

مجلة جيل

الأبحاث القانونية العميقة



مجلة علمية دولية محكمة تصدر دوريا عن مركز جيل البحث العلمي

Lebanon - Tripoli / Abou Samra Branche P.O.BOX 8 + 961- 71053262 - www.jilrc.com

العام الرابع - العدد 35 - سبتمبر 2019





بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المشرفة العامة ومديرة التحرير: أ.د. سرور طالبی



رئيس اللجنة العلمية:

د. السعيد كليوات جامعة محمد بوضياف بالمسيلة (الجزائر)

أسرة التحرير:

أ.د. الميلود بوطريكي، جامعة محمد الاول وجدة (المغرب)

د. أحمد طارق ياسين محمد المولى، جامعة الموصل (العراق)

د. الداودي نورالدين، جامعة عبد المالك السعدي (المغرب)

د. العيساوي عماد، جامعة كومبلوتنسي بمدريد (إسبانيا)

د. سفيان سوامل جامعة محمد الشريف مساعديّة-سوق أهراس (الجزائر)

د. شريف أحمد بعلوشة، وكيل النائب العام، غزة (فلسطين)

د. عبد الناصر أبو سمهدانة، رئيس نيابة العدل العليا والدستورية (فلسطين)

د. عبد المنعم عبد الوهاب محمد، نقابة المحامين، البصرة (العراق)

د. نوفل علي عبد الله الصفو، جامعة الموصل (العراق)

د. همام القوصي، جامعة حلب (الجمهورية العربية السورية)

أعضاء اللجنة العلمية التحكيمية للعدد:

أ.د. سرالختم عبدالعزيز (جامعة أمدرمان الإسلامية-فرع مروى متعاون)

د. بن طرية معمر (جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، الجزائر)

د. محفوظ عبد القادر (جامعة وهران 02، الجزائر)

د. محمد عبد الحفيظ عبد الرحمن المناصير (جامعة ظفار، سلطنة عمان)

التعريف:

مجلة علمية دولية محكمة تصدر دورياً عن مركز جيل البحث العلمي تستهدف نشر المقالات المعمقة في مختلف مجالات العلوم القانونية: "القانون العام والخاص"، بإشراف هيئة تحرير مشكلة من أساتذة وباحثين وهيئة علمية تتألف من نخبة من الباحثين وهيئة تحكيم تتشكل دورياً في كل عدد.

تتناول المجلة إسهامات مختلف الباحثين والمهتمين بمجال العلوم القانونية سواء ما تعلق بالرصيد النظري أو بقضايا الساعة أو بترجمة الأعمال ذات الأهمية العلمية المعترف بها.

تعد هذه المجلة تكريماً لحرص المركز على تشجيع الأبحاث والمجهود العلمي، وعلى الإسهام في إثراء رصيده العلمي بنشر الدراسات الجادة والقيمة، استناداً إلى معايير علمية موضوعية ودقيقة.

قواعد النشر

تقبل المجلة الأبحاث والمقالات التي تلتزم الموضوعية والمنهجية، وتتوافق فيها الأصالة العلمية والدقة والجدية وتحترم قواعد النشر التالية:
بالنسبة للمقالات والأبحاث العميقة:

- تنشر المجلة المقالات والأبحاث التي تستوفي الشروط الآتية:
- الالتزام بالمعايير العلمية والموضوعية المعمول بها دولياً في الدوريات المحكمة، والتي تستجيب لشروط البحث العلمي.
- تعتمد هيئة التحكيم مبدأ الحياد والموضوعية في تحكيم المواد العلمية المرشحة للنشر مع الحرص على خلو الأعمال من التطرف الفكري أو مساسها بمبادئ الأشخاص أو الأنظمة.
- يراعى في المساهمات المقترحة للنشر في المجلة أن تتسم بالجدية وألا تكون محل نشر سابق أو مقتطف من مذكرة أو أعمال، ملتمقى.
- أن تكون المواضيع المقدمة ضمن اختصاص المجلة.
- أن تلتزم المقالات الدقة وقواعد السلامة اللغوية، وألا يتعدى حجم العمل 20 صفحة بالنسبة للمقالات و50 صفحة بالنسبة للأبحاث العميقة، مع احتساب هوامش، مصادر وملاحق البحث.
- ترسل المادة العلمية في ملف مرفق بملخص بلغة البحث وأخرى بأحدى اللغات: العربية، الفرنسية أو الانجليزية (حسب لغة البحث).

بالنسبة للأعمال المترجمة:

- تقبل من الأعمال المترجمة تلك التي تتصل باختصاص المجلة.
- تقبل الأعمال المترجمة من وإلى: العربية، الفرنسية، الانجليزية .
- تخضع المقالات لاستشارة ترجمانيين مختصين في اللغات المذكورة أعلاه.
- تحول الأعمال المقدمة المقالات إلى أساتذة من ذوي الخبرة العلمية حسب اختصاص المقال.
- يبلغ الباحث المرسل بتلقي مادته بعد 5 دقائق من تسلمها.

- تلتزم هيئة التحكيم بإبداء الرأي واتخاذ القرار في غضون شهر من تمكينها من المادة المقترحة للنشر، مع مراعاة السرية التامة في التحكيم
- يحق لهيئة التحكيم أن ارتأت ضرورة إقرار تعديلات على المواد المقدمة للنشر.
- يعلم الباحث المرسل بقبول مادته للنشر على أن يعلم بتاريخ نشرها حسب رزنامة المجلة.

شروط النشر:

- شكل الكتابة: باللغة العربية شكل Traditional Arabic حجم 14.
- بالنسبة للغات الأجنبية شكل Times New Roman حجم 12 .
- يرفق الباحث الباحث الباعث مادته بسيرة ذاتية علمية مفصلة.
- تدرج الهوامش ألياً في نهاية كل صفحة وقائمة المصادر والمراجع في نهاية المقال.

نموذج التهميش:

1. الكتب باللغة العربية أو الأجنبية: لقب واسم المؤلف، عنوان الكتاب، دار النشر، بلد النشر، سنة النشر، رقم الطبعة.
 2. النصوص التشريعية: البلد، نوع النص، مضمون النص، سنة الصدور.
 3. المجلات والدوريات: عنوان المجلة أو الدورية، لقب واسم الكاتب، عنوان المقالة، عدد المجلة، تاريخ الصدور، صفحة الاقتباس.
 4. الرسائل الجامعية: لقب واسم الطالب، عنوان المذكرة، درجة المذكرة، مؤسسة تسجيل المذكرة، كلية التخصص، السنة الجامعية، صفحة الاقتباس.
 5. التقارير الرسمية: جهة إصدار التقرير، موضوع التقرير، مكان نشر التقرير، سنة إصدار التقرير، صفحة الاقتباس.
 6. المراجع الالكترونية:
- يوثق المرجع المنقول عن شبكة "الإنترنت" بذكر معلومات الرابط الإلكتروني كاملاً مع ذكر صاحب المادة المنشورة، وتاريخ زيارة الموقع .
7. ترسل المساهمات بصيغة الكترونية حصراً على عنوان المجلة:

law@jilrc-magazines.com

الفهرس

الصفحة

- 9 • الافتتاحية
- 11 • "نظرية الشخصية الافتراضية" للروبوت وفق المنهج الإنساني - دراسة تأصيلية تحليلية استشرافية في القانون المدني الكويتي والأوروبي - همام القوسي (جامعة حلب ، الجمهورية العربية السورية)
- 61 • التراضي بالكتابة الإلكترونية في عقد الزواج ، بلعباس أمال (جامعة تلمسان ، الجزائر)
- 77 • العطلة السنوية المدفوعة الأجر في قانون العمل الجزائري ، بوعزيز ليندة (جامعة مولود معمري ، الجزائر)
- 95 • قراءة في المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في الجزائر ، محفوظ عبد القادر (جامعة وهران 02 ، الجزائر)
- 123 • علاقة الجمعيات بالمجالس المنتخبة في الجزائر: "دراسة مقارنة" فريد دبوشة (جامعة الجزائر 1)

تخلي أسرة تحرير المجلة مسؤوليتها عن أي انتهاك لحقوق الملكية الفكرية
لا تعبر الآراء الواردة في هذا العدد بالضرورة عن رأي إدارة المركز
جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي © 2019

الافتتاحية

بسم الله الرحمن الرحيم والحمد لله رب العالمين الذي فضله تتم الصالحات

تميز العدد الخامس والثلاثون من مجلة جيل الأبحاث القانونية العميقة بنشر مجموعة من المواضيع الهامة والتي التمسست إشكاليات دقيقة ومواكبة للتطور التكنولوجي من جهة، ولحركة تعديل التشريعات الوطنية العربية من جهة أخرى.

فلقد تناول البحث المعمق لهذا العدد، دراسة تأصيلية تحليلية واستشرافية لوضع ومكانة "كيان الربوت" في القانون الكويتي بالمقارنة مع القوانين الأوروبية، سيما ما كان مرتبط بمسؤوليته المدنية عن الأخطاء المفترضة والأعمال غير المشروعة الصادرة عنه، كما وُفق الباحث بالخروج بمجموعة من النتائج غطت الافتراضات المستقبلية الوشيكة الحدوث في هذا المجال.

وفي نفس سياق تأثير ثورة المعلومات على التشريعات الوطنية، عالج المقال الثاني التراضي بالكتابة الإلكترونية في عقود الزواج، ومدى مشروعيتها وما هي الطريقة المثلى لمعالجة هذه الوسيلة الجديدة للتعاقد في قوانين الأسرة.

أما المقال الثالث، فلقد تناول الحق في العطلة السنوية المدفوعة الأجر وفقا لقانون العمل الجزائري والجزاء المترتبة عن إخلال أرباب العمل بتنفيذ أحكامه، لينتقل المقال الرابع لدراسة المرسوم الرئاسي رقم 247-15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في الجزائر نظرا لما لهذا القانون من أهمية بالغة في حماية المال العام من الفساد.

لنختم العدد بمقال يسلط الضوء على علاقة الجمعيات بالمجالس المنتخبة المحلية والبرلمان في القانون الجزائري مقارنة مع التشريعات المقارنة، دستورية كانت أو تشريعية

نجدد شكرنا لأسرة تحرير المجلة على ملاحظاتهم القيمة وعلى تقاريرهم المفصلة والدقيقة، وبالمقابل نشكر الباحثين على التزامهم بهذه الملاحظات والتي تمخض عنها أبحاث رصينة ستساهم من دون أدنى شك في نشر المعرفة القانونية واثراء المكتبة العربية.

والله الموفق في الأول والآخر
سرور طالبي/ المشرفة العامة ومديرة التحرير

"نظرية الشخصية الافتراضية" للروبوت وفق المنهج الإنساني

-دراسة تأصيلية تحليلية استشرافية في القانون المدني الكويتي والأوروبي-

The Theory of Virtual Personality of Robot according to Humanistic Approach

-Prospective "Outlook" Analytical Study in The Kuwaiti & European Civil Law-

-الدكتور همام القوسي، دكتوراه بالقانون التجاري تخصص قانون وأنظمة البورصة من جامعة حلب - الجمهورية العربية السورية.

Dr. Humam Al Qussi, Ph. D/S.J.D in Trading Law – Exchange Law & Regulation from the University of Aleppo - Syrian Arab Republic.

المُلخَص

يلفُّ الغموض موضوع شخصية الروبوت؛ فعلى الرغم من أنَّ الروبوت ما يزال في نظر المشرع الكويتي آلة مهما بلغ حدُّ ذكائها، إلَّا أنَّها آلة تُحاكي الذكاء البشري إلى الدرجة التي باتت فيه قواعد المسؤولية المدنية التقليدية غير عادلة فيما يخصُّ الوقائع التي يتدخَّل فيها الروبوت.

فالمشرع الكويتي -الطامح لرؤية كويت جديدة 2035- ينظر للروبوت على أنَّه آلة خطيرة تحتاج إلى إنسان حتى يحرسها ويُسأل عن أعمالها غير المشروعة وفق نظام الخطأ المفترض، في حين أنَّ للروبوت القدرة الذاتية على تجاوز المخاطر بما يُختلف عن الآلات التقليدية الخطرة.

ومن هنا، فقد قام المشرع الأوروبي بتغيير النظرة نحو "كيان الروبوت"، فافترضاً نظرية النائب الإنساني التي حظرت افتراض الخطأ، ومانحاً إيَّاه منزلةً مستقبليةً أرقى من الآلة الجامدة، دون النص صراحةً على الاعتراف بالشخصية الافتراضية.

وبناءً عليه، نكتشف بموجب هذا البحث "نظرية الشخصية الافتراضية" للروبوت التي تهدف إلى الارتقاء بالمكانة القانونية للروبوتات على منهج الارتقاء بالشخصية الإنسانية، وتقييمها في ظلِّ اعتبارات السيادة الإنسانية.

وهو ما يوجب علينا تأصيل فكرة الشخصية الافتراضية على القواعد العامة المدنية للإنسان؛ بغرض استشراف ما إذا كانت هي الحل القانوني الأمثل لإشكالية المسؤولية عن الروبوت، والخروج بنتائج منطقيّة للافتراضات المستقبلية التي باتت تطرق أبواب الحاضر.

الكلمات المفتاحية: الروبوت، الإنسان الآلي، المسؤولية المدنية، القانون المدني الأوروبي الخاص بالروبوتات، شخصية الروبوت، الشخصية المعنوية، الشخصية القانونية، الشخصية الالكترونية، الشخصية الافتراضية.

Abstract

Mystery surrounds the subject of robotics. While the robot is still considered by the Kuwaiti legislator to be as object whatever its cleverness it may be, the rules of traditional civil responsibility have become unfair with regard to the realities in which the robot intervenes.

The Kuwaiti legislator, who aspires to reach a new Kuwait view 2035, still see the robot as a dangerous machine that needs a man to guard and ask for its illegal actions according to the presumed false legal system, while the robot has the autonomy to overcome the risks different from the traditional dangerous machines.

Hence, the European legislator changed the perception of the "robot entity", imposing the theory of the human agent, giving robot a future status higher than the rigid machine, without explicitly recognition of the robot's virtual legal personality.

Accordingly, I explore the "Virtual Personality Theory" of the robot, which aims to elevate the legal status of robots on the method of upgrading human personality, to evaluate it under considerations of human sovereignty.

Such ambiguity requires us to root the idea of virtual personality on the general civil rules, in order to anticipate whether it is the best legal solution to the problem of liability for the robot, and to come up with logical results for the future assumptions that are now touching the doors of the present.

Keywords: Robot, Robotics, Civil Liability, New Kuwait View 2035, Civil Law Rules on Robotics of 2017, Robot Personality, Legal Personality, Electronic Personality, Virtual Personality.

المقدمة

لم يعد من الخيال العلمي أن نتحدث عن شخصية "الروبوت" "Robot"؛ فاليوم باتت الروبوتات جزءاً أساسياً من حياتنا اليومية دون أن نشعر بها، فقد تغلغلت في صورتها البرمجية في مفاصل تعاملاتنا ومجتمعاتنا ولم نعد نستطيع الاستغناء عنها.

فمثلاً، باتت الشركات تستخدم روبوتات المجيب الآلي والتحاور مع العملاء من خلال التطبيقات المتصلة بالهاتف الذكي أو حتى من خلال الشبكة الخليوية، وباتت مُحركات البحث على الإنترنت ترصد اختيارات ورغبات الباحثين عن المعلومات عبر الإنترنت، وتقتح لهم ما يمكن أن يجول في خاطرهم دون تكبُّد عناء البحث التقليدي في قواعد البيانات كاملةً.

كل هذه الأمثلة هي للروبوتات البرمجية القادرة على العمل بشكل ذاتي والتعلُّم من تجربتها الشخصية وكسب المال لصالح مالكها، وهناك أيضاً روبوتات فيزيائية تقوم على تشغيل خطوط الإنتاج في المصانع، وتقود الحافلات والسيارات الذاتية، وتقوم بالعمليات الجراحية الخطرة.

وكان لاختلاف البيئة التقنية أثرها في البيئة التشريعية التقليدية في القواعد العامة للقانون الكويتي؛ فالروبوت قادرٌ على تفادي الأخطار والتفكير في محاذير الأمان بالطريقة التي ينتهجها الإنسان، وهذا الأمر هو نقطة الفصل في انتقال الروبوت من مرحلة الشيء محل الحراسة إلى الكائن الذي ينوب الإنسان عنه في تحمُّل المسؤولية بقوة القانون دون افتراض الخطأ، كما أقرَّ القانون المدني الأوروبي الخاص بالروبوتات¹.

ولكن هذا التغيير التشريعي كان واضحاً أنه مُجرّد تمهيدٍ سيتلوه منح الروبوت منزلةً قانونيةً مستقبليةً خاصةً كما صرَّح المشرع الأوروبي²، وهذا المنهج في الارتقاء بمرتبة الروبوت هو عبارة عن تغطية للمفهوم الذي نرى تسميته بـ "نظرية الشخصية الافتراضية" "Virtual Personality Theory"، عبر محاكاة المنهج الإنساني في الارتقاء بمراحل الأهلية.

¹ Section AD, Introduction, The European Parliament, Civil Law Rules on Robotics of 2017.

The European Parliament, plenary sitting, the report of 27-1-2017, page 7.

² Section 59 (f), General principles, The European Parliament, Civil Law Rules on Robotics of 2017.

وبناءً عليه، فلا يمكن استمرار تجاهل هذا الواقع التكنولوجي من المشرع من جهة، ولا يصحّ الانسياق وراء حُتىّ تكنولوجيا "الذكاء الاصطناعي" "Artificial Intelligence" الذي يُشغّل الروبوت رغماً عن خطورته على الإنسان من جهة أخرى.

ومن هنا جاء هذا البحث حتى يستشرف المعالم الأولى لنظرية الشخصية الافتراضية للارتقاء المرتبطة بالمنهج الإنساني؛ بغرض تأصيل هذه الشخصية على قواعد القانون المدني، ثم تحديد الحلول القانونية المنطقية للإشكاليات المستقبلية بما يكفل فرض أكثر القواعد عدالةً لتحقيق أكبر استفادةٍ من ذكاء الروبوتات من جهة، وحماية الإنسان من مخاطر الوقوع في منزلق المساواة مع الروبوت من جهة أخرى.

أهمية البحث

تتمثّل أهمية البحث بالاعتراف بأنّ نظرية الشخصية الافتراضية للارتقاء في مكانة الروبوت القانونية ليست بدعة بل واقع مُعاش ستُضجّي دونه قواعد القانون غير عادلة، وبالمقابل ستوضّح التفاصيل القانونية للاعتراف بالشخصية الافتراضية مخاطر هذا الاعتراف على الوجود والسيادة الإنسانية.

أهداف البحث

نهدف من خلال هذا البحث إلى:

1. تصوير نظرية ارتقاء الشخصية الافتراضية بشكل تأصيلي على القواعد العامة المدنية وفقاً لنظرية ارتباط شخصية الروبوت بالمنهج الإنساني بما يكفل للمشرع الكويتي تنفيذ رؤية كويت جديدة 2035¹ واستشرف المستقبل المنظور.
2. إيجاد الحلول للتناقضات بين أهلية الشخصية الافتراضية والإنسانية.
3. توضيح مخاطر وصول الشخصية الافتراضية إلى المرتبة الإنسانية.
4. تحديد الإجراءات المقترحة لمواجهة واقع الشخصية الافتراضية.
5. ضبط نظرية الشخصية الافتراضية ضمن مجموعة من الخطوط التشريعية الحمراء.

منهج البحث

سننهج من خلال هذا البحث المنهج التأصيلي بغرض توضيح التكييف الممكن لشخصية الروبوت الافتراضية وفقاً للقواعد العامة في القانون الكويتي والقواعد الحديثة في القانون الأوروبي، وذلك في كل مرحلة

¹ Kuwait Voluntary National Review, the 2030 Agenda to the UN High-Level Political Forum on Sustainable Development, 2019, page 58.

من مراحل ذكائه الاصطناعي، ثم ننتهج المنهج التحليلي الاستنتاجي لهذه القواعد بناءً على احتياجات الواقع التكنولوجي المستقبلي بغرض نقدها واستنتاج القانونية الممكنة.

مشكلة البحث

تُعتبر مشكلة هذا البحث مشكلةً قانونيةً وأخلاقيةً بامتياز؛ حيث إنَّ المشرع سيقف قريباً أمام وقائع الروبوتات دون أن يجد حلاً قانونياً عادلاً لإقامة المسؤولية المدنية في ظلِّ اعتبار الروبوت كشيءٍ أصم، وبالمقابل فإنَّ الارتقاء بكيان الروبوت نحو الاعتراف به كشخصٍ ومنحه الشخصية الافتراضية سيُعني تقبُّل فكرة المساواة بين الآلة والإنسان ثم المخاطرة بالسيادة البشرية في المستقبل.

ولذلك تتمثَّل مشكلة البحث في التساؤل التالي:

"هل يتمثَّل الحل القانوني لفقدان القواعد العامة المدنية عدالتها مع الروبوت في منحه الشخصية الافتراضية حتى تتغيَّر أحكام المسؤولية المدنية ضدَّ الروبوت أو لمصلحته وفق المنهج الإنساني في تطوُّر الإدراك من العدم إلى الرشد؟"

مصطلحات البحث (ضبط المعنى)

نرى أنَّ التسمية الأدق للشخصية التي قد يتم منحها للروبوت هي "الشخصية الافتراضية" لأنها تُمثِّل افتراضاً قانونياً ناشئاً عن ضرورات الواقع العملي، فيما يبدو لنا أنَّ تسمية "الشخصية الالكترونية" تقترب من المعنى التقني أكثر من القانوني من ناحية، وقد يتم منحها للأشخاص العاديين الذين يمارسون نشاطاً اجتماعياً على الإنترنت دون أي تواصل اجتماعي حقيقي من ناحية أخرى.

ويجب التأكيد على أنَّ "النائب الالكتروني" هو عبارة عن نظام الكتروني؛ أي كيان غير إنساني يُشيرُ إلى الروبوت الذي يتمتَّع بالذكاء الاصطناعي كونه نائباً اجتماعياً عن شخصية الإنسان، فيما يُشيرُ مصطلح "النائب الإنساني" فهو الكيان الإنساني الذي يُشيرُ إلى الإنسان المسؤول عن أفعال الروبوت غير المشروعة لوجود رابط بين الفعل غير المشروع للروبوت وهذا النائب؛ كالمالك أو المُشغِّل من غير المالك أو المُصنِّع أو المُستعمل. وقد اعتمدنا في ذلك على "نظرية النائب الإنساني المسؤول" "Responsible Human Agent" التي تمَّ توضيحها من الفقه العربي لأول مرة عام 2018¹.

