناولة لها، الأمر الذي دفعنا لاختيار هذا الموضوع.

من هنا يطرح الإشكال التالي:

ما هو الإطار القانوني لعقد المناولة؟ وماهي المستجداته وفقا لقانون الصفقات العمومية؟

للإجابة عن هذا الطرح يقسم العمل إلى مبحثين: يتم تطرق في المبحث الأول إلى تحديد الطبيعة

القانونية لعقد المناولة، ثم التطرق في المبحث الثاني آثار عقد المناولة.

المبحث الأول: الطبيعة القانونية لعقد المناولة

لتحديد الطبيعة القانونية لعقد المقاولة وجب ضبط تعريف هذا النوع من العقود وهو ما سوف يحدد في مطلب أول، ثم التطرق إلى بيان أركانه وشروط انعقاده في مطلب ثان.

المطلب الأول: ماهية عقد المناولة

إن أول ما يستوقف عند بداية البحث في هذا الموضوع تعدد المصطلحات المستعملة في النصوص التشريعية، فالبعض يستخدم مصطلح "المقاولة الفرعية" والبعض يستعمل مصطلح "المقاولة من الباطن"، في حين يعتمد قسم ثالث لفظ "التعامل الثانوي" وقسم رابع لفظ "المناولة" بينما يفضل آخرون لفظ "التعاقد من الباطن".

لكن بعد البحث في حقيقة هذه التعابير ومعناها، تبين أنه لا يقصد من هذا التعدد في الألفاظ تعدد في المعنى، إنما للمناولة مفهومين اثنين، مفهوم شائع في المجال الاقتصادي وآخر ضيق يخص معناها من الناحية القانونية.

الفرع الأول: في المجال الاقتصادي:

يستعمل عادة لفظ "المناولة" أو "المقاولة من الباطن" فيقال "مقاول يعمل بطريق المناولة" أو أنه "يقاوم من الباطن" عندما يكون زبائنه ليسوا هم المستهلكين النهائيين، لكنهم مؤسسة أو عدة مؤسسات يلجأ إليها لإنجاز بعض الأعمال، أو لصناعة جزء أو عدة أجزاء تدخل في تركيب المنتج النهائي بهذا المعنى نكون بصدد عملية مقاولة من الباطن في كل مرة يلجأ فيها متعامل اقتصادي إلى متعامل آخر مستقل عنه، ليتولى بدلا منه تنفيذ عمل معين، أو صنع جزء من الأجزاء المستعملة في صناعة المنتج النهائي¹.

وقد اتخذت المنظمة العربية للتنمية الصناعة و التعدين بهذا المعنى، فعرفت المقاولة الفرعية في المجال الصناعي بأنها: "جميع العلاقات التعاونية التكاملية التي تنشأ بين مؤسستين أو أكثر خلال مراحل العملية الإنتاجية، بموجبها تقوم منشأة مقدمة الأعمال بتكليف منشأة أخرى أو أكثر تسمى منفذة الأعمال أو المناولة متخصصة لإنجاز مرحلة أو أكثر من عمليات الإنتاج، طبقا لعقد محدد مسبقا وملزم للطرفين"².

فوفقا للمفهوم الاقتصادي للمقاولة الفرعية يتضح ما يلي:

1-Alain Benabent, Droit civil les contrats spéciaux civils et commerciaux, 6 édition, Montchrestien, 2004, page 315.

2- برجم صليحة، المقاولة الفرعية، مذكرة ماجستير، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر، السنة الجامعية 2008-2009

أولا : المناولة أو المقاول الفرعية هي إنابة الغير في تنفيذ الأعمال، مهما كانت طبيعتها والطريقة المستعملة في ذلك، تتم بواسطة عقد بين مؤسستين المؤسسة الآمرة بالأعمال والمؤسسة المناولة، والذي بموجبه تعهد الأولى بجزء من نشاطها الإنتاجي للثانية، نظرا لما تتمتع به هذه الأخيرة من مهارات فنية وتقنية وإمكانات تجعلها قادرة على توفير سلع ذات جودة وبشروط اقتصادية ميسرة.

ثانيا : تتميز المقاول الفرعية أو المناولة وفقا لهذا المفهوم بوجود علاقة مباشرة بين المقاول الرئيسي والمقاول الفرعي، تتجسد في عقد واحد بين الطرفين، ولا وجود لعلاقة بين المقاول الفرعي والشخص المستفيد من العمل المنجز أو المنتج النهائي، إذ يبقى المستهلك مجهولا بالنسبة للمقاول الفرعي.

ثالثا : أن العقد المبرم بين المؤسسة المقاول الرئيسية ومقاوليها الفرعيين قد يكون سابقا للعقد النهائي المبرم بين المؤسسة المقاول الرئيسية والمستهلك، كما هو الحال في صناعة السيارات حيث تقوم الشركة المصنعة أولا بإبرام عقود مع عدد من شركات كتلك المخصصة في صناعة هياكل السيارات، أو في صناعة المحركات، ثم تقوم بتجميع هذه العناصر وتركيبها لتشكيل في النهاية سيارة جاهزة للاستعمال وتبيعها للمستهلك وقد يكون أحيانا عقد المقاول الفرعية لاحقا للعقد القائم بين المؤسسة المقاول الرئيسية والمستفيد من العمل المنجز، كأن يتفق شخص مع مقاول على بناء منزل له ثم يتبعه اتفاق بين هذا الأخير ومقاول أو عدة مقاولين آخرين لتنفيذ بعض الأعمال كتوصيل الكهرباء أو تركيب الأبواب والنوافذ... الخ. كما يتضح أن المقاول الفرعية وفقا للنظرة الاقتصادية ليست مرادفة دائما لعبارة التعاقد من الباطن إلا في بعض الحالات، مثل ما هي عليه في الصناعات الضخمة والمعقدة، حيث لا يستطيع المقاولون الفرعيون المباشرون تنفيذ الأعمال لوحدهم، فيقومون بإسناد بعضها إلى مقاولين عن طريق التعاقد معهم من الباطن¹.

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري قد تبني المفهوم الاقتصادي للمقاول الفرعية في العديد من

النصوص المتعلقة بالقطاع الصناعي، كالقانون التوجيهي رقم 01-18 المؤرخ في 12 جانفي 2001² والمتعلق بترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، وهذا ضمن الفصل الثالث من الباب الثاني المخصص لتدابير

3-برجم صليحة، مرجع سابق، صفحة 3.

4- القانون رقم 01-18 المؤرخ في 12 ديسمبر 2001، المتضمن القانون التوجيهي لترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، الجريدة الرسمية العدد 77 المؤرخة في 15 ديسمبر 2001.

مساعدة ودعم ترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، حيث ركز على ضرورة الاهتمام بالمؤسسات المناولة، باعتبارها أحسن وسيلة لتكثيف النسيج الصناعي .

الفرع الثاني: من الناحية القانونية:

فينحصر مفهوم المناولة "المقاولة الفرعية" في فكرة التعاقد من الباطن، لتعتبر المقاولة الفرعية صورة تطبيقية للعقد من الباطن، فيعرفها الفقه عموماً بأنها "عقد يعهد بمقتضاه شخص يسمى المقاول الأصلي إلى آخر يدعى مقاولاً فرعياً، بكل أو جزء من محل عقد المقاولة الذي أبرمه الأول مع رب العمل ما لم يمنع من ذلك"¹.

ويزيد جانب آخر من الفقه على ذلك "بضرورة بقاء المقاول الأصلي مسؤولاً عن عمل المقاول الفرعي اتجاه رب العمل" باعتبار هذا الشرط من الأحكام الرئيسية للمقاولة الفرعية".

ويجمع غالبية الفقه على أن وصف المقاولة الفرعية لا يثبت إلا ضمن مجموعة عقدية تضم عقدين اثنين و ثلاثة أطراف مرتبطين مثنى مثنى، العقد الأول قائم بين رب العمل والمقاول الأصلي، والعقد الثاني قائم بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي.

لهذا السبب إذا تعاقد المقاول الفرعي الأول مع مقاول آخر من الباطن، أصبح عقد المقاولة الفرعية الأول عقداً أصلياً، فيستخدم لفظ "رب العمل الحقيقي" للدلالة على رب العمل الأول، و لفظ المقاول الأول "للدلالة على كل مقاول أول متعاقد مباشرة مع رب العمل الأول، أما لفظ "المقاول الأصلي" فيراد به كل مقاول آخر تعاقد من الباطن، ويطلق عليه أيضاً مصطلح "رب عمل عرضي".

وقد أخذ المشرع الجزائري على غرار عديد من التشريعات العربية بالمفهوم القانوني للمقاولة الفرعية، أي باعتبارها تعاقد من الباطن في القانون المدني و قانون الصفقات العمومية فنخصص لها في الأول القسم الثالث من الفصل الأول المتعلق بالمقاولة وهذا ضمن الباب التاسع الخاص بالعقود الواردة على العمل، مفرداً لها مادتين فقط

5- جبروم هوييه، ترجمة منصور القاضي، العقود الرئيسية الخاصة المجلد الثاني المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، صفحة 1402.

564¹ و 565² ، حيث تعتبر الأولى أي المادة 564 من القانون المدني الأساس القانوني لجواز إبرام عقد المقاولة من الباطن من جهة، و من جهة ثانية حالة تطبيقية لمفهوم المسؤولية العقدية عن الغير بعدما قررت بقاء المقاول الأصلي مسؤولاً عن أعمال المقاول الفرعي اتجاه رب العمل.

في حين أقررت المادة 565 من القانون المدني حماية قانونية للمقاولين الفرعيين، منحها لهم حق إقامة دعوى مباشرة ضد مدين مدينهم لاستفاء مقابل الأعمال التي أجزوها لصالحه، كما أعطت لهم حق الامتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي لدى رب العمل في حالة توقيع الحجز.

أما عن المرسوم الرئاسي رقم 91-434³ المتعلق بالصفقات العمومية فقد أورد المقاولة الفرعية ضمن القسم السادس من الباب الرابع منه تحت تسمية **التعامل الثانوي**، مخصصاً لها المواد من 94 إلى 97 ، على اعتبار أنها تعاقداً من الباطن تتم بين المتعامل الأصلي والمتعامل الثانوي اللذان يعملان معا على تنفيذ الصفقة لفائدة المصلحة المتعاقدة.

فبموجب المادة 94 أجاز المشرع صراحة للمتعاقد مع الهيئة العمومية اللجوء إلى المقاولة من الباطن لتنفيذ جزء من موضوع الصفقة فقط، عكس ما هو عليه الحال في القانون المدني الذي أجاز امتداد المقاولة الفرعية إلى جميع الأعمال المتعاقداً بشأنها في عقد المقاولة الأصلية.

6- تنص المادة 564 من القانون المدني الأمر 75-58 المؤرخ في 28 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم: "يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في حملته أو في جزء منه إلى مقاول فرعي إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تقتضى الاعتماد على كفاءته الشخصية .

لكن يبقى في هذه الحالة مسؤولاً عن المقاول الفرعي اتجاه رب العمل.

7- تنص المادة 565 من القانون المدني الأمر 75-58 المذكور أعلاه: "يكون للمقاولين الفرعيين والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل، حق مطالبة رب العمل بما يجاوز القدر الذي يكزن مديناً به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى، ويكون لعمال المقاول الفرعي مثل هذا الحق تجاه كل من المقاول الأصلي ورب العمل.

ولهم في هذه الحالة توقيع الحجز من أحدهم على ما تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلي امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي أو للمقاول الفرعي وقت الحجز. ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه، ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة. وحقوق المقاولين الفرعيين والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة، مقدمة على حقوق الشخص الذي تنازل له المقاول عن دينه تجاه رب العمل.

8- المرسوم التنفيذي 91-434 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية العدد 57 صادرة ب13 نوفمبر 1991 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 يوليو 2002.

أما المادة **95** فأبقت المتعاقد الأصلي المسؤول الوحيد اتجاه المصلحة المتعاقدة عن الأضرار التي يمكن أن تلحق بها جراء التنفيذ المعيب للأعمال من قبل المتعاقد الثانوي، وهو نفس المبدأ المقرر في المادة **564** من القانون المدني.

وأوضح المشرع في المادة **96** الشروط الواجب مراعاتها قبل اللجوء إلى المقاوله من الباطن من وجوب تحديد الأعمال المزمع إسنادها إلى المتعامل الثانوي بصفة صريحة في الصفقة، وضرورة الحصول على الموافقة المسبقة للمصلحة بالمتعامل الثانوي خلافا للقانون المدني الذي لم يشترط موافقة رب العمل على المقاوله من الباطن إلا في حالات خاصة.

والملاحظ أن المرسوم الرئاسي الصادر في يوليو **2002** جاء بفكرة جديدة وهامة لم تكن موجودة في المرسوم السابق له، وردت بالفقرة الأخيرة من المادة **96** وهي إمكانية استيفاء المتعامل الثانوي لمستحقته مباشرة من المصلحة المتعاقدة متى كانت الخدمات التي نفذها منصوص عليها في الصفقة. في حين أقر المشرع في المادة **97** حق الامتياز للمتعامل الثانوي المعتمد من قبل المصلحة المتعاقدة في حالة الرهن الحيازي.

أما فيما يخص المرسوم الرئاسي رقم **10-236** المؤرخ في **07 أكتوبر 2010** المعدل والمتمم فقد أبقى على نفس التسمية أي التعامل الثانوي و الأحكام في القسم السادس منه المواد من **107** إلى **109**. أما الجديد الذي جاء به المرسوم الرئاسي رقم **15-247¹** المؤرخ في **16 سبتمبر 2015** يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في القسم السادس منه المواد من **140** إلى **144** هو: وضع تعريف للمناولة وهذا بتغيير تسمية المتعامل الثانوي، كما حدد مجال المناولة بنسبة **40%** من مبلغ الإجمالي للصفقة، وحذف من تطبيق مجال المناولة صفقات اللوازم، إذ تنص المادة **140** من المرسوم الرئاسي السالف الذكر: " يمكن المتعامل المتعاقد للمصلحة المتعاقدة منح تنفيذ جزء من الصفقة لمناول بواسطة عقد المناولة حسب الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم.

ومهما يكن من أمر، لا يمكن أن تتجاوز المناولة أربعين في مئة (**40%**) من المبلغ الإجمالي للصفقة. ولا يمكن أن تكون صفقات اللوازم العادية محل مناولة، يقصد باللوازم العادية الموجودة في السوق والتي هي غير مصنعة استنادا إلى مواصفات تقنية خصوصية أعدتها المصلحة المتعاقدة".

9- المرسوم الرئاسي رقم **15-247** المؤرخ في **16 سبتمبر 2015** المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية بتاريخ **20 سبتمبر 2015**، العدد **55**، الصفحة **03**.

والحقيقة أن الغاية من سرد الأحكام الأساسية للمقاول الفرعية في القانون المدني وقانون الصفقات العمومية، ما هي إلا محاولة لتبيان بعض نقاط التشابه والاختلاف بين أحكام المقاول الفرعية في مجال المعاملات الخاصة وتلك في مجال المعاملات العمومية، خصوصا وأن هدف المشرع منها هو حماية المقاولين الفرعيين "المناولين" من الشروط التعسفية التي قد تفرض عليهم عند التعاقد، وكذا المخاطر الاقتصادية التي قد تواجه المقاولين كالإفلاس أو التسوية القضائية، والذي يظهر من خلال تدخله لتنظيم العلاقات الثلاثية بين كل من رب العمل والمقاول الأصلي والمقاول الفرعي، و تركيزه أكثر على الآثار المالية لعقد المقاول الفرعية، وتوليه تحديد طرق استيفاء المقاول الفرعي لمقابل الأعمال التي أنجزها وإعطائه بعض الامتيازات التي تسهل حصوله على حقوقه، تاركا باقي المسائل المتعلقة بكيفية انعقاد عقد المقاول الفرعية والالتزامات المتولدة عنه وانقضاءه للأحكام المنظمة لعقد المقاول والقواعد العامة.

يضاف إلى ذلك أن هذه الأحكام لا تطبق إلا على المقاولات الفرعية بصفتها تعاقد من الباطن، لأنه -وفي هذه الحالة فقط - يكون رب العمل معروفا مسبقا ويمكن وضع رابط بينه وبين المقاول الفرعي. أما المقاول الفرعية بمفهومها الاقتصادي فلا يمكن معرفة الشخص المستفيد من العمل المقاول عليه، وبالتالي من غير الممكن إخضاعها لهذه الأحكام واستفادة مبرمها من الحماية المقررة للمقاولين الفرعيين حسب المفهوم القانوني.

المطلب الثاني: أركان انعقاد عقد المناولة:

كأية عقد وجب توافر الأركان العامة للانعقاد: وهي التراضي المحل السبب و الكتابة في بعض العقود. فتعتبر الأركان المذكورة سالف من الأركان الموضوعية لانعقاد العقد، أما الكتابة فهو شرط شكلي غير وجوبي في كل عقود ولكن يعتبر أساسيا في عقد المناولة.

