

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

المحكمة العليا



مجلة المحكمة العليا

عدد خاص

أشغال اليوم الدراسي المنعقد بمقر المحكمة العليا بتاريخ 23 نوفمبر 2021

بعنوان:

"دور التشريع والفقه والاجتهاد القضائي في تطوير القانون"



فهم الوثائق

والدراسات القانونية والفضائية

2022

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

المحكمة العليا



مجلة المحكمة العليا

عدد خاص

أشغال اليوم الدراسي المنعقد بمقر المحكمة العليا بتاريخ 23 نوفمبر 2021

بعنوان:

"دور التشريع والفقه والاجتهاد القضائي في تطوير القانون"

فسم الوثائق

والدراسات القانونية والفضائية

2022

مجلة المحكمة العليا

مجلس مجلة المحكمة العليا:

- السيد: ماموني الطاهر الرئيس الأول للمحكمة العليا، رئيساً،
السيد: مختار رحمانى محمد رئيس الغرفة المدنية، عضواً،
السيد: صخراوي حسين رئيس الغرفة العقارية، عضواً،
السيد: الهاشمي الشيخ رئيس غرفة شؤون الأسرة والموارث، عضواً،
السيدة: بعطوش حكيمة رئيسة الغرفة التجارية والبحرية، عضواً،
السيد: لعموري محمد رئيس الغرفة الاجتماعية، عضواً،
السيد: العابدين مصطفى رئيس الغرفة الجنائية، عضواً،
السيد: لوعيل الهادي عضو بلجنة التعويض عن الحبس المؤقت غير المبرر والخطأ القضائي، عضواً،
السيد: بوروينة محمد رئيس قسم بالغرفة الجنائية، عضواً،
السيد: موهوب محمد المهدي رئيس قسم بغرفة الجرح والمخالفات، عضواً،
السيد: بن عبد السلام الهاشمي المستشار بغرفة الجرح والمخالفات، عضواً،
السيدة: سيدي موسى أم الحسن المستشارة بالغرفة العقارية، عضواً،
السيدة: شيعي سلمى، المستشارة المكلفة برئاسة قسم الوثائق والدراسات القانونية والقضائية بالنيابة، رئيسة
تحرير مجلة المحكمة العليا، عضواً،
البروفيسور: فيلالى علي الأستاذ بكلية الحقوق جامعة الجزائر 1،
البروفيسور: علا كريمة، الأستاذة بكلية الحقوق جامعة الجزائر 1.
اللجنة التقنية:

مصلحة مجلة المحكمة العليا:

الدكتورة غضبان مبروكة، رئيسة المصلحة.

السيد والسيدة: فنوح عبد الهادي، عباس سامية.

العنوان: المحكمة العليا، شارع 11 ديسمبر 1960، الأبيار – الجزائر

الهاتف والفاكس: 023.24.07.23

البريد الإلكتروني: revuedelacoursupreme@coursupreme.dz

- كلمة معالي وزير العدل، حافظ الأختام، السيد عبد الرشيد طبي 6
- تقديم اليوم الدراسي: "دور التشريع والفقه القانوني والاجتهاد القضائي في تطور القانون"
الأستاذ الدكتور علي فيلالي - جامعة الجزائر 1 11
- التكنولوجيا والرقمنة: أيّ تحديات لفاعليّ القانون ؟ الدكتور بعجي أحمد - أستاذ
محاضر"ب" - كلية الحقوق - جامعة الجزائر 1 21
- قراءة للاجتهاد القضائي الجزائري في مجال تنازع الاختصاص الدولي الدكتور زروتي الطيب
- أستاذ القانون الدولي الخاص - كلية الحقوق - جامعة الجزائر 1 45
- دور القاضي في تطوير القانون السيد عمر زودة - رئيس قسم بالمحكمة العليا سابقا -
أستاذ قانون الإجراءات بالمدرسة العليا للقضاء 60
- قراءات فقهية جديدة في إطار تطوّر القانون الدكتورة بن رجدة آمال - أستاذة محاضرة (أ)
والطالبة الدكتورة علي موسى خدوجة 81
- تحولات مبدأ الشرعية الجنائية في ظل عولمة النصوص الجزائية الدكتورة كريمة علا -
أستاذ التعليم العالي - جامعة الجزائر 1 والدكتور عادل بوزيدة - أستاذ محاضر (أ) - جامعة
الجزائر 1 98
- دور اجتهاد المجلس الدستوري في ضبط العمل التشريعي "دراسة تحليلية 1989- 2021"
الدكتور صام إلياس - أستاذ بكلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة مولود معمري - تيزي
وزو - مدير الدراسات والبحث - المجلس الدستوري 120

▪ تفسير النصوص القانونية: وسيلة القاضي في إنشاء القانون

..... L'interprétation des lois: Outil du juge dans la création du droit

130 السيد حليمي علاوة – مستشار بالمحكمة العليا

140 الكلمة الختامية للرئيس الأول للمحكمة العليا السيد ماموني الطاهر

كلمة معالي وزير العدل، حافظ الأختام، السيد عبد الرشيد طبي

بسم الله والصلاة والسلام على رسول الله،

- السيد رئيس المحكمة الدستورية،
- السيد وزير التعليم العالي والبحث العلمي،
- السيدان الرئيس الأول والنائب العام لدى المحكمة العليا،
- السيدة والسيد رئيسة ومحافظ الدولة لدى مجلس الدولة،
- السيد رئيس محكمة التنازع،
- السيدان رئيس وعميد جامعة الجزائر،
- السيدان رئيسا مجلس المحاسبة ومجلس المنافسة،
- السيد والي ولاية الجزائر،
- السيدات والسادة القضاة والأساتذة الأجلاء،
- السيدات والسادة من أسرة الدفاع والتوثيق والمحضرين القضائيين،
- أسرة الإعلام،
- الحضور الكريم.

السلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته،

لقد تشرفت بدعوتكم لحضوري فعاليات افتتاح هذا اليوم الدراسي المشترك، المنظم بين أعلى هيئتين قضائيتين في البلاد وأحد أعرق جامعات هذا الوطن، جامعة الجزائر، التي تخرّج منها نوابغ بارزون في مختلف العلوم وشرفوا بلدهم على المستوى الوطني والإقليمي وحتى الدولي.

وما حثني على الحرص على تواجدي في هذا اللقاء العلمي، هو أهمية الموضوع الذي اخترتموه وهو "دور التشريع والفقه والاجتهاد القضائي في تطوير القانون"، وكذا الحضور المميز الذي يجمع نخبة من القضاة والأساتذة ومساعدي العدالة، وهو بلا شك سيشكل مناسبة علمية بامتياز، تمتزج فيها الخبرة القضائية بالخبرة الأكاديمية، لتخرج بنتائج إيجابية تصب في خدمة البحث العلمي والعمل القضائي من خلال المداخلات التي ستلقى والمناقشات التي ستتخلل الملتقى.

إن هذا اليوم الدراسي يشكل ثمرة أخرى من ثمار اتفاقية التعاون العلمي بين الجامعة الجزائرية والمحكمة العليا ومجلس الدولة، ويجسد ما كنا نحث عليه قضاتنا من ضرورة الاحتكاك بالأسرة الجامعية والحرص على تعزيز أواصر التعاون معها، ضمانا لتكوينهم المتواصل وتحسين مداركهم العلمية من أجل ضمان قضاء نوعي ومؤهل لمواجهة التحديات التي تفرضها نوعية القضايا المعقدة التي صارت تطرح عليهم.

فلقد دعت وزارة العدل رؤساء الجهات القضائية لإبرام اتفاقيات مع الجامعات، بغرض ضمان التكوين المحلي للقضاة والموظفين في عدة مواضيع لا تنحصر على الجانب القانوني فقط، بل تتعداه إلى جوانب أخرى مهمة في العمل القضائي، كالإعلام الآلي واللغات وعلم النفس وعلم الاجتماع وغيرها. وفي هذا الإطار، تم إبرام 46 اتفاقية تعاون بالنسبة للمجالس القضائية، أنجزت بموجبها 71 عملية تكوينية تخص القضاة و 20 عملية تخص الموظفين خلال السنة الجارية، و 42 اتفاقية بالنسبة للمحاكم الإدارية، أنجزت بموجبها 48 عملية تخص القضاة و 24 تخص الموظفين خلال نفس السنة، حول مواضيع ذات أهمية لقطاعنا.

السيدات والسادة الحضور،

إن سن القوانين في أي دولة أمر أساسي، فهو يهدف إلى حماية الأشخاص من الاعتداء ويحمي حقوقهم وحررياتهم الفردية ويساعد على حل النزاعات التي تقع بينهم.

فالقانون يعد علما هاما ونافعا، فهو يحدد النطاق المشروع لتصرفات الأشخاص وعلاقاتهم مع بعضهم البعض. فإذا كان الإنسان مجبرا على العيش في مجتمع تتشابك فيه المصالح، فإنه لا مناص له من أن

يلتزم بأحكامه.

إن تاريخ القانون يرتبط بتطور الحضارة، فقد نشأ وتطور عبر مختلف الأزمنة إلى أن وصل إلى ما وصل إليه في عصرنا الحديث، بحيث صار يغطي مختلف مناحي الحياة بتعقيدها، ورغم ذلك، فإن تطوره لن يتوقف عند هذا الحد، بل سيستمر كلما برزت الحاجة لذلك.

فتحديث وتحسين القانون تبرره عدة مبررات، أبرزها مواكبة تطور المجتمع سلوكيا بما يخدم أمنه وسلامته، خاصة مع التطور العلمي والتكنولوجي المتسارع، فضلا عن الإسهام في تحقيق الأهداف الوطنية المتغيرة والتصدي للرهانات الجديدة.

إن السلطة التشريعية هي المخولة صلاحية سن القانون، ويقع عليها واجب تطويره، إلا أن التشريع لا يكفي وحده في هذا التطوير، بل يساهم الفقه والاجتهاد القضائي بقسط كبير في ذلك، وهذا هو ما سيتناوله يومكم الدراسي بالدراسة والتحليل.

سيداتني، ساداتني،

تظهر أهمية الاجتهاد القضائي سواء في القضاء العادي أو الإداري، في كونه يعطي للقاعدة القانونية الروح التي أرادها المشرع ويضفي عليها طابعها العملي، فالقاضي بتطبيقه للقانون يساهم في استقرار القاعدة القانونية وبذلك فهو يعمل على تحقيق الأمن القانوني.

كما يتدخل الاجتهاد القضائي قصد سد النقائص التي قد يعرفها التشريع، مفعلا في ذلك السلطة المخولة له وهي سلطة تفسير القانون، التي تظهر حتميتها عندما يعتري النص الواجب التطبيق الغموض أو يسكت النص أصلا عن معالجة المسألة المطروحة أو يتناقض مع نصوص أخرى.

إن قرارات المحكمة العليا ومجلس الدولة التي تستمد أصلا من القانون وكذا اجتهادهما القضائي، لن يكون ذا فعالية في تطوير القانون، إذا لم تتحقق لها شروط النشر الواسع وجعلها في متناول ممارسي القانون قصد تدعيم دفعهم أمام الجهات القضائية من جهة، وكذا استغلالها من طرف الأكاديميين في إطار بحوثهم ودراساتهم أو حتى في تدريسهم للطلبة بالنسبة للأساتذة من جهة أخرى.

وهناؤكد على أهمية التعليق على القرارات ضمن المقاييس التي تلقنها الجامعة خاصة في دراسات

ما بعد التدرج، ذلك أنه لا يمكن التعريف بالحلول الجديدة التي كرسها هذه القرارات ولا معرفة حدودها، إذا لم يصاحبها مجهود التحليل والنقد البناء.

إن الاجتهاد القضائي هو إذن منبع للقانون الذي لا ينضب، لذلك غالبا ما يتبع هذا الاجتهاد مجهود المشرع في تقنين القواعد الجديدة، وهو ما يبين درجة تأثير الاجتهاد القضائي في التشريع.

السيدات والسادة الحضور،

عادة ما يصاحب مجهود المشرع في استحداث قواعد قانونية جديدة أو تعديلها، الاطلاع على موقف الفقه، وكذا الحال بالنسبة للقضاة الذين عادة ما يستأنسون بالأراء الفقهية في المسألة الشائكة التي تعرض عليهم، لذلك يقال أن للفقه تأثير ولو ثانوي عليهما.

وأول ما يطرح على الباحث في الفقه، تحديد مجاله في الوقت الذي غزتنا فيه المحررات الكثيرة على الفضاء الافتراضي من مقالات ورسائل جامعية ومؤلفات قديمة، وبعضها رغم حداثة غير معروف المصدر. كما تطرح أيضا إشكالية نقص المؤلفات في بعض مجالات القانون لاسيما في مجال المعاملات المستحدثة التي ينظمها القانون المدني والقانون التجاري في ظل التطور الذي تشهده الساحة الوطنية والدولية.

ومن أمثلة ندرة التأليف في المسائل القانونية الشائكة التي يعرفها مجتمعنا، موضوع تكييف النصوص القانونية المتعلقة، بأفعال التسيير مع الواقع الاقتصادي، ففي الوقت الذي نجد في التشريع المقارن بعض الدراسات المتعلقة بهذا الموضوع، فإن الفقه الوطني لا يظهر إلا في بعض المحاولات التي تتسم بالعموم.

إن دور الفقه في تطوير القانون يتوقف على وجوده في زمان ومكان محدد، وكذا على نوعيته التي تستدعي بذل مجهود التحليل والنقد والخروج بتصوير يعالج المسألة المطروحة من جذورها. ومهما بلغت أهمية الاستعانة بالفقه المقارن، إلا أن القاعدة المعيارية الجزائية لا بد أن تستوحى من واقع المجتمع واحتياجاته وأن تستلهم أصلا مما كتبه الباحثون الجزائريون، دون انغلاق على التجارب الأجنبية.

ولبلوغ هدف تطوير القانون بما يخدم المجتمع، يتعين بذل المزيد من الجهود سواء من طرف الأسرة القضائية أو الجامعية وتشجيع التأليف لاسيما من خلال بعث المجلات القانونية وتعميم نشرها لكونها الكفيلة بحمل الأفكار الجديدة.

لا أشك في أن يومكم الدراسي سيعود بالفائدة على الجميع، وأتمنى أن تستمر هذه المبادرات لتغطي مواضيع أخرى لا تقل أهمية عن موضوع هذا اللقاء.

مرة أخرى أشكركم على كرم الدعوة، وأتمنى لكم التوفيق في أشغالكم.

شكرا على كرم الإصغاء.

والسلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته.

تقديم اليوم الدراسي: "دور التشريع والفقه القانوني والاجتهاد القضائي في تطور القانون"

الأستاذ الدكتور علي فيلالي
جامعة الجزائر1

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين
أما بعد ،

السيدة رئيسة مجلس الدولة ، السيد محافظ الدولة لدى مجلس الدولة ،
السيد الرئيس الأول للمحكمة العليا ، السيد النائب العالم لدى المحكمة العليا ،
السيد رئيس جامعة الجزائر1 ،
السيد عميد كلية الحقوق ،
زميلاتي وزملائي أساتذة كلية الحقوق ،
السيدات والسادة ممثلو المؤسسات العمومية ،
السادة الضيوف الكرام ،
السلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته.

إنه لشرف عظيم أن أكون من بينكم في هذه التظاهرة العلمية وأن أُكَلَّف بتقديم إشكالية هذا
اليوم الدراسي ، الذي يجمع خيرة رجال القانون في بلدنا هذا .
قد يَتَبَيَّنُ من القراءة الأولية لعنوان هذا اليوم الدراسي الموسوم بـ: "دور التشريع والفقه القانوني
والاجتهاد القضائي في تطور القانون" ، أن الموضوع محل البحث لا يثير إشكالات أو تساؤلات قانونية في
مستوى الحضور الكريم ولا الهيئات المنظمة لهذا اللقاء العلمي ، وذلك بالنظر إلى وضوح الأحكام
الدستورية التي لا تدع شكاً في دلالتها .

لقد ورد في ديباجة الدستور أنه: "... فوق الجميع وهو القانون الأساسي الذي يضمن الحقوق والحريات الفردية، ... يكفل الفصل بين السلطات والتوازن بينها واستقلال العدالة....". وأكدت الفقرة الأولى من المادة 16 من الدستور هاته الفكرة الهامة، حيث نصت: "تقوم الدولة على مبادئ التمثيل الديمقراطي، والفصل بين السلطات وضمان الحقوق والحريات..."، كما تضمن الباب الثالث من الدستور تحت عنوان: "تنظيم السلطات والفصل بينها" أربع فصول: خُصص الأول والثاني لكل من رئيس الجمهورية، والحكومة، أي السلطة التنفيذية، أما الفصل الثالث تحت عنوان: "البرلمان"، فتتص مادته الأولى وهي المادة 114 من الدستور: "يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون"، في حين ورد في الفصل الرابع تحت عنوان: "القضاء" وفي مادته الأولى وهي المادة 163 من الدستور: "القضاء سلطة مستقلة.... القاضي مستقل لا يخضع إلا للقانون ...".

إنّ المتعارف عليه في الفكر القانوني أن مبدأ الفصل بين السلطات له جذور قديمة¹ إذ برز إلى الوجود تبعا لظروف تاريخية تعاقب خلالها على حكم البلدان حُكام مستبدون وآخرون أكثر عدلا، فقام المفكر الفرنسي مونتسكيو (Montesquieu)² بصياغة هذا المبدأ - وهو من مبادئ الديمقراطية وهي أيضا صورة من صور الحكم في العصر الحديث³ - في كتابه روح الشرائع⁴ (Esprit des lois). أما المقصود به فهو الفصل بين وظائف الدولة بغرض وضع حدّ للاستبداد ومنع التعسفات المرتبطة بالممارسات السيادية لوظائف الدولة، وكذا ضمان الحريات. وقد تمّ في هذا الإطار التمييز أو بالأحرى الفصل بين ثلاث سلطات أساسية وهي: السلطة التنفيذية التي تتولى تنفيذ سياسة الدولة وتنفيذ القوانين التي تضعها السلطة التشريعية، وتختص هذه الأخيرة - أي السلطة التشريعية - بوضع القواعد القانونية التي تنظم حياة الناس في المجتمع، أما السلطة القضائية فتتولى تطبيق القوانين من خلال الفصل في مختلف النزاعات المطروحة أمام القضاة⁵.

¹ - راجع فريد علواش ونبيل قرقور، مبدأ الفصل بين السلطات في الدساتير الجزائرية، مقال، مجلة الاجتهاد القضائي، <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/11539>،

راجع أيضا محمد أحمد عبد الوهاب، الأساس التاريخي والفلسفي لمبدأ الفصل بين السلطات، دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 1997.

² - Philosophe et penseur français (1689-1755), élu à l'académie française en 1727.

³ - Nasser Eddine GHOZALI, Cours des systèmes politiques comparés, Les systèmes libéraux, OPU, Alger, 1983, p. 72.

⁴ - Publié à Genève 1748.

⁵ - راجع بشأن مدلول مبدأ الفصل بين السلطات:

Fatiha BENABBOU - KIRANE, Introduction au droit constitutionnel, OPU, 2015, pp. 210-216.

يصف مونتسكيو (Montesquieu) القضاة أي قضاة الأمة - كما يقول - بأنهم ليسوا سوى الفم الذي ينطق كلمات القانون، فلا يستطيعون أن يُلطّفوا من شدة القانون ولا من صرامته¹. ويرى توكفيل² (Tocqueville) بشأن السلطة القضائية أنها ذات ثلاث ميزات أساسية كما يلي:

1- الميزة الأولى - السلطة القضائية هي حَكَمٌ،

2- الميزة الثانية - السلطة القضائية تفصل في قضايا معينة، خاصة ولا تتناول المبادئ العامة.

3- الميزة الثالثة - السلطة القضائية لا تتدخل إلا بطلب الخصوم³.

نخلص مما سبق وفي هذه المرحلة من التحليل الشكلي أن تطور القانون على ضوء مبدأ الفصل بين السلطات هو من اختصاص السلطة التشريعية أي المشرع، وذلك لكون القاضي هو مجرد فم القانون، في حين أن الفقه لا محلّ له من الإعراب. فإذا كان القانون بمعنى التشريع (la loi)، يلزم الجميع، ناهيك عن خاصية العمومية والتجريد، فإن حكم القاضي لا يلزم إلا أطراف النزاع، بينما الرأي الفقهي لا يلزم إلا صاحبه.

لقد أكدت بعض القوانين الأساسية هذا الحل - وهذا هو في الحقيقة أمر طبيعي ومنطقي عملاً بمبدأ أي دستورية القوانين وتدرجها - فالمادة الأولى من القانون المدني بوصفه شريعة عامة أو بالأحرى القانون العام Droit commun، تنص: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها .. وإذا لم يوجد نص تشريعي، حَكَمَ القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة". كما تقضي المادة الأولى من قانون العقوبات: "لا جريمة ولا عقوبة أو تدبير أمن بغير قانون".

¹- « Les juges de la nation ne font, comme nous l'avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent en modérer ni la force ni la rigueur. » Esprit des lois, Livre XI. Chap.VI.

p.327https://fr.wikisource.org/wiki/Page:Montesquieu_Esprit_des_Lois_1777_Garnier_1.djvu/501 (vu le 1/10/2021).

²- Philosophe politique français (1805-1859), précurseur de la sociologie et homme politique français ; il a été magistrat, député et ministre.

³- « Le premier caractère de la puissance judiciaire, chez tous les peuples est de servir d'arbitre ... Le deuxième caractère de la puissance judiciaire est de se prononcer des cas particuliers et non pas sur des principes généraux ... Le troisième caractère de la puissance judiciaire est de ne pouvoir agir que quand on l'appelle... », Alexis de Tocqueville, de la démocratie en Amérique, n 1848 T1 PAR 1 CHAP VI, p.97. https://archives.ecole-alsacienne.org/CDI/pdf/1400-0107/14096_TOCQ1.pdf (vu le 1/10.2021).

وحصرت بدورها المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أوجه الطعن بالنقض في مخالفة القانون بمعناه الواسع، حيث تنص: "لا يُبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من أوجه الطعن الآتية: ... مخالفة قاعدة جوهرية، إغفال أشكال جوهرية، عدم الاختصاص، تجاوز السلطة، مخالفة القانون الداخلي....".

هذا ما تؤكدُه أيضا القراءة الأولية لإحصائيات العمل التشريعي، حيث تم إصدار قرابة 500 قانون جديد في الثلاثينية الأخيرة (1989-2020)¹، أي بعد انتقال البلاد من الاقتصاد المخطط إلى اقتصاد السوق، الأمر الذي تطلّب تنظيمًا قانونيًا جديدًا يتماشى مع النهج الجديد، ناهيك عن تنظيم المجالات الجديدة كمجال البيئة والتنمية المستدامة²، حقوق الإنسان³، مجال الرقمنة، حماية المعطيات الشخصية⁴، التجارة الإلكترونية⁵، مكافحة الجرائم الإلكترونية⁶، وغيرها.

ولعل أهم ملاحظة يمكن تسجيلها بشأن هذا العمل التشريعي الهائل هي أن المشرع فضل أسلوب التشريعات الخاصة بدل الخوض في إصلاحات كبرى وشاملة، الأمر الذي يتطلب من الفاعلين في مجال القانون لاسيما الفقه فحص هذه الفلسفة التشريعية.

ويبدو أيضا أن اعتماد المشرع مثل هذا الأسلوب جعله يسير في اتجاه معاكس لأسلوب تحديث القوانين أي التقنين⁷ codification، كأن يكون قد تراجع عن ذلك décodification.

¹ - <https://www.joradp.dz/TRV/A2020B14.pdf>

² - قانون رقم 10-03، يتعلق بحماية البيئة والتنمية المستدامة، ج. ر 2013، العدد 44.

³ - دستور 1989 الفصل الرابع الحقوق والحريات، قانون رقم 89-08، يتضمن الموافقة على العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية، والثقافية والعقد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والبروتوكول الاختياري المتعلق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الموافق عليها من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة يوم 16 ديسمبر 1966، ج. ر 1989، العدد 17، المرسوم الرئاسي رقم 91-199، يتضمن تعيين أعضاء الحكومة والذي استحدث منصب وزير منتدب لحقوق الإنسان، ج. ر 1991، العدد 30 وكذا المرسوم الرئاسي رقم 92-77، يتضمن استحداث المرصد الوطني لحقوق الإنسان، ج. ر 1992، العدد 15.

⁴ - قانون رقم 18-07، المؤرخ في 10 يونيو 2018، يتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، ج. ر 2018، العدد 34.

⁵ - القانون رقم 18-05، المؤرخ في 10 مايو 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج. ر 2018، العدد 28.

⁶ - القانون رقم 09-04، المؤرخ في 5 أوت 2009، يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، ج. ر 2009، العدد 47.

⁷ - علي فيلالي، القوانين المدنية العربية بين المحاكاة والأصالة، مقال، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 35، العدد 4، ص 45، <https://www.asjp.cerist.dz/en/down, Article/18/35/4/170329>.

غير أن هذا الحل المبدئي لا يخلو من الاستثناءات المنصوص عليها قانوناً¹ إلى جانب مقتضيات الواقع العملي الذي برز عند تطبيق القانون²، ناهيك عن الحلول المكرّسة في بعض الأنظمة القانونية الكبرى والتي أصبحت من خلال ظاهرتي عولمة القانون وتدويل القوانين الداخلية، تهمُّ رجل القانون الجزائري أياً كانت وظيفته، (ففي مجال حقوق الإنسان يتحدث الفقه عن تأثير متبادل تحت تسمية دسترة القانون الدولي (constitutionnalisation du droit international) وتدويل القانون الدستوري (Internationalisation des constitutions)).

1- دستورياً:

إذا كان المبدأ الدستوري المكرّس هو الفصل بين السلطات، فإن العبرة تكون أيضاً بالتوازن بين تلك السلطات، الأمر الذي يفرض بعض التداخلات فيما بينها، منها اختصاص الحكومة في المبادرة بالقوانين وتقييد حق السلطة التشريعية في ذلك³، تحديد مجال اختصاص السلطة التشريعية⁴ التي أصبحت تراحمها السلطة التنفيذية بطرق مختلفة⁵، واختصاص رئيس الجمهورية بإصدار القوانين مع الحق في طلب قراءة ثانية⁶، بالإضافة إلى تمتع رئيس الجمهورية دستورياً بحق التشريع بأوامر في حالات

¹ - السعيد بوالشعير، علاقة المؤسسة التشريعية بالمؤسسة التنفيذية في النظام القانوني الجزائري، دكتوراه دولة، جامعة الجزائر، 1985. عبد الله بوقفة، العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية من خلال تطور النظام الدستوري الجزائري، دكتوراه دولة، جامعة الجزائر، 2001. سليمة مسراتي، مدى تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات في النظام الدستوري الجزائري، دكتوراه دولة، جامعة الجزائر، 2010، عمر فرحاتي، العلاقة بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية في الجزائر بين فترتين الأحادية والتعددية، مقال مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 3، العدد 3 ص 55- 61 <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/11529>

² - أحمد بن مسعود، مبدأ الفصل بين السلطات بين النظري والتطبيقات العملي، مقال، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 2، العدد 4، ص 103- 126.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/133325>

³ - 143 دستور د. سليمان صافية ود. جمال عبد الكريم، المبادرة بالقوانين بين البرلمان والحكومة وأثرها على مبدأ الفصل بين السلطات في دول المغرب العربي (الجزائر المغرب تونس)، مقال، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، العدد 1، ص 191- 204، <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/148665>.

⁴ - راجع المادة 139 و 140 دستور، راجع أيضاً د. ضريف قدور ود. توفيق بوقرون، التعديل الدستوري في الجزائر بين هيمنة السلطة التنفيذية ومحدودية السلطة التشريعية، مقال، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 5، العدد 1، ص 118- 132، <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/110902>

⁵ - لاسيما التنظيمات التنظيمية (المادة 141 دستور)، التنظيمات التنفيذية (المادة 141- 2)، تنظيمات الضبط أو البوليس، راجع عمور سلامي، الضبط الإداري البلدي في الجزائر، ماجستير، جامعة الجزائر 1، 1988. لطرش حمو، سلطات الضبط الإداري الولائي ماجستير، جامعة الجزائر 1، 2002.

⁶ - المادة 149 دستور.

معينة¹. ونستشهد في هذا المجال ببعض الإحصائيات الرسمية المنشورة في الجريدة الرسمية، حيث تم في العشرية الأخيرة (2011- 2020) إصدار 126 قانونا (سلطة التشريعية) و47 أمرا رئاسيا و3644 تنظيميا في مختلف المجالات (السلطة التنفيذية). فالإحالات التشريعية على التنظيمات لتحديد شروط أو كفاءات تطبيق النصوص التشريعية أصبح أمرا واردا في كل النصوص التشريعية، وهذا بغض النظر عن التنظيمات المستقلة.

- قانونا: أما فيما يتعلق بمقتضيات القوانين فنقف عند نقطتين: تتمثل الأولى في مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة كمصدر رسمي احتياطي ثالث يرجع إليه القاضي عند الحاجة، بينما تتعلق النقطة الثانية بأحكام موضوع المادة 136 من قانون العقوبات.

بالنسبة للنقطة الأولى، أي مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة فهي في الحقيقة دعوى ضمنية للقاضي للاجتهاد وتحكيم ضميره في النزاع المطروح عليه إذا لم يرد بشأنه نص تشريعي، أو مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية أو عرف². فالمعارف عليه أن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ليست بقواعد قانونية موجودة يتولى القاضي تطبيقها، بل هي مجرد مثل عليا يستلهم منها المشرع القواعد القانونية الوضعية، فهي مبادئ أو أفكار عامة: منها فكرة العدل، المساواة، وغيرها، تقتسمها الشعوب والتي يهتدي بها المشرع في وضع القوانين، وهي نفس الفكرة التي تتضمنها قواعد العدالة، فهي بالأحرى مصادر مادية يستند إليها القاضي للفصل في النزاع المطروح عليه، وقد يضع -عندئذ - قواعد قانونية جديدة. وهذا ما كرّسه المشرع السويسري صراحة في المادة الأولى من القانون المدني السويسري: "... في حالة عدم وجود نص تشريعي يمكن تطبيقه، يحكم القاضي بمقتضى العرف، فإن لم يوجد عرف، فحسب القواعد التي كان سيضعها لو أنه كان يقوم بعمل تشريعي"³.

يتمتع القاضي - بالإضافة إلى هذا المنفذ - بسلطة تفسير النصوص القانونية، تسمح له بالاجتهاد بحثا عن المعنى الذي انصرفت إليه إرادة المشرع بالنظر إلى وقائع النزاع المعروضة عليه، مع العلم أنّ المعنى الرسمي للنصوص القانونية هو ذلك الذي اهتدى إليه القاضي ولو كان يخالف ما انصرفت إليه فعلا إرادة المشرع. فقد تختلف وقائع النزاع المطروح أمام القاضي كليا عن تلك التي كانت محل الفرضية التي

¹ - المادة 143 دستور.

² - علي فيلال، مقدمة في القانون، موفم للنشر 2010، ص 262، ومحمد السعيد جعفر، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومة، ط 3، ص 202.

³ - Art. 1-2 «A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire un acte de législateur.»

استند إليها المشرع في تحديد الحكم القانوني وصياغته، ومن ثمّ يتعين على القاضي البحث على نية المشرع¹. وقد تكون العبرة بنية المشرع المحتملة وليس الحقيقية، لاسيما إذا كانت الوقائع المتنازع فيها خارجة تماما عن تصور المشرع وقت وضع النص. ويمكن الاستشهاد في هذا الشأن بالتكريس القضائي للالتزام بالسلامة في بعض الحالات²، والحماية القضائية للآداب العامة³، وكذا التأسيس لقواعد الإثبات في قانون الأسرة⁴ وغيرها ...

أما بالنسبة للنقطة الثانية فهي إلزام القاضي بالفصل في النزاع أيّا كان الأمر، وذلك تحت طائلة متابعته جزائيا طبقا لأحكام المادة 136 عقوبات السالفة الذكر، فلا يمكنه أن يتذرّع بالفراغ القانوني، فيجتهد، ومن ثمّ يبرز دوره في تطوير القانون.

ولا يفوتنا في هذا المقام التذكير أن هناك فرع من فروع القانون أي القانون الإداري يتميز بكونه قانون قضائي Droit jurisprudentiel، إذ أنّ مبادئه وقواعده من وضع القضاء وليس المشرع⁵. قد

¹ - كانت مسألة الشكلية المنصوص عليها في المادة 324 مكررا 1 من القانون المدني محل خلاف، فبعض الجهات القضائية اعتبرت أن ركنا في العقد يترتب على تخلفها بطلانه استنادا إلى ما ورد في نص المادة، وترى جهات قضائية أخرى أنها غير كذلك، كون المادة السالفة الذكر وردت في الفصل الأول المعنون بالإثبات بالشكلية من الباب السادس الذي يحمل عنوان الإثبات، ولم يحسم إلا بعد تدخل المحكمة العليا، بغرفها المجتمعة وصدر عنها قرار مبدئي بتاريخ 18 فيفري 1997 يقضي ببطلان التصرف في حالة عدم احترام الشكلية الرسمية المقررة قانونا. ملف 136456، م ق، 1997، 1، ص 10. راجع أيضا التعليق على هذا القرار: حسان بوعروج، الاجتهاد القضائي للغرفة التجارية والبحرية، عدد خاص، 1999، ص 41. غنيمة لحلو خيار غنيمة، مقال، م ج ع ق إ س، 1998، ص 3؛ علي فيلالي، مقال، م ج ع ق إ س، 1997، ص 4.

² - نسمى هذا الظاهرة بتطويع العقد forçage du contrat إذ يستخلص القاضي من إرادة المتعاقدين عن طريق التأويل التزاما لم تنصرف إليه إرادة المتعاقدين فقط، فيحمل العقد ما لم يوجد به، على غرار الالتزام بالسلامة الذي يتحمله صاحب حمام نحو زبونه قرار المجلس الأعلى الصادر في 20 مارس 1983: "أن العلاقة التي تربط الضحية وصاحب الحمام هي عقد خدمات، وإن مثل هذا العقد يضع على عاتق صاحب الحمام التزاما بسلامة الزبائن، وهو التزام بنتيجة، والمسؤولية فيه مفترضة" قرار غير منشور.

³ - نؤارة العشي، دور قاضي شؤون الأسرة في حفظ الآداب العامة، مقال، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 31، الجزء 2، ص 272-303.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/26550>.

⁴ - د. محمد حجار، دور الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في التأسيس لقواعد الإثبات في أحكام الأسرة، دراسة في القانون الجزائي والمذهب المالكي، مقال، مجلة العلوم الإسلامية والحضارة، العدد السابع، فيفري 2018، ص 139 - 176.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle/295/3/1/39576>

⁵ - د. كمال دريد، القانون الإداري: قضائي أم تشريعي؟ دراسة مقارنة بين فرنسا والجزائر، مقال، مجلة المعيار، المجلد 9، العدد 2، ص 334 - 353، <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/55731>، د. يحيى وناس ود. عصام الحاج، القانون الإداري في الجزائر: قضائي أم تشريعي؟ مجلة الحقيقة، المجلد 14، العدد 33، ص 01 - 25، <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/16200>

نتساءل إلى جانب ذلك عن المغزى من بعض تشكيلات المحكمة العليا ومجلس الدولة لاسيما تشكيلة الغرف المجتمعة¹ ؟

2- الأنظمة القانونية المقارنة:

أصبح الاعتماد على القانون المقارن أمرا لا مفر منه على ضوء ظاهرتي العولمة وتدويل القوانين الوطنية، كما نلاحظ اليوم أن الكثير من القوانين الوطنية أصبحت لا تلتزم بنظام قانوني واحد من بين الأنظمة القانونية الكبرى عند وضع منظومتها القانونية، بل تجمع بينها، ومنها بلدنا الذي يجمع بين نظام القوانين المدنية ونظام الشريعة الإسلامية². ونذكر في هذا الشأن أن النظام القانوني الأنجلوسكسوني كرس من بين مصادره ما يسمى بالسابقة القضائية³ La règle du précédent. أما الشريعة الإسلامية كنظام قانوني من بين الأنظمة القانونية السائدة في العالم العربي والإسلامي فإنها تسمح بل تطالب القاضي بالاجتهاد عند الحاجة⁴، وتعتبر الفقه من بين مصادرها الهامة، وهذا على خلاف نظام القوانين المدنية⁵.

¹ - المادة 18- 1 من القانون العضوي رقم 11- 12، يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصها: "... تفصل المحكمة العليا بغرفها مجتمعة، عند ما يكون من شأن القرار الذي سيصدر عن إحدى غرفها تغيير اجتهاد قضائي"، ج ر 2011، العدد 42. المادة 31 من القانون رقم 98- 01، يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله: "يعقد مجلس الدولة في حالة الضرورة، جلسات مشكلا من كل الغرف مجتمعة، لاسيما في الحالات التي يكون فيها القرار المتخذ بشأنها يمثل تراجعا عن اجتهاد قضائي"، ج. ر 1998، العدد 37.

² - باستثناء قانون الأسرة وقانون الأوقاف والصيرفة الإسلامية تنتمي كل الفروع القانون الأخرى إلى نظام القوانين المدنية.

³ - د. حسين عبد علي عيسى، مصادر القانون الجزائري الإنكليزي - دراسة مقارنة - ، مجلة الراافدين للحقوق، المجلد 15، العدد 55، السنة 17 ص 152- <https://www.iasj.net/iasj/download/39739b177f9646c0186>

- Charlotte LEMIEUX, Jurisprudence et sécurité juridique : une perspective civiliste, https://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_29/29-12-lemieux.pdf.

⁴ - د. عبد الجليل درارجة، الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية في قانون الأسرة الجزائري ومدى مكنة القاضي على الاجتهاد، مقال مجلة الدراسة القانونية المقارنة، المجلد 6، العدد 02 (2020)، ص ص 486- 511. محمد حجار، المرجع السابق، ص ص 139- 176.

⁵ - أ.د. محمد عرفان الخطيب، حقيقة الدور "المصدري" للاجتهاد القضائي في القانون المدني "الواقعة القانونية"، دراسة مقارنة بين المدرستين الفرنسية والعربية (القوانين المصرية والسورية واللبنانية مثلا)، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 28، ديسمبر 2019، ص 117- 180،

<https://journal.kilaw.edu.kw/wp-content/uploads/2020/06/Prof.-Mohammad-Erfan-Al-Khatib.pdf>

لقد كان للفقهاء في القانون الروماني دورا رسميا وكان يسمى الفقهاء الرومان بالحكماء فيصدرون فتاوى يحتج بها المتخاصمون ويلتزم بها القضاة¹. أما في وقتنا الحالي فليس للفقهاء دور رسمي في المنظومة القانونية الجزائرية على غرار قوانين كل الدول التي تبنت نظام القوانين المدنية، غير أن هذا لا يعني أنه يمكن تجاهله، فالواقع يبين أن للفقهاء دورا أساسيا، ولو كان غير مباشر.

أما عن المقصود بالفقه فهو آراء علماء القانون بشأن قاعدة قانونية ما أو وضعية قانونية ما أو مؤسسة ما أو جهاز ما أو غيرها، وبعبارة بسيطة الفقه هو القانون الملحق عليه من خلال شرح أحكامه وتفسيرها، توضيح ما هو غامض منها وتحليلها وتنظيمها وذلك وفقا لدراسة منهجية، تحليلية، نقدية ومقارنة مع ما هو معمول به في القوانين الأجنبية، مع بيان محاسن النصوص القانونية ومدى انسجامها وكذا نقائصها مع اقتراح ما يجب أن تكون عليه.

لا يقتصر المطلوب من الفقهاء على شرح القوانين والتعقيب على القرارات القضائية، بل يجب عليهم انجاز دراسات علمية أكاديمية من خلال وضع نظريات قانونية، وكذا اقتراح بناءات قانونية متكاملة مع تعريفها وشرح شروط تطبيقها، وتحديد مكانتها بالنظر إلى مختلف العلاقات القانونية مع بيان آثارها على المجتمع.

أما المقصود بالفقه فلا يقتصر على الأساتذة الجامعيين والأساتذة الباحثين، بل يشمل أيضا رجال القانون الممارسين من قضاة ومحامين، وغيرهم من قضاة مركز البحوث القانونية والقضائية. يصدر الفقه في أشكال مختلفة: محاضرات، تدريس، كتب، مؤلفات أو مقالات، أشغال ملتقيات والأيام الدراسية وغيرها من المقالات التي تصدر في مجلات متخصصة وطنية ودولية، بما في ذلك المجلتين الصادرتين عن المحكمة العليا ومجلة مجلس الدولة، إلى جانب المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإدارية الصادرة عن كلية الحقوق والتي تُعدّ من أقدم وأعرق المجلات في العالم، أنشئت بالتزامن مع جامعة الجزائر² وكانت توزع في العديد من البلدان الغربية منها الولايات المتحدة، وحظيت بنشر مساهمات أشهر أساتذة القانون في العالم.

¹ - د عباس العودي، تاريخ القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط 1، 1998، ص 197. د. منذر الفضل، تاريخ القانون،

منشورات ناراس، ط2، 2005، ص 17 <https://www.ahewar.org/debat/files/504391.pdf> د. محمد عبد الحميد عبد المجيد

العلوي، أهمية القانون الروماني ومراحل تطوره، مقال، تهامة، العدد العاشر، ص 139 - 166.

<https://tehama-journal.com/images/pdf/V10/V10-8.pdf>

² - L'Ecole de droit d'Alger a été instituée par la loi du 20 décembre 1879

<https://books.openedition.org/putc/8714?lang=fr>.

يُعدّ الفقه سندا قويا القاضي في القيام بمهامه لاسيما تسبيب قراراته، ويمكن للفقه أن يوجّه الاجتهاد القضائي، وهو أيضا سندٌ قويٌّ للمشرع في إعداد القوانين، ومباشرة الإصلاحات الكبرى وغيرها.

تلكم هي التساؤلات التي سيتناولها هذا اليوم الدراسي. ونرى في نهاية هذه الكلمة البسيطة أن هذا اللقاء العلمي الذي يجمع بين الفاعلين الأساسيين في مجال القانون، كل حسب اختصاصه، سيسمح لا محالة بتبادل الرؤى والخبرات، وسيثير حتما مناقشات علمية مفيدة، وكل ذلك من أجل قانون منصف وعدالة راقية.

شكرا على كرم الإصغاء
والسلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته

التكنولوجيا والرقمنة: أيّ تحديات لفاعليّ القانون ؟

د/ بعجي أحمد

أستاذ محاضر

بجامعة الجزائر - 1 - كلية الحقوق

مقدمة:

يرتبط القانون بالحياة المجتمعية للأفراد والجماعات، فيتفاعل معها وجودا وعدما، لعلّ ما نشهده اليوم لخير دليل على ذلك، فلم يكتفي الفرد بتواجهه المادي الواقعي، بل امتد تعايشه وتواصله إلى بيئة رقمية جديدة، وهو ما ساهم في تحوّل المجتمع من مجتمع صناعي إلى مجتمع رقمي وتكنولوجي، الأمر الذي أفرز تحديًا لا نهاية له بالنسبة للدول ولأنظمتها القانونية، بفعل اكتساحه لجميع جوانب حياة المجتمع، فمن جهة لم يعد يخلو أي مجال وارتبط بسهولة وظائفه ومهامه بفعل هذه التكنولوجيات الجديدة، اتصالات الكترونية، تعاملات الكترونية، تصديق الكتروني... الخ، إلّا أنّها من جهة أخرى، ساهمت هذه التكنولوجيات في ظهور مخاطر جديدة، أصبحت تمسّ كيان الفرد في مقوماته وخصوصيته ومحيطه، مما يثير مسألة دور وفعالية القانون في تنظيم هذا المجال التقني المتزايد.

حاول المشرّع في هذا الشأن أن يواكب هذا التطوّر في العشرينية الأخيرة، بعد أن وضع إطار قانوني متنوّع، وذلك بصورة تدريجية، ففي مرحلة أولى، قام بتعديل بعض النصوص القانونية، بعضها تعلّق بتجريم الأفعال الماسة بالتكنولوجيا والمعلومات، بموجب القانون رقم 04 - 15¹، وبعضها الآخر، انصب على

¹ - القانون 04 - 15، المؤرخ في 10 نوفمبر 2004، يعدّل ويتمّم الأمر رقم 156/66، المؤرخ في 8 جويلية 1966، الذي يتضمّن قانون العقوبات، ج. ر 2004، العدد 71.

اعترافات محتشمة بالوسائل الكترونية في التّعاملات في كل من القانون المدني¹، والقانون التجاري²، ثم انتقل في مرحلة ثانية، إلى سن تشريعات خاصة جديدة، بدءا بالقانون رقم 09-04³، بعدها صدر كل من القانون رقم 15-04⁴ والقانون رقم 18-04⁵، تلاه القانون رقم 18-05⁶، وتبعه القانون رقم 18-07⁷، كل ذلك كان تحت اعترافات دستورية بحماية وتعزيز الحقوق والحريات للمواطن، سواء في دستور 2016⁸، أو في الدستور المعدّل لسنة 2020⁹.

لكن يبدو أنّ طموح المشرع في مواكبة مجال التكنولوجيا والرقمنة، كان ضئيلا بالمقاربة مع حجم إفراسات الواقع العلمي والعلمي المتطوّر، الذي يكشف كل يوم عن تقنية جديدة تعاكس بها القواعد القانونية الموضوعية، مما صار يهدّد المنظومة القانونية ككل، في ظلّ جدّة المجال وتعقّده، وغياب التفاعل لكل من الاجتهاد القضائي والفقه القانوني، بالرغم من صدور بعض التشريعات الخاصة، الأمر الذي يفرض توسيع دائرة التحديات لتشمل هؤلاء الفاعلين، كل بحسب دوره، فقد صرنا نشهد توسّع

¹ - بموجب القانون رقم 05-10، المؤرخ في 20 جوان 2005، المعدّل والمتّم للأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، ج. ر 2005، العدد 44، مثلما جاء في المادة 323 مكرر1، بصدد الاعتراف بالإثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني، وكذا الاعتراف بالتوقيع الالكتروني في المادة 2/327.

² - بموجب القانون رقم 05-03، المؤرخ في 6 فيفري 2005، المعدّل والمتّم للأمر رقم 75-59، المؤرخ في 29 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، من خلال الاعتراف بالتبادلات الالكترونية لكل من السفنجة بنص المادة 414، والشيك عبر المادة 502 من ق. التجاري.

³ - المؤرخ في 5 أوت 2009، يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، ج. ر 2009، العدد 47.

⁴ - المؤرخ في 1 فيفري 2015، يحدّد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، ج. ر 2015، العدد 6.

⁵ - ألغى القانون رقم 03/2000، المؤرخ في 5 أوت 2003، الذي يحدّد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، ج. ر العدد 48، بالقانون رقم 18-04، المؤرخ في 10 ماي 2018، الذي يحدّد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الالكترونية، ج. ر العدد 27، كما جاء في المادة 189 من هذا القانون، أنّه تبقى سارية المفعول الأحكام السابقة إلى غاية صدور التنظيم المحدّد لتطبيق هذا القانون.

⁶ - المؤرخ في 10 مايو 2018، يتعلّق بالتجارة الالكترونية، ج. ر 2018، العدد 28.

⁷ - المؤرخ في 10 يونيو 2018، يتعلّق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، ج. ر 2018، العدد 34.

⁸ - بموجب القانون رقم 16-01، المؤرخ في 6 مارس 2016، ج. ر 2016، العدد 14.

⁹ - بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442، المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، يتعلّق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج. ر 2020، العدد 3.

نطاق بعض الحقوق، كالحق في الخصوصية، فلم يعد مجاله ضيق يشمل الحماية الجزائية الماسة بحياة الأفراد وفقط، بل صار الأمر متقبلاً أن يفصح الفرد عن بعض جوانبه الشخصية، لدواعي عديدة، سواء لدواعي تجارية، أو لدواعي الحفاظ على أمن الدولة ومؤسساتها، مما يثير مسألة دور الفقه والقضاء في التصدي لهذا المفهوم الجديد، بإيجاد الحلول اللازمة.