¹ القوصي، همام، إشكاليَّة الشخص المسؤول عن تشغيل الروبوت (تأثير نظرية النائب الإنساني على جدوى القانون في المستقبل) -دراسة تحليلية استشرافية في قواعد القانون المدني الأوروبي الخاص بالروبوتات، مجلة جيل الأبحاث القانونية العميقة، مركز جيل البحث العلمي، طرابلس، لبنان، العدد 25، مايو 2018، الصفحة 81.

ونعني بـ "المالك" إمّا مالك الروبوت المُشغّل له، أو المالك غير المُشغّل عندما يكون مؤجّراً للروبوت مثلاً، فيما يكون "المُشغّل" فقط هو الشخص الذي يقوم على تشغيل الروبوت دون وجود صفة مالك؛ كأن يكون المُشغّل مُستأجراً للروبوت مثلاً.

بينما في إطار تحصيل حقوق الروبوت الشخصية من الغير بفرض منحه الشخصية الافتراضية، فإنّ الإنسان المُخوّل بذلك هو المالك المُشغّل أو غير المُشغّل الذي يكون الروبوت جزءاً من ذمّته الماليّة، بينما يستطيع المُشغّل من غير الملاك تحصيل التعويض الذي يمسُّ شخصه وأعماله.

أمّا بخصوص إجازة أو إبطال تصرّفات الروبوت بفرض منحه الشخصية الافتراضية، فهنا سيتمُّ ذكر مُصطلح "المالك" حتى يُشير إلى المالك المُشغّل فيما يتعلّق بتصرّفات الروبوت الشخصية أو التي يقوم بها لحساب هذا المالك، وقد يكون المالك غير مُشغّلاً في حالة تصرّفات الروبوت الشخصية فقط دون التشغيليّة التي تتمُّ لمصلحة المُشغّل غير المالك.

فيما سيتمُّ استخدام مصطلح "المُشغّل" فقط حتى يُشير إلى "المُشغّل من غير الملاك" الذي يستطيع إجازة أو إبطال تصرّفات الروبوت التشغيليّة التي تتمُّ لحساب المُشغّل نفسه دون تصرّفات الروبوت الشخصية التي تتمُّ لحساب الروبوت نفسه.

مُخطّط البحث

المبحث الأول: الارتقاء من المرتبة الشينيّة إلى المعنويّة غير المُميّزة

المطلب الأول: الشخصية الافتراضية للروبوت في المرتبة الشينيّة

المطلب الثاني: الشخصية الافتراضية للروبوت في المرتبة المعنويّة غير المُميّزة

المبحث الثاني: الارتقاء من المرتبة المعنويّة غير المُميّزة إلى الإنسانيّة

المطلب الأول: الشخصية الافتراضية للروبوت في المرتبة المعنويّة المُميّزة

المطلب الثاني: الشخصية الافتراضية للروبوت في المرتبة الإنسانيّة

المبحث الأول

الارتقاء من المرتبة الشئنيّة إلى المعنويّة

إن أردنا الخوض في الاحتمالات الممكنة للشخصيّة الافتراضيّة، فيبدو أنّنا يجب أن نبدأ ليس من الصفر بل من تحت الصفر أي من العدم (المرتبة الشئنيّة - الشيء)، ثم ننتقل إلى مرحلة منح الشخصيّة غير المميّزة (المرتبة المعنويّة غير المميّزة).

المطلب الأول

الشخصيّة الافتراضيّة للروبوت في المرتبة الشئنيّة

كان المشرع الكويتي -وما يزال- ينظرُ نحو الروبوت وكأنّه شيءٌ تقليديٌّ أصمٌّ، وهذه النظرة لا تختلف بين أنواع الروبوتات؛ فكل هذه الاختراعات بنظر المشرع هي آلات، أي أشياء لا تعقل. وهذا الموقف التشريعي لم ينشأ عن اقتناع المشرع بهذا الموقف بقدر ما نشأ عن التغيّر المفاجئ في مقدرات الآلات الذكيّة التي باتت تعقل بما يُشبه منطق البشر، وكان لسرعة التغيّر صعوبة مواكبة العمل التشريعي للمرحلة التقنية.

إلا أنّ الاستمرار في تطبيق فلسفة الشيء على الروبوت يعني أنّ الذكاء الاصطناعي بنظر القانون هو والعدم سواء؛ فهذا الذكاء لا يرتقي قانونياً بمنزلة شخصيّة الآلة الذكيّة التي تتمتع بالذكاء، ولا حتى يُغيّر جذرياً من القواعد التي تحكم أنشطتها بصدد المسؤولية المدنيّة سواءً أكانت ضدّ الروبوت أم لمصلحته كما سنرى.

أولاً: المسؤولية المدنيّة ضدّ الروبوت "الشيء"

سنبحث في الروبوت "الشيء" وفقاً للرؤية التقليديّة ثم الحديثة.

1- الروبوت "الشيء" في الرؤية القانونيّة التقليديّة

كما أنّ الخدمات التي قدّمها الذكاء الاصطناعي لا حصر لها حيث كانت بعض العمليّات الحاسوبية مستحيلّة في السابق، فإنّ الأضرار الآتية من الروبوتات العاملة بموجب هذا الذكاء¹ لا حصر لها أيضاً؛ فتبدأ من الأضرار الماديّة البدنيّة إلى الأضرار الذهنيّة التي تؤدّي إلى خداع مُخيلة الإنسان وقيادة إدراكه نحو صورة مُضللّة²، وكان لا بد على القانون من مواجهة هذا الواقع المستجد.

¹ يُطلَق على الروبوت العامل بالذكاء الاصطناعي اختصاراً (PAI). أنظر:

"A robot as a possessor of artificial intelligence (PAI)". See: SOLAIMAN, S. M., Legal personality of robots, corporations, idols and chimpanzees: a quest for legitimacy, Artificial Intelligence and Law, Vol. 25, No. 2., 2017, page 29. See:

<http://ro.uow.edu.au/lhapapers/3076> (3-8-2019).

² وهو الأمر الذي نبّه إليه جانب من الفقه الأمريكي منذ 29 عام من الآن، حيث أكّد الأستاذ ROBINETT على أنّه:

ولكن كيف ستكون تلك المواجهة في الوقت الذي يبدو أنّ على المشرع أن يختار بين اعتبار الروبوت كأداة "شيء" أو كشخص كما ذكر جانب من الفقه البرتغالي¹، وهو سيختار الحلّ الأول بالتأكيد في الوقت الحالي، فـ "الشيء" لا يصحّ أن يتمتّع بالشخصيّة القانونيّة حتى وإن كان روبوتاً ذكياً كما أشار جانب من الفقه الفرنسي². وقد أقرّ المشرع الكويتي القاعدة الأساسيّة في القانون المدني حول المسؤوليّة، فقد نصّ على أنّه: "كلّ مَنْ أحدث بفعله الخاطئ ضرراً بغيره يلتزم بتعويضه..."³؛ وهذا ما يُشير بشكلٍ واضحٍ إلى أنّ المسؤوليّة المدنيّة تقع فقط على مَنْ يُقرّ القانون لهم التمتع بصفة الأشخاص سواءً الشخص الطبيعي أم المعنوي. فالعبارة المذكورة في القانون المدني لا يُمكن تفسيرها -وفقاً لقصد المشرع- على أنّها يُمكن أن تشمل الأشياء إلى جانب الأشخاص لسببين:

- أنّ المشرع استخدم حرف: "مَنْ"، وهذا الحرف يُستخدم للدلالة على الأشخاص؛ فنقول: "مَنْ المسؤول؟" وليس "مَنْ الشيء المسؤول؟" بل: "ما هو الشيء".
- أنّ قيام مسؤوليّة الروبوت كشيءٍ من الناحية المدنيّة يتنافى مع الآليّة القانونيّة التي تفرض وجود شخصٍ قانوني ذو ذمّة ماليّة قادرٍ على تحمّل الالتزامات، وهذا الأمر غير مُمكن تجاه الأشياء. وبالتالي، فلا يجوز الحديث من الأساس عن قيام المسؤوليّة المدنيّة ضدّ الروبوت من حيث الفقه، ليس من باب المنطق بل من منطلق القواعد القانونيّة الأمرّة التي لا يجوز مخالفتها.

"في التطبيقات التكنولوجيّة الخاصّة بالواقع الافتراضي التي ظهرت عام 1991، يمكن للواقع الافتراضي أن يظهر في لعبة فيديو ثلاثية الأبعاد 3D، تلك التي يمكن للشخص أن يدخلها عبر وضع أداة على الوجه بحيث تخدع هذه الأداة أحاسيس الشخص، ذلك إلى درجة إدراك بيئة معيّنة تُحيط بالشخص من كل الجوانب".

"In its 1991 technological implementation, Virtual Reality is a 3D video game you can enter by strapping something onto your face that fools your senses into perceiving an environment that surrounds you on all sides". See: ROBINETT, Warren, Electronic Expansion of Human Perception, Whole Earth Review Magazine, fall 1991, page 1.

حيث إنّ تكنولوجيا الصورة ثلاثيّة الأبعاد قد يتمّ استخدامها للترفيه أو للخداع وفقاً لمستوى إدراك الشخص والظروف المحيطة باستخدام هذه التكنولوجيا.

¹ ANDRADE, Francisco and NOVAIS, Paulo et al., Contracting Agents: Legal Personality and Representation, Artif Intell Law 15 (2007), page 357.

² "...tandis que les animaux nonhumains et les choses ne pouvaient et ne peuvent toujours pas obtenir une personnalité juridique". Voir: MACKENZIE, Robin, Sexbots: nos prochains partenaires, Association Multitudes « Multitudes », 2015/1, n° 58, 2015, page 197.

³ المادة 227، الفقرة 1، القانون المدني الكويتي.

وتأصيلاً على ذلك، فقد أقرت محكمة التمييز الكويتية مبدأ مفاده أن: "...أية مجموعة من الأموال لم يعترف القانون لها بهذه الشخصية لا تعدُّ ذمّةً ماليّةً مستقلةً عن الذمّة الماليّة لصاحبها..."¹، وصاحبها في حالة الذكاء الاصطناعي هو مالك الروبوت.

ويعني هذا الطرح -القائم في الواقع حالياً- أنّ على المحكمة التي يدفَعُ أمامها أيُّ خصمٍ بمسؤوليّة الروبوت كشخصٍ قانونيٍّ، أن تُردِّدَ دفعه وتلتفت عنه لبطلانه؛ فلا يُمكن لأية محكمة -حتى محكمة التمييز- أن تُقرَّ مبدأً يُخالف النصوص القانونيّة الأمره.

ولكن لا بدّ للآلة الذكيّة من قواعدٍ قانونيّةٍ تحكم عملها غير المشروع، فلا يمكن ترك وقائع الضرر التي قد تتسبّب به الروبوت دون تأصيلٍ قانونيٍّ.

وبناءً عليه، فلا يبدو أمام القضاء -في ظل البيئة التشريعيّة الحاليّة- سوى الاعتماد على تأصيل الروبوت الذكي على أنّه شيء: "... يتطلّب عناية خاصّة لمنع وقوع الضرر منه..."²؛ أي كما شرح الأستاذ BOURCIER من الفقه الفرنسي أنّ على القانون حماية الأفراد من استخدامات الذكاء الاصطناعي³.

وبالتالي فإنّ على المحكمة -بغض النظر عن اقتناعها- تطبيق قواعد حارس الأشياء على المسؤوليّة المدنيّة المترتبة على أخطاء الآلات الذكيّة، وكأنّ الروبوت هو سيارة أو آلات صناعيّة ميكانيكيّة.

وهذا يعني أنّ حارس الروبوت سيتحمّل مسؤوليّة مدنيّة غايّة في الثقل، فعلى الرغم من أنّ الروبوت -من الناحية التقنيّة- مستقلّ ذاتياً ويتمتع بقدرة على تجنّب الأخطار، فإنّ حارسه سيُسأل عن أيّ ضررٍ أتت من تشغيله بشكلٍ مُفترضٍ دون حاجة لإثبات الخطأ، بحيث لا يُمكن دفع هذه المسؤوليّة إلاّ عبر إثبات السبب الأجنبي⁴، وهي مهمّة قانونيّة عسيرة.

2- الروبوت "الشيء" في الرؤية القانونيّة الحديثة

سنشرح رؤية المشرع الأوروبي أولاً، ثم نرى التطبيقات القضائيّة الحديثة للروبوت الشيء ثانياً.

أ- رؤية المشرع الأوروبي الحديثة للروبوت "الشيء"

¹ محكمة التمييز الكويتيّة، الأحكام المدنيّة والتجاريّة، الطعن 1127 لسنة 2004، قرار صادر بتاريخ 28-9-2005. أنظر:

<https://www.eastlaws.com/> (28-7-2019).

² المادة 243، الفقرة 1، القانون المدني الكويتي.

³ BOURCIER, Danièle, De l'intelligence artificielle à la personne virtuelle : émergence d'une entité juridique ?, Editions juridiques associées « Droit et société », 2001/3, n°49, 2001, page 859.

⁴ المادة 243، الفقرة 1، القانون المدني الكويتي.

لقد أكد جانب من الفقه الطبي الخاص بعلم الدماغ والأعصاب عام 2017 على أن تقليد الذكاء الاصطناعي للمنهجية البشرية في التفكير واتخاذ القرار يجعل من التفسير القانوني الحالي ضعيفاً وقاصراً، ويفتح المجال لفكرة الشخصية الافتراضية في المستقبل¹.

ورغبةً من المشرع الأوروبي في ركوب موجة التطوير الهائل التي تضرب عالم التكنولوجيا، فقد أصدر البرلمان الأوروبي قانوناً مدنياً خاصاً بالروبوتات *"Civil Law Rules on Robotics - Règles de Droit Civil sur la Robotique"* عام 2017 ألغى بموجبه وصف الشيء بالنسبة للروبوت، واعتمد الأوصاف التالية:

- "النائب الإلكتروني غير الإنساني (النظام الإلكتروني)" *"Non-Human Agent - Agent non humain"*² للدلالة الاجتماعية على الروبوت الذي يُصبح جزءاً من شخصية الإنسان.
- "النائب الإنساني" *"Human Agent - Agent Humain"*³ للدلالة القانونية على الإنسان المسؤول عن أخطاء تشغيل الروبوت.

وقد شرح الأستاذان WETTING و ZEHENDNER من الفقه الألماني تأسيس النيابة القانونية استناداً على شخصية الإنسان أو الكيان الذي يمتلك أو يُشغّل الروبوت⁴، فالآلة النائبة إلكترونياً واجتماعياً عن الشخص تُرخي بأثار تصرفاتها غير المشروعة على هذا الشخص⁵؛ فينوب الشخص (النائب الإنساني) بقوة القانون عن روبوته⁶ (النائب الإلكتروني).

ونتساءل هنا:

هل إن منح الروبوت لصفة "المُناب عنه" قد نَفَتْ عنه صفة الشيء تأصيلاً على أن الشيء لا يُمكن أن يكون مُناباً عنه بل شيئاً لا شخصية له؟

الواقع أنه على الرغم من كل هذا التغيير الأوروبي الجذري في فكرة حارس الأشياء انتقالاً إلى فكرة النائب الإنساني عن الآلات الذكية بقوة القانون، إلا أن هذا التغيير قد بقي شكلياً في نظر المشرع الأوروبي على ما يبدو.

¹ KARANASIOU, Argyro and PINOTSIS, Dimitris, Towards a Legal Definition of Machine Intelligence: The Argument for Artificial Personhood in the Age of Deep Learning, ICAIL '17, London, United Kingdom, June 2017, page 119.

² Section 52, The EU Civil Law Rules on Robotics of 2017.

³ Section AD, Introduction, The EU Civil Law Rules on Robotics of 2017.

⁴ WETTING, Steffen and ZEHENDNER, Eberhard, The Electronic Agent: A Legal Personality under German Law?, Proceedings of the Law and Electronic Agents workshop (LEA'03), 2003, page 1.

⁵ وللمزيد عن القواعد التي تحكم منح الشخصية القانونية حول العالم، راجع في الفقه الهولندي لدى BROLMANN, C. and NIJMAN, J., Legal Personality as a Fundamental Concept of International Law, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper; No. 2016-43, 2016.

⁶ القوصي، همام، مرجع سابق، الصفحة 102.

فالنائب الإنساني -وفقاً للقانون الأوروبي المُشار إليه- قد بقي مسؤولاً بشكلٍ شخصيٍّ كاملٍ عن الروبوت¹، ليس بوصف الإنسان نائباً كما تدلُّ عليه تسمية النائب الإنساني، بل بوصفه مالِكاً أو مشغلاً أو مُصنِّعاً أو مستعملاً²، بغضِّ النظر عن تغيير أركان قيام هذه المسؤولية من الخطأ المفترض إلى الخطأ واجب الإثبات³.

وهذا ما قد أكَّد عليه جانب من الفقه الإيطالي من أنَّ رؤية البرلمان الأوروبي تجاه الشخص الالكتروني ليست واضحةً مطلقاً، حيث فسَّر الأستاذان GALLO و STANCATI هذا الموقف التشريعي انطلاقاً من أنَّه خشية المشرع الأوروبي من الروبوتات على الوجود البشري⁴.

وبالتالي، فما يبدو لنا بكلِّ وضوحٍ هو أنَّ المشرع الأوروبي لم يعترف من جهة بشخصية افتراضية الكترونية مطلقة للروبوت مثل شخصية البشر؛ بدليل أنَّ الروبوت مملوكٌ لشخصٍ آخر، ومن جهةٍ أخرى فإنَّ هذا المشرع لم يعترف بشخصية قانونية معنويةٌ مُحدودة الحقوق والواجبات كما لدى الشركات؛ بدليل أنَّه لم يُنظَّم كيفية منحها، ولم يُشرْ إلى آثارها من وجود ذمَّةٍ ماليةٍ مستقلةٍ للروبوتات أبداً، بل أكَّد على مسؤولية الشخص كنائبٍ إنسانيٍّ عن الروبوت فقط دون قيام مسؤولية الروبوت عن نفسه.

كما أنَّ المشرع الأوروبي عندما بشرَّ بـ: "الوضعية القانونية الخاصة" *"Special Legal Status - Statut Juridique Spécial"* للروبوت فقد ربطها بالمستقبل كتوصيةٍ بعيدة المدى *"in the long run – à long terme"*⁵. ولذلك فقد قصد المشرع الأوروبي بالروبوت الشيء المملوك عديم الشخصية في الوقت الحالي قولاً واحداً. أمَّا عن كون الروبوت نائباً الكترونياً عن النائب الإنساني، فهو خيالٌ تقنيٌّ واجتماعيٌّ وليس قانونياً حتى الآن، ولكن هذا الفكر هو أساس تبرير مسؤولية النائب الإنساني قانونياً عن نائبه الالكتروني بعد انتهاء الأساس الفكري المستند لحراسة الأشياء التقليدية.

فالنائب الإنساني (الشخص) يُسأل عن أعمال نائبه الالكتروني (الروبوت) الذي يُمثِّل شخصيته في المجتمع.

¹ "Such a code should consider humans, not robots, as the *responsible agents*". See: Annex to the Resolution: Recommendations as to the Content of the Proposal Requested, in: The EU Civil Law Rules on Robotics, P8_TA(2017)0051, 16 February 2017, page 20.

² "... a specific human agent such as the manufacturer, the operator, the owner or the user...". See: Section AD, The EU Civil Law Rules on Robotics of 2017.

³ Section 54, the EU Civil Law Rules on Robotics of 2017.

⁴ GALLO, Giusy and STANCATI, Claudia, op. cit., page 35.

⁵ Section 59 (f), General principles, The European Parliament, Civil Law Rules on Robotics of 2017.

ب- التطبيقات القضائية الحديثة للروبوت "الشيء"

في التطبيقات القضائية الحديثة للروبوت الشيء، يبدو أنّ مصطلح "النائب الإلكتروني" قد استخدمه القضاء الأمريكي عام 2016 للدلالة على برامج الحاسوب المستقلة من جهة¹، ولكن بقيت أحلام صانعي الروبوتات تُسرّد كأقوالٍ مُرسلةٍ كما جاء في قرار محكمة كولورادو الأمريكية عام 2018 من جهةٍ أخرى².

وقد توافقت هذه الرؤية مع محكمة النقض الفرنسية التي أشارت عام 2018 إلى روبوت الإجابة على رسائل البريد الإلكتروني على أنّه مُجرّد: "برنامج حاسوبي/معلوماتي" *"Programme Informatique"*³ دون منحه أيّة صفةٍ نيابيةٍ عن مُشغله؛ أي مُجرّد وسيلةٍ تُساهم في تدفّق البيانات في الفضاء الرقمي خدمةً للحاجات العامّة من جهةٍ أخرى⁴.

وبناءً عليه، فإنّ المرحلة التي جاءت بها نظريّة النائب الإنساني لم تحمل أيّ تغييرٍ في المكانة القانونية للروبوت من الناحية الفعلية، فبقي شيئاً وإن كان ذكياً.

فهل سيتغيّر الأمر فيما لو نظرنا إلى الروبوت كصاحب حق في إقامة المسؤولية المدنية من الناحية القانونية؟

ثانياً: المسؤولية المدنية لمصلحة الروبوت "الشيء"

سنرى كيفية المطالبة بالتعويض المالي لمصلحة الروبوت "الشيء" أولاً، والشخص المخوّل بذلك ثانياً.

1- كيفية المطالبة بالتعويض المالي لمصلحة الروبوت "الشيء"

تظهر الفروض المستقبلية للوقائع التي تتّصل بعمل الروبوتات بآلاف الاحتمالات، وذلك نابعٌ في الحقيقة من تغيّر الواقع العملي بشكلٍ جذريٍّ بعد ازدياد الاعتماد على الذكاء الاصطناعي.

¹ Newsom v. BRANCH BANKING AND TRUST COMPANY, United States District Court, E.D. North Carolina, Eastern Division, January 9, 2019.

Read also:

"Progressive's website acted as the company's electronic agent". See: Traynum v. Scavens, 786 SE 2d 115, Supreme Court of South Carolina, June 17, 2016.

² *"In his business plan for My24HourNews.com, Mr. Underwood stated that E.R.I.C.A. (a robot) ((will talk, speak, and have a personality; and the user can customize the news that she reports))"*. See: Underwood v. BANK OF AMERICA CORPORATION, United States District Court, D. Colorado, December 19, 2018.

³ *"... l'introduction du programme informatique Watson va aider les chargés de clientèle à traiter les abondants courriels qu'ils reçoivent..."*. Voir: Cour de cassation de France, Chambre sociale, 16-27866, 12 avril 2018. <https://juricaf.org/> (2-8-2019).