الفرع الأول: الأركان العامة لانعقاد عقد المناولة

التراضي: هو تطابق الإيجاب والقبول كتعبيرين عن ارادتي طرفي العقد، أي لا بد من تواجد ارادتين قد عبر عنهما وأن تتطابق أحدهما مع الأخرى متجهة إلى إحداث نفس الأثر القانوني¹، كما يجب أن يكون التراضي خاليا من العيوب الإرادة وهي الغلط، التندليس، الإكراه و الاستغلال.

10- بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة 2005، ص57.

فالأول أي الغلط: عبارة عن وهم يقوم في ذهن شخص يحمله على اعتقاد غير الواقع، أما التدليس: هو استعمال حيلة توقع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد، أما الإكراه فهو ضغط يتعرض له التعاقد فيولد في نفسه رهبة أو خوفا يحمله على التعاقد والاستغلال: هو اختلال التوازن الاقتصادي في عقد نتيجة عدم التعادل بين ما يأخذه كل عاقد فيه وما يعطيه فهو خسارة التي تلحق بأحد العاقدين في ذلك العقد.

المحل: هو ما يتعهد به المدين وهذا الأخير قد يلتزم بإعطاء شيء أو تأدية شيء أو الامتناع عن عمل و هو عملية قانونية التي تراضى الطرفان على تحقيقها أما السبب هو الغرض المباشر أو القريب الذي يقصد إليه المتعاقد من التزامه.

الفرع الثاني: الشروط الشكلية لصحة عقد المناولة

يشترط المشرع الجزائري الكتابة لصحة عقد المناولة أي لا يجوز في أن يتم الاتفاق بالطريقة الضمنية أو بالطريقة شفاهية بدليل أن المشرع حدد البيانات الواجب توافرها في العقد والذي ألزم على توافرها بحيث حددت المادة 144 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السالف ذكره: "يجب أن يحتوي عقد المناولة وجوبا على المعلومات التالية:

- اسم ولقب وجنسية الشخص الذي يلزم مؤسسة المناولة.
- اسم ومقر مؤسسة المناولة عند الاقتضاء.
- موضوع ومبلغ الخدمات محل المناولة.
- الأجل والجدول الزمني لإنجاز الخدمات محل المناولة وكيفية تطبيق العقوبات المالية عند الاقتضاء.
- طبيعة السعر وكيفية الدفع والتعيين الأسعار ومراجعتها عند الاقتضاء.
- كيفية استلام الخدمات.
- تقديم الكفالات والمسؤوليات والتأمينات.
- تسوية المنازعات.

تجدر الملاحظة أن المشرع لم يحدد في المراسيم السابقة المتعلقة بالصفقات العمومية شكل عقد المناولة ولا البيانات اللازمة في عقد، ما يدل على حرص المشرع لحماية المناول من تعسف المتعامل المتعاقد ولضمان حقه من المصلحة المتعاقدة.

المبحث الثاني: آثار المناولة

سوف يتم التطرق في هذا المبحث إلى تحديد طرق اللجوء للمناولة كطريقة لتنفيذ الصفقة العمومية في مطلب أول، ثم تحديد مسؤولية في هذا النوع من العقود في مطلب ثان.

المطلب الأول: تحديد طرق اللجوء للمناولة

لقد تطرق المشرع الجزائري لكيفية اللجوء للمناولة في المادة 143 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بتوسع أكثر مما كان عليه في التشريعات السابقة إذ تنص المادة السالفة الذكر: "يمكن اللجوء إلى المناولة ضمن الشروط الآتية:

- يجب أن يحدد صراحة المجال الرئيسي لتدخل المناولة، بالرجوع إلى بعض المهام الأساسية التي يجب أن تنفذ من طرف المتعامل المتعاقد، في دفتر الشروط إذا أمكن ذلك وفي الصفقة. ويمكن التصريح بالمناول في العرض أو أثناء تنفيذ الصفقة. ويتم التصريح بالمناول أثناء تنفيذ الصفقة وقبول شروطه المتعلقة بالدفع طبقاً للنموذج الذي يحدد بموجب قرار من طرف الوزير المكلف بالمالية¹.

- ينبغي أن يحظى اختيار المناول وشروطه المتعلقة بالدفع من طرف المتعامل المتعاقد، وجوباً، بموافقة المصلحة المتعاقدة مقدماً وكتائياً، مع مراعاة أحكام المادة 75² من المرسوم، وذلك بعد التأكد من قدراته المهنية والتقنية والمالية. ويقبض المناول المعتمد وفق الشروط المذكورة سابقاً، مستحقاته مباشرة من المصلحة المتعاقدة، بعنوان الخدمات المنصوص عليها في الصفقة التي تكفل بتنفيذها حسب كفاءات يحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية.

- تسلم وجوباً نسخة من عقد المناولة للمصلحة المتعاقدة من طرف المتعامل المتعاقد.

- يجب أن يحدد في عرض المتعهد المعني مبلغ الحصة القابلة للتحويل للموافق للخدمات التي تقدمها المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري في إطار المناولة".

11- لقد حدد المنظم في قرار المؤرخ في 28 مارس 2011 كفاءات الدفع المباشر للمتعاقد الثاني، في انتظار الأحكام أحكام الجديدة المنقحة مع المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

12- تخص المادة 75 من المرسوم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السالف ذكره حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية.

ما يلاحظ من النص الحالي هو تركيز المشرع على الشكلية خصوصا كتابة العقد فهو بالتالي يضمن حق المناول من تعسف المصلحة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد معها وهذا بخلاف المادة 109 من المرسوم 10-236 الذي لم يتطرق إلى ضرورة وجود العقد الكتابي أو رسالة العرض.

المطلب الثاني: تحديد المسؤولية

تنص المادة 141 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف ذكره: " المتعامل المتعاقد هو المسؤول الوحيد تجاه المصلحة المتعاقدة عن تنفيذ جزء الصفقة المتعامل فيها بالمناولة". تشكل المادة السالفة الذكر الأساس القانوني الذي تركز عليه مسؤولية المتعامل المتعاقد عن أعمال المناول نحو المصلحة المتعاقدة.

فاستناد إليها يمكن للمصلحة المتعاقدة مسألة المتعامل المتعاقد بصفة شخصية و أساسية و مباشرة عن أي ضرر يصيبه جراء عدم تنفيذ عقد المناولة الأصلي بخطأ من المناول، و دون أن يكون للمتعامل المتعاقد دفع هذه المسؤولية عن طريق التمسك خطأ المناول باعتباره المتسبب في الضرر، أو يجعل تنفيذ العقد مستحيل، لأن تدخل المناول في عملية التنفيذ كان بناء على رغبة و إرادة المتعامل المتعاقد ، و أن التنفيذ يتم باسم المناول الأصلي وحسابه.

بذلك يدخل المناول ضمن فئة الأشخاص الذين يستخدمهم المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته، يكون مسؤولا عن أفعالهم و أخطائهم كما لو كانت تلك الأفعال أو الأخطاء صادرة عنه شخصيا. وقد أشار المشرع أنه على المناول إخبار المصلحة المتعاقدة عن تواجده لتنفيذ الصفقة العمومية وقد جاءت صياغة المادة على سبيل الإلزام لوجود عبارة يجب في نص المادة 142 فقرة الأولى: "يجب على المناول الذي يتدخل في تنفيذ صفقة عمومية أن يعلن تواجده للمصلحة المتعاقدة.

غير أن المشرع واصل اللهجة الردعية للمتعامل المتعاقد بأنه في حال تواجده المناول في مكان تنفيذ الصفقة ولم يخبر المصلحة المتعاقدة سوف تتخذ تدابير قسرية من دون تحديدها في النص القانوني، ومنح المشرع في ذات السياق المتعامل المتعاقد مدة زمنية لتدارك بإعلام المصلحة المتعاقدة قدرتها بثمانية (08) أيام وهو ما نصت عليه المادة 142 من المرسوم 15-247 السالف ذكره الفقرة الثانية: " تلزم المصلحة المتعاقدة التي تعلم بتواجد مناول غير مصرح به في مكان تنفيذ الصفقة، بإعذار المتعاقد بتدارك هذا الوضع في أجل ثمانية (8) أيام، وإلا اتخذت تدابير قسرية".

نتيجة لما سبق أن المشرع الجزائري حمل المسؤولية للمتعاقد هذا اتجاه المصلحة المتعاقدة ولم يحدد أحكام المسؤولية بين المناول و المتعاقد خصوصا أن العمل الذي سوف ينجز يكون من طرف المناول فهذه المادة تشكل اجحاف في حق المتعاقد المتعاقد.

خاتمة

إن أهم ما يمكن استخلاصه من هذه الدراسة المتواضعة لموضوع عقد المناولة أن هذه العملية هي استراتيجية اقتصادية كثيرة التطبيق و متبعة ليس فقط في القطاعات الاقتصادية الكبرى، بل حتى في المعاملات البسيطة بين الأفراد، رغم ذلك لم تحض بالاهتمام اللازم خاصة من قبل رجال القانون فالدراسات المتناولة لها قليلة جدا، مع أنها من المواضيع التي تثير العديد من مسائل و إشكالات قانونية و التي تفتح المجال حتما اجتهادات و الأفكار جديدة و متعددة.

فقد حاولت قدر المستطاع التعرض للجوانب القانونية التي يثيرها عقد المناولة ، فتبين عند بداية البحث في هذا الموضوع أن للمناول الفرعية مفهوم ذو المعنى مزدوج إذ لها معنى شائع لدى الاقتصاديين و آخر ضيق و محصور لدى رجال القانون، وأن المشرع الجزائري ركز على المفهوم الاقتصادي محاولا توحيد المصطلحات بينه وبين القانون التوجيهي الخاص بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

وأن المشرع قد اولى عناية خاصة بهذا النوع من العقود فقام بتنظيمه أكثر وتحديد المفاهيم بأكثر دقة مستفيدا بذلك من الثغرات التي عرفها في التشريعات السابقة.

لكن يبقى هذا الموضوع ينقصه توضيح أكثر خصوصا أنه بدأ سريان العمل بالمرسوم الرئاسي الجديد منذ 15 ديسمبر 2015.

قائمة المراجع:

النصوص التشريعية:

- الأمر 75-58 المؤرخ في 28 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم
- المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 57 صادر في 13 نوفمبر 1991 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24 يوليو 2002. "ملغى"
- المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم "ملغى"
- قرار مؤرخ في 28 مارس 2011 يتعلق بكيفيات الدفع المباشر للمتعامل الثانوي
- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

المراجع باللغة العربية :

- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2005.
- جيروم هوييه، بإشراف جاك غستان، ترجمة منصور القاضي العقود الرئيسية الخاصة، المجلد الثاني، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع.
- فتيحة قرة، أحكام عقد المقاوله، منشأة المعارف مصر، 1991.

مذكرات:

- برجم صليحة، المقاوله الفرعية، مذكرة ماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، السنة الجامعية 2008-2009.

المراجع باللغة الفرنسية

commerciaux, -Alain Bénabent, Droit civil les contrats spéciaux civils et 06 éditions, Montchrestien, 2004

العدول عن المفهوم التقليدي في احالة النزاع أمام المركز الدولي

الاستاذة /عطار نسيمه

باحثة و استاذة بكلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة ابو بكر بلقايد - الجوائر

attarnassima@live.fr

ملخص:

يعتبر المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أهم المراكز الدولية المتخصصة، غير أن اللجوء إليه مقترن بشروط ثلاثة حددتها المادة 25 من اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز، حيث تعد الموافقة المشتركة للأطراف على طرح النزاع على المركز حجر الاساس.

إلا أن المركز الدولي التزم بهذه الشروط فقط خلال العقدين الأولين من تاريخ عمله، لأنه ومع تزايد عدد التشريعات الداخلية واتفاقيات الاستثمار التي تحيل للمركز الدولي تغيرت الممارسة التحكيمية إذ أصبح يقضي باختصاصه مستندا على مبادئ أخرى ومعاملات أخرى غير التي كان يعتمد عليها وبالأخص في حالة غياب النص التحكيمي.

مقدمة:

عند الإطلاع على مقدمة الاتفاقية المنشأة للمركز الدولي نجد أنها تتضمن مجموعة من القواعد، التي تؤكد الحاجة إلى اتفاق تحكيمي، وهذا بنصها "....يمكن للدول المتعاقدة وللمواطني الدول الأخرى المتعاقدة أن يطرحوا عليها مثل هذه المنازعات إذا ما أرادوا ذلك، ورغبة في انشاء مثل هذه الآداة تحت رعاية البنك الدولي للإنشاء التعمير ومع التسليم بأن رضاء الأطراف المشترك بأن يعرضوا مثل هذه المنازعات للتوفيق أو التحكيم بواسطة مثل هذه الأداة يكون اتفاقا ملزما يستوجب بصفة خاصة أن توضع أية توصيات....ومع تقدير أن الدولة الموقعة لا تعتبر بمجرد التصديق على هذه الاتفاقية ملزمة بعرض اي نزاع معين للتوفيق أو التحكيم."

كذلك نجد نص المادة 25 التي تشترط لعقد اختصاص هيئات تحكيم المركز، موافقة الدول المصدقة على الاتفاقية على الخضوع للتحكيم، عند وقوع المنازعات وفقا لقواعد المركز، وكذلك بموافقة أخرى من الأطراف المتنازعة لإحالة النزاع إلى التحكيم أمام المركز. -بمعنى ليس الموافقة المنفردة- أكثر من هذا فإن المبادئ الأساسية للتحكيم تشترط وجود اتفاق سابق يميز تنصيب المحكم. بمعنى أن نقطة البداية في نظام التحكيم هي الاتفاق على مبدأ التحكيم، و اختياره سببا لحل النزاع. فوفقا للمبادئ الأساسية للتحكيم الدولي فإن العقد التحكيمي، هو الذي يميز تنصيب المحكم.

إلا أن الأمر الواقع أو عند مراجعة أغلبية القضايا المعروضة على المركز الدولي للتحكيم، نجد أن كل هذه المبادئ قد ضرب بها عرض الحائط، بحيث أصبح يقضي باختصاصه بالرغم من غياب البند التحكيمي أو الاتفاق المشير إليه، وقد تم تكيف هذا الخرق من قبل فقهاء القانون لدولي لقواعد ومبادئ امكانية اللجوء إلى التحكيم الدولي على أساس مجموعة من المبادئ التي أصبحت متداول في الساحة الدولية والتي كيفت على أنها ضمانات لحماية حقوق الآخرين.

وعليه لنا أن نتساءل عن حقيقة موافقة الدول الأطراف في الاتفاقيات الثنائية أو متعددة الأطراف على إحالة النزاع أمام المركز أم تكفي الموافقة الفردية؟ هذا من جهة

ومن جهة أخرى ما هي هذه المبادئ التي أدت بالمركز الدولي، إلى التخلي عن أهم مبدأ من مبادئ التحكيم الدولي ألا وهي ضرورة وجود اتفاق تحكيمي يقضي باختصاص المركز؟

أولاً: التحكيم على أساس اتفاقيات الاستثمار الثنائية:

قد تتلاحم الدول فيما بينها، بموجب اتفاقيات ثنائية قصد تبادل الخبرات، ورغبة في تنمية وتطوير وتشجيع الاستثمارات الأجنبية. حيث تعد الاحالة بموجب الاتفاقيات الثنائية إلى تحكيم المركز الدولي من الأمور الأكثر تداولاً.

أ) الإحالة إلى تحكيم المركز الدولي في الاتفاقيات الثنائية:

يمكن تعريف اتفاقيات الاستثمار الثنائية على أنها اتفاق ثنائي بين دول ذات سيادة، غالباً ما تكون دولة مصدرة لرأس المال ودولة أخرى مستوردة لهذا المال، وتهدف هذه الاتفاقيات إلى حماية الاستثمارات، وذلك عن طريق تحديد اطار قانوني يعين مجموعة متوازنة من الحقوق والواجبات لكل طرف متعاقد سواء دولة مصدرة أو مستوردة¹.

وإن أول اتفاقية ثنائية أبرمت بشأن التحكيم يرجع تاريخها إلى عام 1959، والتي أبرمت بين ألمانيا وباكستان². وعليه فإن اقدام الدول إلى ابرام هذا النوع من الاتفاقيات يمكن اعتباره كمبادرة عن حسن نية في تقديم الضمانات القانونية للمستثمر الأجنبي.

فمعظم البلدان المضيفه تبرم هذا النوع من الاتفاقيات لأجل اجتذاب الاستثمارات الأجنبية المباشرة، في حين أن معظم بلدان المنشأ تعتمد أساساً لإبرام هذه الاتفاقيات لجعل الاطار التنظيمي للاستثمار الأجنبي المباشر في الدول المضيفه له أكثر شفافية واستقراراً وأماناً وقابلية للتنبؤ. ولأجل تقليل العوائق التي قد تعترض سبيل تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر في المستقبل، عن طريق وضع نظام شامل لجميع الموضوعات الخاصة بالاستثمار، فعلى سبيل المثال قد تتضمن هذه الاتفاقيات الثنائية بعض الشروط مثل عدم التمييز في المعاملة، ومبدأ عدم التدخل في العلاقات التعاقدية، السماح بإعادة الدخل إلى دولة

¹)Nasr jean-Piere, les différent instrument visant l arbitrage comme technique de solution des litiges des investissement, sur site :<http://www.naslawyeres.com/dounloods/differents>. Doc.p 03.