لم تتوقف إفرازات التكنولوجيا في الواقع العلمي، وامتدت إلى ظهور تقنيات ذكاء الاصطناعي الذي قلب القواعد القانونية رأساً على عقب، فصار الحديث اليوم، عن الشخصية الذكية بدل الشخصية القانونية، بفعل الابتكارات الحديثة كالروبوت، والسيارة ذاتية القيادة، الطائرات ذاتية القيادة... الخ، مما أثار معه كيفية التفاعل مع ابتكارات الآلات الذكية، ومدى ملائمة قوانين الملكية الفكرية لتقرير الحماية، فضلاً عن كفاية نظام المسؤولية المدنية لجبر الأضرار.

تواصل ارتباط القانون بمجال التكنولوجيا والرقمنة، فاستفادت أيضاً الجهات القضائية من مختلف التقنيات الناتجة عن ذلك المجال، في إجراء التحقيقات والمحاكمات القضائية في حالة وجود تباعد وعدم تزامن مكاني ما بين المتهم وجهة التحقيق والحكم، لكن هذه التقنية "تقنية المحادثة المرئية عن بعد" أثارت هي الأخرى إشكالية ضمان مبدأ المحاكمة العادلة، عبر التشكيك في الحفاظ على مبدأ العلنية والوجاهية، فأَيُّ ضمان في ذلك ؟

تدفع تلك العوامل بكل من المشرع والقضاء والفقه، للتفاعل أكثر وإيجاد الحلول بشكل فعال أمام هذا التطور اللا متناهي، فهذه بعض نماذج ارتباط عالم تكنولوجيا الإعلام والاتصال بالمجال القانوني - وما أكثرها - نحاول أن نعالج مسائلها في ثلاث نقاط، نظهر من خلالها الإشكالات القانونية التي تكشف تحدياً ينبغي معالجته.

أولاً: أثر الرقمنة على الحق في الخصوصية: تحديات ذو أبعاد مختلفة

تثير مسألة الحفاظ على الحق في الخصوصية للأفراد عدّة إشكاليات قانونية، بعد أن صار ذو أبعاد مختلفة، ففي شقه الجزائي يبحث عن ضمان مبدأ الشرعية (1) بينما في شقه المدني فهو يبحث عن مفهوم جديد (2) وفي شقه الأمني فيبحث عن إجراء موازنة ما بين حق الدولة وحق الفرد (3).

1- الحق في الخصوصية في بعده الجزائي: أي شرعية ومشروعية؟

نبحث في البعد الجزائي للحق في الخصوصية من خلال الجانب العقابي، أي قانون العقوبات بالدرجة الأولى (أ) وفي الجانب الإجرائي، أي قانون الإجراءات الجزائية (ب).

أ- في قانون العقوبات:

لا شك أنّ البيئة الرقمية لا تختلف عن البيئة الواقعية المعاشة، من حيث التعدي والمساس بحقوق الأفراد والجماعات، يبقى الاختلاف الجوهرى بينها، في وسائل إتيان الأفعال والجرائم الماسة بالحقوق والحريات، فهل نشهد حرصا كبيرا من قبل المشرع لإضفاء طابع الشرعية على الأفعال الواقعة في البيئة الرقمية، لتبرير الردع والعقاب؟ أم أنّ تلك البيئة فرضت نفسها وتجاوزت نسبيا طابع الشرعية؟

شهدت السياسة التشريعية منذ ما يزيد عن عشر سنوات، اهتماما ملحوظا بالجرائم الماسة بأنظمة المعلومات والتكنولوجيا، بدءا بالقانون رقم 04-15 الذي عدّل قانون العقوبات، حيث استحدثت الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، تبعه بعد ذلك صدور القانون رقم 09-04 الذي جاء بأحكام تجيب عن بعض الإشكاليات¹، ولا تجيب عن أخرى، بفعل أنّ البيئة الرقمية، هي بيئة خلاقة للممارسات الماسة بحقوق الأفراد وحرياتهم، وتمسّ أيضا بأمن الدولة ومؤسساتها، كالتشهير بالأشخاص وابتزازهم، والمساس بسمعته، وتسويق بياناتهم الشخصية، واختراق المواقع الخاصة والتصنت على الأحاديث الشخصية وإفشائها... الخ²، لذلك يجب أن تكون جميع الأفعال والممارسات ذي سند قانوني يبرّر العقاب.

لكن نشهد بعض الممارسات والأفعال الواقعة على البيئة الرقمية، لا تلقى سندا قانونيا للعقاب عليها، فقد ظهرت مصالح وحقوق لم تكن في السابق، أصبحت محلّ اعتداء، علما أنّ المادة 2 من القانون رقم 09-04 لم تحدّد بصورة صريحة، أنواع الجرائم المستحدثة وشروطها وتصنيفها، بل جاءت بمفهوم واسع يقبل القياس والتوسّع، خاصة عبارة (-) الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال: أي

¹ - مثلما جاء في المادة 2 من هذا القانون الفقرة 1 (-) الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال: جرائم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات المحددة في قانون العقوبات وأي جريمة أخرى ترتكب أو يسهل ارتكابها عن طريق منظومة معلوماتية أو نظام للاتصالات الالكترونية).

² - غنام محمد غنام، عدم ملائمة القواعد التقليدية في قانون العقوبات لمكافحة جرائم الكمبيوتر، مؤتمر القانون والكمبيوتر والأنترنت، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، م. الثاني، ط. الثالثة، 2004، ص 625 و626.

جريمة أخرى ترتكب أو يسهل ارتكابها عن طريق منظومة معلوماتية أو نظام للاتصالات الالكترونية) أفلا يتنافى ذلك مع مبادئ قانون العقوبات التي يقوم على الدقة والوضوح في تحديد الجرائم وشروطها ؟ أم أنّ تلك الأفعال تحظى بتطويع القواعد القانونية قياساً على المبادئ الدستورية العامة التي ترعى حقوق الأفراد وحرّياتهم، وكذا الحفاظ على أمن الدولة ؟¹ يعدّ ذلك إشكال في تأصيل تلك الجرائم وتحديد عناصرها التكوينية وشروط تجريمها، وتصنيفها، وعليه يفضل البعض² التخلي في الحماية الجنائية للحق في الخصوصية عن حرفية النص الجنائي، وعن العناصر المبهمة المكوّنة للجريمة والتي نجدها في الكثير من الأنظمة القانونية.

ب- في قانون الإجراءات الجزائية:

يقوم قانون الإجراءات الجزائية على مبادئ دستورية³، وقانونية⁴، لضمان الحقوق الأساسية للأفراد، عبر بلوغ الموازنة المطلوبة ما بين الحق في العقاب والحق في البراءة هنا يجدر بنا التساؤل عن تحقيق تلك الضمانات في البيئة الرقمية، ومدى إعمال تلك الحقوق بمناسبة تطبيق ق. الإجراءات الجزائية؟ مبدئياً فإنّ الجريمة المعلوماتية لها من الخصائص ما يبرّر طبيعة قواعدها، من أوجه عديدة، من تلك صعوبة التحقيق فيها، كصعوبة كشف الفاعل الرئيسي، وصعوبة جمع أدوات الجريمة... الخ،

¹ - راجع مثلاً المادة 39 من الدستور (تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان. ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة...)، ونصت المادة 47 في فقراتها الأولى (لكل شخص الحق في حماية حياته الخاصة وشرفه...)، والمادة 48 (تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة المسكن. فلا تفتيش إلا بمقتضى القانون، وفي إطار احترامه. لا تفتيش إلا بأمر مكتوب صادر من السلطة القضائية المختصة).

² - سعيد عبد اللطيف إسماعيل، رؤية وتحليل للتحديات المستجدة للحق في الخصوصية الناتجة عن الثورة الرقمية وتطوّر الاتصالات والإنترنت، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثالثة، العدد 12، ديسمبر، 2015، ص 122.

³ - من ذلك ما جاء في المادة 34 من الدستور (تلتزم الأحكام الدستورية ذات الصلة بالحقوق الأساسية والحرّيات العامة وضماناتها جميع السلطات والهيئات العمومية ...)، وجاء أيضاً في المادة 35 (تضمن الدولة الحقوق الأساسية والحرّيات ...)، وتنص المادة 41 (كل شخص يعتبر بريئاً حتى تثبت جهة قضائية إدانته، في إطار محاكمة عادلة)، وتنص كذلك المادة 43 (لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرّم).

⁴ - كما نصت عليه المادة الأولى من القانون رقم 17- 07 المؤرخ في 27 مارس 2017، يعدّل ويتمّ الأمر رقم 66- 155، المؤرخ في 8 جويلية 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج. ر 2017، العدد 20 (يقوم هذا القانون على مبادئ الشرعية والمحاكمة العادلة واحترام كرامة وحقوق الإنسان ...).

فيستلزم إثبات عناصرها وتحديد فاعليها، فضلا عن قيود استخلاص أدلة الإثبات الجنائي في البيئة الرقمية، فليس بالأمر السهل في هذه البيئة الوصول إلى الحقيقة التي يصلح ويحول فيها أشخاص محترفون جدا يقومون بأفعالهم الإجرامية، دون ترك أي أثر لأفعالهم أو دليل يمكن أن يستدل به¹، وهذا مبرر السرعة في تفعيل إجراءات التحقيق في بعض الأحيان.

لقد طرح الفقه الحديث مشكلة الموازنة بين الحق في العقاب، والحفاظ على الحقوق الأساسية، فيواجه قانون الإجراءات الجزائية إشكالية تجاوز أهدافه وتفضيله لفعالية الإجراءات على حساب ضمانات الحق²، فضلا عن إمكانية تطبيق القواعد الإجرائية التقليدية في البيئة الرقمية، ومخافة المساس بالحقوق الأساسية للأفراد والتي تصير مهددة بالانتهاك في حال تطبيق القواعد التقليدية الموجودة حاليا، التي لا تتلاءم مع طبيعة الجريمة الالكترونية³، وذلك في مواجهة تقنيات معقدة ومتزايدة، من ذلك إشكالية تعدد الاختصاص القضائي في مواجهة الأنشطة الجنائية، خاصة في حال عدم وجود اتفاقيات تعاون قضائي⁴ إشكالية تجاوز حدود التحقيق والتفتيش الالكتروني⁵، بالرغم من شرعية إجراءات التفتيش الالكتروني⁶، ليمتد إلى تفتيش بيانات شخصية عبر البريد الالكتروني، والاطلاع على المعلومات، خاصة تفتيش الحواسيب والأنظمة المعلوماتية⁷، وربما يمتد التفتيش إلى بيانات ومعلومات

¹ - محمد حبيب، تطبيق القواعد الجزائية الإجرائية على الجريمة الإلكترونية: تحديات وآفاق، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية،

ملحق خاص، العدد 3، الجزء 1، 2018، ص 404.

² - سعيد عبد اللطيف إسماعيل، المرجع السابق، ص 128 و129.

³ - محمد حبيب، المرجع السابق، ص 401.

⁴ - يفهم ذلك بمفهوم المخالفة عبر المادة 5 الفقرة 5 من القانون رقم 09-04 (... إذا تبين مسبقا بأن المعطيات المبحوث عنها والتي يمكن الدخول إليها انطلاقا من المنظومة الأولى، مخزنة في منظومة معلوماتية تقع خارج الإقليم الوطني، فإن الحصول عليها يكون بمساعدة السلطات الأجنبية المختصة طبقا للاتفاقيات الدولية ذات الصلة ووفقا لمبدأ المعاملة بالمثل).

⁵ - "... هو إجراء من إجراءات التحقيق تقوم به سلطة مختصة لأجل الدخول إلى نظم المعالجة الآلية للمعلومات بما تشمله من مدخلات وتخزين ومخرجا، لأجل البحث عن أفعال غير مشروعة تكون مرتكبة، وتشكل جنائية أو جنحة و التوصل من خلال ذلك إلى أدلة تفيد في إثبات الجريمة ونسبتها إلى المتهم"، راجع: مرنيز فاطمة، التفتيش الافتراضي كإجراء استدلالي في ضوء القانون 09-04، المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات والإعلام والاتصال ومكافحتها، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 10، العدد 2، 2021، ص 239.

⁶ - مثلما جاء في المادة 5 من القانون رقم 09-04 (يجوز للسلطات القضائية المختصة وكذا ضباط الشرطة القضائية، الدخول بغرض التفتيش، ولو عن بعد، إلى: أ- منظومة معلوماتية أو جزء منها وكذا المعطيات المعلوماتية المخزنة فيها. ب- منظومة تخزين معلوماتية ...).

⁷ - "... توجد بعض الصعوبات الإجرائية التي تعيق خضوع البيانات المخزنة ألياً لقواعد التفتيش التقليدية، والتي منها تعدد الأماكن التي يوجد بها النظام المعلوماتي داخل وخارج الدولة، وصعوبة في تحديد الأشياء التي تهدف إلى ضبطها من عملية التفتيش ... إن تحقيق شرط =

ليست لها علاقة بالجريمة، فضلا عن أنّ الحواسيب والأنظمة المعلوماتية مجهزة بنظام حماية، أو كلمة سر تحول دون دخول أيّ شخص غير مصرّح له، فهل يمكن إكراه المتهم على فتح الحاسوب أو فك الشفرة؟ فهذا يصطدم بأمرين¹، فالأمر الأول، يتعلّق بعدم إجبار المتهم على تقديم دليل ضد نفسه، فيما يتعلّق الأمر الثاني بمدى احترام مبدأ حق المتهم في الصمت، الذي يستند إلى قرينة البراءة²، وعليه، أفلا ينبغي وجود دلائل ومؤشّرات قويّة تدعو للتفتيش وليس بمجرد الاعتقاد³، فضلا عن قانونية الاستعانة بأشخاص ليست لهم الصلاحية القانونية لمباشرة والمساعدة في عمليات التفتيش الإلكتروني⁴، فقد يكون الشخص محترف ويقوم بتسريبها بسرية تامة، فهل ذلك تبرير لفعالية الإجراءات على حساب مشروعية الإجراءات؟⁵.

كما ظهرت إلى جانب ذلك، العديد من الوسائل الجديدة في التحقيق الجنائي، مستفيدة من التطوّر الإلكتروني والرقمي، بعضها يؤثّر على إرادة المتهم، الأمر الذي يؤدي إلى بطلان الإجراءات، ولا يمكن أخذها كدليل، لمساسها بحياة الفرد الخاصة، كأجهزة كشف الكذب⁶، وآلة التتويم المغناطيسي

= الإذن بالتفتيش الصادر بشأن الجرائم المعلوماتية أمر صعب جدا، ذلك أنها تتطلب من مصدر الإذن أو منفذه تحديدا فنيا يتجاوز ثقافته العامة ومعارفه للأشياء التي ينبغي ضبطها ..."، راجع: مرنيز فاطمة، المرجع نفسه، ص 249 و250.

¹ - محمد حجب، المرجع نفسه، ص 419.

² - كما تنصّ مثلا المادة 100 ق. ا. الجزائيّة (يتحقّق قاضي التحقيق حين مثول المتهم لديه لأول مرة من هويته ويحيطه علما صراحة بكل واقعة من الوقائع المنسوبة إليه وينبهه بأنّه حر في عدم الإدلاء بأيّ إقرار ...).

³ - يبدو أنّ المشرع توسّع في حالات تمديد تفتيش المنظومات المعلوماتية من خلال الاعتداد بأسباب جد ضيقة، كما أشارت إليه المادة 5 الفقرة 4 من القانون رقم 09-04 (... في الحالة المنصوص عليها في الفقرة "أ" من هذه المادة، إذا كانت هناك أسباب تدعو للاعتقاد بأنّ المعطيات المبحوث عنها مخزنة في منظومة معلوماتية أخرى وأنّ هذه المعطيات يمكن الدخول إليها، انطلاقا من المنظومة الأولى، يجوز تمديد التفتيش بسرعة إلى هذه المنظومة أو جزء منها بعد إعلام السلطة القضائية المختصة مسبقا بذلك ...).

⁴ - وهذا الحصر لأشخاص الضبط القضائي منصوص عليه في القانون رقم 17-07 في المادة 14 (يشمل الضبط القضائي: 1- ضباط الشرطة القضائية، 2- أعوان الضبط القضائي، 3- الموظفين والأعوان المنوط بهم قانونا بعض مهام الضبط القضائي).

⁵ - مثلما جاء في المادة 5 الفقرة 6 من القانون رقم 09-04 (... يمكن السلطات المكلفة بالتفتيش تسخير كل شخص له دراية بعمل المنظومة المعلوماتية محل البحث أو بالتدابير المتخذة لحماية المعطيات المعلوماتية التي تتضمنها، قصد مساعدتها وتزويدها بكل المعلومات الضرورية لإنجاز مهمتها).

⁶ - ... ذلك الجهاز الإلكتروني الدقيق الذي يستخدم لقياس النبضات المختلفة في جوارح الكائن الحي وبخاصة الإنسان، وتسجيل الذبذبات المتباينة في أعصابه وحواسه ..."، راجع: راضية خليفة، نصيرة مهيرة، جهاز كشف الكذب ومدى مشروعيته في الإثبات الجنائي، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، العدد، 2، 2021، ص 11.

...الخ¹، كما تتضمن بعض إجراءات الدعوى الجزائية مساسا بحق المتهم في حرمة حياته الخاصة، كالتسجيل خفية للوقائع، أو تسجيل محادثات الخاصة بالمتهم عن طريق أجهزة التصوير، أو التتصّص للحديث للحصول على الأدلة² ... الخ. الأمر الذي يجعلنا نتساءل عن مدى مشروعية الإجراءات التي يقوم بها المحققون طبقا لقانون الإجراءات الجزائية؟

اقترح الفقه في هذا الشأن، وضع نظرية عامة للحماية الجنائية للمعلومات في هذا العصر الرقمي، لأنّ أغلب الحالات تمت معالجتها على حدا وفي تشريعات متفرقة³، لذلك يحتاج الأمر إلى سياسة جنائية فعّالة، في ظل غياب رؤية شاملة لتلك الاعتداءات، من أجل أن تكون تلك السياسة إطارا مرشدا للقاضي⁴، وبدورنا نؤكد على بعض الاعتبارات:

فمن ناحية أولى، يلاحظ على السياسة التشريعية الجنائية أنّها كثيرة الميل للتشريعات الخاصة المستقلة عن القانون العام للعقوبات، مما يجعلنا نتساءل عن المغزى من ذلك، فمن جهة، هل تلك الجرائم المعلوماتية صارت تخالف وتمسّ القواعد العقابية العامة؟ فنقول نعم، لأنّ البيئة الرقمية لم تعد تختلف عن البيئة العادية بل تجاوزتها أحيانا في عدد ارتكاب الجرائم، من جهة أخرى فهل مبرّر التشريع بنصوص خاصة هو لاعتبار خصوصية الجريمة المعلوماتية؟ في ظل التطبيق المتزايد لقاعدة الخاص يقيّد العام، وإن كانت قاعدة عملية، لتبقى القاعدة العامة هي الأصل كقاعدة نظرية، فإنها ليست كذلك اليوم، لأنّ اللجوء المتزايد إلى القاعدة الخاصة على حساب القاعدة العامة، من شأنه أن يزيل ضمنا القاعدة الأخيرة من التطبيق لحساب القاعدة الخاصة، وبذلك تتقوّ كثيرا هذه القاعدة، ومن أجل ذلك ينبغي الاتجاه

¹ - فمثلا، لا يوجد نص صريح في القانون الجزائري يسمح أو يمنع استخدام هذا الجهاز، وعليه من الأفضل الإبقاء على موقف المشرع برفضه الاستعانة بهذا الجهاز في التحقيقات الجنائية، راجع: راضية خليفة، نصيرة مهيبة، المرجع نفسه، ص 16 و 20.

¹ - راجع: مسعود بن حميد المعمري، نطاق الحماية الجزائية للحق في الخصوصية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 10، يونيو 2015، ص 673.

³ - مثلا عبر القانون رقم 04- 15 حين استحدثت الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، ثم القانون رقم 09- 04 الذي قام بتعريف الجريمة المتّصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال.

⁴ - سعيد عبد اللطيف إسماعيل، المرجع السابق، ص 111.

لتعميم القاعدة التي كانت خاصة لتصير قاعدة عامة ، نظريا وعمليا، وهذا ما سلكته بعض الدول، عبر صياغة تشريعات عقابية جديدة تواجه بها الجرائم المعلوماتية¹.

من ناحية ثانية، هل يمكن اعتبار الجرائم الواقعة في البيئة الرقمية مجرد استثناء؟ لا نعتقد ذلك بالنظر للجرائم المتزايدة يوما بعد يوم، كالمساس بالحياة الشخصية للأفراد، والسب والقذف في مواقع التواصل الاجتماعي، نشر الشائعات الماسة بحياة الأفراد ومؤسسات الدولة، وتداولها والتفاعل معها ... الخ، فمثلا هل استطاع المشرع تفعيل القانون رقم 20- 05، المتعلق بالوقاية من التمييز وخطاب الكراهية ومكافحتها، على البيئة الرقمية؟ والتي كانت هذه الأخيرة السبب الرئيسي والجوهري في ظهوره.

من ناحية ثالثة، لا يمكن التذرع بقاعدة استقرار القواعد القانونية لتبرير استثنائية الحلول التي تواجه البيئة الرقمية على حساب حماية حقوق الأفراد وحياته، بل إن من مقتضيات الأمن القانوني أيضا، هو المعرفة المسبقة بالقواعد القانونية التي يوفّرهما المشرع للمواطن والكفيلة بحماية حرياته وحقوقه بصورة فعّالة.

من ناحية رابعة، لا يجب أن تكون مسألة الحفاظ على قدسية القواعد القانونية الثابتة في قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية، دافعا رئيسيا للتخلي عن نظام التقنين، واستعاضته بنظام الأوامر الرئاسية والمراسيم التنفيذية، لأنّ مسألة إزالة التقنين بتزايد التنظيم مسألة في غاية الخطورة، سواء من حيث انسجام المنظومة القانونية ككل (الحفاظ على توازن وظائف السلطات الثلاث، وخاصة السلطة

¹ - على سبيل المثال، صدر في دولة الإمارات المتحدة العربية، مرسوم بقانون اتحادي رقم (34) لسنة 2021، بشأن مكافحة الشائعات والجرائم الالكترونية، فمن جهة، خصّص في المادة 1 للتعريفات المتعلقة بعالم التكنولوجيا، في حين خصّص الباب الأول للجرائم والعقوبات وتحتة الفصل الأول: الجرائم الواقعة على تقنية المعلومات، أين عدّد العديد من الجرائم (الاختراق الالكتروني في المادة 2، اختراق الأنظمة المعلوماتية الخاصة بمؤسسات الدولة - المادة 3، الإضرار بأنظمة المعلومات، - المادة 4، الإضرار بالأنظمة المعلوماتية لإحدى مؤسسات الدولة والمرافق الحيوية - المادة 5، الاعتداء على البيانات والمعلومات الشخصية، المادة 6،، من جهة أخرى خصّص الفصل الثاني: لجرائم المحتوى ونشر الشائعات والأخبار الزائفة، من ذلك ما جاء في المادة 20 منه، حول جريمة الدعوة والترويج إلى تعطيل أحكام الدستور والقوانين ... الخ، وما يلاحظ بصورة عامة على هذا القانون، هو توسّعه في القواعد القانونية لتشمل العديد من الممارسات الواقعة في البيئة الرقمية والتي كانت أيضا واقعة في البيئة العادية، ولم يبق بالتوسّع في مفهوم الجريمة كما فعل القانون رقم 09- 04 بشأن تعريف الجريمة المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال، بل توسّع في التنصيص على الجرائم المعاقب عنها - وحسن ما فعل.

التشريعية) أو من حيث حماية حريات وحقوق الأفراد لكون الحقوق الأساسية لا تتّظم بمقتضى تنظيمات كأصل، بل بمقتضى الدستور وأدناه القوانين (العضوية والعادية).

2- الحق في الخصوصية في بعده المدني: أيّ جديد ؟

الثابت أنّ أيّ مساس بأحد عناصر أو صور الحياة الخاصة بالفرد، يعطي للشخص المعتدى عليه الحق في طلب التعويض (أ) إلا أنّ التغيّر الحاصل في مضمون ذلك الحق، هو إمكانية تداول المعلومات والبيانات الخاصة بالشخص بكل حرية ورضاء، مما يعطينا نظرة جديدة لهذا الحق (ب).

أ- التعويض عن المساس بالحق في الخصوصية: مقارنة كلاسيكية

اعترف المشرع بحماية الجوانب اللصيقة بالشخصية، مثلما جاء في القانون المدني، حين منع تقييد الحرية الشخصية¹، وكذا حماية الشخص في اسمه وصورته وسمعته، وحقّه في الحفاظ على أسراره ومراسلاته من خلال منع التعدي عليها، وإذا وقع التعدي فيحقّ للشخص طلب الحصول على التعويض من جراء المساس بحقوقه الشخصية²، وعليه فمقاربة القانون المدني للحقوق الملازمة للشخصية كانت مقارنة حمائية بالدرجة الأولى، لأنّ أيّ مساس بها يقتضي التعويض، وهذه هي المقاربة الكلاسيكية المتعارف عليه في البيئة العادية الواقعية.

ب- تداول المعلومات اللصيقة بالحق في الخصوصية: مقارنة حديثة

يواجه اليوم الحق في الخصوصية تحدّيًا حقيقيا، بفعل ظهور جوانب جديدة للخصوصية في البيئة الرقمية، وهي البيانات ذات الطابع الشخصي، التي أعادت النظر في الجانب المدني لهذا الحق باعتباره أحد الحقوق التي تستوجب التعويض، لأنّ الولوج إلى الأنظمة المعلوماتية ومواقع التواصل الاجتماعي، والتطبيقات الرقمية... الخ، سهّل كثيرا من مهمة التقارب والتواصل، والتعامل ما بين الأشخاص، الأمر الذي يستلزم على الشخص أن يكشف ولو نسبيا عن بعض معلوماته الشخصية، التي كانت في السابق في سرية تامة ومطلقة بحكم أنّ الولوج إلى الفضاءات الرقمية بأنواعها، كالدخول إلى تطبيقات مواقع التواصل الاجتماعي أو إنشاء البريد الإلكتروني، أو الاشتراك في خدمات الكترونية ورقمية، لتحميل

¹ - مثلما جاء في المادة 46 ق. مدني (ليس لأحد التنازل عن حرّيته الشخصية).

² - كما نصت على ذلك المادة 47 ق. مدني (لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر).

البرامج والكتب ... الخ، كل ذلك يتطلب الكشف عن تاريخ ميلاده، حالته الاجتماعية، بريده الإلكتروني الرقم السري للبطاقة الإلكترونية ... الخ، وفي مرحلة أخرى يستمر الكشف التدريجي عن المعلومات والأفكار الخاصة بالشخص على مواقع التواصل الاجتماعي، بنشر التعليقات والتفاعل مع المنشورات، وكذا الدخول في مراسلات صوتية ومرئية مع الآخرين ... الخ.

إن تلك البيانات والمعلومات الشخصية المطروحة على الفضاءات الرقمية، صارت مطلباً أساسياً في يد محترفي التكنولوجيا، وكذا أصحاب المواقع للمتاجرة بها، فتقوم بعض الشركات المحترفة، بجمع معطيات عن البيانات الشخصية للمستخدمين وبيعها (التسويق الإلكتروني للمعلومات)¹، لتتعرّف على ميولهم ورغباتهم، ولعلّ ما يزيد من تحدّي المقاربة التعويضية، هي المقاربة التداولية للبيانات الشخصية، التي تظهر في صورتين:

الصورة الأولى: هي تداول البيانات والمعلومات الشخصية برضا صاحبها، في مقابل الحصول على بعض الخدمات الرقمية، كالإطلاع على محتوى كتاب رقمي، أو تصفّح مجلة أو مقال رقمي، أو مشاهدة أفلام وثائقية ... الخ، فيقوم الموقع أو المتصفّح الإلكتروني بفرض شروطاً للإطلاع على ذلك المحتوى الرقمي، من بينها الكشف عن بعض البيانات الخاصة بالمستخدم، بريده الإلكتروني ورقمه السري، سنّه، تاريخ ميلاده ... الخ، فيبادر المستخدم بالكشف عنها مقابل الحصول على تلك الخدمات، ويكون بذلك قد قبل تداول معلوماته وبياناته برضاه.

الصورة الثانية: يكون بتداول المعلومات الشخصية من قبل الموقع الإلكتروني، أو المتصفّح أو التطبيق الرقمي دون علم ورضا المستخدم، بل يتم تداول تلك المعلومات الشخصية كالتعليقات، المدونات، البريد الإلكتروني من قبل الغير في سرية تامة وباحترافية عالية، من خلال عدّة وسائل، سواء باستخدام تقنية الذكاء الاصطناعي، كتطبيق You Tube، وموقع Facebook، أو مباشرة بقبول متطلبات الدخول والاستفادة من مميّزات المواقع الإلكترونية وهنا يكون تداول المعلومات الشخصية وبيعها لشركات التسويق الإلكتروني والمواقع الإلكترونية العالمية، باحترافية تامة، فما هو الحل في هذه الفرضيات ؟

تساءل جديد جدّ البيئة الرقمية الحديثة، لا نرى له رد صريح ولا ضمني، فهذه الفرضيات السابقة تضع القاضي في مواجهة مباشرة أمام هذه التحديّات الجديدة، من خلال أمرين، فمن جهة، هل يكفي

¹ - سعيد عبد اللطيف إسماعيل، المرجع السابق، ص 91.

بالمقاربة الكلاسيكية في الحكم بوقف التعدي؟ خاصة أنه يصطدم برضا الشخص في الكشف عن بياناته وتداولها؟ ومن جهة أخرى، هو غياب السند التشريعي الصريح الذي يستند إليه، فحتى بعد صدور قانون رقم 18-07 لا نلمس اعترافات صريحة لقبول فكرة تداول المعلومات، بل منع هو الآخر التعامل في البيانات الشخصية من قبل المسؤولين عن معالجتها بغرض الدعاية والتجارة بها¹، ومنع تأسيس الأحكام القضائية على معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي²، فضلا عن إلزام المسؤولين عن المعالجة بالسر المهني³، ولم يشر هذا القانون بصورة تفصيلية وصريحة إلى منع جميع الأشخاص من تداول البيانات الشخصية، ما عدا إشارة ضمنية إلى واجب المورد الإلكتروني بحفظ البيانات الشخصية⁴، بل نص بصورة عامة لإمكانية لجوء الشخص للقضاء لوقف الاعتداء على حقوقه الشخصية⁵، ولعل هذا الأمر هو تذكير بالقواعد العامة في وقف الاعتداء⁶ لذلك لا نرى أي جديد بخصوص هذه الظاهرة وتقنينها، بل هو مواصلة في تكريس المقاربة التعويضية، وهذا يدل في نظرنا على بعض الأمور، فالأمر الأول، هو اقتصار نظرة المشرع على اعتباره مساسا بالخصوصية، فلا يشكل أي تحدي جديد لإدخاله ضمن الحقوق المالية التداولية، أمّا الأمر الثاني، يبدو لنا أن قانون معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي لديه علاقة مباشرة مع أجهزة الدولة وأعوانها في مباشرة المعالجة المشروعة للبيانات (البعد الأمني) أكثر من علاقته بالشق التجاري، أمّا عن الأمر الثالث، فلا بد أن يأخذ الحق في البيانات الشخصية بمدلوله الواسع، لأن التساؤل الحالي يدور حول مشروعية الاتفاق على تداول هذه البيانات ما بين الشخص المعني والمواقع الإلكترونية؟

- ¹ - مثلما جاء في المادة 36 الفقرة 2 من القانون رقم 18-07 (... وله الحق في الاعتراض على استعمال المعطيات المتعلقة به لأغراض دعائية، ولا سيما التجارية منها، من طرف المسؤول الحالي عن المعالجة أو مسؤول عن معالجة لاحقة...).
- ² - المادة 11 (لا يمكن أن تؤسس الأحكام القضائية التي تقضي تقييم سلوك شخص، على المعالجة الآلية للمعطيات ذات الطابع الشخصي المتضمنة تقييم بعض جوانب شخصيته. لا يمكن كذلك، لأي قرار آخر ينشئ آثارا قانونية تجاه شخص، أن يتخذ فقط بناء على المعالجة الآلية للمعطيات يكون الغرض منها تحديد صفات الشخص المعني أو تقييم بعض جوانب شخصيته...).
- ³ - كما جاء في المادة 40 (يلزم المسؤول عن المعالجة والأشخاص الذين أطلعوا، أثناء ممارسة مهامهم على معطيات ذات طابع شخصي، بالسر المهني، حتى بعد انتهاء مهامهم، تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول).
- ⁴ - مثلما جاء في المادة 26 من قانون 18-05 (ينبغي للمورد الإلكتروني الذي يقوم بجمع المعطيات ذات الطابع الشخصي ويشكل ملفات الزبائن والزبائن المحتملين، ألا يجمع إلا البيانات الضرورية لإبرام المعاملات التجارية، كما يجب عليه: - الحصول على موافقة المستهلكين الإلكترونيين قبل جمع البيانات، - ضمان أمن نظم المعلومات وسرية البيانات...).
- ⁵ - كما تنص عليه المادة 52 (يمكن لكل شخص يدعي أنه تم المساس بحق من حقوقه المنصوص عليها في هذا القانون، أن يطلب من الجهة القضائية المختصة اتخاذ أي إجراءات تحفظية لوضع حد لهذا التعدي أو للحصول على تعويض).
- ⁶ - المادة 61 و62 ق. المدني.

إنّ هذا التساؤل لم يغيب عن الفقه، الذي رأى بمشروعية التعامل التجاري بهذه البيانات¹ وبدورنا نتساءل أليس من الأولى أن يعود الانتفاع بتداول هذه المعلومات لصاحب الحق المتداول معلوماته ولا تعود للشركات والمواقع؟ ويزداد الأمر صعوبة في حالة قبول الشخص ذاته التعامل في بياناته الشخصية، ألا يعتبر ذلك حقّه في التداول؟²، للتعرف على رغباته الاستهلاكية، وقياسها على رغبات أشخاص آخرين، فهذا يكمن التحدي الذي لا يزال يواجه فراغا قانونيا، في ظل تزايد واقعي وعملي.

3- الحق في الخصوصية في بعده الأمني: أي موازنة؟

لم يكن في يخشى في السابق على الحق في الخصوصية، ولا يثار إلا إذا كان هناك تعدي من الغير، لأنّه من غير الممكن أن يبادر الشخص إلى نشر وإرسال بياناته الشخصية أو المعلومات الخاصة به للغير، أمّا حديثا فالأمر صار مختلفا تماما، فمن جهة، صار الشخص هو الذي يساهم في نقل وإرسال بياناته الشخصية من مكان لآخر، ومن موقع إلى آخر ومن بريد الالكتروني لآخر وهكذا، ومن جهة أخرى، فبعدما صارت البيئة الرقمية مرتعا لجميع الأشخاص، صغارا وكبارا، محترفين وهاوين، محتالين وصادقين، لم يعد يؤتمن في هذه البيئة الخطرة على الأفراد والدول، لذلك ظهرت حديثا إشكالية الموازنة بين حق الأشخاص في بياناتهم الشخصية، وحق الدولة وأجهزتها في المراقبة الالكترونية للأفعال

¹ - راجع في تدعيم هذا الرأي "... فإن الحق بالخصوصية في العالم الرقمي بمفهومه الخاص المتعلق بالبيانات الشخصية، هو من الحقوق المدنية القابلة للتعامل التجاري، وبالتالي لا يمكن وصفها بالحقوق للصيقة بالشخصية ..."، محمد عرفان الخطيب، **ضمانات الحق في العصر الرقمي: "من تبدل المفهوم ... لتبدل الحماية"**، قراءة في الموقف التشريعي الأوروبي والفرنسي وإسقاط على الموقف التشريعي الكويتي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص، العدد 3، الجزء 1، 2018، ص 261.

² - ظهرت مؤخرا شركات تجارية عالمية متخصصة في صناعة الروبوتات تعلن عن حاجتها لأشخاص يبيعون ملامح وجوههم الشخصية، وتشترى منها لأجل وضعها في أجهزة الروبوتات الخاصة بالشركة من أجل استخدامها في العديد من الخدمات، كالفندق والمراكز التجارية والمطارات. راجع المصدر.

www.wionews.com/trending/looking-for-friendly-faces-this-firm-will-pay-200000

وعليه نتساءل ما هي وضعية النظام القانوني للدولة اتجاه هذه الاستخدامات الجديدة، هل هي حقوق قابلة للتعامل فيها؟ وهل هي من النظام العام التي لا يجوز التعامل فيها؟ أم أنّ للشخص الحرية المطلقة إزاء ذلك؟ وما هو دور القاضي في هذا الأمر؟ هل يمكنه إثارتها من تلقاء نفسه؟

والممارسات الواقعة على البيئة الرقمية، فصار الحديث اليوم عن الأمن السيبراني¹ والحرب الالكترونية، وكذا عن السيادة الرقمية للدولة ... الخ.

بناء على هذا السلوك، تم فرض انضباط قانوني جديد فرضته البيئة الرقمية، عبر المخاطر الناجمة عن الاتصالات الالكترونية، بحيث صار واجبا على الجميع أن يلعب دورا ايجابيا في مواجهة هذه الأخطار المتزايدة، وعلى إثر ذلك، صار المشرع يحث جميع الفاعلين في هذا المجال التقني إلى المبادرة بالمساعدة بشتى الوسائل المتاحة للتصدي لهذه الأخطار المتزايدة والماسة بالخصوصية المعلوماتية²، من ذلك ما ورد في إطار القانون رقم 09-04، على أنه يتعين على مقدمي الخدمات تقديم المساعدة للسلطات، المكلفة بالتحريات القضائية لجمع وتسجيل المعطيات المتعلقة بمحتوى الاتصالات في حينها بوضع المعطيات تحت تصرف السلطات المذكورة، وكذا ضرورة كتمان سرية المعلومات المنجزة، كما جاء في المادة 10، ومؤخرا صدر المرسوم الرئاسي رقم 21-439 الذي أعاد تنظيم الهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها³، أين جاء من ضمن أهدافه في المادة 4 (... - المساهمة في تكوين المحققين المتخصصين في مجال التحريات التقنية المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال. - المساهمة في تحيين المعايير القانونية في مجال اختصاصها (...))، و جاء أيضا في المادة 6 من هذا المرسوم الرئاسي تشكيلة هذه الهيئة التي تضمن جميع الفاعلين⁴، فضلا عن ما جاء في تشكيلة السلطة المنشأة لضبط مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، التي تتشكل من أعضاء ذو كفاءة وخبرة ودراية بهذا المجال الرقمي المتطور، فقد نصت على تشكيلتها المادة 23 من هذا القانون⁵، وقد

¹ - راجع ما جاء في القانون رقم 18-04 في المادة 10 الفقرة 3 (... الأمن السيبراني: مجموع الأدوات والسياسات ومفاهيم الأمن والآليات الأمنية والمبادئ التوجيهية وطرق تسيير المخاطر والأعمال والتكوين والممارسات الجيدة والضمانات والتكنولوجيات التي يمكن استخدامها في حماية الاتصالات الالكترونية ضد أي حدث من شأنه المساس بتوفر وسلامة وسرية البيانات المخزنة أو المعالجة أو المرسلات (...).

² - بعجي أحمد، تطور مفهوم حماية الحق في الخصوصية، مجلة القانون والمجتمع، المجلد 8، العدد 1، 2020، ص 479.

³ - المؤرخ في 7 نوفمبر 2021، ج. ر 2021، العدد 86.

⁴ - (...) - الأمين العام لوزارة العدل. - الأمين العام لوزارة البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية. - قائد الدرك الوطني. - المدير العام للأمن الوطني. - رئيس مصلحة الدفاع السيبراني ومراقبة أمن الأنظمة لأركان الجيش الوطني الشعبي. - ممثل عن رئاسة الجمهورية يعينه رئيس الجمهورية (...).

⁵ - نص المادة 23 (تشكّل السلطة الوطنية من: - ثلاث (3) شخصيات، من بينهم الرئيس، يختارهم رئيس الجمهورية من بين ذوي الاختصاص في مجال عمل السلطة الوطنية، - ثلاثة (3) قضاة، يقترحهم المجلس الأعلى للقضاء من بين قضاة المحكمة العليا ومجلس الدولة، عضو من كل غرفة من البرلمان يتم اختياره من قبل رئيس كل غرفة، بعد التشاور مع رؤساء المجموعات البرلمانية، - ممثل (1) =

أشارت المادة إلى عضوية مهمة وهي (تتشكل السلطة الوطنية من: ... يتم اختيار أعضاء السلطة الوطنية، حسب اختصاصهم القانوني و/ أو التقني في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي. يمكن السلطة الوطنية أن تستعين بأي شخص مؤهل من شأنه مساعدتها في أشغالها ...)، إن هذه الاعتبارات تكشف حجم التحديات التي فرضت على جميع المؤسسات و الأفراد، الالتزام بالتجند لمواجهة، كما فرضت على الدولة دورا جديدا بمراقبة البيئة الالكترونية، حتى ولو على حساب الخصوصية، لذا ينبغي على الفكر القانوني أن يتفاعل مع هذا المعطى الجديد، بإيجاد مقاربة تناسبية.

لكن تحقيق تلك الموازنة ليست بالأمر الهين، لوجود صدام حقيقي، من جهة بين الحق الشخص في الوصول على شبكة الانترنت، وحرية التعبير فيها، الذي صار فضاء جديدا للممارسة الديمقراطية المباشر¹، وجهة أخرى، بين حقوق الشخص المكفولة دستوريا فنجد يؤكد في مواد عديدة² على ضمان سرية الاتصالات والمراسلات الخاصة بالأفراد منها ما جاء في المادة 47 (... لكل شخص الحق في سرية مراسلاته واتصالاته الخاصة في أي شكل كانت. لا مساس بالحقوق المذكورة أعلاه في الفترتين الأولى والثانية إلا بأمر معلل من السلطة القضائية. حماية الأشخاص عند معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي حق أساسي ...) فيبدو من القراءة الأولى أن الدستور، قد أقر موازنة بين حق الأفراد في السرية بالموازاة مع حق الدولة في التحري والتحقيق والعقاب، لكن بأمر أو إذن قضائي من السلطة القضائية المختصة، وبذلك يصير الأمر معللا بحكم الدستور في إجراء المراقبة الالكترونية كما تم تأكيد ذلك في ق. العقوبات³، و في ق. الإجراءات الجزائية¹، وقد شجّع البعض²، هذه الخطوة الفعالة للوصول إلى

= عن المجلس الوطني لحقوق الإنسان، - ممثل (1) عن وزير الدفاع الوطني، - ممثل (1) عن وزير الشؤون الخارجية، - ممثل (1) عن الوزير المكلف بالداخلية، - ممثل (1) عن وزير العدل، حافظ الأختام، - ممثل (1) عن الوزير المكلف بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية والتكنولوجيات والرقمنة، - ممثل (1) عن الوزير المكلف بالصحة، - ممثل (1) عن وزير العمل والتشغيل والضمان الاجتماعي، يتم اختيار أعضاء السلطة الوطنية، حسب اختصاصهم القانوني و/ أو التقني في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي. يمكن السلطة الوطنية أن تستعين بأي شخص مؤهل، من شأنه مساعدتها في أشغالها (...).

¹ - بشير محمد حسين، أثر المراقبة الرقمية على الحريات العامة، ماجستير، جامعة الجيلالي الياقوت - كلية الحقوق، سيدي بلعباس 2016/2017، ص 28.

² - أنظر أيضا المادة 55 من الدستور (يتمتع كل مواطن بالحق في الوصول إلى المعلومات والوثائق والإحصائيات، والحصول عليها وتداولها. لا يمكن أن تمس ممارسة هذا الحق بالحياة الخاصة للغير وبحقوقهم، وبالمصالح المشروعة للمؤسسات، وبمقتضيات الأمن الوطني ...).

³ - بموجب القانون رقم 06-23، المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 8 جويلية 1966، الذي يتضمن قانون العقوبات، ج. ر 2006، العدد 84، حيث نصت المادة 303 (كل من يفض أو يتلف رسائل أو مراسلات موجهة إلى الغير =

الحقائق في ظل بيئة رقمية معقدة وصعبة التحكم في حين ذهب البعض³، إلى التنبية بخطر الإرهاب الإلكتروني الذي يعدّ تحدّيًا معقدًا، بما يشكّله من خطر على أمن الدولة ومؤسساتها، والذي يسمح بنقل الأنشطة الإرهابية إلى البيئة الرقمية.

إنّ هذا المفهوم الجديد للحق في الخصوصية⁴، ساعد في نسبية الحق في سرية الحياة الخاصة أو الخصوصية المعلوماتية⁵، لكن يبقى الإشكال كل الإشكال في تحقيق موازنة حقيقية، أمام رفع التستر عن حرية المستخدم في الحفاظ على سرّيته، وبين واجب الدولة في المراقبة الإلكترونية.

ثانيا: أثر تكنولوجيا الذكاء الاصطناعي على الشخصية القانونية: أيّ تجديد ؟

يشير ظهور تقنيات الذكاء الاصطناعي أكثر من إشكال قانوني، لكن بدورنا سنقتصر على إشكاليين فقط، فالإشكال الأوّل، هو مدى اعتراف القانون والفقه والقضاء بإبداع الذكاء الاصطناعي إلى جانب الإبداع الإنساني في ميدان الملكية الفكرية (1)، والإشكال الثاني يتمثل في تحديد المسؤول المدني عن تعويض أضرار الذكاء الاصطناعي (2)، فهل يرد كل ذلك إلى وجود شخصية ذكية ؟

= وذلك بسوء نية وفي غير الحالات المنصوص عليها في المادة 137 يعاقب بالحبس من شهر (1) إلى سنة (1) وبغرامة من 25.000 دج إلى 100.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط).

¹ - بموجب القانون رقم 06-22، المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، يعدّل ويتمم الأمر رقم 66 - 155، المؤرخ في 8 جويلية 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج. 2006، العدد 84، حيث نصت المادة 65 مكرّر 05 (إذا اقتضت ضروريات التحري في الجريمة المتلبس بها أو التحقيق الابتدائي في ... الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعلومات ...)، يجوز لوكيل الجمهورية المختص أن يأذن بما يأتي: - اعتراض المراسلات التي تتم عن طريق وسائل الاتصال السلكية واللاسلكية. - وضع الترتيبات التقنية، دون موافقة المعنيين، من أجل التقاط وتشبيث وبث وتسجيل الكلام المتفوه به بصفة خاصة أو سرية (...).

² - بن بادة عبد الحليم، المراقبة الإلكترونية كإجراء لاستخلاص الدليل الإلكتروني بين الحق في الخصوصية ومشروعية الدليل الإلكتروني، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 10، العدد 03، 2019، ص 402.

³ - بشير محمد حسين، المرجع السابق، ص 113.

⁴ - بعجي أحمد، المرجع السابق، ص 459.

⁵ - من ذلك ما أشار إليه القانون رقم 09-04 في المادة 3 منه (مع مراعاة الأحكام القانونية التي تضمن سرية المراسلات والاتصالات يمكن لمقتضيات حماية النظام العام أو لمستلزمات التحريات أو التحقيقات القضائية الجارية ... وضع ترتيبات تقنية لمراقبة الاتصالات الإلكترونية وتجميع وتسجيل محتواها في حينها والقيام بإجراءات التفتيش والحجز داخل منظومة معلوماتية).