⁴ *"La diffusion de ces données dans l'espace numérique est évidemment un enjeu important pour les services de l'Inventaire général et on peut soutenir qu'elle intègre pleinement la mission de service public"*. Voir: CORNU, Marie Les Enjeux Juridiques de L'Accès Aux Données de L'Inventaire, Observatoire des politiques culturelles « L'Observatoire », 2014/2, N° 45, 2014, page 61.

فالروبوتات قد دخلت حالياً في العديد من المجالات بشكلٍ احترافيٍّ خاصةً في المجالات البرمجية، وهي في إطار التجريب الأخير قبل الاعتماد عليها تماماً في مجالات عملية خطيرة أخرى كالسيارات ذاتية القيادة.

مثل هذه الفروض تجعلنا نطرح التساؤل التالي:

ألا يحقُّ للروبوتات -كآلاتٍ ذكيّةٍ- أن تُطالب بالتعويض عن الأضرار التي يتسبّب بها الأشخاص لها؛ طالما أنّها تتمتع بمحاكاةٍ للذكاء البشري والاستقلال الذاتي؟

الحقيقة أنّ هذا التساؤل يحمل معه إشكالياتٍ شائكةٍ تتعلق في معظمها بمدى اعتراف القانون بشخصية الروبوت، فيما يبدو أنّ التناقضات القانونية التي قد تدفع المشرع نحو عدم الاعتراف بالشخصية الافتراضية أكثر من الضرورات العملية التي قد تدفع للاعتراف بها كما أشار جانب من الفقه العربي المكتوب بالإنجليزية¹. فالمطالبة بالتعويض المدني عن الأضرار تحتاج إلى أهلية وإن كانت ناقصةً، بينما نجد الروبوت حالياً يخضع لوصف الشيء سواءً أكان ذكياً أم تقليدياً.

ولذلك فإنّ الصيغة الأدقُّ لهذا التساؤل يجب أن تكون:

هل يحقُّ للشيء الذكي أن يُطالب بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به؟.

الإجابة ستكون بالنفي دونما شكٍّ؛ فالشيء مهما بلغ ذكاؤه لا يتمتع حتى بمجرّد الحق بطلب الحق، وهذا يعني أنّ الروبوت يُمكن أن يُعتدّى عليه بالأفعال غير المشروعة دون أن يمنحه القانون أليةً واضحةً حتى يُحصّل حقه.

ولكن تأصيل القانون لفكرة الشيء ترتبط بفكرة الأشياء كُممتلكاتٍ؛ ومن هنا يُمكن لمالك الروبوت أن يُطالب بالتعويض عن الأضرار التي يتسبّب بها الناس لهذا الروبوت الذي يندرج ضمن ذمته المالية.

وبالتالي، فمهما بلغ الروبوت من الذكاء والاستقلال عن الإدارة البشرية خلال فترات تشغيله فإنّ مالكه الحقّ بالمطالبة له بالتعويض، وذلك بناءً على كون الروبوت جزءاً من ذمّة المالك وفقاً للنظرة القانونية التقليدية، أو بناءً على كون هذا المالك نائباً إنسانياً وفقاً لنظرية القانون الأوروبي الحديثة التي جئنا على ذكرها.

2- الشخص المخوّل بالمطالبة بالتعويض لمصلحة الروبوت "الشيء"

يمكننا أن نطرح هنا تساؤلاً فرعياً مفاده:

هل إنّ من يمتلك الحق بالمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تلحق بالروبوت هو مالكة فقط أم مُشغله أو مُصنّعه أو مُستعمله أيضاً كنوّابٍ إنسانيين؟

¹ SOLAIMAN, S. M., op. cit., page 12.

لم يقصُر المشرع الأوروبي المسؤولية عن أضرار تشغيل الروبوت على مالكة، ولم يفرض حتى قرينةً على أن مالكة هو المسؤول عن الضرر حتى يتبُت العكس¹، بل فرض المسؤولية التقصيرية -أو غير العقدية- بشكلها الأساسي الذي يتطلب إثبات أركان الخطأ والضرر والسببية على الشخص المخطئ² أو الممتنع عن تلافي الخطر رغم قدرته وتوقُّعه³.

فهل يُقاس على ذلك بأن تعويض الشخص عن الأضرار التي تصيب الروبوت يكون وفقاً لصفة الشخص مالكاً كان أم مُشغِلاً؟، فهل يمكن للمُشغِّل من غير الملاك أن يُطالب بالتعويض قضائياً؟

في حالة الإجابة بـ: نعم، فهنا يُمكن أن يُطالب مُشغِّل الروبوت بالتعويض عن التعرُّض بالأذى للروبوت الذي يقوم على تشغيله؛ فإن كان مصنع المجوهرات مثلاً مُستأجراً لروبوت ذكي يقوم بعملية حفرية للحفر على الذهب، فقام أحد العمَّال بإساءة استخدامه ممَّا أدَّى إلى إعطابه رغم عمل دورة تدريبية لهذا العامل وتنبهه مراراً لمحاذير استخدام ذلك الروبوت، فهل يستطيع مصنع المجوهرات المُطالب بالتعويض عن الأضرار التي أحقت بالروبوت كونه يُعدُّ نائباً إنسانياً مسؤولاً عنه؟

علينا هنا تأصيل موقع المُشغِّل (مصنع المجوهرات)، فهو مُستأجر لا يقع الروبوت ضمن ذمته المالية حتى تصحُّ مطالبته بالأضرار التي أصابت الروبوت (الشيء)، بينما هنا يحقُّ للمالك أن يُطالب بهذا التعويض من المصنِّع المُشغِّل مباشرة؛ لأنَّ الخطأ ارتكبه تابع (العامل) خلال تأدية وظيفته لحساب المتبوع (مصنع المجوهرات).

على أنه يحقُّ للمُشغِّل المُستأجر (مصنع المجوهرات) أن يرجع على تابعه (العامل) بما دفعه لمالك الروبوت كتعويضٍ إن رجع عليه المالك مباشرة، إضافةً للتعويض عن تعطيل الأعمال المادية والأضرار في سمعة المصنِّع المعنوية.

أمَّا بالنسبة لمُصنِّع الروبوت، فلا يُعتبر صاحب الحق في المُطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تُصيب الروبوت حتى وإن كان نائباً إنسانياً له؛ فإن كان الروبوت يقوم بالأخطاء بسبب سوء الصناعة فإنَّ المُصنِّع هو نائبه الإنساني المسؤول عن تلك الأخطاء، ولكن إن قام شخصٌ بكسر أحد أجزاء الروبوت، فلا يستطيع المُصنِّع مُطالبة هذا الشخص بالتعويض؛ لأنَّ الروبوت يكون قد خرج حينئذٍ من ذمته المالية، فهنا يحقُّ لمالكة فقط المُطالبة بمثل هذا التعويض.

¹ "المفروض أن المالك هو حارس الشيء، وعليه هو، إذا رفعت ضده دعوى المسؤولية، أن يُثبت أنَّ الحراسة خرجت من يده وقت وقوع الحادث". أنظر: السنهاوري، عبد الرزاق، الوسيط، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، عام 1968.

² Section 54, the EU Civil Law Rules on Robotics of 2017.

³ "that agent could have foreseen and avoided the robot's harmful behavior". Section AD, The EU Civil Law Rules on Robotics of 2017.

وبخصوص المُستعمل، فذمته الماليّة بعيدة كلّ البعد عن شمول الروبوت، فالمُستعمل كالعامل التابع لصاحب العمل الذي يكون هو مالك الروبوت أو مُشغّله.

وبالتالي قد يكون المُستعمل هو النائب الإنساني إن قام الروبوت بالإضرار بالغير نتيجة الخطأ في الاستعمال، ولكن لا يُمكن لهذا المُستعمل أن يُطالب الغير بالتعويض عن الأضرار التي يكون هذا الغير قد تسبّب بها للروبوت، وإنّما يكون ذلك للمالك فقط.

وكنتيجة واضحةٍ لكلّ هذا التأميل القانوني، فإنّ معالجة وقائع الروبوتات على أساس نظريّة النائب الإنساني لا تمنح الروبوت أيّة شخصيّة افتراضية، وهذا ما يوجب علينا دراسة افتراض منحه هذه الشخصيّة وإن كان بشكلها غير المُميّز.

المطلب الثاني

الشخصيّة الافتراضية للروبوت في المرتبة المعنويّة غير المُميّزة

يرتقي الإنسان -كشخصٍ طبيعيّ- في مراحل الشخصيّة القانونيّة، فينتقل من العدم إلى مرحلة أعلى من حيث الحقوق والالتزامات تُدعى "انعدام التمييز"؛ أي أنّ هذا الشخص موجودٌ ويحمل "الشريعة" *"Legitimacy"* للاعتراف به كشخص من الناحية القانونيّة كما وصفها جانب من الفقه العربي¹، ولكن تعوزه الملكات الفكرية المطلوبة حتى يُميّز بين الصالح والطالح، فإن تمّ منحه الشخصيّة القانونيّة الكاملة أصاب نفسه وغيره بأضرارٍ جسيمة.

وبالتالي فقد ارتأى المشرع الكويتي عدم منح الإنسان الشخصيّة القانونيّة خلال هذه المرحلة إلّا بأضيق الحدود، تلك الحدود التي تمنحه الاعتراف بالشخصيّة القانونيّة من جهة، وتمنّعه بالحقوق والالتزامات دون الحق بإدارة أمواله من جهة أخرى.

وبناءً عليه فإنّ الشخص غير المُميّز لا يصلح أهلاً للتصرّفات المدنيّة مُطلقاً، إلّا أنّه في المقابل يصلح كشخصٍ مُستقبلٍ للحقوق الماليّة؛ لأنّ هذا الاستقبال فيه منفعةٌ أكيدةٌ لغير المُميّز، أو كملتزمٍ بها بقوة القانون نتيجة أفعاله غير المشروعة، ذلك دون أن يحقّ له التصرّف بذمته المالية تحت طائلة البطلان المطلق.

وبالإسقاط على الشخصيّة الافتراضية، فقد وجد الأستاذ BOURCIER من الفقه الفرنسي مُبكرًا مع بداية الألفيّة الجديدة إمكانيّة الانتقال: "من الذكاء الاصطناعي إلى الشخص الافتراضي" *"De L'Intelligence"*

¹ SOLAIMAN, S. M., op. cit., page 1.

¹ *Artificielle à La Personne Virtuelle*؛ حيث إن: "قدرة الروبوت على القيام بالكثير من المهام التي يقوم بها البشر وبما يُحاكي الذكاء البشري قد أصبح حقيقة قائمة" كما أكد جانب من الفقه الماليزي.²

ولذلك، فقد بادر جانب من الفقه العربي المكتوب بالإنجليزية بإطلاق فكرة مفادها أن: "حان الوقت لمعاملة (الأنظمة الإلكترونية) كالكائنات البشرية" *"Time to Treat Them (Electronic Agents) as Human Beings"*

3

وبالطبع، فالمقصود بالأنظمة الإلكترونية الآلات الذكية مثل الروبوتات التي تُصنّف نائبةً عن مُشغّلها نتيجة الارتباط العاطفي أو العملي بين شخصيّة الآلة والإنسان، مثل الروبوتات الشخصيّة أو الروبوتات المُستخدمة في الأعمال التجاريّة الإلكترونية.

وعلى أيّ حالٍ، فمن غير المفاجئ في المستقبل أن يتمّ منح الشخصيّة القانونيّة "المعنويّة غير المُميّزة" للروبوت غير المُميّزة بغرض جعله أهلاً للملكيّة ذمّة ماليّة مُسجّلة باسمه بشكلٍ رسميٍّ، فتكون مثقلةً بالالتزامات التي تنشأ عن أعمال الروبوت غير المشروعة ورصيداً لثمار أعماله المشروعة؛ حيث إنّ أجيال الروبوت الحاليّة باتت قادرةً على العمل والإنتاج والإبداع وهذا ما قد يفتحُ الإمكانيّة لها لكي تتقاضى أجراً يُودع في ذمتها الماليّة.

وبالتالي فقد استشرّف جانب من الفقه الروسي الشخصيّة الافتراضيّة القادمة على هيئة منهج نظريٍّ، فيكون: "الشخص الإلكتروني الذي يتحمّل الالتزامات القانونيّة ويكتسب الحقوق، هو - في الواقع - عبارة عن مجموعةٍ من الحقوق والواجبات؛ ومحتوى الحقوق والالتزامات هي وقائع الذكاء الاصطناعي"⁴.

وهذا ما سيجعل الروبوت غير المُميّز قادراً على تحمّل الالتزامات الماليّة الناتجة عن أخطائه في حال ملاءته، أو الرجوع على نائبه الإنساني في حال عُسرِهِ.

ولذلك سنتعمّق في أحكام المسؤولية المدنيّة وفقاً لهذا التصوّر سواءً أكانت المسؤولية مُقامةً ضدّ الروبوت أم لمصلحته.

¹ BOURCIER, Danièle, op. cit., page 847.

² "A robot's ability to perform a wide range of tasks while assuming human level intelligence is evident". See: SARIPAN, Hartini, Are Robots Human? A Review of the Legal Personality Model, World Applied Sciences Journal 34 (6), 2016, page 5.

³ AL-MAJID, Waleed, Electronic Agents and Legal Personality: Time to Treat Them as Human Beings, Proceeding of BILETA, Annual Conference, Hertfordshire 16-17 April, 2007, page 1.

⁴ "An electronic person who has legal duties and subjective rights is, in fact, a set of duties and rights, and the content of legal rights and obligations are the actions of artificial intelligence". See: YASTREBOV, Oleg A., The Legal Capacity of Electronic Parsons: Theatrical and Methodological Approaches, Proceeding of the Institute of State and Law of the RAS, Volume 13. No. 2, Moscow, 2018, page 10.

أولاً: المسؤولية المدنية ضد الروبوت "غير المُميّز"

سنبحث في مفهوم الروبوت غير المُميّز أولاً، ثم في طبيعة الرابطة بين النائب الإنساني والروبوت غير المُميّز ثانياً.

1- مفهوم الروبوت "غير المُميّز"

يمكننا تعريف الروبوت غير المُميّز بأنه الآلة الذكية القادرة على المحاكمة العقلية البشرية القاصرة عن التصرف بالأمور بالشكل الطبيعي؛ أي ضمن إطار ضعيف من الإدراك والحكمة في معالجة المعلومات والوقائع. وتأصيلاً على هذا الفرض، إن تم منح الروبوت شخصية غير المُميّز فتصحّ المسؤولية المدنية ضده، وهكذا يرتقي الروبوت من صفة الشيء إلى الشخص، إلا أن هذا الشخص الإلكتروني غير المُميّز يبقى قاصراً تماماً عن أدنى مستوى من التصرفات؛ نظراً لضعف قدراته الذهنية، ويقع باطلاً الاتفاق على غير ذلك¹.

فكيف ستتم معالجة الأفكار القانونية الخاصة بالمسؤولية المدنية على الروبوت غير المُميّز في هذه الحالة؟ يبدو أن المشرع الكويتي قد كان صريحاً في هذه المسألة عندما نصّ على أنه:

"كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص بعمله غير المشروع ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مُميّز"².

وبالتالي فإنّ منح الروبوت الشخصية القانونية بدرجة غير المُميّز ستجعله شبيهاً بصفة القاصر الذي يحتاج إلى شخص رقيب على تصرفاته، وهذا الشخص يُشبه النائب الإنساني الذي كان موجوداً إبان وصف الروبوت بالشيء.

ولكن هنا نتساءل:

طالما أنّ النائب الإنساني كان قائماً في القانون الأوروبي عندما كان الروبوت لا يزال شيئاً مملوكاً، فما الجديد الذي ستأتي به الشخصية الافتراضية إن كانت بدرجة الشخص غير المُميّز؟

فهل النتيجة في الحالتين هي أنّ المضرور سيُقيم دعوى المسؤولية المدنية على حارسه أو نائبه الإنساني فيلزم بتعويض المضرور من ذمته المالية؟

الحقيقة أنّ ضعف الملكات الفكرية لدى الروبوت غير المُميّز لا يعني مطلقاً الإعفاء من المسؤولية المدنية؛ حيث إنّ تلك المسؤولية تنبع من وجود الذمة المالية المستقلة وليس التمييز والإدراك.

¹ نصّت المادة 86 من القانون المدني الكويتي على أنه: "- أهلية الصغير غير المُميّز لأداء التصرفات معدومة. وتقع كل تصرفاته باطلة".

² المادة 13، قانون تنظيم الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع، رقم 6، لعام 1961.

حيث جاء في القانون المدني الكويتي:

" يلتزم الشخص بتعويض الضرر الناشئ عن فعله الخاطئ ولو كان غير مُمَيَّز"¹.

وبناءً عليه، فإنَّ الشخص الإلكتروني الحائز على شخصية غير المُمَيَّز يعترف القانون له بقيام الذمَّة الماليَّة المُستقلَّة عن الشخص الرقيب له أو عن مالكه، وذلك بغاية تلقِّي الحقوق الماليَّة وتحمُّل الالتزامات الناشئة عن الأعمال غير المشروعة التي يقوم بها، دون التصرُّفات التي لا تحقُّ له وهو في مرحلة عدم التمييز.

ولا يبدو طرح الذمَّة الماليَّة المُستقلَّة للروبوت بعيداً عن الواقع؛ فالأجيال الحاليَّة باتت قادرةً على العمل والإبداع وتقاضي الأجر، فبدلاً من استحواذ المالك على مال الروبوت، سيتمُّ إيداع مال الروبوت في ذمَّته الماليَّة المُستقلَّة التي يُديرها ويملك ثمارها الإنسان الرقيب عليه، ومثل هذا الفرض القانوني يُعدُّ خيالاً قانونياً كالذي اقترن بشخصيَّة الشركات في السابق كما أشار جانب من الفقه الفرنسي².

ولذلك يحقُّ للمضرور أن يُقيم المسؤولية المدنيَّة عن أعمال الروبوت غير المُمَيَّز على الرقيب نتيجة قيام صفة الرقابة على روبوت، أو إقامة هذه المسؤولية على الروبوت ذاته كشخص غير مُمَيَّز إن كانت ذمَّته الماليَّة مليئة.

ويمكن إجبار المضرور على الرجوع على الروبوت "الشخص" أولاً، ولكننا لسنا مع فكرة مسؤولية مالك أو مُشغِّل الروبوت المحدودة في إطار ذمَّة الروبوت المالية لأنَّ ذلك سيعني عدم قدرة المضرور على الرجوع على حارسه أو نائبه.

وبالتالي، فإنَّ الشخص الرقيب على الروبوت "الشيء" يكون رقيباً على شيءٍ خطرٍ ضمن مفهوم حارس الأشياء وفقاً للمشرع الكويتي أو النائب الإنساني وفقاً للمشرع الأوروبي، بينما الشخص الرقيب على غير المُمَيَّز فهو يُراقب شخصاً مستقلاً وليس شيئاً، لكنَّه شخصٌ ضعيفُ الإدراك، ذلك على أن تنشأ رابطة بين الشخصين تُلزمُ الشخص الراشد برقابة الشخص غير المُمَيَّز.

فإن كانت الرابطة القانونيَّة بين الإنسان "الحارس" والروبوت "الشيء" هي رابطة حراسة، فما هي الرابطة القانونيَّة بين الإنسان النائب والروبوت عندما سيكون شخصاً غير مُمَيَّز؟

2- طبيعة الرابطة بين النائب الإنساني والروبوت "غير المُمَيَّز"

يتمثَّل التساؤل هنا بـ:

¹ المادة 227، القانون المدني الكويتي.

² TCHOTOURIAN, Ivan et BERNIER, Jean-Christophe, et al., Les cinq mythes de la gouvernance d'entreprise, De Boeck Supérieur « Revue internationale de droit économique », 2017/2 t. XXXI, 2017, page 12.

ما هي الرابطة القانونية الممكنة بين المُشغّل والروبوت غير المُميّز التي تُفسّر إلزام الرقيب بتعويض المضرور عن أعمال هذا الروبوت غير المشروعة؟

ليس من المقبول قانوناً أن تكون الرابطة بين الإنسان والروبوت رابطة وصاية على المال أو ولاية على النفس؛ لأنّها تنشأ عن وجود رابطة قرابة بالأساس، أو عن تعيين بقرار قضائي في حال غياب القائم الشرعي، ومثل هذه الأوصاف لا تصحّ بين الإنسان والروبوت.

كما أنّه من المُنافي للمنطق الحديث عن الرابطة الاتفاقيّة بين الروبوت غير المُميّز والإنسان؛ فالروبوت وهو في هذه المرحلة من الأهليّة لا يجوز له إبرام التصرّفات.

وبخصوص النيابة الالكترونيّة والإنسانيّة كرابطة قانونيّة، فقد جادل الأستاذ WEITZENBOECK من الفقه النرويجي مع بداية الألفيّة الجديدة على اعتبار أنّ نيابة الروبوت للإنسان قد تكون عبارة عن "وهمٍ علميٍّ" *"Science Fiction"*.

إلّا أنّ انتشار الروبوتات البرمجيّة في معاملات التجارة الالكترونيّة¹ قد جعل - فيما يبدو- من محاولة طمس النيابة الالكترونيّة هذه أمراً صعباً عمليّاً.

ولذلك، فلا بدّ من النصّ القانوني الصريح في المستقبل على قيام رابطة الرقابة بين الإنسان (النائب الإنساني) والروبوت (النائب الالكتروني) غير المُميّز، فتكون هذه الرابطة رابطة قانونيّة بمجرّد تشغيل الإنسان للروبوت؛ بحيث تتمثّل بالاعتراف للروبوت بنيابته الالكترونيّة الاجتماعيّة عن الإنسان والاعتراف بنيابة الإنسان القانونيّة تجاه روبوته عن أعمال هذا الروبوت.

ولكن هل سيؤدّي قيام الرابطة القانونيّة بين شخصين أحدهما الكتروني إلى ولادة ذمّة ماليّة مستقلّة للروبوت دائماً، بحيث يمكن التنفيذ عليها في حالة قيام مسؤوليّته المدنيّة؟

لقد أشار جانب من الفقه البرتغالي إلى منح الروبوت الشخصية القانونيّة حتى يكون نائباً عن الإنسان، ثم حتى يكون الإنسان نائباً قانونيّاً عنه²، ذلك تأصيلاً على مبدأ التزام الأصيل بأعمال النائب في حدود نيابته، ففي هذه الحالة سيتمتعّ الروبوت بالشخصيّة حتى تصحّ مسؤولية الإنسان عنه، وليس حتى يتمتّع بذمّة ماليّة مستقلّة.