²)بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة (ماهيتها، القانون الواجب التطبيق عليها، وسائل تسوية منازعاتها)، الطبعة الأولى، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2006، ص. 466.

المستثمر بالعملية الخولة، التعويض السريع والكافي في حالة صدور قرارات بتأميم أو نزع الملكية للمنفعة العامة، وكذلك آليات تسوية المنازعات بين إحدى الدول ومواطني الدولة الأخرى¹.

بعد توقيع اتفاقية واشنطن لسنة 1965 والمنشأة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، أصبحت الإشارة إلى اختصاص المركز الدولي في الاتفاقيات الثنائية للاستثمار أكثر شيوعاً، حيث تعد اتفاقية الاستثمار الثنائية الموقعة بين الحكومة الإيطالية ودولة تشاد لسنة 1969، أول اتفاقية ثنائية إشارة إلى قبول اختصاص قضاء المركز الدولي².

على أن التطور الذي لحق بإجراءات عمل المركز الدولي هو تغاضيه أو تخليه عن ضرورة وجود بند أو اتفاق تحكيمي، بالمفهوم التقليدي يشير إلى المركز الدولي الاختصاص في التحكيم. وأصبح يكتفي فقط أو ينعقد الاختصاص لهبمجرد وجود نص في اتفاقية ثنائية لترقية وتطوير الاستثمار تحيل إلى تحكيم المركز الدولي دون اشتراط الموافقة الصريحة.

(ب) الاتفاقيات الثنائية الجزائرية:

إن الجزائر وعند إبرامها للاتفاقيات الثنائية المبرمة بين متعاملها الاقتصاديين في هذا الشأن، فإنها تشير في جلها إلى عقد اختصاص تحكيم المركز الدولي cirdi، هذا راجع إلى الأهمية التي يحظى بها هذا المركز، يستثنى من هذه الاتفاقيات الاتفاق المبرم بين الجزائر وسوريا، والذي أحال إلى محكمة الاستثمار العربية³.

وبالتالي يمكن الإشارة إلى عدد من الاتفاقيات الثنائية الجزائرية المشيرة إلى عقد اختصاص المركز الدولي للتحكيم والتي من بينها:

¹ (حسيني يمينة، تراضي الأطراف على التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مذكرة تخرج في القانون، تخصص قانون التعاون الدولي، مدرسة الدكتوراه للعلوم القانونية والسياسية، جامعة مولود معمري، 2011، ص. 92.

² (بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 467.

³ (المرسوم الرئاسي رقم 98-430 مؤرخ في 09 رمضان عام 1419 الموافق ل 27 ديسمبر 1998، يتضمن المصادقة على الاتفاق بين الحكومة الجزائرية والحكومة السورية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع عليه في دمشق بتاريخ 12 جمادى الأولى عام 1418 الموافق ل 14 سبتمبر 1997، ج ر، عدد 97، سنة 1998.

-الاتفاقيات الثنائية المحيلة إلى المركز الدولي المبرمة بين الجزائر ودولة قطر، حيث نجد نص المادة 07 منه تحيل تحكيم المركز الدولي¹.

- كذلك الاتفاق المبرم بين الجزائر واليمن، نجد المادة 12 قد فتحت المجال أمام اليمن حرية اختيار التحكيم عند وقوع نزاع بين عرضه على المركز الدولي، أو محكمة الاستثمار العربية، أو إلى هيئة قضائية للدولة المستقبلية للاستثمار².

-الاتفاق المبرم بين الجزائر والمملكة الإسبانية منحت المادة 11 منه للمستثمر حق الخيار بين التحكيم لدى محكمة تحكيمية طبقا لنظام مؤسسة التحكيم للغرفة التجارية باستكهولم أو محكمة تحكيم الغرفة التجارية الدولية بباريس أو طبقا لمحكمة تحكيمية تنشأ لهذا الغرض، أو بناء على تحكيم المركز الدولي³.

من خلال الاطلاع على هذه الاتفاقيات الثنائية نستنتج أنها قد منحت المستثمر الخيار بين طرق التسوية المتاحة، وهو ما يستفاد منه قبول أو رفض الجزائر مسبقا بالطريقة المختارة أيا كان اختيار المستثمر، بما فيها تحكيم المركز الدولي، وهو ما يفيد القبول المسبق باختصاص المركز⁴.

وبمفهوم آخر فإنه بموجب الاتفاقيات المبرمة من طرف الجزائر، أصبح للمستثمر الأجنبي المتعاقد مع الجزائر الحق الكامل في محاكمتها أمام أي من الهيئات المتفق عليها مسبقا.

¹ المرسوم الرئاسي رقم 97-229 مؤرخ في 18 صفر عام 1418 الموافق ل 23 يونيو سنة 1997، المتضمن المصادقة على الاتفاق بشأن التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين الجمهورية الجزائرية ودولة قطر، الموقع بمدينتي الدوحة بتاريخ 11 جمادى الثاني عام 1417 الموافق ل 24 أكتوبر 1996، ج ر، عدد 43 سنة 1997.

² المرسوم الرئاسي رقم 01-211 مؤرخ في جمادى الأولى عام 1422 الموافق ل 23 يونيو سنة 2001 الذي يتضمن التصديق على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة الجمهورية اليمنية، حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع في صنعاء بتاريخ 17 شعبان عام 1420 الموافق ل 25 نوفمبر سنة 1999، ج ر، عدد 42 سنة 2001.

³ مرسوم رئاسي رقم 95-88 مؤرخ في 24 شوال عام 1415 الموافق ل 25 مارس سنة 1995، يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الجمهورية الجزائرية والمملكة الإسبانية والمتعلقة بالترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع في مدريد يوم 23 ديسمبر سنة 1995، ج ر، عدد 23 سنة 1995.

⁴ حسيني يمينية، المرجع السابق، ص. 97.

ومراجعة موقف الجزائر في قبولها المسبق باختصاص الهيئة التحكيمية التي يرضى بها أو يختارها الطرف الثاني أو المستثمر الأجنبي، فهو أمر منتقد إلى حد ما. وذلك لأنه يخدم مصالح المستثمر الأجنبي أكثر من المصلحة الوطنية، وفيه نوع من عدم التوازن في الحقوق، لأنه وإن كان الهدف من وراء منح المستثمر الأجنبي الحرية التامة في الاختيار بين الهيئات التحكيمية من استقطاب المستثمرين عن طريق منحهم أكثر قدر من الضمانات، إلا أنه كان يتوجب التفكير في العواقب وتوخي الحذر والحيلة حماية للمصالح الوطنية¹.

ثانيا: تغاضي المركز الدولي عن المفهوم التقليدي لعقد اختصاصه:

عرف التحكيم التجاري الدولي على أساس الاتفاقيات الثنائية لحماية الاستثمار، تطورا ملحوظا، حيث أصبح بإمكان المتعاقدين في مجال التجارة الدولية في كثير من الحالات أن يطلب مباشرة، من الدولة المضيفة اصلاح الأضرار التي أصابت استثماره، وذلك بالاستناد إلى اتفاقيات حماية الاستثمار التي تعلن فيها الدولة مسبقا قبولها الانفرادي للتحكيم نتيجة لاحتلالها بالالتزاماتها، سواء كان ذلك نتيجة معاملة تمييزية للاستثمار، أو نتيجة القيام بأعمال التسخير، دون التعويض اللازم، أو غير ذلك من تصرفات السلطة العامة، التي يمكن أن تضر بالاستثمار².

فإن هذا الأمر يعد خروجاً عن المفهوم التقليدي للتحكيم الدولي الذي يشترط وجود اتفاق مسبق بين الطرفين يحيل إلى التحكيم، وهو ما يصطلح عليه بشرط الدولة الأولى بالرعاية.

فهذا الشرط يمثل قاعدة أساسية في مجال التجارة الدولية والاستثمار، وبموجب هذا الشرط تتفق الدول الأطراف في المعاهدة، على أن تتمتع هذه الأطراف بأية ظروف أفضل، يمكن أن تمنحها احداها إلى دولة ثالثة بموجب اتفاق يبرم بينهما، على الرغم من أن الدولة المستفيدة الطرف في المعاهدة الأولى ليست طرفاً في المعاهدة الثانية المبرمة مع الدولة الأخرى.

¹) Haroun mahdi , Le régime des investissements en Algérie a la lumière des convention franco-algériennes , litec, Paris, 2000, p. 671.

²) Gaillard Emmanuel, L arbitrage sur le fondement des traites de protection des investissement , Revue des l arbitrage, n 03, 2003, p.854 .

ولتطبيق بند الدولة الأولى بالرعاية هناك شروط تشمل أن يكون كل من الموضوع الذي تنظمه المعاهدة الأولى، والموضوع الذي تنظمه المعاهدة الثانية متطابقتين بخاصة ما يتعلق بقطاع الاستثمار ومجاله المادي.

وعليه نستدل بذكر الحكم الصادر في النزاع بين شركة آسيا للمنتجات الزراعية المحدودة AAPL وجمهورية سيريلانكا، والذي يعتبر أول حكم يؤسس اختصاص المركز الدولي استنادا إلى شروط الدولة الأولى بالرعاية، حيث تتلخص وقائع القضية في اتفاق الشركة ذات المسؤولية المحدودة آسيا للمنتجات الزراعية والمسجلة في هونغ كونغ، مع شركة سيريلانكية على انشاء مشروع شبه زراعي يتمثل في تربية الجمبري.

وقائع النزاع تتمثل في تعرض مركز الشبه زراعي للحريق إثر عمليات عسكرية قامت بها القوات السيريلانكية ضد جماعة متمردين اتخذوا المركز مأوى لهم¹.

فتقدمت الشركة الآسيوية إلى المركز الدولي، لأجل تحميل السلطات السيريلانكية المسؤولية، وأسست طلبها على الاتفاقية الثنائية للاستثمار المبرمة في 13 فيفري 1980 بين الامارات المتحدة وسيريلانكا والتي تضمنت تنظيم خاص بحماية الاستثمارات المنجزة من طرف رعايا احدى الدولتين على اقليم الدولة الأخرى في حالة الأضرار الناتجة عن الاضطرابات الداخلية، حيث انتهت هيئة التحكيم إلى انعقاد اختصاصها واعتبر المحكمون أنفسهم مختصين على الرغم من عدم ابرام أي اتفاق تحكيمي وان اتفاقية الاستثمار المبرمة بين سيريلانكا والامارات المتحدة لا تخلص إلى تعهد بسيط بين الطرفين، وإنما هي قبولا مباشر كافيًا لاختصاص المركز في حالة النزاع، فالبند المحتوي في اتفاقية الاستثمار يكيف على أنه ايجاب عام ودائم للتحكيم من قبل الدولة وتكتمل الموافقة بمجرد صدور الموافقة من قبل المستثمر عن طريق إخطار المركز الدولي².

بالإضافة الى عدد من القضايا التي حكم المركز باختصاصه بالرغم من غياب البند التحكيمي المشير إليه، وذلك إعمالا لشروط الدولة الأولى بالرعاية.

¹) Rambaud Patrick, des obligation de l'état vis -a-vis de l'investisseur étranger :la sentence CIRDI du 27 juin 1990, société asian agricultural product LTD (AAPL) C. SRI lanka, annuaire français de droit internationam, volume 38 . 1992, p. 502.

²) بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 471.

وعليه نخلص إلى أن المركز الدولي قد وسع من اختصاصه عندما لم يقتصر أمر عرض النزاع عليه بناء على نصوص الاتفاقيات المبرمة، وإنما حكم باختصاصه حتى بغياب مثل هذه النصوص، وذلك عملاً لشرط الدولة الأولى بالرعاية، حيث بات هذا الشرط لا تكاد أي اتفاقية حماية الاستثمار لا تخلو منه، نظراً لأهميته في مجال الاستثمار والذي مفاده أن تتعهد كلا الدولتين المتعاقبتين بمنح استثمارات أو مستثمري الدولة الأخرى معاملة لا تقل أهمية عن المعاملة التي يتلقاها استثمار أو مستثمر دولة أخرى في نفس المجال. بمعنى أن يتمكن رعايا الدولة المستفيدة من الحصول على الحماية التي قررتها الدولة الملتزمة بالشرط إلى رعايا دولة أجنبية أخرى أكثر رعاية¹.

ثالثاً: التحكيم على أساس الاتفاقيات المتعدد الأطراف:

لم تكتف الدول في سعيها لإيجاد تنظيم دولي شامل منظم للاستثمارات الأجنبية، بإبرام الاتفاقيات الثنائية، بغرض حماية وتشجيع الاستثمارات، بل لجأت أيضاً إلى إبرام الاتفاقيات المتعددة الأطراف.

حيث شهد العقد الأخير من القرن الماضي إبرام العديد من اتفاقيات الاستثمار المتعددة الأطراف،

كان من أبرزها اتفاقية أمريكا الشمالية للتجارة الحرة **The North American Free Trade**

Agreement المعروفة بانافتا (NAFTA)، وكذلك اتفاقية ميثاق الطاقة **The Energy**

Charter Treaty (ECT)، واتفاقية **Mercosur** وأيضاً اتفاقية قرطاجنة للتجارة الحرة

Cartagena Free Trade Agreement.²

اشتملت غالبية هذه الاتفاقيات على شروط لتسوية المنازعات، والتي تشير في الغالب إلى شكل واحد أو أكثر من أشكال التحكيم، التي تتم في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، أو عن طريق التحكيم بموجب قواعد التسهيلات الإضافية التابعة للمركز³.

¹ (أوديع نادية، حماية الاستثمار الاجنبي في ظل القانون الجزائري الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004، ص. 28.

² (بشار محمد الاسعد، المرجع السابق، ص. 475.

³ (يقصد بها القواعد التي يقوم بها المركز بموجبها بادارة أنماط معينة من النزاعات الخارجة عن اطار الاتفاقية، بما في ذلك اجراءات التحكيم التي لا يكون أحد أطرافها عضواً في الاتفاقية، سواء الدولة المضيفة أو دولة المستثمر الاجنبي.

وتعتبر اتفاقية **NAFTA** المبرمة بين الولايات المتحدة وكندا والمكسيك أهم الاتفاقيات المذكورة سابقاً¹، حيث سجل المركز الدولي في نهاية السنة المالية 2003 ست قضايا جديدة استناداً إلى اتفاقيات متعددة الأطراف، وعلى وجه الخصوص اتفاقية نافتا، إذ تعتبر هذه الاتفاقية الأكثر اسهاماً من بين الاتفاقيات الأخرى في التوسع في الاختصاص القضائي للمركز.

حيث تضمنت هذه الاتفاقية في الفصل الحادي عشر منها على شروط تتعلق بحماية وتشجيع الاستثمار، ووضع أسس ومعايير المعاملة الوطنية، وعدم التمييز، وشرط الدولة الأولى بالرعاية. وكذلك آلية فض المنازعات التي قد تنشأ بين الحكومات والمستثمرين من الدول الأخرى المتعاقدة²

وتشترط الاتفاقية التماس الطرق الدبلوماسية أولاً، لأجل فض النزاع وفي حال فشلها حينها يصح اللجوء إلى التحكيم أمام المركز الدولي، والذي يعتبر من أولى الاختيارات الممنوحة للمستثمر، وذلك إما وفقاً لنظام المركز، أو وفقاً لقواعد التسهيلات الإضافية للمركز الدولي، في حالة ما إذا اقتضت العضوية في الاتفاقية على أحد المتنازعين فقط، وأخيراً التحكيم بموجب قواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.³

وعليه فإن اتفاقية **NAFTA**، وإن كانت تقرر بأحقية المستثمر في اللجوء إلى التحكيم إلا أنها قيدت هذا الشرط بمجموعة من الشروط أولها محاولة تسوية النزاع ودياً، بالإضافة إلى تراضي الأطراف وقبولها اللجوء إلى التحكيم، وهذا بحسب نص المادة 1122 من الاتفاقية والمعنونة بالتراضي على التحكيم والتي تنص على ما يلي:

(1) يوافق كل طرف على تقديم العريضة للتحكيم طبقاً للكيفية المنصوص عليها في هذا الاتفاق .

(2) إن التراضي المقدم في الفقرة الأولى وتقدم العريضة للتحكيم من قبل المستثمر لا بد أن يستوفي:

¹ هي مجموعة دول الثلاث كندا، الو.م.أ، والمكسيك، التي وقعت اتفاقية التبادل الحر لأمريكا الشمالية في ديسمبر 1992، وأصبحت سارية المفعول في يناير 1994. وقد كانت هذه الدول قد أبرمت فيما بينها عدداً من الاتفاقيات الثنائية التي ظلت سارية المفعول لفترة طويلة ثم جاءت اتفاقيتي نافتا لتجمع كل هذه الاتفاقيات الثنائية في اتفاقية واحد متعددة الأطراف، بهدف إنشاء منطقة للتجارة الحرة بين الدول الأطراف. تسمى باللغة الإنجليزية NAFTA.