1- حقوق الملكية الفكرية: من الإبداع الإنساني إلى الإبداع الاصطناعي

يتفق الجميع على أنّ حقوق الملكية الفكرية تمثل إبداعاً من صنع البشر (أ) لكن يبقى الاختلاف قائماً حول نسبة الإبداع إلى تقنية من تقنيات الذكاء الاصطناعي، وهذا ما يشكل تحدياً لهذه الحقوق (ب).

أ- الإبداع بتدخل الإنسان: طرح كلاسيكي

المعلوم أنّ حقوق المؤلف والحقوق المجاورة وكذا الابتكارات، هي من الحقوق الذهنية والمعنوية، التي تعدّ حقوقاً مالية قابلة للتعامل فيها والتداول، كما عرفت على أنّها تلك الحقوق التي ترتبط بالجانب الإبداعي والفكري الابتكاري للإنسان، كتأليف كتاب أو تصوير فلم، أو اختراع آلة ... الخ¹.
فحتى مع عصر الرقمنة والتكنولوجيا، لم يستبعد الدور الإنساني في الابتكار والتأليف بل صارت هناك وسائل جديدة في عرض ونشر تلك الحقوق والاختراعات، من بينها الحاسوب الذي صار ناقلاً أو عارضاً، كالكتب الرقمية، البرامج ... الخ، وليس سبباً في وجودها، وهنا كان الانتقال من بيئة تقليدية للدور الإنساني الحيّز الأكبر في وجودها وعرضها، إلى بيئة افتراضية رقمية بامتياز، للحاسوب والبرامج الالكترونية الحيّز الأكبر في عرضها فقط، وبالتالي فهذا التغير، لم يتلّ من كونه إبداعاً إنسانياً، بل كان الحاسوب مجرد وسيلة لا غير².

ب- الإبداع بتدخل الآلة الذكية: طرح حديث

ظهر للوجود مفهوم الذكاء الاصطناعي³ الذي مسّ بصورة مباشرة القواعد القانونية المتعارف عليها، من جهة إنشاء الحق ومن جهة صاحب الحق، الذي كان مرتبطاً أساساً بالتدخل البشري الإنساني في وجوده واكتسابه، أين كانت حقوق الملكية الفكرية، ترتبط بالجهد الفكري والإبداعي للإنسان، لكن صار الذكاء الاصطناعي هو الآخر يساهم في إيجاد الابتكارات والحلول، وهو ما خلق إشكال قانوني كبير لهذا الوجود الاصطناعي الجديد والبحث في مدى أحقية نسبة الحقوق الفكرية والإبداعية إليه دون الإنسان، فأى شخصية نحن فيها ؟

¹ - راجع: علي فيلالي، نظرية الحق، موقف للنشر، الجزائر، 2011، ص 137.

² - راجع: محمد عرفان الخطيب، المرجع السابق، ص 273 وص 274.

³ - راجع بصورة موسّعة: أشغال الملتقى الدولي: الذكاء الاصطناعي: تحدّ جديد للقانون 9، عدد خاص، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 07، 2018.

نشهد اليوم الكثير من الابتكارات من نتاج الذكاء الاصطناعي، كالرسم، الكتابة، والتعليق العلمية، المقاطع الموسيقية، التحرير الصحفي، الأدوار السينمائية ... الخ، فلا شك أن كل ابتكار معين من قبيل الذكاء الاصطناعي إنما يعود حقه للشخص الذي ابتكره وساهم في وجوده، لكن الشيء الذي يدعو للنقاش هو المرحلة الثانية من وجود وابتكار الذكاء الاصطناعي، وهي دوره في الابتكار وإيجاد الحلول، فهل نأخذ بشخصية المبتكر أم بالابتكار نفسه ؟

يبدو أن المشرع الجزائري وفقا لقوانين الملكية الفكرية، قد ركّز على الشخص المبتكر أكثر من الشيء المبتكر¹، فقانون حق المؤلف يشترط دائما أن يكون العمل المنجز مصنفاً وجهداً فكرياً لصاحبه تظهر فيه بصمته²، لكي تتقرر حمايته³، وعليه يجدر بنا التساؤل عن كيفية حماية هذه الحقوق المبتكرة من قبل الذكاء الاصطناعي ؟

هذه الأسئلة لا نرى لها جواباً من قبل المشرع الجزائري كغيره من التشريعات، لجدة الموضوع من جهة، وصعوبة إيجاد الإطار القانوني لها في ظل قواعد تقليدية لحماية الحق وبصورة أساسية، طبيعة الشخصية القانونية الجديرة بالحماية، هل نحن أمام شخصية إنسانية أم شخصية ذكية يعترف لها بالحماية ؟

في هذا الشأن يرى الفقه⁴ بأن أهم تحدي يواجهه هذا الإبداع الذكي، هو التردد التشريعي⁵ أو حتى القضائي في نسبة الحق إلى الشخصية القانونية (الشخص الطبيعي والشخص المعنوي)⁶ من أجل حمايته،

¹ - راجع الأمر رقم 03 - 05، المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، المؤرخ في 19 جويلية 2003، ج. ر 2003، العدد 44.

² - كما جاء في المادة 12 الفقرة 1 من الأمر رقم 03 - 05 (يعتبر مؤلف مصنف أدبي أو فني في مفهوم هذا الأمر الشخص الطبيعي الذي أبدعه).

³ - كما جاء في المادة 3 الفقرة 1 من الأمر رقم 03 - 05 (يمنح كل صاحب إبداع أصلي لمصنف أدبي أو فني الحقوق المنصوص عليها في هذا الأمر)، راجع أكثر: فوزية عمروش، حقوق المؤلف في ظل الذكاء الاصطناعي، أشغال الملتقى الدولي: الذكاء الاصطناعي: تحدّ جديد للقانون ؟، عدد خاص، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 07، 2018، ص 168.

⁴ - محمد عرفان الخطيب، المرجع السابق، ص 280.

⁵ - راجع المواد: 16، 17، 18 و من 22 الأمر رقم 03 - 05.

⁶ - هذا الأخير يعدّ مؤلفاً استثناء في قانون حماية حقوق المؤلف، كما جاء في المادة 12 من الأمر رقم 03 - 05، وبذلك ينتفي كأصل تقرير الشخصية القانونية لآلات الذكاء الاصطناعي.

خاصة أنّ الابتكار ارتبط بالإنسان (مدركا ومميّزا)¹، لذلك صار هذا التصنيف الثنائي للشخصية القانونية مهدّدا بشخص قانوني ثالث، ذي طبيعة ذكية لا طبيعية ولا معنوية، وهذا ما يعيد النظر جذريا في نظرية الأشخاص في القانون المدني وغيره.

يبدو أنّ إعادة النظر في نظرية الأشخاص ليس بالأمر السهل، في ظل غياب أي مبادرات تشريعية ولا حتى قضائية، بل تبقى النقاشات الفقهية هي سيّدة الموقف، لذا ففي اعتقادنا أنّ المسألة في غاية التعقيد، من نواحي عديدة، فأولا، إنّ ارتباط الشخصية كقاعدة عامة بمفهوم الإدراك والوعي، فهذا ممّا لا يمكن تصوّره في الآلة الذكية، الأمر الذي يجعل هذه الأخيرة تفتقد لتلك الثوابت المتعارف عليها، كما يصعب علينا التسليم بمفهوم جديد ومغاير لهذه الحقائق، ثانيا، إنّ مضمون الشخصية القانونية في مفهومها الحالي، لا ترتبط بالإنسان وجودا وعدما، وهذا مبرّر تقرير عوارض الأهلية وموانعها، فلو كان غير ذلك لحقّ للمجنون أن يكتسب حقّا ولتحملّ التزاما، بل إنّ مقتضى الشخصية القانونية قدرة الشخص على تحملّ الالتزامات وكسب الحقوق²، فضلا عن عدم ارتباط الشخصية المعنوية بالإنسان أيضا، لعلّ ذلك يعطينا أملا في إيجاد وضعية قانونية خاصة بالآلات الذكيّة، بعيدا عن اعتبارها مجرد آلات شيئية، وبالتالي استبعاد النظام القانوني للأشياء من تبنيها، بل هي آلات ذكية متعدّدة المهارات، تفاعلية مع التطوّر العلمي، فلا هي مجرد شيء، ولا هي بمقام الإنسان، وهذا ما يزيد من خصوصيتها³، ثالثا، وجب التساؤل أيضا، ما محل الشخص الذي أوجد الآلة الذكية من جميع الاعتبارات التي هي محل نقاش؟ من وجود شخصية قانونية للآلة، وذمة مالية مستقلة لها، وتحملّها نتائج أفعالها الضارة (المسؤولية)؟ أليس للشخص شأن في ذلك كلّ؟ أليس هو مبتكر الآلة، وبالتالي تعود له ثمار الانتفاع؟ رابعا، إنّ التسليم بوجود شخصية قانونية ذكية بقواعد الشخصية القانونية المتعارف عليها، يجعلها مكتسبة لجميع الحقوق، بما فيها الحقوق الملازمة لشخصيتها، كالحق في السمعة والشرف، والحق في الصورة، والحق في السلامة الجسدية، فهل من الممكن تقبّل ذلك قانونا؟ وهو ما يراه البعض في

¹ - أن اشتراط الأصله يستوجب بالضرورة وجود المؤلف الشخص الطبيعي، ولهذا الأخير وحده تعود ملكية الحقوق إذ تنشأ مباشرة لصالحه بفعل الإبداع، سواء تعلق الأمر بالحقوق المعنوية أو المالية، "...، راجع: فوزية عمروش، المرجع نفسه، ص 172.

² - راجع: علي فيلالتي، المرجع السابق، ص 203 وما يليها.

³ - محمد عرفان الخطيب، المرجع السابق، ص 284.

اكتساب آلة الذكاء الاصطناعي لشخصية المؤلف أمرا غير متوقع، بل يبقى شيئا ومالا قابلا للتداول لا شخصية قابلة للاكتساب¹.

لأجل ذلك فإن أي محاولة لخلق قواعد جديدة لآلات الذكاء الاصطناعي، وجب الأخذ بعين الاعتبار، جملة من القواعد ذات التأصيل النظري التقليدي، وهذا هو التحدي الحالي بالنسبة لجميع الفاعلين في ميدان القانون.

2- الأضرار الناتجة عن الذكاء الاصطناعي: أي مساءلة؟

لا يزال تطوّر وتزايد ظهور تقنيات الذكاء الاصطناعي، يثير الكثير من التساؤلات القانونية في الوقت الراهن، فامتدّ النقاش لتحديد الشخص المسؤول عن الأضرار المحتمل حدوثها من جراء استخدامات آلات الذكاء الاصطناعي، كالروبوت، والسيارة ذاتية القيادة الطائرات ذاتية القيادة، فمن هو المسؤول المدني عن تعويض تلك الأضرار؟

فمن جهة، طرح الفقه مقترحات عصرية بروح كلاسيكية، تمتاز فيه قواعد المسؤولية المدنية بمحاولة تطويعها لكي تحلّ مشاكل أضرار الذكاء الاصطناعي، فاقترح العديد من الفقه أسسًا لتلك المسؤولية، تأسيسا على بعض قواعد المسؤولية المدنية، منها المسؤولية عن فعل الأشياء بإسقاط مفهوم الشيء على الآلة لتبرير المسؤولية²، وفي اتجاه آخر وفي نطاق المسؤولية المدنية أيضا، اقترح الاعتراف بدور العنصر البشري في نتائج الأفعال باعتباره منشأ للآلة أو مكوّنا (الصانع، أو المروّج، أو المهندس، أو المطوّر، أو المالك، حتى المستخدم)³ تأسيس المسؤولية على نظام عيوب المنتج⁴، أي المساءلة على العيوب الناتجة عن تكوين الآلة وصنعها وبرمجتها، وبالتالي فتلك الأنظمة الذكية بمثابة منتج لكن هذا الطرح لم يسلم هو الآخر من النقد الفقهي، لصعوبة تطبيق أحكام المسؤولية المدنية على الذكاء

¹ - فوزية عمروش، المرجع السابق، ص 178.

² - راجع في هذا الشأن: معمر بن طرية، قادة شهيدة، أضرار الروبوتات وتقنيات الذكاء الاصطناعي: "تحدي جديد لقانون المسؤولية المدنية الحالي" لمحات في بعض مستجدات القانون المقارن"، ص 121، يوسف إسلام، المسؤولية المدنية والذكاء الاصطناعي: أي حل؟، ص 236، أشغال الملتقى الدولي: الذكاء الاصطناعي: تحدي جديد للقانون؟، عدد خاص، حوليات جامعة الجزائر1، العدد 07، 2018.

³ - معمر بن طرية، قادة شهيدة، المرجع نفسه، ص 123، محمد عرفان الخطيب، المرجع نفسه، ص 293.

⁴ - كما نصت عليه المادة 140 مكرر من ق. المدني (يكون المنتج مسؤول عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية. يعتبر منتوجا كل مال منقول ولو كان متصلا بعقار، لا سيما المنتج الزراعي والمنتج الصناعي وتربية الحيوانات والصناعة الغذائية والصيد البري والبحري والطاقة الكهربائية).

الاصطناعي ولا حتى على أساس عيوب المنتج¹، بفعل أنّ إعمال قواعد مسؤولية المنتج في مواجهة أضرار تقنيات الذكاء الاصطناعي، أمر نسبي، لكون تلك الأنظمة لها القدرة على التعلّم الذاتي وتصحيح أخطائها، وهو ما يؤدي إلى صعوبة إثبات العيب في تلك الآلة²، وبدورنا نعتقد أنّه إذا كان تأسيس المسؤولية على عيوب المنتج، يعود فيها التعويض على المنتج أو الصانع فلماذا نعترف للآلة الذكية بالشخصية القانونية، وبالتالي الذمة المالية المستقلة؟ حتّى إذا تمّ التأسيس على نظرية المسؤولية عن حراسة الأشياء، فكيف يمكن نفي الإبداعات الناتجة عن الآلة، والتي لا يتحكّم فيها الإنسان؟

من جهة أخرى، اقترح الفقه طرحاً أكثر حداثة ينصب على أسساً جديدة لمسؤولية الذكاء الاصطناعي، بمنحه الشخصية القانونية لمساءلته شخصياً عن أفعاله، كما هو الحال بالنسبة للشخصية المعنوية، وبالتالي اقتراح ما يسمى بـ "شخصية روبوتية"³، وقد تمّ تدعيم هذا الموقف من خلال القرار الصادر عن البرلمان الأوروبي 17 فيفري 2017⁴، الذي اقترح تبني قواعد للقانون المدني في مجال الروبوتات، وإمكانية استحداث شخصية قانونية خاصة بها من أجل إيجاد تبرير قانوني للمساءلة عن الأضرار⁵، وبالتالي تقرير مسؤولية شخصية عن الأضرار الناتجة عنها قياساً على الشخصية المعنوية، لاشتراكها في افتقاد الخصائص البشرية وفي خدمة البشرية، وكذا اشتراكها في فكرة التمثيل القانوني، وهذا دون إغفال أنّ منح الشخصية القانونية للذكاء الاصطناعي هو من الحيل القانونية، لكن ذلك لا مفر منه في المستقبل بسبب تزايد استخداماته في شتى مجالات الحياة.

إلا أنّ هذا الطرح هو الآخر لم يسلم من النقد، لكون التسليم بالشخصية القانونية للذكاء الاصطناعي، يؤدي بطريقة غير مباشرة إلى عدم مساءلة منتجي ومستعملي تلك الأجهزة الذكية، وبالتالي الشعور بلا مسؤولية وعدم الحرص⁶، لذلك استبعد الفقه الأسس السابقة لانتفاء وجود شخصية

¹ – Adrien Bonnet, La Responsabilité du fait de l'intelligence artificielle, Mémoire de recherche, université Panthéon-Assas-Paris2-, 2014-2015, p.16 et p.17.

² – راجع تفاصيل أخرى، للنقد الموجّه لأطروحة اعتماد نظام مسؤولية المنتج لتعويض الأضرار الناتجة عن الذكاء الاصطناعي، معمر بن طرية، قادة شهيدة، المرجع نفسه، ص 130 وما يليها.

³ – عمر بن طرية، قادة شهيدة، المرجع السابق، ص 135.

⁴ – Voir: Adrien Bonnet, La Responsabilité du fait de l'intelligence artificielle, op.cit., p.46.

⁵ – أحمد علي حسن عثمان، انعكاسات الذكاء الاصطناعي على القانون المدني، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، 2021، ص 1558.

⁶ – أحمد علي حسن عثمان، المرجع نفسه، ص 1560.

قانونية، ولافتقاد عنصر الإدراك في المساءلة المدنية، فلا وجود لإدراك الاصطناعي للآلة الذكية، فضلا عن خصائص الآلة الذكية التي تظهر من زاويتين، فمن جهة، عدم خضوعها لمنطق قانون الأشياء أو الأموال، لغياب فكرة الجمود عليها، عكس السمة التي تطبع الشيء في القانون، ومن جهة أخرى، انتفاء ميزة الانقياد المطلق للإنسان بما يجعلها بعيدة عن فكرة الحيوان¹.

ثالثا: أثر الرقمنة على حقوق المتقاضى: المحاكمة عن بعد – أنموذجا-

زاد ارتباط القانون بتكنولوجيات الإعلام والاتصال كثيرا، بما سمح بتعميم تلك التقنيات على عدة مجالات قانونية، ومنها إجراءات التقاضي والتحقيق القضائي في الجرائم، عبر استخدام التقنيات والوسائل السمعية البصرية، للنظر والفصل في الدعاوى الجزائية وفقا لقانون الإجراءات الجزائية، ويتم ذلك بتباعد مكاني مع اقتران زمني ما بين هيئة الحكم للجهة القضائية والمتهم، عبر وسائل الكترونية والمرئية لربط الاتصال بينهما².

اعترف القانون رقم 15- 03³ أول مرة بهذه التقنية الجديدة، تبعه بعد ذلك الأمر رقم 20- 04⁴ الذي نصّ هو الآخر على هذه التقنية، حيث اعترف بإمكانية استجواب وسماع الأطراف عن طريق المحادثة المرئية عن بعد، مع مراعاة احترام حقوق الشخص⁵، مع الحرص على سرية الإرسال وأمانه، وضرورة تسجيل التصريحات وتدوينها كاملة وحرفيا على محضر يوقع من طرف القاضي المكلف بالملف كما أشار المشرع إلى إمكانية الاعتماد على شهادة الشهود بواسطة المحادثة المرئية عن بعد.

¹ - محمد عرفان الخطيب، المرجع السابق، ص 293.

² - خليل الله فليغة، يزيد بوحليط، المحاكمة عن بعد: سرعة الإجراءات أم إهدار للضمانات؟ مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 12، العدد 01، 2021، ص 889.

³ - المؤرخ في 01 فيفري 2015، يتعلق بعصرنة العدالة، ج. ر، 2015، العدد 06.

⁴ - المؤرخ في 30 أوت 2020، يعدل ويتمم الأمر رقم 66- 155، المؤرخ في 8 جويلية 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج. ر 2020، العدد، 51.

⁵ - بموجب المادة 441 مكرر الفقرة 1 (يمكن الجهات القضائية، لمقتضيات حسن سير العدالة أو الحفاظ على الأمن أو الصحة العمومية أو أثناء الكوارث الطبيعية أو لدواعي احترام الآجال المعقولة، استعمال تقنية المحادثة المرئية عن بعد في الإجراءات القضائية، مع احترام الحقوق والقواعد المنصوص عليها في هذا القانون ...).

لعلّ من بين الميزات التي يحققها التقاضي عن بعد، هو سرعة اتخاذ الإجراءات الجزائية والفصل في الدعوى خلال آجال معقولة، بما يتوافق مع حق المتهم في ذلك¹، وما تقنية المحادثة عن بعد إلى سبيل لذلك، لكن ينبغي أن لا يؤدي ذلك إلى التسرّع في الفصل في الدعوى والإخلال بضمانات التحقيق.

إنّ ميزة التقاضي والمحاكمة عن بعد بقدر ما رحّب بها الجميع، وأحاطها المشرع ببعض الضمانات، بالقدر ما يعاب عنها، خاصة في مرحلة المحاكمة التي تعدّ مرحلة حاسمة ما بين البراءة والإدانة، فاللجوء إلى المحاكمة عن بعد من شأنه المساس بمبدأ العلنية، فوجود هيئة الحكم في مكان والمتهم في مكان آخر، يجمع بينهما الصوت والصورة، قد ينقص من تفاعل القاضي مع المتهم، خاصة في حالة رداءة الصورة وانقطاع بث المحاكمة، فضلا عن إدارة المحاكمة في ظل غياب الجمهور عن الحضور لمجريات المحاكمة، ليمارس هؤلاء رقابة شعبية والمساواة بين الخصوم، لكن باعتماد المحاكمة عن بعد يبدو أنّها تقلّص من مقتضيات المحاكمة العادلة لمساسها بمبدأ العلنية²، كما من شأن هذه التقنية أن تمسّ أيضا بمبدأ الوجاهية، بوضع المتهم وجها لوجه أمام متهم آخر، أو أمام الشاهد، أو الضحية، ليسمع بنفسه لأقوالهم، كما تنافي هذه التقنية ولا تتيح لهيئة المحكمة التعرف على المعالم الشخصية للمتهم من أجل تكوين قناعة كافية لدى القاضي³، وتزداد نسبية ضمان المحاكمة العادلة من خلال الاعتداد برأي جهة الحكم، في حال الاعتراض عن اللجوء إلى تقنية المحكمة المرئية عن بعد من طرف النيابة العامة أو أحد الخصوم أو دفاعه⁴.

¹ - كما نصّت على ذلك المادة الأولى الفقرة الرابعة من ق.إ. الجزائية (...). أن تجري متابعة والإجراءات التي تليها في آجال معقولة ودون تأخير غير مبرر وتعطى الأولوية للقضية التي يكون فيها المتهم موقوفا (...).

² راجع: بن عيرد عبد الغني، بضياف هاجر، التقاضي الإلكتروني على ضوء أحدث التعديلات بين التطلعات والتحديات، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 6 العدد 2، 2021، ص 25 وص 26.

³ - كما جاء في المادة 212 الفقرة 2 ق.إ. الجزائية (...). ولا يسوغ للقاضي أن يبني قراره على الأدلة المقدمة له في معرض المرافعات والتي حصلت المناقشة فيها حضوريا أمامه).

⁴ - راجع المادة 411 مكرر 8 الفقرة 1 ق.إ. الجزائية (إذا رأت جهة الحكم اللجوء إلى استعمال تقنية المحادثة المرئية عن بعد من تلقاء نفسها، فإنها تستطلع رأي النيابة العامة وتحيط باقي الخصوم علما بذلك، فإذا اعترضت النيابة العامة أو قدم أحد الخصوم أو دفاعه أو المتهم الموقوف أو دفاعه دفوعا لتبرير رفضه الامتثال لهذا الإجراء ورأت جهة الحكم عدم جدية هذا الاعتراض أو هذه الدفوع فإنها تصدر قرار غير قابل لأي طعن، باستمرار المحاكمة وفق هذا الإجراء ...).

وجب القول أنّ التحديات الحقيقية تكمن في أمرين، فالأمر الأول، هو عدم التكامل بين الفاعلين، وغياب المواكبة الفعلية من قبل الجميع، وبالأخص من قبل المشرع في التصدي لهذه المخاطر التكنولوجية الجديدة بصورة صريحة، فأحياناً يتصدّى الفقه لمسألة معيّنة بصورة تأصيلية، ولكن لا يتبعها تكريس تشريعي ولا حلّ قضائي، أمّا الأمر الثاني، فهو تحدي جوهري، يكمن في تجنب الوقوع في التناقض وعدم الانسجام ما بين القواعد القانونية المتعارف عليها، مع ما تم استحداثه من قواعد جديدة، فقد انتقلنا مثلاً من مقارنة حمائية أحادية للحق في الخصوصية، إلى مقاربات جديدة تقبل أبعاد متعدّدة، فهناك المقاربة التجارية، المقاربة التداولية، المقاربة الأمنية ... الخ كيف نتعامل مع هذه المقاربات الجديدة؟

لذلك فإنّ أيّ تصدي لظاهرة معيّنة يستوجب فيه مراعاة القواعد القانونية الموضوعية، كنظرية الشخصية القانونية، قواعد حقوق المؤلف ... الخ، ومدى انسجامها مع المتغيّرات الجديدة التي لحقتها، لكي يتحقّق الأمن القانوني المنشود.

قراءة للاجتهاد القضائي الجزائري في مجال تنازع الاختصاص الدولي

أ.د/ زروتي الطيب

أستاذ القانون الدولي الخاص

كلية الحقوق – جامعة الجزائر 1

مقدمة:

كما يقال، إن القانون الدولي الخاص هو انعكاس للقانون الداخلي على الصعيد الدولي. وما دامت المواثيق الأساسية الجزائرية الحالية قد حددت النهج السياسي والاقتصادي الذي يتعين إتباعه مستقبلا، فالسؤال المطروح، هو ما إذا كانت الآليات القانونية الحالية تنسجم مع هذا التوجه الجديد وفق المعايير الدولية المعمول بها في نظام الاقتصاد الحر؟ نعم حصل تغيير جذري في المنظومة القانونية الجزائرية للتلاؤم مع الوضع الجديد. وتكفي الإشارة في ميدان القانون الدولي الخاص، للتعديلات الجوهرية التي لحقت أهم ميادينه⁽¹⁾. وفي هذه المداخلة أحل كيفية التعامل مع المسائل القانونية الخاصة بالمنازعات ذات العنصر الأجنبي. وتحديدا، مسألة الاختصاص الدولي للقضاء الجزائري في المنازعات ذات العنصر الأجنبي، وأيضا حل إشكالية تنازع القوانين بشأنها وكذا ما يخص الاعتراف بالأحكام الأجنبية وقرارات التحكيم الأجنبية وقرارات التحكيم التجاري الدولي وكيفية تنفيذها. إن هذه المسائل تتطلب حولا واضحة وشفافة يستقر العمل بها بصفة مستمرة حتى تصبح بمثابة اجتهاد قضائي مكرس العمل به لسد النقص التشريعي الملاحظ، وتكريس توحيد العمل القضائي وطنيا بشأنها.

المحور الأول

معالجة الاختصاص القضائي الدولي

نشير بداية أن المادة 21 مكرر من القانون المدني، المضافة بتعديل 2005،⁽²⁾ قد حلت بقاعدة تنازع فنية مزدوجة إشكال تنازع القوانين في الاختصاص القضائي، وذلك بجعل قانون القاضي هو المختص في

تحديد هذه المسألة، سواء بالنسبة لتحديد مجال اختصاص القضاء الوطني دوليا، أو بالنسبة للقانون المختص بالإجراءات. وعلى ذلك المفروض تطبيق القواعد الموضوعية للاختصاص القضائي الدولي والإجرائي المقررة في القانون الداخلي.

ولكن، بالرجوع للأحكام الموضوعية المقررة في هذا الشأن في القانون الجزائري، يتضح الآتي:

أولا- عدم كفاية قواعد الاختصاص الدولي المقررة في القانون الجزائري:

فهناك معيار واحد معتمد، وهو امتياز الجنسية الوارد في المادتين 41 و42⁽³⁾ من ق.إ.م.إ. ولكنه غير كاف، ففضلا عن كونه يعالج حالات معينة من الاختصاص، معيارها هو كون أحد الطرفين (المدعي أو المدعى عليه) جزائريا، ويتعلق بالالتزامات التعاقدية فقط، وهو معيار اختياري وغير ملزم. كان واردا في قانون الإجراءات المدنية السابق (المادتان 10، 11 منه)، وقد نقل حرفيا عن القانون الفرنسي (المادتان 14 و15 مدني)، وهنا نستفسر لماذا القانون الفرنسي ذكره في القانون المدني وليس في قانون الإجراءات؟ إن لذلك حكمة توخاها المشرع الفرنسي.

وفي ماعدا مسألة الالتزامات التعاقدية، لا توجد معايير أخرى للاختصاص في الدعاوى الشخصية المتعلقة بمسائل أخرى كالأحوال الشخصية، وما أكثر المنازعات بشأنها، بالنظر لحجم الجالية الجزائرية في الخارج، وشيوع ظاهرة الزواج المختلط بين الجزائريين والأجانب، ويكون القضاء الجزائري مدعو للفصل في المنازعات المطروحة، سواء إذا رفعت الدعوى مباشرة أمام المحاكم الجزائرية أو بمناسبة طلب تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية في الجزائر. وكذلك بالنسبة للدعاوى العينية والمختلطة. فما هو الحل حينئذ؟

ثانيا- الحلول البديلة لمعالجة النقص التشريعي:

مادام مشكل وضع قواعد واضحة وكافية لاختصاص القضاء الجزائري دوليا كان مطروحا بشكل جدي قبل إصدار قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن إصدار هذا الأخير كان فرصة مناسبة وضرورة لعلاج المشكلة، ولكن للأسف بقي دار لقمان على حاله. والمشكل بقي مطروحا وهناك فراغ تشريعي يتعين معالجة تبعاته القانونية. وبالتالي فالحلول البديلة تتمثل في:

1- بداية يتعين تطبيق قواعد القانون الاتفاقي الجزائري المحددة لمعايير تنازع الاختصاص القضائي - إن وجدت - ولو أن هذا المعيار استثنائي ومجال أعماله مشروط بوجود نص اتفاقي. من ذلك تطبيق قواعد الاختصاص الواردة في اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي بين الدول العربية لسنة 1983،⁽⁴⁾ واتفاقية رأس لانوف للتعاون القانوني والقضائي بين دول اتحاد المغرب الغربي لسنة 1991⁽⁵⁾، وقد وضعتا معايير دقيقة ومتنوعة وشاملة لكل أنواع المنازعات القضائية. كما أن بعض اتفاقيات التعاون القضائي الثنائية التي أبرمتها الجزائر نصت على قواعد الاختصاص القضائي أيضا، ويتعين التقييد بأحكامها في مجال تطبيقها⁽⁶⁾.

ولكن هذا الحل استثنائي، ومجال تطبيقه محصور في حالة وجود اتفاقية دولية فقط.

2- وإما ترسيخ اجتهاد قضائي جزائري، بأحكام مبدئية متواترة، يوسع من اختصاصه بالنسبة للمنازعات الدولية ذات الصلة بالنظام القانوني الجزائري دون التقييد بجنسية الطرفين، وفي المقابل التخلي عن الاختصاص لصالح قضاء أجنبي إذا كان النزاع يمس في عناصره الموضوعية دولة أجنبية، وذلك بالمراعاة لمبدأ قوة نفاذ الأحكام القضائية. ويتم اللجوء إلى هذا الحل البديل بتعميم تطبيق قواعد الاختصاص المحلي الداخلية الواردة في المادتين 39 و40 من ق.إ.م.إ، وقياس المنازعات الدولية عليها.

والجدير بالذكر أن هذا الطريق هو الذي سلكه القضاء الفرنسي أيضا سابقا - نظرا لانعدام نصوص تشريعية فيه - حتى شيد اجتهاديا نظرية متكاملة لاختصاصه دوليا. فأقر في البداية اختصاصه بشأن الدعاوى العينية العقارية المتعلقة بعقارات موجودة في فرنسا، ولو كان أطرافها أجنبيا، ونفاه في ذات الوقت إذا كان العقار موجودا في الخارج، ولو كان الطرفان أو أحدهما فرنسيا. كما أسس اختصاصه على مبدأ قوانين البوليس والأمن⁽⁷⁾ بالنسبة للفعل الضار الواقع في فرنسا، بغض النظر عن جنسية المتسبب فيه وجنسية المضرور. ومدى اختصاصه فيما يخص الدعاوى التجارية والالتزامات التعاقدية المدنية بين الأجانب، وبعد إلغاء التفرقة في الاختصاص بين فكرة الموطن القانوني والموطن الفعلي زالت كل العقبات الأخرى التي كانت تحول بين اختصاص القضاء الوطني والأجانب.

إذن المفروض أن يسير القضاء الجزائري على هذا النهج لتجاوز عقبة الفراغ التشريعي بوضع معايير موضوعية، وهو ما نادى به الفقه الفرنسي والجزائري⁽⁸⁾. فيقر اختصاصه كلما كان النزاع ينطوي على

صلة تسمح بالربط الإقليمي، كموقع المنقول أو العقار ومكان تنفيذ الالتزام ومكان افتتاح الشركة ومحل وجود المحجوزات أو اعتماد معيار موطن الشخص الطبيعي أو المعنوي.

والقضاء الجزائري مدعو اليوم للتكفل بهذه المهمة لسد هذا الفراغ التشريعي. وما دام موضوع معايير الاختصاص القضائي الدولي يهم كل الغرف على مستوى المحكمة العليا خاصة. بوصفها قاطرة الاجتهاد القضائي في مسائل القانون الخاص لتوحيد العمل القضائي، فالمفروض أن تكون القواعد المبدئية الموحدة التي يسطرها صادرة عن غرفها مجتمعة لتفادي التضارب والاختلاف في مواقف الغرف منفردة في هذا الشأن.

ولكن يلاحظ بحق، من خلال تحليل كثير من الأحكام القضائية، لاسيما الصادرة عن المحكمة العليا، أنها لم تستقر على حلول مبدئية لترسيخ اجتهاد دائم في إطار دورها في السهر على توحيد تطبيق القانون، ومثال ذلك حكمها في 2008/3/12⁽⁹⁾ الذي قضت فيه بنقض القرار المطعون فيه جزئيا، لفصله في توابع العصمة، محيلة الاختصاص بشأنها لقضاء دولة الإقامة في الخارج، مع أنها قبلت في نفس القرار اختصاص القضاء الجزائري بشأن الحكم بالطلاق بين الطرفين. والظاهر من التشكيكة التي فصلت في هذا النزاع (8 قضية)، أن المحكمة أرادت أن تجعل من القرار الذي اتخذته قرارا مبدئيا. وأعتقد أن التمييز في الاختصاص القضائي بين الحكم بالطلاق وبين توابع العصمة لا يقوم على أي أساس قانوني. وعكسه ما قضت به نفس الغرفة سابقا⁽¹⁰⁾ من أن رفض الاختصاص وإحالة تقاضي زوجين جزائريين أمام جهة قضائية أجنبية يشكل خطأ في تطبيق القانون، مؤسسة حكمها على مبدأ سيادة القانون الجزائري.

المحور الثاني

كيفية التعامل مع قواعد الاختصاص التشريعي الدولي الجزائرية

على غرار بقية الدول الأخرى، أقر المشرع الجزائري نظاما لتنازع القوانين في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، وخصه بالمواد من 9 إلى 24 من القانون المدني، ونصوص أخرى واردة في قانون الحالة المدنية وفي القانون البحري وقانون الطيران المدني وقوانين الاستثمار، وإذا كانت النصوص المعنية الواردة في القانون المدني نسخة طبق الأصل من القانون المصري، إلا أنه لحقها تعديل جوهري سنة 2005، بإضافة

فئات إسناد جديدة وضبط أدق للصياغة القانونية الفنية وبيان بصفة أولية مبدئية كيفية تطبيق تلك النصوص. وبودي في هذا الصدد التركيز على أربعة مسائل تخص تطبيق قواعد التنازع:

أولاً- بالنسبة لمنازعات الأحوال الشخصية، (المواد من 10 إلى 16 مدني) والتي أسند المشرع الاختصاص فيها لقانون الجنسية، يجب التذكير أن كل جزائري له موطن قانوني في الجزائر، ولو كان مقيماً في بلد أجنبي، ومن ثم فاختصاص القضاء الجزائري طبقاً للقواعد العامة ومبدأ امتياز الجنسية في المنازعات التي يكون فيها أحد الطرفين جزائرياً ثابت ومؤكد ولو كان مقيماً في الخارج.

وفيما يتعلق بالاختصاص التشريعي، يتعين دائماً إسناد الاختصاص للقانون الجزائري تطبيقاً المادة 22 ف2 مدني، وتطبيق المادة 13 مدني الخاصة بصحة الزواج وآثاره وانحلاله بالأولوية، كلما كان أحد الزوجين جزائري عند أبرام الزواج، ولا يهم ما إذا كانت لأحدهما جنسية أجنبية أو غير الزوجان الجزائريان جنسيتهما أو أحدهما لاحقاً بعد الزواج. ويتعين مراعاة هذا الاختصاص سواء عند الفصل في النزاع أو بمناسبة النظر في منازعات تنفيذ الأحكام الأجنبية والاعتراف بها في الجزائر. إن الأطراف كثيراً ما يعمدون لإعطاء أوصاف غير حقيقية، أو يتمسكون باختصاص قضاء أجنبي أو قانون أجنبي، تهرباً من اختصاص القانون والقضاء الجزائريين. ولقضاء المحكمة العليا - لاسيما غرفة شؤون الأسرة - تجربة واسعة في هذا الشأن.

ففي قرار للمحكمة العليا بتاريخ 1992/10/27،⁽¹¹⁾ يتعلق بنزاع يخص الرجوع لمقر الزوجية، أعابت المحكمة العليا قضاة الاستئناف الذين الغوا حكم الدرجة الأولى القاضي بالرجوع ودفع النفقة، وقضوا بعدم الاختصاص المحلي، على أساس أن الزوجين يقيمان بالخارج، وموطن الزوجية هو محل توطنهما بالخارج، قالت المحكمة العليا "إن موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي، وعند عدم وجود سكنى يحل محله مكان الإقامة العادي. ولما ثبت - في قضية الحال - أن المتخاصمين جزائري وجزائرية يقيمان مؤقتاً ببلد أجنبي وطلبوا التقاضي أمام محكمة جزائرية، فإن قضاة الموضوع عندما قضوا بعدم الاختصاص المحلي، فإنهم بذلك قد دفعوا الطرفين للتقاضي أمام القضاء الأجنبي وأن المسألة تتعلق بسيادة القانون الوطني مما يتعين نقض وإبطال قرارهم المطعون فيه".

كما قالت في قرار آخر⁽¹²⁾ بأنه يسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى. ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن طرفي النزاع يقيمان في بلد أجنبي، فإنه

لا يمكن التخلي والامتناع عن الفصل في النزاع القائم بين جزائريين، لصالح قضاة أجنب، وأنه بإجابة قضاة الموضوع على الدفع المتعلق بعدم اختصاص القضاء الجزائري، قد أعطوا تعليلا كافيا لقرارهم، مما يستوجب رفض الطعن.

وقضت ذات المحكمة في قرار آخر⁽¹³⁾ بأن قضاة الموضوع خالفوا القانون بتطبيق القانون الإيطالي على انحلال زواج بين زوج إيطالي وزوجة جزائرية، وأنه استنادا للمادة 13 مدني، إذا كان أحد الزوجين جزائريا فيتعين تطبيق القانون الجزائري. ومادامت الزوجة جزائرية وقت انعقاد الزواج، ولم يثبت نزاع جنسيتها الأصلية منها رسميا بعد حصولها على الجنسية الإيطالية، فيتعين تطبيق القانون الجزائري. ويكون قضاة الموضوع قد خالفوا القانون وأخطأوا في تطبيقه.

كما رفضت ذات المحكمة في قرار حديث⁽¹⁴⁾، تمسك الطاعنة باختصاص قضاء أجنبي، وكذا تمسكها بتطبيق القانون الفرنسي على أساس تمتع الزوج بالجنسية الفرنسية استنادا للمادة 12 ف2 مدني، التي تقضي بتطبيق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى على انحلال الزواج، وأسست المحكمة العليا موافقتها على الحكم المطعون فيه على المادة 22 مدني، الفقرة الثانية منها التي تقضي باعتبار مزدوج الجنسية الجزائري جزائريا وكفى، وبالتالي تطبيق القانون الجزائري وحده⁽¹⁵⁾.

ثانيا- بالنسبة لنظام عقود التجارة الدولية، والتي يختص بحكمها القانون المختار من الطرفين طبقا لمبدأ قانون الإرادة، عملا بالمادة 18 مدني، يتعين الإلمام بالتطور القانوني العالمي في هذا الشأن، للتمكن من التطبيق الجيد للمبادئ القانونية المستقر العمل بها، وأتوقع زيادة حجم المنازعات التي ستعرض في هذا الخصوص على القضاء الجزائري، سواء للفصل فيها بصفته مختصا، أو بمناسبة طلب تنفيذ قرارات التحكيم الصادرة في الخارج. والمحلل لنماذج العقود الدولية التي يبرمها المتعاملون الجزائريون، يكتشف كثيرا من الثغرات فيها، يتحملون في النهاية نتائجها، لقلة خبرتهم في صياغة شروط العقود الدولية والضبط الدقيق للالتزامات المترتبة عنها.

إن مفهوم قانون الإرادة طبقا للمادة 18 مدني، لم يعد بالضرورة قانونا داخليا لدولة معينة يختاره المتعاقدان. وإنما من الممكن أن يكون قواعد مادية دولية تبنها المتعاملون الدوليون واستقر العمل بها في الأوساط المهنية الدولية وجرى تطبيقها من طرف هيئات التحكيم التجاري الدولي. لقد توسع مفهوم قانون الإرادة، ولم تعد الدولة محتكرة سلطة التشريع في مسائل التجارة الدولية، وإنما نافستها في ذلك

المنظمات المهنية والهيئات العلمية المتخصصة، وما أقره القانون التلقائي حديثا من قواعد مرنة تتشكل من نماذج عقدية وصيغ عامة ومبادئ قانونية صالحة للتطبيق بمفردها دون حاجة لتتكئ على التشريع الوضعي. وهكذا تم الاستغناء عن قانون الدولة استنادا لمبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي، وفي أضيق الأحوال جعل القانون الوطني له دور احتياطي، محدود لتكملة النقص وسد الثغرات المحتملة في العقد فقط.

ثالثا- أحدث تعديل 2005 للقانون المدني، آلية جديدة تخص التعامل مع القانون الأجنبي، فقبل هذا التاريخ، لم يحدد المشرع الجزائري موقفه من نظرية الإحالة. وبالتالي لا ينسب لساكت قول، وبالتالي يكون القانون الجزائري قد رفض الإحالة. مما يتعين تطبيق القانون الأجنبي الموضوعي المسند إليه تلقائيا. أما بعد التعديل المذكور، فقد أخذ المشرع بالإحالة من الدرجة الأولى (المادة 23 مكررا 1 فقرة 2 منها). وعليه يتعين الرجوع إلى قواعد التنازع في القانون الأجنبي، فإن كان ذلك القانون يقبل الاختصاص تطبق قواعده الموضوعية، وإن كان يرفض الاختصاص ويحيل إلى القانون الجزائري (قانون القاضي) فيطبق هذا الأخير، وإن كان يحيل إلى قانون أجنبي آخر، فيطبق القانون المختص حسب قواعد التنازع الجزائرية، ولا يؤخذ بحكم الإحالة القانون الأجنبي المسند إليه مرة أخرى.

إن المشرع الجزائري بموجب المادة 23 مكررا 1 فقرة 2، أخذ بالإحالة من الدرجة الأولى، وينبني على ذلك، تطبيق القانون الجزائري في حالة إحالة القانون الأجنبي المختص عليه، وفي ذلك تسهيل وتيسير لعمل القضاة، وتوسيع لنطاق تطبيق القانون الجزائري على الأجانب المقيمين في الجزائر، أما إذا كان ذلك القانون الأجنبي يحيل إلى تطبيق قانون أجنبي آخر أو يتمسك باختصاصه فيطبق ذلك القانون وكفى.

رابعا- يتعين في تطبيق قواعد الإسناد الواردة في القانون المدني، مراعاة ما تقضي به المادة 24 من نفس القانون، فيما يخص استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص طبقا للقانون الجزائري، في حالة الغش نحو القانون أو كون القانون الأجنبي مخالفا للنظام العام.

في الحالة الأولى، يتعين الأخذ في الاعتبار روح السياسة الوطنية لقواعد الإسناد وملاءمة ضوابط الإسناد المعتمدة، وما دام كثير منها قابل للتغيير إراديا من الأطراف، فكثيرا ما ينحرفون في استعمال رخصة الاختيار تهربا من القانون المختص أصلا. وبالتالي يتعين عدم تطبيق ضوابط الإسناد المصطنعة في

حالة الغش والتحايل على القانون المختص أصلا. مع التذكير أن اكتشاف الغش مسألة تخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع ، ولو أنه يتعين عليهم تسبيب أحكامهم بما فيه الكفاية.

وبالنسبة للمسألة الثانية ، الدفع بالمخالفة للنظام العام ، أن كل مجتمع له مقوماته الأساسية الجوهرية التي يتشكل منها النظام العام فيه. وبالتالي فهذه المسألة مرنة نسبية تختلف في الزمان والمكان من مجتمع لآخر. ويجدر التذكير أنه ليس كل اختلاف بين القانون الجزائري والقانون الأجنبي المختص ، يعد مخالفة للنظام العام. وإنما يتحقق ذلك إذا كان القانون الأجنبي مخالفا للأسس الجوهرية (الاجتماعية والاقتصادية والدينية والخلقية) التي يقوم عليها النظام القانوني الوطني. هنا فقط لا يطبق ذلك القانون الأجنبي فيستبعد ، ويحل محله القانون الجزائري إحتلالا كلياً أو جزئياً. وعلى القاضي أن يقدر بمعيار موضوعي فكرة النظام العام ومخالفة القانون الأجنبي لها.

ويشترط لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي باسم النظام العام توافر الشروط التالية⁽¹⁶⁾ :

1- ثبوت الاختصاص التشريعي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام حسب قواعد الإسناد في قانون القاضي. لأن الدفع بالنظام العام هو دفع احتياطي ، فإن وجدت وسائل أخرى أصلية لاستبعاد تطبيقه غير الدفع بالنظام العام فتطبق تلك الوسائل بالأولوية.

2- توافر مقتضى تحريك الدفع بالنظام العام ، بأن يخالف القانون الأجنبي المختص الأسس الجوهرية لنظام المجتمع في قانون القاضي ، فلا يعد كل اختلاف في القواعد الموضوعية بين القانونين مخالفة للنظام العام ، يجب أن يصل حد الخلاف لاعتبار القانون الأجنبي ممقوتا ومستهجنا. ومن ذلك حالة تعدد الزوجات ، فهي مخالفة للنظام العام في الدول الغربية ، وكذلك حالة زواج المسلمة بغير المسلم التي تعد مخالفة للنظام العام في الدول الإسلامية ، وبالمثل اعتبار الشيوعية من النظام العام في المجتمع الصيني ، بينما هي مخالفة للنظام العام في المجتمع الأمريكي.

إذا توفر الشرطان السابقان يستبعد القانون الأجنبي المختص باسم المخالفة للنظام العام ، سواء تعلق الأمر بإنشاء الحقوق ، بحيث لا يسمح بإنشائها في بلد القاضي أو فيما يخص التمسك بآثار تلك المراكز كحقوق مكتسبة في الخارج ، فلا يعترف بها أمام السلطات الإدارية والقضائية في بلد القاضي.

ويجدر التنويه في هذا الصدد لأهمية فكرتي الأثر المخفف والأثر الانعكاسي للنظام العام ودور الأولى في التخفيف من صرامة الدفع بالنظام العام، ودور الثانية في تقريب وتوحيد النظام العام في مختلف النظم القانونية ولاسيما التي يوجد بينها اشتراك قانوني.

المحور الثالث

تنفيذ الأحكام الأجنبية والمحركات الرسمية وقرارات التحكيم

يتعين التمييز في هذا الشأن بين تنفيذ الأحكام والعقود والمحركات الأجنبية وبين تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية وقرارات التحكيم التجاري الدولي.

أولا - تنفيذ الأحكام القضائية والعقود والمحركات الأجنبية:

رغم أن صياغة المادة 325 من قانون الإجراءات المدنية السابق لم تضبط بشروط واضحة كيفية التعامل مع الأحكام والعقود الرسمية الأجنبية، إلا أن القضاء الجزائري مستقر على تطبيقها حسب المعايير الفقهية الدولية المطلوبة. أما في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الحالي، فالأمر أصبح واضحا، ويتعين فقط التقيد بالشروط الواردة في النصوص القانونية المعنية (المواد 600، 605، 606، 608).