ولذلك، فإنّ اعتراف المشرع بالرابطة القانونيّة بين شخصين أحدهما الكتروني لا يعني بالضرورة قيام الذمّة الماليّة المستقلّة للشخص الالكتروني دون نصّ قانوني صريح.

¹ WEITZENBOECK, Emily M., Electronic Agents and the Formation of Contracts, International Journal of Law and Information Technology, Vol. 9 No. 3, 2001, page 3.

² ANDRADE, Francisco and NOVAIS, Paulo et al., Contracting Agents: Legal Personality and Representation, op. cit., page 357.

ونتساءل هنا بشكلٍ أكثر عمقاً: هل إنَّ الاعتراف بالشخصية الافتراضية سيعني انتهاء رابطة الملكية بين الروبوت والإنسان؟

لقد فنَّد جانب من الفقه الألماني في هذه الإشكالية أنَّ الروبوت تحت مستوى التصرف سيكون شيئاً مملوكاً للشخص القانوني الإنساني أو الاعتباري حتى وإن افترض المشرع أنَّ الروبوت يستمدُّ شخصيته من الشخص القانوني كُمُمِّلٍ آليٍّ له استناداً على نظرية النائب الإنساني¹؛ وبالتالي ستبقى رابطة الملكية إلى جانب الاعتراف بالشخصية الافتراضية تماماً مثلماً بقيت رابطة الملكية من الشركاء تجاه الشركة إلى جانب الاعتراف بشخصيتها المعنوية.

ثم نتساءل: هل تختلف الرابطة القانونية بين النائب الإنساني والروبوت إن كان الروبوت شخصياً أو خدمياً؟

بغضِّ النظر عمَّا إذا كان الروبوت مُعدَّاً للاستخدامات الشخصية أو: "الروبوت الشخصي" *Personal Robot - Robot Personnel* أم مُعدَّاً للخدمات أو: "روبوت خدمات" *Service Robot - Robot de Service*²؛ فالغاية من استخدام كلا النوعين تُفسَّر برأينا قيام الرابطة القانونية بين النائب الإنساني والروبوت.

وكمثالٍ عمليٍّ، فإنَّ الروبوت الشخصي يظهر بشكلٍ شديد الوضوح على أنَّه مرتبطٌ برابطة شخصية مع مالكة ومُشغِّله؛ فروبوت الذاكرة الخاصُّ بمعالجة كبار السن ومساعدتهم على التذكُّر ومنع تدهور حالة الزهايمر لديهم يرتبط برابطة قوية مع شخصياتهم وذكرياتهم بما يُبرِّر وجود رابطة النائب الإنساني القانونية، تلك الروبوتات التي تدعى "روبوت المساعدة الشخصية" *Personal Assistant Robots - Robot assistant personnel*³.

والأمر ذاته بالنسبة لروبوت الخدمات ولكن في صورةٍ أخرى؛ فروبوت خدمة الزبائن في مطعم الوجبات السريعة أو روبوت التجارة الإلكترونية مثلاً لا يرتبط بشكلٍ شخصيٍّ مع خدمة صاحب العمل الذي يُشغِّله، إلا أنَّ الروبوت -من خلال الخدمات التي يُقدِّمها لزبائن صاحب العمل- يكفل نجاح العمل وازدهار رأس المال؛ وهذا ما يُبرِّر وجود الرابطة القانونية بين روبوت الخدمات وصاحب العمل.

ولكنَّ الفرق بين الرابطة التي تربط الإنسان مع الروبوت الشخصي أو الخدمي هو "طبيعة" رابطة النيابة بين المُشغِّل والروبوت كنائبٍ إلكترونيٍّ، ففي حالة الروبوت الشخصي يكون الروبوت نائباً إلكترونياً نظراً للرابطة

¹ WETTING, Steffen and ZEHENDNER, Eberhard, op. cit., page 6.

² WU, Stephan S., Summary of Selected Robotics Liability Cases, Cooke Kobrick & Wu LLP, July 12, 2010, page 9. See: http://ftp.documation.com/references/ABA10a/PDfs/2_5.pdf (31-7-2019).

³ WINFIELD, Alan F. T., JIROTKA, Marina, Ethical governance is essential to building trust in robotics and artificial intelligence systems, Philosophical Transaction A, 376: 20180085, 21 August 2018, page 2.

العاطفية التي تربطه بمُشغِّله، بينما في حالة الروبوت التجاري الوسيط مثلاً فيكون الروبوت نائباً إلكترونياً عن مُشغِّله نظراً للرابطة المصلحية في الأعمال التي تجمعهما.

وبالتالي، تبدو أماننا إمكانية واقعية كبيرة لمنح الروبوت شخصية غير المُمَيِّز نظراً لحجم إدراكه في الواقع الحالي؛ فهذا الإجراء يمنح تأصيلاً منطقياً لمسؤولية النائب الإنساني "الرقيب" عن الروبوت "غير المُمَيِّز"، ويجعل من ذمة الروبوت المالية محلاً ممكناً للالتزام من جهة، أو يمكن للمشرع اعتماد الشخصية الافتراضية للروبوت كنائب عن الإنسان بغرض مساءلة الإنسان عن أخطاء الروبوت، وليس بغرض منح الأخير الذمة المالية المستقلة من جهة أخرى.

ولكن هل تبدو الصورة مماثلة بالنسبة لحقوق الروبوت تجاه الأشخاص الآخرين نتيجة قيام المسؤولية لمصلحته هو؟

ثانياً: المسؤولية المدنية لمصلحة الروبوت "غير المُمَيِّز"

سنرى كيفية إقامة المسؤولية المدنية لمصلحة الروبوت من مالكة أولاً، ثم الشخص القادر على مقاضاة مُشغِّل الروبوت ثانياً.

1- إقامة المسؤولية المدنية لمصلحة الروبوت "غير المُمَيِّز" من مالكة

يمكن أن تُشكِّل واقعة إيذاء الروبوت أو تدميره إشكالية بعد أن يقوم المشرع بالاعتراف بشخصيته الافتراضية؛ فالروبوت ذو الشخصية غير المُمَيِّزة قد أضحى شخصاً يمكن تعويضه للأضرار التي ألّمت في شخصه، وليس في ذمة مالكة.

حيث إنّ الروبوت غير المُمَيِّز سيكون شخصاً بنظر القانون، وهذا الشخص يمتلك بذاته ذمة مالية مستقلة عن مالكة، وبالتالي هو وحده سيكون المُستحقُّ للتعويض عن الأضرار التي قد يتعرض لها بعد إقامة المسؤولية المدنية على خصمه، وذلك بعد ممارسة حقوقه التي منحه إياها القانون كشخص¹.

ولكن الروبوت لا أهلية قانونية لديه لإبرام التصرفات وهو ما يزال في مرحلة عدم التمييز، فالقانون المدني الكويت قد نصَّ على أنه: "كلُّ شخص أهل للتعاقد، ما لم يقرّر القانون عدم أهليته أو ينقص منها"².

وبناءً عليه، فلا يحقُّ للروبوت تقديم مُطالباتٍ إلى المحكمة أو توكيل محامٍ لإقامة دعوى مدنية قياساً بالصغير غير المُمَيِّز؛ حيث إنّه: "أهلية الصغير غير المُمَيِّز لأداء التصرفات معدومة. وتقع كلُّ تصرفاته باطلة"³.

¹ هنا على المشرع دائماً أن يتساءل عن خصائص الوجود الإنساني التي سيتمتع بها الوجود الاصطناعي. أنظر في الفقه الإيطالي:

GALLO, Giusy and STANCATI, Claudia, op. cit., page 32.

² المادة 84، القانون المدني الكويتي.

³ المادة 86، الفقرة 1، القانون المدني الكويتي.

وبناءً عليه، فهنا يمكن أن يؤصل الوضع القانوني للروبوت غير المُميّز على أساس القاصر غير المُميّز الذي يُديرُ وليُّه جميع الشؤون الخاصة به، فيكون للمالك الحقُّ في إقامة دعوى التعويض المدنية لمصلحة الروبوت. ومثل هذه الفروض ليست بخياليَّةٍ أو حتى بعيدة المدى من الناحية التقنيَّة، حيث إنَّ أجيال الروبوتات اليوم باتت قادرةً على العمل على شكل الاستقلال الجزئي أو الكلي تحت المراقبة، كما أنَّها تستطيع إجراء العمليَّات المطلوبة منها أفضل ممَّا كان عليه الوضع منذ أكثر من 50 سنة مضت¹.

ولكن التساؤل هنا:

هل إنَّ ما يقوم به المالك هو حقُّ له أم واجبٌ عليه تجاه الروبوت المتضخِّر؟

الواقع هو أنَّ المالك سيكون مالِكاً لمكاسب الروبوت غير المُميّز الشخصيَّة (مكاسبه الماليَّة)؛ وهذا ما يعني أنَّ المالك سيسعى في طريق تحقيق مصلحة الروبوت وكأنَّه حقُّ له.

وحتى إن كان المالك قد أجر الروبوت إلى مُشغِّلٍ مثلاً، فإنَّ ملكيَّة الروبوت لن تنتقل إلى المُشغِّل بل المكاسب الماليَّة خلال فترة الاستئجار هذه، وبالتالي إنَّ مَنْ يحقُّ له المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي قد أصابت الروبوت ذاته هو مالِكه، ويبقى للمُشغِّل الحق في طلب التعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة انخفاض المكاسب الماليَّة التشغيليَّة للروبوت أو تفويت فرصة الحصول عليها خلال فترة الأجار.

ولكن الروبوت ليس كالقاصر من حيث يقين النمو والبلوغ، فالقاصر بمجرد بلوغه سن التمييز أو الرشد القانونيَّة ترتقي أهليَّته إلى درجة إبرام التصرُّفات بحكم إرادته وليس فقط تلقي الحقوق والالتزامات بحكم القانون.

ومن هنا فإنَّ القاصر يستطيع مُقاضاة وليِّه إن كان مُقصرراً في إدارة شؤونه ولم يُقم دعوى التعويض المدنيَّة لمصلحته، ثم يُطالبه بالكسب الفائت نتيجة هذا الإهمال في إدارة أمواله.

بينما الروبوت غير المُميّز هو في الواقع آلةٌ مُسخَّرة لخدمة الإنسان، وشخصيَّتها الافتراضيَّة من الناحية القانونيَّة ستكون على شكل الشخص المعنوي المملوك لأشخاصٍ آخرين، وهذا ما يعني أنَّ الروبوت "غير المُميّز" -كشخصٍ مملوكٍ- ليس من حقِّه مُقاضاة مالِكه عن عدم المطالبة بحقِّه، لأنَّ المالك يكون في حالة التصرُّف بحقوقه الخاصَّة.

فهل يُمكن لشخصٍ ما مطالبة المالك بتعويض ذمة الروبوت عن إهماله في المطالبة بحقوق الروبوت؟

¹ "Robots materialized as a reprogrammable machine operating in a semi- or fully autonomous way, so as to perform manufacturing operations, more than fifty years ago". See: PAGALLO, Ugo, Vital, Sophia, and Co.—The Quest for the Legal Personhood of Robots, Information Journal, Vol. 9, No. 230, 2018, page 2.

2- الشخص القادر على مقاضاة مالك الروبوت "غير المُمَيِّز"

نتساءل هنا:

مَنْ هو الشخص القادر على حماية مصالح الروبوت من إهمال المالك في تحصيل حقوق الروبوت الشخصية؟

يبدو في الإطار المنظور أن جذور الفكر القانوني في مسائل الأحوال الشخصية ستبقى تنظر إلى الروبوت على أنه تابع لشخصية الإنسان تأصيلاً على فكرة النائب الالكتروني الذي يُمثّل جزءاً من شخصية مالكة¹.

وبناءً عليه، فلا تبدو الرؤية القانونية واضحة إزاء الرقابة على تصرفات المالك في حقوق الروبوت؛ ولكن قد يتم ابتكار أساليب إدارية حكومية أو جهات نقابية خاصة بالروبوتات تُشرف على هذا الأمر.

لكن إن كانت ملكية الروبوت "غير المُمَيِّز" مشتركة بين عددٍ من الأشخاص، فيمكن في هذه الحالة أن يُطالب أحد الشركاء شريكه بالتعويض في حالة إهماله بإدارة أو تحصيل حقوق الروبوت "الشخص" من الغير، الأمر الذي يكون قد سبّب ضرراً في ذمّة الروبوت المستقلة والتي تعود ملكيتها للشركاء.

وفي احتمالٍ آخر، يبدو لنا أنّ تعاقب الملكية بين الأشخاص قد تؤدي إلى نشوء منازعات قانونية في هذا الإطار؛ فقد يدعي مالك مُشغّل للروبوت بأن المالك السابق قد سلب من الأموال التي كانت يجب أن تودع في ذمّة الروبوت قبل انتقال الملكية إليه.

فالمالك السابق قد يكون قائماً على تشغيل روبوت مُعيّن تمّ الاعتداء عليه من أحد الأشخاص، فإن أقام الدعوى المدنية باسم الروبوت كشخصٍ غير مُميّز، ثم كسبها وحصل للروبوت تعويض مُعيّن، ثم باع المالك هذا الروبوت وقبض الثمن المتفق عليه، وخلال فترة التسليم امتنع هذا البائع عن إيداع مبلغ التعويض في حساب الروبوت مُخفياً ذلك عن المشتري، فهنا يحق لهذا المشتري أن يُطالب بـ:

1. رد المبلغ الذي حصله البائع بشكلٍ غير مشروع.

2. الحكم للمشتري بالتعويض عن المكاسب الفائتة من هذا الفعل غير المشروع.

3. فسخ عقد بيع الروبوت بين الشخصين إن أثبت المشتري أنه ما كان ليتعاقد مع البائع إن علم بإعسار الروبوت.

أمّا بصدد الروبوت "الشخص" دون وجود ذمّة مالية مستقلة له، فإن شخصيته الالكترونية ستكون منحصرة في كونه نائباً الكترونياً عن الشخص المالك أو المُشغّل له في إجراء التصرفات، فلا يمتد مداها نحو

¹ وهو مبدأ شبيه بما تمّت مناقشته في جانب من الفقه الفرنسي حول أنّ الشركة بشخصيتها المعنوية هي نائبة أيضاً. انظر:

"Les personnes morales peuvent être décrites comme des agents". Voir: PETTIT, Philip, Deux sophisms à propos des personnes morales, Presses de Sciences Po « Raisons politiques », 2014/4 N° 56, 2014, page 8.

التعاقد لمصلحة الروبوت الشخصية، ولذلك فإنّ طرح استحقاق الروبوت لحقوق شخصية غير قائم في هذه الحالة.

فعلى سبيل المثال، يوجد "النائب الحاسوبي" *"Computational Agents - Agents de Calcul"*¹ أو "المُمثِّل" *"Representation - Représentation"*² القادر على تجميع حجم بياناتٍ ضخمة عن أيّة صفقةٍ ورغباتٍ ومواقف الأطراف، ثم التعاقد مع الطرف الآخر، دون أن يكون هناك أيّة سيطرة لأيّ إنسان على النائب الإلكتروني هذا خلال مرحلة التفاوض والتعاقد³.

فإن قام هذا الروبوت بالتعاقد نيابةً عن المُشغِّل مثلاً، فإنّ آثار التعاقد ستكون على المُشغِّل وليس الروبوت، الذي سيكون شخصاً افتراضياً إلكترونياً نائباً فقط لا يحقُّ له التعاقد لمصلحته.

ولكن تكييف ذلك يختلف وفقاً لصورتيْن وفقاً للفقهاء الإيطالي اعتماداً على "الولاية الإدراكية" *"Cognitive States"*⁴:

- أن يتمّ اعتبار الروبوت أداةً غير إدراكية؛ فهنا لا يمكن للروبوت التعاقدية إبرام التصرفات باسم مُشغِّله كنائبٍ إلكتروني عنه. ففي هذه الصورة لا تنتقل آثار تلك التصرفات حتى يُوقَّع عليها المُشغِّل مُبرزاً إرادته ورضاه عن التعاقد، وبالتالي تنحصر النيابة الإلكترونية بمفهومها المجتمعي هنا في إطار البحث عن صفقة أو حتى التفاوض بشأنها دون التعاقد.
- أن يتمّ اعتبار الروبوت أداةً ذكية إدراكية؛ وبمعنى أبسط أن يمنحها المشرع الاعتراف بإرادة التعاقد لحساب مُشغِّلها؛ فهنا يكون الروبوت نائباً إلكترونياً، ويُعتبر توقيعها الإلكتروني مُنجزاً في صفقات التجارة الإلكترونية⁵، وهو ما يمكن أن يؤدي إلى تقاضي الروبوت أجراً عن إبرام الصفقة إن تمّ منحه الحق في ذمّة مالية مستقلة مستقبلاً.

¹ ANDRADE, Francisco and NOVAIS, Paulo et al., Contracting Agents: Legal Personality and Representation, op. cit., page 358.

² Ibid, page 367.

³ VAN KOKSWIJK, Jacob, Granting Personality to a Virtual Identity, International Journal of Humanities and Social Sciences 3, no. 8, 2008, page 6. See:

http://www.academia.edu/download/32075296/Granting_Personality_to_a_Virtual_Identity_KOKSWIJK.pdf (26-7-2019)

وللمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع، راجع المعالجة القانونية له من جانب من الفقهاء النرويجي مع بداية الألفية الجديدة لدى:

WEITZENBOECK, Emily M., op. cit., page 1.

⁴ SARTOR, Giovanni, Cognitive automata and the law, European University Institute, Department of Law, working papers, No. 2006/35, 2006, page 23.

⁵ والصورة الماثلة اليوم عن النائب الإلكتروني في التعاقد هو شركات التكنولوجيا التي تنوب عن عملائها في التعاقد كما أقرّ قضاء محكمة جنوب داكوتا في الولايات المتحدة. أنظر:

وسنرى في المبحث الثاني كيف سيكون عليه الأمر بصدد الفروض القانونية بعد منح الروبوت الشخصية القانونية للشخص المُمَيِّز.

المبحث الثاني

الارتقاء من المرتبة المعنوية غير المُمَيِّزة إلى الإنسانية

تُعتبر مرحلة التمييز المرحلة المفصلية في حياة الشخص من الناحية القانونية؛ فهي النقطة الزمنية التي ينتقل فيها من الأهلية شبه المعدومة والمقتصرة على استقبال الحقوق والالتزامات بقوة القانون (عدم التمييز) إلى المرحلة التي يصح فيها للشخص إبرام التصرفات التي ينشأ عنها تلك الحقوق والالتزامات (التمييز)، فهل يُمكن للروبوت أن ينتقل بعد منحه الشخصية المعنوية إلى شخصية تتمتع بالتمييز كالتالي يحظى بها الإنسان؟.

لقد أكد الأستاذ GRANDJEAN من الفقه الفلسفي الفرنسي على أن عنصر "الخصائص الوظيفية للشخصية المعنوية" *"Les Caractéristiques Descriptives de Cette Personnalité Morale"* هي أحد أهم عناصر دراسة هذه الشخصية المعنوية¹، ومن هنا فإن وظيفة إدارة الأموال بشكل محدود في الشخصية المعنوية هي أهم خواصها التي قد تنتقل بها نحو الشخصية الإنسانية المُمَيِّزة ذات الاستقلال.

وإسقاطاً على الشخصية الافتراضية، فتبدو الأمور بصدد الشخصية المُمَيِّزة أكثر صعوبة على التأصيل القانوني السليم؛ حيث إن التمييز يعني القدرة على اتخاذ القرار بهامش جيد من الحرية في إدارة الذمة المالية، وهو ما يتطلب إمكانات ذهنية تتجاوز حدود الاستقلال الذاتي في الحركة أو المحاكاة المنطقية البسيطة، إلى القدرة على التكيف في مواقف الحياة بمخاطرها المالية.

وهذا الواقع ليس ببعيد عن التحقيق بصدد الذكاء الاصطناعي، فقد أشار جانب من الفقه الياباني في مجال الذكاء منذ العشريّة الماضية إلى أن الآلة ستكون في حاجة إلى إدراك الحاجات الإنسانية وتكييف سلوكها وفقاً لذلك².

"stating that a contract can be formed when a person initiates an electronic agent to take an action that the person knows or should know will form a contract". Schwalm v. TCF NAT. BANK, 226 F. Supp. 3d 937, United States District Court, D. South Dakota, Southern Division, December 28, 2016.

¹ GRANDJEAN, Antoine, Personnalité morale et rationalité selon Kant, Archives de Philosophie, 2016/2 Tome 79, 2016, page 387.

² *"A robotic-aid system could be more effective if the system were intelligent enough to understand human needs and adapt its behaviors accordingly"*. See: KAWAMURA, Kazuhiko, Cognitive approach to a human adaptive robot development, International Workshop on Robot and Human Interactive Communication, Proceedings of the Institute of Electrical and Electronics Engineers (IEEE), the U.S., 2005, page 1.

وبناءً عليه فإنَّ "مرحلة الروبوت التكيُّفي" *"Adaptive Robot Development - Développement de Robot Adaptatif"*¹ ستجعله الأقرب لعقليَّة الإنسان في المستقبل.

وتنقسم مرحلة الارتقاء من المرتبة المعنويَّة غير المميَّزة إلى الإنسانِيَّة إلى مرحلتين زمنيتين، هما: المرتبة المعنويَّة المميَّزة، ثم مرحلة المرتبة الإنسانِيَّة، وسنرى إمكانيَّة تطبيق قواعد المسؤوليَّة المدنيَّة في كلاهما على الشخصِيَّة الافتراضيَّة.

المطلب الأول

الشخصيَّة الافتراضيَّة للروبوت في المرتبة المعنويَّة المميَّزة

بعد أن يكتمل التمييز في الشخصِيَّة الافتراضيَّة، يمكن الحديث حينها عمَّا أشار إليه جانب من الفقه الروسي بـ: "القدرة على التفكير المنطقي، وإدارة الوقائع، وتصحيح القرارات في ظلِّ أحداثٍ مُتغيِّرة في الظروف الخارجيَّة"².

وبالتالي، سيكون المشرع أمام مهمَّةٍ أكثر تعقيداً من تلك التي عالجنها إبَّان الشخصِيَّة المعنويَّة غير المميَّزة؛ فالروبوت حينئذٍ سيكون مؤهلاً لإبرام التصرُّفات التي قد تجرُّ عليه أو لمصلحته مسؤوليَّاتٍ ماليَّةٍ لا حصرَ لها. وسنحاول إجمال القواعد الأساسيَّة لمسؤوليَّة الروبوت المدنيَّة إسقاطاً على مسؤوليَّة الشخص المميَّز فيما إذا كانت المسؤوليَّة ضده أو لمصلحته.