أما باللغة الفرنسية فيطلق عليها مصطلح **(ALENA) Accord de libre-Echange Nord Americain**

² نصوص الاتفاقية متوفرة على الموقع www.nfta-sec-alena.org

³ هذا حسب نص المادتين 1120 و1118 من اتفاقية NAFTA

أ) تراضي مكتوب للطرفين بمفهوم الفصل (2) من اتفاقية المركز الدولي، لتسوية منازعات الاستثمار (اختصاص المركز) وقواعد الميكانيزم الاضافي.

ب) اتفاقية مكتوبة بمفهوم المادة 2 من اتفاقي نيويورك.

ج) اتفاق بمفهوم المادة 1 من الاتفاقية الأمريكية.

وفي معنى المادة وجوب الإعلان المسبق عن الرضاء بالتحكيم من كل عريضة تقدم من طرف مستثمر تابع للدولة الطرف في الاتفاقية، وبذلك تكون هذه الدول الثلاثة قد ارتضت بالتحكيم كآلية لتسوية منازعاتها، بما يغني عن وجود اتفاقية تحكيم من أجل اللجوء إلى هذه الآلية.

كما تمثل كذلك اتفاقية قرطاجنة مثالا عن قبول الدول بتحكيم المركز الدولي لأجل تسوية منازعات الاستثمار، بموجب المادتين 17 و18 يحق للمستثمر الاختيار بين تحكيم المركز الدولي وقاعد التسهيلات الاضافية.

وإن هاتين الاتفاقيتين هما مثالا عن امكانية اللجوء إلى التحكيم، بدون اتفاق تحكيمي بالمفهوم التقليدي، فهما بمثابة إيجاب صادر من الدولة المتعاقدة، حيث تعتبر موافقة الدولة على التحكيم محققنا بمجرد التصديق على الاتفاقية.

ويترك للمستثمر إكمال المعدلة عندما يثور النزاع، وذلك من خلال تقديمه موافقته الكتابية المتمثلة في تقديمه طلب التحكيم إلى المركز، بحيث يبقى حق إخطار الهيئات التحكيمية حكرا على المستثمرين، وهو ما يشكل إخلالا بمبدأ المساواة بين الأطراف المتعاقدة¹.

وهكذا فإن استنتاج موافقة الدولة على اللجوء إلى التحكيم أما المركز الدولي، لتسوية منازعات الاستثمار بموجب تشريع وطني أو اتفاقية للاستثمار ثنائية أو متعددة الأطراف بدون اتفاق تحكيم، وبصرف النظر عن أية علاقة تعاقدية أصبح شائعا في الأحكام الصادرة عن هيئات المركز منذ عام 1984.²

¹ (حسيني يمينة، المرجع السابق، ص. 116.

² (بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 480.

خاتمة

يعتبر التطور الذي لحق بإجراءات عمل المركز الدولي في امكانية اللجوء المنفرد للمستثمر إلى تحكيم المركز الدولي، اعتمادا على الالتزام الصادر بالارادة المنفردة للدولة والمدرج في نصوص تشريعها الوطني أو اتفاقية استثمار أيا كان تعدادها، إنما هو أمر متناقض مع اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعاتها، وأيضا مع المبادئ الأساسية في تحكيم الدولي لأنه أمر يؤدي إلى خلق موقف غير متوازن بين الأطراف.

وهو الأمر النقيض تماما لما تشترطه المبادئ العامة للتحكيم، حيث نجد الدولة المضيفة للاستثمار نفسها مجبرة، على استدراج مؤسساتها التابعة لها، إلى هيئات تحكيم المركز وعلى غير رغبتها، او موافقتها في جميع أنواع المنازعات التي لم تكن تتوقعها. في الوقت الذي لا تملك فيه الدولة نفس الحق باقامة اجراءات ضد المستثمر الأجنبي وهذا كله في سبيل كسب رضاء المستثمرين الأجانب.

الاعتراضات الشرعية و القانونية على صندوق النفقة

الأستاذ/ عبد الحميد عيدوني

باحث عضو في مخبر القانون الخاص الأساسي - جامعة تلمسان

أستاذ بالمركز الجامعي - بعين تموشنت - الجزائر

مقدمة:

لا يرتاب أحد أن الغرض الأساسي من البحث العلمي في مجال القانون هو تقييم العمل التشريعي و القضائي، بثمين الموجود، و استدراك المفقود، فتسد الثغرات، و تصحح العثرات. و مما يدعو إلى الإنتباه ما صدر حديثا بموجب القانون 01/15 المتضمن إنشاء صندوق النفقة¹، و لا يخفى ما لهذا القانون من علاقة وطيدة بأحد مواضيع قانون الأسرة ألا و هو موضوع النفقة². لذلك كان لزاما النظر في الإطار الشرعي لصندوق النفقة، لما لأحكام الشريعة الإسلامية من سلطان على كثير من مواضيع قانون الأسرة، إذ هي المنبع لغالبيتها، و المصدر الإحتياطي الأول لها بعد التشريع بموجب المادة 222 من ق أ³.

و لا بد أيضا من النظر إلى الجانب القانوني في صندوق النفقة، بمطالعة مدى تجانس هذا القانون مع القوانين ذات الصلة بنفس الموضوع، ومدى نجاعة هذا القانون في مجتمع كالمجتمع الجزائري.

و لذا سيتم التطرق إلى أهم النقاط المتعلقة بذلك في نقطتين: أولاها في الاعتراضات الشرعية على صندوق النفقة (أولا)؛ و ثانيها في الاعتراضات القانونية عليه (ثانيا).

¹ - انظر، القانون. 01/15، مؤرخ في. 2015/01/04، يتضمن إنشاء صندوق النفقة، ج.ر، ع. 01، المؤرخة في. 2015/01/07.
² - انظر، المواد، من 74 إلى 80 من القانون. 11/84، مؤرخ في. 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة، ج.ر، ع. 24، المؤرخة في. 1984/06/12.
³ - تنص المادة 222 من ق أ: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

أولاً: الاعتراضات الشرعية على صندوق النفقة

تعرف النفقة اصطلاحاً على أنها ما به قوام معتاد الحال الآدمي دون إسراف¹، من طعام أو كسوة أو سكن²، و تجب بالزواج و القرابة.

أما في الزواج فتجب نفقة الزوجة على الزوج شرعاً بالدخول إذا سلمت من عوارض الوطء و كانت مطيقة عليه، و أن يكون هو بالغاً³.

أما القرابة فتجب النفقة فيها للأصول و الفروع ممن أعسر⁴، أو ممن لم يبلغ سن الرشد من الذكور أو لم يدخل بها من الإناث⁵.

أما تعريف صندوق النفقة، فمن خلال استقراء القانون 01/15 يمكن القول أن صندوق النفقة هو حساب مفتوح في كتابات الخزينة العمومية، الغرض منه إعطاء النفقات الواجبة على المطلق الممتنع أو العاجز عنها أو ممن تعذر معرفة محله إلى مستحقيها من مطلقات أو محضونين، على أن تتكفل جهات مختصة بالرجوع على المدين الأصلي بالنفقات⁶.

و الاعتراض على صندوق النفقة شرعاً يقع لسببين: أولاهما في كونه تغليب مصلحة خاصة على مصلحة عامة(1)؛ و ثانيها في عدم فعل النبي صلى الله عليه و سلم مع توافر الدوافع في عصره و انتفاء الموانع(2).

1/ صندوق النفقة تغليب مصلحة خاصة على مصلحة عامة:

معلوم أن أموال الدولة هي أموال للشعب، تصرف لفائدته و لمصلحته العامة، و أموال الدولة شرعاً على نوعين: فيء و غنيمة(أ)؛ أو صدقات(ب)، أما الفيء و الغنيمة فتؤخذ من الكفار، و أما الصدقات فتؤخذ من المسلمين، و في كلا الحكمين يختلف.

¹- انظر، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج.4، ط.1، دار الصفوية، وزارة الأوقاف و الشؤون الدينية، الكويت، 1993، ص.34.

²- انظر، و هبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج.7، ط.2، دار الفكر، دمشق، 1985، ص.765.

³- انظر، محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج.2، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، ص.508.

⁴- انظر، خليل بن إسحاق، مختصر خليل، ط.1، دار الحديث، القاهرة، 2005، ص.166.

⁵- انظر، عبد الحميد عيدوني، دور الإرادة في إبرام عقد الزواج و إنهائه، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية

الحقوق و العلوم السياسية، تلمسان، 2013/2014، ص.88.

⁶- انظر، المواد 03 و 06 و 09 و 10 من القانون 01/15.

أ/ حكم إعطاء اليتيم ومن في حكمه من مال الفيء والغنيمة:

يجوز إعطاء اليتيم من مال الفيء والغنيمة لقوله تعالى: "وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِّن شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ... الآية¹، و قال تعالى: "مَّا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ... الآية²، فوجب على الدولة أن تنفق على اليتيم مما غنمت و أفاء الله عليها، و يقاس الصبي الذي تخلى عنه أبوه على اليتيم لتحاد العلة³، بل و يمكن أن يعطى كل ذي حاجة من مال الفيء والغنيمة، لأن أمر صرفه عائد إلى اجتهاد الحاكم⁴، و معلوم أنه ليس للدولة الجزائرية أو غيرها من الدول الحديثة فيء و لا غنيمة، و بتالي لا نفقة هنا.

ب/ حكم إعطاء اليتيم و من في حكمه من مال الصدقات:

يعنى بالصدقات الزكاة، فلا يعطى اليتيم و من في حكمه من مال الزكاة إلا إذا اتصف بأحد الصفات الواجبة لهم الزكاة، لقوله تعالى: "إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ"⁵، فلا يعطى اليتيم و من في حكمه من مال الصدقات إلا إذا كان فقيرا أو مسكينا.

وليس للدولة أن تعطي اليتيم و من في حكمه ممن اتصف بالغنى أو كان مستكفيا، من مال الزكاة، لأنه مال المسلمين، و لا يجوز أخذ مال المسلم بدون وجه حق، لقول رسول الله صلى الله عليه و سلم: "كل المسلم على المسلم حرام دمه و ماله و عرضه"⁶.

أما مال الهبات و التبرعات فيجوز أن يعطى منه اليتيم و من في حكمه و لو كان غنيا، دل على ذلك حديث: "تصدق الليلة على غني"⁷.

و مال البترول مال المسلمين، و صندوق النفقة مورده من الرسوم الجبائية و هي تؤخذ من المسلمين بدون وجه حق فلا يجوز أن تعطى لمن ليس له حق ممن اتصف بالغنى أو كان مستكفيا¹. وللدولة أن تجبر الأب على الإنفاق على ولده كإلزامها بالزكاة على من وجبت عليه إلا أن يكون معسرا².

1- سورة الأنفال، الآية 41.

2- سورة الحشر، الآية 7.

3- انظر، أبو عبد الله الشريف، مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، ط.1، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق، 2008، ص.133 وما بعدها.

4- انظر، أبو الحسن الماوردي، كتاب الأحكام السلطانية في الولايات الدينية، ط.1، مكتبة دار ابن تيمية، الكويت، 1989، ص.161.

5- سورة التوبة، الآية 60.

6- انظر، مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، ط.1، مؤسسة زاد، القاهرة، 2012، كتاب البر و الصلة و الآداب، باب تحريم ظلم المسلم و خذله، و احتقاره و دمه، و عرضه و ماله، رقم الحديث 2567، ص.835.

7- انظر، أبو عبد الله البخاري، صحيح البخاري، ط.1، دار ابن حزم، القاهرة، 2008، كتاب الزكاة، باب إذا تصدق على غني، و هو لا يعلم، رقم الحديث 1421، ص.172.

2/ صندوق النفقة أمر لم يفعله النبي صلى الله عليه وسلم مع توافر الدواعي في عصره:

فلقد كانت تأتي النبي صلى الله عليه وسلم أموال الفيء والغنائم والصدقات وغيرها، ولم يعلم أنه خصص منها مالا لنفقات المحضونين والمطلقات يأخذون منه مستحقاتهم ثم يعود النبي بها على المدنيين بتلك النفقات، فقد توافرت الدواعي وانتفت الموانع.

و معلوم أنه صلى الله عليه وسلم أعلم الأمة وأصلحها وأكثرها مراعاة لمصالح المسلمين، فما لم يراه هو حسنا فلا يكون حسنا من بعده، ولقد قال: "من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد"³، وأمر النفقة على المحضون والمطلقات من الدين، إذ لم يغفل حكمهما بل فصلهما تفصيلا كافيا.

ثانيا: الاعتراض القانوني على صندوق النفقة

يقع الاعتراض على صندوق النفقة قانونا على عدة أمور أهمها: اعتراض من جهة الدائنين بالنفقة(1)؛ و اعتراض من جهة المدنيين بها(2)؛ و اعتراض من جهة تقديرها(3)؛ و اعتراض من جهة النفقات المتعلقة بها(4)؛ و اعتراض من جهة الأوامر الولائية فيها(5).

1/ الاعتراض على صندوق النفقة من جهة الدائنين بها:

عرفت المادة 1/2 من ق 01/15 النفقة المتكفل بها صندوق النفقة على أنها: "النفقة المحكوم بها وفقا لأحكام قانون الأسرة لصالح الطفل أو الأطفال المحضونين بعد طلاق الوالدين"، ثم تزيد الفقرة: " وكذلك النفقة المحكوم بها مؤقتا لصالح الطفل أو الأطفال في حالة دعوى الطلاق و النفقة المحكوم بها للمرأة المطلقة".

فلم يعطي القانون الحق في صندوق النفقة إلا للأطفال المتضررين من الطلاق وكذا المرأة المطلقة⁴، و السؤال لما خصص القانون هذه الفئة، مع أن هناك فئة قد تكون أكثر حاجة؟، كفائدة الوالدين المسنين المعسرين، إذا امتنع ولدهما الموسر على الإنفاق عليهما، و كفائدة الأطفال الذين مازال عقد الزواج قائما بين والديهم، ولم يتم الأب بالإنفاق عليهم، و نفس الكلام ينطبق على الأيتام، فمصلحة هؤلاء كمصلحة ما أوردته المادة، هذا الأمر قد يؤدي إلى الإحساس بعدم العدالة الاجتماعية.

¹ - انظر، المادة 2/10 من قانون 01/15.

² - انظر، مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج.2، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، ص.182.

³ - أبو عبد الله البخاري، المرجع السابق، كتاب الصلح، باب إذا اصطلحو على صلح جور فالصلح مردود، رقم الحديث.2697، ص.323.

⁴ - تنص المادة 3/2 من ق 01/15 على أن: " المستفيد أو الدائن بالنفقة الطفل أو الأطفال المحضونون ممثلين من قبل المرأة الحاضنة في مفهوم قانون الأسرة، كذلك المرأة المطلقة المحكوم لها بالنفقة".

2/ الاعتراض على صندوق النفقة من جهة المدنين بها:

تنص المادة 2/2 من ق 01/15 على أن: "المدين بالنفقة والد الطفل أو الأطفال.."، مع أن قانون الأسرة ينص على أنه قد تكون الأم هي المدينة بالنفقة¹، أو قد يكون الأصل جدا كان لأب أو لأم². فلما لم ينص القانون أن المدين بالنفقة كل من تجب عليه بموجب المواد 75 و 76 و 77 من قانون الأسرة؟، لما الوالد فقط؟، فهل معنى هذا أن يتجاهل القاضي المادتين: 76 و 77 من قانون الأسرة؟، خاصة إذا علمنا أن القانون 01/15 لم يستثني حالة الأب العاجز، بل كل نفقة عجز أو امتنع أو لم يعرف محل الدائن بها يتحملها صندوق النفقة³.

3/ الاعتراض على صندوق النفقة من جهة تقديرها:

جاء في القرار القضائي الصادر بتاريخ 16 يناير 1989 أنه: "من المقرر شرعا و قانونا أن تقدير النفقة يكون حسب وسع الزوج..."⁴ وهذا ما جرى عليه العمل القضائي⁵، و بتالي فإن مقدار النفقة يقل أو يكثر حسب وسع الزوج، فإن كان ميسور الحال كانت النفقة مرتفعة، أما إذا كان مقتررا كانت النفقة قليلة.

و بالتالي فإن المستحقات التي سيدفعها صندوق النفقة سوف تختلف باختلاف المدنين بها⁶، ومما لا شك فيه أن النفقة المدفوعة من الزوج ليست كالتى تدفع من طرف الدولة، و عليه كلما كان المدين معسرا كلما كانت النفقة ناقصة، و هذا سيولد عدم الارتياح في المجتمع، لأن فكر عوام الناس ليس كفكر المثقفين منهم، و ليس لصندوق النفقة أن يسوي بين النفقات لأنه سيعود على المدنين بها و هم ليسوا على قدم المساواة يسرا و عسرا.

فالدولة هنا بين التسخبط الشعبي و بين ظلم المدين بالنفقة.

¹ - تنص المادة 76 من ق أ على أنه: " في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك..".

² - تنص المادة 77 من ق أ على أنه: " تجب نفقة... الفروع على الأصول..".

³ - تنص المادة 3 من ق 01/15: " يتم دفع المستحقات المالية للمستفيد إذا تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للأمر أو الحكم القضائي المحدد ك مبلغ النفقة، بسبب امتناع المدين بها عن الدفع أو عجزه عن ذلك أو لعدم معرفة محل إقامته".