فالمادة 600 من ق.إ.م.إ. حددت السندات التنفيذية المعترف بها في القانون الجزائري وحصرتها في 13 نوع، ثم أضافت في الفقرة الأخيرة منها قولها "وتعتبر أيضا سندات تنفيذية كل العقود والأوراق الأخرى التي يعطيها القانون صفة السند التنفيذي"، وبالتالي فلا اجتهاد في هذا الشأن مع وضوح النص، بحيث يجب أن يعتبر سندا تنفيذا ما ذكر في نص هذه المادة، أو ما يتقرر بنص خاص. ويتعين الرجوع بالنسبة للسندات التنفيذية الأجنبية إلى قانون الدولة الأجنبية المعني، للثبوت من توافر الصفة التنفيذية للسند من عدمها.

والمادة 605⁽¹⁷⁾ من نفس القانون نصت على ضرورة مهر الأحكام والأوامر والقرارات القضائية الأجنبية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية للاعتراف بها وتنفيذها في الجزائر بشرط أن توافر فيها الشروط المقررة في تلك المادة. وهي شروط دقيقة وواضحة لا مجال للاجتهاد أيضا بصددتها.

كما أن المادة 606⁽¹⁸⁾ من نفس القانون أجازت تنفيذ العقود والسندات الرسمية الأجنبية في الإقليم الجزائري، بعد منحها الصيغة التنفيذية، شريطة أن يتوافر في السند صفتي (2) السند الرسمي حسب قانون بلد تحريره عملاً بالمادة 19 مدني، والسند التنفيذي والقابلية للتنفيذ طبقاً لقانون الدولة الأجنبية الذي حرر فيه أيضاً، فضلاً عن عدم مخالفته للقانون الجزائري وللنظام العام.

كما أن المادة 608 من نفس القانون⁽¹⁹⁾، استثنت من تطبيق ما ذكر في المادتين 605 و606، ما تقضي به من أحكام المعاهدات الدولية،⁽²⁰⁾ وكذلك اتفاقيات التعاون القضائي الثنائية في المواد المدنية والتجارية التي أبرمتها الجزائر مع عدد من الدول الأخرى.

ولكن رغم وضوح أحكام التنفيذ المذكورة أعلاه، يلاحظ في التطبيق القضائي الخلط بين السند الرسمي والسند التنفيذي، فمن المعلوم أن كل سند تنفيذي هو سند رسمي ولكن العكس غير صحيح. ومع ذلك يتضح من تحليل أحكام المحكمة العليا أنها خلطت بين المسألتين والتبس عليها الأمر، ومن ذلك قرار الغرفة التجارية والبحرية بالمحكمة العليا المؤرخ في 1990/06/03⁽²¹⁾ الذي اعتبرت فيه وكالة رسمية حررها موثق أجنبي لتمثيل تنازل صاحب أسهم في شركة يبيعها لشخص آخر سنداً تنفيذياً أجنبياً، يجب مهرها بالصيغة التنفيذية لجواز التمثيل بها أمام موثق جزائري وبيع الموكل لأسهمه في شركة تجارية، واستندت المحكمة العليا في تبرير موقفها إلى المادة 29 من قانون التوثيق السابق التي تنص على ضرورة التصديق على العقود الموجهة للخارج. وحسب رأيي، هذا التبرير ليس في محله لأن المادة 29 المذكورة خاصة بالسندات التي يحررها موثق جزائري والموجهة للخارج، ويتم التحقق من صحة إمضاء الموثق الجزائري عليها بالتصديق على إمضائه من النيابة العامة لمكان تواجد مكتب التوثيق بالمطابقة بين الإمضاء المودع لدى النيابة العامة والإمضاء الوارد في الوثيقة الرسمية المحررة، وهذا إجراء مقرر حسب القانون الجزائري لا يجوز القياس عليه بالنسبة للسندات الأجنبية، وفي كل الأحوال فهو لا يجعل السند تنفيذياً طبقاً للقانون الجزائري فلا يحول السند الرسمي إلى سند تنفيذي.

كذلك ما قضت به نفس الغرفة بتاريخ 1994/9/27⁽²²⁾ من اعتبار عقد إشهار حرره موثق أجنبي قصد إثبات صفة ورثة في التقاضي، سنداً تنفيذياً أجنبياً، يجب مهره بالصيغة التنفيذية لترتيب آثاره القانونية في الجزائر. في هذا القرار أيضاً التبس الأمر على المحكمة العليا في تطبيق المادة 8 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية الخاصة بالتعاون القضائي بين الدولتين لسنة 1964، بين الاعتراف بالسند الرسمي

وبين السند التنفيذي، إن عقد إشهار ورثة مجرد وثيقة رسمية تثبت صفة المذكورين فيه كورثة، حتى يتسنى استعماله كوثيقة رسمية من الورثة، لإثبات صفتهم ومصلحتهم كخلف عام لمورثهم في نزاع يخص حماية حقوقهم بتلك الصفة.

كذلك ما قضت به الغرفة المدنية للمحكمة العليا أيضا سنة 2010⁽²³⁾ من اعتبار العقد التوثيقي (وكالة) المحرر في بلد أجنبي سندا تنفيذيا لا يجوز الاعتراف به أو الأمر بتنفيذه إلا بعد إكسائه الصيغة التنفيذية من طرف الجهة القضائية المختصة، وعلى ذلك وافقت على الحكم المطعون فيه بالنقض الذي قضى ببطلان عقد بيع تم فيه تمثيل البائع بوكالة محررة من طرف موثق أجنبي، مع ملاحظة أن الطرف الذي تمسك ببطلان البيع الذي حصل بموجب الوكالة هو البائع الموكل وما تجدر الإشارة إليه في هذه القضايا الثلاثة مسألتان.

الأولى، أن الوكالة طبقا للقانون الجزائري ولقانون بلد تحريرها، ليست سندا تنفيذيا. لأنه طبقا للقانون، ليكون السند تنفيذيا يجب أن يكون قابلا للتنفيذ الجبري وأن يتضمن الإلزام بإعطاء أو فعل أو امتناع عن شيء، وعلى ذلك، ليست كل العقود التي يحررها الموظف أو الموثق سندات تنفيذية مع أنها رسمية. هذا ويلاحظ أن المحكمة العليا في القرار الأول السابق ذكره⁽²⁴⁾ ذكرت ضرورة التصديق على الوكالة المحررة في الخارج من السلطات المختصة للاعتداد بصحتها وتنفيذها في الجزائر.

والثانية، تخص تحديد القانون المختص بحكم شكل التصرفات القانونية، وطبقا للمادة 19 مدني، يؤول الاختصاص مبدئيا لقانون محل إجراء التصرف، فهو الذي يختص ببيان طبيعة السند المحرر وقوته في الإثبات. ومادامت الوكالة حررت في القضايا الثلاثة صحيحة طبقا للشكل المحلي، وليست سندا تنفيذيا طبقا لقانون بلد تحريرها، فالمفروض أن يعترف بها في الجزائر بحالتها الراهنة في بلد تحريرها. مع ملاحظة أن المادة 19 المذكورة - تجيز أيضا تحرير الوثائق الرسمية في الخارج طبقا للشكل المقرر في القانون الجزائري، وذلك بتحريرها لدى الهيئات الدبلوماسية والقنصلية الجزائرية المعتمدة في الخارج تطبيقا للمادة 95 من قانون الحالة المدنية وما تقضي به المراسيم الجزائرية المحددة لاختصاص السلك الدبلوماسي والقنصلي الجزائري في الخارج. وسبق للمحكمة العليا أن كرست هذا الحل في أحد قراراتها⁽²⁵⁾، فقضت بصحة الوكالة المحررة من قنصلية جزائرية في الخارج وترتيب آثارها في الجزائر دون أن تعتبرها سندا تنفيذيا يجب مهره بالصيغة التنفيذية.

ثانيا- تنفيذ قرارات التحكيم:

وبخصوص تنفيذ قرارات التحكيم، أجمل أهم الملاحظات في ما يلي:

1- لا إشكال بالنسبة لقرارات التحكيم الوطنية، فقد حدد القانون (المواد 1006 إلى 1038 من، ق.إ.م. إ.)، الشروط المطلوبة لصحة قرار التحكيم ذاته وشروط وإجراءات الاعتراف به وتنفيذه، والطعن فيه.

2- بخصوص تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية، بحكم انضمام الجزائر لاتفاقية نيويورك لسنة 1958، الخاصة بالاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية، واتفاقية واشنطن لسنة 1965 الخاصة بقرارات التحكيم الصادرة عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدولة والخواص الأجانب، فيتعين مراعاة أحكامهما، من حيث شروط صحة القرار التحكيمي ذاته وأحوال قابليته للتنفيذ أو الاعتراض على تنفيذه، أما إجراءات التنفيذ، فتتم طبقا للقانون الجزائري باعتباره قانون محل التنفيذ في الحالة الأولى، وطبقا لما تقضي به معاهدة واشنطن في الحالة الثانية.

3- بالنسبة لقرارات التحكيم التجاري الدولي، وبالنظر لكونها ذات طبيعة خاصة من حيث موضوعها وأطرافها وطبيعة القانون المطبق عليها، فقد ضبط القانون (المواد 1039 إلى 1061 من، ق.إ.م. إ.) كل المسائل المتعلقة بها (مجال التحكيم، الاختصاص في تنظيم التحكيم، سير خصومة التحكيم، الاعتراف بقرارات التحكيم التجاري الدولي وطريقة تنفيذها وحالات الطعن فيها، والأسباب التي يبني عليها الطعن)، لذلك يتعين التعامل مع هذه القرارات بصفة دقيقة، ومن الأفضل على مستوى المحكمة العليا تخصيص قضاة لهم خبرة في هذا المجال لتوحيد التطبيق والاجتهاد القضائي بشأنها.

في الأخير، يتعين التذكير أن النظام المعمول به في القانون الجزائري لتنفيذ الأحكام الأجنبية وقرارات التحكيم الأجنبية هو نظام المراقبة الشكلية وليس نظام إعادة النظر أو المراجعة، ومن ثم، المفروض أيضا أن لا يذكر ضمن أوجه الطعن في قرارات التحكيم التجاري الدولي عدم تسبيب محكمة التحكيم لقرارها كوجه من أوجه الطعن⁽²⁶⁾ لأن اشتراط ذلك يعني إعادة النظر في موضوع قرار التحكيم وبحث تأسيسه قانونا، مع ملاحظة أن هذا الوجه للطعن كان مقررًا في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي ولكن حذف بموجب تعديل 2011.

- 1- من ذلك تعديل أحكام تنازع القوانين في القانون المدني سنة 2005، إصدار قانون الإجراءات المدنية والإدارية لسنة 2008، متضمنا أحكاما أساسية تخص تنفيذ السندات التنفيذية الأجنبية أو تتعلق بإعادة تنظيم التحكيم وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية إصدار قانون جديد لوضعية الأجانب في الجزائر، إبرام اتفاقيات ثنائية عديدة تخص الحماية المتبادلة للاستثمارات الأجنبية، إقرار قوانين استثمار جديدة لجذب وتحفيز المستثمرين الأجانب، الانضمام لاتفاقيات دولية هامة تخص الاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية، ... الخ.
- 2- نصت على: "يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات".
- 3- نص المادة 41 على: "يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي، حتى ولو لم يكن مقيما في الجزائر، أمام الجهات القضائية الجزائرية، لتنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري.
- كما يجوز أيضا تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائريين".
- وتنص المادة 42 على: "يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي، حتى ولو كان مع أجنبي".
- 4- المواد 26، 27، 28، منها، صادقت عليها الجزائر بمرسوم 01- 47، المؤرخ في 2001/02/11.
- 5- المواد 33، 34، 35، 36 منها، صادقت عليها الجزائر بمرسوم 94- 181، المؤرخ في 1994/06/27.
- 6- من ذلك:
- الاتفاقية الجزائرية الأسبانية للتعاون القضائي في المجال المدني والتجاري المبرمة بمدير بتاريخ 2005/02/24، مصادق عليها بالمرسوم 06- 64، المؤرخ في 2006/02/11. تراجع المادة 17 منها.
- الاتفاقية الجزائرية الإيطالية للتعاون القضائي في الميدان المدني والتجاري، المبرمة بالجزائر في 2003/07/22، مصادق عليها بالمرسوم 05- 72، المؤرخ في 2005/02/13، تراجع المادة 16 منها.
- 7- المادة 5 مدني جزائري المقابلة للمادة 3 ف1 مدني فرنسي.
- 8- باتيفول ولاجارد، الدولي الخاص، الطبعة الرابعة، 1967، بند 673 و674، ليروبووربيجونيين الدولي، طبعة 1962، بند 281. إسعد محند، القانون الدولي الخاص، ترجمة فائز أنجاك، طبعة 1989، ج 2، ص 24 وما بعدها، راجع كتابنا، الاختصاص الدولي للقضاء الجزائري، طبعة 2017، ص 52 وما بعدها، وكتاب دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، طبعة 2011، لاسيما ص 329 وما بعدها.

- 9- غرفة شؤون الأسرة، ملف رقم 402333، منشور في مجلة المحكمة العليا، سنة 2008، عدد 1، ص 257.
- 10- ملف 86305، بتاريخ 1992/10/27، منشور بالمجلة القضائية 1995، عدد 1، ص 123.
- 11- القرار المذكور في الهامش السابق.
- 12- قرار مؤرخ في 1993/06/23، ملف رقم 91144، منشور بالمجلة القضائية 1994، عدد 1، ص 63.
- 13- راجع، قرار غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا المؤرخ في 1998/02/17، منشور بالمجلة القضائية، 2000، عدد 1 ص 167. وراجع تعليقنا عليه في كتاب اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص، دار هوم، 2016، ص 124.
- 14- قرار غرفة شؤون الأسرة، المؤرخ في 2013/03/14، منشور بمجلة المحكمة العليا 2013، عدد 1، ص 282.
- 15- راجع في التعليق على هذا القرار، مجلة المحكمة العليا، سنة 2015، عدد 2، ص 463 وما بعدها.
- 16- راجع في تحليل شروط الدفع بالنظام العام، كتابنا، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج 1، طبعة 2010 ص 278 - 279.
- 17- ونصها: "لا يجوز تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية، في الإقليم الجزائري، إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط التالية:
- 1- أن لا تتضمن ما يخالف قواعد الاختصاص.
 - 2- حائزة لقوة الشيء المقضي به طبقا لقانون البلد الذي صدرت فيه.
 - 3- ألا تتعارض مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية، وأثير من المدعى عليه.
 - 4- أن لا تتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر".
- 18- ونصها كما يلي: "لا يجوز تنفيذ العقود والسندات الرسمية المحررة في بلد أجنبي في الإقليم الجزائري، إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية، متى استوفت الشروط التالية:
- 1- توافر الشروط المطلوبة لرسمية السند وفقا لقانون البلد الذي حرر فيه.
 - 2- توفره على صفة السند التنفيذي وقابليته للتنفيذ وفقا لقانون البلد الذي حرر فيه.
 - 3- خلوه مما يخالف القوانين الجزائرية والنظام العام والآداب العامة في الجزائر".
- 19- جاء نصها كما يلي: "إن العمل بالقواعد المنصوص عليها في المادتين 605 و 606 أعلاه، لا يخل بأحكام المعاهدات الدولية والاتفاقات القضائية التي تبرم بين الجزائر وغيرها من الدول".

20- المقصود بذلك تحديدا ما تقضي به المعاهدات الدولية الخاصة بتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية وقرارات التحكيم، ومن ذلك معاهدة نيويورك لسنة 1958 الخاصة بتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية، ومعاهدة واشنطن لسنة 1965 الخاصة بإنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدولة ورعايا الدول الأخرى، واتفاقية الرياض العربية لسنة 1983 المتعلقة بالتعاون القضائي بين الدول العربية، واتفاقية رأس لانوف لسنة 1991 للتعاون القانوني والقضائي بين دول اتحاد المغرب العربي. وقد انضمت الجزائر لكل هذه المواثيق.

21- منشور في المجلة القضائية 1991، عدد 2، ص 85.

22- ملف رقم 116876، منشور بالمجلة القضائية 1994، عدد 3 ص 146.

23- قرارها في 2010/10/21، ملف رقم 586026، منشور بمجلة المحكمة العليا، 2010، عدد 2، ص 169.

24- قرار الغرفة التجارية والبحرية، ملف 59607، المؤرخ في 1990/06/03، منشور في المجلة القضائية 1991، عدد 2، ص 85. وراجع تعليقنا عليه في كتاب اجتهاد القضاء الجزائري معلقا عليه. م، س، ص 312 وما بعدها.

25- قرار الغرفة المدنية بالمحكمة العليا المؤرخ في 2009/09/19، منشور بمجلة المحكمة العليا، سنة 2009، العدد 2، ص 162. وراجع تعليقنا عليه في كتاب اجتهاد القضاء الجزائري معلقا عليه، م، س. ص 157 وما بعدها.

26- المادة 1056 ف 6 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

دور القاضي في تطوير القانون

السيد: عمر زودة

رئيس قسم بالمحكمة العليا سابقا

أستاذ قانون الإجراءات بالمدرسة العليا للقضاء

مقدمة:

إن العنوان المقترح وهو دور القاضي في تطوير القانون غير دقيق ولا يعبر عن حقيقة دور القاضي، فهو لا يقوم بتطوير القانون بل يقوم بسد النقص عندما يجد فراغا في المصادر الرسمية للقانون ومن ثم فالقضاء لا يساهم في تطوير القانون بل هو يقوم بعملية تكملة النقص في القانون، لأن دور القاضي يأتي لسد النقص كنتيجة لتطور الجوانب الاقتصادية والزراعية والتجارية والتكنولوجية في المجتمع.

إن التطور في هذه الميادين يفرض قضايا جديدة لم يكن المشرع قد توقعها، وعندما تعرض هذه القضايا على القاضي فلا يجد لها حلا في القانون، فيقوم بتكملة النقص فيه، ولا يفتح باب الاجتهاد أمام القاضي، إلا إذا وجد نقصا في المصادر الرسمية للقانون.

كذلك يجب الرجوع إل أحكام القضاء للبحث فيها والكشف عن مدى دور القضاء في مساهمته في تكملة النقص في القانون.

وتبعا لذلك، فإن هذا الموضوع يملئ حتمية تقسيمه إلى مبحثين، الأول يتناول حالة عدم كمال التشريع، تمليه طبيعة العمل الإنساني، والثاني يتناول التطبيقات القضائية، وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: عدم كمال التشريع

تنص المادة الأولى من القانون المدني على ما يلي: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها.

وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

يستخلص من هذا النص أن المشرع يقر بالنقص في القانون وقد فرض على القاضي قاعدة سلوك، تملي عليه أن يفصل في النزاع المعروض عليه، حتى ولو وجد نقصا في مصادر القانون.

وتبعاً لذلك، يجب تحديد مصادر الرسمية للقانون، لأن القاضي لا يقوم بتكملة النقص، إلا إذا لم يجد حكماً في أحد مصادر القانون ولذلك يجب تمييز مصادر القانون عن بعض الأفكار القانونية الأخرى، ثم متى يقوم القاضي بتكملة النقص المسجل في القانون، وما هي الوسائل التي يواجه بها هذا النقص.

وترتيباً على ذلك، سأقسم هذا المبحث على المطالب التالية:

المطلب الأول: تحديد مصادر القانون

كل شيء في هذا الوجود إلا وله مصدر ينشئه، ومن ثم يكون البحث في مصادر القانون هو في حقيقة الأمر هو البحث عن الأسباب المنشئة للقاعدة القانونية، وهي عبارة عن كائن يولد في عالم القانون، ومن ثم لا يمكن التصور أن تولد القاعدة القانونية من العدم، بل لا يتحقق وجودها في عالم القانون، إلا إذا وجد سبب منشئ لها، طبقاً لقانون السببية، حيث يقرر أنه لا وجود لكائن من كان بدون سبب¹ وهو المبدأ الأسمى لكل معرفة علمية ومنها المعرفة القانونية².

والقواعد القانونية باعتبارها قواعد تقويمية تتميز عن قواعد الطبيعة بأنها قواعد تقريرية.

وتتفق قواعد القانون مع قواعد الطبيعة، فكل منهما أمر واقع يمكن التحقق من وجودها في العالم الحسي، ويشكل كل واحدة منها أمراً واقعاً يمكن أن يكون محلاً للمعرفة العلمية³، وتبعاً لذلك وجب البحث عن المصادر الرسمية للقانون.

فالدولة تعبر عن إرادتها بطرق مختلفة، أحياناً تعبر عن إرادتها عن طريق قواعد مكتوبة وأحياناً أخرى عن طريق قواعد غير مكتوبة⁴ وأعني به القواعد العرفية، والعرف بأنه قانون غير مكتوب ويتفق العرف

¹ - سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 158، ص 234.

² - نفس المرجع، ص 235.

³ - نفس المرجع، ص 236.

⁴ - نفس المرجع، ص 462.

مع التشريع فكل واحد منهما هو تعبير عن إرادة الأمة أي الدولة، والاختلاف يقع فقط في طريقة التعبير عن هذه الإرادة¹.

ويذهب بعض الفقهاء إلى القول أن الشعب الذي يضع العرف يقوم بعمل من أعمال السلطة العامة².

ويعتبر العرف ضرباً من الضروب الديمقراطية المباشرة³.

والعرف تعبير عن سلطة الدولة ويستمد قوته من إرادتها.

وتبعاً لذلك لا يمكن القول بوجود قاعدة قانونية، سواء كانت قاعدة تشريعية أو عرفية دون معرفة السبب المنشئ لها، فالقاعدة التشريعية أو العرفية مصدرها إرادة الدولة ومن ثم تنحصر القواعد الرسمية في القواعد التشريعية والقواعد العرفية.

والبحث عن مصادر القانون يكتسي أهمية خاصة من حيث تحديد مضمون القاعدة القانونية ومعرفة كيفية تطبيقها وتفسيرها⁴، ومن ثم يجب التمييز بين المصدر باعتباره السبب المنشئ للقاعدة القانونية عن بعض الأفكار القانونية الأخرى، وذلك على النحو التالي:

المطلب الثاني: تمييز المصدر عن بعض الأفكار القانونية الأخرى

قد يختلط مصدر القاعدة القانونية عن بعض الأفكار القانونية الأخرى، وكثيراً ما يقع الخلط بين مصدر القاعدة القانونية باعتباره السبب المنشئ لها، وبين بعض الحقائق الموضوعية التي يرجع إليها المشرع لاستلزام مضمون القاعدة القانونية أو القاضي، لحل النزاع المعروض عليه عندما يجد النقص في القانون ويكون مصدر هذا الحكم هو إرادة القاضي، وهذا ما سأطرق إليه على النحو التالي:

1- الحقائق الموضوعية للقاعدة القانونية ومصدرها:

إن المشرع عندما يسن القواعد القانونية فهو لا يصوغها من العدم، بل يرجع إلى الحقائق الموضوعية يسميها البعض بالمصادر الموضوعية أو المصادر الاحتياطية، ويقصد بها الحقائق التاريخية والجغرافية والاقتصادية والدينية والاجتماعية، فيرجع إلى هذه الحقائق لاستلزام منها مضمون القاعدة القانونية.

¹ - نفس المرجع، ص 425.

² - نفس المرجع، ص 463.

³ - نفس المرجع السابق، ص 463.

⁴ - تناغو، المرجع السابق، ص 276.

والحقائق الموضوعية التي يستمد منها المشرع مضمون القاعدة القانونية لا تعتبر مصدرا لها، بل مصدر القاعدة القانونية سواء كانت قاعدة تشريعية أو عرفية هو إرادة الدولة¹ والحقائق الموضوعية التي يستمد منها المشرع مضمون القاعدة القانونية تتعدد، فقد يستمد مضمون القاعدة القانونية من قانون دولة أجنبية² كما فعل المشرع الجزائري، حيث استمد مضمون المادة الأولى من القانون المدني من القانون المصري، مضمون هذه المادة مستلهم من القانون الأجنبي، كما استلهم مضمون جل قواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

غير أن هذه القواعد التي استمد المشرع مضمونها من القانون الأجنبي، قد صدرت عن إرادة الدولة وعبر عنها المشرع في نص تشريعي، وتعتبر قاعدة قانونية صادرة عن إرادة الدولة.

ولذلك يختلف مصدر القاعدة القانونية عن مضمونها، فمصدر القاعدة القانونية هو إرادة الدولة، في حين مضمون هذه القاعدة فقد يستلمه المشرع من الحقائق الموضوعية، فلا تعد هذه الأخيرة مصدرا للقاعدة القانونية³.

2- مصدر القاعدة القانونية وجوهرها:

كما هو متفق عليه بين الفقهاء وفلاسفة القانون، أن جوهر القانون هو العدل⁴ أي القانون الطبيعي، وتعرف فكرة العدل عدة معان تطلق عليها، فقد يطلق على فكرة العدل القانون العقلي أو الأمر الأخلاقي المطلق أو القانون الطبيعي⁵.

وقد نص المشرع الجزائري على نظرية القانون الطبيعي في الفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون المدني، على أن القاضي إذا لم يجد نصا في المصادر القانونية حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية، فإذا لم يجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

وتشير هذه الفقرة إلى أن القانون الطبيعي هو المصدر الاحتياطي يمكن تطبيقه على النزاع المعروض أمام القاضي إذا لم يجد الحل للنزاع في مبادئ الشريعة الإسلامية.

¹ - تناغو، المرجع السابق، ص 238.

² - تناغو، نفس المرجع، ص 238.

³ - تناغو، المرجع السابق، ص 238.

⁴ - تناغو، جوهر القانون، مكتبة الوفاء القاهرة، ط 2014، ص 38.

⁵ - تناغو النظرية، المرجع السابق، ص 235.

غير أن هناك اتجاها في الفقه يرفض اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية ومبادئ القانون الطبيعي من المصادر الرسمية للقانون¹، فتعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية من المبادئ العامة للقانون، في حين تعتبر مبادئ القانون الطبيعي، جوهر القانون.

والتحليل العلمي يبين أن مصادر القانون تختلف عن مبادئ الشريعة الإسلامية ومبادئ القانون الطبيعي، فمصادر القانون الوضعي - كما رأينا فيما سبق - سواء كان نصا تشريعا أو قاعدة عرفية فمصدرها إرادة الدولة.

إن المشرع عندما يقدم على وضع القواعد القانونية فهو يستهدي بمبادئ الشريعة الإسلامية، فعندما وضع قانون الأسرة، حيث استلهم جميع قواعده من مبادئ الشريعة، فيبقى مصدر قانون الأسرة هي إرادة الدولة في حين تشكل مبادئ الشريعة الإسلامية مضمون هذا القانون، ولذلك يختلف مضمون هذا القانون عن مصدره وقد جاء في المادة 222 من قانون الأسرة على أن: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، وهذا النص جاء من باب التزيد، ذلك أن المادة الأولى من القانون المدني، تنص على أن القاضي إذا لم يجد النص في القانون يمكن تطبيقه على النزاع حكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية.

كذلك فإن المشرع عند وضعه للقانون فهو يستهدي بمبادئ القانون الطبيعي، وعندما يستلهم المشرع مضمون القواعد القانونية، فهو يسعى من خلال ذلك أن تكون تلك القواعد عادلة لكن العدل الذي ينشده المشرع هو عدل مصنوع، لأنه من وضع البشر، ومن ثم لا يمكن أن يصل إلى درجة القانون الطبيعي أي إلى العدل المطلق أو إلى الكمال، وليس مطلوبا أن يصل المشرع إلى العدل المطلق، وكل ما هو مطلوب منه أن يسعى إلى الاقتراب من مستوى القانون الطبيعي، حيث يقلص المسافة ما أمكن ما بين القانون الوضعي والقانون الطبيعي.

ومهما سعى المشرع إلى تقريب المسافة بين القانون الوضعي والقانون الطبيعي، فتأتي أحكامه مشوبة بالقصور والنقص باعتباره من عمل الإنسان الذي لا يمكن أن يصل إلى درجة الكمال.

إن المشرع عند وضعه للقانون فهو يرجع إلى مواد الخام، وهذه المواد تتعدّد، يستلهم منها القواعد القانونية، ولكن هذه القواعد لكي تحظى بالقبول من طرف المخاطبين بأحكامها يجب أن تكون

¹ - عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، دار النهضة العربية، بيروت، ط 1978، ص 173.

عادلة مستلهمة من القانون الطبيعي، وبذلك فهو يشكل جوهر القانون، ولذلك تختلف مصادر القانون عن جوهره.

وهو نفس المنهج الذي يطبقه القاضي على النزاع المعروض عليه، فإذا لم يجد النص في القانون الوضعي حكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يجد فيها حلاً للنزاع حكم بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

والقاضي ملزم بتطبيق قواعد القانون الوضعي، ولا يجوز له العزوف عن تطبيقها والذهاب إلى تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية أو مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة فإذا فعل ذلك، يكون قد انحرف عن تطبيق القانون مع أن وظيفة القاضي تتطلب منه احترام تطبيق القانون ولا يلجأ إلى تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية أو مبادئ القانون الطبيعي إلا إذا سجل نقصاً في القانون.

3- المبادئ العامة للقانون ومصدره:

لقد اختلف الرأي حول تعريف المبادئ العامة للقانون، فقد ذهب البعض إلى أن المبادئ العامة للقانون هي القواعد العامة للقانون، ويقصد بالعمومية في هذا الشأن هو أن المبدأ العام هو قابليته للانطباق على قواعد قانونية أخرى¹ وأن المبدأ العام هو قاعدة القواعد²، ويمكن التعرف على هذه المبادئ بالرجوع إلى القواعد القانونية، ومن ثم فهذا الاتجاه يقسم القواعد القانونية إلى قواعد أصلية وقواعد فرعية، فما يعتبر أصلاً هو المبدأ العام.

غير أن هذا الرأي لا يمكن التسليم به، لأنه لا يفرق بين القواعد العامة المنصوص عليها في القانون وترد عليها استثناءات.

وحسب هذا الرأي فإن القواعد العامة في القانون تشكل المبادئ العامة للقانون، في حين القواعد القانونية العامة هي تلك القواعد المنصوص عليها في القانون كالقاعدة المنصوص عليها في القانون التي تقضي أن العقد شريعة المتعاقدين، في حين المبادئ العامة للقانون غير منصوص عليها في القانون، وبالتالي فالقواعد القانونية العامة تختلف عن المبادئ العامة للقانون.

¹ - تناغو، النظرية، المرجع السابق، ص 247.

² - تناغو، النظرية، المرجع السابق، ص 248.

وقد ذهب اتجاه في الفقه إلى القول أن المقصود بالمبادئ العامة للقانون هي تلك التي يقضي بها العقل الإنساني، ومن الأمثلة على ذلك، المبدأ الذي يقضي أن من يجب عليه الضمان لا يجوز منه الاسترداد، أو المبدأ الذي يقضي لا مصلحة فلا دعوى والمبدأ الذي يقضي أن الباطل لا أثر له.

غير أن هذا الرأي منتقد، ذلك أن قاعدة الباطل لا أثر له تناقضها القاعدة التي تقضي بترتيب بعض الآثار على العقد الباطل، فالزواج الباطل يمكن اعتباره زواجا ظنيا يثبت بموجبه نسب الولد، والشركة الباطلة يمكن اعتبارها شركة فعلية وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين تحد منها قاعدة عدم جواز الغبن¹.

إلا أن الاتجاه القوي في الفقه، يرى أن المقصود بالمبادئ العامة في القانون، وهي تلك المبادئ العامة المستمدة من الفلسفة العامة السائدة في مجتمع معين بل أكثر وضوح، فالمبادئ العامة هي عبارة عن الأفكار الصادرة عن الفكرة العامة للوجود أو عن التصور العام للوجود والحياة في مجتمع معين².

وتعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية من المبادئ العامة للقانون، يستمد منها المشرع مضمون القواعد القانونية.

وهناك من جانب آخر يذهب إلى تعريف المبادئ العامة للقانون، وهي تلك المبادئ غير المكتوبة تستنتج من النظام القانوني في الدولة، وهي مستقرة في ذهن وضمير الجماعة ويقوم القاضي بالكشف عنها وتفسير هذا الضمير الجماعي³.

وتبعاً لذلك، تعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية من المبادئ العامة للقانون يستلهم منها المشرع مضمون القواعد القانونية، ونتيجة لذلك فإن مصادر القانون باعتبارها السبب المنشئ للقاعدة القانونية ومصدرها هو إرادة الدولة، في حين المبادئ العامة للقانون غير مكتوبة تستنتج من النظام القانوني السائد في الدولة وهي مستقرة في ذهن وضمير الجماعة، ومن ثم تختلف مصادر القانون عن مبادئ الشريعة الإسلامية ومبادئ القانون الطبيعي من حيث السبب.

المطلب الثالث: القاضي يقوم بتكملة النقص في التشريع

القاضي عندما تعرض عليه القضية ولا يجد نقصاً في التشريع، بل يجد نصاً واضحاً ولا يحتاج إلى التفسير، فيقوم بدور آلي بتطبيق القاعدة القانونية، ولا يجوز له العدول عن تطبيقها تحت ذريعة تحقيق

¹ - تناغو، نفس المرجع، ص 247.

² - تناغو، نفس المرجع، ص 247.

³ - هلالى عبد الإله أحمد، النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1987، ص 501.

العدل، وإذا فعل ذلك يكون قد خرج عن وظيفته التي تتطلب منه تطبيق أحكام القانون من غير العزوف عنها تحت أية ذريعة من الذرائع.

لكن القاضي عندما يفصل في النزاع المعروض عليه، ولا يوجد نص في التشريع يمكن تطبيقه عليه انتقل إلى المصادر القانونية الأخرى، ومن ثم لا يمكن القول بوجود نقص في القانون إلا إذا كان لا يوجد حل للنزاع المعروض على القاضي في أحد مصادر القانون.

ولذلك يجب التفرقة بين المصادر القانونية التي تكون لها الأولوية في تطبيقها على غيرها من الأفكار القانونية الأخرى التي سبقت الإشارة إليها.

وكما هو متفق عليه فقها وقضاء أن المصادر القانونية الرسمية التي يلتزم بها القاضي بتطبيقها هي التشريع والعرف، ومن ثم يثور التساؤل حول أولوية مبادئ الشريعة الإسلامية على العرف كما جاء في الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني.

فهل يجب على القاضي إذا لم يجد نصا في التشريع أن ينتقل مباشرة إلى تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية قبل العرف.

إن هذا الترتيب الذي جاء به المشرع الجزائري لا يلغي دور العرف باعتباره المصدر الرسمي للقانون، فالقاضي مقيد بتطبيق أحكام القانون الوضعي بما فيه العرف على سائر الأفكار القانونية الأخرى، لأن مبادئ الشريعة الإسلامية، لا تعد من مصادر القانون، فإذا وجد القاضي نقصا في القانون الوضعي أي في التشريع والعرف انتقل إلى مبادئ الشريعة الإسلامية لاستلزام منها الحكم للنزاع المعروض عليه عند عدم وجود قاعدة قانونية وضعية، ولذلك فهو يخلق الحل العادل للنزاع وهو حكم منشئ من خلق القاضي ولو أستمد هذا الحل من مبادئ الشريعة الإسلامية، وبالتالي يكون مصدر هذا الحكم هو إرادة القاضي، في حين أن مضمون هذا الحكم قد استلهمه من مبادئ الشريعة الإسلامية.

إن القاضي لا يرجع إلى مبادئ الشريعة إلا إذا وجد نقصا في القانون الوضعي، لأن وظيفة القاضي تلزمه بتطبيق أحكام القانون ولا يفتح أمامه باب الاجتهاد إلا إذا وجد نصا غامضا يتطلب منه تفسيره لاستجلاء الحل اللازم لتطبيقه على النزاع، أو إذا وجد نقصا في المصادر الرسمية للقانون.

والقاضي ملزم بتطبيق القاعدة التشريعية، فإذا وجد نقصا في التشريع انتقل إلى تطبيق القاعدة العرفية، فإذا لم يجد حلا في العرف، انتقل إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، فإذا لم يجد فيها

حلا انتقل إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ويقصد بقواعد العدالة أن تتكفل بتطبيق مبادئ القانون الطبيعي بناء على قواعد تراعى فيها ظروف كل قضية على حدة¹.

وقد يجد القاضي التعارض بين القاعدة التشريعية والقاعدة العرفية، فهل تثبت الأولوية للقاعدة التشريعية أو القاعدة العرفية ؟

الإجابة عن ذلك هو أن الأولوية للتشريع على العرف، وهذا ما يستفاد من الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني، فالقاضي لا يرجع إلى العرف إلا إذا لم يجد نصا في التشريع، وما دام أن القاعدة التشريعية والقاعدة العرفية في درجة واحدة وتتفوق القاعدة العرفية على القاعدة التشريعية إذا كانت القاعدة العرفية قاعدة دستورية، أما إذا كانت كل من القاعدة التشريعية والعرفية على مستوى واحد فالأولوية تكون للقاعدة التشريعية.

كذلك لا يجوز للقاضي أن يطرح التشريع ويطبق العرف، ويكون بذلك قد ألغى التشريع ضمناً، وهذا ما يخالف أحكام الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون المدني والتي تنص على ما يلي:

"... لا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لا حق ينص صراحة على هذا الإلغاء".

ومن ثم إذا امتنع القاضي عن تطبيق القاعدة التشريعية وطبق بدلها القاعدة العرفية يكون قد جعل الأولوية للقاعدة العرفية على حساب القاعدة التشريعية، مما يعد ذلك مخالفة لمبدأ أولوية التشريع على العرف.

وترتيباً على ذلك فإن مصادر القانون تنحصر في مصدرين وهما التشريع والعرف، في حين لا تعد مبادئ الشريعة الإسلامية ومبادئ القانون الطبيعي من مصادر القانون²، فمبادئ الشريعة الإسلامية من المبادئ العامة للقانون الجزائري، حيث يستلهم منها المشرع مضمون القواعد التشريعية، أما القانون الطبيعي يشكل جوهر القانون، فعندما يقوم المشرع بوضع القواعد التشريعية فهو يستهدي بقواعد القانون الطبيعي، فينبغي على المشرع أن يستلهم من القانون الطبيعي روح القواعد التشريعية وكذلك على القاضي عندما لا يجد الحل في القانون الوضعي يطبقه على النزاع حكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يجد حلاً فيها حكم بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

¹ - عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، ص 173.

² - عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 173.

المطلب الرابع: كيف يواجه القاضي النقص في القانون ؟

عندما يعرض النزاع على القاضي فيقوم بتكييف وقائع النزاع فيعطي الوصف القانوني لها ، ويقرر ما إذا كانت هذه الوقائع تولد المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية ، فإذا توصل إلى أن الوقائع المعروضة تولد المسؤولية التقصيرية وهي مسؤولية حارس الشيء ، ويبحث على النص القانوني الذي ينطبق على هذه الوقائع ، فإذا وجد النص واضحا وليس فيه غموض يلتزم بتطبيقه ولا يجوز له أن يتمتع عن ذلك ، وإذا فعل ذلك وقع في خطأ التقدير يعرض حكمه للإلغاء من جهة الطعن.

أما إذا لم يجد الحل للنزاع المطروح عليه في التشريع ، انتقل إلى المصدر الرسمي الثاني وهو العرف ، فإذا لم يجد الحل في القاعدة العرفية ، انتقل إلى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يجد الحل فيها للنزاع ، انتقل إلى القانون الطبيعي.

والقاضي بحكم طبيعة عمله هو الشخص الذي يحكم بالعدل بين الناس حسب تعبير أرسطو.

والقاضي عندما لا يجد نصا في القانون الوضعي يمكن تطبيقه على النزاع المعروض أمامه ، ولا يجد الحل في مبادئ الشريعة الإسلامية ، انتقل إلى مبادئ القانون الطبيعي يستلهم منها الحل للنزاع ، يعمل القاضي في هذه الحالة كما يعمل المشرع عند وضعه القانون حيث يستوحي من القانون الطبيعي مضمون النص التشريعي.

ويقول أرسطو في هذه الحالة أي عندما يواجه القاضي النقص في القانون ، فإن المشرع نفسه لو كان حاضرا لوافق على تكملة النقص ، ولو كان قد تنبه إليه لأدخل التحديد اللازم في نص القانون¹.

ومن ثم فإن القاضي يقوم - عند وجود نقص في القانون الوضعي - بعمل أقرب إلى عمل المشرع وهو تطبيق نفس الحل الذي كان يقرره المشرع لو كان حاضرا مكان القاضي².

إن كلا من المشرع والقاضي يرجعان إلى نفس المرجع وهو القانون الطبيعي ، فيستلهم المشرع منه مضمون القاعدة التشريعية التي يضعها ، وكذلك يستلهم القاضي الحل الذي يمكن تطبيقه على النزاع.

ويؤكد أرسطو على أنه وفي حالة وجود نقص في القانون الوضعي ، فإن القاضي يرجع إلى القانون الطبيعي لاستلهم منه الحكم للنزاع المعروض عليه ، والحكم الذي يصدره القاضي ، ليس حكما

¹ - تناغو، النظرية، المرجع السابق، ص 241.

² - تناغو، النظرية، المرجع السابق، ص 241.

بمقتضى العدل، وإنما هو حكم بمقتضى الإنصاف l'équité وهو نوع خاص من العدل¹، ويفرق أرسطو بين العدل والإنصاف والمشرع الجزائي عندما خول القاضي في حالة وجود نقص في القانون الوضعي أن يحكم بمقتضى القانون الطبيعي فهو لم يخرج عما قال به أرسطو وهو أن يستلهم القاضي الحل للنزاع المعروض عليه من نفس المرجع الذي يستلهم منه المشرع مضمون قواعد القانون الوضعي وهو القانون الطبيعي².

والحكم الذي يصدره القاضي على أساس القانون الطبيعي هو حكم يعبر عن العدل المصنوع، وليس هو حكم القانون الطبيعي أي العدل في ذاته³، وكذلك يجب التفرقة بين العدل في ذاته والعدل المصنوع فهو يعبر عن جهد الإنسان وما يشوبه من قصور.

ومن نافلة القول أن القانون الطبيعي هو العدل في ذاته أي العدل المطلق، أما الحكم الذي يصدره القاضي عندما لا يجد الحل في المصادر الرسمية للقانون، ويرجع إلى القانون الطبيعي لاستلهم منه الحكم فهو يعبر عن العدل المصنوع.

والقضاء لا يقوم بتطوير القانون وإنما يقوم بتكملة النقص المسجل في القانون، وتبعاً لذلك يثور التساؤل التالي :

عندما يجد القاضي فراغاً في القانون فهل يقوم بخلق قاعدة قانونية لها قوة الإلزام ؟

فقد اختلف الرأي حول الإجابة على هذا السؤال، فذهب رأي في الفقه⁴ حيث يرى أن الأحكام القضائية الصادرة في مسألة معينة ومهما تواترت تلك الأحكام على حكم و مستلهمة مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، فلا يؤدي ذلك إلى خلق قاعدة قانونية، والقاضي عندما يستلهم تلك المبادئ فيقتصر الحل الذي توصل إليه على الحالة التي لا يوجد حل في التشريع أو العرف⁵.

في حين ذهب رأي آخر في الفقه، حيث يرى أن الحكم الذي يصدره القاضي في هذه الحالة يمكن أن يؤدي إلى خلق قاعدة قانونية إذا تواترت المحاكم الأخرى على تطبيق نفس الحكم على نفس المنازعات المتشابهة، ويكون مصدر هذه القاعدة التي استلهمها من القانون الطبيعي هو إرادة القاضي،

¹ - تناغو، جوهر القانون، المرجع السابق، ص 55.

² - تناغو، النظرية، نفس المرجع، ص 241.

³ - نفس المرجع، ص 291.

⁴ - عبد المنعم فرج، المرجع السابق، ص 170.

⁵ - توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، مؤسسة الثقافية الجامعية، الاسكندرية، ط 1976، ص 195.

وبذلك يعد القضاء مصدرا من مصادر القانون الوضعي¹، غير أنني أرى أن الرأي الأول هو الذي يتوافق مع أحكام المادة الأولى من القانون المدني، فالمشرع لم يعتبر أحكام القضاء من مصادر القانون، وإذا تواترت تلك الأحكام على تطبيق نفس الحكم على نفس المنازعات المتشابهة، فيعتبر ذلك من باب الاجتهاد القضائي وهو غير ملزم، في حين لو كان القضاء مصدرا رسميا من مصادر القانون يصبح ملزما للقاضي بتطبيقه على النزاع المعروض عليه.

أما الاجتهاد القضائي وعلى فرض تواتر الأحكام على تطبيق نفس الحل، ليس له قوة الإلزام، فالقاضي عندما لا يطبق نفس الحل الذي تواترت عليه أحكام المحاكم الأخرى، فهو لا يخرق أية قاعدة قانونية، ويمكن أن يؤدي إلى اجتهاد جديد والقول بغير ذلك يؤدي إلى الجمود، وهو الأمر الذي تأباه طبيعة الحياة الاجتماعية، حيث لا تتوقف على فرز قضايا جديدة تتطلب حلولاً جديدة.

المبحث الثاني: مدى مساهمة التطبيقات القضائية في إكمال النقص في التشريع مقدمة:

إن دور القضاء في المساهمة في تكملة النقص في التشريع، باستلزام الحلول من مبادئ الشريعة الإسلامية وقواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة ولا يظهر هذا الدور إلا إذا وجد القاضي نقصا في مصادر القانون الرسمية، وهذا ما يفتح أمامه باب الاجتهاد القضائي.

ويقوم القضاء بإكمال النقص في التشريع وهذا الدور مفتوح أمام أسفل قاعدة الهرم إلى أعلاها، وتتربع المحكمة العليا على قمة هذا الهرم في التنظيم القضائي الجزائري، وتقوم بدورها طبقا ما يحدده الدستور في المادة 179 منه، حيث جاء فيها ما يلي: "تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد ويسهران على تطبيق القانون".

ويستخلص من هذا النص أن المحكمة العليا تقوم بدورين الأول توحيد الاجتهاد القضائي والثاني السهر على احترام القانون وقد يواجه قضاة الموضوع نقصا في القانون، فيقوم بإكمال هذا النقص المسجل في القانون، ومن ثم ومن المتوقع أن تصدر من المحاكم والمجالس القضائية اجتهادات متناقضة حول نفس المسألة المعروضة عليهم، فتقوم المحكمة العليا في هذه الحالة بتوحيد الاجتهاد وذلك بانضمامها لأحد الاجتهاديين مع عدم تبنيها للاجتهاد القضائي الآخر وبذلك سينضم قضاة الموضوع إلى هذا الموقف الذي انحازت إليه المحكمة العليا، والتزام قضاة الموضوع بهذا الاجتهاد هو التزام معنوي.

¹ - تناغو، النظرية، المرجع السابق، ص 483.

وتقوم المحكمة العليا بهذا الدور عن طريق الهيئتين الأولى تتمثل في الغرفة المختلطة، وتحال عليها القضية عندما تطرح مسألة قانونية من شأنها أن تصدر فيها قرارات متناقضة من غرفتين أو أكثر، وإذا لم يحصل الاتفاق بينهما تحال القضية أمام الغرف المجتمعة والثانية تتمثل في الغرف المجتمعة وهي تختص بالفصل في القضية عندما يكون من شأن القرار الذي سيصدر من إحدى غرفها تغيير اجتهاد قضائي.

وتبعاً لذلك سأتطرق إلى قراراتين صادرين عن الغرف المجتمعة، لنرى مدى التزام المحكمة العليا بهذا المبدأ، وما إذا كانت تقوم بالفعل بالفصل في مسألة تطرح خلافاً في الرأي أو بمسألة تتعلق بتغيير اجتهاد قضائي خلافاً لاجتهاد قضائي سابق، وسأتطرق بدراسة هذين القرارين على النحو التالي:

1- القرار الصادر عن الغرف المجتمعة بتاريخ 18 02 1997 رقم 136156

أولاً - المبدأ: الشكل الرسمي هو شرط ضروري لصحة عقد البيع المتعلق ببيع القاعدة التجارية. وإذا كان صحيحاً أن العقد العريفي المتعلق ببيع القاعدة التجارية يتضمن التزامات شخصية تقع على عاتق كل من البائع والمشتري، إلا أنه باطل بطلاناً مطلقاً.