أولاً: المسؤوليَّة المدنيَّة ضدَّ الروبوت "المميَّز"

سنبحث في طبيعة تصرُّفات الروبوت "المميَّز" غير المشروعة أولاً، ثم في مصيرها ثانياً.

1- طبيعة تصرُّفات الروبوت "المميَّز" غير المشروعة

بالنسبة للتصرُّفات غير المشروعة التي قد يرتكبها الروبوت وهو في مرحلة التمييز، فيكون الوضع القانوني ببساطةٍ كما وصفه الأستاذ Sartor من الفقه الإيطالي حيث عنون بحثه الشهير عام 2006 بـ: "الأتمتة الإدراكيَّة والقانون" *"Cognitive Automata and the Law"*³؛ أي أنَّ الانتقال التكنولوجي بات بغرض منح الذكاء الاصطناعي ميَّزة الإدراك انطلاقاً من الأتمتة، وهو ما سيقود نحو تحميلها المسؤوليَّة شخصيَّةً عن أعمالها غير المشروعة التي ترتكبها عن إدراك.

¹ Ibid.

² "... able to think logically, manage its actions and correct its decisions in the event of a change in external conditions". See: YASTREBOV, Oleg A., op. cit., page 10.

³ SARTOR, Giovanni, op. cit., page 1.

ولكن مثل هذه الصورة المُشْرِقة لروبوتات الذكاء الاصطناعي يجب أن ترتبط بارتفاع درجة "الوعي" *"Consciousness - Conscience"* لديها كما أكد جانب من الفقه الإيطالي¹، فيجب أن يكون وعي الآلة الذكيّة هو مقياس الارتقاء بمستوى أهليّتها.

ويمكننا طرح مثالٍ عن واقعةٍ واجهت محكمة باريس الإدارية عام 2018، حيث قدّمت إحدى شركات الاستشارات الضريبية والائتمانية التي تقوم على تطوير برامج الذكاء الاصطناعي توصيةً تبين أنّها قد كانت مُضِلَّةً².

فإن افترضنا حدوث هذه الحالة في المستقبل بعد الاعتراف بتمييز روبوت الاستشارات، فإنّ الروبوت سيكون مسؤولاً بشكلٍ شخصيٍّ عن تعويض الجهة المتضرّرة من ذمّته الماليّة المستقلّة، كما أنّ لتلك الجهة أن ترجع على الشركة بوصفها متبوعةً يمكن مساءلتها عن أعمال الأشخاص من تابعيها، وفي حالتنا سيكون التابع هو روبوت الاستشارات المُميّز.

ففي هذا الإطار، لا تبدو الحاجة لتغيير أحكام المسؤوليّة المدنيّة عن مرحلة عدم التمييز؛ فتبقى ذمّة الروبوت مثقلةً بالالتزام بالتعويض، ويكون نائبه الإنساني -كالمُشغّل- مسؤولاً بالنيابة قانونياً عن أعمال الروبوت غير المشروعة،

ونرى ضرورة أن يُراعى القضاء إمكانيّة المحاكمة العقليّة لدى الروبوت في مقدار الخطأ، وكذلك أن يضع ملاءته الماديّة المستقلّة في عين الاعتبار وفقاً لظروف كل دعوى.

فإن كان الروبوت مليئاً، وقد ارتقى في درجات الوعي بشكلٍ كبيرٍ وأنّ نائبه لم يُساهم في حدوث الفعل غير المشروع للروبوت بشكلٍ مقصودٍ أبداً، فيمكن حصر نطاق المسؤوليّة على ذمّة الروبوت المليئة الكافية للتعويض.

إلّا أنّ الإشكاليّات القانونيّة المُستجدّة ستنشأ عن تصرّفات الروبوت التعاقدية الشخصيّة المستقلّة عن نائبه الإنساني، والتي قد تُسبّب ضرراً للغير؛ فقد أشار جانب من الفقه الألماني بصراحة إلى فكرة: "الآلة النائبة عن الإنسان (Agent) كالقاصر، قادرة على التعاقد بشكل محدود" *"Agent as minor, capable of contracting in a limited way"*³.

¹ PAGALLO, Ugo, op. cit., page 7.

² "E-Expert LLC, ses activités de travaux de recherche et de développement dans le domaine de l'intelligence artificielle étant éligibles au statut de jeune entreprise innovante... le service a induit ces derniers en erreur...". Voir: Cour administrative d'appel de Paris, 7ème chambre, 17PA0043718, mai 2018. <https://juricaf.org/> (2-8-2019).

³ WETTING, Steffen and ZEHENDNER, Eberhard, op. cit., page 6.

ولا يُعتبر طرح قيام الروبوت بالتصرّفات العقدية بعيداً عن واقعنا الراهن، فالأجيال الحالية من الروبوتات لا تقتصر على القيام بالمهام الخطرة أو الدقيقة أو المملّة كما كان عليه الأمر في الماضي، حتى أنّ الأعمال التي ستقوم بها الروبوتات في المستقبل قد تُنسّق الإنسان بشكلٍ شبه كامل؛ ممّا سيُنشئ أنواعاً جديدةً من الدعاوى والمسؤوليات القانونية¹.

فقد أصبحنا نجد روبوتاتٍ مُبرمجةٍ على التعامل مع عملاء الشركات المالية وإبرام العقود معهم، أو حتى الروبوتات التي تقوم بعملية التفاوض وتقديم العروض، إلّا أنّ كلاً من الصور السابقة يكون فيها الروبوت تابعاً تماماً لمُشغّله حتى وإن تمتّع في المستقبل بشخصية قانونية غير مُميّزة.

أمّا أن يعترف المشرع لهذا الروبوت بالشخصية المُميّزة، فهذا سيعني إمكانية أن يُرخص الروبوت لعمله الخاص المستقل عن مُشغّله، بحيث تتم إدارته إلكترونياً بشكلٍ كامل، ثم تصبُّ أرباحه وخسائره في ذمّة المالية التي يمتلك مكاسمها مالك الروبوت.

ففي هذه الحالة، سنكون أمام حالةٍ شبيهةٍ بتصرّفات الشخص المُميّز التي أقرّ فيها القانون المدني الكويتي المبدأ التالي:

"1- تصرّفات الصغير المُميّز صحيحة إذا كانت نافعة له نفعاً محضاً، وباطلة إذا كانت ضارة به ضرراً محضاً.

2- أمّا تصرّفات الدائرة في ذاتها بين النفع والضرر، فتقع قابلة للإبطال لمصلحته..."²

وبالتالي، فإنّ الروبوت المُميّز سيكون كغير المُميّز من حيث قدرته على استقبال الحقوق والالتزامات بقوة القانون، وإضافةً إلى ذلك فإنّ ذمّة المالية ستكون قابلةً للإدارة منه شخصياً.

بمعنى أنّ الذمّة المالية للشخص الافتراضي لن تكون راکدة كما كان عليه الأمر إبان الشخصية غير المُميّزة، بل ستكون ذمّةً قابلةً للتشغيل والإنتاج ثم الربح أو الخسارة، وفي هذه الحدود فقط سيحقّ للروبوت إدارة أمواله؛ ممّا قد يؤدي إلى إقامة المسؤولية المدنية ضده نتيجة إخلاله بالتزاماته التعاقدية مثلاً.

أمّا القيام بتصرّفات مثل التبرّع فهو أمرٌ غير ممكنٍ للروبوت لأنّه سيؤدّي إلى ضررٍ مؤكّدٍ في ذمته المالية، وهو ما يزال -وفقاً لهذا التصوّر- في مرحلة التمييز وليس الرشد.

ونرى أنّ النائب الإنساني المسؤول عن تصرّفات الروبوت المُميّز غير المشروعة في ذمته الخاصة هو مالكة، لأنّ الروبوت مع ذمته المستقلة سيكون مندرجاً ضمن ذمّة المالك، بينما لا علاقة للمُشغّل المستأجر للروبوت مثلاً بتصرّفات الروبوت المالية الشخصية بل يُسأل كنائبٍ إنسانيٍّ عن تصرّفات الروبوت التشغيلية التي يقوم بها لحساب المُشغّل فقط.

¹ WU, Stephan S., op. cit., page 9.

² المادة 87، القانون المدني الكويتي.

2- مصير تصرفات الروبوت "المُمَيِّز"

نتيجةً لما سبق، فإنَّ الروبوت المُمَيِّز سيدسكون في طريق تحقيق "تقنية الحكم الذاتي" *"L'Autonomie Technique"* كما أشار جانب من الفقه الفرنسي¹.

لكن التساؤل هنا سيكون:

ما هو مصير تصرفات الروبوت المُمَيِّز في حال كانت تستهدف إدارة أمواله دون استقبال الحقوق ولا التفريط بها؟، وما تأثير ذلك على قيام مسؤوليته تجاه الغير؟

الحقيقة أنَّ تصرفات الصغير المُمَيِّز تقع قابلةً للإبطال لمصلحته وفقاً للقواعد العامة: "ما لم تلحقها الإجازة مِمَّنْ له ولاية إجرائها عنه ابتداءً، أو منه هو بعد بلوغه سن الرشد"².

فهنا مَن سيكون في مقام الولي أو الوصي الذي يحقُّ له إجازة تصرف الروبوت؟، هل سيكون مالكة المسؤول عن تصرفاته أمام الغير في مرحلة عدم التمييز؟

وما علاقة ذلك بالمسؤولية المدنية التي قد تُقام ضدَّ الروبوت؟

في الواقع إنَّ الإجابة السريعة لهذا التساؤل هو أنَّ مالك الروبوت سيكون في مقام الولي أو الوصي في إجازة أو إبطال تصرفات الروبوت الشخصية، وقد يكون إبطال المالك لتصرف الروبوت تأسيساً على حماية الروبوت من مسؤولية بعض تصرفاته الطائشة.

ولكن إن دققنا أكثر في تكييف الشخصية المُمَيِّزة سنجد أنَّها قد تحتاج إلى شخصٍ آخر؛ لأنَّ الروبوت الذي يفتح أعماله ويدير ذمته المالية باستقلالٍ ذاتيٍّ قد يتنافس بالنتيجة مع مالكة.

فعلى الرغم من أنَّ مالك الروبوت المُمَيِّز هو الحائز على مكاسبه، إلا أنَّ هذا المالك قد يُجيز أو يُبطل تصرفات الروبوت المُمَيِّز وفقاً لمصلحة تجارة المالك وليس الروبوت عند تعارض المصالح؛ تماماً مثل حالة عضو مجلس الإدارة في الشركة والذي قد يكون مالكاً لنسبة من رأس مال الشركة، إلا أنَّه قد يُديرها بغير موضوعية بغاية إفادة مشاريع أخرى يملكها، وهو ما سيضرُّ بالشركة الأولى.

بينما في حالة الصغير المُمَيِّز، فيكون الولي أو الوصي مسؤولاً عن إجازة تصرفات الصغير نتيجة وجود صلة قرابة أو قرار تعيين قضائيٍّ يُشكِّل إحدى ضمانات عدم إيداء القاصر، كما أنَّ للقاصر نفسه الحق في إقامة مسؤولية وليه أو وصيه في حال أضرَّ به بسبب استغلال سلطته في إجازة أو إبطال تصرفات القاصر.

¹ BOURCIER, Danièle, op. cit., page 871.

² المادة 87، القانون المدني الكويتي.

في حين أنّ الروبوت لا تجمععه مع مالكة علاقة قرابة أو رحمة ولا يوجد إشرافاً قضائياً كما هو الحال مع الولي أو الوصي، فحتى وإن ترسّخت ثقافة الروبوت المرتبط بشخصية الإنسان، إلاّ أنّه لا يمكن مقارنة ذلك بالوازع الأخلاقي والقانوني تجاه الصغير في مقابل وليّه أو وصيّته.

كما أنّ الروبوت وإن أصبح في ثقافة المجتمع جزءاً من شخصية الإنسان إلاّ أنّ الإنسان يقوم بتغليب مصالحه بعضها على بعض وفقاً للأولويات الخاصة به، فإن اعتبرنا جدلاً أنّ مصلحة الروبوت الشخصية هي جزءاً من مصلحة مالكة، فقد يقوم بترتيب أولويات مصالحه على أن يضع مصالح أعماله قبل مصالح أعمال الروبوت وإن كان جزءاً من شخصيته.

وبالتالي فإن تمّ منح الروبوت الشخصية المميّزة ستنشأ إشكالية تحديد الشخص الذي لديه صلاحيات إجازة أو إبطال تصرّفات القاصر، بغرض حمايته من مسؤوليّة بعض تصرّفات غير الناضجة.

ولا نرى أن يكون مالك الروبوت مستقلاً هو ذلك الشخص؛ خوفاً من تعارض مصالح الأعمال التجاريّة بالخصوص.

ولذلك ضرورة وجود جهة مُختصة وموضوعيّة غير مالك الروبوت بحيث تكون مهمتها مراجعة قرارات مالك الروبوت في مجال إجازة أو إبطال تصرّفات.

ثانياً: المسؤولية المدنية لمصلحة الروبوت "المميّز"

سندرس المسؤوليّة الناشئة لمصلحة الروبوت "المميّز" المدير لأمواله أولاً، ثم أهليّة التقاضي في الروبوت "المميّز" ثانياً.

1- المسؤوليّة الناشئة لمصلحة الروبوت "المميّز" المدير لأمواله

بعد أن يتمتّع الروبوت بشخصيّة التمييز من الناحية القانونيّة، سيكون الواقع القانوني مُختلفاً إزاء الوقائع التي يتدخّل فيها الذكاء الاصطناعي؛ فالروبوت المميّز سيتمتّع وفق جانب من الفقه الألمانيّ بـ "حقوق غير البشر" "Rights of Non-Humans - Droits des Non-Humains"¹.

حيث إنّ الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين أو حتى الإلكترونيين الافتراضيّين سيكونون في مواجهة شخصٍ الكترونيّ قادرٍ على المطالبة بحقوقه بشكلٍ مستقلٍّ بعد أن يقوم بتقديم خدماته التجاريّة الشخصية المستقلّة ثم إيداع مكاسب أعماله في حسابه الخاص الذي تعود ملكيته لملك الروبوت.

¹ TEUBNER, Gunther, Rights of Non-Humans?, Max Weber Lecture Series 4/2007, January 17th, 2007, page 2.

وقد اعتبر جانب من الفقه العربي أنّ إيجاد حلٍ منطقيٍّ وواقعيٍّ لتنظيم أحكام ثروة الروبوتات سيكون حجر الأساس في منحها الشخصية الافتراضية¹.

فمثلاً، إن كان روبوت التحليل المالي البرمجي عاملاً في شركة وساطة مالية تقوم باستقبال عملائها من الراغبين بتداول الأوراق المالية، فيقوم هذا الروبوت بتقدير الاستثمار الأنسب للعمل في ضوء إمكانيّاته والسيولة المُخصّصة للتداول ومقدار المخاطر المالية الذي يريد العميل أن يبقى في إطاره.

فهنا إن كان الروبوت من الأجيال القادمة القادرة على التصرف المستقلّ بحيث يمنحها القانون أهلية التمييز، فيستطيع تقديم خدمات استشاراتٍ ماليةٍ أكثر تطوراً بدل البقاء في إطار استشارات التداول البسيطة، فيستطيع تقديم استشارات الجدوى الاقتصادية للمشاريع العملاقة مثلاً.

فهنا يُمكن أن يُرخص للروبوت البرمجي بتقديم خدمات استشارية مستقلة لعملائه الخاصين، على أن تُودع أتعابه في ذمته المالية المستقلة، وبهذه الطريقة تمّت الاستفادة القصوى من إمكانيّات الروبوت في السوق من جهة، وازدادت مكانته المالية بما يمكن تعويض أيّ مُتضرّرٍ من أعماله الشخصية من جهة أخرى.

وعلى اعتبار أنّ الروبوت المُميّز سيستطيع إبرام تصرّفات الإدارة المالية، فإنّ باب منازعات الأعمال سيكون مفتوحاً على مصراعيه أمام الشخصية الافتراضية، وهو الأمر الذي سيضع نظريّات سلطان الإرادة، والشخصية القانونية، والرضا، والتمثيل القانوني محلّ نقاشٍ من جديدٍ بعد أن استقرت أحكامها منذ زمن بعيد².

2- أهلية التقاضي في الروبوت "المُميّز"

أقرت محكمة التمييز الكويتية بكلّ وضوحٍ على مبدأ فحواه أنّ: "... انتفاء أهلية الاختصاص بالنسبة لأحد الخصوم في الدعوى أو الطعن يُبطل إجراءاتها بطلاناً مطلقاً يتعلّق بالنظام العام..."³.

ولكن طالما أنّ الروبوت المُميّز قادرٌ على إدارة أمواله بما يحمل معه مخاطر الضرر مع احتمال الريح، فهل تجوز له المطالبة القضائية على اعتبار أنّ هذه المطالبة تُعتبر تصرّفاً قد ينتج عنه نفعٌ أو ضررٌ؟؛ فهل سيحقُّ للروبوت المُميّز إقامة الدعوى المدنية استقلالاً؟

¹ AL-MAJID, Waleed, op. cit., page 5.

² ANDRADE, Francisco and NOVAIS, Paulo et al., Issues on Intelligent Electronic Agents and Legal Relations, 2004, page 1. See: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/3169/1/Lea2004.pdf> (25-7-2019).

³ محكمة التمييز الكويتية، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن 21 لسنة 1998، قرار صادر بتاريخ 3-6-2000. أنظر: <https://www.eastlaws.com/> (28-7-2019).

الواقع أنّ التمييز صفة لا تمنح أهلية التقاضي، فالأهلية المطلوبة للتقاضي أمام المحاكم هي أهلية الأداء الكاملة؛ أي تلك التي تتحقق بعد بلوغ سن الرشد، حتى أنّ الخصومة في الدعوى المدنية تنقطع إن فُقدت أهلية الخصومة وفقاً لقانون المرافعات الكويتي¹؛ أي أنّ شرط اكتمال الأهلية هو شرط استمرار لصحة التقاضي. فقد أكدت محكمة التمييز الكويتية على أنّ: "مناط الأهلية هو ثبوت الشخصية القانونية للخصم سواء كان شخصياً طبيعياً أو اعتبارياً..."²؛ وثبوت الشخصية القانونية يتنافى مع نقصانها أو محدوديتها في إطار حدود صلاحيات الشخص المميّز.

فالروبوت المميّز سيكون شبه شخص يتمتع بالحقوق والواجبات، ولكن بشكل جزئي³، ولن يكون منها—وفقاً لاتّجاه محكمة التمييز الكويتية المذكور—حق التقاضي.

وهنا سنعود للنقاش حول من سينوب عن الروبوت في إقامة الدعوى المدنية فيما يخص حقوقه الشخصية، فهل سيكون مالكة؟

الواقع، أنّ الفقهاء في عصرنا ما زالوا يركزون على "الخصوصية" *"Privacy"* في العلاقة مع الروبوت كمبدأ من مبادئ أخلاقيات الذكاء الاصطناعي⁴، وهذا ما يعني أنّ الروبوت ما زال يُنظرُ إليه على أنّه جزءٌ من شخصية الإنسان؛ فيجب على الروبوت أن يحفظ معلومات الإنسان الخاصة، ولا يُنظرُ إليه كشخصٍ مستقلٍ له حقوقه المتميزة عن مالكة.

إلاً أنّنا وجدنا أنّ المالك لا يُستحسن أن يمتلك صلاحية إجازة أو إبطال أعمال الروبوت في إدارة أمواله الشخصية خوفاً من تعارض المصالح، فإنّ الأمر ذاته ينطبق على صلاحية التقاضي ثم الخصومة بعد إقامة الدعوى.

فالمالك قد يكون مالكاً لأعمالٍ تجاريةٍ تتنافس أو تكمل أعمال الروبوت المستقلة، ومن هنا فقد يتراخي أو يندفع في التقاضي والخصومة بشكلٍ يخدم مصلحته هو وليس مصلحة الروبوت، ذلك على الرغم من أنّ المالك يمتلك المكاسب المالية لعمل الروبوت الشخصي؛ فالموضوعية في إدارة مصالح الروبوت ستكون محلّ شكٍ.

¹ المادة 92، قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 38، لعام 1980.

² محكمة التمييز الكويتية، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن 268 لسنة 2009، قرار صادر بتاريخ 19-5-2010. أنظر:

<https://www.eastlaws.com/> (28-7-2019).

³ SOLAIMAN, S. M., op. cit., page 29.

⁴ ZENG, Yi, LU, Enmeng, HUANGFU, Cunqing, Linking Artificial Intelligence Principles, Proceedings of the AAAI Workshop on Artificial Intelligence Safety, Honolulu, Hawaii, Jan 27, 2019, page 2. See also:

WINFIELD, Alan F. T., JIROTKA, Marina, op. cit., page 7.

And also:

SARTOR, Giovanni, op. cit., page 29.

وبالمقابل، فليس من المنطق أن يمتلك الروبوت زمام أمره بالكامل في مرحلة التمييز، فليس من المقبول أن نجد روبوتاً يتساقط في مشيئته أو يخطئ التقدير في تقليده للبشر قادراً على المطالبة القضائية. أي أنّ الأجيال المنظورة التي ستقوم على تطوير الصورة التي نراها اليوم من الروبوتات، ستكون -على الأغلب- غير قادرة على القيام بأعباء التقاضي والخصومة التي تشقُّ حتى على بعض البشر الراشدين. وبناءً عليه، فلا يوجد مفرٌّ من ضرورة رقابة جهةٍ مستقلةٍ وموضوعيةٍ على تصرفات المالك في أموال الروبوت المُميّز، على أن يتم أخذ الأمور التالية بعين الاعتبار:

1. مدى وجود تعارض مصالح بين الروبوت ومالكة،
 2. تقدير الكيفية التي قد تؤدي إلى نشوء تعارض مصالح بين أعمال الروبوت المستقلة وأعمال مالكة،
 3. مدى تطوُّر الروبوت وقدرته على المطالبة القضائية؛ فيمكن الترخيص له حينئذٍ بالتقاضي الإلكتروني عبر آلية آمنة وواضحة لكشف الهوية،
 4. تحديد الآليات الممكنة لمنع حدوث أيّ تعارضٍ بين أعمال الروبوت مع مالكة مستقبلاً.
- وفي الحقيقة، تحتاج الكوادر القضائية إلى تأهيلٍ جذريٍّ بخصوص الأعمال التقنية للروبوتات، حيث يجب أن يكون القاضي مستوعباً بشكلٍ كاملٍ للآلية التي يقوم بها الروبوت بالترخيص لأعماله الخاصة على الإنترنت أو في الواقع.
- ثم يجب أن يكون إطار العمل التجاري للروبوت ظاهراً للقاضي من حيث الترخيص بالنشاط وحدوده الجغرافية، كما يجب أن يكون التأكد من مدى التزام الروبوت بحدود هذا الترخيص ممكناً.
- وبعد توافر كل هذه الإمكانيات والعناصر يُصبح تقدير مدى تعارض مصلحة المالك مع الروبوت قائماً على أسسٍ منطقيةٍ وواقعيةٍ في حال نشب النزاع في هذا الخصوص.