⁴ - انظر، قرار، المجلس الأعلى، غ.أ.ش، بتاريخ. 1989/01/14، ملف رقم. 51715، المجلة القضائية، ع.2، 1992، ص.55.

⁵ - انظر، القرار، المجلس الأعلى، غ.أ.ش، بتاريخ. 1987/02/09، ملف رقم. 44360، المجلة القضائية، ع.3، 1990، ص.55؛ و انظر

أيضا، قرار، المجلس الأعلى، غ.أ.ش، بتاريخ. 1980/12/15، ملف رقم. 21823، نشرة القضاة، ع.2، 1981، ص.105.

⁶ - تنص المادة 2/2 من ق. 01/15: " المستحقات المالية: المبلغ الذي يدفعه صندوق النفقة للدائن بها و الذي يساوي مبلغ النفقة..".

4/ الاعتراض على صندوق النفقة من جهة النفقات المتعلقة بها:

جاء في المادة 2/2 من ق 01/15: "المستحقات المالية: المبلغ الذي يدفعه صندوق النفقة للدائن بها و الذي يساوي مبلغ النفقة وفقا لتعريفها..."، و لقد عرفت نفس المادة في فقرتها الأولى النفقة على أنها: "النفقة المحكوم بها وفقا لقانون الأسرة..." و لم تخصص النفقة الغذائية لوحدها، و معلوم أن النفقة في قانون الأسرة تشمل الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن أو أجرته، و ما يعتبر من الضروريات في العادة و العرف¹.

و معلوم أن مورد صندوق النفقة يأتي أساسا من مخصصات ميزانية الدولة²، و هذا ما قد يكلف الخزينة الكثير، خاصة مع تنامي ظاهرة الطلاق.

5/ الاعتراض على صندوق النفقة من جهة الأوامر الولائية:

تنص المادة 12 من ق 01/15 على أنه: "لا تكون الأوامر الولائية النصوص عليها في هذا القانون قابلة لأي طريقة من طرق الطعن"، و يطرح السؤال هنا هل الأوامر الولائية غير قابلة للطعن فقط في المنازعات التي تمس صندوق النفقة أم في كل المنازعات.

و حقيقة الأمر أنه لم يكن هناك أي نص قانوني صريح ينص على عدم قابلية الأمر الولائي للطعن، و إن كانت بعض المواد قد أشارت إلى ذلك كما هو الشأن في المادة 467 من ق إم³.

و لذا كان يستحسن نص المادة 12 على أن (الأوامر الولائية لا تكون قابلة للطعن) بصفة عامة.

و التساؤل الآخر فيما يتعلق بالأوامر الولائية، لما لم يجعل المشرع صرف المستحقات المالية بموجب أمر استعجالي لإعطاء فرصة للمدين بالنفقة للطعن فيه لإثبات دفعه للنفقة أو استعداده لدفعها و لو في آخر لحظة؟.

¹ - انظر، المادة 78 من ق أ.

² - انظر، المادة 10 من ق.01/15.

³ - انظر، تنص المادة 467 من ق.إ.م.إ: "ويمكن للقاضي، قبل الفصل في الموضوع أن يأمر باتخاذ التدابير المؤقتة لحماية القصر. هذا الأمر غير قابل لأي طعن.."

خاتمة

هذه بعض الاعتراضات على قانون النفقة، وردت على سبيل المثال لا الحصر، للتنبيه لما قد يترتب، و معلوم أن وظيفة الباحث هو التنبيه للخطر المحدق. إن هذا القانون سيزيد من العضلات القضائية، و من تنامي ظاهرة الطلاق بشكل مهول، بل سيزيد من الاحتقان الشعبي الذي بدأت بوادره تظهر، و سيزيد من إثقال خزينة الدولة بأعباء أخرى من التكاليف.

حماية الحقوق و الحريات في الدستور الجزائري

أ. مهديد فضيل - كلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة تلمسان - الجزائر

ملخص

إن حماية الحقوق و الحريات الأساسية، لا يتحقق إلا بوجود ضمانات دستورية ، تجسيد هذه الحماية ، و تمتع التعدي على هذه الحقوق و الحريات الأساسية، و ذلك من خلال النص على هذه الحقوق في الدستور ، و باعتبار أن الدستور هو الأداة الرئيسية التي تجسد دولة القانون ، بالاستناد إلى مبدأ سمو الدستور ، إلا أن الدستور يحدد هذه الحقوق ، و يترك للمشروع أمر تنظيمها، و هو ما يجعله يتجاوز في أغلب الأحيان السلطة الممنوحة له، بالانتقاص من هذه الحقوق و الحد من ممارستها

و بالتالي كان لزاما خلق ضمانات دستورية جديدة و آلية فعالة متمثلة في وجود هيئة مكلفة بهذه الحماية و هي المجلس الدستوري و ذلك من خلال الرقابة الدستورية، كآلية لردع هذه التجاوزات على الحقوق و الحريات الأساسية، من خلال اعتماد لوسائل و تقنيات فعالة ، تجسد لنا بالدرجة الأولى توسعه في المرجعية الدستورية فقط كضمان وحيد لهذه الحقوق و الحريات الأساسية، كما أن المجلس الدستوري يعتمد على تقنيات رقابية تضمن المطابقة الصارمة لأحكام الدستور، و بالتالي تحقيق الضمانة الكافية لأحكام الدستور.

مقدمة :

لا يغفل عن بال أي باحث أن ما من دولة إلا و كانت تتغنى بدستورها ، و بأنها تحتل المرتبة الأولى في النظم الديمقراطية، و ذلك من خلال ما تمنحه من حقوق و حريات لأفرادها، من خلال النص الدستوري¹ ، كما أن الدستور هو عبارة عن القاعدة الأساسية لمعظم الديمقراطيات ن فهو الضامن الأساسي و يعتبر المرجعية الحقيقية لحماية حقوق الانسان و حرياته

و الدستور ليس مجرد وثيقة لتنظيم علاقات سلطات الدولة فيما بينها و حسب، و إنما هو فوق ذلك، وثيقة لضمان الحقوق و الحريات²

و بإعتبار أن الدستور هو أسمى القواعد القانونية و التي يجب احترامها و إعطائها نوعا من التقدير و الاحترام، و بالتالي فإن السلطة تكون دائما مقيدة به و لا يجوز لها أن تخالف أحكامه، بحيث أصبح مبدأ سمو الدستور من أهم خصائص الدولة الحديثة ، فنص الدستور على هذه الحقوق و الحريات يترجم لنا مدى أهمية هذه الحقوق و الحريات

و قد تضمن الدستور الجزائري مجموعة من النصوص التي تدعو إلى حماية الحقوق و الحريات الأساسية، و هو ما سنتطرق إليه في (المبحث الأول) من هذا البحث الذي نتناول فيه مفهوم هذه الحقوق و الحريات ثم نتعرف على تقسيمات الحقوق و الحريات الأساسية في (المبحث الثاني) .

¹-أمين عاطف صليبا ، دور القضاء في إرساء دولة القانون ، دراسة مقارنة ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان 2002 م ، ص 300

²-محمد حسن دخيل ، الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، دت، ص25

المبحث الأول: مفهوم الحقوق و الحريات الأساسية :

إن حقوق الإنسان و الحريات العامة هي عبارة عن مجموعة المعايير الأساسية التي لا يمكن للناس من دونها أن يعيشوا بكرامة كبشر ، و لا يمكن التحدث عن الضمانات الدستورية لحقوق الانسان إلا إذا أدرجت هذه الحقوق و الحريات في الدستور

و قد نصت مختلف دساتير الدولة الجزائرية منذ أول دستور لها بعد الاستقلال (دستور 1963 ، من ثم في دستور 1976، دستور 1989)، و قد نص الدستور الجزائري لسنة 1996 على الحقوق و الحريات الأساسية¹ . و أفرد لها الفصل الرابع من الباب الأول تحت عنوان الحقوق و الحريات، و ذلك من نص المادة 29 إلى غاية نص المادة 59، حيث نصت على مجموعة من الحقوق و الحريات الأساسية منها السياسية و الاقتصادية و منها الاجتماعية و الثقافية

المطلب الأول: تعريف الحقوق و الحريات الأساسية

سنحاول في هذا الفرع التعريف بالحق و الحرية ، فالحق لغة: هو خلاف الباطل² ، و الحق واحد الحقوق و الحق أخص منه ، و يقال هذه حقتي ، و الحق في اللغة العربية له عدة معاني ، منها معنى الثبوت و الوجوب و اليقين و العدل و الإنصاف و المال و الملك.

أما في الاصطلاح : فما تعلق بذمة أحد الأشخاص لغيره من الناس من إتفاق أو إكرام ، و الحق هو المصلحة المستحقة³

أما الحرية فتعرف بأنها المقدرة المطلقة للسيطرة على الذات ، و بالتالي فإن الحرية في معناها البسيط هي تلك الحالة التي يستطيع فيها الإنسان القيام بما يريد، أي عدم وجود أي إرغام خارجي ، أما في معناها العام فهي تصرف الإنسان وفقا لإرادته و طبيعته.⁴

¹- عبد الله بوقفة ، القانون الدستوري الجزائري ، تاريخ و دساتير الجمهورية الجزائرية ، دار الهدى ، الجزائر، ط2، 2010 م ، ص 127

²-نذير بومعالي ، حق الحياة و سبل حمايته في النظم الوضعية و لاسلام ، دراسة مقارنة ، قصر الكتاب ، البلديّة ، الجزائر، 2005 م ، ص 35

³-مولاي ملياني بغدادي ، حقوق الانسان في الشريعة الإسلامية ، قصر الكتاب ن البلديّة ، الجزائر ، 1999 ، ص 57

⁴-خضر خضر ، مدخل إلى الحريات العامة و حقوق الانسان ، المؤسسة الحديثة للكتاب لبنان ، 2005 م ، ص 14

أما فيما يخص معناها الاجتماعي فهي القيام بكل ما لا يمنعه القانون و رفض ما يحرمه هذا القانون. و لعل الربط بين مصطلح الحرية و الحق يظهر من خلال المعنى السياسي لمصطلح الحرية و الذي يرى بأن الحرية هي مجموعة من الحقوق المعترف بها للفرد و التي تحد من سلطة الحكومة.¹

و بدون الخوض في تحديد معنى الحرية و الحق ، فإن ما يهمنا في هذا المقام هو تعريف الحقوق و الحريات الأساسية، و التي يمكن القول بأنها تلك الحقوق التي يعترف بها الدستور و يقرها صراحة، فيؤدي إلى خلق فئة من الحقوق الخاصة بالقانون الدستوري ، و بالتالي فإن الحقوق التي ينص عليها الدستور و يكرسها و التي تكون محمية من طرف المجلس الدستوري توصف بأنها حقوق أساسية

و ان كانت اغلب المحاولات التي قام بها الفقه لوضع تعريف جامع و شامل للحقوق و الحريات الأساسية قد فشلت²، فإنه لإعتبار الحق أساسيا فإنه يجب أن يتحدد وفق ثلاث شروط : و هي الإطار القانوني حيث يجب أن ينص على هذا الحق في الاتفاقيات الدولية أو الدساتير و النصوص ذات القيمة القانونية المساوية، و الشخص الذي يمارس هذه الحقوق و الذي هو كأصل عام الشخص الطبيعي و استثناء لبعض الأشخاص المعنوية بالإضافة إلى النظام القانوني الذي يخضع له ممارس الحق

المطلب الثاني: حدود ممارسة الحقوق و الحريات الأساسية

بالرجوع إلى النصوص الدستورية و كذا النصوص القانونية ، فإننا لا نجد نصا صريحا يضع لنا حدود معينة لممارسة الحقوق و الحريات الأساسية ، لذا فإن المجلس الدستوري من خلال تدخلاته التي إتسمت بنوع من الصرامة تجاه أي مساس بهذا الحقوق³ ، فهو يسهر على احترام المشرع لهذه الحقوق و الحريات المنصوص عليها في الدستور، إلا أن هذه الحقوق لها حدود و هو ما نستخلصه مثلا من نوع الملكية للمصلحة العامة و الذي يعتبر حدا للممارسة حق من الحقوق الأساسية و هو حق الملكية الخاصة و إن كان صاحب الملكية في هذه الحالة يتحصل على تعويض حسب نص المادة 20 من الدستور

¹-مسراتي سليمة، نظام الرقابة على دستورية الق وائين في الجزائر، دار هومة، الجزائر 2012 م ، ص 291

²-نص المرجع ، ص 292

³-مسراتي سليمة، مرجع سابق ، ص 293

و ما يمكن ملاحظته هو أن أغلب الحدود التي ترد على ممارسة الحقوق و الحريات الأساسية تكون في إطار المحافظة على النظام العام و السكينة و تحقيق المصلحة العامة ، فيتوجب على كل شخص أثناء ممارسته لحقوقه و حرياته أن يراعي حقوق غيره خاصة الحقوق العامة أو المصلحة العامة حيث نجد أن المادة 63 من دستور 1996 تنص على ما يلي : " يمارس كل واحد جميع حرياته في إطار احترام الحقوق المعترف بها للغير في الدستور و لا سيما احترام الحق في الشرف و ستر الحياة الخاصة و حماية الأسرة و الشبيبة و الطفولة"

المبحث الثاني: تقسيمات الحقوق و الحريات الأساسية:

هناك عدة تقسيمات للحقوق الأساسية، و ذلك في مختلف الدساتير و المعاهدات و كذا إعلانات حقوق الإنسان، و يمكن أن نميز بين صنفين من الحقوق الأساسية و هي كالتالي:

المطلب الأول: الحقوق الملازمة للشخص البشري:

إن الحريات الشخصية هي أصل الحريات بصفة عامة ، و ذلك بإعتبار أنها لصيقة بالشخص بحد ذاته فالحقوق الملازمة للشخص البشري و بالذات الإنسانية أو ما يعرف بالحقوق الفردية، هي حقوق ظهرت أول مرة في الإعلان الأمريكي ثم في الإعلان الفرنسي لسنة 1789 ، ثم توالى بعد ذلك ذكرها في مختلف المواثيق الدولية لحقوق الإنسان و شمل هذه الحقوق

الفرع الأول: الحقوق المدنية و الحريات الأساسية :

و هي حقوق مرتبطة بالحريات ، و تسمى أيضا بالجيل الأول من الحقوق¹ ، و تشمل الحق في الحياة، و الحق في الدفاع الشرعي و المحاكمة العادلة، كما تشمل عدة حريات أبرزها حرية التنقل و حرية الرأي و العقيدة و الفكر ، و الحق في الانضمام للجمعيات و المشاركة في الحياة السياسية

فقد نصت المادة 57 من دستور 1976 على حرية التنقل للمواطنين الذين يتمتعون بحقوقهم المدنية و السياسية، و بتنص المادة 44 من الدستور الحالي حرية اختبار مواطن الإقامة و المادة نفسها نجدتها تحت رقم 41 في دستور 1989

¹ -قادي عبد العزيز، حقوق الغنسان في القانون الدولي و العلاقات الدولية المحتويات و الآليات ، دار هومة، 2004،

بالإضافة إلى فئة أخرى من الحقوق تجسد لنا المجتمع الديمقراطي الحديث بما تتضمنه من حقوق و حريات مثل حرية التصويت و الترشح للإنتخابات و الحق في تقلد الوظائف العمومية ، و حرية التجمع التجمع بمختلف أشكالها و حرية المشاركة و الإنطواء في الأحزاب السياسية .

كما أن ضمان الامن الفردي هو من أبرز الحقوق التي تتحقق من خلال احترام حرمة الإنسان و سلامته البدنية و المعنوية و اعتبار كل شخص بريء حتى تثبت إدانته و الحق في الاستفادة من التعويض عن الخطأ القضائي. و قد نصت كل الدساتير الجزائرية على ضمان معيشة لائقة لبعض الفئات من المجتمع، كما أضافت المادة 16 دستور 1963 حق كل فرد في حياة لائقة و في توزيع عادل للدخل القومي¹

الفرع الثاني: الحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية

تسمى هذه الحقوق بالجيل الثاني، و تمثل الحق في التعليم و العمل و المستوى اللائق للمعيشة و توفير المأكل و المأوى و الرعاية الصحية²، فبالنسبة لحقوق التعليم و الحق في العمل: فإن التعليم حسب دستور 1963 إجباري و الثقافة في متناول الجميع دون تمييز، أما دستور 1976 أثرى هذا الحق و الحق في العمل بحيث نص على مجانية التعليم و دور الدولة في ضمان هذا الحق في المادة 66 منه، و اعتبرت المادة 53 من الدستور الحالي (المادة 50 من دستور 1989)، أنه أساسي و إجباري

فبالنسبة للحقوق و الحريات الاقتصادية، فإن جل هذه الحقوق متعلقة بنشاط الإنسان الاقتصادي و مردوده كما تتعلق الملكية و حق التملك، و هو حق يثير الكثير من التناقض فيما يخص ممارسة الحقوق و ذلك من خلال التداخل بين حقوق الفرد الاقتصادية و كذا حقوق المجتمع و التي تسهر على حمايتها الدولة³، إلا أنه يمكن القول بأن التدخل من طرف الدولة في النشاط الاقتصادي ، لا يخرج عن مفهوم الدولة الحارسة، كما أن هذا التعارض يظهر جليا من خلال مسألة حرمان الإنسان من حق الملكية⁴ لصالح المنفعة العامة و هو عبارة عن قيد من القيود التي تحد من ممارسة هذا الحق

¹-خضر خضر، مدخل إلى الحريات العامة و حقوق الإنسان ، مرجع سابق ، ص 388

²-دعوش نعمان ، معاهدات دولية لحقوق الانسان تعلق القانون ، دار الهدى، عين ميلة ، الجزائر، 2008م ، ص 08

³-أمين عاطف صليبا، مرجع سابق، 370،

⁴-المرجع إلى نص المادة 20 من الدستور

كما يعتبر من الحقوق الاقتصادية والاجتماعية الحق في العمل و ما يترتب عليه من حريات تتضمن حرية الشخص في إختيار عمله ، و حقه في شروط عمل عادلة و مرضية و في الحماية من البطالة، و هو ما نصت عليه المادة 23 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، بالإضافة إلى المساواة في الأجر و الحق في تشكيل نقابات و كذا حق الإضراب و الحق في الضمان الاجتماعي.