ثانياً - ملخص الوقائع والإجراءات:

ويستخلص من وقائع القضية، أن (ع، أ) قدم طعناً بالنقض في القرار الصادر عن مجلس قضاء معسكر بتاريخ 03 ماي 1994 القاضي بإلغاء الحكم المستأنف، والقضاء من جديد بصحة عقد بيع المحل التجاري المبرم بين الخصمين بموجب العقد العريفي المؤرخ في 22 أوت 1988 وبصرفهما أمام الموثق للقيام بإجراءات نقل الملكية.

وانتهى الطعن بالنقض إلى صدور القرار المؤمى إليه أعلاه من الغرف المجتمعة التي اعتمدت على الوجه المأخوذ من مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه، بدعوى أن عملية بيع المحل التجاري تخضع لأحكام المادة 79 من القانون التجاري والمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، حيث أن المادتين تستوجبان تحرير عقد ببيع المحل التجاري بموجب عقد رسمي تحت طائلة البطلان، لكن القرار المنتقد قد رفض الدفع ببطلان العقد وقضى بصحته.

وحيث أجابت الغرف المجتمعة على هذا الوجه بما يلي :

"حيث أنه يتبين من القرار المطعون فيه أن قضاة الاستئناف، قد اعتبروا أن العقد العريفي المشار إليه أعلاه هو عقد صحيح مكتمل الشروط.

غير أن قضاءهم جاء خرقاً لأحكام المادتين 79 من القانون التجاري والمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، حيث تشترطان في بيع المحل التجاري أن يحرر عقد البيع في الشكل الرسمي تحت طائلة البطلان.

وحيث أن الشكل الرسمي في عقد بيع القاعدة التجارية هو شرط ضروري لصحته وإن تحرير عقد البيع في شكل آخر مخالف للقانون يؤدي إلى بطلان ذلك العقد.

وحيث أنه إذا كان صحيحاً أن العقد العرفي المتعلق ببيع قاعدة تجارية يتضمن التزامات شخصية على عاتق البائع والشاري، إلا أنه باطل بطلاناً مطلقاً لكونه يخضع لإجراءات قانونية تخص النظام العام، ولا يمكن للقاضي أن يصححها بالحكم على الأطراف بالتوجه أمام الموظف للقيام بإجراءات البيع، وضمن هذه الظروف أنه كان يتعين على قضاة الموضوع أن يقضوا ببطلان العقد العرفي المتعلق ببيع القاعدة التجارية، ويأمرؤا بإرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام العقد وفقاً للمادة 103 من القانون المدني، وانتهت المحكمة العليا ضمن غرفها المجتمعة إلى نقض وإبطال القرار المطعون فيه مع الإحالة.

ثالثاً - تحليل ومناقشة أسباب القرار:

حيث أنه وكما يستخلص من وقائع القضية، أنه تم عرض القضية المذكورة وقائعها أعلاه، على الغرف المجتمعة للفصل في مسألة قانونية بحتة تتعلق بالخطأ في تطبيق القانون الذي وقع فيه قضاة الموضوع، اعتماداً على أحكام المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، والمادة 79 من القانون التجاري حيث تنصان على وجوب تحرير عقد ببيع القاعدة التجارية - تحت طائلة البطلان - في الشكل الرسمي، وأن قضاة الموضوع عندما صرحوا بصحة عقد البيع المحرر في الشكل العرفي، قد أخطئوا في تطبيق القانون وإذا كانت ما انتهت إليه الغرف المجتمعة هو صحيح من الناحية القانونية وتطبيق آلي للقانون ولكنه لا تتعلق هذه المسألة بالتراجع عن اجتهاد سابق، أو عن مسألة تثير اختلافاً في الرأي.

وتخرج هذه المسألة عن اختصاص الغرف المجتمعة، بل هي من اختصاص أية غرفة من غرف المحكمة العليا تفصل فيها بمفردها.

وتحدد المادة 18 من القانون العضوي رقم 11-12 المتعلق بتنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصها، ما يلي:

"زيادة على الحالة المنصوص عليها في الفقرة 3 من المادة 17 أعلاه، تفصل المحكمة العليا بغرفها مجتمعة عندما يكون من شأن القرار الذي سيصدر عن إحدى غرفها تغيير اجتهاد قضائي".

وجدير بالملاحظة، فإنه لم يتم طرح على الغرف المجتمعة مسألة تتعلق بتغيير اجتهاد قضائي سابق سيتم الرجوع عنه بموجب اجتهاد قضائي جديد، أو مسألة تثير اختلافا في الرأي.

غير أنه وكما هو ثابت من قرارات سابقة صادرة عن المحكمة العليا¹ كانت ترى أن عقد بيع القاعدة التجارية، أو بيع العقار المحرر في الشكل العريفي هو عقد صحيح، وتصرف الطرفين أمام الموثق لإكمال الشكل الرسمي.

وإذا كانت المحكمة العليا قد تراجعت عن موقفها السابق الذي يعتبر العقود العرفية المتضمنة بيع العقار أو القاعدة التجارية عقودا صحيحة مرتبة لجميع آثارها، فإنها تكون قد تراجعت عن الخطأ في تطبيق القانون، وهذا ما يتطابق مع وظيفتها الدستورية المنصوص عليها بالمادة 179 من الدستور والتي تنص على أن تسهر المحكمة العليا على احترام تطبيق القانون، ولكنه لا يدخل في اختصاص الغرف المجتمعة.

ولا يمكن القول أن تلك القرارات التي تقر بيع العقار المحررة في الشكل العريفي بمثابة اجتهاد قضائي، فلا يمكن اعتبار الخطأ في تطبيق القانون بمثابة اجتهاد قضائي، واعتبار ذلك يعد خروجاً عن أحكام الدستور.

والتساؤل الكبير المطروح فكيف للمحكمة العليا لم تستطع التمييز بين الخطأ في تطبيق القانون وبين الاجتهاد القضائي؟

والقضاء لا يفتح أمامه باب الاجتهاد إلا إذا وجد نقص في مصادر القانون الرسمية أو وجود غموض في النص.

والغرف المجتمعة لا تختص في نظر الطعن الذي يؤسس على أحد أوجه الطعن، فإذا اكتشفت المحكمة العليا صدور قرارات منها مخالفة للقانون، فلا يجوز لها تصحيح هذا الخرق عن طريق الغرف المجتمعة، لأن هذه الأخيرة لا تختص إلا عندما يكون من شأن القرار الذي سيصدر عن إحدى غرفها يؤدي إلى تغيير في اجتهاد قضائي سابق.

¹ - انظر القرار الصادر بتاريخ 1996/04/17 رقم 154760 عن الغرفة المدنية بالمحكمة العليا، اعتبرت الغرفة المدنية الوعد بالبيع المحرر في الشكل العريفي صحيحاً مرتباً لالتزامات بين طرفيه.

في حين أن المسألة المطروحة على الغرف المجتمعة لا تتعلق بتغيير اجتهاد سابق أو بمسألة تحتمل صدور قرارات متناقضة من غرفتين أو أكثر لأن هذه المسألة لا تتعلق بتفسير نص غامض يحتمل أكثر من حل بل أن المسألة تتعلق بمخالفة القانون تخرج عن اختصاص الغرف المجتمعة، بل كان عليها أن تحكم في القضية بعدم اختصاصها وتحيل القضية على الغرفة صاحبة الشأن وتصدر لها أمرا صارما بضرورة احترام القانون.

إن القرار الصادر عن الغرف المجتمعة يبين وأن قضاة الموضوع قد أخطئوا في تطبيق المادتين المشار إليها أعلاه، وهذا العمل هو ما تقوم به يوميا غرف المحكمة العليا غير المجتمعة.

وما يستغرب منه أن القرار الصادر عن الغرف المجتمعة يؤكد في إحدى حيشاته بالقول: "أنه إذا كان صحيحا أن العقد العرفي المتعلق ببيع القاعدة التجارية يتضمن التزامات شخصية على عاتق البائع والشاري، إلا أنه باطلا بطلانا مطلقا ...".

ولو كان صحيحا أن العقد العرفي يرتب التزامات شخصية فأصبح ما تقرره المحكمة العليا من صحة عقد بيع القاعدة التجارية في الشكل العرفي صحيحا وتصرف المتعاقدين إلى تنفيذ التزامهما بتحرير العقد أمام الموثق.

ولا يمكن فهم ذلك إلا في إطار التناقض الصارخ، فكيف يمكن للعقد الباطل بطلانا مطلقا أن يولد التزامات شخصية، في حين نظرية العقد لا ترتب أي أثر على العقد الباطل، والعقد لا يرتب آثاره إلا إذا كان صحيحا واستكمل جميع أركان انعقاده وشروط صحته، أما العقد الباطل هو والعدم سواء، فلا تترتب عليه أي آثار ولا يستطيع أن ينشئ التزامات شخصية، وهل حدث في التاريخ وأخبرنا أن شخصا قد مات ومع ذلك فقد ولد.

ولا يقبل أن يعتبر الخطأ اجتهدا يمكن التراجع عنه عن طريق الغرف المجتمعة، وكل ما تترتب على قرار الغرف المجتمعة أنها تراجعت عن الخطأ في القانون، وهذا التراجع يمكن أن تقوم به أي غرفة من غرف المحكمة العليا كما أشرنا إلى ذلك سابقا.

2- القرار الصادر عن الغرف المجتمعة بتاريخ 2009/02/23 رقم 444499:

أولا - المبدأ : الرجوع في الهبة من الواهب لأحد أولاده يكون أمام الموثق، ولا يمنع الموهوب له في حالة قيام أحد الموانع أن يرفع الدعوى لطلب إلغاء المحرر المتضمن الرجوع.

ثانيا - ملخص الوقائع والإجراءات:

حيث حصل الطاعنون على حكم في الموضوع مؤيد بموجب قرار صادر عن المجلس القضائي يقضي بصحة الرجوع في الـهبة أمام الموثق، وتم الطعن بالنقض في هذا القرار، وانتهى إلى صدور القرار المؤرخ في 2000/10/17 عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث القاضي برفض الطعن بالنقض في القرار المطعون فيه، وتبنت مبدأ الرجوع في الـهبة لا يكون إلا أمام الموثق من جهة.

وحيث أنه تم مباشرة نفس النزاع أمام قضاة الموضوع، وانتهى هذا النزاع إلى صدور القرار من المجلس القضائي وتم عرضه على الغرفة التجارية والبحرية، وقد فصلت في الطعن بالنقض حول نفس النزاع وقضت بنقض القرار المطعون فيه، وتبنت مبدأ الرجوع في الـهبة لا يكون إلا عن طريق الدعوى القضائية من جهة أخرى.

وبعد إعادة السير في الخصومة بعد النقض، انتهت إلى صدور القرار عن مجلس قضاء البلدة القاضي بإلغاء الحكم المستأنف الصادر بتاريخ 2002/10/14، والقضاء من جديد بإبطال عقد البيع المحرر بتاريخ 1998/05/23 والقضاء برفض الدعوى.

وحيث أن جهة الإحالة قد التزمت بما قرره الغرفة التجارية والبحرية التي اعتمدت على فكرة الرجوع في الـهبة لا يكون إلا عن طريق الدعوى القضائية.

وحيث أنه وعلى أثر الطعن بالنقض في القرار الصادر عن مجلس قضاء البلدة بتاريخ 21 مارس 2006 تم عرض القضية على الغرف المجتمعة، وانتهت إلى اعتبار القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث الذي كرس مبدأ الرجوع في الـهبة لا يكون إلا أمام الموثق وليس عن طريق الدعوى القضائية، وصرحت بنقض وإبطال القرار المطعون فيه وبدون إحالة.

ثالثا - تحليل ومناقشة أسباب القرار:

يستخلص من وقائع القضية أنه وقع خلاف بين غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، وقد أقرت هذه الأخيرة مبدأ الرجوع في الـهبة من الواهب لأولاده لا يكون إلا أمام الموثق.

في حين أن الغرفة التجارية والبحرية قد أقرت مبدأ الرجوع في الـهبة لا يكون إلا عن طريق الدعوى القضائية.

والسؤال المطروح هو ما إذا كان الرجوع في الية من طرف الواهب يثير اختلافا في الرأي، يستوجب تدخل الغرف الجمعية، أو المسألة لا تثير أي اختلاف في الرأي، بل الأمر يتعلق فقط على فهم الصحيح للقانون وتطبيقه، ولا تتطلب المسألة تدخل الغرف الجمعية للفصل في هذه المسألة ؟

وتبعاً لذلك، سأطرق إلى موقف كل من الغرفتين لأبين الموقف الصحيح من المسألة، وذلك على النحو التالي:

- موقف غرفة الأحوال الشخصية والمواريث:

كانت غرفة الأحوال الشخصية تسير على مبدأ الرجوع في الية يكون أمام الموثق، ولا يحتاج إلى قضاء قاض، وفقاً لأحكام المادة 211 من قانون الأسرة، وأن هذه المادة لم توضح كيفية الرجوع في الية، ومن ثم وأمام سكوت المشرع عن ذلك، فلا مفر من الرجوع إلى أحكام القواعد العامة، وذلك بالكشف عن طبيعة حق الرجوع في الية وتحديد نظامه القانوني الذي يخضع له.

وينقسم الحق من حيث طبيعته إلى حق يقابله التزام، ويعرف بالحق الشخصي، وحق لا يقابله التزام، ويعرف بالحق الإرادي.

وتبعاً لذلك يطرح التساؤل حول طبيعة حق الواهب في الرجوع عن الية، فهل يعد حقاً شخصياً، أم حقاً إرادياً ؟

وقبل الإجابة عن هذا التساؤل يجدر بنا أن نتطرق إلى تعريف الحق الإرادي وكيفية ممارسته وذلك على الوجه التالي:

يعرف الحق الإرادي، على أنه سلطة إحداث الأثر القانوني بمحض إرادة صاحبه، مادام ذلك يوافق القانون.

ويتربط الأثر القانوني بمجرد تعبير صاحب الحق الإرادي عن إرادته، ويتربط هذا الأثر لصاحب الحق في مواجهة الطرف السلبي في الرابطة.

ولا يلتزم الطرف السلبي في الرابطة، بأي أداء، وإنما يخضع للأثر القانوني.

والخضوع ليس الإحالة قانونية، لا تتطلب إشراك الشخص الخاضع، ولا تقتضي تدخله من جهة، ولا يستطيع أن يمنع ترتب الأثر القانوني من جهة أخرى¹.

¹ - فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1986، ص 119.

ويستعمل الحق الإرادي كقاعدة عامة بمجرد الإعلان عن إرادة صاحب الحق الإرادي إلى الطرف السلبي، فيحدث الأثر القانوني.

وقد يستعمل الحق الإرادي، وفق الشكل القانوني، وقد يكون هذا الشكل كتابة رسمية، كان يتم التعبير عن إرادة صاحب الحق الإرادي أمام الموثق أو القاضي، والخصائص التي سبقت الإشارة إليها، تنطبق على حق الواهب في الرجوع عن الهبة.

إذن يعد حق الرجوع في الهبة من الحقوق الإرادية لأنه حق لا يقابله أي التزام، وهذا ما تؤكد عليه المادة 211 من قانون الأسرة التي تنص على ما يلي:

"للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه ..."، والشخص عندما يستعمل حقه فهو لا يعتدي على أحد، ولا يمكن أن ينازعه في ذلك أحد، والموهوب له يخضع للأثر القانوني ولا يستطيع أن ينازع الواهب في الرجوع عن الهبة، إلا في الحالات الاستثنائية المنصوص عليها بالمادة 211 المذكورة.

ومن الأمثلة عن الحقوق الإرادية، حق الخاطب في الرجوع عن الخطبة، وحق الموكل في عزل الوكيل وحق الواهب في الرجوع عن الهبة، ولذلك لا يحتاج الخاطب أو الموكل أو الواهب إلى رفع الدعوى على الطرف السلبي، بل يحق له أن يستعمل حقه، وللطرف السلبي إذا لحق به ضرر جراء استعمال صاحب الحق الإرادي، لحقه أن يرفع عليه الدعوى، والعكس غير صحيح.

والدعوى القضائية لا تقبل أمام القضاء، إلا إذا وقع اعتداء على حق الشخص، فإذا رفع المدعي الدعوى دون أن يقع عليه أي اعتداء، فإن دعواه تنتهي إلى عدم القبول.

والواهب عندما يريد أن يستعمل حقه في الرجوع، فإنه لا يدعي أي اعتداء يكون قد وقع على حقه، وتبعاً لذلك، إذا أراد الواهب، أن يستعمل حقه في الرجوع عن الهبة، فيتم ذلك عن طريق التعبير عن إرادته وفق الشكل القانوني، فيحدث الأثر القانوني المتمثل في انقضاء مركز الموهوب له كمالك للعقار الموهوب له.

والشكل القانوني الذي يجب أن تفرغ فيه إرادة الواهب، هو الكتابة الرسمية فبحضوره أمام الموثق وتعبيره عن إرادته في ذلك، يحدث الأثر القانوني.

وفي هذه الحالة فهو لا يحتاج إلى الالتجاء إلى القضاء لأنه لم يقع على حقه أي اعتداء، فيكفي أن يعبر عن إرادته أمام الموثق، ثم بعد ذلك، يجب إعلان الطرف السلبي، وهو الموهوب له، بهذا الرجوع.

غير أنه يحق للموهوب له أن يرفع الدعوى أمام القضاء، إذا لحق به ضرر جراء استعمال الحق الإرادي، ولا يمكن للموهوب له أن يدعي وقوع عليه اعتداء إلا في الحالات الاستثنائية التي عدتها المادة 2/211 من قانون الأسرة.

فإذا أثبت ذلك، قضت له المحكمة بإلغاء المحرر المتضمن الرجوع عن الهبة، ومن ثمة، فإن طبيعة حق الواهب باعتباره من الحقوق الإرادية يستعمل بمحض إرادة صاحبه وفق الشكل القانوني، فإذا نشأ ضرر عن هذا الاستعمال، فيحق للطرف السلبي وهو الموهوب له أن يكون في مركز المدعي، ويكون الواهب في مركز المدعي عليه فيقع على عاتق الموهوب له، أن يثبت وأن الواهب قد تراجع عن الهبة، في الحالات التي لا يجوز فيها الرجوع، أما إذا أراد الواهب الرجوع في الهبة، فيكفي أن يحضر أمام الموثق وأن يعبر عن إرادته، دون حاجة إلى رفع الدعوى، وإذا رفعها فيجب الحكم فيها بعدم قبولها، لانتهاء المصلحة فيها، وبالتالي موقف غرفة الأحوال الشخصية والموارث ينسجم مع طبيعة الحق الإرادي وهو الموقف الصحيح.

2- موقف الغرفة التجارية والبحرية:

إذا كان الأصل المنصوص عليه بالمادة 106 من القانون المدني، الذي يقضي على أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون ... وترتبا على ذلك، فإن الأصل يقضي أنه لا يجوز للواهب الرجوع في عقد الهبة إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون.

غير أنه ترد بعض الاستثناءات على هذا الأصل، ومنها حق الإدارة بفسخ العقد بناء على إرادتها المنفردة، وكذلك تعد المادة 211 من قانون الأسرة، استثناء على الأصل العام، حيث تستثنى منه الرجوع في الهبة، والرجوع الواهب عن الهبة لولده يستند إلى سبب قانوني الذي يقرره القانون، لأن الواهب يتمتع بالحق الإرادي، يستعمل بمحض إرادة صاحبه، ولا يحتاج إلى رفع الدعوى، لأن الموهوب له باعتباره طرفا سببا في الرابطة يخضع للأثر القانوني، ولا يتطلب القانون الموافقة منه.

وتبعاً لذلك يتبادر إلى الذهن التساؤل التالي: هل الرجوع في الهبة يختص به القضاء أم الموثق ؟

والرجوع في الهبة من طرف الواهب لولده، يتم عن طريق التعبير عن الإرادة المنفردة، والتعبير عن الإرادة يتطلب فيه القانون الشكل الرسمي، لأنه يترتب عليه التغيير في الملكية العقارية بحيث تنتقل من

جديد الملكية العقارية إلى الواهب، ومن ثم فإن الأمر يتعلق بتوثيق الإرادة، ويدخل هذا العمل في اختصاص الموثق، يختص به اختصاصا وظيفيا، وأن القضاء غير مختص وظيفيا بتوثيق الإرادة.

وحيث أن القضاء يختص وظيفيا بالفصل في المنازعات التي تعرض عليه، وأن الرجوع في البهة لا يطرح أي نزاع، لأن الواهب يريد الرجوع، ولا يدعي وقوع أي اعتداء على حقه، وإذا رفع الواهب الدعوى يطلب فيها الرجوع في البهة وجب على القضاء أن يفصل فيها بعدم القبول لانتفاء المصلحة في الدعوى أو يصرح بعدم اختصاصه.

وبذلك وعندما أقرت الغرفة التجارية والبحرية مبدأ الرجوع في البهة لا يكون إلا عن طريق الدعوى القضائية تكون قد خرقت قواعد الاختصاص الوظيفي، وفي ذات الوقت خرقت أحكام المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وجدير بالذكر، أن المسألة تتعلق بقواعد الاختصاص الوظيفي، ولا تطرح اختلافا في الرأي ولا التراجع عن اجتهاد قضائي سابق، ومن ثم تخرج هذه المسألة عن اختصاص الغرف المجتمعة.

ومن الملاحظ أن الغرف المجتمعة، وفصلا في القضية، قد أثارت وجها تلقائيا والمأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون وفقا للمادة 211 من قانون الأسرة، وهذا الوجه يدخل في اختصاص الغرف العادية بالمحكمة العليا، ذلك أن الغرف المجتمعة لا تدعو إلى الانعقاد إلا إذا وجدت مسألة مطروحة على غرفتين أو أكثر تشير اختلافا في الرأي، ولا يحصل الاتفاق بشأنها تحال على الغرف المجتمعة، أو تطرح المسألة إمكانية الرجوع عن اجتهاد سابق، في حين أن الغرف المجتمعة طرحت عليها المسألة تتعلق بالخطأ في تطبيق القانون.

فكان على الغرف المجتمعة أن تفصل في القضية بعم اختصاصها وأن تحيل القضية على الغرفة التجارية والبحرية، وتطلب منها الالتزام باحترام تطبيق قواعد الاختصاص الوظيفي، لأن الأمر يتعلق باحترام تطبيق أحكام القانون ولا يتعلق بمسألة تشير اختلافا في الرأي أو تتعلق بالتراجع عن اجتهاد قضائي سابق.

خاتمة:

إن المسألة المطروحة على الغرف المجتمعة الأولى تتعلق بالخطأ في تطبيق القانون والثانية تتعلق بخرق قواعد الاختصاص من طرف الغرفة التجارية والبحرية، ولا تتعلق بالمسألة التي تشير اختلافا في الرأي أو بالتراجع عن اجتهاد قضائي سابق، وكان على الغرف المجتمعة أن تحيل القضية من جديد على الغرف التجارية والبحرية وتوجه لها أمرا باحترام قواعد القانون ولا يجوز لها أن تفصل فيهما لأنها غير مختصة بهما.

قراءات فقهية جديدة في إطار تطوّر القانون

د / بن رجّال آمال، أستاذة محاضرة . ١

ط. د / علي موسى خدوجة

مقدمة:

توضع النصوص القانونية على ضوء اعتبارات معيّنة، غير أنه عند تطبيقها قد تظهر حالات جديدة لم ترد على بال المشرع وقت إعدادها، الأمر الذي يتطلب شرح النص وتفسيره قصد التوصل إلى معرفة إرادة المشرع الحقيقية. لا يهتم المشرع كذلك، بالجانب النظري، وإنما ينصبّ اهتمامه أكثر، بالفرضية والحل المناسب للمسألة المراد تنظيمها.

يمرّ النص التشريعي قبل إصداره على مراحل عدّة، فهو يبدأ مشروعا حكوميا حيث تقوم الوزارة المعنية بصياغة النص التشريعي، فيُعرض على مجلس الحكومة، ثم مجلس الوزراء وقد تُدخل عليه في هذه المرحلة بعض التعديلات، ويُعرض بعد ذلك على البرلمان (المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة)، حيث يتم مناقشته من قبل النواب، ثم المصادقة عليه. وقد تسجل أيضا تعديلات وتغييرات على مشروع النص في هذه المرحلة. كما يحتمل أيضا أن تكون الصياغة النهائية لنص القانون محلّ توافق بالنظر إلى تباين رؤى مختلف الأطراف، وقد يضاف إلى أحكام النص استثناءات، وقد يصبح النص القانوني - في مثل هذه الحالات - صعب الفهم، فيكون لرجال القانون دورا هاما في تفسيره على ضوء كل ما صدر خلال مختلف مراحل إعدادة.

يتولّى القضاة من جهتهم، الفصل في النزاعات المرفوعة أمامهم وإيجاد الحلول المناسبة لها بتطبيق النص القانوني الملأئم لها، وقد يضطرون في هذا الإطار إلى تفسير ذلك النص لا سيما إذا كان يكتنفه غموضا، ومن المحتمل أن يظهر بعض التفاوت في تفسيرات النصوص القانونية، على غرار ما حدث على سبيل المثال - بشأن نص المادة 324 مكرر 1 مدني بخصوص الشكلية، إذ يعتبر البعض أن الشكلية

المطلوبة هي للإثبات كون النص ورد في باب الإثبات، في حين اعتبرها البعض الآخر شرطاً للانعقاد، كون الجزاء المترتب هو بطلان التصرف، وهو ما يجعل هذه الوضعيات تمس بالأمن القانوني¹.

يساهم الفقه القانوني بدوره من خلال قراءاته وتفسيراته وتعليقاته المختلفة للنصوص القانونية، سواء تعلق الأمر بالاستثناءات التي ترد على بعض النصوص القانونية، أو كشف الغموض عنها، أو تضارب القرارات القضائية، في حل تلك الصعوبات، وذلك إما بإبراز نظريات انطلاقاً من مجموعة الاستثناءات التي ترد على القواعد أو النصوص القانونية (أولاً)، أو برفع وإزالة الغموض الذي يشوب بعض النصوص القانونية خاصة تلك المتعلقة بغموض بعض المصطلحات المستعملة فيها (ثانياً)، أو بإعطاء وجهة نظر بخصوص ما يتوصل إليه الاجتهاد القضائي في قراراته (ثالثاً).

أولاً - إبراز نظريات قانونية:

تعدّ النظريات من اختصاص الفقه، وهي "مجموعة من المفاهيم والتعريفات والاقتراحات التي تعطينا نظرة منظمة لظاهرة ما - قانونية، علمية -". وهي تُعنى بإعطاء التفسيرات للنصوص القانونية، سواء بقرأة جديدة، نقدية، سلبية أو إيجابية.

يحاول الفقه من خلال هذه النظريات تقديم تصوّر عام للقاعدة القانونية بشأن موضوع ما، وذلك حتى يسهل استيعابه من طرف رجال القانون، وكذا لتسهيل تطبيق النصوص القانونية الخاصة بهذا الموضوع. فكل هذه الجهودات تجسّد مدى مساهمة الفقه في التمكنّ من العلوم القانونية وتطويرها، فلقد واكبت النظريات القانونية الفقهية التحوّلات التي عرفها القانون وتطبيقاته، تماشياً مع التطورات الفكرية، الاقتصادية والاجتماعية الحاصلة في المجتمع، على غرار النظريات المختلفة التي وضعها الفقه القانوني بشأن مثلاً تطور أساس المسؤولية المدنية نذكر منها: نظرية تحمل التبعية لـ Saleilles و Josserand، أو نظرية الضمان، لـ Boris Starck، أو تلك المتعلقة بنظرية البطلان، أو النظرية العامة للعقد ... وغيرها.

¹ - استمر هذا الخلاف لمدة تفوق العقدين، حيث لم يتم حسم الأمر إلا سنة 1997، راجع القرار رقم 136156، الصادر عن الغرفة المجتمعة للمحكمة العليا بتاريخ 1997/12/18؛

أنظر أيضاً: علي فياللي، الشككية في العقود، "تعليق على القرار رقم 136156، الصادر عن الغرفة المجتمعة للمحكمة العليا بتاريخ 1997/12/18، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، مجلد 34، عدد 03، ص. 715 - 730.

لقد اخترنا في إطار هذه المداخلة، التطرق إلى القراءات الفقهية الجديدة بشأن بعض الأحكام المستثناة من القاعدة العامة، فهذه الأحكام كما هو معروف هي بطبيعة الحال خاصة تخرج عن الفلسفة العامة التي تستند إليها القاعد العامة، إلا أنها تصبح أحيانا بالنظر إلى التطورات المختلفة الاجتماعية والاقتصادية والقانونية، وراء ظهور رؤية وفلسفة قانونية جديدة. ونستعرض في هذا السياق وعلى سبيل المثال بعض الاستثناءات الواردة عن النظرية العامة للعقد (1) وكذا بعض الاستثناءات الواردة في بعض النصوص الخاصة (2).

1- قراءة جديدة في بعض الاستثناءات الواردة على نظرية العقد:

نتطرق في هذا الإطار إلى فكرة إنقاذ العقد (1.1)، وفكرة نقض العقد بالإرادة المنفردة (2.1).

1.1- استقرار المعاملات وراء إنقاذ العقد الباطل:

يترتب على العقد الذي لم يستكمل أركانه أو لم يستوف شروطه البطلان أو الإبطال، ورغم اختلاف الأحكام التي تسري على كل من البطلان والإبطال، فإن أثر كل منهما - من حيث المبدأ - واحد، وهو زوال العقد كلياً ومن يوم إبرامه، أي بأثر رجعي¹. وبما أن العقد لم يبق شأن المتعاقدين بل أصبح ذا طابع اجتماعي، فإنه يمكن في بعض الأحيان إنقاذه من البطلان أو الإبطال عن طريق تحويله (1.1.1)، أو إنقاذه (2.1.1) حفاظاً على استقرار المعاملات وهذه قراءة جديدة للعقد.

1.1.1- نظرية تحويل العقد:

تضمنت المادة 105 من القانون المدني حكماً يبدو استثنائياً²، يقضي بإمكانية تفادي زوال كل أثر للعقد الباطل أو القابل للإبطال، وذلك بتحويل هذا العقد إلى عقد صحيح وذلك عند توافر شروط معينة والتي يمكن تقسيمها إلى شروط موضوعية وأخرى ذاتية³، فالأولى تستلزم أن يكون العقد الأصلي

¹ - فيلالي علي، الالتزامات "النظرية العامة للعقد"، موفم للنشر، الجزائر، 2010، ص 343.

² - تنص المادة 105 من القانون المدني على أنه: "إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توفرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تتصرف إلى إبرام هذا العقد".

³ - سوايم سفيان، نظرية تحويل العقد في القانون المدني الجزائري، مجلة دراسات وأبحاث، العدد 29 ديسمبر 2017، السنة التاسعة، ص

باطلا أو قابلا للإبطال، وأن تتوافر فيه عناصر عقد آخر صحيح، وأما الشرط الذاتي فيتمثل في اتجاه الإرادة المفترضة للمتعاقدين إلى هذا العقد الصحيح.

أخذ المشرع هذه النظرية من القانون الألماني¹، وقوامها ضمان استقرار المعاملات عن طريق إنقاذ العقد بتحويل العقد الباطل أو القابل للإبطال إلى عقد جديد، فيرتّب هذا العقد الجديد - وهو الصحيح - كل آثاره². وتوصل الفقه إلى وضع نظرية تحوّل العقد، باعتبارها تنطبق على كل العقود أيّا كانت إلى جانب نظرية البطلان.

إنّ القاضي مطالب بموجب نص المادة 105 السالفة الذكر، بالاجتهاد وإيجاد الحلول المناسبة لإنقاذ العقود من البطلان وتحويلها إلى عقود صحيحة ضمن الشروط التي تقتضيها نظرية تحوّل العقد، فهو يلعب دورا هاما في هذا الشأن، ومجال تدخله لا ينحصر عند الإقرار بكل حالة توفرت فيها شروط تطبيق هذا النص، بل يمتدّ أيضا، إلى معايينة الحالات التشريعية التي تضمنتها نصوص قانونية متفرقة³، فالمشرّع سنّ بعض التطبيقات العملية لتحوّل العقد بقوة القانون دون الحاجة إلى تحقق الشروط التي جاء بها نص المادة 105 السالفة الذكر.

إنّ الهدف من إقرار تحوّل العقد، الذي لم يعد شأن المتعاقدين، هو التقليل من حالات البطلان لضمان استقرار المعاملات، وعليه يظهر تحوّل العقد كنظرية إلى جانب نظرية البطلان. وبالتالي، فإذا تمسك أحد الأطراف ببطلان العقد الأصلي، فإن ذلك لا يفقد القاضي سلطته في تحويل هذا العقد إلى عقد آخر متى توفرت شروطه القانونية، أما إذا ثبت له عدم انصراف نية الأطراف المحتملة إلى تحويل العقد الباطل إلى الآخر، فإنه يتمتع عليه تحويل العقد احتراماً لإرادة الأطراف وحرية التعاقدية⁴.

¹ - راجع تفاصيل هذه النظرية، محمد حبار، نظرية بطلان التصرف القانوني القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر1، ص 337 وما بعدها.

² - علي فيلالي، الالتزامات "النظرية العامة للعقد"، مرجع سابق، ص 365 وما يليها.

³ - من هذه التطبيقات نذكر ما نصت عليه المادة 204 من قانون الأسرة: "الهيئة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية"، وكذا المادة 776 من القانون المدني: "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع، يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية"، كما قضت المادة 14 من القانون 90-11، المتعلق بعلاقات العمل، المعدل والمتمم: "يعتبر عقد العمل المبرم لمدة محدودة خلافا لما تنص عليه أحكام هذا القانون، عقد عمل لمدة غير محدودة، دون الإخلال بالأحكام الأخرى الواردة في هذا القانون".

⁴ - سوام سفيان، نظرية تحول العقد في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 146.

لقد أبرز الفقه من خلال نظرية تحوّل العقد أهمية هذه الآلية، فهي تستجيب للتحوّلات والمتطلبات الجديدة للقانون المعاصر، والمتمثلة في البحث عن استقرار العلاقات العقدية، وذلك بإنقاذ العقد من البطلان، وتوفير ضمان أكبر للمتعاقدين للحفاظ على مصالحهم، بإنشاء عقد جديد تبعاً لإرادتهم المحتملة.

2.1.1- نظرية إنقاص العقد:

تضمّنت المادة 104 من القانون المدني أيضاً حكماً يبدوا استثنائياً¹، اتّخذ منه الفقه أساساً لوضع نظرية إنقاص العقد، ويقصد بها إنقاص شقه الباطل أو القابل للإبطال وإبقاء العقد صحيحاً في شقه الآخر، وتسمى هذه العملية كذلك بالبطلان الجزئي²، حيث يبطل جزء من العقد فيصبح منعماً وكأنه لم يكن، أما الجزء الآخر فيبقى صحيحاً ويرتب كل آثاره القانونية³.

الأصل أنّ العقد الباطل هو عقد معدوم، لا ينتج أثره، إلّا أنّه واستثناء على ذلك قد يقتصر بطلان العقد على شق منه دون الشق الآخر، فيرتب العقد آثاره الكاملة بالنسبة للشقّ الصحيح، ويتمّ إنقاص العقد بتوفر شروط معينة نصّ عليها المشرّع في المادة 104 السالفة الذكر، وتتمثل في: بطلان شق من العقد، إذ يعتد بالإنقاص إذا كان العقد باطلاً في بند من بنوده أو في جزء منه فقط، ويحدث هذا الوضع - عادة - إذا تضمّن العقد شرطاً أو بعض الشروط المخالفة للقانون⁴، كما يشترط أن يكون الشق الباطل غير مؤثر، فإذا كان هذا الشق الباطل هو الذي حمل المتعاقد على إبرام العقد فلا يجوز إنقاص العقد، كما يشترط أيضاً أن يكون العقد قابلاً للانقسام⁵.

¹ - تنص المادة 104 من القانون المدني على أنه: "إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلّا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً، أو قابلاً للإبطال، فيبطل العقد كله".

² - محمد حبار، المرجع السابق، ص 372 وما يليها.

³ - علي فيلال، الالتزامات "النظرة العامة للعقد"، مرجع سابق، ص 354 - 357. بن شنييتي حميد، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 1996.

⁴ - طبقاً للمادة 556 من القانون المدني، عند إبطال شرط سقوط ضمان المهندس المعماري أو الماويل، فإنهما يلتزمان بالضمان متى توفرت الشروط المقررة لذلك.

⁵ - علي فيلال، الالتزامات "النظرية العامة للعقد"، مرجع سابق، ص 355 و356.

يهدف الإنقاص إلى الحدّ من عمل البطلان، بحيث يبقى العقد قائماً في الجزء الصحيح منه، وعليه فإن نظرية إنقاص العقد بدورها تسعى إلى استقرار المعاملات بين أطراف العقد¹، وبنفس الوقت تسهّل على القاضي تحديد الجزء الباطل من العقد، وإبقاء الجزء الصحيح.

2.1- العدل والنفع أساس جديد لنقض العقد بالإرادة المنفردة:

كان العقد ولا يزال من أهم المصادر الإرادية للالتزام، وبموجب الحرية العقدية يستطيع الأفراد إبرام ما يشاؤون من العقود مع احترام ما يقضي به القانون والنظام العام في الدولة. وعليه فإذا نشأ العقد صحيحاً وجب على المتعاقدين احترامه، *Pacta sunt servanda*² فهو ينشئ بين عاقيه التزامات تكون من حيث قوتها الإلزامية أشبه بالالتزامات التي يضعها القانون، لذلك يقال "العقد شريعة المتعاقدين"، فلا يستطيع المتعاقد أن يُخلّ بالتزاماته، وإنّما يجب عليه تنفيذ ما التزم به في العقد إذ ليس لأي من طرفيه كأصل عام، نقض أو تعديل آثاره، إلّا بموافقة الطرف الآخر، أو للأسباب التي يقررها القانون. كما يلتزم القاضي أيضاً، باحترام اتفاق المتعاقدين وتطبيق ما اتفقا عليه، إذ يُمنع عليه من حيث المبدأ أن يعدّل أو يغيّر مضمونه إلّا ما قد يتبيّن له أنه منافي للقانون والعدالة، فالعقد في العلاقة التي ينظمها بين عاقيه هو بمثابة قانونهما الخاص.

إنّ مبدأ القوة الملزمة للعقد يجعل العقد شريعة المتعاقدين، غير أنّ التزام كل من طرفي العقد بما جاء فيه، وعدم قدرة أي منهما نقضه أو تعديله إلّا بموافقة الطرف الآخر، يُعدّ مبدأ عاماً يرد عليه استثناء، حيث أجاز القانون نقض أو إنهاء العقد بالإرادة المنفردة.

إنّ نقض العقد بالإرادة المنفردة أو إنهاء استثناء قانوني أجازته المادة 106 مدني "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلّا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون"، فالمشرّع من خلال هذا النص منح لأحد المتعاقدين أو كلاهما، سواء بنص في القانون أو باتفاقهما، حق إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، ودون موافقة الطرف الآخر، فيتخلّص المتعاقد الذي يقوم بالنقض من التزاماته العقدية

¹ - بوهالي جميلة، إنقاص العقد، مذكرة ماستر، جامعة الجلفة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017، ص 3.

² - Maxime romaine qui signifie « Les contrat doivent être respectés ».

دون أن تقوم مسؤوليته العقدية، وعليه فإنّ نقض العقد بالإرادة المنفردة، رغم أنّه يبدو متناقضا مع مبدأ القوة الملزمة للعقد، لكنّه ممكن وفعال، وضروري أيضا في بعض الحالات¹.

لقد أثار هذا الاستثناء اهتمام الفقه القانوني، حيث اتخذ موضوعا لدراسات معمّقة، واتضح من خلالها أن نقض العقد بالإرادة المنفردة، يتضمن عدة حالات استثنائية، منها ما جاء في القانون المدني نفسه (كانسحاب الشريك من الشركة، إنهاء عقد العارية، إنهاء عقد الوديعة، إنهاء عقد الوكالة، إنهاء عقد الإيجار)، وأخرى وردت في نصوص متفرقة (كالرجوع في الهبة، الخلع، إنهاء عقد العمل، حق الرجوع في عقد الاستهلاك)، بالإضافة إلى قدرة أحد طرفي الاتفاق من إنهاء العقد بالاتفاق، بالتالي فإنّ دراسة كل هذه الاستثناءات تُمكن من وضع نظرية فقهية عنوانها: "نظرية نقض العقد بالإرادة المنفردة" تعالج فيها جميع الحالات التي تنهي العقد بالإرادة المنفردة، وكذا خصوصيات هذا التصرف، من حيث الأسباب التي يمكن للمتعاقدين الاستناد عليها للأخذ بها، وكذا من حيث الآثار التي يربتها ومقارنتها مع بعض النظم القانونية الأخرى.

إنّ كل هذه الاستثناءات بيّنت أن نقض العقد محدّد قانونا، ويختلف من عقد لآخر، كما أن المشرّع ترك حريّة النقض للمتعاقدين بالاتفاق على ذلك، وفي جميع هذه الحالات، فإنّ نقض العقد يستند في أسباب وجوده إلى اعتبارين أساسيين²: فهناك عقود يكون النقض فيها أساسه حريّة الفرد، على اعتبار أن المشرّع سمح للمتعاقدين فيها بالاتفاق على مدة العقد، والتي قد تكون طويلة أو لم يتطرقا إلى تحديدها فأغفلها وتركها للزمن ليحدّد نهايتها، مما يضيف على العقد طابعا أبديا فيمس بحرية الفرد.

كما قد يكون الأساس الثاني المعتمد هو الاعتبار الشخصي، والذي يكون سببا للتعاقد، فسواء كان هذا الاعتبار مرتبطا بشخصية الطرف المتعاقد، أو حتى لاعتبار شخصي يتعلق بالتعاقد في حد ذاته، أجاز المشرّع حق النقض من خلاله.

¹ – Claude Fabien, « La rupture du contrat par volonté unilatérale en droit québécois », Revue général de droit, volume 36, numéro 1, 2006 www.google.com vu le 08/12/2021 : «La rupture du contrat par volonté d'une seule partie peut parâtre paradoxale, elle est pourtant possible, efficace, est même nécessaire dans certains cas ».

² – قسمي أحلام، نقض العقد "إنهاء العقد بالإرادة المنفردة"، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2013، ص 9.

إضافة إلى هذين الاعتبارين ترك المشرّع حرية النقص لاتفاق المتعاقدين، حيث يدرج هذا الاستثناء الذي يسمح لأحدهما أو كلاهما بنقض العقد أي بإنهائه بالإرادة المنفردة، فيكون النقص في هذه الحالة عبارة عن شرط يدرجه المتعاقدين في العقد.

إنّ نقض العقد بالإرادة المنفردة لم يعد مجرد استثناء، وإنّما أصبح ظاهرة قانونية نتيجة تعدّد الحالات الاستثنائية، وتقاسمها عناصر مشتركة فرضت على رجال القانون وضع نظرية تتعلق بإنهاء العقد بالإرادة المنفردة، عالجوا فيها: حالات نقض العقد بالإرادة المنفردة، والتي قد تكون بقوة القانون أو باتفاق المتعاقدين، وكذا أحكام نقض العقد بالإرادة المنفردة وفصلوا فيها خصوصية نقض العقد من حيث آثاره، وتمييزه عن باقي النظم القانونية الأخرى، كالفسخ، البطلان، التراجع، العدول، الإنهاء، التقايل.

2- قراءة في الاستثناءات في النصوص الخاصة:

تعتبر كل من نظرية النظام العام الحمائي أو الاجتماعي (1.2)، وكذا نظرية التعويض عن الأضرار الجسمانية (2.2) من أهمّ النظريات التي وضعها الفقه انطلاقاً من النصوص القانونية الخاصة.

1.1- بروز نظام عام حمائي - اجتماعي:

تتميز القواعد القانونية بوجود صنفين من القواعد: الأمرة والمكمّلة، فالقاعدة الأمرة هي من النظام العام لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، بينما القاعدة المكملّة يمكن الاتفاق على مخالفتها أو استبعادها، لكن في حالة عدم اتفاقهم على ذلك فإنها تصبح مكملّة لاتفاقاتهم فيلتزمون بتطبيق ما نصّت عليه تماماً كالقاعدة الأمرة.

أفرز تطور المجتمع خاصة في المجالين الاقتصادي والاجتماعي، ضرورة حماية مصالح بعض الفئات، كالعمّال، المستأجرين، والمستهلكين، وغيرهم، وتتم حماية هذه المصالح الخاصة عن طريق إلزام المتعاقدين ببعض الواجبات:

كاحترام الحد الأدنى للأجور، احترام مدة العمل القانونية، والتزام المتدخل بضمان سلامة المستهلك¹ وخدمة ما بعد البيع²، ... إلخ، ورغم أنّ هذه المصالح الخاصة وإن كانت لا تهم المجتمع ككل - فإنّها أصبحت جديرة باهتمام المجتمع وحمايته، لاعتبارات عدّة، ومن ثم ألحقت بقواعد النظام العام.

يمكن تصنيف أحكام النظام العام الاقتصادي من حيث قوتها الإلزامية، إلى نوعين³: أحكام تتعلق بالنظام العام الاقتصادي التوجيهي وأحكام تتعلق بالنظام العام الاجتماعي أو الحمائي.

تعد أحكام النظام العام الاقتصادي التوجيهي ملزمة ولا يمكن مخالفتها، فهي قواعد تهتم بتنظيم الاقتصاد الوطني، كتنظيم السوق، الاستثمار، وتنظيم التجارة الخارجية، حيث يتم ضبط القوانين حسب السياسة الاقتصادية المتبعة، وتكون أحكامها ملزمة لا يمكن مخالفتها، بأي شكل من الأشكال.

أمّا أحكام النظام العام الاجتماعي أو الحمائي فتتضمّن بعض القواعد أو الشروط لحماية المتعاقد الضعيف، وتكون ملزمة في مواجهة الجميع، لكن يجوز مخالفتها لصالح الطرف الضعيف فهذه الأحكام لا تسمح بإنقاص الحقوق التي تتضمنها، ولكن يجوز للمتعاقدين الزيادة فيها، إلى جانب ذلك يمكن للطرف المستفيد من الحماية أن يتنازل عنها بعد اكتساب الحق محل الحماية⁴.

فاتفاقية العمل الجماعية - مثلاً - تهدف إلى تحسين القواعد التشريعية دون مخالفتها، فيمكن مخالفة النظام العام الاجتماعي بالتنازل عن الحماية الدنيا المقررة بما هو أصلح وأنفع للعامل، من خلال تضمين اتفاقية العمل الجماعية على مزايا كثيرة للعمال، عملاً بقاعدة الأكثر نفعاً للعمال، ومثل هذا الاستثناء رخص به التشريع المتعلق بعلاقات العمل كما نظم حالات مخالفته⁵، فلا يمكن الاتفاق في

¹ - انظر المواد: 9، 10، 11، 13، 17 من القانون رقم 09-03، المؤرخ في 29 صفر عام 1430، الموافق 25 فبراير سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج. ر العدد 15، الصادرة في 8 مارس 2009.

² - المرسوم التنفيذي رقم 21-244، المؤرخ في 19 شوال عام 1442، الموافق 31 مايو سنة 2021، يحدد شروط وكيفيات تقديم خدمة ما بعد بيع السلع، ج. ر، العدد 45، الصادرة في 9 يونيو 2021.

³ - علي فيلال، "الالتزامات النظرية العامة للعقد"، مرجع سابق، ص 281-289.