المطلب الثاني

الشخصية الافتراضية للروبوت في المرتبة الإنسانية

قال الأستاذ ROBINETT عام 1991 أن:

"القدرة على إبداع وتصميم الخبرات بشكلٍ اصطناعيٍّ يفتح الإمكانيات والقدرات التي كانت مستحيلةً سابقاً"¹.

¹ "The ability to artificially create and design experience enables possibilities and powers that were formerly impossible". See: ROBINETT, Warren, op. cit., page 1.

إنّ مثل هذه الرؤية لفقهاء الثمانينيات والتسعينيات كانت توجي بشكلٍ واضحٍ أنّه لم يعد هناك أيّة صورةٍ مستحيلةٍ عن الذكاء الاصطناعي منذ ذلك الوقت؛ وهو الأمر الذي يجعل من الحديث عن الروبوت الراشد أمراً واقعياً في زمننا هذا.

وانطلاقاً من هذا المنطق، سنعالج من خلال هذا المطلب الرؤية بعيدة المدى للشخصية الافتراضية، تلك التي تخصّ الأجيال فائقة الذكاء الاصطناعي، وهو ما قد كان يُعدّ خيالاً علمياً قبل عقودٍ مضت، إلّا أنّ جانب من الفقهاء باتوا يدرسون مثل هذه الأفكار ضمن ما يُسمّى: "الاستراتيجيات المستقبلية للذكاء الاصطناعي" *"Future Strategies of AI - Stratégies Futures de L'IA"*¹.

وستنحصر معالجتنا بخصوص اكتمال الشخصية الافتراضية في مجال الروبوت الراشد الذي يتعرّض للمساءلة المدنية أو الذي يُطالب بها.

أولاً: المسؤولية المدنية ضدّ الروبوت "الراشد"

سنرى مفهوم الروبوت الراشد أولاً، ثم إمكانية بيعه بعد إقامة المسؤولية المدنية ضدّه ثانياً.

1- مفهوم الروبوت "الراشد"

في حال وصلت ملكات الروبوت إلى درجة أهلية الأداء الكاملة للبشر؛ أي إن شاهدنا الروبوتات وهي تعيش حياةً شبةً كاملةً كالتّي نعيشها بمجرد تشغيلها، فتنتقل في الواقع، وتتعلم منه، وتراكم الخبرات، وتبني المجتمعات، فما هو موقف القانون حينئذٍ؟

بغضّ النظر عن هذه الإشكالية الأخلاقية، فإنّ التساؤل الأكثر جدليةً هو:

هل يمكن للقانون الحالي تقبل فكرة الشخص الالكتروني الراشد في ظلّ الدساتير والقواعد العامة الحالية؟

الإجابة ستكون بالتأكيد لا، فالاعتراف بالشخص الالكتروني الراشد يحتاج إلى تعديل جذري في البنية القانونية ابتداءً من الدستور وانتهاءً بالقوانين؛ بغاية الاعتراف بالحقوق الكاملة للمواطنين الالكترونيين.

فحينها لن يكون الروبوت بحاجة إلى نائبٍ إنسانيّ، بل سيكون كامل الأهلية وقادراً على ممارسة التصرفات القانونية بكلّ حكمةٍ بعد تعلّمه من تجاربه الواقعية؛ الأمر الذي سيؤدّي إلى تحمّله وحده -كشخصٍ الكترونيّ- المسؤولية عن تصرفاته.

وهذا يعني أنّ عدم التزام الروبوت بالتزاماته التعاقدية قد يؤدّي إلى الحجز على أملاكه وبيعها، أو حتى حبسه تهديدياً، تماماً مثلما يجري عليه الأمر مع الأشخاص الطبيعيين.

¹ ZENG, Yi, LU, Enmeng, HUANGFU, Cuning, op. cit., page 4.

ولكن هل ستنطبق أحكام مرحلة الشخصية الطبيعية من مراحل انعدام التمييز إلى التمييز ثم الرشد على الروبوت بعد تشغيله الأول؟

في هذه الحالة، سيكون "الواقع التقني" هو الفيصل، فإن كان الروبوت بمجرد تشغيله مُتمتعاً بإمكانيات ذهنية مُتطورة تجعل منه قادراً على إدارة أمواله والتعلم من تجاربه التجارية، فيمكن منحه شخصية التمييز فوراً.

وبالتالي فإن مرور الشخصية الافتراضية بمراحل الشخصية ليس كمثال مرور الشخصية البشرية الوجودي في مراحلها، وبالمقابل قد يتم إنتاج روبوتات يقف تطورها عند حدود التمييز البشري فلا يكون من الواجب وصولها إلى درجة الرشد.

وتقدير مثل هذه الأمور في غاية الحساسية على اقتصاد الدولة الرقمي؛ لأن منع استقلال الروبوتات في الأعمال التجارية أو إتاحتها سيلعب دوراً مفصلياً في تدفق رؤوس الأموال.

الأمر الذي يوجب مراعاة طبيعة الملكات الالكترونية ليس عبر مقارنتها دائماً بالبشرية؛ فالملكات الالكترونية قد تكون ذات طبيعة سريعة التعلم، أو تنشأ ومعها خبرات كبيرة بفعل تطور تكنولوجيا تعلم الآلة.

وهذا يعني أن الروبوت قد لا يحتاج إلى مُبرمج حتى يكتسب الخبرات التي تُخوله الوصول إلى مرحلة الرشد بل قد يقوم باستكشاف العالم وتكوين خبراته الاجتماعية الخاصة بسرعة فائقة، ما سينقله نحو مرحلة الرشد بسرعة هائلة؛ وهو الأمر الذي سيؤثر بكل تأكيد في منحه الشخصية الافتراضية¹.

إن مثل هذه التصورات المستقبلية للروبوت تجعلنا نرى عدم وجود أي شخص مسؤول عنه في تحمّل المسؤولية المدنية، بل ستكون ذمة الروبوت هي محل التنفيذ تبعاً لقيام مسؤولية الروبوت المدنية، أي أن النائب الإنساني سينتهي من ثقافة المجتمع حينئذٍ.

ولن يكون مالكة أو مُشغله مسؤولاً عن أفعال الروبوت الراشد إلا كما يُسأل إنسان راشد عن آخر راشد تأسيساً على علاقة النيابة أو التبعية لصاحب العمل، فيما سيُمكن الرجوع على مُصنّع الروبوت عن أخطائه في التصنيع والبرمجة.

وسيكون هذا الروبوت بشخصه مسؤولاً في حدود ملاءة ذمته المالية الافتراضية من جهة، وفي حدود قيمة هذا الروبوت من جهة أخرى، ذلك إن أجاز القانون في وقتها بيع الروبوت الراشد كما سنرى.

¹ "Identities in virtual worlds ... are created by a computer programme and seem to act like a legal person". VAN KOKSWIJK, Jacob, op. cit., page 6.

2- إمكانية بيع الروبوت "الراشد" بعد إقامة المسؤولية المدنية ضده

نتساءل هنا:

هل سيُمكن بيع الروبوت في حال امتنع أو كان معسراً بعد إثبات المسؤولية المدنية ضده؟

الحقيقة أنّ المجتمع البشري سيكون في وضعٍ حرجٍ إن تحققت مثل هذه الرؤية، لأنّ خضوع الروبوتات لسيطرة البشر سيكون محلّ جدلٍ، وليس فقط كيفية معاملتها من الناحية القانونية.

ولكنّ التأميل المنطقي لوضعية الروبوت كشخصٍ راشدٍ لا تعني مُطلقاً مساواته بالبشر؛ فالقانون يُجيزُ بيع الشركة التي تتمتع بشخصية اعتبارية عندما تفلس لأئها شخصية مملوكة، وهذا هو "وضعها ككيان قانوني" *"Legal Entity Status - Statut D'Entité Légale"*¹، وهي بالضبط الصورة الأكثر واقعية للشخص الالكتروني الراشد؛ ممّا سيُتيح بيع هذا الروبوت إن بقي خاضعاً من حيث الغاية من وجوده لخدمة البشر.

وهو أمرٌ ما يزال طوع بنان البشر إلى حدّ اليوم، حيث إنّ التسابق نحو تطوير أجيال الروبوت يجب أن يُحْدَهُ أخلاقياً وصولها إلى إمكاناتٍ فكريةٍ وعاطفيةٍ مُعينةٍ تؤدي بها إلى التفكير بالخروج عن السيطرة البشرية وتشكيل مجتمعاتٍ مُستقلةٍ عن خدمة البشر.

ولكن هذا الأمر يبدو متناقضاً؛ فالذكاء الاصطناعي قد تأسس على مبدأ محاكاة الذكاء البشري كما أكد الأستاذ BOURCIER من الفقه الفرنسي منذ عام 2001²، وهذه المحاكاة لا يمكن تصوُّرها إلاّ بأكملتها؛ أي بخيرها وشريها.

والدليل على ذلك أنّ جانب من الفقه الإسباني أشار إلى تطوير أنظمة الذكاء الاصطناعي حتى من الناحية العاطفية، حيث وجد الأستاذ ISA أنّ "العواطف التي يتمّ الإفصاح عنها للمأتمارس تأثيراً على حوسبة الذكاء

¹ GINDIS, David, Legal Personhood and the Firm: Avoiding Anthropomorphism and Equivocation, Journal of Institutional Economics, Vol. 12, No. 3, September 2016, page 2. See:

<https://doi.org/10.1017/S1744137415000235> (3-8-2019).

² "Un système expert est un système informatique qui a pour finalité de simuler l'activité d'un expert humain et de traiter de problèmes qui mettent en jeu une rationalité limitée". Voir: BOURCIER, Danièle, op. cit., page 853.

"تحاول هذه المنهجية توضيح ومحاكاة السلوك الذكي، بشكل مشابه للعمليات الاحتمالية، فهي تأخذ في الاعتبار مسألة أتمتة الذكاء". أنظر: موقع myreaders، ترجمة: فهد آل قاسم، الوثيقة: "الذكاء الاصطناعي"، الصفحة 8، أنظر الموقع:

http://computer-library.com/no_book=99 (1-8-2019).

الاصطناعي"¹، وهذا ما قد جعل الأستاذ SZOLLOSY من الفقه الإنكليزي يقول بأننا قريباً سنشهد: "الروبوت الواعي عاطفياً" "*Emotionally-Aware Robots - Robots Conscients des Émotions*"².

وفي مواجهة هذا الصخب الإلكتروني بغاية تطوير الذكاء الاصطناعي إلى أقصى مدى، يقفُ جانب من الفقهاء في مواجهة هذه الصورة، فنجد الأستاذ PAGALLO يؤكد على أنّ الترتيبات الخاصة بمنح الروبوت الشخصية الافتراضية من عدمه لا يجب أن تستند إلى حسابات المصالح والأرقام، بل إلى ترتيباتٍ أخرى تتعلق بالأخلاق والكرامة الإنسانية التي قد يُطالب بها الروبوت كونه من "قَرْناء البشر" - "*Human Fellows*" "*Boursiers Humains*"، وهذا ما يعني أنّ مجرد فكرة منح الشخصية القانونية للروبوت ستكون قاعدةً غير عقلانية³، فالروبوت كخادمٍ يمكن أن يتمرد عن السيطرة البشرية إن دانت له شخصية مستندة لإدراكٍ راشدٍ كما استشرف جانب من الفقه الفرنسي⁴.

وبالتالي، فإنّ الفلسفة التشريعية التي تواجه احتمالات الأعمال غير المشروعة للروبوت يجب أن تكون أكثر صرامة مع الفكر التقني، فتمنع عليه تطوير ما لا يمكن ضبطه من سلوكيات الذكاء الاصطناعي المحرك للروبوت؛ خوفاً من انقلاب الروبوت الراشد على السيادة البشرية.

ويجب على المشرع أن يكون في تصوّره دائماً "معايير الضرورة لمنح الشخصية الافتراضية" كما أكد الأستاذان Grigienè و Čerka وغيرهم من الفقه اللّيتواني⁵.

وكذلك أشار جانب من الفقه الفرنسي إلى أنّ النقاش الذي يحكم مسألة منح الروبوت الشخصية القانونية هو مدى وجود ضرورة⁶، وليس الترف الفكري أو الضغوط الصناعة والتجارة التكنولوجية.

وهذا ما يعني أنّ الروبوت يجب أن يبقى مملوكاً وقابلاً للتنفيذ عليه وبيعه حتى بعد أن يُصبح راشداً.

¹ "... emotion plays on discourse have transformed Artificial Intelligence computations". See: IZA, Mauricio, Computing emotions on discourse, "Society with AI", Proceedings of AISB Annual Convention 2017, Bath, UK, April 18-21, 2017, page 268.

² SZOLLOSY, Michael, Irrational Machines: Robots, humans and the monsters of reason, "Society with AI", Proceedings of AISB Annual Convention 2017, Bath, UK, April 18-21, 2017, page 277.

³ PAGALLO, Ugo, op. cit., page 10.

⁴ "Mais un esclave, surtout s'il est doté d'une personnalité, peut se rebeller". Voir: KYROU, Ariel, Les robots sont des personnes comme les autres Changer notre regard pour ne pas subir l'automatisation, Association Multitudes « Multitudes », 2015/1, n° 58, 2015, page 102.

⁵ Čerka, Paulius and Grigienè, Jurgita, et al., Is it possible to grant legal personality to artificial intelligence software systems?, Computer Law & Security Review, Vol. 33, Issue 5, October 2017, page 685.

⁶ LEFEUVRE-HALFTERMEYER, Anaïs and GOVAERE, Virginie, et al., Typologie des risques pour une analyse éthique de l'impact des technologies du TAL, 1re soumission à TAL 57-02, le 01/03/2016, page 13.

فهل الأمر سيكون بنفس الصورة المتناقضة والشائكة بصدد قيام المسؤولية المدنية لمصلحة الروبوت الراشد؟.

ثانياً: المسؤولية المدنية لمصلحة الروبوت "الراشد"

سنبحث في حق الروبوت "الراشد" في التقاضي أولاً، ثم في الشخصية القانونية بين الروبوت "الراشد" والشركات ثانياً، ثم في مشروعية حقوق الروبوت الراشد أخيراً.

1- حق الروبوت "الراشد" في التقاضي

عندما نتحدث عن الروبوت الراشد، فإن الصورة التقليدية للروبوتات التي في ذهننا تكون بعيدة كل البعد عن الصورة المقصودة؛ فالروبوت كامل الأهلية سيكون على صورة شبيهة جداً بالإنسان، ليس من حيث الشكل دائماً بل من حيث المنطق خصوصاً.

فالروبوت هو آلة ذكية قد تكون على شكل برنامج مؤتمت -أو "سوفتوير" "Software / Logiciel" -، فلا يكون له أي وجود فيزيائي إلا على شبكة الإنترنت، وقد يكون بالمقابل له صورة شبيهة جداً بالإنسان حتى يصعب التفريق بينهما.

وبغض النظر عن الشكل، فيجب أن يتمتع الروبوت بعد منحه صفة الرشد على أهلية التقاضي والخصومة دون الرجوع لأي شخص طبيعي؛ حتى يأخذ الشخص الافتراضي استقلاله التام، وهذا ما: "يسلّط الضوء على كيفية بناء الخيال القانوني"¹، ذلك الخيال القادر على مواجهة مثل هذه الافتراضات.

ونتيجة لذلك، سيخضع الروبوت بشكل مباشر لسلطة القانون دون وجود شخص مسؤول عنه من البشر، وهذا سيؤدي إلى إشكاليات أخلاقية وقانونية جذرية تبدو حلولها بعيدة المنال في الوقت الحالي، خاصة أن فكرة ملكية الإنسان لمكاسب الروبوت ستكون محل نقاش؛ أي أن الروبوت قد يتحوّل إلى كائن مستقل بذاته لا يُزاحمه في ماله أحد، وهذا ما سيوجب على القانون أن يفتح على مكونات الكترونية فاعلة جديدة في القضاء.²

فالمحاكمات القانونية يجب أن تعتمد على الوجود الافتراضي وليس على الموطن الفعلي، وستنشأ إشكالية المواطن والاختصاص المكاني بأعقد صورها، كما أن تنفيذ الأحكام سيعتريه الصعوبات بسبب تعقيد الدخول إلى الشبكات الالكترونية العالمية في ظلّ اخلاف السلطات التي تخضع لها.

وبمطلق الأحوال، فإنّ على الدولة أن تستعدّ لمثل هذا المصير عبر أتمتة عمل القضاء بصورته الجذرية وليس المستندية، فالיום نَشاهد العديد من الدوائر القضائية التي انتقلت إلى مرحلة تقديم المستندات وحفظها بشكل الكتروني، وإرسال التبليغات عبر وسائل التواصل الالكترونية.

¹ BOURCIER, Danièle, op. cit., page 864.

² TEUBNER, Gunther, op. cit., page 20.

إلا أن المطلوب من المؤسسة العدليّة في عصر الروبوت الراشد هو إخضاعها لنظام الشبكات حتى يتسنى للروبوت تقديم طلباته وتنفيذها، وهذا الأمر في منتهى الصعوبة من ناحية الثقافة المجتمعيّة قبل الإمكانيّات التقينيّة.

وبالتالي، نجد في هذه النقطة أن القضاء بحاجةٍ إلى توفير دعمٍ تقنيٍّ عالي المستوى، فتعتبر أتمّة القضاء مسألةً محسومةً في هذا الإطار، يجب أن يتمّ البناء عليها للوصول إلى مستوياتٍ أعلى من التمكين المعلوماتي. فيجب أن تصل الدوائر القضائيّة إلى مستوياتٍ من التقينيّة بحيث تستطيع تحديد هويّة الروبوت المتقاضي مع حماية بيانات المحكمة من الاختراق، وهي مهمّةٌ ستكون في غاية التعقيد والمرونة؛ فأنظمة حماية الشبكات قد يتمّ اختراقها بعد اكتشاف ثغراتها الأمنيّة مهما بلغت من الحرص. وبناءً عليه، يمكن للروبوت الراشد أن يُطالب بالتعويض المدني عن التعدي عليه أو على أعماله التجاريّة بكل سلاسةٍ.

2- بين شخصيّة الروبوت "الراشد" وشخصيّة الشركات

لقد أقرّت محكمة التمييز الكويتية بأنّ: "... الشركات تثبت لها الشخصيّة المعنويّة منذ تكوينها -مستقلّةً عن أشخاص الشركاء فيها-..."¹، فيما أشار القضاء الأمريكي بشكلٍ واضحٍ إلى: "الشخصيّة القانونيّة الحقيقيّة والمستقلّة"².

ولكن التساؤل هنا:

هل يصحُّ أن تكون المعاملة القانونيّة لروبوت الأعمال مماثلةً لمعاملة الشركة ذات الشخصيّة الاعتباريّة؟ وما هي الأسباب العميقة لنفي ذلك؟

تبدو الشركة المتمتّعة بالشخصيّة الاعتباريّة شبيهةً بالروبوت الراشد؛ فهي كيانٌ افتراضيٌّ لا وجوداً طبيعياً لها، وبالمقابل فهي تتمتع بكافة الحقوق التي سيتمتع بها الروبوت في مرحلة الأهليّة الكاملة.

وكما أنّ الشركات العملاقة تُدير الاقتصاديات الدوليّة، وتضخُّ سيولةً هائلةً في المجالات التجاريّة، وتمثّل عنصر الثقل الأساسي في اقتصاد الدول، فيمكن -تبعاً لذلك- أن تلعب الروبوتات التجاريّة مثل هذه الأدوار المفصليّة.

¹ محكمة التمييز الكويتيّة، الأحكام المدنيّة والتجاريّة، الطعن 219 لسنة 2000، قرار صادر بتاريخ 24-4-2004. أنظر:

<https://www.eastlaws.com/> (28-7-2019).

² "real and independent legal personality". See: *Skil Corp. v. Millers Falls Co.*, 541 F. 2d 554, United States Court of Appeals, Sixth Circuit, August 26, 1976.

إلا أنّ الفرق الجوهرى بين الشركات والروبوتات هو أنّ الأولى يُديرها في النهاية أشخاص طبيعيين يأمنُ المشرع لهم؛ ولهذا فقد منح الشركة الشخصية المعنوية، ولكن الروبوت الراشد سيُسيّرُ بمحاكاةٍ آليّةٍ بالمطلق؛ ممّا قد يجعله يعمل في غير مصلحة المجتمع البشرى من الأساس.

وبخصوص المقارنة مع شخصية الشركة، فإنّ الشركة تتمتع بشخصية افتراضية من الناحية القانونية لكنها تبقى تحت سيطرة الإدارة والملكيّة البشريّة؛ فلا يمكن مقارنة شخصيتها بشخصية الروبوت الراشد.

كما أنّ الشركة تخضع لـ "مبدأ التخصيص"؛ الذي يعني أنّ أهليتها مُقيّدةٌ بالغرض من إنشائها وهي ليست أهليّةً مطلقةً¹؛ كالتى يمكن أن ينالها الروبوت الراشد، إلا أنّ الشخصية المعنوية للكيانات هذه تحظى بالمقابل بالمرونة الكافية لبقائها حتى وإن تمّ تغيير الغرض القانوني للكيان المُتمتع بالشخصية المستقلة كما أكّدت محكمة النقض الفرنسيّة بقرارها لعام 2018².

فالشركة هي مركزٌ اقتصاديٌّ أكثر منه شخصية فعلية كما أكّد جانب من الفقه الفرنسي³، فيما شرحت الأستاذة GIRAUDET من الفقه الفرنسي أيضاً أنّ الشخصية القانونية تُعتبر إطاراً للعلاقات بين صاحب العمل وممثلي الموظفين⁴.

وهي في الحقيقة كلّها آراء مُحقّقة من الناحية العملية المهنيّة إن ابتعدنا قليلاً عن الخيال القانوني.

فالواقع العملي يقول أنّ الشركة هي كيانٌ ماليٌّ مستقلٌّ وليست شخصاً مُطلق الأهلية كما أكّدت محكمة التمييز الكويتية⁵.

فإن جاء الخطر على المجتمع من الشركات العملاقة؛ فذلك بسبب تكثُر رؤوس الأموال الهائلة بين مجموعة من المستثمرين الطبيعيين في النهاية، وبالتالي فإنّ الخطر يبقى هنا ضمن مستوى الخطر البشرى.