كما نجد أن حقوق العمل منصوص عليها بالتفصيل في دستور 1976، فالحق في العمل تنص عليه المادتان : 59 و 61 الفقرة 1 ، المادة 62 تنص على حق العامل في الحماية، الأمن، و الوقاية الصحية ، الحق في الراحة للعامل مضمونة في المادة 63 ، و نص المادة 64 إذ تنص على ضمان ظروف معيشية للذين لم يبلغوا بعد سن العمل و الذين لا يستطيعون القيام به و الذين عجزوا به نهائيا ، و نص دستور 1963 بالتوجه نفسه على حق العمال في المشاركة في تسيير الشركات في إطار القانون حسب المادة 20 من دستور 1963. أما في دساتير الاقتصاد المتحرر ، فقد خصت الحق في العمل بمادة واحدة، و هي المادة 55 من دستور 1996 و المادة 52 من دستور (1989)

و من أهم الحقوق الاجتماعية، الحق بالصحة أو الرعاية الصحية و هو حق نص عليه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة 25 منه، كما نص عليه في ديباجة الدستور الفرنسي لعام 1946، و هو ما يظهر أهمية هذا الحق حيث نجد أن مختلف الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان تسعى إلى ضرورة تجسيد هذا الحق و هو مرتبط بعدة حقوق أخرى لعل من أبرزها، الحق في الغذاء و تأمينه و كذا الحق في السكن و هو ما يعرف بحقوق العائلة¹، و التي قد تشمل كذلك بحق التعلم و ذلك بإعتبار أن العلم ضرورة ملحة في هذا العصر و قد تم تكريسه في مختلف المواثيق و الإعلانات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان و في مختلف الدساتير

و قد نصت عليها المادة 67 من دستور 1976 و نص المادة 54 من الدستور الحالي (المادة 51 من دستور (1989) على الحق في الرعاية الصحية، و تحمي الدولة الأسرة التي هي الخلية الأساسية في المجتمع حسب المادة 17 من دستور 1963 كما وردت في الفقرة الأولى من المادة 65 من دستور 1976 و أضافت الفقرة الثانية منها أن الدولة تحمي الطفولة و الامومة و الشبيبة و الشيخوخة بواسطة سياسة و

¹-أمين عاطف صليبيبا، مرجع سابق ، ص 371

مؤسسات ملائمة و المادة 58 من الدستور الحالي (المادة 55 من دستور 1989) تنص على أنه تحظى الأسرة بحماية الدولة و المجتمع.

و بإعتبار أن الثقافة هي أسلوب الحياة السائد في المجتمعات الحالية من خلال مجموع العادات و التقاليد و التراث الشعبي و الوطني ، و الحديث عن الثقافة العصرية يشمل عدة مسائل من بينها: المسرح و السينما و الإعلام و الانترنت¹ و بالتالي و بتطور التكنولوجيا و تطور الثقافة و الفكر ، كان لزاما وضع ضوابط لرقابة هذه الاعمال الفنية و الثقافية و حمايتها و ذلك من أجل ضمان الحفاظ على التراث الفكري و حماية مختلف الوسائل التي تضمن لنا تثقيف الجماهير

و ما يلاحظ هو أن هذه الحقوق كلها تتطابق مع مفهوم المساواة بما يحتويه من مظاهر و ذلك بإعتبار أم مبدأ المساواة هو الأساس الذي شمل كل هذه الحقوق و يكفل حمايتها و هو ما سنأتي على تفصيله لاحقا في الفصل الثاني.

المطلب الثاني : الحقوق الناتجة عن خصوصية الدولة

و هي حقوق يمكن اعتبارها ضمن ما يعرف بحقوق الشعوب و الحقوق الجماعية و هي تشمل الجيل الثالث من الحقوق بما تتضمن من حقوق جديدة منها حق الشعب في تقرير المصير و الحق في السلام و التنمية و البيئة الصحية فضلا عن استخدام اللغة الوطنية و صيانة الثقافة القومية²

و لعل أهم الحقوق الناتجة عن حقوق الدولة الجزائرية هي:

و لعل أهم الحقوق الناتجة عن حقوق الدولة الجزائرية هي :

الفرع الأول : عدم قابلية الجمهورية الجزائرية للتجزئة

حيث لا يجوز التنازل أو التخلي عن أي جزء من التراب الوطني و هو ما يدخل ضمن مفهوم سيادة الدولة على إقليمها³ دون التطرق إلى مفهوم السيادة القومية أو ما يعرف بسيادة الامة و سيادة الشعب، فإن وحدة السيادة و عدم قابلية الجمهورية الجزائرية للتجزئة يؤدي إلى عدم قابلية السلطة للتجزئة داخل

¹- خضر خضر، مدخل إلى الحريات العامة و حقوق الإنسان ، مرجع سابق ، ص 436

²- نفس المرجع ، ص 438

³-حسني بودييار ن الوجيز في القانون الدستوري ، دار العلوم للنشر ، عنابة ، الجزائر ، ص 50

الدولة و بالتالي تكريس الوحدة السياسية للبلاد و التي يعود أساسها إلى الوحدة الإنسانية للشعوب و التي تعني عدم التأثر بالإختلاف العرقي أو القبلي داخل المجتمع ، إلا أن مفهوم السيادة و عدم قابلية الجمهورية الجزائرية للتجزئة لا يتعارض مع الطابع الديمقراطي للدولة.

الفرع الثاني: الطابع الديمقراطي للدولة:

إن الحديث عن الديمقراطية يدفعنا للحديث عن مجموعة من الحقوق الأساسية التي تبرز لنا مدى فعالية السلطة داخل الدولة و جهودها في تكريس دولة القانون و ذلك من خلال ضمان إحترام حق المواطنين في المشاركة في إدارة شؤون البلاد و إعطاء حق للجماعة في الإدارة الحرة عن طريق المجالس المنتخبة و إحترام التعددية الحزبية

و لا يمكن ممارسة أحد هذه الحقوق في غياب الحرية و الامن و الشرعية فإن الديمقراطية جزء لا يتجزأ من الحقوق و الحريات الأساسية للشخص و كذا إحترام حقوق و حريات الغير¹ و تحقيق الديمقراطية لا يتأتى إلا من خلال مشاركة المواطنين في إدارة الشؤون الاجتماعية بالإضافة إلى حق الأفراد في تقلد الوظائف العمومية و المشاركة في الانتخابات و حقهم في مراقبة ممثليهم

و يمكن القول بأن ضمان التعددية الحزبية هو مظهر من مظاهر الديمقراطية الشعبية أو ما يعرف بالديمقراطية التعددية و التي تستند إلى مبدئين أساسيين هما² :

● المبدأ التنفيذي : ا لذي بموجبه يفوض الشعب لمجموعة من الأفراد صلاحية التعبير عن إرادتهم من خلال المجالس الشعبية

● المبدأ الليبرالي : الذي يعطي أفضلية للمحاجم الحرة و تبادل الآراء و ذلك بإشراك جميع أطراف المجتمع و فئاته في إتخاذ القرار

و إمكان الديمقراطية في مفهومها الكلاسيكي تعني بأن حكم الشعب بنفسه و أن يكون هو السيد ، و بالتالي يكون هو الساهر و الضامن لحماية حقوقه و حرياته إلا أنه و بحكم التطور الديمقراطي و السياسي كان لزاما التحول نحو الديمقراطية الحديثة او ما يعرف بالديمقراطية المتواصلة³ و التي نادى بها العلامة

¹-دافيد بيطام ، الديمقراطية ، مجلة الفكر البرلمان ، مجلس الأمة ن الجزائر ، العدد 05 أفريل 2004 ، ص 233

²-أمين عاطف صليبي ، مرجع سابق، ص 103

³- أمين عاطف صليبي ، مرجع سابق، ص 148

دومينيك روسو¹ **dominique rosso** و هي تعني بأن الديمقراطية هي فعل متجدد و متواصل، كما تسمى بالديمقراطية التشاركية و هي تمثل الفكرة التي تدعو إلى وجوب مشاركة المواطن الفعلية، في الحكومة وضع القرار و قد إنتشرت السرعة و ذلك لأن الحكومات السليمة الفكر سارعت بتسجيل أنفسها على الأقل من حيث الظاهر تحت راية المشاركة و بادرت بوضع برامج جسدت مشاركة المواطن² فهذا النوع من الديمقراطية ، يهدف إلى تحقيق العدالة الاجتماعية من خلال مشاركة الأفراد في تحقيق هذه العدالة.

خاتمة

نستنتج مما سبق أن متطلبات تحقيق العدالة الدستورية ن بمفهومها الحديث، ضرورة وجود ضمانات حقيقية لحماية الحقوق و الحريات الأساسية للأفراد، و ذلك من خلال ضمانات معينة ، تشمل تكريس مبدأ سمو الدستور بما يحتويه من أحكام تضمن الحقوق و الحريات الأساسية، بالإضافة إلى وجود هيئة مكلفة بوظيفة الرقابة الدستورية بما تشمله من إجراءات و تقنيات، و هذه الوظيفة التي يمارسها المجلس الدستوري في الجزائري، تعتبر الآلية الحقيقية التي يمكن من خلالها تحقيق حماية الحقوق و الحريات الأساسية ضد التجاوزات التي قد يمارسها المشرع أثناء التشريع

و بالتالي فإنه من أجل تجسيد حماية الحقوق و الحريات الأساسية، يتوجب تفعيل دور المجلس الدستوري في هذه الحماية من خلال الرقابة الدستورية، بخلق آليات و تقنيات جديدة تساهم في هذه الحماية، و ذلك بتخفيف الطابع السياسي الغالب على الطبيعة القانونية للمجلس الدستوري، فالمؤسس الدستوري الجزائري لم يحدد لنا الطبيعة القانونية للمجلس الدستوري الذي يتولى مهمة حماية مبادئ و أحكام الدستور، و حماية الحقوق و الحريات الأساسية، و ذلك على خلاف باقي الدول في النظم المقارنة، و التي تحدد طبيعة الهيئة المكلفة بالرقابة الدستورية ، و هي إما أن تكون قضائية أو سياسية.

¹-و يصف دومينيك روسو نظريته الديمقراطية المتواصلة بأنها متواصلة لأنها لا تنق عند شكل التمثيل أو التصويت، كما أن عمل المواطن متواصل لأن الحياة المشتركة بين أيدي الناس من خلال التشاور العام

²-س ب ماك فرسون ، حياة الديمقراطية الحديثة و أطوارها ، ترجمة و دراسة شعبان عبد الله محمد ، دار الوفاء ، لدينا الطباعة و النشر ، ط: 01 ، جمهورية مصر العربية، 2008 ، ص 177

قائمة المراجع :

1. أمين عاطف صليبا ، دور القضاء في إرساء دولة القانون ، دراسة مقارنة ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان 2002 م ، ص 300
2. محمد حسن دخيل ، الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، دت، ص25
3. عبد الله بوقفة ، القانون الدستوري الجزائري ، تاريخ و دساتير الجمهورية الجزائرية ، دار الهدى ، الجزائر، ط2، 2010 م ، ص 127
4. نذير بومعالي ، حق الحياة و سبل حمايته في النظم الوضعية و لاسلام ، دراسة مقارنة ، قصر الكتاب ، البليدة ، الجزائر، 2005 م ، ص 35
5. مولاي ملياني بغداداي ، حقوق الانسان في الشريعة الإسلامية ، قصر الكتاب ن البليدة ، الجزائر ، 1999 ، 57 ،
6. خضر خضر ، مدخل إلى الحريات العامة و حقوق الانسان ، المؤسسة الحديثة للكتاب لبنان ، 2005 م ، ص 14
7. مسراتي سليمة، نظام الرقابة على دستورية الق وانين في الجزائر، دار هومة، الجزائر 2012 م ، ص 291
8. قادري عبد العزيز، حقوق الإنسان في القانون الدولي و العلاقات الدولية المحتويات و الآليات ، دار هومة، 2004، ص 11
9. دعوش نعمان ، معاهدات دولية لحقوق الانسان تعلق القانون ، دار الهدى، عين ميلة ، الجزائر، 2008 م ، ص 08
10. حسني بوديار، الوجيز في القانون الدستوري ، دار العلوم للنشر ، عنابة ، الجزائر ، ص 50
11. دافيد بيطام ، الديمقراطية ، مجلة الفكر البرلمان ، مجلس الأمة ن الجزائر ، العدد 05 أبريل 2004 ، ص 233

12. و يصف دومينيك روسو نظريته الديمقراطية المتواصلة بأنها متواصلة لأنها لا تنق عند شكل التمثيل أو التصويت، كما أن عمل المواطن متواصل لأن الحياة المشتركة بين أيدي الناس من خلال التشاور العام

13. ماك فرسون ، حياة الديمقراطية الحديثة و أطوارها ، ترجمة و دراسة شعبان عبد الله محمد ، دار الوفاء ، لدينا الطباعة و النشر ، ط: 01 ، جمهورية مصر العربية، 2008 ، ص 177

**Saudi Anti-Cybercrime Law of 2007
(A Comparative Study looking at the United Arab Emirates'
Combating Cybercrimes Law of 2006 Amended in 2012)**

Dr. Faleh Salem ALKAHTANI

**Faculty Member, Department of Shari'a and Law, College of
Criminal Justice, Naif Arab University for Security Sciences**

Abstract

This study analyses and compares the Saudi Anti-Cybercrime Law (SACL) of 2007 with a counterpart regional piece of regulation, namely the United Arab Emirates' (UAE) Combating Cybercrimes Law of 2006 amended in 2012. This study considers a variety of cybercrime themes. For instance, it examines cybercrimes against persons, money, property, the public, and national security. This study additionally evaluates cybercrime punishments based on the initiation of crime, incitement and assistance. This study also focuses on the investigations undertaken related to the cybercrimes. This study recommends that the diversity of crimes that are stated under the UAE Combating Cybercrimes Law is similarly included under the SACL. These offences and crimes are traditional crimes, but if they have been committed using cyberspace, they should be criminalized by the SACL. They include forgery and fraud, money laundering, discrimination and racism, collecting aid without legal permission, political crimes, crimes against the national heritage and, finally, apostasy crimes.

Key words

Cybercrime, Cyberspace, Saudi Anti-Cybercrime Law, UAE Combating Cybercrimes Law.

1. Introduction

1.1 Preamble

Recently, the danger of cybercrimes has affected all stages of life since it breaches the security of societies by aiming at both individuals and institutions and using clever methods, and all the security tech-tools (like signature-based malware, perimeter-intrusion detection, and anti-virus solutions) are not adequate for combating this kind of crimes¹.

It is believed that the outcomes of online crimes may be always the same as offences in the real realm analogues². However, the new generation of crimes, as a result of the huge expansion in the digital world, varies slightly from traditional offences. In cybercrimes the criminal does not carry a gun but operates in full privacy at home, and by using his or her computer or laptop through the internet can commission the crime and the victim can be in any corner of the world. More complicated cybercrimes have been revealed as attacks against information infrastructure and internet services, online fraud, and hacking attacks³.

Criminals who commit cybercrimes generally employ one of several attack methods, but sometimes use multiple techniques to create a network of compromised computers. Some of these approaches are quite sophisticated, such as Phatbot, which can generate a new encryption for itself each time it infects a new system. This makes it difficult for the software to find a common code signature for and thus recognize Phatbot⁴. Moreover, there are a variety of attack methods. ⁵ points out that the types of cybercrimes are mainly hacking, virus dissemination, denial of service attack, phishing, spamming, cyber stalking, and cyber terrorism.

The Saudi Anti-Cybercrimes Law (hereinafter SACL) was issued by Royal Decree No⁶. This law consists of 16 legal articles. These articles explain the law's definition, objectives, sentences, and fines. The SACL was enacted because of the necessity for the country to prevent cybercrime, which is sophisticated and growing in Saudi Arabia.

¹ (Finklea, 2012)

² (McMullan & Rege, 2007, p. 649)

³ (Gercke, 2012)

⁴ (Lyman, 2004)

⁵ Elnaim (2013: p. 14)

⁶ M/17 on 26th March 2007

The SACL was also promulgated by the Saudi lawgiver because of a variety of circumstances which urged the Saudi lawmaker to put in force a piece of legislation that would tackle the expansion of cybercrime in Saudi Arabia. Therefore, the SACL worked when it was first issued, but in recent times the nature of cybercrimes has changed negatively and criminals who commit cybercrimes have got used to dealing with cybercrime and they understand how they can take themselves out of cybercrime regulations and commitments. As a result, the reformation of the SACL is needed in order equally to prevent cybercrime and punish criminals who have committed cybercrime.