⁴ - المرجع نفسه، ص 273 و274.

⁵ - فاضل خديجة، "اتفاقية العمل الجماعية مصدر لقانون العمل"، مداخلة ملقاة بمناسبة الملتقى الدول عن بعد الجزائر 11 أبريل 2021، تحت عنوان "مصادر القانون بين السيادة الوطنية والمتطلبات الجديدة"، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 35، عدد خاص نوفمبر 2021، =

اتفاقية العمل الجماعية على أجر أقل من الحد الأدنى المضمون¹، ولكن يجوز للعامل عندما يكتسب هذا الحق أن يتنازل عنه بكل حرية.

إن هذه الميزة الخاصة بأحكام النظام العام الاقتصادي الاجتماعي، تنعكس على الجزاء الذي ترتبه المشرع على مخالفته فalcضاء ببطالان التصرف القانوني لمخالفة أحكام هذا النظام يخدم مصالح الطرف القوي، لذلك فإن حماية المتعاقد الضعيف تقتضي إبقاء العقد لا إبطاله، فيترتب على مخالفة النظام العام الاقتصادي الاجتماعي إذا إبقاء العقد وإبطال الشرط التعسفي، أو إعفاء المتعاقد من تنفيذه². كما قد يتمثل الجزاء كذلك في استبدال الشرط المخالف للنظام العام بحكم القانون³.

2.2- بروز نظام جديد للتعويض عن الأضرار الجسمانية:

كان ولا زال التعويض عن الأضرار الجسمانية يعالج عن طريق المسؤولية المدنية، غير أنه وردت على هذا الموضوع استثناءات في نصوص خاصة تشكل نظاما جديدا لتعويض الأضرار الجسمانية، حيث تعود بوادره الأولى إلى الأمر رقم 66-183⁴، حيث يُمنع على الضحية أو ذوي حقوقها المطالبة بالتعويض وفقا لقواعد المسؤولية طبقا لما نصّت المادة 109 في فقرتها الأولى التي جاء فيها: "لا يجوز للمصاب أو لذوي حقوقه رفع دعوى القانون العام قصد الحصول على تعويضات عن الحوادث والأمراض المنصوص عليها في هذا الأمر وذلك مع مراعاة المواد 113-117 من هذا الأمر...".

ثم صدر نص خاص ثاني أي الأمر رقم 74-15⁵، يتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار يهتم بتعويض ضحايا حوادث المرور، وتلاه صدور سلسلة من التشريعات الخاصة،

= ص 320 و321؛ أنظر أيضا، المادتين 62 و118 من القانون رقم 90-11، المؤرخ في 26 رمضان عام 1410، الموافق 21 أبريل سنة 1990، يتعلق بعلاقات العمل، ج. ر، العدد 17، 1990، المعدل والمتمم.

¹ - المادة 87 من القانون رقم 90-11 السالف الذكر.

² - كما نصّت على ذلك المادة 110 من القانون المدني بخصوص عقود الإذعان.

³ - كما نصّت على ذلك المادة 136 من القانون رقم 90-11 سالف الذكر، "يكون باطلا وعديم الأثر كل بند في عقد العمل مخالف للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها وتحل محله أحكام هذا القانون بقوة القانون"، أنظر أيضا، علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد"، مرجع سابق، ص 289 و290.

⁴ - مؤرخ في 21 يونيو 1966، جريدة رسمية العدد 55، الصادرة في 28 يونيو 1966.

⁵ - مؤرخ في 30 يناير 1974، جريدة رسمية، العدد 15، صادرة في 19 فبراير 1974.

وهي: القانون رقم 83-13، يتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية¹، القانون رقم 90-19، المتضمن العفو الشامل²، قانون رقم 90-20، المتضمن التعويضات الناجمة عن قانون العفو الشامل³، المرسوم التنفيذي رقم 99-47، المتعلق بمنح تعويضات لصالح الأشخاص الطبيعيين ضحايا الأضرار الجسدية أو المادية التي لحقت بهم نتيجة أعمال إرهابية أو حوادث وقعت في إطار مكافحة الإرهاب، وكذا لصالح ذوي حقوقهم⁴، المرسوم الرئاسي رقم 02-125 يحدد حقوق ضحايا الأحداث التي رافقت الحركة من أجل استكمال الهوية الوطنية⁵، المرسوم الرئاسي رقم 06-93 والمتعلق بتعويض ضحايا المأساة الوطنية⁶، والرسوم الرئاسي رقم 06-94، المتعلق بإعانة الدولة للأسر التي ابتليت بضلع أحد أقاربها في الإرهاب⁷.

استتدت كل هذه الحالات الخاصة، إلى متغيرات أو اعتبارات عدة تبعاً لتكريس حق الفرد في سلامته الجسدية دستوريا⁸، باعتباره حق من حقوق الإنسان⁹.

إن هذه الظاهرة القانونية الناجمة عن تزايد التشريعات الخاصة المتضمنة التعويض عن الأضرار الجسدية لم يعد ينظر إليها على أنها مجرد استثناءات، بل أصبحت تشكل ظاهرة قانونية جديدة،

¹ - مؤرخ في 02 يوليو 1983، جريدة رسمية، العدد 28، صادرة في 05 يوليو 1983.

² - مؤرخ في 15 غشت 1990، جريدة رسمية، العدد 35.

³ - مؤرخ في 15 غشت 1990، جريدة رسمية، العدد 35.

⁴ - مؤرخ في 13 فبراير 1999، جريدة رسمية، العدد 09، سنة 1999.

⁵ - مؤرخ في 07 أبريل 2002، جريدة رسمية، العدد 25، صادرة في 14 أبريل 2002.

⁶ - مؤرخ في 28 فبراير 2006، جريدة رسمية، العدد 11، صادرة في 28 فبراير 2006.

⁷ - مؤرخ في 28 فبراير 2006، جريدة رسمية، العدد 11، صادرة في 28 فبراير 2006.

⁸ - تنص المادة 38 من دستور 2020، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442، المؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442، الموافق 30 ديسمبر 2020، ج. ر، العدد 82، الصادرة في 30 ديسمبر 2020 على: "الحق في الحياة لصيق بالإنسان، يحميه القانون، ولا يمكن أن يحرم أحد منه إلا في الحالات التي يحددها القانون"; وتنص المادة 39 من نفس الدستور على: "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان. يحظر أي عنف بدني أو معنوي، أو أي مساس بالكرامة. يعاقب القانون على التعذيب، وعلى المعاملات القاسية، واللا إنسانية أو المهينة، والاتجار بالبشر".

⁹ - راجع المواد: 3، 4، 5 وغيرها، من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الصادر بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 127 ألف (د) - (3)، المؤرخ في 10 ديسمبر 1948.

تفرض على رجال القانون إعادة النظر فيها، وهذا ما حصل عند بروز نظام التعويض عن الضرر الجسماني خارج نظام المسؤولية المدنية.

لقد كانت هذه الظاهرة محل قراءة فقهية جديدة منها رسالة الأستاذة لحلو خيار غنيمه تحت عنوان « Le droit de l'indemnisation entre responsabilité et réparation systématique »¹ ثم تلاها كتاب جماعي ضمّ أساتذة من كلية الحقوق جامعة الجزائر 1 وجامعة Pau الفرنسية فيسنة 2012 بعنوان « L'émergence d'un nouveau droit de l'indemnisation des dommages corporels »²

وكانت نتائج هذه الأعمال تنصبُّ على إبراز أركان وشروط هذا النظام الجديد، وإعطاء تفسير ومبررات لهذه التشريعات الخاصة التي تتقاسم بينها عناصر مشتركة تتمثل في كون التعويض يخص الضرر الجسماني فقط، وهو يقع على عاتق المجموعة وليس على المتسبب فيه، وهو تعويض تلقائي بقوة القانون وجزائي. سمحت هذه العناصر المشتركة عند جمعها بوضع تصوّر موّحد ومحل نظرية جديدة، تتميز كلياً عن نظام المسؤولية المدنية من حيث الأركان والشروط.

ثانياً - قراءة فقهية جديدة للنصوص الجديدة: قانون 11 - 04³؛

يجب أن تراعى صياغة النصوص القانونية الدقة من حيث المصطلحات التي يجب اختيارها بعناية، باعتبار أن المصطلح القانوني يختلف عن نظيره الأدبي، فهذا الأخير، يتميز بتنوّع مرادفاته، بينما يتّصف الأول بالدقّة والثبات، بحيث يجب استخدام المصطلح ذاته مهما تعدّدت النصوص القانونية، بينما الملاحظ في القوانين الوضعية، هو ظاهرة التعدّد في استخدام المصطلحات، بل غموضها وتناقضها في بعض الأحيان، وهي ظاهرة نبّه إليها الفقه القانوني في العديد من الحالات، نذكر منها على سبيل المثال ما جاء

¹ - Lahlou-Khiar Ghenima, Le droit de l'indemnisation entre responsabilité et réparation systématique, thèse pour doctorat d'état, université d'Alger, fac de droit, 2005.

² - حيث ضمّ هذا المؤلف مجموعة من الفقهاء الجزائريين أذكر منهم:

أ/ د علي فيلال، أ/ د خيار لحلو غنيمه، SYNTHESE GENERALE ، أ/ د علي بن شنب، أ/ د واعراب سليمة، مصطفى قارة فريدة، وفقهاء أجانب منهم: Virginie Iarribau-Terneyre، la garde Pr Josette وآخرون.

³ - القانون رقم 11 - 04، مؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432، الموافق 17 فبراير سنة 2011، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الجريدة الرسمية العدد 14، الصادرة في 6 مارس 2011.

في أحكام القانون رقم 11-04، المتعلق بنشاط الترقية العقارية من غموض (1)، وتناقض (2) بشأن عقد البيع على التصاميم.

1- التعريف القانوني لعقد البيع على التصاميم:

عرّف المشرّع عقد البيع على التصاميم من خلال الالتزامات الرئيسية التي يتحملها أطرافه - المرقى العقاري والمكاتب - وهي تحويل حقوق الأرض وملكية بناءة بالنسبة للأول، مقابل دفع الثمن مع تقدم الأشغال بالنسبة للثاني، حيث نصت المادة 28 من القانون رقم 11-04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، السالف الذكر على: "عقد البيع على التصاميم لبناءة أو جزء من بناءة مقرر بناءها أو في طور البناء، هو العقد الذي يكرّس تحويل حقوق الأرض وملكية البناءات من طرف المرقى العقاري لفائدة المكاتب موازاة مع تقدم الأشغال، وفي المقابل، يلتزم المكاتب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز..."

رغم أن تعريف المشرّع لعقد البيع على التصاميم المذكور أعلاه، يبدو متناسقا مع أحكام عقد البيع في القانون المدني¹، لكن بعض الفقه² لاحظ أن المصطلحات المستخدمة في نص المادة 28 تعتبر غامضة، على غرار "تحويل حقوق الأرض" كما لاحظ ذات الفقه، أن التعريف الوارد في المادة 28 المذكورة أعلاه، يشوبه الغموض ويتناقض مع بنود العقد النموذجي المنصوص عليه في المرسوم التنفيذي رقم 13-431³، خاصة من حيث المحل الذي ينصب عليه عقد البيع على التصاميم وهو محل غير موجود وقت إبرام العقد - شيء مستقبلي - ما زاد من غموض تعريف هذا العقد، وهو ما أثار التساؤل حول الالتزام الرئيسي الذي يقع على عاتق المرقى العقاري هل هو نقل الملكية أم البناء والتشييد،

¹ - عرّف المشرّع عقد البيع في المادة 351 من القانون المدني من خلال آثاره، أي الالتزامات الرئيسية لكل من البائع والمشتري، وهو المنهج الذي اتّبعه في تعريف عقد البيع على التصاميم.

² - فوزية عمروش، عقد البيع على التصاميم وفقا للقانون رقم 11-04، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 57، العدد 05، 2020، ص 2.

³ - المرسوم التنفيذي رقم 13-431، مؤرخ في 15 صفر عام 1435، الموافق 18 ديسمبر سنة 2013، يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأموال العقارية وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وأجلها وكيفيات دفعها، الجريدة الرسمية العدد 66، الصادرة في 25 ديسمبر 2013.

وما الذي ينقله هذا العقد للمكتب هل ملكية الأرض في مرحلة أولى، ثم البناية في مرحلة ثانية، أم هما معا¹؟.

لقد اتضح لهذا الفقه² - بعد تحليله لعدة مواد³ نصَّ عليها القانون 11- 04 السالف الذكر - أنَّ المشرِّع ميَّز بين ثلاث صور لبيع الأملاك العقارية؛ تتعلَّق الصورة الأولى ببيع عقار مبني، وفي هذه الحالة ينصب البيع على بناء مكتمل فيكون البيع حالا، نظمتها المادة 26 من القانون 11- 04، وتتعلَّق الصورة الثانية ببيع احتمالي قد يتحقق أو لا يتحقق في إطار عقد حفظ الحق، نظمتها المادة 27 من نفس القانون، أمَّا الصورة الثالثة، وهي التي نظمتها المادة 28 السابق ذكرها، والمتعلِّقة بعقد بيع لبناية أو جزء منها مقررّ بناؤها أو هي في طور البناء، ويكون البيع في هذه الحالة الأخيرة، بيع يرد على شيء مستقبل محقق الوقوع، هذا ما يفيد أن البيع على التصاميم ما هو إلا كيفية من كيفيات بيع الأملاك العقارية، وأن المرقى العقاري هو بائع يلتزم في مواجهة المكتب بنقل الملكية وليس البناء، وهو ما تبين أيضا، من خلال ما نصّت عليه المادة 35 من القانون رقم 11- 04، فموضوع عقد البيع على التصاميم هو تحويل ملكية البناية المقرر بناؤها أو التي هي في طور الإنجاز وليس الأرض، وهو ما تمّ استنتاجه أيضا، من أحكام المرسوم التنفيذي رقم 13- 431 الذي يحدّد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم، الذي لم يُشر إلى حقوق الأرض، وهو ما يجعله متناقض ونص المادة 28.

2- التناقض بين نص المادة 28 من القانون 11- 04 ونموذج عقد البيع على التصاميم:

لقد لاحظ الفقه⁴ من جهة أخرى، أن هناك تناقضا يتعلَّق بموضوع عقد البيع على التصاميم، بين ما نصّت عليه المادة 28 من القانون 11- 04 السالف الذكر، وما نصَّ عليه المرسوم التنفيذي 13-

¹ - فوزية عمروش، مرجع سابق، ص 2.

² - مرجع نفسه، ص 3 و4.

³ - نصّت المادة 26 في فقرتها الأولى على: "عقد بيع عقار مبني هو كل عقد رسمي يحوّل بموجبه المرقى العقاري، مقابل تسديد السعر من طرف المقتني، الملكية التامة والكاملة للعقار المبني موضوع الصفقة"؛ ونصّت المادة 27 في فقرتها الأولى: "عقد حفظ الحق هو العقد الذي يلتزم بموجبه المرقى العقاري بتسليم العقار المقرر بناءه أو في طور البناء، لصاحب حفظ الحق، فور إنجازه، مقابل تسبيق يدفعه هذا الأخير"؛ تنص المادة 25 من القانون 11- 04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، السالف الذكر على: "يجب أن يكون البيع من طرف المرقى العقاري لعقار مبني أو بناية أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء، موضوع عقد يعد قانونا في الشكل الرسمي طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها وطبقا لأحكام هذا القانون".

⁴ - فوزية عمروش، مرجع سابق، ص 4 و5.

431 سالف الذكر، في الملحق الأول منه "نموذج عقد البيع على التصاميم"، وبالتحديد في بند "تصريح المرقى العقاري"¹ وفي "بند تصريح المكتتب"²، بالإضافة إلى "بند التعيين"³، فكل هذه النصوص لم تشر أصلا إلى حقوق الأرض، بل تؤكد أنّ موضوع أو محل عقد البيع على التصاميم يكمن في البناية أو جزء منها، غير أن ملكية البناية تشمل الأرض أيضا باعتبارهما محل واحد غير منفصل، فالأرضية لا تنفصل عن البناء، بل البيع يخصّهما معا في آن واحد⁴، وهو ما جعل نموذج عقد البيع على التصاميم لا يذكر الأرض أو الحقوق عليها، لأنها تباع مع البناية التي ستتجزأ باعتبارهما محل واحد⁵.

ثالثا - قراءة جديدة في بعض قرارات المحكمة العليا: اكتساب الملكية المشهورة بالتقادم المكسب؟

إن الدور الأساسي للقاضي هو تطبيق القانون وإيجاد الحلول للقضايا المرفوعة أمامه، إضافة إلى ذلك، فهو يعمل على تفسير النصوص القانونية عندما يشوبها الغموض أو التناقض، إلى جانب الاجتهادات التي يقوم بها في حالة وجود نقص في التشريع. كل هذه الأعمال القضائية يسعى الفقه إلى تحليلها وإظهارها إلى الساحة القانونية، وهذا ما يؤكد أهمية الدور الذي يقوم به في هذا المجال، ونذكر على سبيل المثال، دوره في التعليق على قرارات المحكمة العليا المتعلق باكتساب الملكية المشهورة بالتقادم المكسب.

يرى بعض الفقه أنّه كثيرا ما يقع الخلط بين التقادم المكسب المنصوص عليه في المادة 827 مدني، ودعوى الحيازة التي نصت عليها المادة 524 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمواد 817، 820 و821 مدني، فالأول يعتبر طريقا من طرق اكتساب الملكية العقارية، وأما الثانية التي فهي دعوى ترمي فقط لحماية الحيازة ولا علاقة لها بالملكية وهو ما يبدو واضحا في القرار الصادر عن المحكمة العليا

¹ - "ويصرح كذلك (المرقى العقاري - البائع) بأن: تعتبر البناية (أو جزء من البناية) موضوع عقد البيع على التصاميم ملكيته الكاملة وليس موضوع إجراء قانوني يحد حق الملكية وليست مثقلة بأي رهن".

² - "يصرح البائع باعتباره الجهة الأولى، أنّه يبيع البناية مع التزامه بكل الضمانات العادية والقانونية في هذا المجال ...".

³ - "بند التعيين من نموذج عقد البيع على التصاميم، في عنصر "التحديد الدقيق للموقع"، "... وهكذا يشكل الملك المباع حصة رقم ... من الكشف الوصفي ..."، ما يعني أن المرقى العقاري يبيع حصة من البناء للمكتتب وليس الأرض في حد ذاتها.

⁴ - هذا ما أكدته المادة 34 فقرة أولى من القانون 11-04 سالف الذكر، حيث نصت على: "يتم إعداد عقد البيع على التصاميم في الشكل الرسمي ويخضع للشكليات القانونية الخاصة بالتسجيل والإشهار، ويخص في نفس الوقت، البناء والأرضية التي شيد عليها البناء ...".

⁵ - فوزية عمروش، المرجع السابق، ص 4 و5.

بتاريخ 15 أكتوبر 2008¹ والقرار الصادر في 14 جانفي 2021²، إذ جاء في القرار الأول: "حيث من الثابت ما نصت عليه المادة 827 من القانون المدني أن من حاز عقارا دون أن يكون مالكا له أو خاصا به صار له ذلك ملكا إذا استمرت حيازته مدة 15 سنة بدون انقطاع أي أن الحيازة هي سبب من أسباب كسب الملكية العقارية حتى في مواجهة من له سند صحيح لأن هذا النص لم يستثني العقارات التي لها عقود مشهورة هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن نص المادة 39 من قانون التوجيه العقاري تتعلق بمنح شهادات الحيازة للحائزين لأرض لم يتم مسحها ومنه فإن المادة 39 من قانون التوجيه العقاري لا مجال لتطبيقها ...".

أما القرار الثاني فجاء فيه "كون العقار محل النزاع يقع بمنطقة ممسوحة تستثنى من إمكانية التملك عن طريق التقادم المكسب نظرا للقوة الثبوتية المطلقة لعقود الملكية الناتجة عن ذلك ...، وحيث أنه، وباستنفاد هذه الإجراءات والآجال، يصبح الترقيم المؤقت ترقيفا نهائيا ولا يمكن إعادة النظر في الحقوق الناتجة عنه إلا عن طريق القضاء المختص الذي هو القضاء الإداري وفقا لأحكام المادة 16 من المرسوم رقم 74-75 المذكور أعلاه، ويسلم للمالك الدفتر العقاري الذي تتسخ فيه البيانات الموجودة في مجموعة البطاقات العقارية، ويشهر ويعد سندا للملكية العقار أو الحق العيني موضوع الشهر وفي مواجهة الكافة ولا يبقى هناك مجال للدفع بالحيازة المؤدية إلى التقادم المكسب الذي يفترض ممارسته لكل من له مصلحة في ذلك أثناء الترقيم المؤقت، ولأن هذا الدفع - حينئذ - أصبح يتعارض مع مبدأ القوة الثبوتية المطلقة للشهر العقاري، عملا بأحكام المواد 12، 16، 18 و19 من الأمر رقم 74-75، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

إن المعروف والمتفق عليه، أن حق الملكية هو حق مالي ويتميز عن الحقوق غير المالية بكونه قابلا للتملك، وللتداول، والحجز والتقادم ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، كما هو الشأن مثلا، بالنسبة لبعض الأملاك التابعة للدولة التي يمنع القانون تملكها بالتقادم³ صراحة، والقرار الأخير خالف مبدأ من

¹ - نقض عقاري، ملف رقم 479371 بتاريخ 2008/10/15، مجلة المحكمة العليا 2008، العدد 2، ص 273.

² - قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2021/01/14، ملف رقم 1206937.

³ - تنص المادة 689 من القانون المدني، المعدل والمتمم على أنه: "لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم. غير أن القوانين التي تخصص هذه الأموال لإحدى المؤسسات المشار إليها في المادة 688، تحدد شروط إدارتها، وعند الاقتضاء شروط عدم التصرف فيها".

المبادئ الأساسية للانتقال الحقوق المالية إذ منع التمسك بالتقادم المكسب بالنسبة للعقارات التي تحوز دفترها عقاريا وفي غياب النص القانوني وهذا بحجة أن هذا الدفتر له قوة ثبوتية مطلقة.

ونرى بالنسبة للوجه الذي تمسكت به المحكمة العليا، أي القوة الثبوتية المطلقة للدفتر العقاري، غير سديد، كون المشكل القانوني الذي يُثار في إطار التقادم المكسب لا علاقة له بمسألة الإثبات، فالمستفيد منه لا ينازع في أن الملكية لا تعود إلى خصمه، إلا أنه يتمسك بحيازة الشيء الذي أصبح ملكا له بموجب القانون، كون التقادم المكسب طريقا من طرق اكتساب الملكية طالما توافرت الشروط المطلوبة قانونا، مردّه استقرار الأوضاع القانونية.

يتبين لنا في الأخير، من كل القراءات السابقة ذكرها، أن للفقهاء دورا مهما لا يستهان به في تطور القانون.

تحولات مبدأ الشرعية الجنائية في ظل عولمة النصوص الجزائية

الأستاذة الدكتورة كريمة علا

أستاذ التعليم العالي - جامعة الجزائر 1

د/ عادل بوزيدة

أستاذ محاضر - جامعة الجزائر 1

ملخص:

أثرت العولمة على مناحي الحياة الإنسانية المختلفة، فامتدت لتطال البيئة التشريعية - باعتبارها بعدا اجتماعيا - ففرضت على المشرع أن يتواءم في توجهات صياغته للتشريع، مع ما هو متواتر في سن وصياغة الاتفاقيات الدولية، من حيث إعادة النظر في أولوية المصدر في بناء القاعدة الجزائية وجعلها أكثر تخصصا من حيث موضوعها ومآلاتها، غير أن هذا التوجه - وإن كان محمودا في ظاهره - إلا أنه لا يخلو من بعض المخلفات، التي قد تطال العديد من المسلمات التشريعية، ومنها مبدأ الشرعية الجنائية، الذي يرتكز - من حيث أصول الصياغة التشريعية - على مبدأ انفراد البرلمان بالتجريم والعقاب، وعلى حصر مصادر ذلك في التشريع بمعناه الضيق وكذا تكريس خاصية العمومية والتجريد في قواعده، فكيف يمكن تشخيص مواطن التصدع التي يشهدها مبدأ الشرعية في ظل التحولات التشريعية الراهنة ؟

مقدمة:

تقوم الدول الديمقراطية الحديثة على مبدأ سيادة القانون باعتباره أقوى الضمانات لتحقيق أمن واستقرار المجتمعات وصون الحقوق والحريات، ويكتسي هذا المبدأ أهمية خاصة في مجال ممارسة الدول لحقها في العقاب، من خلال سن وتطبيق القانون الجنائي، الذي يعتبر أدواتها الزجرية الأساسية¹، ولما

¹ - Yves CARTUYVELS, *Légalité pénale, délégation au juge et habilitation de l'exécutif : le jeu pluriel des sources en droit pénal*, in isabelle HACHEZ, Yves CARTUYVELS, Hugues DUMONT, Philippe GERARD, François HOST et Michel VAN DE KERCHOVE, *Les sources du droit revisitées*, volume 2 : Normes internes infraconstitutionnelles, p.55.

كان القانون الجنائي مظهرًا من مظاهر تركيز سلطة الإكراه المشروع بين يدي الدولة، فإنه من الطبيعي أن يتحلى بالطابع السيادي، لاسيما من خلال حصر مصدره في التشريع بمفهومه الشكلي؛ أي الصادر عن السلطة المخول لها دستوريا صلاحية التشريع دون غيرها، فيعبر مبدأ الشرعية الجنائية تبعًا لذلك عن هذا الهدف السياسي ويكرس الدور الاستثنائي للتشريع السيادي كمصدر وحيد للقانون الجنائي. فهو بمثابة حجر الأساس ببيان النظام الجزائي القائم على مسلمات تدعم القوة الردعية للقاعدة التشريعية الجنائية ومشروعيتها وصلاحيتها لحماية القيم والمصالح الاجتماعية الجوهرية. ويقوم اعتبار النص الجنائي التشريعي مصدرا وحيدا للتجريم والعقاب على تصور مثالي لهذا النص من حيث دقته ووضوحه، فيصدق معه اعتبار القاضي الجزائي بمثابة اللسان الناطق بحرف القانون، وما يترتب عن هذه المقولة من تقييد لسلطته في تفسير النص الجنائي وحظر لأي قياس في مجال التجريم والعقاب. ولما كانت قوة ومثالية النص الجنائي التشريعي مستمدة من الناحية السياسية من صدوره عن هيئة تشريعية معبرة عن الإرادة الجماعية، ومن الناحية العقلانية من الإطار المعياري السيادي المتجانس لصياغة النصوص التشريعية المرتكز على مؤسسات الدولة وعلى نظام قانوني موحد ومتدرج، فإن أي اعتلال لهذه المسلمات يصيب لا محال المبدأ في جوهره، لاسيما إذا تعلق الأمر بالمساس بوحداية مصدر القاعدة الجنائية، على نحو ما قد يظهره واقع عولة القانون الجنائي كنمط تشريعي حديث. فقد أفرزت العولة أنماطا جديدة من الإجرام تتصدرها الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية التي باتت تستغل ثغرات التشريعات الوطنية، لتطور نشاطها الإجرامي، وتفرض نفسها كخطر حقيقي، يهدد أمن واستقرار دول العالم دون استثناء، الوضع الذي عجزت الدول على مواجهته بقوانينها الجنائية الوطنية المنفردة، فقررت توحيد جهودها لمكافحة تلك الجرائم، من خلال إبرام اتفاقيات دولية تسد ثغرات القوانين الجنائية الوطنية، فتعدى نطاقها تنظيم التعاون الدولي الإجرائي المسبوق إلى فرض نماذج تشريعية موضوعية، أي أنها أصبحت حاملة لـ "تشريع موحد" « loi uniforme » تحدد الاتفاقية المبرمة بين هذه الدول محتواه¹، وتلتزم الدول المصادقة عليها بإدراجه في منظوماتها القانونية الوطنية. فأحدث ذلك تغييرا في النظام القانوني الجنائي المرتكز على شرعية جنائية "وطنية" أساسها إطار إقليمي سيادي لوضع القواعد الجنائية وقوامها مبدأ التدرجية القانونية، وما يترتب عنه من تنظيم وترتيب لمصادر القاعدة القانونية، لتفرض تبعًا لذلك وضعًا تشريعيًا خاصًا واستثنائيًا يبنى على حالة من التوفيق بين التشريعات الداخلية،

¹ - Anne-Catherine FORTAS, La Cour de cassation et les conventions internationales relatives à la lutte contre la corruption, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 2014/1, pp.25-47.

وتوجهات المجتمع الدولي في المجال الجنائي مكرسة ما يعرف بعوالة النص الجنائي¹. وهذا ما جعل واقع عوالة القانون الجنائي كنمط تشريعي حديث يحمل مبدأ الشرعية الجنائية من مرتبة السمو المطلق إلى دائرة النقاش الفقهي والقضائي، فتداولت مصطلحات " التراجع " و " التدهور " و " التحول " في وصف حاله².

وفي إطار التشخيص السليم لإشكالية هذه المداخلة، وتحديد المنهج العلمي المناسب لمعالجتها، لا بد من الإشارة إلى بعض التحولات التي شهدتها النظام التشريعي الوطني بعد فترة معقولة من احتكاكه بالتشريعات الدولية الاتفاقية والنموذجية، والتي أفرزت بدرجة أولى تحولات على المستوى التشريعي، سيتم التعرض لها في مبحث أول بعنوان " انعكاسات العوالة على النص الجزائي الوطني في حد ذاته "، لاسيما ما تعلق بالتخصص التشريعي الجزائي وأزمة التجزئة التي لحقت التقنين العام، كمخلف أساسي لظهور ما يعرف بتشريعات المواءمة، التي اتخذتها الدول كآلية لإنفاذ الاتفاقيات الدولية في الأنظمة الجزائية الوطنية، وما أفرزه هذا الواقع من أزمات تلحق وظيفية القضاء الوطني في مواجهة الاتفاقيات الدولية التي يمنحها الدستور قوة التطبيق المباشر، والتي سيتم التعرض لها في المبحث الثاني الموسوم بـ: " حتمية اجتهاد القاضي الجزائي في تطبيق النص الجزائي ذي المصدر الدولي ".

المبحث الأول:

انعكاسات العوالة على النص الجزائي الوطني في حد ذاته

أثرت العوالة التشريعية تأثيرا واضحا في تكوين النص الجنائي وبناءه، لتعتبر القاعدة الجزائية هي المتحول الأكبر جراء امتزاجه بفكرة تدويل مصادر التشريع، ويظهر هذا التحول جليا فيما يخلفه على

¹ - كريمة علا، عوالة نصوص التجريم: الواقع والتحديات، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 12، العدد: 01 السنة 2021، ص:

114 - 127.

² - Bertrand DE LAMY, "Dérives et évolution du principe de la légalité en droit pénal français: contribution à l'étude des sources du droit pénal français", Les Cahiers de droit, volume 50, n°3-4, 2009, pp. 585-609 ; Agnès CERF-HOLLENDER, Le déclin du principe de légalité en droit pénal du travail, thèse, Montpellier-1, 1992.

متانة التقنين الجزائي العام¹، باعتباره مظهر القوة والفعالية في النصوص الجزائية (المطلب الأول)، إلى جانب ما فرضه من تحويل على بنية النص الموضوعية في إطار تشريعات إنفاذ جزائي متخصصة (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

انعكاسات العولمة على مركزية تقنين العقوبات في بناء الشرعية الجنائية

يتضح من خلال الاطلاع على سياسة المشرع في إنفاذ المعاهدات الدولية في المنظومة القانونية الوطنية، أنه حاول في مرحلة أولى أن يدرج القواعد الجزائية الصادرة في هذا الإطار في قلب تقنين العقوبات (الفرع الأول) إلا أنه اضطر إلى التشريع خارج هذا التقنين، بسبب ما اعترضه من عدم قدرته على استيعاب التجريم الناتج عن العولمة التشريعية (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

صعوبة الحفاظ على وحدوية التقنين في مواجهة عولمة نصوص التجريم

الثابت أن وحدة التقنين مظهر راسخ من مظاهر قوة النص الجنائي، ومعلم واضح من معالم الثبات الذي يحققه في المراكز القانونية المضمونة والممنوحة للمخاطبين بذلك النص، فهو يمنح القوة لسلطة التشريع الجنائي من خلال عقلانيته الشكلية المستمدة من الهيكل والتنظيم ومن كونه تعبيراً منظماً عن القيم الأساسية المشتركة في المجتمع، ورمزاً لما هو صحيح، ومن ثمة عامل تماسك اجتماعي، تضي هيئته فعالية على التشريع الجنائي، فينصاع الأفراد لقواعده، لعلمهم بأنها جزء من مجموعة متماسكة ومنطقية².

¹ - يقصد بالتقنين الجزائي تلك القوانين والنصوص التشريعية المدرجة في مصنف واحد، والتي تشمل قواعد التكليف والجزاء المنطوية على القيم الاجتماعية، الاقتصادية والسياسية الجديرة بالحماية محققة لها وحدة الصياغة الشكلية ووحدة الطرح الموضوعي وإن تباينت الرؤى والسياسات التشريعية المنتهجة بمناسبة تحقيق تلك المصالح، وهي الدلالة التي تحملها مفردة التقنين في هذا العمل.

² - للاطلاع على أهمية التقنين وتحدياته يمكن الرجوع إلى: Rémy CABRILLAC, Les enjeux de la codification en France. *Les Cahiers de droit*, vol.46(1-2),2005, pp. 533-545. <https://doi.org/10.7202/043852ar>

فطابع الوحدة في التقنين هو الحارس والضامن الأساس لمبدأ الأمن القانوني^{1 2}، والمقرر الأول لقاعدة الاستقرار في المراكز القانونية، ليصح القول وبمفهوم المخالفة أن كل تحول سلبي يلحق وحدوية التقنين يمس بالضرورة المقومات الموضوعية ومظاهر قوة النص الشكلية؛ فكل تهديد لاستقرار النصوص هو مساس غير مشروط لمبدأ الشرعية الجنائية، دون تجاهل لما قد تحدثه تلك التحولات في جودة النصوص الجزائية ونجاعتها، باعتبارها الوسيلة الفريدة والمثلى لتحقيق الضبط الاجتماعي في مستوياته الجزرية، فتراجع القوة التشريعية للنص يفضي إلى تراجع مكانة وسلطة الدولة وإلى تقييد وتضييق سيادتها التشريعية. ولعل من أهم ما تطرحه عولمة النص الجنائي في هذا الإطار هو مدى قدرة تقنين العقوبات على استيعاب النصوص التي أفرزتها، فهل يمكن الحفاظ على مركزية ومكانة التقنين في ظل عولمة مصادر التشريع الجنائي؟

لقد حرص المشرع الجزائري في مرحلة مبكرة من الاستقلال على إصدار تقنين العقوبات لطابعه السيادي المتميز، إذ أنه أصدر سنة 1966 بموجب الأمر رقم 66-156³ وحرص منذ ذلك الحين على الحفاظ على مركزية مكانته في التشريع العقابي، ليصب فيه العديد من التعديلات التي فرضها واقع تطور الجريمة، مع إبقاء اللجوء إلى استحداث نصوص خاصة منفذا استثنائيا آل في العديد من الأحيان إلى إعادة إدراج هذه النصوص في تقنين العقوبات على نحو تلك الخاصة بتجريم الاعتداءات على الاقتصاد الوطني أو الجرائم الماسة بنظام وأمن الدولة لا سيما الجرائم الإرهابية.

وقد ظلت أهمية الحفاظ على التقنين تفرض اجتهاد تشريعي متواصلا لمواجهة تطور وتشعب القوانين بحركات تقنين متجددة، فنجد المشرع الجزائري واجه العديد من الالتزامات الدولية في المادة الجزائية، بإنفاذها من خلال تعديل تقنين العقوبات، باستحداث جرائم جديدة كما هو شأن القانون رقم 04-15 المؤرخ في 10/11/2004 المعدل والمتمم لقانون العقوبات⁴، الذي استحدث من خلاله جريمة تبييض الأموال، وكذا جرائم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات وجرائم التعذيب، وذلك بناء على مصادقة

¹ - G. BRAIBANT, «La problématique de la codification», (1997) Rev. fr. d'adm. pub. 165,168.

² - كرس المؤسس الدستوري لأول مرة مبدأ الأمن القانوني في المادة 34 من التعديل الدستوري لسنة 2020.

³ - الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 08 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية، عدد 49 المؤرخة في 21 صفر عام 1386 الموافق لـ 11 يونيو 1966.

⁴ - قانون رقم 04/15 المؤرخ في 27 رمضان عام 1425 الموافق لـ 10 نوفمبر سنة 2004 يعدل ويتمم الأمر 156/66 المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية عدد 71 المؤرخة في 27 رمضان عام 1425 الموافق لـ 10 نوفمبر سنة 2004.

الجزائر على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة العابرة للحدود الوطنية¹، واتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة اللا إنسانية أو المهينة²، أو القانون رقم 09-01 المؤرخ في 2009/02/25³، الذي أدرج في تقنين العقوبات ثلاثة أقسام مكررة في الفصل المتعلق بالجنايات والجناح ضد الأشخاص؛ وهي: القسم الخامس مكرر تحت عنوان "الاتجار بالأشخاص" والقسم الخامس مكرر 1 تحت عنوان "الاتجار بالأعضاء" وأخيرا القسم الخامس مكرر 2 تحت عنوان "تهريب المهاجرين"، وذلك موافقة مع اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية وبروتوكول منع وقمع الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية⁴، وبروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية⁵. أما القانون رقم 14-01 المؤرخ في 2014/02/04⁶، فقد استحدث - مثلا - بعض صور الجريمة الإرهابية، وكذا جرائم التمييز وغيرها، وذلك تماشيا مع الاتفاقية الدولية الخاصة بإزالة جميع أشكال التمييز العنصري، التي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 21 ديسمبر 1965⁷، وكذا الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب الموقعة في القاهرة بتاريخ 22 أبريل سنة 1989⁸، واتفاقية منظمة الوحدة

¹ - المعتمدة من طرف الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة يوم 15 نوفمبر سنة 2000 والمصادق عليها بتحفظ من قبل الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02-55 المؤرخ في 22 ذي القعدة عام 1422 الموافق 5 فبراير سنة 2002، الجريدة الرسمية عدد 9 المؤرخة في 27 ذو القعدة 1422 الموافق لـ 10 فبراير 2002.

² - صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-66 المؤرخ في 16 ماي 1989، الجريدة الرسمية عدد 20 المؤرخة في 12 شوال عام 1409 الموافق لـ 17 مايو سنة 1989.

³ - الصادر بالجريدة الرسمية رقم 15 المؤرخة في 11 ربيع الأول عام 1430 الموافق لـ 08 مارس سنة 2009.

⁴ - المصادق عليه بتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-417 المؤرخ في 14 رمضان عام 1424 الموافق 9 نوفمبر سنة 2003، الجريدة الرسمية عدد 69 المؤرخة في 17 رمضان عام 1424 الموافق لـ 12 نوفمبر 2003.

⁵ - المصادق عليه بتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-418 المؤرخ في 14 رمضان عام 1424 الموافق 9 نوفمبر سنة 2003، الجريدة الرسمية عدد 69 المؤرخة في 17 رمضان عام 1424 الموافق لـ 12 نوفمبر 2003.

⁶ - الجريدة الرسمية عدد 07 الصادرة بتاريخ 16 ربيع الثاني عام 1435 الموافق لـ 16 فبراير سنة 2014، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات.

⁷ - المصادق عليها بموجب الأمر رقم 66-348 المؤرخ في 3 رمضان عام 1386 الموافق 15 ديسمبر سنة 1966، الجريدة الرسمية عدد 7 المؤرخة في 9 شوال عام 1386 الموافق لـ 20 يناير سنة 1967.

⁸ - المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 98-413 المؤرخ في 18 شعبان عام 1419 الموافق لـ 7 ديسمبر سنة 1998، الجريدة الرسمية عدد 93 المؤرخة في 24 شعبان عام 1417 الموافق لـ 13 ديسمبر 1998.

الإفريقية للوقاية ومكافحة الإرهاب المعتمدة خلال الدورة العادية الخامسة والثلاثين المنعقدة في الجزائر من 12 إلى 14 يوليو سنة 1999¹.

لكن رغم ما اتضح من إرادة لدى المشرع في الحفاظ على وحدوية التقنين كمصدر للقواعد القانونية الناشئة عن العولة فقد اصطدم مساره هذا بحدود قدرة التقنين على الاستيعاب المنطقي والعقلاني لهذه النصوص.

الفرع الثاني:

عدم استيعاب التقنين للتجريم الناتج عن العولة

بالرغم مما يمكن التماسه من إرادة لدى المشرع في المحافظة على مركزية تقنين العقوبات كمصدر للقاعدة الجزائية الناشئة عن العولة التشريعية، إلا أن مسعاه هذا خلق مواضع تصدع في التنظيم والهيكل الأساسية التي بني عليها التقنين، بسبب صعوبة الإدراج المنطقي والعقلاني للجرائم المستحدثة داخل التقسيمات الأصلية لتقنين العقوبات، القائمة على أساس المصالح المعتدى عليها، وهي مصالح قد قننت بتاريخ نشأة تقنين العقوبات، في حين أن تطور الجريمة أدى إلى بروز مصالح جديدة جديدة بالحماية الجزائية، يصعب أن تجد لها مكانا ضمن المصالح الأصلية كتصنيف جرائم التمييز ضمن جرائم الاعتداء على الحريات الفردية لعدم وجود حماية جزائية لمبدأ المساواة داخل التقنين، أو تصنيف تبييض الأموال ضمن الباب الخاص بالجرائم الواقعة ضد الأفراد، بالرغم من اعتبارها جرائم مالية، كذلك الشأن بالنسبة للأقسام الثلاث المكررة التي استحدثها المشرع بموجب القانون رقم 09-01 في الفصل المتعلق بالجنايات والجرح ضد الأشخاص، وهي القسم الخامس مكرر تحت عنوان "الاتجار بالأشخاص" والقسم الخامس مكرر 1 تحت عنوان "الاتجار بالأعضاء" وأخيرا القسم الخامس مكرر 2 تحت عنوان "تهريب المهاجرين" واشترط ضمن عناصر تجريم هذه الأفعال المقابل المادي أي بمفهوم المخالفة أن التعامل في الأشخاص أو في الأعضاء أو تسهيل الهجرة غير الشرعية بدون مقابل غير معاقب عليه في حين أن الفصل الذي أدرجت فيه هذه الجرائم يحمي السلامة الجسدية للفرد من الاعتداءات بغض النظر عن وجود المقابل المادي ولا يصح أن يدرج فيه تجريم المتاجرة بالأشخاص. فأمام صعوبة المواءمة التشريعية

¹ - المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 2000-79 المؤرخ في 9 أبريل سنة 2000، الجريدة الرسمية عدد 21 المؤرخة في 7 محرم 1421 الموافق لـ 12 أبريل سنة 2000.

ضمن تقنين العقوبات تحتم على المشرع اللجوء إلى المواءمة عن طريق القوانين الخاصة على نحو ما سيتم عرضه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني:

بروز التشريعات الجزائية الخاصة كآلية للإنفاذ الجزائي للاتفاقيات الدولية

لقد أدت صعوبات الإنفاذ الجزائي للمعاهدات الدولية ضمن تقنين العقوبات المشار إليها أعلاه إلى اعتماد المشرع أساسا على القوانين الخاصة كآلية لهذا الإنفاذ، مصدرا بذلك العديد منها في السنوات الأخيرة، بل أكثر من ذلك يلاحظ تراجعها وإلغاءه للعديد من نصوص الإنفاذ الجزائي داخل تقنين العقوبات، وإدراجها جديد في قوانين خاصة، ومنها على سبيل المثال جرائم تبييض الأموال والجرائم المعلوماتية، وفي 2020 إلغاء جرائم التمييز من تقنين العقوبات، والنص عليها في قانون خاص. فإن كان المشرع قد وفق في صياغة القوانين الخاصة وفق النماذج التشريعية المسطرة في المعاهدات الدولية (الفرع الأول) فإن النظام القانوني الذي يحكمها مازال غير واضح ويصطدم أحيانا مع بعض مقومات مبدأ الشرعية الجنائية (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

اعتماد تشريعات الإنفاذ الجزائي الخاصة للنموذج التشريعي الدولي

" التخصيص والسياسة الوقائية "

شهدت الساحة الدولية في العقود الأخير ترسيم العديد من التشريعات النموذجية المقدمة في شكل اتفاقيات دولية متخصصة، أفضت بالضرورة إلى اعتماد آليات وقائية في السياسة الجزائية وانعكاس فكرة التخصيص على التشريع الجزائي الوطني، في الوقت الذي اتجه جانب من الفقه إلى القول بأن الإرهاصات السياسية والتحولات الاجتماعية على الصعيدين الدولي والوطني ستضفي تحويرا على البناء الهيكلي لقانون العقوبات، بالانتقال به من التقنين العام إلى القانون العقابي ثم بخطوة أخرى إلى المنظومة أو المجال الجزائي¹.

¹ - Mireille DELMAS-MARTY, «Code pénal d'hier, droit pénal d'aujourd'hui, matière pénale de demain», Dalloz 1986.chr.27.

فرضت الاتفاقيات الدولية على الأنظمة التشريعية الوطنية أن تتوجه نحو إدراج العديد من الأحكام ذات البعد الدولي وجعلها جزءاً مهماً من نظامها التشريعي الوطني، من غير أن تمنحها فسحة في إعادة هيكلة تقنيناتها العامة، حيث أن التوجيهات التي تتضمنها تلك الاتفاقيات لا تتماشى وموضوع التقنين العام، الذي يفترض لفكرة التخصص الذي جاءت به العديد من مصادر التشريع الدولية، فكان لزاماً على الأنظمة التشريعية الوطنية أن تتحول لتكون في وضعية المستقبل المباشر لمضمون تلك الاتفاقيات، دون مراعاة للحالة الحيوية التي يجب أن يكون عليها النص. إذ لا يختلف اثنان على اعتبار الاتفاقيات الدولية لاسيما الجزائية منها من أكثر التشريعات توجهاً نحو التخصص، بل وأن أغلبها الأعم متخصص بحماية مصالح دولية دقيقة ومستقلة عن قيم أخرى مقاربة لها. ومن الأمثلة التي تؤكد هذا القول وتبرر القول بتخصص الاتفاقيات الدولية وانعكاس هذا التخصص على التشريع الوطني ليضحي سمة مميزة لها، تلك المسطرة - الاتفاقيات - لمواجهة ظاهرة الاختطاف، وتلك التي تستهدف الحد من ظاهرة التمييز بأوجهه المختلفة؛ العرقي، أو الديني، أو المبنية على الجنس، دون تجاهل الاتفاقية الأممية لمكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية، واتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وغيرها، من الاتفاقيات ذات الطابع الجزائي المتخصص، والتي جاءت أغلب نصوصها بصيغة الإلزام، مخاطبة الهيئات التشريعية الوطنية حاملة إياها على صياغة على النصوص الجزائية، وفق كيفية وإطار معين؛ حيث يظهر من الناحية العملية ومن جانب معطيات الواقع أن هذه الاتفاقيات سواء كانت منظمة لحقوق الإنسان العامة، أو متضمنة لمسائل متعلقة بالتجريم والعقاب، فإنها تعالج علاوة على ذلك تنظيمًا للمراكز التشريعية المتخصصة، بالنظر للصفة الوظيفية أو المهنية أو بالنظر للمراكز الخاصة لبعض الفئات التي يتعين أن تؤخذ بعين الاعتبار في صياغة النصوص الداخلية، حتى يحقق التشريع الوطني استقراراً في تلك المراكز، مع القول بأن تلك الاتفاقيات الدولية من الناحية العملية قد خرجت عن الإطار المألوف المعمول به في الأنظمة التشريعية، حيث تشير تلك الاتفاقيات في أكثر من موضع منها إلى مفاهيم وأطر عامة، قبل الانتقال إلى قواعد التجريم بمعناها الخاص أو الضيق.