¹ سلامي، ساعد، الآثار المترتبة على الشخصية المعنوية للشركة التجارية، أطروحة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان، الجزائر، نوقشت عام 2012، الصفحة 9.

² Cour de cassation de France, Chambre sociale, arrêt n° 411, du 14 mars 2018. Voir: <https://www.courdecassation.fr/> (28-7-2019).

³ "La firme n'est qu'une « boîte noire », un centre technique combiné à un centre de décision économique, sans personnalité ni épaisseur dont les décisions se confondent". Voir: TCHOTOURIAN, Ivan et BERNIER, Jean-Christophe, et al., op. cit., page 9.

⁴ "... doté de la personnalité juridique, est le cadre de relations entre l'employeur et les représentants des salariés...". Voir: GIRAUDET, Carole, Nécrologie juridique du comité d'entreprise: transformation et succession d'une institution juridique, I.R.E.S. « La Revue de l'Ires », 2018/1, n° 94-95, 2018, page 32.

⁵ "... للشركة الطاعنة وهي شخصية اعتبارية مستقلة عن شخصية المستغل السابق، ولكنّ منهما كيانه القانوني المختلف عن الآخر...". راجع: محكمة التمييز الكويتية، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن 1250 لسنة 2006، قرار صادر بتاريخ 2008-3-27. أنظر: <https://www.eastlaws.com/> (28-7-2019).

ولهذا فلا يوجد أيُّ أساسٍ قانونيٍّ ولا حتى منطقيٍّ أو واقعيٍّ للمقارنة بين شخصيَّة الروبوت "الراشد" وبين الشخصيّة المعنويَّة للشركة حتى يتمَّ إسباغ المشروعيّة على حقوق الروبوت الراش

3- مشروعيّة حقوق الروبوت "الراشد"

إنَّ الواقع اليوم يُشير إلى سيطرة الشركات العابرة للقارَّات على اقتصاديَّات الدول، كما أنَّها تمارس ضغوطاً هائلةً على أصحاب القرار حتى تُمرَّر مشاريعها ذات الأرباح الخياليَّة وإن كانت غير نافعةٍ أو حتى ضارَّةٍ للمستهلكين، وهناك أمثلةٌ كثيرةٌ في قطاع الأدوية ومكافحة التدخين والزراعة لا مجال للخوض فيها في هذا البحث.

الإلَّا أنَّ سيناريو دخول تلك الشركات العملاقة إلى نشاط تصنيع وبرمجة وتسويق المنتجات الروبوتيَّة سينعكس بأثرٍ عميقٍ على البيئَة القانونيَّة، فقد تمارس هذه الشركات ضغطاً على الدول الفقيرة أو النامية حتى تستثمر فيها استناداً على قوانينٍ مرنةٍ تتجاوز المحاذير الأخلاقيَّة لتطوير الروبوتات.

مثل هذه المخاوف أشار إليها الأستاذ PETTIT من الفقه الفرنسي بكلِّ صراحةٍ إزاء الانتشار الكبير للمؤسَّساتيَّة، فقال: "الرعب الذي يجب أن نشعر به أمام سيناريو العالم المتحوِّل نحو المؤسَّساتيَّة بالكامل"

*"la consternation que nous devrions sentir devant le scénario d'un monde entièrement privatisé"*¹

فإن كان الخوف من المؤسَّساتية التي تُدار من الإنسان يبلغ هذا المبلغ، فكيف سيكون عليه الأمر من الروبوت الراشد؟

فمثلاً، إنَّ منح الحقوق الشخصيَّة للروبوتات الراشدة كالتّي يتمتَّع بها البشر مثل الزواج سيؤدي بالنتيجة إلى إمكانيَّة نشوء منازعاتٍ شخصيَّة مع الروبوتات، خاصةً أنَّ فكرة زواج الإنسان بالروبوت ليست ببعيدةٍ عن النقاش حتى في يومنا هذا، فقد أشار جانب من الفقه الفرنسي دون مواربةٍ إلى أنَّ الروبوتات سيكونون شركائنا الشخصيين القادمون.²

والأكثر تأثيراً على مجتمع الأعمال سيكون التساؤل التالي:

ألا تُعتبر الأخطاء البشريَّة هي السبب في حدوث العديد من حالات إفلاس الشركات، وانهيارات أسواق المال، ونشوب الأزمات الماليَّة العالميَّة؟

¹ PETTIT, Philip, op. cit., page 23.

² MACKENZIE, Robin, op. cit, page 192.

ألن يُشكّل الأداء المثالي غير المنقطع لروبوت إدارة الأعمال عاملاً مُغرياً لأصحاب الشركات بتسليم إدارتها وحوكمتها إلى مثل هذه الروبوتات "الراشدة"؟

الإجابة ستكون بالإيجاب في معظم الأحوال؛ أي أنّ معظم مفاصل قطاع الأعمال في الشركات العابرة للقطاعات سيكون روبوتياً في المستقبل، وهذا ما سيُضعف من احتمال اكتساب هذه الروبوتات للخبرة ثم افتتاح شركات خاصّة بها.

وتبدو إمكانية ضبط مجتمع الأعمال الروبوتي في مثل هذه الصورة صعباً؛ ففي مقارنة البطء والأخطاء البشرية والمحدودية في الذاكرة والاختصاصات والأداء، ستكون الروبوتات أسرع بشكلٍ هائلٍ على التعلّم والعمل والإتقان، الأمر الذي سيؤدّي في النهاية إلى استحالة فرض القانون البشري، ذلك الواقع سيُشكّل تهديداً فائقاً للسيطرة البشرية وجدوى القانون في المستقبل كما أشار جانب من الفقه العربي¹.

مثل هذه السيناريوهات المرفوضة أخلاقياً تُوجب على المشرع الكويتي إيجاد بيئة تشريعية تجمع بين المرونة في استقبال مُنتجات الذكاء الاصطناعي من جهة، ومنع المدّ العالميّ نحو تمكين الروبوتات إلى حدود خواص البشر الشخصية من جهة أخرى.

وهذا يتطلّب الحذر في التعامل مع شركات تصنيع وبرمجة الروبوتات، فلا يتمّ الترخيص لها حتى يتمّ التأكّد من أن عملها في تطوير الذكاء الاصطناعي سيصبّ في المصلحة الضرورية الملحة للمجتمع الكويتي، وليس لمجرد إطلاق العنان للروبوت الراشد في المستقبل.

ويبدو لنا في النهاية صواب الرؤية القانونية للأستاذ PAGALLO من الفقه الإيطالي الذي قال: "أية نظرية تمنح روبوتات الذكاء الاصطناعي الشخصية القانونية الكاملة يجب أن تُستبعد في المستقبل المنظور"

*"Any hypothesis of granting AI robots full legal personhood has to be discarded in the foreseeable future"*².

وعدم صواب رؤية الأستاذ KYROU من الفقه الفرنسي من أنّ: "الروبوتات هم أشخاص مثل الآخرين"

.3 "Les robots sont des personnes comme les autres"

¹ القوصي، همام، مرجع سابق، الصفحة 103.

² PAGALLO, Ugo, op. cit., page 1.

³ KYROU, Ariel, op. cit., page 94.

وكل هذه المعطيات تدفعنا للتأكيد على ضرورة عدم وصول الروبوت إلى مستوى الذكاء البشري الساعي نحو الاستقلال والانفلات عن السيطرة من جهة، وعدم الاعتراف بمشروعية الشخصية الافتراضية الراشدة كونها تمثل المساواة بين الإنسان والآلة من جهة أخرى¹.

الخاتمة

يظهرُ بوضوح من معالجة الوقائع الالكترونية المستقبلية للذكاء الاصطناعي أنّ المشرع الكويتي أمام مهمةٍ تغييرٍ جذريّةٍ في الفكر التشريعي وليس مُجرّد واجبٍ إضافة تعديلات في القواعد العامّة؛ فالمطلوب لمواجهة طوفان التكنولوجيا أن يتمّ اتّخاذ القرار التشريعي فيما إذا كانت الكويت "ستقبّل" فكرة وجود الروبوتات بغاية استغلالها، أم "ستقبّل" بوجودها كشخصٍ الكترونيٍّ يتمتّع بالحقوق ويثقل بالالتزامات.

وهذا الاحترام سيعني -بلا أدنى شكٍ- منح الروبوت الشخصية القانونية حتى يُصبح شخصاً افتراضياً الكترونياً معترفاً به بنظر القانون. إلا أنّ الآلية القانونية القادرة على إنقاذ التناقض بين المبادئ الأخلاقية التي تحميها السيطرة البشرية ومخاطر انفلات الروبوت تكمن في تحديد مراحل الشخصية الافتراضية وفق إمكانيات الروبوت، وبما يحدّ من إمكانية الوصول للمكانة البشرية من جهة أخرى.

وبناءً عليه، فإنّ نظرية الشخصية الافتراضية هي الآلية القانونية فائقة المرونة من حيث مراحلها، وفائقة الخطورة من حيث حساسيتها على مصير القانون والبشر؛ وهذا ما يعني وجوب التعامل مع الاعتراف بالروبوت كشخصٍ قانونيٍّ بالطريقة التي تُحقّق غايات "تسخير" الروبوت وليس "احترامه".

النتائج

1. الارتقاء بكيان الروبوت لن يكون حلاً لإشكالية عدم عدالة قواعد المسؤولية المدنية بقدر ما سيكون مشكلةً أخلاقيةً كبيرةً إن لم يتمّ تقييد تطوير تكنولوجيا الذكاء الاصطناعي في حدود تسخير الروبوت لخدمة الإنسان.
2. سيلعب الواقع التشريعي أكثر من التقني دور البطولة في تحديد تطوّر الشخصية الافتراضية؛ لأنّ الروبوت بحاجة إلى إقناع المشرع بملكاته الذهنية وليس إلى تطويرها فقط.

¹ وهذا ما يتطلّب رفع الوعي بين مهندسي الروبوتات والباحثين القانونيين في هذه المرحلة التكنولوجية الانتقالية. أنظر لدى:

RAULT, Raphaël and TRENTESAUX, Damien, Artificial Intelligence, Autonomous Systems and Robotics: Legal Innovations, Part of the Studies in Computational Intelligence (SCI, volume 762), 2018.

3. الوصول للروبوت الراشد سيؤدّي إلى نشوء خطر انفلاته وبدء النقاش حول انتقاله من: الاستخدام، إلى المشاركة، إلى السيادة.

التوصيات

1. عدم الاعتراف بشخصيّة الروبوت الافتراضية إذا لم يواكب ذلك قيود تشريعية وطنية ودولية تحظر تطوير هندسة الروبوتات إلى مستوى يرتقي عن مستوى الإنسان غير المميّز، عندها فقط يمكن منح الروبوت الشخصية الافتراضية غير المميّزة.
2. عدم اعتماد نظرية النائب الالكتروني عن المُشغّل في التعاقد حتى يتمّ الاعتراف بالشخصية الافتراضية للروبوت.
3. اعتماد قواعد النائب الإنساني للروبوت فيما يتعلّق بالمسؤولية المدنية ضدّ أفعال الروبوت غير المشروعة.
4. منح المالك المُشغّل للروبوت أو مُشغّله المستأجر الحق في تحصيل مكاسب الروبوت من إقامة المسؤولية ضدّ الغير لمصلحة الروبوت عن أفعال الغير غير المشروعة.
5. لدى منح الشخصية الافتراضية غير المميّزة للروبوت حتى يكون شخصاً قانونياً مع ذمّة مائية مستقلة، فيجب عدم تحديد مسؤولية النائب الإنساني عن أفعال الروبوت غير المشروعة في إطار هذه الذمّة، بل يجب أن تمتدّ المسؤولية المدنية إلى ذمّة الإنسان، ولكن يُمكن فرض ترتيب الرجوع على ذمّة الروبوت أولاً.
6. يجب على القضاء أن يراعي بين درجة خطأ النائب الإنساني في حدوث فعل الروبوت "الشخص" وبين ملاءة الذمّة المالية للروبوت، ففي حال كان خطأ النائب بسيطاً وغير مقصود وكان الروبوت مليئاً فتكون ذمّة الروبوت هي المحل الجائز الوحيد للرجوع بالتعويض.
7. اعتماد مقياس تطوّر الوعي والإدراك في تقدير إمكانيّات الروبوت قبل صياغة أي نص قانوني بخصوص المسؤولية عن تشغيله أو المسؤولية عن التعديّ عليه.
8. اعتماد مقياس درجة استقلال الروبوت عن المُشغّل في أداء العمل بغاية تحديد مستوى ملكاته والمستوى القانوني المطلوب من الحقوق والالتزامات في شخصيته.
9. فرض رقابة القضاء على إدارة المالك لذمّة الروبوت المائية المستقلة؛ حرصاً على التوازن المالي، والأشخاص المتعاقبين في ملكية الروبوت، والأشخاص حسني النية.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: باللغة العربية

1- المؤلفات العامة

- السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، عام 1968.

2- الأبحاث العلمية المحكمة

- القوصي، همام، إشكالية الشخص المسؤول عن تشغيل الروبوت (تأثير نظرية النائب الإنساني على جدوى القانون في المستقبل) - دراسة تحليلية استشرافية في قواعد القانون المدني الأوروبي الخاص بالروبوتات، مجلة جيل الأبحاث القانونية العميقة، مركز جيل البحث العلمي، طرابلس، لبنان، العدد 25، مايو 2018.

2- الرسائل العلمية

- سلامي، ساعد، الآثار المترتبة على الشخصية المعنوية للشركة التجارية، أطروحة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان، الجزائر، نوقشت عام 2012.

3- الوثائق العلمية

- الوثيقة: "الذكاء الاصطناعي"، موقع myreaders، ترجمة: فهد آل قاسم، أنظر:

(1-8-2019). http://computer-library.com/no_book=99

ثانياً: باللغة الإنجليزية

A. Papers

- AL-MAJID, Waleed, Electronic Agents and Legal Personality: Time to Treat Them as Human Beings, Proceeding of BILETA, Annual Conference, Hertfordshire 16-17 April, 2007.

- ANDRADE, Francisco and NOVAIS, Paulo, et al.:

- Contracting Agents: Legal Personality and Representation, Artif Intell Law 15 (2007).
- ANDRADE, Francisco and NOVAIS, Paulo et al., Issues on Intelligent Electronic Agents and Legal Relations, 2004. See:

<https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/3169/1/Lea2004.pdf> (25-7-2019).

- **BROLMANN**, C. and **NIJMAN**, J., Legal Personality as a Fundamental Concept of International Law, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper; No. 2016-43, **2016**.
- **Čerka**, Paulius and **Grigienė**, Jurgita, et al., Is it possible to grant legal personality to artificial intelligence software systems?, Computer Law & Security Review, Vol. 33, Issue 5, October **2017**.
- **IZA**, Mauricio, Computing emotions on discourse, "Society with AI", Proceedings of AISB Annual Convention 2017, Bath, UK, April 18-21, **2017**.
- **GALLO**, Giusy and **STANCATI**, Claudia, Persons, robots and responsibility. How an electronic personality matters, "Society with AI", Proceedings of AISB Annual Convention 2017, Bath, UK, April 18-21, **2017**.
- **GINDIS**, David, Legal Personhood and the Firm: Avoiding Anthropomorphism and Equivocation, Journal of Institutional Economics, Vol. 12, No. 3, September **2016**. See: <https://doi.org/10.1017/S1744137415000235> (3-8-2019).
- **KARANASIOU**, Argyro and **PINOTSIS**, Dimitris, Towards a Legal Definition of Machine Intelligence: The Argument for Artificial Personhood in the Age of Deep Learning, ICAIL '17, London, United Kingdom, June **2017**.
- **KAWAMURA**, Kazuhiko, Cognitive approach to a human adaptive robot development, International Workshop on Robot and Human Interactive Communication, Proceedings of the Institute of Electrical and Electronics Engineers (IEEE), the U.S., **2005**.
- **PAGALLO**, Ugo, Vital, Sophia, and Co.—The Quest for the Legal Personhood of Robots, Information Journal, Vol. 9, No. 230, **2018**.
- **RAULT**, Raphaël and **TRENTESAUX**, Damien, Artificial Intelligence, Autonomous Systems and Robotics: Legal Innovations, Part of the Studies in Computational Intelligence (SCI, volume 762), **2018**.
- **ROBINETT**, Warren, Electronic Expansion of Human Perception, Whole Earth Review Magazine, fall **1991**.
- **RUMBOLD**, John and **PIERSCIONEK**, Barbara, does your electronic butler owe you a duty of confidentiality?, International Computer Law Review, Issue 2, 15 April **2017**.

- **SARIPAN**, Hartini, Are Robots Human? A Review of the Legal Personality Model, World Applied Sciences Journal 34 (6), **2016**.
- **SARTOR**, Giovanni, Cognitive automata and the law, European University Institute, Department of Law, working papers, No. 2006/35, **2006**.
- **SOLAIMAN**, S. M., Legal personality of robots, corporations, idols and chimpanzees: a quest for legitimacy, Artificial Intelligence and Law, Vol. 25, No. 2., **2017**. See:
<http://ro.uow.edu.au/lhapapers/3076> (3-8-2019).
- **SZOLLOSY**, Michael, Irrational Machines: Robots, humans and the monsters of reason, "Society with AI", Proceedings of AISB Annual Convention 2017, Bath, UK, April 18-21, **2017**.
- **TEUBNER**, Gunther, Rights of Non-Humans?, Max Weber Lecture Series 4/2007, January 17th, **2007**.
- **VAN KOKSWIJK**, Jacob, Granting Personality to a Virtual Identity, International Journal of Humanities and Social Sciences 3, no. 8, **2008**. See:
http://www.academia.edu/download/32075296/Granting_Personality_to_a_Virtual_Identity_KOKSWIJK.pdf (26-7-2019)
- **WEITZENBOECK**, Emily M., Electronic Agents and the Formation of Contracts, International Journal of Law and Information Technology, Vol. 9 No. 3, **2001**.
- **WETTING**, Steffen and **ZEHENDNER**, Eberhard, The Electronic Agent: A Legal Personality under German Law?, Proceedings of the Law and Electronic Agents workshop (LEA'03), **2003**.
- **WINFIELD**, Alan F. T., **JIROTKA**, Marina, Ethical governance is essential to building trust in robotics and artificial intelligence systems, Philosophical Transaction A, 376: 20180085, 21 August **2018**.
- **WU**, Stephan S., Summary of Selected Robotics Liability Cases, Cooke Kobrick & Wu LLP, July 12, **2010**. See: http://ftp.documation.com/references/ABA10a/PDFs/2_5.pdf (31-7-2019).

- **YASTREBOV, Oleg A.**, The Legal Capacity of Electronic Parsons: Theatrical and Methodological Approaches, Proceeding of the Institute of State and Law of the RAS, Volume 13. No. 2, Moscow, **2018**.
- **ZENG, Yi, LU, Enmeng, HUANGFU, Cunqing**, Linking Artificial Intelligence Principles, Proceedings of the AAAI Workshop on Artificial Intelligence Safety, Honolulu, Hawaii, Jan 27, **2019**.

B. Agenda

- **Kuwait Voluntary National Review**, the 2030 Agenda to the UN High-Level Political Forum on Sustainable Development, **2019**.

ثالثاً: باللغة الفرنسيّة

- **BOURCIER, Danièle**, De l'intelligence artificielle à la personne virtuelle: émergence d'une entité juridique ?, Editions juridiques associées « Droit et société », 2001/3, n°49, **2001**.
- **CORNU, Marie** Les Enjeux Juridiques de L'Accès Aux Données de L'Inventaire, Observatoire des politiques culturelles « L'Observatoire », 2014/2, N° 45, **2014**.
- **GESTIN-VILION, Claudia**, La protection par le droit d'auteur des créations générées par intelligence artificielle, **2017**. Voir le line:
<https://corpus.ulaval.ca/jspui/handle/20.500.11794/28192> (12-7-2019).
- **GIRAUDET, Carole**, Nécrologie juridique du comité d'entreprise: transformation et succession d'une institution juridique, I.R.E.S. « La Revue de l'Ires », 2018/1, n° 94-95, **2018**.
- **GRANDJEAN, Antoine**, Personnalité morale et rationalité selon Kant, Archives de Philosophie, 2016/2 Tome 79, **2016**.
- **KYROU, Ariel**, Les robots sont des personnes comme les autres Changer notre regard pour ne pas subir l'automatisation, Association Multitudes « Multitudes », 2015/1, n° 58, **2015**.
- **LEFEUVRE-HALFTERMEYER, Anaïs** and **GOVAERE, Virginie**, et al., Typologie des risques pour une analyse éthique de l'impact des technologies du TAL, 1re soumission à TAL 57-02, le 01/03/2016.

- MACKENZIE, Robin, Sexbots: nos prochains partenaires, Association Multitudes « Multitudes », 2015/1, n° 58, 2015.
- PETTIT, Philip, Deux sophisms à propos des personnes morales, Presses de Sciences Po « Raisons politiques », 2014/4 N° 56, 2014.
- TCHOTOURIAN, Ivan et BERNIER, Jean-Christophe, et al., Les cinq mythes de la gouvernance d'entreprise, De Boeck Supérieur « Revue internationale de droit économique », 2017/2 t. XXXI, 2017.

رابعاً: السوابق القضائية

1- الأحكام الكويتية

محكمة التمييز الكويتية، الأحكام المدنية والتجارية [:https://www.eastlaws.com](https://www.eastlaws.com)

- الطعن 21 لسنة 1998، قرار صادر بتاريخ 6-3-2000.
- الطعن 219 لسنة 2000، قرار صادر بتاريخ 24-4-2004.
- الطعن 1127 لسنة 2004، قرار صادر بتاريخ 28-9-2005.
- الطعن 1250 لسنة 2006، قرار صادر بتاريخ 27-3-2008.
- الطعن 268 لسنة 2009، قرار صادر بتاريخ 19-5-2010.

2- الأحكام الأجنبية

A. France

- Cour de cassation de France:
 - Chambre sociale, arrêt n° 411, du **14 mars 2018**. <https://www.courdecassation.fr/>
 - Cour de cassation de France, Chambre sociale, 16-27866, **12 avril 2018**. <https://juricaf.org/>.
- Cour administrative d'appel de Paris, 7ème chambre, 17PA0043718, **18 mai 2018**. <https://juricaf.org/>.