1.2 Research Problem

The major research problem is to examine and analyse the current SACL articles, and ascertain the level of curiosity to reform these articles, in line with the best of the legitimate articles as specified under the United Arab Emirates' (UAE) Combating Cybercrimes Law of 2006 amended 2012 (hereinafter UAECCL).

1.3 Research Methodology

The research method employed by the researcher uses two approaches – critical analytical and comparative methods. Firstly, a critical analytical approach will be applied, involving reviewing different bodies of literature and laws and previous jurisprudence, in addition to providing an overview of cybercrimes in Saudi Arabia, and then suggesting possible reforms.

Secondly, a comparative approach will be used to achieve the aims of this paper. A comparison will be carried out between the SACL legitimate articles and those specified in the UAECCL. One of the potential benefits of the comparative approach is that it defines explanations of particular or novel legal problems encountered in other jurisdictions. This is because the major target of the comparative approach is to improve the scope of laws¹.

However, the UAECCL has been chosen as the basis for comparison with the SACL over all other existing regional anti-cybercrime laws for the following reasons:

¹ (Hill, 1989: 102)

- 1) The UAECCL was enacted in 2006, so it was in existence before SACL.
- 2) The actuality of the strong relationship between the Kingdom of Saudi Arabia and the United Arab Emirates in many regards, including culture, religion, demography, society and policies.

In this regard, it is relevant to discuss cross-cultural legal adaptation or transplantation. Legal transplantation has been defined by many scholars. One of these is Watson (1974: 21), who defines legal transplantation as ‘the moving of a rule or a system of law from one country to another, of from one people to another’. He continues, saying ‘rules – not just statutory rules – institutions, legal concepts and structures that are borrowed, not the spirit of the legal system’. In particular, he confirms that ‘as a practical subject comparative law is a study of the legal borrowings or transplants that can and should be made ... an investigation into the legal transplants that have occurred: how, when, why and from which systems have they been made, the new circumstances in which they have succeeded and failed and the impact on them of their new environment’.

1.4 Research Questions

The research questions have been carefully selected to suggest reform to the current SACL. In other words, each question will be expanded on throughout sections of the paper. The research questions have been selected in accordance with the lack of Saudi literature dealing with the subject in English, as well as in line with previous reading and observation by the researcher. In addition to achieving the research aims, the researcher intends to answer the following questions:

1. Do the legitimate articles of SACL attain the standards of UAECCL?
2. Are the current SACL articles appropriate or in need of reform?

1.5 Research Aims

The principal aim of this paper is to examine whether the SACL follows the regional principles of tackling cybercrime, and to consider the capacity of the SACL framework as well as to suggest improvements to SACL in order to reach satisfactory anti-cybercrime practices in line with UAECCL.

1.6 Research Terminologies

a) Saudi Anti-Cybercrime Law (SACL)

The Saudi Anti-Cybercrimes Law (SACL) was issued by Royal Decree No. M/17, on 26th March 2007. This law consists of 16 legal articles. These articles explain the law's definition, objectives, sentences, and fines.

b) UAE Combating Cybercrimes Law of 2006 Amended in 2012 (UAECCL)

The United Arab Emirates Combating Cybercrimes Law (UAECCL) was enacted first by Federal Decree No¹, and then amended by Federal Decree No². This law contains 51 legitimate articles, and the majority of those articles discuss the definitions and the punishments.

1.7 Research Scope and Limitation

The focus of this paper is based on research questions. This paper is sensibly limited regarding its discussion of cybercrime, since this subject is far reaching and can be studied from a variety of perspectives, including IT, finance, management, and economics.

1.8 Research Academic Contribution

The contribution of this paper is to make recommendations to aid the reform of the current SACL regulations in accordance with advanced practices in fighting cybercrimes and wrongdoing.

2. Critical Analyses and Comparison Between SACL and UAECCL

2.1 Definitions of the Laws' Terminologies

Article 1 of the SACL gives the technology definitions of terminologies that have been written and repeated in the law. For example, the SACL defines the natural and the judicial person, information network, the data, the computer programs, the reception, and the website. Significantly, the SACL describes the legal terminologies that have been repeated and used in the SACL. For instance, the SACL refers to unauthorized access and

¹ 2/2006, dated 3rd January 2006

² 5/2012, dated 13th August 2012

cybercrime. Before doing so, it is important to define cybercrime. ¹ defines cybercrime as ‘the combination of crime and cyberspace. Crime implies a behavior performed by a perpetrator or an attacker that is considered harmful and therefore has a potential cost to individuals or society’. In particular, the SACL outlines that cybercrime is ‘any action which involves the use of computers or computer network, in violation of the provisions of this law’. It is obvious that the Saudi lawmaker has established the era of cybercrime in Saudi Arabia in accordance with criminalization and institutional principles. This means that the Saudi lawmaker has announced that there is no crime and punishment without legal indication. The law reference of this is Article 38 of the Saudi Basic Law, which reads that ‘there shall be no crime or punishment except on the basis of a Shari’a or a statutory provision, and there shall be no punishment except for deeds subsequent to the effectiveness of a statutory provision’. Moreover, the Saudi lawmaker defines unauthorized access in Article 1 of the SACL as ‘the deliberate, unauthorized access by any person to computers, websites, information systems, or computer networks’.

In comparison, the UAECCL offers the same definitions of all the above-mentioned technology terminologies with slight differences under Article 1 of the UAECCL. To illustrate, the UAECCL states the definition of electronic information, computer programs, electronic information system, computer network, electronic document, website, information technology, government data, internet protocol address, and reception. As a matter of fact, the UAECCL does not define the most important terminology of the law, which is ‘cybercrime’ itself. Therefore, it is clear that the Saudi regulator did right when he defined cybercrime at the beginning of the SACL. Having said this, the UAECCL has defined an important legal element which is the ‘offence’. It is declared under Article 1 of the UAECCL that offence means ‘every deliberate expression against any person or entity deemed by an ordinary person as insulting or afflicts the dignity or honor of that person or entity’. In general, therefore, it seems that the Saudi lawgiver does not mention the offence’s meaning in the SACL, since the reference of this element is the Shari’a principles and the legal interpretation of the investigation and the judicial authorities. Nonetheless, the definition of the ‘offence’ should be enacted under Article 1 of the

¹ Wall (2005: p. 78)

SACL to be in line with the best practice found in the regional legislations like the UAECCL.

More to the point, the UAECCL contains an essential legal terminology, which is ‘the pornography involving juveniles’. It is stated under Article 1 of the UAECCL that the following is punishable by law: ‘any photographing, recordings, drawings or others which arouses sex organs or any actual, virtual or simulated sexual acts with a juvenile under eighteen years of age’. Moreover, Article 18 of the UAECCL explains that whoever has deliberately acquired pornographic materials involving juveniles by using an electronic information system or computer network or electronic website or any information technology means shall be punished by imprisonment for a period of at least six months and a fine of not less than one hundred and fifty thousand dirhams and not in excess of one million dirhams.

In this esteem, the Saudi lawmaker can promulgate the definition of ‘the pornography involving juveniles’ from the UAECCL. This is because this offence is punishable in accordance with Shari’a principles and other international agreements related to the right of the child. In reality, the Saudi lawmaker has recently enacted a significant law titled ‘Child Protection Law’, aimed at children under 18 years old. This law was issued by Royal Decree No¹. Notwithstanding this, Article 1 (2) and Article 3 (7&8) of the Saudi Child Protection Law mention physical child sexual abuse. Therefore, this recent law does not mention ‘the pornography involving juveniles’. It is strongly recommended that ‘the pornography involving juveniles’ should be promulgated to both the SACL and the Saudi Child Protection Law in order to look after children’s rights.

2.2 Objectives of the Laws

In the SACL, the Saudi lawmaker has given the major objectives of enacting the SACL. Article 2 of the SACL points out that the SACL aims to fight cybercrimes by classifying such crimes and determining their sentences and punishments in order to ensure the defence of public interest, morals and common values; the development of information security; the protection of national economy; and the protection of rights relating to the

¹ . (M/14) dated 26th January 2014

appropriate usage of computers and information networks. Looking back to the UAECCCL, there is no mention of the law's objectives. In this respect, it is worth noting that the Saudi lawgiver has done quite well to mention the SACL's objectives in order to legitimate the sentences and punishments enveloped in the SACL. In fact, the Saudi lawgiver has recently established the idea of writing a law's objectives in the majority of recent laws and regulations. This is actually an advanced improvement by the Saudi legislator. Writing the law's objectives can be seen in other Saudi laws, including the Child Protection Law of 2014 and the Protection from Abuse Law of 2013.

2.3 Enforced Sentences

2.3.1 Cybercrime Against Persons

Article 3 of the SACL approves that any person who commits one of the following cybercrimes shall be subject to imprisonment for a period not exceeding one year and a fine not exceeding five hundred thousand Saudi riyals, or to either punishment:

- a) Spying on, interception or reception of data transmitted through an information network or a computer without legitimate authorization.
- b) Unlawful access to computers with the intention to threaten or blackmail any person to compel him to take or refrain from taking action, be it lawful or unlawful.
- c) Unlawful access to a website, or hacking a website with the intention to change its design, destroy or modify it, or occupy its uniform resource locator (URL).
- d) Invasion of privacy through the misuse of camera-equipped mobile phones and the like.
- e) Defamation and infliction of damage upon others through the use of various information technology devices.

With regard to the above-mentioned bullet point (d), Article 21 of the UAECCCL argues that whoever uses a computer network or an electronic information system or any information technology means for the invasion of privacy of another person other than in the cases allowed by law shall be

punished by imprisonment of a period of at least six months and a fine of not less than one hundred and fifty thousand dirhams and not in excess of five hundred thousand dirhams, or either of these two penalties.

With regard to the above-mentioned bullet point (e), Article 20 of the UAECCCL admits that without prejudice to the crime of slander determined by the Shari'a, whoever insults another person or accuses them of a matter for which they shall be subject to punishment or being held in contempt by others, by using a computer network or an information technology means shall be punished by imprisonment and a fine of not less than two hundred fifty thousand dirhams and not in excess of five hundred thousand dirhams, or either of these two penalties.

In a case that was judged by the Saudi Criminal court and delivered in its hearing N¹., both the claimant and the Bureau of Investigation and Public Prosecution asked the judge to punish the defendant with a harsh punishment after the defendant committed a defamation offence by using cyberspace, namely Twitter and Facebook. The defendant committed a variety of crimes including defamation and publishing fabricated pictures and encouraging the claimant's tribe to kill her. The judge depended on Shari'a legislation as well as the aforesaid Article (3-E) of the SACL to deliver his judgement. The punishment was strong enough to tackle the offence which the defendant committed by using cyberspace, since the sentence was three months in jail and a fine of ten thousands Saudi riyals to be paid to the State Treasury.

2.3.2 Cybercrime Against Money and Cyberespionage

It is reliable to define cyberespionage here. It is 'the intentional use of computers or digital communications activities in an effort to gain access to sensitive information about an adversary or competitor for the purpose of gaining an advantage or selling the sensitive information for monetary reward'².³ contributions that 'cyberespionage is motivated by the theft of information, and though in the case of industrial espionage the motivation may also be money'.

¹ (35119972) dated 22nd January 2013

² (O'Hara, 2010: 242)

³ Hilbert (2013: p.15)

As cyberspace lawbreakers continue to create and spread their methods, they are also altering their purposes by focusing on business espionage and unauthorized access to both individual and governmental information. Therefore, the legal and technical encounters of cybercrimes have expanded, which means that no State alone is able to contest the fast-spreading cyber offences, where there is a need for every State to cooperate internationally to progress its legal and technical apparatus for monitoring such a danger¹.

Article 4 of the SACL supports that any person who commits one of the following cybercrimes shall be subject to imprisonment for a period not exceeding three years and a fine not exceeding two million Saudi riyals, or to either punishment:

- a) Acquisition of movable property or bonds for oneself or others or signing such bonds through fraud or use of false name or identity.
- b) Illegally accessing bank or credit data, or data pertaining to ownership of securities with the intention of obtaining data, information, funds, or services offered.

Article 11 of the UAECCL persuades that whoever takes over a personal property, benefit, deed or its signature, whether for oneself or for other persons and without legal right, by resorting to any fraudulent method or by adopting a false name, or false personation through the computer network, or an electronic information system or any information technology means, shall be punished by imprisonment for a period of at least one year and a fine of not less than two hundred and fifty thousand dirhams and not in excess of one million dirhams, or either of these two penalties.

Article 12 of the UAECCL proposes that whoever gains access, without legal right, to credit or electronic card numbers or data or to bank account numbers or data or any other electronic payment method by using a computer network or an electronic information system or any information technology means shall be punished by imprisonment and a fine, or either of these two penalties. The punishment shall be imprisonment for a period of at least six months and a fine of not less than one hundred thousand

¹ (KPMG International, 2011)

dirhams and not in excess of three hundred thousand dirhams, or either of these two penalties, if it is intended to use these data and numbers to take over the funds of others or to benefit from the services which they provide. If the offender has attempted to take over the funds of others, whether for themselves or for others, they shall be punished by imprisonment for a period of at least one year, and a fine of not less than two hundred thousand dirhams and not in excess of one million dirhams, or either of these two penalties. In addition, whoever publishes or re-publishes credit or electronic card numbers or data or bank account numbers or data which belong to others, or details of any other electronic payment method, shall be punished with the same penalty.

2.3.3 Cybercrime Against Property

Article 5 of the SACL observes that any person who commits one of the following cybercrimes shall be subject to imprisonment for a period not exceeding four years and a fine not exceeding three million Saudi riyals, or to either punishment:

- a) Unlawful access to computers with the intention to delete, erase, destroy, leak, damage, alter, or redistribute private data.
- b) Causing the information network to halt or break down, or destroying, deleting, leaking or altering existing or stored programs or data.
- c) Obstruction of access to, distortion of, and causing the breakdown of services by any means.

In this respect, Article 5 of the UAECCL insists that whoever gains access to a website without authorization intending to change its design, or to delete, destroy or modify it, or occupy its address shall be punished by imprisonment and by a fine of not less than one hundred thousand dirhams and not in excess of three hundred thousand dirhams, or either of these two penalties. Also, Article 8 of the UAECCL estimates that whoever hinders or obstructs access to a computer network or to a website or an electronic information system shall be punished by imprisonment and a fine of not less than one hundred thousand dirhams and not in excess of three hundred thousand dirhams, or either of these two penalties.

Furthermore, Article 10 of the UAECCL supposes that whoever will fully and without authorization run software on a computer network or an electronic information system or any information technology means, and cause them to stop functioning or be impaired, or result in them crashing, or the deletion, omission, destruction or alteration of the program, system, website, data or information shall be punished by imprisonment for a period of at least five years and a fine of not less than five hundred thousand dirhams and not in excess of three million dirhams, or either of these two penalties. The punishment shall be imprisonment and a fine not in excess of five hundred thousand dirhams or either of these two penalties if the result was not reached. The punishment shall be imprisonment and a fine or either of these two penalties for any deliberate act which intends to flood electronic mail with messages causing it to stop functioning, inactivate it or destroy its contents.

2.3.4 Cybercrime Against the Public

Article 6 of the SAACL reveals that any person who commits one of the following cybercrimes shall be subject to imprisonment for a period not exceeding five years and a fine not exceeding three million Saudi riyals, or to either punishment:

- a) Production, preparation, transmission, or storage of material impinging on public order, religious values, public morals, and privacy, through the information network or computers.
- b) The construction or publicizing of a website on the information network or computer to promote or facilitate human trafficking. Article 23 of the UAECCL has the same meaning with different wordy sentences.
- c) The preparation, publication, and promotion of material for pornographic or gambling sites which violates public morals.
- d) The construction or publicizing of a website on the information network or computer to trade in, distribute, demonstrate method of use of or facilitate dealing in narcotic and psychotropic drugs. Article 36 of the UAECCL has the same meaning with different wordy sentences.

With regard to the aforesaid bullet point (c), Article 17 of the UAECCCL remarks that whoever establishes, manages or runs a website or transmits, sends, publishes or re-publishes through the computer network pornographic materials or gambling activities and whatever that may afflict the public morals shall be punished by imprisonment and a fine of not less than two hundred and fifty thousand dirhams and not in excess of five hundred thousand dirhams, or either of these two penalties. Additionally, whoever produces, draws up, prepares, sends or saves for exploitation, distribution, or display to others through the computer network pornographic materials or gambling activities and whatever that may afflict the public morals shall be punished by the same penalty. If the subject of the pornographic content involves a juvenile under 18 years of age, or if such content is designed to seduce juveniles, the principal shall be punished by imprisonment for a period of at least one year and a fine of not less than fifty thousand dirhams and not in excess of one hundred and fifty thousand dirhams. Further, Article 19 of the UAECCCL examines that whoever entices, aids or abets another person, by using a computer network or any information technology means, to engage in prostitution or lewdness shall be punished by imprisonment and a fine not less than two hundred fifty thousand dirhams and not in excess of one million dirhams, or either of these two penalties. The punishment shall be imprisonment for a period of at least five years and a fine not in excess of one million dirhams if the victim is a juvenile under the age of 18 years of age.