أما عن فرض السياسة الجنائية الوقائية على الأنظمة التشريعية الوطنية فيمكن ملاحظة أن المعاهدات الدولية الجزائية اعتمدت إلى جانب السياسة الجنائية الردعية المألوفة سياسة حمائية تعزز فكرة التدابير الوقائية، وأعطتها مساحة واسعة ضمن الأطر التشريعية التي تقررها المصادر الدولية، بل وجعلها بمكانة مساوية لسياسة الردع، حيث لا يخلو تشريع من تشريعات الإنفاذ الجزائي من معالم

السياسة الجنائية الوقائية¹، التي فرضت نفسها على الدول كطرف تشريعي مستقبل لفحوى الاتفاقيات الدولية، دون أن يكون له خيار استبعادها بمناسبة مواعمة تلك الاتفاقيات وإنفاذها في أنظمتها الوطنية، ولهذا القول أساس واضح لا غبار عليه في التشريع الوطني الجزائري؛ حيث يظهر للمتمعن فيه مضمون الاتفاقيات المذكورة أنها مبنية على الطابع الوقائي بذات الأهمية مع الشق الردعي، فبالرجوع إلى اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية نقف على حقيقة انتهاجها لأنظمة داخلية تقنية وتدابير تشريعية أو إدارية لتعزيز السياسة الوقائية في ما يتعلق بمكافحة غسل الأموال ومواجهة الفساد مع تعزيز فكرة التعاون الدولي المساعدة الفنية والتقنية المتبادلة في شأن الوقاية من تلك الجرائم، وهو تقريبا نفس التوجه الذي اعتمدته اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، التي خصصت فصلا كاملا، وهو الفصل الثاني منها بعنوان: التدابير الوقائية بالقطاعات الحيوية المختلفة بالدولة، وذلك في تسع مواد متخصصة من 5 إلى 14 وهو تقريبا نفس التوجه الذي اعتنقته الاتفاقية الدولية الخاصة بإزالة جميع أشكال التمييز العنصري، وإن لم تصرح مباشرة بتوجهها نحو اعتناق السياسة الوقائية، وهذه بعض العينات التي تؤكد التوجه التشريعي نحو فرض السياسة الجنائية الوقائية، كمتطلب جوهري لإنفاذ القانون الدولي في الأنظمة الوطنية.

لكن نجاح آلية الإنفاذ الجزائي عن طريق القوانين الخاصة في استيعاب إملاءات المعاهدات الدولية، خلق نموذجا تشريعيًا غير معهود من قبل، يثير العديد من التساؤلات حول مدى تماشي نظامها القانوني مع مقتضيات الشرعية الجنائية.

¹ - كما يظهر ذلك جليا في تسمية القوانين ذاتها: قانون رقم 04- 18 المؤرخ في 2004/12/25 يتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين بها الصادر في الجريدة الرسمية عدد 83 المؤرخة في 26 ديسمبر 2004 وقانون رقم 05- 01 المؤرخ في 2005/02/06 يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال و تمويل الإرهاب ومكافحتهما الصادر في الجريدة الرسمية عدد 11 المؤرخة في 9 فيفري 2005 وقانون رقم 06- 01 المؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق ل 20 فبراير سنة 2006 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته الصادر في الجريدة الرسمية عدد 14 المؤرخة في 08 مارس 2006.

الفرع الثاني:

تشريع الإنفاذ الجزائي: نموذج جديد للتشريع خارج التقنين العام

عطفًا على ما ذهب إليه جانب من الفقه¹ بالقول بانفصال التشريع عن التقنين العام، والتوجه نحو التخصص الموضوعي والانفصال الهيكلي للقانون المتخصص، نجد بأن تشريع الإنفاذ الجزائي أضحي نموذجا متميزا وتطبيقا حيا عن فكرة التشريع خارج التقنين العام²، ويظهر ذلك باعتبار أن إصدار قانون الإنفاذ الجزائي عملية محورية لإنفاذ الاتفاقيات الدولية في الأنظمة الوطنية فرضت هذه القوانين كفكرة جديدة للتشريع³ تهدد بعض مقومات مبدأ الشرعية الجنائية.

فهي من جهة تهدد البعد الاجتماعي للقاعدة الجنائية ذلك أن الاتفاقيات الدولية تجسد الحلقة التعاقدية في مجال التعاون التشريعي، فترتكز في بنائها على جملة من الالتزامات والحقوق المتبادلة بين الدول الأطراف، وإن كان هذا التصور بريئا في ظاهره إلا بباطنه تهديد كبير لفكرة السيادة التشريعية الوطنية، لما تتضمنه تلك الاتفاقيات من شروط وبنود قد تمس وبشكل مباشر استقلالية الدول التشريعية ولا يمنحها أدنى مجال للتفاوض عدا ما يتعلق بحقوقها في التحفظ على بعض المسائل التي لا تكون في أغلب الحالات من المسائل غير الجوهرية بالاتفاقية؛ فبالنظر إلى ما تتضمنه بعض الاتفاقيات من المبادئ والأحكام العامة، يظهر أنها ترسم آراء وأهداف هذه الاتفاقيات، ونطاق تطبيقها، إلى جانب الإشارة إلى كل ما يتعلق بصون السيادة الوطنية، بأن تفرض على الدول الأطراف مجموعة من الالتزامات، وتمتعها

¹- Mireille DELMAS-MARTY, «Code pénal d'hier, droit pénal d'aujourd'hui, matière pénale dedemain»,loc.cit.

²- وقانون الإنفاذ الجزائي وإن كان محل تحفظ، إلا أن به من الإيجابيات ما يجعله فكرة تشريعية أو نظام صياغة يستحق العناية، ومن هذه الإيجابيات أن هذا النمط من التشريع ينور بصيرة القاضي بالمصادر التشريعية غير الوطنية، على خلاف التقنين العام، الذي يقطع الصلة الواقعية والخلفية التاريخية بين القانون الجزائي المتخصص وموضوعه المدرج ضمن فصول التقنين العام. كما أن قوانين الإنفاذ الجزائي تحدد مجال وطبيعة المصالح المحمية جزائيا تحديدا دقيقا، فهي أكثر ضمنا لوضوح المفاهيم والمراكز القانونية، مقارنة بالمكرسة في التقنين العام؛ حيث توطئها تأطيرا دقيقا رافعة الحرج على القاضي في مجال تطبيق تلك النصوص، على عكس المعمول به في التقنين العام، دون تجاهل للتوجه المتميز لتشريعات الإنفاذ الجزائي نحو اعتناق بعض الآراء والمفاهيم الفقهية وتجسيدها في شكل قوانين ملزمة بنقلها - أي آراء الفقه - من دائرة الاستدلال إلى حقل القوة والإلزام.

³- لمزيد من التفصيل في تأصيل مفهوم تشريعات الموامة الجزائرية راجع: بوزيدة عادل، الموامة التشريعية: آلية لعولة القانون الجزائي، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، عدد خاص (العدد التسلسلي 25)، جانفي 2021، ص. 169 - 186.

بقدر أدنى من الحقوق، وخير دليل على ذلك ما تقره المادة 4 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، والمادة 4 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية.

يلاحظ من جهة أخرى تحييد لإرادة المشرع الوطني، وفي ذلك تهديد صريح لمكانة المؤسسة التشريعية الوطنية ولاعتبارها الدستوري؛ باستبعاد وظيفة البرلمان من تقدير ملائمة ونطاق الحماية الجزائية لأي مصلحة اجتماعية يراها جديرة بذلك، فلمؤسسة التشريعية مكانة اجتماعية هامة استمدتها من فكرة التفويض الاجتماعي التي منحها مكنة الاستئثار بصلاحيات سن وصياغة القواعد الجزائية. فأضحت فكرة المواءمة خطراً فعلياً وحالاً يمس مكانة البرلمان في العملية التشريعية فبالرجوع إلى بعض النصوص الواردة في الاتفاقيات الدولية، على سبيل التطبيق العملي نجد أن نصوصها تخاطب التشريعات والأنظمة الوطنية على سبيل الإلزام، فمثلاً: نجد أن المواد 4 وما بعدها من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة تبدأ بمفردة " يتعين " في حين أنها في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد تبتدئ بمصطلحات، تتخذ، تقوم، تسعى، تنظر تكفل، تحدد، تأخذ، وكل هذه المصطلحات وغيرها فيها خطاب إلزامي يؤثر ويؤدي بالضرورة إلى تحييد إرادة المشرع، باعتبار أن هذه النصوص تتضمن قواعد أمرة مفروضة على الدول الأطراف التي تصادق عليها.

إضافة إلى ما يلتمس من تحييد لإرادة المشرع في إطار إصدار تشريعات الإنفاذ الجزائي ثمة بعض التحفظات التي يمكن أن تساق بمناسبة تقييم آلية الإنفاذ الجزائي كمتطلب تفرضه العولمة التشريعية بمناسبة مواءمة القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية، والتي تقوم أساساً على غياب نظام قانوني يؤطر فكرة الإنفاذ الجزائي للاتفاقيات الدولية، ويظهر هذا الغياب باعتبار الإنفاذ الجزائي عملية تشريعية معزولة ومجردة من التأطير، لغياب أحكام خاصة تميزها عن العملية التشريعية العامة، لأسباب عدة أهمها:

- الإنفاذ الجزائي عملية جوازية: حيث أن القانون لا يلزم الدول باستصدار قوانين الإنفاذ الجزائي، باعتبار هذه الأخيرة غير إجبارية للترسيم الوطني للاتفاقيات الدولية بعد المصادقة عليها بل يكفي لذلك استصدار مرسوم المصادقة الرئاسي لتكون تلك الاتفاقية جزءاً من النظام التشريعي الوطني، وفكرة الجوازية المضافة على تشريع الإنفاذ جردته من القوة التي كان ينبغي أن يتمتع بها، لاتصاله المباشر بالحقوق والحريات الشخصية.

- مشكلة المدة في الإنفاذ التشريعي: لم تحدد النصوص الوطنية المنظمة لعملية التشريع الداخلي ولا تلك التي تحكم العلاقات التشريعية الدولية آجالاً ومدد دنيا أو قصوى لاستصدار قوانين الإنفاذ الجزائي، فتباينت بذلك الفترات العملية لإنفاذ اتفاقية مقارنة بغيرها، ففي الوقت الذي يتم فيها الإنفاذ الجزائي لاتفاقيات دولية في فترات زمنية وجيزة، قد يستغرق ذلك عقوداً عديدة في اتفاقيات دولية أخرى (نذكر منها اتفاقيات: المخدرات، الطفل، الجريمة المنظمة، ... وغيرها).

- أزمة التعارض الموضوعي بين الاتفاقيات الدولية: وهو الواقع الذي فرضه تعدد الاتفاقيات الدولية التي تستهدف مصلحة واحدة، ليقع المشرع الوطني في دائرة من الاضطراب في شأن ترتيب الاتفاقيات وإقرار أولوية لتطبيقها، في ظل وحدة المصلحة المحمية الممزوج ببعض التباين في مسائل جوهريّة وأخرى ثانوية، طبعاً دون إغفال لنطاق الاتفاقية من حيث اعتبارها دولية أو إقليمية، ويظهر ذلك على وجه الخصوص في تشريعنا الوطني في مجال الوقاية من الفساد ومكافحته، حيث تتعدد الاتفاقيات حوله بوجود اتفاقيات دولية، إقليمية وقومية. فيحتاج القاضي إلى تطبيق قواعد القانون الدولي لحل مثل هذه المسائل القانونية. واعتباراً أن هذه المسألة القانونية ليست الوحيدة التي يواجهها القاضي الجزائي في تطبيقه للنصوص الجزائية الدولية أو ذات المصدر الدولي يتعين التعرض في المبحث الثاني إلى ما فرضته العولمة عليه من حتمية الاجتهاد في تطبيق هذه النصوص.

المبحث الثاني:

حتمية اجتهاد القاضي الجزائي في تطبيق النص الجزائي ذي المصدر الدولي

يعبر تطبيق النص الجنائي من قبل القاضي عن المظهر الحيوي والتفعيل الحقيقي لمبدأ للشرعية الجنائية، والقاضي الجزائي يتميز في ذلك - عن غيره من القضاة - بالتقيد المطلق بالنص التشريعي دون إمكانية اللجوء لمصادر القانون الأخرى المتاحة لغيره من القضاة، ملتزماً في ذلك التفسير الصارم والضيق للنص الجنائي. إلا أن هذا التقيد بني على تصور ومعتقد مثاليين للنص الجنائي، يكون النص وفقهما قائماً بذاته، موضحاً لعناصر الجريمة ومحدداً للجزاء الجنائي، موفراً على القاضي البحث عن هذه العناصر في نصوص متفرقة فتتحقق مقتضيات المادة الأولى من قانون العقوبات.

غير أن هذا النص الأخير وإن كان محافظاً على مركز الصدارة في حصره لنصوص التجريم والجزاء، إلا أن عوامة هذا النص تستوجب قراءة جديدة لدور القاضي الجزائي في تطبيق القاعدة الجنائية بالنظر إلى مصدرها الدولي المباشر أو غير المباشر، أو بعبارة أخرى تطبيق القاضي الجزائي للتشريع الجزائي الوطني في ظل سمو الاتفاقيات الدولية على التشريع الوطني من جهة (المطلب الأول)، ومواجهة صعوبات التطبيق المباشر للاتفاقيات الدولية في مجال التجريم والعقاب من جهة ثانية (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

تجسيد القاضي الجزائي لقاعدة سمو المعاهدات الدولية على التشريع الوطني

لقد فرض النظام القانوني الدولي نفسه على النظام القانوني الداخلي، محتماً على الدول منح النصوص الدولية مكانة خاصة في أنظمتها القانونية، تميزت في أغلب الأحوال بالسمو على التشريع الداخلي؛ فترتب عن ذلك فرض التزام على كافة جهات إصدار وإنفاذ القانون بتجسيد هذا السمو، لاسيما المشرع والقاضي. فإذا كان هذا التجسيد بالنسبة للمشرع يتضح من خلال إفراغه للالتزامات الدولية في النصوص التشريعية التي يصدرها، فإن مهمة القاضي في ذلك أكثر صعوبة، لأنه مقيد من جهة بحظر التدخل في العمل التشريعي، وملزم من جهة أخرى بتقييم هذا النص التشريعي على ضوء المعاهدات الدولية، فإن لم يجد تعارضاً بينهما فيجسد السمو الهادئ للنص الدولي على النص الداخلي، أما في حالة وجوده فيطبق قاعدة السمو بكل قوتها.

الفرع الأول:

التجسيد الهادئ لقاعدة السمو من قبل القاضي الجزائي

لقد كرس المؤسس الدستوري الجزائري قاعدة سمو المعاهدات الدولية منذ دستور 23 فيفري 1989 إذ تنص المادة 154 من التعديل الدستوري لسنة 2020¹ على أن: " المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون "، فإذا أبرم رئيس الجمهورية

1- التعديل الدستوري الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 20- 442 المؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق لـ 30 ديسمبر سنة 2020 المتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020 (ج. ر رقم 82 المؤرخة في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق لـ 30 ديسمبر سنة 2020).

اتفاقية دولية وصادق عليها، فإنها تصبح نصا قانونيا مدرجا في المنظومة التشريعية الوطنية، يعلو درجة على التشريع العادي. فيقع على عاتق القاضي حين تطبيقه للنص الداخلي أن يحترم مبدأ سمو المعاهدات الدولية على القانون الداخلي، سواء كان هذا الأخير من ضمن تشريعات الإنفاذ الجزائي أو من غيرها، علما أنه إذا تعلق الأمر بتطبيق تشريع الإنفاذ الجزائي للاتفاقيات الدولية فإن المفروض أن قاعدة السمو قد جسدها المشرع مسبقا في القانون ذاته، لأن القانون جاء فقط لإفراغ النص الدولي في قالب تشريع وطني، فيكون ذكر الاتفاقيات في حيثيات الحكم إلى جانب النص الوطني تجسيديا شكليا لقاعدة السمو، طالما أنه لا يوجد أي تعارض بين النص الدولي والنص الداخلي.

ويلاحظ في هذا الإطار أن القضاء الجزائري قد عمل على الإشارة إلى نصوص الاتفاقيات الدولية إلى جانب نصوص التشريع الوطني دون ضرورة، فقد سبق للقضاء مثلا أن اعتمد على اتفاقية حقوق الطفل¹ من أجل تأسيس عدم مسؤولية الطفل جزائيا²، وذلك إلى جانب ذكر نص المادة 49 من قانون العقوبات في حين كان النص الوطني كافيا بمفرده لتأسيس الحكم القضائي. كما يتجلى اعتمد على الاتفاقية الدولية لمناهضة التعذيب وغيرها من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية³ في قضية أخرى بمناسبة إعادة تكييف الوقائع إذ جاء في حيثيات الحكم "أن ما قام به المتهم يدخل ضمن ما نوهت إليه المادة الأولى من اتفاقية مناهضة التعذيب..."⁴ وقد أثارتها المحكمة من تلقاء نفسها باعتبارها من النظام العام، لما لاحظت أن الوقائع الجنحية المتابع على أساسها المتهم (الاختطاف) تشكل جناية التعذيب على أساس الاتفاقية، فقضت بعدم الاختصاص النوعي. وقد اعتمد القاضي على نص الاتفاقية بالرغم من وجود نصوص في قانون العقوبات تجرم وتعاقب على الأفعال ذاتها (263 مكرر - 263 مكرر 2...)، وهي النصوص التي ذكرها القاضي في نهاية المناقشة القانونية. فقد اعتبر القاضي في ذات الحكم أن

1 - التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 1989/11/20 والتي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92- 461 المؤرخ في 24 جمادى الثانية عام 1413 الموافق لـ 14 ديسمبر سنة 1992 الجريدة الرسمية عدد 91 المؤرخة في 28 جمادى الثانية عام 1413 الموافق لـ 24 ديسمبر سنة 1992. الذي حددت سنا دنيا يفترض دونها أن الأطفال ليس لديهم الأهلية لانتهاك قانون العقوبات.

2 - قرار صادر عن الغرفة الجنائية للمحكمة العليا بتاريخ 2009/12/17 ملف رقم 593050 / مجلة المحكمة العليا، العدد 2011/1، (ص 339 وما يليها).

3 - التي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي 89- 66 المؤرخ في 26 ماي 1989.

4 - محكمة الجناح بمحكمة قسنطينة في 2011/05/17، مزروزي ياسين، مجمع الأحكام القضائية الجزائرية المتعلقة بتطبيق الاتفاقيات الدولية، المدرسة العليا للقضاء، بدون سنة، ص 90.

"الحكم بعدم الاختصاص النوعي" هو بمثابة الإجراء القضائي الفعال لتنفيذ بنود أحكام الاتفاقية، أي أنه اعتبر أن الجهات القضائية تلعب دورا في تفعيل الاتفاقيات الدولية.

فإذا كانت قاعدة السمو في مثل هذه الحالات لا يترتب عنها أي استبعاد أو تقييد للنص الداخلي، فإن الأمر غير ذلك، إذا وجد تعارض بين المعاهدات الدولية والقانون الداخلي، حيث تبرز قاعدة السمو بكل قوتها.

الفرع الثاني:

التجسيد الفعلي لقاعدة السمو من قبل القاضي الجزائري

في الوقت الذي يعتبر فيه تعارض المعاهدات الدولية مع القانون الداخلي من بين المسائل القانونية التي قد تؤرق القاضي في اختيار القانون الواجب التطبيق، فإن قاعدة سمو المعاهدات الدولية المصادق عليها على القانون الداخلي، تفرض على القاضي منح الأولوية في التطبيق للنص الدولي لكنه مقيد في ذات الوقت بالقواعد العامة لتطبيق القانون، كقاعدة النص الخاص يقيد العام، أو قاعدة اللاحق يلغي السابق، أو قاعدة القانون الأصلح للمتهم. فقد يثار التعارض بين قانون سابق ومعاهدة لاحقة أو العكس، فيكون أحدهما خاصا والآخر عاما، أو يكون أحدهما أقل شدة عن الثاني، فتطرح مسألة مدى إمكانية التعامل مع المعاهدة باعتبارها قانونا داخليا، فيما يتعلق بإعمال قواعد تطبيق القانون المشار إليها، دون اعتبار لقاعدة السمو، علما أن الإشكال يطرح بوجه خاص عندما تكون المعاهدة لاحقة وهي النص العام أو هي الأكثر شدة.

أما إذا كانت المعاهدة هي الأقل شدة كأن تزيل التجريم أو العقاب على فعل مجرم في القانون الداخلي، فيتحتم على القاضي في هذه الحالة أن يفعل قاعدة السمو باستبعاد القانون الوطني¹ من التطبيق ويطبق الاتفاقية إضافة إلى اعتبارها هي القانون الأقل شدة². وقد سبق للقضاء الجزائري أن استبعد من التطبيق القانون الداخلي ومنح الأولوية في التطبيق للاتفاقية باعتبارها تسمو عليه وأقل شدة منه. فقد استبعد من التطبيق القانون 08- 11 المؤرخ في 25/06/2008 المتعلق بشروط دخول الأجانب

1- يستعمل بعض الفقه عبارة "mise en sommeil" أي تنويم النص الداخلي لتوضيح أن الاستبعاد من التطبيق ليس الإلغاء، عبد القادر القهوجي، المعاهدات الدولية أمام القاضي الجنائي، الإسكندرية، الدار الجامعية، ص. 70.

2- المادة 15 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، تنص أيضا على قاعدة القانون الأصلح للمتهم.

إلى الجزائر في قضايا ضد أشخاص في وضعية لاجئين سياسيين استنادا إلى اتفاقية حماية اللاجئين لسنة 1951 التي صادقت عليها الجزائر في 25 جويلية 1963 والتي تنص المادة 31 منها على منع الدول التي صادقت على الاتفاقية بأن تفرض عقوبات جزائية بسبب الدخول أو الوجود الغير قانوني في التراب الوطني لكل طالب لجوء¹. كما استبعد في قضية أخرى تطبيق المادة 281 من قانون الجمارك التي لا تجيز للقاضي التصريح ببراءة المتهم استنادا إلى نيته لمخالفته للمادة 14(2) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والتي تقضي بمبدأ قرينة البراءة العالمي، وقضت بالبراءة لانتفاء الركن المعنوي². هذا ولم يكتفي القضاء الجزائري بتفعيل قاعدة السمو من خلال تقييد واستبعاد تطبيق القانون الداخلي بل ذهب إلى التطبيق المباشر للاتفاقيات الدولية في مجال التجريم والعقاب، رغم ما تلقى هذه المسألة من اعتراض فقهي على نحو ما سيتضح فيما يلي.

المطلب الثاني:

التطبيق المباشر للاتفاقيات الدولية في مجال التجريم والعقاب

إذا كان المؤسس الدستوري قد نص على مبدأ سمو المعاهدات الدولية منذ دستور 1989 فإنه لم ينص على مبدأ التطبيق المباشر لها من قبل القاضي إلا في التعديل الدستوري لسنة 2020 إذ جاء في المادة 171 منه أنه " يلتزم القاضي في ممارسة وظيفته بتطبيق المعاهدات المصادق عليها، وقوانين الجمهورية، وكذا قرارات المحكمة الدستورية " دون أي استثناء أو تخصيص للقاضي الجزائري مما يستدعي الاهتمام بمسألة مدى إمكانية هذا التطبيق المباشر في مسألة التجريم والعقاب.

الفرع الأول:

إشكالية التطبيق المباشر للمعاهدات الدولية في مجال التجريم والعقاب

رغم عدم ارتباط مبدأ سمو المعاهدات الدولية على التطبيق المباشر لها من قبل القاضي، إلا أن ذلك لم يمنع بإعمال ذلك بالنسبة للاتفاقيات القابلة للتنفيذ الذاتي *self executing treaty* التي ترتب آثاراً

1- قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ: 2016/03/29، غير منشور.

2- محكمة الجناح بمحكمة قسنطينة في 2011/12/13، مزوزي ياسين، مجمع الأحكام القضائية الجزائرية المتعلقة بتطبيق الاتفاقيات الدولية، المرجع السابق، ص. 106.

مباشرة للأفراد وتكون قابلة للإثارة والاحتجاج بها أمام القاضي، متى كانت نصوصها قائمة بذاتها ونشأ عنها حقوقاً للأشخاص. أما مسألة التطبيق المباشر للاتفاقيات الدولية في المادة الجزائية فهي تثير جدلاً فقهيًا ما بين معارض ومؤيد لها إذ تتجه غالبية الفقه إلى تبرير عدم إمكانية التطبيق المباشر للاتفاقية في مجال التجريم والعقاب على أساس الإقرار الدستوري للبرلمان باختصاصه في التشريع في قانون العقوبات، لا سيما وأن له مجالاً يتعلق بحقوق الأفراد وحررياتهم، وهو مجال تشريعي من اختصاص البرلمان بنص دستوري صريح (م 139 من الدستور). كما أن تطبيق مبدأ الشرعية الذي يستدعي صياغة نصوص جنائية دقيقة وواضحة الشيء الذي تفتقر إليه النصوص الدولية كونها تصاغ في الكثير من الأحيان بنوع من العمومية " المقصودة " ¹، فبخلاف القاعدة الجنائية الداخلية التي تتضمن شقي التكليف والجزاء فإن القاعدة الدولية لا تجرم ولا تحدد الجزاء الجنائي وإنما تخاطب المشرع من خلال إلزام الدول على اتخاذ التدابير التشريعية اللازمة لتجريم ومعاقبة بعض السلوكات في إطار ما يسمى بقوانين الموازنة، فهي لا تتمتع بالقوة التقيدية إلا بالنسبة للدولة، من خلال جعلها مسؤولة على تطبيق القواعد المتفق عليها، وبالتالي ليس لها قوة تقيدية بالنسبة للأفراد. كما أن القانون الجنائي له نظامه المستقل عن غيره من النظم القانونية، وأنه أهم وأخطر مظهر لسيادة الدولة على إقليمها، في حين يعتبر المؤيدون أن التطبيق التلقائي للمعاهدات من أهم الأدوات التي يستخدمها القاضي الجزائي لسد القصور التشريعي أو الفراغ القانوني في التشريعات والقوانين الداخلية حال عدم كفايتها أو سكوت التشريع الوطني عنها، وأن التسليم بعدم إمكانية التطبيق المباشر للمعاهدات على إطلاقه من شأنه أن يعوق التعاون الدولي بشأن مكافحة الإجرام، الذي تعجز القوانين الجنائية على الرغم من تحديدها على شمول كافة صوره، ويعجز القانون الجزائي الوطني على تحديده بالتفصيل مما يسمح بإفلات العديد من الجرائم التي تكون معروفة عادة ومحددة في الاتفاقيات الدولية، كما هو شأن جريمة تبييض الأموال، التي لم تجرم في التشريع الوطني إلا ابتداء من 2004 على الرغم من مصادقة الجزائر على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية لسنة 1988 التي تلزم الدول الأطراف باتخاذ تدابير تشريعية لتجريم عمليات تبييض عائدات الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية.

¹ - حتى يتسنى للاتفاقية الدولية أن تكون محل قبول أكبر عدد ممكن من الدول ومن جهة أخرى إذا تمكنت الاتفاقية الدولية من صياغة الجزء الخاص بالتجريم فإنها من غير الممكن أن تصيغ عقوبات لأن سلطة العقاب اختصاص أصيل لا تقبل الدول ذات السيادة بفرضه عليها، راجع بهذا المعنى وسام نعمت إبراهيم محمد السعدي، النظرية العامة للتشريع في القانون الدولي العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 119.

ولئن كان هذا الجدل الفقهي قد فقد جدواه من حيث مبدأ قابلية الاتفاقيات للتطبيق المباشر أمام تكريس المؤسس الدستوري لمبدأ التطبيق المباشر لها ، فإنه ترك للقضاء مهمة التوفيق بين مبدأ الشرعية الجنائية على نحو تكريسه في المادة 1 من قانون العقوبات ، ومبدأ التطبيق المباشر للاتفاقيات الدولية ، فأفرز ذلك عن بعض المواقف القضائية المثيرة للنقاش القانوني ، على نحو ما يمكن التماسه من خلال التعرض لبعض القرارات.

الفرع الثاني:

اجتهاد القضاء الجزائري في التطبيق المباشر للاتفاقيات الدولية

إن التسليم بالتطبيق المباشر للاتفاقيات الدولية من قبل القاضي الجزائري إضافة إلى الإشكالات النظرية المشار إليها سابقا يستلزم من القاضي الاستناد عليها في أحكامه والفصل في النقاط القانونية التي تعرض عليه على ضوءها مع الحرص على تكريس قاعدة سموها على التشريع الوطني إلا أن هذا التسليم يطرح العديد من الإشكالات القانونية العملية كتلك المتعلقة بسريان الاتفاقيات غير المنشورة من حيث الزمان ، ذلك أن المؤسس الدستوري لم يشترط في إقراره لقاعدة سمو الاتفاقيات الدولية أن تكون منشورة فقد ينشر مرسوم التصديق دون نص الاتفاقية و الحال كذلك كيف يمكن للقضاء تطبيق قاعدة عدم العذر بجهل القانون دون الإخلال بروح مبدأ الشرعية الذي يرهن مشروعية العقاب بالإنذار السابق على ارتكاب الفعل المجرم. لكن المجلس الدستوري الجزائري أكد في قرار الصادر عنه بتاريخ 1989/08/20 على أن المعاهدات الدولية لا تنتج آثارا في النظام الداخلي الجزائري ، إلا إذا تمت المصادقة عليها ونشرت في الجريدة الرسمية فيقع على عاتق القاضي الجزائري التأكد من نشر الاتفاقية قبل تطبيقها.

قد تثار أيضا مسألة إمكانية تفسير القاضي للاتفاقيات الدولية التي تثير جدلا فقهيًا بين معارض يعتبر ذلك من اختصاص السلطة التنفيذية على نحو ما تنص عليه العديد من النصوص القانونية التي تسند هذه المهمة إلى وزارة الخارجية¹ دون أن توضح بقاعدة عامة مدى إلزامية تقييد القاضي بهذا

¹ - المرسوم رقم 77- 54 والرسوم رقم 79- 249 والرسوم رقم 84- 165 والرسوم رقم 90- 359.

التفسير¹ وما على القاضي الذي تعترضه مسألة تفسير المعاهدة إلا أن يرجئ الفصل في القضية المعروضة عليه إلى غاية توصله بتفسير الحكومة² ومؤيد على أساس أن الاتفاقيات الدولية أصبحت تتمتع بقوة القانون وأن تفسيرها من صميم عمل القضاء على نحو ما نصت عليه بعض الدساتير³ وإذا حسم الأمر لفائدة التأييد تطرح مسألة أساليب التفسير التي سيطبقها هل يراعي المبادئ الدولية اعتباراً أن مبادئ التفسير الدولية تسمو على مبادئ التفسير الداخلية⁴ أم أنه يلجأ إلى قواعد التفسير المعهودة على الصعيد الداخلي. وفي هذا الصدد كان للقضاء الجزائري الجزائي أن تصدى لتفسير عبارة "الاحتفاظ بصورة منتظمة بعلاقات شخصية واتصالات مباشرة بكلا والديه" الواردة في المادة 9 (3) من اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 1989/11/20 والتي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي 92- 461 المؤرخ في 1992/12/19 واعتبار ممارسة حق الزيارة يدخل ضمن حق الطفل المذكور (حكم صادر بتاريخ 2012/09/30 عن قسم الجنح لمحكمة قسنطينة تحت رقم 06776 - 12).

أما فيما يتعلق بالتطبيق المباشر للاتفاقيات الدولية في مجال التجريم والعقاب فرغم اعتراض أغلب الفقه على ذلك فإن ذهاب القضاء إلى غير ذلك في بعض أحكامه تأكيد على وجود تأثير حقيقي للعمولة على أسس الشرعية الجنائية. فعلى سبيل المثال نذكر أنه سبق للقضاء أن اتخذ اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة المصادق عليها من قبل الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي 02- 55 المؤرخ في 2002/02/15 أساساً لتجريم الجريمة المنظمة معتبراً أن أحكامها تعتبر واجبة الإنفاذ والتطبيق على الرغم من عدم التنصيص عليها وتقنين جميع أحكامها في القانون الداخلي، معتبراً أن استخلاص مفهوم وأركان الجريمة المنظمة يكون من المادة 02 من هذه الاتفاقية، التي تنص على أنه " يقصد بتعبير

¹ - خلافاً لذلك تنص المادة 4/37 من الأمر رقم 70- 86 المؤرخ في 1970/12/15 يتضمن قانون الجنسية الجزائرية المعدل والمتمم على أنه: "وعندما يقتضي الأمر أحكام الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالجنسية لمناسبة نزاع، تطلب النيابة العامة هذا التفسير من وزارة الشؤون الخارجية. وتلتزم المحاكم بهذا التفسير"،

² - أحمد بلقاسم، القانون الدولي العام (المفهوم والمصادر)، دار هومة، الطبعة الرابعة، الجزائر 2011، ص 124.

³ - بوغزالة محمد ناصر، سكندري أحمد، القانون الدولي العام، الجزء الأول، المدخل والمعاهدات الدولية، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 1997، ص 268.

⁴ - أحمد بلقاسم، القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص 124.

جماعة منظمة ذات هيكل تنظيمي مؤلفة من ثلاثة أشخاص أو أكثر لفترة من الزمن تعمل بصورة متضافرة بهدف ارتكاب واحدة أو أكثر من هذه الجرائم الخطيرة أو الأفعال المجرمة وفقا لهذه الاتفاقية من أجل الحصول بشكل مباشر أو غير مباشر على منفعة مالية أو منفعة مادية أخرى¹. وقد آلت الإجراءات التي صدر بمناسبتها هذا القرار إلى صدور أمر بانتفاء وجه الدعوى مما حال دون معرفة كيف كان سيكون موقف القضاء لو تمت الإحالة أمام جهة الحكم بتكليف الجريمة المنظمة وقررت المحكمة الإدانة في غياب نص يحدد العقوبة واجبة التطبيق.

أما بخصوص مسألة العقاب فقد قضت الغرفة الجزائية للمحكمة العليا بتاريخ 2000/02/22 بصحة الحكم الصادر بالمصادرة كعقوبة تكميلية لمبالغ محجوزة في ملف قضائي جزائي يتعلق بالمتاجرة بالمخدرات والمؤثرات العقلية معتمدة على نص المادة الأولى فقرة 3 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار بالمخدرات والمؤثرات العقلية المعتمدة في فيينا بتاريخ 1988/12/20 في غياب نص في قانون العقوبات يسمح لها بذلك و اعتبرت أنه من الواجب تطبيق الاتفاقية مباشرة استنادا لسمو المعاهدات على القانون أين اعتبرت عقوبة مشروعة على أساس أن الجزائر قد صادقت عليها بموجب المرسوم الرئاسي 95- 41 المؤرخ في 1995/01/28 وهذا رغم عدم النص عليها في قانون الصحة رقم 85- 05 الذي توبع بمقتضاه المتهمون.

خاتمة:

يجب القول في خاتمة هذه المداخلة أن العولة الجزائية قد أثرت تأثيرا واضحا في البناء التقليدي لمبدأ الشرعية الجنائية، الذي يقوم على قواعد راسخة وثابتة منها مبدأ الانفراد بالتشريع في المادة الجزائية وتنظيم صلاحيات القاضي في مواجهة النص الجزائي، حيث أحدثت العولة الجزائية تصدعا في البعد الهيكلي والمؤسسي للشرعية الجنائية، بأن حيد إرادة المشرع الوطني وضيق من صلاحياته في تحديد المصالح الاجتماعية الجديرة بالحماية الجزائية، بما فرضه من التزامات دولية تحد من سلطة الهيئة التشريعية في تقييم وتقرير المصالح الجديرة بالحماية الجزائية، علاوة على وضع القاضي الجزائي في وضعية استثنائية في مواجهة النص الجزائي غير الوطني من جهة جعله ضمن وظيفة محورية في إعادة هيكلة مبدأ الشرعية الجنائية.

¹ - القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2014/02/20 ملف رقم: 0772002: مزوزي ياسين، مجمع الأحكام القضائية الجزائية المتعلقة بتطبيق الاتفاقيات الدولية، المرجع السابق، ص. 67 وما يليها.

كما أن واقع التخصص التشريعي في المادة الجزائية كإفراز لفكرة الموامة الوطنية للاتفاقيات الدولية يدفعنا إلى القول بضرورة وجود نمط تشريعي جديد مؤطر قانونا يتيح تحقق الموامة التشريعية بشكل صارم و في آجالها المعقولة وبالكيفية والشكليات اللازمة.

ليقتصر هذا العمل ضرورة سن وبعث نظام قانوني جنائي يحدد كفاءات وآليات التطبيق السليم للنص الجزائي غير الوطني في الوقت الذي يجب الإشارة فيه إلى أن القضاء قد سبق الفقه في تعامله مع فكرة عوامة النص الجزائي من منطلق مبدأ الشرعية الجنائية في حلته الأصلية في مواجهة المفاهيم القانونية التي فرضها الواقع التشريعي الدولي.

دور اجتهاد المجلس الدستوري في ضبط العمل التشريعي

دراسة تحليلية 1989 - 2021

د / صام إلياس

أستاذ، كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة مولود معمري، تيزي وزو

مدير الدراسات والبحث، المجلس الدستوري

مقدمة:

تتمتع قرارات وآراء المجلس الدستوري بالقوة الإلزامية تجاه جميع السلطات العمومية والهيئات الإدارية والقضائية المخاطبة بها. وقد فصلت المادة 198 من الدستور في فقرتها الأخيرة في مسألة حجية قرارات وآراء المجلس الدستوري بنصها على أنه: "تكون قرارات المحكمة الدستورية نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية"¹.

لا شك في أن إضفاء الصفة الإلزامية والنهائية على قرارات وآراء المجلس الدستوري يشكل عنصرا جوهريا في ضمان فعالية عمل المجلس الدستوري عند ممارسته الصلاحيات الدستورية المخولة له، كما يعبر على المكانة الدستورية التي تعود إلى المجلس الدستوري في علاقته مع غيره من المؤسسات الدستورية والهيئات الإدارية والقضائية.

غير أن الطابع النهائي والإلزامي الذي تتمتع به قرارات وآراء المجلس الدستوري وإن كان مقياسا قانونيا دقيقا في معرفة طبيعة عمل المجلس الدستوري، فإنه لا يعبر دائما عن حقيقة مدى تأثير اجتهاد المجلس الدستوري على نوعية العمل التشريعي، أو بتعبير آخر عن مدى تأثير المشرع باجتهادات المجلس

¹ - أضيفت لأول مرة بموجب القانون رقم 16 - 01، مؤرخ في 6 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري.

الدستوري السابقة التي كان صرح بها بمناسبة ممارسته الرقابة على دستورية القوانين التي تم إخطاره بشأنها.

هذه هي مجمل الفكرة التي تدور حولها إشكالية هذه الدراسة والمقاربة التي تتبناها والتي نرمي من خلالها إلى تحليل بعض ملامح اجتهاد المجلس الدستوري وإسقاطها على نوعية العمل التشريعي، ومن ثم البحث في طبيعة ودرجة الحوار القائم بين المجلس الدستوري من جهة أولى، والسلطة التشريعية من جهة ثانية.

أولاً: محددات علاقة المجلس الدستوري بالمشرع في اجتهاد المجلس الدستوري:

منذ نشأته بموجب دستور 23 فيفري 1989 وإلى غاية يومنا هذا، لم يتم إخطار المجلس الدستوري من أجل رقابة دستورية التنظيمات والاتفاقيات الدولية كما هو مرتقب في الدستور، بل انحصر جل نشاطه الاجتهادي في مجال الرقابة على دستورية القوانين، لا سيما القوانين العضوية منها، ورقابة مدى مطابقة الأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان للدستور.

وفي هذا الإطار كان لزاماً على المجلس الدستوري أن يضع في اجتهاده المعالم الرئيسية التي تحكم علاقاته بالمشرع، لا سيما أن قراراته وآراءه بخصوص دستورية أو عدم دستورية الأحكام التشريعية وقواعد الأنظمة الداخلية تخاطب الهيئة التشريعية بصورة مباشرة.

وبالرجوع إلى اجتهاد المجلس الدستوري، تتمثل محددات العلاقة القائمة بين المجلس الدستوري من جهة والبرلمان من جهة أخرى فيما يلي:

1- لا يحل المجلس الدستوري محل المشرع في سلطة التقدير:

عملاً بمبدأ التحديد الذاتي للرقابة المستقر في اجتهاد القضاء الدستوري المقارن، لا يملك القاضي الدستوري سلطة تقديرية مماثلة لتلك التي يتمتع بها المشرع باعتباره يعبر عن الإرادة الشعبية بكل سيادة، ونتيجة لذلك لا يجوز للقاضي الدستوري عند ممارسته للمهام الرقابية المنوطة به أن يوسع من نطاق الرقابة لتمتد إلى السلطة التقديرية للمشرع، وخياراته، وملائمة القانون وكذلك السياسة التشريعية المعتمدة. من طرفه في هذا المعنى أكد المجلس الدستوري بموجب رأيه المؤرخ في 13 جوان 1998 على أنه: "واعتباراً أنه إذا كان من اختصاص المشرع إعداد القانون والتصويت عليه بكل سيادة، فإنه يعود للمجلس الدستوري، بمقتضى اختصاصاته الدستورية، أن يسهر على احترام المشرع الأحكام الدستورية حين ممارسة سلطته التشريعية ... واعتباراً أنه إذا كان ليس من اختصاص المجلس الدستوري أن يحل محل

المشرع في اختيار طريقة حساب التعويض، إلا أنه يعود له أن يتحقق من أن تطبيق طريقة الحساب المعتمدة لا تفضي إلى المساس بمبدأ المساواة...¹.

2- المجلس الدستوري لا يوجه المشرع ولا يحل محله في تدارك عدم الدستورية:

اعتاد المجلس الدستوري في إطار الرقابة القبلية على القوانين العضوية والأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان، وفي بعض الحالات القليلة على القوانين العادية، على ممارسة يقوم بموجبها بتصحيح، وإعادة الصياغة، وتدارك حالات السهو والأخطاء المادية الواردة في مشروع القانون أو النظام الداخلي موضوع الرقابة.

ورغم كل ما قد تشيره من شكوك حول دور المجلس الدستوري وعلاقاته بالمشرع، تجد هذه الممارسة مبرراتها في عنصرين أساسيين هما من جهة أن الرقابة القبلية تطبق على نصوص لم تدخل بعد حيز النفاذ، ومن جهة ثانية أن المجلس الدستوري يتدخل في مرحلة نهائية وحاسمة تأتي بعد المصادقة على القانون أو النظام الداخلي وقبل إعطاء الضوء الأخضر لإصداره. وبمفهوم مغاير، عندما يمارس المجلس الدستوري الرقابة البعدية للقوانين التي تكون قد دخلت حيز التنفيذ فإنه بل يكتفي بالتصريح بعدم الدستورية ويقرر بالتالي أن النصوص المعنية تفقد أثرها فور صدور قراره²، ونادرا ما تدخل للقيام بإعادة صياغة المواد التي صرح بعدم دستورتها أو تدارك حالات الأخطاء أو السهو التي تمت معاينتها³.

¹ - رأي رقم 04/ ر. ق. م. د/98، مؤرخ في 13 جوان 1998، حول دستورية المواد من 4 إلى 7 و11، 12، 14، 15 و23 من القانون المتضمن نظام التعويضات والتقاعد لعضو البرلمان. كذلك رأي رقم 05/ ر. م. د/11، المؤرخ في 22 ديسمبر 2011، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد كفاءات توسيع تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة: "واعتبارا أنه إذا كان لا يعود للمجلس الدستوري أن يحل محل المشرع في تقديره مدى اختيار النسب التي حددها والتي هي من اختياره السيد، إلا أنه يعود له بالمقابل أن يتأكد من أن هذه النسب، سواء عند تنصيبها أو تطبيقها، ليس من شأنها تقليص حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة، وأنها لا تشكل عائقا قد يحول دون مشاركتها الفعلية في الحياة السياسية".

² - قرار رقم 4 - ق. ق. م. د/91، مؤرخ 28 أكتوبر 1991، يتعلق بالفقرة الثانية من المادة 54 من القانون رقم 91-17، المؤرخ في 15 أكتوبر 1991، الذي يعدل ويتم القانون رقم 89-13، المؤرخ في 7 أوت 1989، والمتضمن قانون الانتخابات، وكذلك قرار رقم 02/ق.أ. م. د/2000، مؤرخ في 27 فبراير سنة 2000، يتعلق بمدى دستورية الأمر رقم 97-15، المؤرخ في 31 مايو سنة 1997، المحدد للقانون الأساسي الخاص لمحافظة الجزائر الكبير، وكذلك.

³ - على سبيل المثال: قرار رقم 1- ق. ق. م. د، مؤرخ في 20 أوت 1989، يتعلق بقانون الانتخابات، وكذلك قرار رقم 2 - ق - م. د - 89، مؤرخ في 30 أوت 1989، يتعلق بالقانون الأساسي للنائب.

وقد شدد المجلس الدستوري على هذا الموقف بمناسبة الفصل في قضايا الدفع بعدم الدستورية والتي تتطلب منه أكثر من أي وقت مضى تحديد نطاق قراراته ومداها بالنسبة للسلطات المخاطبة بها، لا سيما السلطة القضائية والسلطة التشريعية. في هذا المعنى أكد المجلس الدستوري في قراره رقم 1 المؤرخ في 20 نوفمبر 2019 أنه: "بمقتضى مبدأ توزيع الاختصاصات بين السلطات والمؤسسات مثلما يستتبط من الدستور، فإنه لا يعود للمجلس الدستوري أن يحل محل المشرع في سنه للقوانين، ولا أن يملئ عليه الطريقة التي يصحح بها عدم الدستورية المصرح بها، وأن المعالجة التشريعية للحكم المصرح بعدم دستوريته تبقى من الاختصاص الحصري للسلطة التشريعية...".

ثانياً: بعض ضوابط العمل التشريعي المكثفة في اجتهاد المجلس الدستوري:

طوال أكثر من ثلاث عقود من ممارسة الرقابة على دستورية القوانين، ساهم المجلس الدستوري بشكل لا يستهان به في تكريس ضوابط عديدة على العمل التشريعي، وذلك على وجه الخصوص بمناسبة ممارسته رقابة المطابقة القبلية التي أنيطت به بشأن القوانين العضوية والنظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان.

ويجب التنويه هنا بأن هذا النوع الثاني من الرقابة، أي رقابة المطابقة للدستور التي أخذت حصة كبيرة في النشاط الرقابي للمجلس الدستوري بالنظر إلى طابعها الوجوبي، هي التي ساهمت وبشكل كبير في دفع المجلس الدستوري إلى إخضاع النصوص موضوع الإخطار إلى رقابة ذات طبيعة "شكلية" و"دقيقة" و"صارمة"¹، وذلك من أجل الفصل في مدى مطابقة العمل التشريعي والمعياري للبرلمان لأحكام الدستور، والمساهمة بدوره في إرساء عديد المبادئ التي يجب أن تحكم العملية التشريعية والمعارية.

ويتجلى ذلك باستقراء الممارسة الاجتهادية للمجلس الدستوري من خلال تكريس المجلس الدستوري مبدأ احترام التوزيع الدستوري للسلطات المعيارية، وكذلك وذلك من خلال التصدي لظاهرة التكرار المعياري المعتادة في العمل التشريعي، هذا إضافة إلى السهر على الاحترام الصارم لمبدأ تدرج القوانين.

¹ - أكد المجلس الدستوري بموجب الرأي رقم 1 - رقم د- 1989 على أنه: "نظرا لكون مفهوم المطابقة للدستور، يجب أن يكون معلوما بكيفية صارمة، فإنه يتعين من هذه الوجهة على النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني أن يعبر بأمانة في أحكامه عن الخطة البيانية المضمنة في القواعد الدستورية التي يستتبط منها جوهره".