2.3.5 Cybercrime Against National Security

Article 7 of the SACL notes that any person who commits one of the following cybercrimes shall be subject to imprisonment for a period not exceeding ten years, and a fine not exceeding five million Saudi riyals, or to either punishment:

- a) The construction or publicizing of a website on the information network or on a computer for terrorist organizations to facilitate communication with leaders or members of such organizations, finance them, promote their ideologies, and publicize methods of making incendiary devices or explosives, or any other means used in terrorist activities. Article 26 of the UAECCCL has declared the same meaning with slight differences in the sentences.

- b) Unlawful access to a website or an information system directly, or through the information network or any computer, with the intention of obtaining data jeopardizing the internal or external security of the State or its national economy. Article 25 of the UAECCCL has examined the same meaning with differences in the sentences.

2.3.6 Punishment Based on the Initiation of Crime and Incitement and Assistance

Article 10 of the SACL analyses that any person who attempts to commit any of the crimes stipulated in this law shall be subject to a punishment not exceeding half the maximum punishment designated for said crimes. Article 40 of the UAECCCL has the same meaning as the aforesaid Saudi legal clause.

Article 9 of the SACL analyses that any person who incites, assists or collaborates with others to commit any of the crimes stipulated in this law shall be subject to a punishment not exceeding the maximum punishment designated for such crimes, if the crime is committed as a result of said incitement, assistance or collaboration, and they shall be subject to a punishment not exceeding half the maximum punishment designated, if the intended crime is not committed.

Notwithstanding this, Article 11 of the SACL specifies that the competent court may exempt an offender from such punishments if they inform the competent authority of the crime prior to its discovery and prior to the infliction of damage. If the offender informs the competent authority after the occurrence of the crime, the exemption from punishment shall be granted if the information they provide eventually leads to the arrest of the other offenders and the seizure of the means used in the perpetration of the crime. Article 45 of the UAECCCL has the same meaning.

2.4 The Investigation Command

It is considered that there are dissimilarities between cybercrimes and traditional crimes¹. The major differences are the object and venue, and the anonyms. This is because cybercrimes are aimed at information and data

¹ (Hawkins, 2001, p. 52)

within cyberspace and are committed anonymously, whereas traditional crimes are aimed at individuals or organizations within the physical realm ¹

In fact, the offences and investigation of cybercrime are deemed to be complicated for criminal justice officers, investigators and judges in Saudi Arabia. This is because of the sophisticated nature of cybercrimes compared with traditional crimes. It is recommended here that criminal justice officers, investigators and judges in Saudi Arabia should be trained in cybercrime to enable them to legitimately criminalize and sentence the cybercrime criminals.

Having said this, Article 15 of the SACL indorses that the Bureau of Investigation and Public Prosecution shall carry out the investigation and prosecution of crimes stipulated in this law. The aforesaid article is constitutional since it is in accordance with Article 3 (a) of the Bureau of Investigation and Public Prosecution Law of 1989 which declares that the Bureau of Investigation and Public Prosecution is responsible for investigating all crimes. In addition, Article 14 of the SACL advises that the Saudi Communications and Information Technology Commission, pursuant to its powers, shall provide assistance and technical support to competent security agencies during the investigation stages of such crimes and during trials.

It is necessary to note that cybercrime has two edges from the Saudi legal perspective. The former is the criminal edge which enables the claimant to rise his case before the criminal court. The latter is the civil edge which allows the claimant to rise his plea before a semi-judicial committee under the jurisdiction of the Saudi General Commission for Audio-visual Media.

¹ (Mitchell, 1995; Barry, 2012).

3. Supplementary Electronic Crimes Under the UAECCL

The following supplementary crimes have been defined by the UAECCL. However, the Saudi legal structure has identified these crimes in various Saudi laws. It is recommended therefore that these offences and crimes should be relocated in the SACL so that the criminal justice in its true meaning is achieved. These offences and crimes are outlined below.

3.1 Forgery and Fraud

The UAECCL has covered a variety of offences and punishments which are examined by the Saudi regulator, but are not in the SACL. For instance, the UAECCL mentions under articles 6, 7 and 13 the crimes of forgery and fraud. These crimes have been highlighted as punishable by the Saudi Anti-Forgery Law issued by Royal Decree No¹. However, it is suggested that referring under the SACL to these crimes in the Saudi Anti-Forgery Law will be reliable and encouraged.

3.2 Money Laundering

To start with, money laundering crimes in the UAE Money Laundering Law have been referred to by Article 37 of the UAECCL. It reads that without prejudice to the provisions specified in the Money Laundering Law, there will be punished by imprisonment of up to seven years and by a fine of not less than five hundred thousand dirhams and not in excess of two million dirhams for whoever deliberately commits, by using a computer network, an electronic information system or any information technology means, any of the acts mentioned hereinafter:

- a) Illegal transfer, transport or deposit of funds with intent to conceal or disguise the source of funds.
- b) Concealing or disguising the nature of the illicit funds, or their origin, movement, related rights or ownership.
- c) Illegal attainment, possession or use of funds with the knowledge of their illegal origin.

¹ (M/11) dated 21st December 2013

This point of view is crucial. The Saudi regulator should re-enact this point of view in the SACL since this point of view is related to a significant crime which can be carried out through cyberspace. Even though the Saudi regulator has enacted the Saudi Anti-Money Laundering Law issued by Royal Decree No¹, the SACL should have an article which refers to this law, like the UAECCL does. This is because those crimes, namely cybercrimes and money laundering crimes, are associated in almost the time, so referring to the money laundering crime regulations in the SACL will make the punishment legitimate and by law.

3.3 Discrimination and Racism

Article 24 of the UAECCL urges that whoever establishes or administers or runs a website or publishes on a computer network or any information technology means any material which would promote or praise any programmes or ideas which would prompt uprising, hatred, racism, or would damage the national unity or social peace or prejudice the public order and public morals shall be punished by temporary imprisonment and a fine of not less than five hundred thousand dirhams and not in excess of one million dirhams.

As a matter of fact, this clause is very significant, and the Saudi lawgiver should enact it under the SACL. This is because Saudi Arabia has signed the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, which was ratified in 1965. Therefore, committing offences which are related to discrimination and racism by using cyberspace should be criminalized under the SACL, as the UAECCL does.

3.4 Collecting Aid and Money without Legal Permission

Article 27 of the UAECCL confirms that whoever establishes, manages or runs a website or publishes information on the computer network or any information technology means which is intended to call for or promote the collection of donations without a licence accredited by the competent authority shall be punished by imprisonment and a fine of not less than two hundred thousand dirhams and not in excess of five hundred thousand dirhams, or either of these two penalties.

¹ (M/31) dated 2nd April 2012

3.5 Political Crimes

To begin with, Article 29 of the UAECCL repeats that whoever publishes information, news, statements or rumours on a website or any computer network or information technology means with intent to be ironic or to damage the reputation, prestige or stature of the State or any of its institutions or its president, any of the rulers of the Emirates, their crown princes, or the deputy rulers of the Emirates, the State flag, national peace, the State logo, national anthem or any of its symbols shall be punished by temporary imprisonment and a fine not in excess of one million dirhams.

In specific, Article 30 of the UAECCL feels that whoever establishes, manages or runs a website or publishes information on a computer network or information technology means aimed at or calling for an overthrow of or change to the ruling system of the State, or aimed at seizing it or disrupting the provisions of the constitution or the laws applicable in the country or aimed at opposing the basic principles which constitute the foundations of the ruling system of the State shall be punished by life imprisonment.

Also, Article 31 of the UAECCL observes that whoever calls for or incites disobedience of the laws and regulations in force in the State through publishing information on a computer network or information technology means shall be punished by imprisonment and a fine of not less than two hundred thousand dirhams and not in excess of one million dirhams, or either of these two penalties.

Additionally, Article 32 of the UAECCL comments that whoever establishes, manages or runs a website or uses a computer network or any information technology means for planning, organizing, promoting or calling for demonstrations or protests or the like without licence from the competent authority shall be punished by imprisonment and a fine of not less than five hundred thousand dirhams and not in excess of one million dirhams, or either of these two penalties.

Lastly, Article 38 of the UAECCL suggests that whoever provides any organizations, institutions, authorities or any other entities through a computer network or any information technology means with any incorrect, inaccurate, or misleading information which may damage the interests of

the State or injure its reputation, prestige, or stature shall be punished by temporary imprisonment.

3.6 Crimes against the National Heritage

Article 33 of the UAECCL states that whoever establishes, manages or runs a website or uses a computer network or information technology means for trafficking in antiquities or archaeological artifacts in instances other than those permitted by the law shall be punished by imprisonment and a fine of not less than five hundred thousand dirhams and not in excess of one million dirhams, or either of these two penalties.

It is thought that the Antiquities, Museums and Architectural Heritage Law, issued by Royal Decree No¹, has been recently announced. However, this law does not mention this perspective, which should be truly stated under the SACL. This is because looking after the national heritage is the responsibility of the whole society rather than governmental institutions alone. Therefore, this clause should be promulgated from the UAECCL to be enacted under the SACL.

3.7 Apostasy Crimes

Article 35 of the UAECCL announces that without prejudice to the provisions of Shari'a, there should be imprisonment and a fine not less than two hundred fifty thousand dirhams and not in excess of one million dirhams, or either of these two penalties, for whoever commits through a computer network or any information technology means or a website any of the following crimes:

- a) Insult to any of the Islamic holiness or rituals.
- b) Insult to any of the sanctities or rituals of other religions where these sanctities and rituals are inviolable pursuant to the provisions of Shari'a.
- c) Insult to any of the recognized celestial religions.
- d) Condoning, provoking or promoting sin.

¹ (M/3) dated 1st November 2014

If the crime contains any insult to the Divinity (Allah) or to the messengers and prophets or is against the religion of Islam or injures its basis and the principles which constitute its foundation, or if anyone opposes or injures the well-known teachings and rituals of Islamic religion or prejudices the religion of Islam or preaching of another religion or calls for, praises or promotes a doctrine or a notion which involves any of the aforementioned, they shall be punished by imprisonment for up to seven years¹.

In general, therefore, it seems that the UAE lawmaker has defined the apostasy crimes in its UAECCL legislation. On the other hand, the Saudi regulator does partly mention in the SACL apostasy crimes. Article 6-A of the SACL exposes that any person who commits the following: production, preparation, transmission, or storage of material impinging on religious values, and public morals through the information network or computers shall be subject to imprisonment for a period not exceeding five years and a fine not exceeding three million Saudi riyals. Therefore, it is obvious that the Saudi regulator does not declare undoubtedly the apostasy crimes. It is known that these kinds of crimes are governed by Shari'a legislation; nonetheless, these crimes should be covered by the SACL especially when these crimes are committed through cyberspace. In fact, these crimes have been committed in cyberspace. The well-known example of these crimes is the Kashgari's case, when he tweeted some wrong words against Prophet Mohammed (Peace be upon him); soon after the Custodian of the two Holy Mosques, King Abdullah Bin Abdul-Aziz Al Saud (May Allah be merciful to him), ordered Saudi executives and judicial authorities to investigate Kashgari's offence. It is therefore strongly advised that apostasy crimes committed in cyberspace should be regulated under the SACL, as the UAECCL does.

¹ (See Article 35 of the UAECCL).

4. Recommendations

The final section summarises and brings together the main areas covered in this study. It provides recommendations for reforming and improving anti-cybercrimes regulations in Saudi Arabia as the following:

Firstly, the Saudi lawgiver does not mention the offence's meaning in the SACL, since the reference of this element is the Shari'a principles and the legal interpretation of the investigation and the judicial authorities. Nonetheless, the definition of the 'offence' should be enacted under Article 1 of the SACL to be in line with the best practice found in the regional legislations like the UAECCL.

Secondly, the Saudi lawmaker should promulgate the definition of 'the pornography involving juveniles' from the UAECCL. This is because this offence is punishable in accordance with Shari'a principles and other international agreements related to the right of the child.

Thirdly, it is recommended to define cyberespionage in the SACL under Article 1 of the SACL to be in line with the best practice found in the international legislations.

Fourthly, it is suggested that criminal justice officers, investigators and judges in Saudi Arabia should be trained in cybercrime to enable them to legitimately criminalize and sentence the cybercrime criminals.

Fifthly, it is suggested that referring to electronic forgery and fraud crimes under the SACL to the Saudi Anti-Forgery Law will be encouraged.

Sixthly, the SACL should have an article which refers to the Saudi Anti-Money Laundering Law, like the UAECCL does. This is because those crimes, namely cybercrimes and money laundering crimes, are associated in almost the time, so referring to the money laundering crime regulations in the SACL will make the punishment legitimate and by law.

Seventhly, the Saudi lawgiver should enact an article related to the prevention of electronic discrimination and racism under the SACL. This is because Saudi Arabia has signed the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination. Therefore, committing

offences which are related to discrimination and racism by using cyberspace should be criminalized under the SACL, as the UAECCCL does.

Eighthly, further to the discussion in this study, it is advised that the collection of donations without a licence accredited by the competent authority and by using any information technology means should be criminalised under the SACL's articles.

Ninthly, it is recommended that the intent to damage the reputation, prestige or stature of the Country or any of its institutions or its King, its Crown Prince or aimed to calling for an overthrow of or change to the ruling system of the Country, or aimed at disobedience of the laws in force in the Country, or calling for demonstrations or protests and by using any information technology means should be criminalised under the SACL's articles.

Tenthly, it is thought that looking after the national heritage is the responsibility of the whole society rather than governmental institutions alone. Therefore, the protection of the national heritage from any violations done by using any information technology means should be criminalised under the SACL's articles.

Finally, it is obvious that the Saudi regulator does not declare undoubtedly the apostasy crimes. It is known that these kinds of crimes are governed by Shari'a legislation; nonetheless, these crimes should be covered by the SACL especially when these crimes are committed through cyberspace.

References

Barry, M. (2012). The Age of Interactivity: An historical Analysis of Public Discourses on Interactivity in Ireland 1995-2009. Unpublished Ph.D. Thesis. School of Communications, Dublin City University.

Elnaim, B. (2013). 'Cybercrime in the Kingdom of Saudi Arabia: The Threat Today and the Expected Future'. Information and Knowledge Management, 3 (12). pp. 14-18.

Finklea, K. (2013). The Interplay of Borders, Turf, Cyberspace, and Jurisdiction: Issues Confronting U.S. Law Enforcement. Prepared for Members and Committees of Congress in U.S.A., Congressional Research Service.

Gercke, M. (2012). A Report on Understanding Cybercrime: A Guide for Developing Countries. Available at: <https://www.itu.int/ITU-D/cyb/cybersecurity/docs/itu-understanding-cybercrime-guide.pdf>

Hawkins, B. (2001). Information Access in the Digital Area. EDUCAUSE Review. pp. 50-57.

Hilbert, E. (2013). Living with Cybercrime. Network Security. pp. 15-17.

Hill, J. (1989). 'Comparative Law, Law Reform and Legal Theory', Oxford Journal of Legal Studies, 9, pp. 101-115.

KPMG International Cooperative (KPMG International). (2011). Cybercrime: A Growing Challenge to Governments. Available at: <https://www.kpmg.com/Global/en/IssuesAndInsights/ArticlesPublications/Documents/cyber-crime.pdf>

Lyman, J. (2004). Worm Variant Parade Marches On. Tech News World.

Mattei, U. (1997). 'Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems', American Journal of Comparative Law, 5, pp. 12-40.

McMullan, J., Rege, A. (2007). 'Cyber-Extortion at Online Gambling Sites: Criminal Organization and Legal Challenges'. *Gaming Law Review*, 11 (6), pp. 648-665.

Mitchell, W. (1995). *City of Bits: Space, Place and the Infobahn*. Cambridge, MA: MIT Press.

O'Hara, G. (2010). *Cyber-Espionage: A Growing Threat to the American Economy*. *CommLaw Conspectus*, 19, pp. 241-275.

Watson, A. (1974). *Legal Transplants*, Scottish Academic Press Ltd, Edinburgh.

Wall, D. (2005). *The Internet as a Conduit for Criminal Activity. Information Technology and the Criminal Justice System*. Sage Publications. pp. 77-98.

Laws:

The United Arab Emirates Combating Cybercrimes Law enacted first by Federal Decree No. 2/2006, dated 3rd January 2006, and then amended by Federal Decree No. 5/2012, dated 13th August 2012.

The Bureau of Investigation and Public Prosecution Law dated 1989.

The Saudi Anti-Cybercrimes Law issued by Royal Decree No. M/17, on 26th March 2007.

The Saudi Anti-Money Laundering Law issued by Royal Decree No. (M/31) dated 2nd April 2012.

The Saudi Anti-Forgery Law issued by Royal Decree No. (M/11) dated 21st December 2013.

The Child Protection Law issued by Royal Decree No. (M/14) dated 26th January 2014.

Antiquities, Museums and Architectural Heritage Law, issued by Royal Decree No. (M/3) dated 1st November 2014.