1- احترام مبدأ التوزيع الدستوري للسلطات المعيارية:

كان للمجلس الدستوري حيزا واسعا من نشاطه الاجتهادي للتأكيد على أن مخالفة البيان الذي رسمه الدستور فيما يتعلق بتوزيع الاختصاصات المعيارية يشكل سببا من أسباب التصريح بعدم مطابقة النص موضوع الإخطار للدستور، وذلك سواء بين المجالات التي يستأثر بها المؤسس الدستوري وتلك التي تعود إلى التشريع أو التنظيم، ومجالات القانون ومجالات التنظيم أو بين مجالات القانون والمجالات المتروكة للنظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان. وبذلك صرح المجلس الدستوري بموجب رأيه الأول المؤرخ في 28 أوت 1989 على أنه: "ونظرا لكون المجلس الشعبي الوطني نص في القانون المتضمن النظام الداخلي على مضامين يعود بعضها للمجال التشريعي وبعضها الآخر يعود لمجاله السيادي في التنظيم، فإنه خالف بذلك أحكام المادة 109 من الدستور"¹.

وبمقتضى الرأي رقم 4 المؤرخ في 19 فيفري 1997 أكد المجلس الدستوري أنه: "اعتبارا أن المؤسس الدستوري، باعتباره مبدأ الفصل بين السلطات كمبدأ أساسي لتنظيم السلطات العمومية، قد عمد إلى تحديد اختصاص كل منها، والتي لا يمكن أن تمارسه إلا في المجالات ووفق الكيفيات التي حددها لها الدستور صراحة [...]"².

وفي نفس السياق، يعد إخلالا بأحكام الدستور تجاوز المشرع في ممارسة اختصاصاته التشريعية، أو المجلس الشعبي الوطني أو مجلس الأمة في إعداد النظام الداخلي، حدود الاختصاصات المعيارية كما هي محددة في الدستور، كأن يقوم بإضافة اختصاصات³ أو مواضيع¹ أخرى لم يقرها المؤسس

¹ - رأي رقم 1- رقم د 1989. انظر أيضا، رأي رقم 04/ رن د / م د / 98 مؤرخ في 10 فبراير سنة 1998، يتعلق بمراقبة مطابقة النظام الداخلي لمجلس الأمة للدستور: "اعتبارا أن غرفتي البرلمان تتمتعان بالاختصاص المستقل في إعداد نظامهما الداخلي والمصادقة عليهما طبقا للفقرة الأخيرة من المادة 115 من الدستور، واعتبارا أن المؤسس الدستوري بتكريسه هذه الاستقلالية، يقصد بأن المجالات التي أقر تدخل سلطات فيها تكون مستثناة من النظامين الداخليين لغرفتي البرلمان".

² - رأي رقم 4 رأ - م د مؤرخ في 19 فبراير 1997 حول دستورية المادة 2 من الأمر المتعلق بالتقسيم القضائي المصادق عليه من طرف المجلس الوطني الانتقالي بتاريخ 6 يناير سنة 1997. للإشارة فإن المجلس الدستوري استعمل في هذا الرأي عبارة "غير دستوري" عوض عبارة "غير مطابق للدستور".

³ - رأي رقم 06/ ر.ق.ع/ م د / 98 مؤرخ في 19 مايو سنة 1998، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله للدستور: "واعتبارا أن الاختصاصات الاستشارية التي أقرها المؤسس الدستوري على سبيل الحصر تتعلق بمشاريع القوانين =

الدستوريّ أو توسيع مجال الهيئات التي لها حق ممارسة هذا الاختصاص أو ذاك²، أو أن يضيف أجهزة أو هياكل غير تلك التي حددتها مواد الدستور على سبيل الحصر³. الأمر ذاته في حالة وضع شروط إضافية غير تلك التي حددتها صراحة وحصرها أحكام الدستور⁴.

= دون سواها التي تعرض وجوبا على مجلس الدولة لإبداء الرأي فيها قبل عرضها على مجلس الوزراء طبقا للمادة 119 (الفقرة الأخيرة) من الدستور، [...] واعتبارا أن المشرع بإقرار عرض مشاريع الأوامر، ومشاريع المراسيم الرئاسية والتفوضية على مجلس الدولة لإبداء الرأي فيها، كما ورد في المادة 4 من القانون العضوي، موضوع الإخطار، لم يتقيد بالنص الدستوري بل أضاف اختصاصات استشارية أخرى لم يقرها المؤسس الدستوري وبالتالي يكون قد استأثر لنفسه ما لم تقض به أحكام المادة 119 (الفقرة الأخيرة) من الدستور، مما يفضي إلى الإخلال بمقتضياتها". في نفس المعنى، رأي رقم 09/رن.د/م د/99 مؤرخ في 22 نوفمبر سنة 1999 يتعلق بمراقبة مطابقة النظام الداخلي، المعدل والمتمم، لمجلس الأمة للدستور: "واعتبارا أن المؤسس الدستوري قد بين، بمقتضى المادة 80 (الفقرة الرابعة) من الدستور، الحالة الوحيدة التي يمكن فيها لمجلس الأمة إصدار لائحة، واعتبارا بالنتيجة، أن مجلس الأمة حين أورد حالة أخرى يمكنه فيها المصادقة على لائحة غير تلك الحالة المنصوص عليها صراحة في المادة 80 (الفقرة الرابعة) من الدستور يكون قد خالف أحكام هذه المادة".

¹ - رأي رقم 10/رن.د/م د/2000 مؤرخ في 13 مايو سنة 2000، يتعلق بمراقبة مطابقة النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني، للدستور: "اعتبارا أن المؤسس الدستوري حين كرّس، بمقتضى المادة 115 (الفقرة الثالثة) من الدستور، مبدأ استقلالية المجلس الشعبي الوطني في إعداد نظامه الداخلي والمصادقة عليه، فإنه يقصد حصر اختصاص المجلس الشعبي الوطني، عند وضع هذا النظام، في النطاق الخاص به المتميز عن المجالات الأخرى، واعتبارا أن الاتفاقيات والمعاهدات المذكورة في المادة 67 أعلاه، تتطلب للموافقة عليها، تدخل سلطات أخرى وبالتالي فهي تمس باختصاص تلك السلطات مما يستوجب إخراجها من نطاق النظام الداخلي، واعتبارا بالنتيجة، أن المجلس الشعبي الوطني حين أدرج ضمن نظامه الداخلي موضوعا لا يدخل ضمن مجال هذا النص يكون قد أخل بالتوزيع الدستوري للاختصاصات كما هو مبين في المادة 115 من الدستور".

² - رأي رقم 10/رن.د/م د/2000 مؤرخ في 13 مايو سنة 2000، يتعلق بمراقبة مطابقة النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني، للدستور: "واعتبارا أن الفقرة الثالثة من المادة 34 من القانون العضوي، المذكور أعلاه، حددت على سبيل الحصر الأطراف التي يحق لها طلب توقيف الجلسة وهي: ممثل الحكومة أو مكتب اللجنة المختصة أو مندوب أصحاب اقتراح القانون، واعتبارا بالنتيجة، أن المجلس الشعبي الوطني حين حوّل صلاحية طلب توقيف الجلسة لرئيس كل مجموعة برلمانية فإنه يكون قد أضاف طرفا آخر تجاوزا لأحكام الفقرة الثالثة من المادة 34 من القانون العضوي المذكور أعلاه".

³ - رأي رقم 08/رق.ع/م د/99 مؤرخ في 21 فبراير سنة 1999 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، وعملهما، وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة للدستور: "اعتبارا أنه يستنتج من المواد 111، 113، 114، 117 و119 من الدستور أن المؤسس الدستوري قد حصر الأجهزة المشتركة لكل من الغرفتين في الرئيس والمكتب واللجان الدائمة دون غيرها، واعتبارا أن المشرع حين أضاف بموجب المادة 9 من هذا القانون المجموعات البرلمانية إلى أجهزة كل من المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة يكون قد أخل بمقتضيات المواد المذكورة أعلاه".

⁴ - رأي رقم 08/رق.ع/م د/99 مؤرخ في 21 فبراير سنة 1999 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، وعملهما، وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة للدستور: "واعتبارا أن م 119 من الدستور تنص على =

هذا وفي موضع مختلف استند المجلس الدستوري بموجب الرأي رقم 06 المؤرخ في 19 مايو سنة 1998 إلى مبدأ الفصل بين السلطات كأساس قانوني يفرض احترام مبدأ التوزيع الدستوري للاختصاصات المعيارية، بشكل يلزم كل سلطة بإعداد واعتماد القواعد القانونية ذات الصلة بمجال اختصاصاتها الدستورية، دون إمكانية إخضاعها لموافقة سلطة أخرى: "واعتبارا من جهة أخرى، أنّ المشرّع بإقرار عرض النّظام الداخلي لمكتب مجلس الدّولة على موافقة رئيس الجمهورية يكون قد أخلّ بمبدأ الفصل بين السّلطات الذي يلزم كلّ سلطة بأن تدرج أعمالها في حدود مجال اختصاصاتها التي ينص عليها الدّستور"¹.

ويكتسي ضبط التوزيع الدستوري للاختصاصات المعيارية أهمية كبيرة، ليس كأساس لاحترام المبدأ الدستوري القاضي بالفصل بين السلطات فحسب، بل يتعدى ذلك ليشكل معيارا لتحديد الطبيعة القانونية لهذا النص القانوني أو ذاك، تبعا لإجراءات وأشكال إعداد واعتماده. في هذا المعنى وبمناسبة النظر في مطابقة النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني للدستور، ساهم المجلس الدستوري مساهمة نوعية في تحديد الطبيعة القانونية للقانون الأساسي الخاص بموظفي كل غرفة من غرفتي البرلمان، إذ أكد على أن القانون الأساسي الخاص بموظفي كل غرفة من البرلمان لا يشكل تشريعا بالمفهوم الدستوري للعبارة، بل يدخل في صميم الاختصاصات المعيارية السيادية التي تعود إلى كل غرفة من البرلمان وفق إجراءات وأشكال خاصة، تبعا للاستقلالية التي تتمتع بها، وكل ذلك بالطبع خارج المجالات التي يخصصها الدستور للقانون، والتي تخضع لإجراءات الإعداد والمصادقة والإصدار المحددة في الدستور².

= سبيل الحصر على شروط قبول مشاريع واقتراحات القوانين، واعتبارا أنه ليس من اختصاص المشرع إضافة شروط أخرى في هذا المجال ما لم يؤهله المؤسس الدستوري لذلك صراحة".

¹ - رأي رقم 06 /ر. ق.ع.م. د/ 98 مؤرخ في 19 مايو سنة 1998، يتعلّق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلّق باختصاصات مجلس الدّولة وتنظيمه وعمله للدّستور. بعبارات مماثلة، رأي رقم 07/ ر. ق.ع. م. د/ 98، مؤرخ في 24 مايو سنة 1998، يتعلّق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلّق باختصاصات محكمة التّنازع وتنظيمها وعملها للدّستور.

² - رأي رقم 10/رن د/م د/ 2000 مؤرخ في 13 مايو سنة 2000، يتعلّق بمراقبة مطابقة النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني، للدستور: "واعتبارا أن المشرع حين أقر في المادة 102 من القانون العضوي الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة، بأن البرلمان يضبط القانون الأساسي لموظفيه ويصادق عليه، فإنه لا يقصد بأن البرلمان يضع قانونا أساسيا مشتركا بين موظفي البرلمان ويصادق عليه، لأنه إذا كان الأمر كذلك فإن مثل هذا النص سيكون من اختصاص القانون وسيخضع بالتالي لإجراءات الإعداد والمصادقة والإصدار المترتبة عن ذلك، واعتبارا أن القانون الأساسي الخاص لموظفي البرلمان =

2- إسقاط التكرار المعيارى:

يشكل عدم جواز نقل أحكام قانونية حرفيا من نص قانوني معين وإدراجها ضمن أحكام نص قانوني ذات طبيعة مختلفة مبدأ أساسى فى اجتهاد المجلس الدستوري، كنتيجة حتمية لاحترام مبدأ التوزيع الدستوري للاختصاصات المعيارية. وقد أكد المجلس الدستوري على هذا الموقف فى رأيه المؤرخ فى 22 نوفمبر 1999 والمتعلق بمراقبة مطابقة النظام الداخلى، المعدل والمتمم، لمجلس الأمة للدستور: "إن نقل بعض أحكام القانون العضوي إلى النظام الداخلى لمجلس الأمة حرفيا و/أو نقل مضمونها، لا يشكل فى حد ذاته إجراءات تطبيقية لحكم دستوري أو حكم من القانون العضوي المذكور أعلاه، وإنما يعد فى الواقع نقلا إلى النظام الداخلى لمواد هي من اختصاص القانون العضوي التي يخضع إعدادها والمصادقة عليها للإجراء المقرر فى الدستور، وبالتالي فإن إدراجها فى النظام الداخلى يسمح بتعديلها وفق إجراء تعديل النظام الداخلى"¹. كما أكد المجلس الدستوري فى رأيه رقم 3 المؤرخ فى 2 أوت 2018 على أن: "نقل بعض أحكام الدستور إلى هذا القانون العضوي لا يشكل فى حد ذاته تشريعا، بل هو مجرد نقل لأحكام يعود الاختصاص فيها إلى مجال نص آخر يختلف عنه من حيث إجراءات الإعداد والمصادقة والتعديل والرقابة المقررة فى الدستور"².

= لا يعود، بموجب المادتين 122 و123 والأحكام الأخرى من الدستور، إلى مجال القانون، ولا يمكن بالتالي أن يخضع لإجراءات الإعداد والمصادقة والإصدار المقررة فى المادة 120 والفقرة الأولى من المادة 126 من الدستور، واعتبارا كذلك، أن المبدأ الدستوري للفصل بين السلطات، واستقلالية البرلمان المستمدة من هذا المبدأ لا يتعارضان مع ضبط كل غرفة قانون موظفيها الأساسى و المصادقة عليه بحكم هذه الاستقلالية ذاتها".

¹ - رأي رقم 09/رن د/م د/99 مؤرخ 22 نوفمبر 1999 يتعلق بمراقبة مطابقة النظام الداخلى، المعدل والمتمم، لمجلس الأمة للدستور. أنظر كذلك رأي رقم 10/رن د/م د/2000 مؤرخ فى 13 مايو سنة 2000، يتعلق بمراقبة مطابقة النظام الداخلى للمجلس الشعبى الوطنى، للدستور: "اعتبارا أن نقل مضمون حكم من القانون العضوي إلى النظام الداخلى للمجلس الشعبى الوطنى لا يشكل فى حد ذاته إجراء تطبيقيا لحكم دستوري أو حكم من القانون العضوي المذكور أعلاه، وإنما يعد نقلا إلى النظام الداخلى لمضمون تكفل به القانون العضوي الذي يخضع من حيث إعدادة والمصادقة عليه للأحكام المقررة فى الدستور، وبالتالي فإن إدراجه فى النظام الداخلى سيسمح بتعديله وفق إجراء تعديل النظام الداخلى". أنظر أيضا رأي رقم 02/ر. ن د/م د/17 مؤرخ فى 25 يوليو سنة 2017، يتعلق بمراقبة مطابقة النظام الداخلى لمجلس الأمة، للدستور.

² - رأي رقم 03/رق.ع/م د/18 مؤرخ فى 2 غشت سنة 2018، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، للدستور.

3- احترام مبدأ تدرج القوانين:

يشكل مبدأ تدرج القوانين أحد الركائز الجوهرية لدولة القانون القائمة على سمو الدستور باعتباره القانون الأساسي في الدولة. وقد كانت للمجلس الدستوري عدة مناسبات لضبط أحكام تدرج القوانين في النظام المعيارى الجزائى، كنتيجة حتمية لاحترام مبدأ التوزيع الدستورى للاختصاصات. وقد أكد المجلس الدستورى فى رأيه رقم 10 المؤرخ فى 13 ماي 2000 على أن: "التوزيع الدستورى للاختصاصات بين ما يدخل فى مجال القانون العضوى وما يدخل فى مجال القانون العادى وأخضعهما لإجراءات مصادقة مختلفة تستمد من مبدأ تدرج النصوص فى النظام القانونى الداخلى الذى يقضى بأن القانون العضوى، بحكم مركزه فى هذا النظام، والقانون العادى لا يمكن أن يتدخل أى منهما إلا فى المجال ووفق الإجراءات التى حددها وأقرها لهما الدستور، مما يستتج أن المجلس الشعبى الوطنى لا يمكنه أن يخضع حكماً أو أحكاماً من مجال القانون العادى لنفس إجراءات المصادقة التى يخضع لها القانون العضوى"¹.

4- ضبط المصطلحات وفق مقتضيات الدستور:

يولى المجلس الدستورى أهمية قصوى للصياغة التى يعتمد عليها المشرع فى إعداد النصوص القانونية والتى تخضع لرقابة دقيقة وشكلية صارمة من طرفه، لا سيما من أجل التأكيد على أن المشرع لا يملك سلطة تبني مصطلحات غير تلك الواردة فى الدستور بشكل قد يؤدي إلى غموض أو لبس فى فهم النص القانونى. وعلى هذا الأساس ومن باب تكريس مبدأ الأمن القانونى شدد المجلس الدستورى فى العديد من المناسبات على ضرورة تدارك الأخطاء المادية والسهو الذى قد يقع فيه المشرع فى صياغة النصوص القانونية ذات المرجعية الدستورية. هكذا أكد المجلس الدستورى على أن استعمال بعض المفاهيم الغريبة على المصطلحات الدستورية المعمول بها قد تحدث أوضاعاً مضرة².

¹ - رأي رقم 10/رن د/م د/ 2000 مؤرخ فى 13 مايو سنة 2000، يتعلق بمراقبة مطابقة النظام الداخلى للمجلس الشعبى الوطنى، للدستور.

² - قرار رقم 2- ق- ق- م د- 89 مؤرخ فى 28 محرم عام 1410، الموافق 30 غشت سنة 1989، يتعلق بالقانون الأساسى للنائب.

كما أن من شأن ذلك ألا يعبر بأمانة عن المصطلحات الدستورية المعتمدة¹، أو أن يضفي غموضاً عن المعنى الذي يقصده المؤسس الدستوري².

خاتمة:

رغم حداثة تجربة القضاء الدستوري في الجزائر إلا أن المجلس الدستوري استطاع أن يلعب دوراً كبيراً في مجال الرقابة على دستورية القوانين، وذلك في مجال ضبط العمل التشريعي وإخضاعه إلى رقابة شكلية وصارمة، تستجيب لمتطلبات صرامة الدستور في مجال الفصل بين السلطات واحترام التوزيع الدستوري للصلاحيات والاختصاصات. وفي هذا الإطار يكون المجلس الدستوري قد أعطى أولوية قصوى في اجتهاده لضبط سير المؤسسات والسلطات الدستورية مقارنة بمجالات حقوق الإنسان وحرياته، وهو أمر طبيعي ومعتاد في دولة حديثة تطمح إلى بناء مؤسسات دستورية والتأسيس لدولة القانون.

ونظراً إلى عودة الكثير من المسائل الدستورية التي كان المجلس الدستوري قد أثارها، مما كان يدفع هذا الأخير في الكثير من المناسبات إلى إعادة التذكير باجتهادات سابقة وبإلزاميتها، لا يمكن الجزم بصفة مطلقة بأن قرارات المجلس الدستوري وآراءه قد كانت لها تأثيراً على ممارسة المشرع، وهذا ما يمكن تفسيره بضعف درجة التحوار بين المجلس الدستوري من جهة، والمشرع من جهة ثانية، وهو الأمر الذي يمكن معالجته عبر التعريف الكاف والواسع النطاق باجتهادات المجلس الدستوري على الصعيدين الأكاديمي والمؤسساتي.

¹ - رأي رقم 06/رق.ع/م.د/98 مؤرخ في 19 مايو سنة 1998، يتعلّق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلّق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله للدستور. رأي رقم 09/ر.ن.د/م.د/99 مؤرخ في 22 نوفمبر 1999 يتعلق بمراقبة مطابقة النظام الداخلي، المعدل والمتمم، لمجلس الأمة للدستور. رأي رقم 10/ر.ن.د/م.د/2000 مؤرخ في 13 مايو سنة 2000، يتعلق بمراقبة مطابقة النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني، للدستور. رأي رقم 02/ر.ن.د/م.د/17 مؤرخ في 25 يوليو سنة 2017، يتعلق بمراقبة مطابقة النظام الداخلي لمجلس الأمة، للدستور.

² - رأي رقم 06/رق.ع/م.د/98 مؤرخ في 19 مايو سنة 1998، يتعلّق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلّق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله للدستور. رأي رقم 07/ر.ق.ع/م.د/98، مؤرخ في 24 مايو سنة 1998، يتعلّق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلّق باختصاصات محكمة التّنازع وتنظيمها وعملها للدستور.

تفسير النصوص القانونية: وسيلة القاضي في إنشاء القانون

L'interprétation des lois:

Outil du juge dans la création du droit

السيد: حليمي علاوة

المستشار بالمحكمة العليا

من المعلوم، أنه يسود العالم، في الحقل القانوني نظامان هاما: وهما النظام الروماني الجرمانى **Romano-Germanique** والنظام المعروف بالكومون لاو **Common Law**،

فالنظام الأول يعتمد على قوة النص القانوني المكتوب ولا شيء آخر يعلو عليه أو يزاومه - **Le Légi-centrisme** وهو أساس ومصدر كل الحقوق - وهو نتاج تاريخي، في فرنسا على الأقل، من العداء الذي ظل يعبر عنه رجال الثورة الفرنسية لعام 1789، تجاه القضاء الممارس إبان العهد الملكي المنقلب عليه، والذي كان القضاة في ظله يصدرن اجتهادات قضائية مخالفة لوجهة نظر الملك تحت عنوان مبادئ العدل والإنصاف.

وبالنتيجة فإن القانون - **La loi** - أصبح هو المعبر الوحيد عن الإرادة العامة وهو الذي يحمل صفة الوجوب والإلزام، وما هذا في حقيقة الأمر إلا تكريس لمفهوم الفيلسوف جان جاك روسو، أحد رجالات عصر التنوير، لمفهوم القانون حسب النظرة الثورية الجديدة والتي تجد التعبير عنها ضمن المادة 6 من إعلان 1789.

ولذلك بات الاجتهاد القضائي **La Jurisprudence** كمية مهمة ومستغنى عنها باعتبار أن القاضي لم يعد سوى "بوق أو فم القانون"، "**Bouche de la loi**"، كما عبّر عنه مونتيسكيو في مؤلفه المشهور "روح القوانين"، "**De L'esprit des lois**" وكتب روبس بيار، أحد فاعلي الثورة آنذاك

أنه: "في دولة ذات دستور وتشريع، فإن الاجتهاد القضائي الذي تصدره المحاكم، لا يعدو أن يكون إلا القانون نفسه وعليه فإن تعبير الاجتهاد القضائي يجب أن يمحي من لغتنا".

أما نظام الكومون لاو **Common Law** فإنه على النقيض، أساسه السابقة القضائية **Le Précédent** التي تكون هي المهتدى بها، بحيث لا يمكن الحيد عنها لكونها ذات قيمة معيارية مؤكدة ثابتة ودائمة.

ولكن ما لبث ثوار عام 1789 أن عدلوا عن المغالاة في فكرة سمو القانون دون غيره وازدراء الاجتهاد القضائي بحيث تفتنوا، بأن القانون لا يمكن له حصر كل الحالات الواقعية في المجتمع وما يحدث به من تغيرات، فردوا أمر البت في تفاصيلها وجزئياتها للقاضي، ولكن بشروط قاسية، وفي هذا يقول بورتليس **Portalis** أحد منظري الثورة الفرنسية: "ولأن دور القانون هو ضبط المعايير العامة، ولا يمكنه النزول إلى تفاصيل المسائل التي تحدث في كل المواد، فإن حل ذلك يترك للقاضي في إيجاد التطبيقات اللازمة".

فالمادة 4 من القانون المدني الفرنسي، تعتبر القاضي في وضع إنكار العدالة، وبالتالي إمكانية مساءلته جزائياً، حينما يرفض ويأبى الفصل في النزاعات المعروضة علي، بحجة سكوت أو غموض ونقص في القانون، لكن جاءت المادة 5 لتقيده في مسعاه هذا ومنعته من الفصل بأحكام تتسم بصفة العموم أو التنظيم **Par voie de Règlement** في النزاعات الخاصة المعروضة عليه.

وفي هذا دلالة واضحة على الاعتراف بالاجتهاد القضائي وتكريس له، حتى وإن كان لا يتمتع بميزة القانون لكون الأحكام القضائية مقتصرة على طريفي النزاع فقط ولا تلزم أية جهة قضائية أخرى، وتبقى كذلك ذات الجهة القضائية الفاصلة في نزاع ما، حرة في الفصل باتجاه آخر بمناسبة قضية أخرى.

ولقد جاء تنظيم اليوم الدراسي هذا، في ذات الصدد، بحيث بلورت إشكالية دور الاجتهاد القضائي في تطوير القانون انطلاقاً من وجوب فصل القاضي في النزاعات المطروحة عليه، وهي دعوى صريحة للتمكين للاجتهاد القضائي في ظل دولة القانون من دور ريادي في تطوير القانون.

فإلى جانب مؤسسات الدولة الأخرى، فإن القضاء وبواسطة الاجتهاد القضائي، هو الأقرب في رصد الإرهاصات الأولى في تطوير المجتمع والتي يجب عليه ليس فقط مواكبتها واستيعابها والمساهمة في حل

ما استشكل منها ، بل وعليه يقع عبء استشرافها والتهيؤ دوما لمواكبة التطورات ، ليس فقط الاجتماعية ولكن الاقتصادية والمالية أو السياسية أو حتى التقنية والتكنولوجية.

ولن يتأتى ذلك إلا إذا كان القضاء ورجالاته واعين بهذا الدور الريادي ومتشبعين بالمسؤولية الملقاة على عاتقهم وهم يؤدون دورهم وسلطانهم وما منحهم إياهم الدستور ومختلف القوانين الأخرى من مكنة مؤسساتية في مجال الاجتهاد القضائي وتأويل وفهم فحوى وروح القوانين ، بغية تطبيق القانون تطبيقا سليما سواء في وجود النص التشريعي أو حتى تجاوز ظاهره إلى فحواه ومفهومه ومقاصده وغاياته وهذه هي أسمى معاني وتجليات الاجتهاد القضائي الذي يعول عليه في تطوير القانون.

فقد جاء في المادة 179 من الدستور: "تمثل المحكمة العليا الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم.

يمثل مجلس الدولة ، الهيئة المقومة لأعمال المحاكم الإدارية للاستئناف والمحاكم الإدارية والجهات الأخرى الفاصلة في المواد الإدارية.

تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد ، ويسهرن على احترام القانون".

كما وقد نصت المادة الأولى من القانون المدني: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها ، وإذا لم يوجد نص تشريعي ، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

فيتضح جليا ، إذن ، أن الاجتهاد القضائي معترف به بمقتضى أعلى نص في الجمهورية وهو الدستور.

وهو يبنى بحسب المادة الأولى من القانون المدني على مصدر أصيل وهو القانون في ما تناوله سواء في لفظه أو في فحواه ، وفي غياب ذلك بني على مصادر تكميلية وهي مبادئ الشريعة الإسلامية ثم العرف ثم القانون الطبيعي تم قواعد العدالة تسلسلا.

ولقد فضلت تخصيص مداخلتي في التركيز على الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون المدني والتي تنص: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها".

La loi régit toutes les matières auxquelles se rapporte la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions.

وذلك، لأن في رأيي على الأقل، هذه الفقرة من المادة الأولى من القانون المدني، تعطي الفرصة السانحة، للوقوف على دور القاضي التفسيري والتأويلي للنصوص القانونية وما مدى تحكمه في هذه الآليات الذهنية والمنطقية والقانونية في فهم النص التشريعي في لفظه وفي فحواه، حتى يتمكن من تطويع هذا النص، ويحل ما هو مطروح أمامه من نزاعات وذلك بإعمال مقياس الاستدلال والاستنتاج المنطقي

Le Syllogisme

ولكن الإشكال، كل الإشكال، هو في مدى إعمال القاضي لدوره المنوط به قانونا في تفسير النص لفظا وفحوى؟ وهنا مناط كل تحدي ومناسبة لإعمال القاضي لذكائه وفطنته وفهمه، في استخراج القاعدة القانونية التي يبنى عليها حله الأمثل للمنازعة تطويعا منه للقانون وخلقه للقاعدة القانونية إن اقتضى الأمر وفي ذلك لا مجال، مساهمة جمة في تطوير القانون.

وإذا كان تفسير القانون هو عملية ذهنية بواسطتها يعطى معنى للنص القانوني، فإنه في الحقل القانوني توجد نظريتان متقابلتان، فحسب الأولى فإن عملية التفسير هو وظيفة أو عمل معرفي Une

Fonction de la Connaissance .

وحسب النظرية الثانية والتي يطلق عليها النظرية الواقعية **Théorie Réaliste** هي عمل أو وظيفة إرادية **Acte de Volonté**، وإن صحت هذه النظرية الثانية فإن المفسر بحسبها، يتمتع بسلطة معتبرة، لكونه هو الذي ينشئ القاعدة المعيارية **La Norme** والتي كان من المفروض عليه تطبيقها وفقط.

I- التفسير هو عمل من أعمال المعرفة:

في مفهوم هذه النظرية، فإن هذا النوع من التفسير القانوني لا يتميز عن باقي التفاسير الأخرى، كتفسير النصوص الأدبية أو النصوص الدينية مثلا.

فهو تفسير يقع على نصوص تتمتع بمفهوم (**Signification**)، على أن يكون مفهوما وحيدا يبنى أساسا على الألفاظ التي تؤلف النص، محل التفسير وبالتالي فإن المعنى أو المفهوم يستخرج منها انطلاقا من صياغتها فقط، لكن بهذه العملية الذهنية فإن صياغة المفهوم من ألفاظ ومعاني النص، لا يعد تفسيرا أو تأويلا حقيقيا، وفي ذلك تقديسا للنص وهي منهاج مدرسة الشرح على المتن في مجال المعرفة القانونية

L'exégèse والتي تبني على فرضية أن النص لا يمكن أن يدلي إلا على مفهوم وحيد ، ولذلك فإنه ليس للقاضي، أن يعمل أي سلطة في تفسيره لكونه نص واضح بذاته من ألفاظه وتراكيبه وصياغته، وهذا مصداقا للمقولة المشهورة "لا اجتهد في وضوح النص" . **"IN CLARIS CESSAT INTERETATIO"**.

ولكن عند غموض النص أو التباسه فإنه يجوز للقاضي المفسر البحث عن المفهوم الخفي له فقط، والذي هو حتما موجود في طيات هذا النص.

(Chercher la Signification Cachée mais Présente dans l'énoncé).

فهذه الطريقة تسمح بالبحث في نية وإرادة صاحب النص – المشرع مثلا - للوقوف على ما كان يهدف إليه، ولكن ذلك لا يعد تفسيرا من فعل القاضي، لأنه في حقيقة الأمر يتوصل إلى المفهوم المستتر والخفي الذي أصلا هو موجود داخل النص المفسر.

ولكن اتضح فيما بعد وبتطور الحقل المعرفي القانوني، أن هذه النظرية محدودة وضيقة الأفق، طالما غلت وقيدت يد القاضي من إمكانية التفسير بعيدا عن النص باستلزام التطورات الاجتماعية وإعمال مناهج البحث العلمي الحر.

ولكن برغم عيوبها، فإن هذه الطريقة لم يتم التخلي عنها بصفة نهائية وبقيت في الحقل المعرفي القانوني كمنهاج يستعمل بصفة عامة، وعلى الأقل في بداية التعامل مع النص لتحديد مفهومه، لأنه من الواضح والبدهي أن القاضي يواجه نصا قانونيا مكتوبا بألفاظه وتراكيبه ومفرداته، ففهمه لهذا النص ينطلق قبل كل شيء من صياغته الظاهرية، لكن وفي حالة النقص أو الغموض أو الالتباس جاز للقاضي، البحث عن معنى النص الخفي أي نية وإرادة المشرع بل ولقد وجد من فقهاء هذا التيار، من أجاز البحث عن نية المشرع حتى في وضوح النص والذي قد لا يعكس النية الحقيقية للمشرع وذلك بواسطة عرض أسباب النص والأعمال التحضيرية ويضاف إليها في العصر الحالي، البحث عن هدف النص **L'objectif**، والمرمى المراد من إصدار هذا النص بإعمال المنطق وانسجام النصوص مع بعضها، بحيث يلجأ إلى إعمال التقنيات المنطقية كالقياس **Analogie** وطريقة من باب أولى **à Fortiori** أو طريقة بمفهوم المخالفة **A Contrario**.

ويهدف مجدّدو هذا التيار إلى عدم الوقوف عند النصّ في لفظه فقط ولكن يجب أن يتعدى إلى أبعد من ذلك بهدف فهمه واستخراج القاعدة القانونية الحقيقية، بإعمال المعطيات التاريخية والمنطقية وقواعد العدل.

وإذا كانت هذه المناهج هي عبارة عن أدوات وضعت في خدمة مُؤول أو مفسر النصّ لتتويره والأخذ بيده في البحث الحقيقي عن فحوى النص القانوني، فإن لم يعد يقتصر على الوظيفة المعرفية، كما تم تناوله ولكن كذلك هو عمل إرادي.

II – التفسير هو عمل إرادي: L'interprétation est Acte de Volonté

وبحسب مفهوم هذه النظرية، والتي تسمى كذلك بالنظرية الواقعية، فإن مفسر النصّ، هو المنشئ الحقيقي للقاعدة القانونية التي يستخرجها من النصّ، لأنه هو الذي يحدد في نهاية المطاف المفهوم والمعنى الحقيقي للنصّ.

حتى أن الفقيه كاربونيي Jean Carbonnier، يقول أن (L'interprétation est la

forme intellectuelle de la désobéissance)

ويقول في مواقع أخرى، أن القاضي وهو بصدّد حل نزاع بين طرفي الدعوى، وفي بحثه عن القاعدة القانونية الواجبة التطبيق هو "مشرع من نوع خاص"، "**Un législateur particulier**".

ويدلّل أصحاب هذا التيار، أن تطوّر وتجدّد مفهوم النصوص والتي لم تتغير صياغتها منذ سنّها وإصدارها لدليل على أنه ليس للقانون مفهوما ومعنى واحدا يهتدي إليه.

فإرادة القاضي في عملية تفسير النصّ مردّها إلى أمرين اثنين:

حاجته لتفسير النصّ، للبحث عن الحلول واختياره لنوع التفسير الذي يراه أكثر ملائمة وجدوى Besoin et choix.

فحاجة القاضي تصبح ملحة عند غموض النص والتباسه أو حتى في وضوحه الظاهري على الأقل، وأن في ذلك مُكْنَةُ من المشرع للقاضي لفض النزاعات وحتى لا يتحجج بهذا النقص في النصوص تحت طائلة تهمة إنكار العدالة.

ولذلك يصبح التفسير هنا مرهوناً بإرادة القاضي الذي يقدر أن هناك فعلاً نقصاً في النص أو غموضاً يعترضه، أو حتى إذا كان يبدو ظاهرياً واضحاً، لكنه في هذه الحالة الأخيرة أصبح لا يؤدي وظيفته بحسب أي سبب كان يقدره هو.

فالقاضي وحده تقرير متى وكيف يلجأ للتفسير والتأويل وهو الذي يحدد أثر ذلك المفهوم الذي يعطيه للنص، فعمله هنا عمل إرادي في اختيار أنسب وأفضل وأقرب تفسير للنص الواجب التطبيق.

ويتضح، حينئذ، أن التفسير بهذا المعنى ليس مجرد اكتشاف أو تصريح لمفهوم النص، ولكن يتعلق الأمر، حقيقة باختيار إرادي، والذي يعبر حقيقة كذلك وصراحة عن الدور الخلاق للقاضي. **Le pouvoir Créateur du Juge**

فالقاعدة القانونية المستتبطة من النص هي تلك الناتجة من تفسير القاضي

(La règle ou la Norme sera issue du texte tel qu'il a été interprété par le juge).

وإذا كان هذا التفسير، بالمفهوم المذكور أعلاه، صادر عن جهات قضائية عليا، كالمحكمة العليا ومجلس الدولة، ولكونهما مكلفان بتوحيد الاجتهاد القضائي، فإن التفسير المعطى للنص، وبغض النظر عن القضية الخاصة المفصول فيها، **Le cas d'espèce** فإن ذلك يعطي الفرصة لإيجاد اجتهاد قضائي ذي أثر، والذي قد يتغير لاحقاً لأسباب دعت لهذا التبديل والتغيير في حينها.

وفي هذا الصدد بالذات يرى الفيلسوف هانس كلسن HANS Kelsen، في مجال التفسير الأصيل **L'interprétation authentique**، الذي لا تخول تفسير النص إلا لصاحبه، كما كان الأمر سابقاً في فرنسا في مجال الاستعجال التشريعي، **Le référé législatif**، والذي يحتم على محكمة النقض الالتجاء إلى المشرع لتفسير نص قانوني لضرورة ما وجدت، لكون صاحب النص هو المخول قانوناً لتفسيره لكونه أصيلاً، إنه يرى أن التفسير لا يقتصر فقط على صاحب النص ولكن وبصفة عامة من

كل سلطة مخولة **Habiletée** لإعطاء تفسيراً للنص أو حتى تلك الجهة التي يُمكنها النظام القانوني من ذلك ، حتى ولو في غياب تفويض شكلي **Formel** وفي هذا الصدد فإنه يعد أصيلاً ، تفسير المحكمة العليا للنص القانوني بسبب نقص به أو غموض اعترافه وحتى تفسير النص الذي يبدو عليه الوضوح لأن اعتبار النص واضحاً هو في حد ذاته تفسيراً من هذا الجانب.

وفي نهاية المطاف ، بخصوص هذا التيار ، فإن كل نص يحمل في طياته ، ليس مفهوماً وحيداً ولكن عدة مفاهيم والتي يمكن الاختيار بينها ، وهذا الاختيار لا يعكس بالضرورة واقع موضوعي ولكنه يعكس في حقيقة الأمر اختيارات من يعبر عنها ، فهو قرار وإرادة معبر عنها ، ولذلك يؤكد أصحاب هذه النظرية أن نتائج التفسير بالطريقة الاختيارية والإرادية هذه ، لا يمكن اعتباره صادقاً أو مخطئاً **Vrai ou Faux** ، وأن النقاش حول مفهوم النص يبقى مستمراً إلى ما لا نهاية.

خاتمة:

إذ كان صحيح أن القاضي مكلف بتطبيق القانون وذلك تبعاً لمبدأ الفصل بين السلطات ، ولا يتدخل بأحكام مناقضة له أو الحلول محله ، احتراماً للشرعية والتمسك بها ، وهذا هو منحنى نظرية الشرح على المتون التي تكرر هذه التوجيهات والتي تقدر النص القانوني تقديساً يكاد مطلقاً وأنها بالتالي على النقيض تمنع على القاضي استتباط أحكامه خارج إطار القانون وحتى وإن كانت تسمح له بالبحث عن الإرادة الحقيقية للمشرع عند غموض النص أو نقصه و لتعارض يعتريه ، فإنه في حقيقة الأمر يبحث عن المعنى الحقيقي للنص الموجود ضمنه حتماً ولا دخل لإدارة القاضي في ذلك.

لكن أثبت التطور التاريخي أن هذه النظرية تأكد محدوديتها وقصورها في مواكبة التطورات الاجتماعية والاقتصادية و المؤسسية للمجتمع ، وأصبحت ضيقة لا يمكنها استيعاب هذه التطورات وبات لزاماً البحث عن وسائل ومناهج أخرى تمكن القاضي من أعمال سلطان إرادته في إعطاء القاعدة القانونية مدلولها الذي يفرض نفسه في زمن معين لمجتمع معين ولوضعية معينة.

ولذلك فإن نظرية التفسير الواقعية والتي تعطي دوراً متميزاً للقاضي لإعمال ، إرادته و اختياراته ، المنطقية والمسببة ، في إعطاء القاعدة القانونية مفهومها الحقيقي في حينه ، ومدلولها الذي يفرض نفسه ، ولكن بشرط تسبب منطقي ، وممنهج من شأنه فرض قبوله واحترامه.

وبذلك يكون للقضاء دور أكيد وثابت في تطوير القاعدة القانونية انطلاقا من اجتهادات خلاقة، مبدعة، ومُنشئة.

وحتى وإن ضل النقاش مُحْتَدِم بين مؤيد لدور القضاء الخلاق والمنشئ للقانون، والرافض لهذا الدور بحجة الفصل بين السلطات وأن القانون يفي بالحاجة من دون أن يكون رهينة أي سلطة أخرى لإعطاء تفسيراً له عدى السلطة التي سنته وهي السلطة التشريعية.

فإنه من المنطقي القول أن المشرع لا يمكنه توقع كل تفاصيل الأهداف والمرامي والغايات التي يستهدفها لأن الأمر يتعلق بتنظيم علاقات اجتماعية وإنسانية واقتصادية ومؤسسية داخل المجتمع، فإنه أضحى لزاماً أن يمنح دور للقاضي لاستكمال سد كل النقائص والعلل التي قد تعتري القانون ومن ذلك الاعتراف بدور خلاق للاجتهاد القضائي، والدليل في ذلك فإنه من بعض الدول المتقدمة من خصت الاجتهاد القضائي بمكانة مرموقة وجعلت منه مصدراً رسمياً من مصادر القانون.

ولكن وفي إطار النظام الفرنسي، الذي لا زال تأثيره سارياً على البلاد التي كانت ولا زالت تسيّر بمناهجه، فإن الأزمة لا زالت قائمة بين مؤيد ورافض لدور القضاء في إنشاء القاعدة القانونية، حتى وإن كانت محكمة النقض الفرنسية سائرة في اتجاه الاجتهاد القضائي الخلاق، ولكن باحتشام، وبخطوات متباطئة ليس لأنها غير واثقة من ذلك، ولكن احتراماً لكل الحساسيات التي تشهدها الساحة القانونية والمؤسسية.

وفيما يخص بلادنا فإنه يمكن القول أن القانون المدني، وهو أم القوانين، قد منح للقاضي مجالاً واسعاً في أعمال سلطانه في البحث عن التأويل الملائم واللازم والمنطقي للقاعدة القانونية وذلك لما أمر القاضي بتطبيق القانون ليس فقط في لفظه ولكن والأهم حتى فحواه.

Bibliographie:

- 1/- Michel Troper: interprétation. In : dictionnaire de la culture juridique. De la p/843 a p/847.
- 2/- Guy Canivet premier président de la cour de cassation française: activisme judiciaire et prudence interprétative. APD. Tome 50.
- 3/- François Ost: dire le droit, faire justice. 2eme édition – bruyant 2012.

- 4/- l'interprétation de la loi pénal par le juge: par Claudia – Ghica Lemarchand .Paris, Palais du Luxembourg le 29 et 30 sep 2006.
- 5/- Pascale Deumier: Pouvoir créateur du juge et méthodes de rédaction des décisions. In : APD Tome 50.
- 6/- Pascale Deumier: les motifs des motifs dans les arrêts de la cour de cassation. Mel. Burgelin 2009.
- 7/- François Terre: un juge créateur de droit ? Non merci. APD Tome 50.
- 8/- P. Morvan: les principes généraux du droit et la technique des visas dans les arrêts de la cour de cassation. Cycle droit et techniques de cassation 2005.2006. 5eme conférence. 4 avr 2006 site de la cour de cass. Version PDF.
- 9/- Nicolas molfessis: La prétendue liberté des juges du fond dans le choix des méthodes d'interprétation de la loi. RTDCIV.2003.
- 10/- C.ATTIAS. Crise de la motivation judiciaire? site cour de cassation. Manifestations 2005.
- 11/- Senat. France: l'office du juge. Journée d'étude du 22.11.2006.
- 12/- jacques ghestin: l'interprétation d'un arrêt de la cour de cassation. Recueil. Dallz.2004.
- 13/- V.J. leclercq: le juriste confronté aux "reflexes" interprétatifs. LPA 19.12.2001.
- 14/- Pascale Deumier: l'interprétation, entre "dispositions législatives" et "règles jurisprudentielles" RTD civ 2015.
- 15/- Pascale Deumier: La formation de la jurisprudence une par elle-même. RTD civ 2006.
- 16/- Pascale Deumier: les qualités de la loi. RTD civ 2005.
- 17/- Nicolas molfessis: La notion de principe dans la jurisprudence de la cour de cassation. RTD civ 2001.
- 18/- E-Millard: Qu'est ce qu'une norme juridique? cah. Du conseil constitutionnel. Français . N 21 dossier: la normativité janvier 2007.
- 19/- M-grobert: la jurisprudence ce, source du droit triomphante mais menacée. RTD civ 1992.
- 20/- Code civil suisse – titre préliminaire – art 1.

الكلمة الختامية للرئيس الأول للمحكمة العليا ، السيد ماموني الطاهر

بسم الله الرحمن الرحيم،
والصلاة والسلام على أشرف المرسلين،
سيدنا ونبينا محمد المصطفى الكريم،
السيدات والسادة الحضور،
السلام عليكم ورحمة الله وبركاته،

ها نحن قد وصلنا إلى نهاية أشغال يومنا الدراسي هذا حول " دور التشريع والفقه والاجتهاد القضائي في تطوير القانون" والذي بادرت بتنظيمه كلية الحقوق لجامعة الجزائر(1) بالتعاون مع المحكمة العليا ومجلس الدولة، وذلك بفضل التنسيق المشترك بين الهيئات الثلاث التي تعد الركائز الأساسية لتحقيق دولة القانون.

ولاشك بأن العمل الفكري أو تبادل الآراء ووجهات النظر وطرح الإشكالات الميدانية في إطار الملتقيات والأيام الدراسية، هي الوسائل والطرق الكفيلة لإعانة المشرع فيما يبذله من جهود لتحديث ومراجعة التشريعات من أجل مواكبة التغيرات التي يعرفها المجتمع، ومن هذا المنظور نتمنى توسيع دائرة التعاون مع الجامعات والمعاهد المتخصصة مستقبلا إن شاء الله في إطار اتفاقيات ثنائية لرسم خريطة طريق في مجال الفكر القانوني.

أيها الحضور الكريم،

إننا نعيش في عصر التكنولوجيا والرقمنة وبالتالي يجب علينا إيجاد الحلول الناجعة لاستعمال هذه الوسائل في ممارستنا اليومية والعمل على استحداث البرامج التي من شأنها أن تساعد على تطوير المنظومة القانونية والقضائية علما بأن الجامعة هي حجر الأساس الذي ينطلق منه التكوين الفكري في كافة المجالات العلمية، ولا يمكن الاستغناء عنها أو استبعادها بل المطلوب هو الاعتماد عليها والتواصل معها دون انقطاع، وتجسيد هذا التواصل وتحيينه بخلق فضاءات علمية وفكرية تتناول جل القضايا والإشكالات المطروحة في تطبيق القانونين.

وفي الأخير لا يفوتني أن أنوه بالمجهودات التي بذلها جنود الخفاء الذين عملوا ليلا ونهارا لإنجاح هذه التظاهرة العلمية من قضاة وإطارات وموظفين وعمال وأتقدم إليهم باسم السيدة رئيسة مجلس الدولة ورئيس جامعة الجزائر(1) وعميد كلية الحقوق لدى نفس الجامعة بجزيل الشكر والعرفان، والشكر موصول في ذات السياق إلى كل المتدخلين والمشرفين على يومنا الدراسي، وكذا كل من حضر معنا وشاركنا في إنجاحه متمنيا المزيد من اللقاءات لمناقشة مواضيع أخرى إن شاء الله.

وفقنا الله جميعا لما فيه خير البلاد والعباد، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.