B. The U.S.:

- Skil Corp. v. Millers Falls Co., 541 F. 2d 554, United States Court of Appeals, Sixth Circuit, **August 26, 1976.**
- Traynum v. Scavens, 786 SE 2d 115, Supreme Court of South Carolina, **June 17, 2016.**
- Schwalm v. TCF NAT. BANK, 226 F. Supp. 3d 937, United States District Court, D. South Dakota, Southern Division, **December 28, 2016.**
- Underwood v. BANK OF AMERICA CORPORATION, United States District Court, D. Colorado, **December 19, 2018.**
- Newsom v. BRANCH BANKING AND TRUST COMPANY, United States District Court, E.D. North Carolina, Eastern Division, **January 9, 2019.**

التراضي بالكتابة الإلكترونية في عقد الزواج

Consent by electronic writing in the marriage contract

د. بلعباس أمال، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، الجزائر
عضوة بالمخبر المتوسطي للدراسات القانونية بجامعة تلمسان

Dr. BELABBAS Amel, University of Tlemcen

ملخص:

من أبرز النوازل المستحدثة بتأثير ثورة المعلومات على المجتمع، إبرام عقد الزواج بالوسائل الإلكترونية، وسوف نخصص هذه الدراسة لمشروعية الزواج الذي ينشأ بتراضي طرفيه بالوسائل الإلكترونية المكتوبة. ولأنه عقد بين غائبين، فإن مجلس عقده يتراخى إلى حين وصول الإيجاب المكتوب إلكترونياً إلى من وجه إليه، وهو ما يثير العديد من الإشكالات، التي تترصد لحل قانوني من المشرع الأسري. كلمات مفتاحية: تراضي، عقد زواج، كتابة إلكترونية، إيجاب، قبول، إثبات.

Abstract:

Among the novelties created by the influence of the revolution information on Society, the conclusion of marriage through electronic means, we will devote this study to the legitimacy of marriage generated with the consent of its parties by written electronic means. In the case of an act concluded between two parties absent, its conclusion board is weakened until the receipt of the written acceptance electronically to the receiving party, which raises several issues to be resolved legally by the family legislator.

Key words: Consent, marriage certificate, electronic writing, admission, acceptance, proves.

مقدمة

إن بلوغ الغاية السامية من الزواج، وإقامة مجتمع سليم، يتوقف على العديد من الاعتبارات الدينية والأخلاقية، ويتوقف كذلك على الطريقة التي ينشأ بها عقد الزواج. وعلى الرغم من خصوصية هذا العقد ومنزلته الراقية التي أحاطت بها الشريعة الإسلامية، إلا أنه لم يبق في منأى عن التطورات التقنية الحديثة، وهو الأمر الذي تولدت عنه العديد من النوازل التي لا زالت بحاجة إلى اجتهاد فقهي جماعي، وتوجه قانوني صريح.

وكان قانون الأسرة في آخر تعديل له بالأمر 02-05⁽¹⁾ نص على ركن وحيد للزواج، وهو ركن الرضا (المادة 09 منه) بدل الأركان التي كان ينص عليها قبل التعديل⁽²⁾، وجعل الزواج باطلا في حالة تخلف ركن الرضا (المادة 1/33). وأكد أيضا على رضائية الزواج في نص المادة 4 بقوله: "الزواج عقد رضائي...".

وكما هو معلوم، أن الأصل، هو اجتماع المتعاقدان في مكان واحد، ليتم تبادل صيغة الإيجاب والقبول في مجلس واحد. ولكن، بتطور وسائل الاتصال، أصبح بإمكان الأفراد أن يعبروا عن إرادتهم في العقود إلكترونيا، ودون حضور مادي لأطراف العقد. ومع عدم النص على هذا النوع من العقود في قوانين الأحوال الشخصية العربية، يمكن القول، أنها لاقت إقبالا كبيرا من طرف مرتادوا مواقع التواصل الاجتماعي، ليتحول التعارف إلى خطبة، ومن ثم، إلى زواج إلكتروني.

وتتنوع صور التراضي في الزواج الإلكتروني بحسب الوسيلة المستخدمة في التعبير عن الإرادة. لذلك، سوف تنحصر هذه الدراسة في التراضي بالكتابة الإلكترونية دون غيرها.

فالرضا هو أساس قيام الزواج، لأنه جسر لدوام واستقرار الزواج متى كان صحيحا، وخاليا من العيوب. ويمكن لنا تعريف التراضي، بأنه تطابق الإيجاب مع القبول، في حين يُعرّف الزواج بأنه هو عقد شرعي بين رجل وامرأة. وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري، نجد المادة 10 تنص على أنه: "ينعقد الزواج بتبادل الإيجاب والقبول...".

(1) الأمر 02-05 مؤرخ في 27/02/2005، المعدل والمتمم للقانون رقم (84 - 11) المؤرخ في 09/06/1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري. الجريدة الرسمية لسنة 2005، عدد 15، ص.18.

(2) نص قانون الأسرة الصادر بالقانون 11-84 على أركان الزواج، وفي تعديله بالأمر 02-05 اختصرها في ركن وحيد وهو الرضا، وجعل الولاية والصداق والشهادة شروط صحة بنص المادة 09 مكرر.

والكتابة لغة هي الخط، ويقال كاتَبَ صديقه بمعنى راسله⁽¹⁾. أما اصطلاحاً فتعرف بأنها توثيق الحقوق بالخط، بهدف الحفاظ عليها من الجحود والنسيان⁽²⁾.

والكتابة المعنية بدراستنا هذه، هي الكتابة الإلكترونية، التي تتم على دعائم إلكترونية توفرها وسائل الاتصال الحديثة. وقد اعترف بها المشرع الجزائري إلى جانب الكتابة التقليدية في نص المادة 323 مكرر المستحدثة بتعديل القانون المدني بالقانون 10-05⁽³⁾.

وبعد مدة طويلة من هذا الاعتراف، وتأخر في مسaire قوانين العالم، استحدث المشرع الجزائري شهادة التصديق الإلكتروني بالقانون 04-15⁽⁴⁾، التي يمكن أن نقول عنها بأنها الدليل الوحيد للتأكد من صحة الوثيقة الإلكترونية، ونسبها إلى أصحابها في عالم التقنية الذي تسوده الأقنعة والتزوير والتدخلات غير المشروعة وصعوبة الإثبات، ما ينتج عنه إفلات من إلزام القانون.

ويكتسي هذا الموضوع أهمية كبيرة، ترتبط بتطور الإلكترونيات، واكتساحها البيوت، وسهولة الولوج إليها، والتلاعب الذي طرأ على عقد الزواج هذا من جهة، ومن جهة أخرى، الحاجة الملحة للأشخاص المقيمين في أماكن بعيدة وتحول بينهم وبين حضور مجلس عقد زواجهم ظروف قاهرة تمنعهم من الحضور المادي. ويبرز هذا الإشكال مع إلغاء الوكالة⁽⁵⁾ في الزواج، حيث ترك المشرع فراغاً كبيراً ولم يضع حلاً بديلاً، كل هذه المشاكل كانت دافعا لخوض غمار هذا البحث.

وبالنظر إلى التنوع في طرق التعبير عن الإرادة في القانون، ومرونة أحكام الشريعة الإسلامية، فهل يجوز التعبير عن الإرادة في إبرام عقد الزواج بالكتابة الإلكترونية ومن ثم إثباته بها؟

في الحقيقة، أن الإجابة على هذه الإشكالية تستدعي بداية البحث عن مدى صحة التعبير عن الإرادة بالكتابة الإلكترونية في عقد الزواج (المبحث الأول) ثم إمكانية إثبات الزواج بالوثيقة الإلكترونية (المبحث الثاني).

(1) أنظر، مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مادة كَتَبَ، طبعة 4، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، 2004، ص.774.

(2) أنظر، عبد العزيز بن سعد الدغيثر، أثر الكتابة في اثبات الحقوق، مجلة العدل، وزارة العدل، المملكة العربية السعودية، 1430هـ، عدد46، ص.249.

(3) الأمر رقم 58-75، المؤرخ في 1975/09/226 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-05، المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426 الموافق 20 يونيو سنة 2005، الجريدة الرسمية لسنة 2005، ع44، ص.21.

(4) قانون رقم 04-15 مؤرخ في 2015/02/01، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتصديق والتوقيع الإلكترونيين، الجريدة الرسمية لصادرة بتاريخ 2015/02/10، عدد06، ص.06.

(5) تم إلغاء المادة 20 من قانون الأسرة بالأمر 02-05، وهو توجه للمشرع إلى جوب الحضور الشخصي للزوج والزوجة أثناء إبرام الزواج، وصدور الإيجاب والقبول منهما شخصياً. وما يؤكد ذلك، هو التعديل الذي طرأ أيضاً على الولاية فبعد أن كانت ركناً، أصبحت شرط صحة، ومن اختيار المرأة الراشدة في المادة 1/11 من قانون الأسرة، مع ملاحظة أن هذا لم يقل به أي مذهب من المذاهب الفقهية.

المبحث الأول

مدى صحة التعبير عن الإرادة بالكتابة الإلكترونية في عقد الزواج

الأصل، في صيغة عقد الزواج أن تتم لفظاً، وبحضور مادي لأطراف عقد الزواج في مجلس العقد المتكون من الولي، والشاهدان مع تسمية الصداق. غير أن تطبيق هذه الشروط ليس بالأمر السهل في مجلس العقد الإلكتروني. لذلك، نجده لزاماً علينا أن نبحث في مشروعية التعبير عن الإرادة في الزواج بالكتابة عند فقهاء الشريعة الإسلامية (المطلب الأول) ثم مجلس عقد الزواج بالكتابة الإلكترونية وموقف المشرع الجزائري منها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مشروعية التعبير عن الإرادة كتابة في عقد الزواج عند فقهاء الشريعة الإسلامية

إن الميزة الأساسية للتعاقد بين غائبين، أن صدور القبول يتم في غياب الموجب، وصورته في الزواج، أن يكتب رجل إلى امرأة رسالة يعبر فيها عن إرادته في الزواج منها، فإذا وصلت الرسالة قرأتها على مسمع الشهود وأعلنت لفظاً قبولها هذا الزواج. ولكن، لم يتفق الفقهاء على صحة هذا العقد فكان اختلافهم على النحو الآتي: يرى اتجاه أول بعدم جواز التعبير عن الإرادة في عقد الزواج كتابة هذا الاتجاه بأن الزواج لا ينعقد بالكتابة بين عاقلين غائبين عن مجلس العقد، وهذا موقف جمهور الفقهاء من المالكية⁽¹⁾، والشافعية⁽²⁾، والحنابلة⁽³⁾، وأقوال قليلة عندهم تجيز النكاح كتابة في حالة الضرورة، وقصروا الضرورة على الأخرس⁽⁴⁾. واستدل جمهور الفقهاء على عدم جواز عقد الزواج كتابة، بوجود حضور الشاهدان وسماعهما الإيجاب والقبول حتى يصح الزواج، فإذا لم يسمع كلام العاقدان، فلا معنى لحضورهما مجلس العقد⁽⁵⁾، والشهود تشهد على الألفاظ لا على الكتابة⁽⁶⁾.

(1) أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، حققه مصطفى كمال وصفي، جزء 2، باب النكاح، دار المعارف، القاهرة، دون سنة نشر، ص.350.

(2) النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، حققه زهير الشاوش، كتاب النكاح، طبعة 3، المكتب الإسلامي، بيروت، 1991، ص.37.

(3) علي بن سليمان المرادوي علاء الدين أبو الحسن، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، حققه محمد حامد الفقي، طبعة 1، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، 1956، ص.50.

(4) أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، المرجع السابق، جزء 2، باب النكاح، ص.350.

(5) مازن مصباح صباح، أحكام الشهادة على عقد الزواج في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة الأزهر، سلسلة العلوم الإنسانية جامعة الأزهر، غزة، 2009، مجلد 11، عدد 1-A، ص.150.

(6) محمد خلف محمد بني سلامة، مشروعية عقود الزواج بالكتابة عبر الانترنت، دراسة فقهية مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية الأردني، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، 2014، مجلد 22، عدد 2، ص.517.

زيادة على ذلك، يشترط اجتماع إرادة العاقدین على إجراء العقد في وقت واحد، وهو ما يعبر عنه بالموالاة في الإيجاب والقبول⁽¹⁾، والرسالة لا تحقق الموالاة بين الإيجاب والقبول.

هذا، وأن إمكانية التزوير في الرسالة، والخداع، وفساد الذمم والأخلاق وارد لا محالة، فالاحتياط واجب في تنظيم هذا النوع من العقود، لأن القاعد الفقهية تقول بأن: "الأصل في الأموال الإباحة وفي الألبضاع التحريم"⁽²⁾.

وعلى نقيض رأي الجمهور، قال رأي ثان بصحة زواج الغائب بالكتابة، وكان هذا الرأي للحنفية، واشترطوا لصحة هذا الزواج، أن يكون القبول لفظاً بعد قراءة رسالة الموجب في حضور شاهدين، كأن يكتب في الكتاب تزوجتك، وتقول لفظاً بعد تلاوة الكتاب اشهدوا أنني زوجت نفسي من فلان⁽³⁾، ثم قالت زوجت نفسي منه أو أمرت غيرها بقراءته، وبعدها قالت زوجت نفسي منه بحضور الشهود⁽⁴⁾.

ويشترط في الكتابة أن تكون مُستبينة ومرسومة، ومعنى مُستبينة؛ أن تكون مكتوبة على شيء تظهر وتثبت عليه⁽⁵⁾. أما مرسومة فيقصد بها أن تكون مكتوبة بالطريقة المعتادة بين الناس، وذلك بأن تكون مصدرة باسم المرسل والمرسل إليه وموقعة من المرسل⁽⁶⁾.

ويبدأ حكم الكتابة لحظة وصول الرسالة وقراءتها، لأن القبول مقيد بمجلس تبليغ الرسالة، أو وصول الكتاب إذا كان الشهود حاضرين وقت وصول الرسالة، فإذا انفصل عن المجلس من غير قبول، فلا يعتبر قبوله بعد ذلك⁽⁷⁾.

واستدل هذا الرأي، بأن النكاح ينعقد بالعبارة وبالإشارة من الأخرس إذا كانت إشارته معلومة، وينعقد بالكتابة لأن الكتاب من الغائب خطابه⁽⁸⁾.

كما أن الحنفية لم يخالفوا المذاهب الأخرى في اعتبار الإشهاد على الزواج، إلا أنهم جعلوا مجلس العقد هو ساعة وصول الخطاب الذي يحمل الإيجاب إلى الطرف الآخر، فإذا وصله ودعا الشهود وأطلعهم على

(1) عبد الرحمن بن عبد الله السند، الأحكام الفقهية للتعاملات الإلكترونية، طبعة 1، دار الوراق، بيروت، 2004، ص.223.

(2) محمد خلف محمد بني سلامة، المرجع السابق، ص.522.

(3) محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تم تحقيقه من قبل عادل احمد عبد الوجود وعلي محمد معوض، جزء 4، كتاب النكاح، دار عالم للكتب، الرياض، 2003، ص.73.

(4) محمد زيد الأبياني، شرح الاحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، تحقيق محمد خالد جمال رستم، جزء 1، طبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص.47.

(5) مصطفى الزرقا أحمد، المدخل الفقهي العام، طبعة 2، دار القلم، دمشق، 2004، ص.411.

(6) مصطفى الزرقا، المرجع نفسه، ص.411.

(7) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، دون سنة نشر، ص.41.

(8) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، حققه الشيخ علي محمد عوض وعادل احمد عبد الوجود، كتاب النكاح، جزء 3، طبعة 2، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص.322.

الكتاب أو أخبرهم بمضمونه وأشدهم على قبول النكاح، فقد جعلوا مجلس العقد الذي يصل فيه الخطاب حكماً، وعليه تتم الموالاة بين تلاوة الإيجاب والقبول عندهم ويتم الإشهاد⁽¹⁾.

واستدل الحنفية على ما روي عن الرسول ﷺ أنه كتب إلى النجاشي يخطب أم حبيبة رضي الله عنها، فزوجها النجاشي منه وكان وليها بالسلطة. وروي أنه زوجها من النبي ﷺ قبل أن يكتب إليه رسول الله ﷺ فأجاز الرسول ﷺ كتابته⁽²⁾، وكلاهما حجة على أن النكاح يصح بالكتاب⁽³⁾.

ويشترط لصحة هذا الزواج، أن تقترن الشهادة على الكتابة بقبول الزوجة أو وليها، لأن سماع الشطرين شرط لصحة الزواج، وبالتالي يصح الزواج بالمراسلة كتابة عند الحنفية بالشروط المذكورة أعلاه أي بتلاوة الكتاب على الشهود وقبول ممن وجه إليه الكتاب⁽⁴⁾.

أمام هذين الرأيين المختلفين، نرى بأن الأدلة التي جاء بها جمهور الفقهاء قوية في وجوب الاحتياط للزواج أكثر من غيره من العقود. لكن، الاحتياط لا يلزم منه المنع، بل اتخاذ الإجراءات الكفيلة بصيانة هذا العقد المهم من التغير. فالمتبع للتطور الذي وصلت إليه الكتابة الإلكترونية يجد إمكانية توثيقها وتوقيعها إلكترونياً، وبالتالي إمكانية التأكد من هوية العاقدين من خلال التواقيع الإلكترونية.

وبالنسبة لشرط الموالاة بين الإيجاب والقبول، فهو متحقق في هذا العقد، إذ أن مجلس عقد الزواج هو في الحقيقة مجلس تلاوة الرسالة وبالتالي إرادة الموجب موجودة وكذلك من وجه إليه الإيجاب والشهود والولي، وبالتالي تحقق عنصر الموالاة بين الإيجاب والقبول.

ورداً على اعتراض الجمهور لعدم وجود الإشهاد على هذا النوع من الزواج، فإن الحنفية قالوا بالإشهاد على تلاوة الإيجاب وإعلان القبول. وعليه، فإن مجلس العقد متوفر بالكتابة إذا توفرت شروط الصيغة والإشهاد والولي وتسمية الصداق.

وبالتالي، فأدلة الحنفية كانت أقوى من أدلة الجمهور، وخاصة لما ورد عن زواج النبي ﷺ من أم حبيبة. بالإضافة إلى حجج الجمهور في عدم توفر الإشهاد على الزواج كتابة فهو أمر ميسور، ويمكن للطرف الذي يتلقى الإيجاب بالزواج تلاوة الخطاب على مسمع الشهود والموافقة على الزواج لفظاً، فينعقد الزواج كتابة بصورة شرعية.

(1) محمد بن سلامة، المرجع السابق، ص. 523.

(2) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، المرجع السابق، ص. 322.

(3) السرخسي شمس الدين محمد بن أحمد بن أبي سهل أبو بكر، المبسوط، حققه الشيخ خليل الميس، جزء 5، دار المعرفة، بيروت، 1989، ص. 15.

(4) زينة حسين، مشروعية إبرام عقد الزواج عبر الانترنت، مجلة كلية الحقوق، جامعة الهرين، 2012، مجلد 14، عدد 3، ص. 226.

لذلك، نرى بأن الأخذ بالرأي الثاني هو الأرجح، فتطبيقاً للقاعدة الفقهية التي تقول كتاب الغائب خطابه، يمكننا القول أن الغائب أراد التعبير عن إرادته (إيجابه بالزواج) بوسيلة مستبينة، ووصول رسالته بمثابة قوله شفاهة، ما لم يطرأ على الرسالة تحريف أو تزوير.

زيادة على ذلك، يُجيز الفقه الإسلامي إبرام عقد الزواج بالوكالة، مما يعني انعقاد الزواج دون حضور الزوج (الموكل)، فيحل محله شخص آخر هو الوكيل في التعبير عن الإرادة في الزواج. وفي المقابل، في الزواج بالرسالة تكون إرادة الزوج حاضرة بكتابة صادرة مباشرة منه. وإذا تم التأكد من هوية مصدرها، كانت أقوى في الدلالة على إرادة صاحبه من الوكالة في الزواج، بل وأقوى من حيث الإثبات.

ورغم صحة الزواج بالكتابة عند الحنفية، يبقى الاحتياط واجب، وأهمية الحضور الشخصي للعاقدين تكمن في خصوصية عقد الزواج، والتقليل من حالات التدليس والغلط والإكراه، ومناقشة كل طرف لشروط الآخر وغيرها من الإيجابيات.

المطلب الثاني

مجلس عقد الزواج بالكتابة الإلكترونية وموقف المشرع الجزائري

نتناول مجلس عقد الزواج بالكتابة الإلكترونية في (الفرع الأول) ثم نستعرض موقف المشرع الجزائري من التراضي بالكتابة الإلكترونية في عقد الزواج (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مجلس عقد الزواج بالكتابة الإلكترونية

إذا كان عقد الزواج صحيحاً بالكتابة التقليدية طبقاً لرأي الحنفية، وإذا ما حاولنا إسقاط تلك الأحكام على الكتابة الإلكترونية، فإن صورتها أن يرسل رجل إيجاباً بالزواج إلى امرأة من بريده الإلكتروني أو أي وسيلة مماثلة، فإن بريده الإلكتروني يقوم بحفظ الرسالة في صندوق البريد وحفظ تاريخها وعنوان الشخص المرسل، ونفس البيانات تسجل في بريد المرسل، ويتوقف مجلس عقد الزواج في هذه الحالة على فتح الرسالة وقراءتها، والتعبير عن القبول المطابق.

وسواء كان العاقدين على اتصال آني بالبريد الإلكتروني، بحيث تفتح المرسل إليها الرسالة مباشرة، بدون وجود فارق زمني بين إصدار الرسالة الإلكترونية ووصولها إلى من وجهت إليه، أو تراخي وصول الإيجاب إلى من وجه إليه، ولم يفتح المرسل إليه بريده الإلكتروني إلا بعد أيام مثلاً، فإن الراجح هنا أن مجلس عقد الزواج هو مجلس حكيم بالكتابة⁽¹⁾. لأنه ولو انعدم الفاصل الزمني بين إصدار التعبير والعلم به؛ فإن مجلس

(1) وهذا كان موقف المجمع الفقهي الإسلامي المنعقد بجدة في دورة مؤتمره السادسة، أنظر، قرار المجمع الفقهي الإسلامي رقم 52/6/3 بشأن إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة، مجلة المجمع، رابطة العالم الإسلامي، عدد 6، جزء 2، ص. 785. في حين يرى مجموعة من الفقهاء المعاصرين، أن

العقد هو مجلس قراءة الرسالة أمام الشاهدين وفي حضور الولي، وإعلان القبول بالزواج شفاهة من المرسل إليه⁽¹⁾.

لماذا قلنا بأنه مجلس حكمي بالرغم من وجود موالاتة بين إصدار التعبير والعلم به كتابة؟ قلنا ذلك، لأن طبيعة عقد الزواج التي تختلف عن سائر العقود، ولأن مجلس العقد يتراخى إلى مجلس قراءة الرسالة أمام الشهود هذا من جهة، ومن جهة أخرى، أن الموجب غير حاضر ماديا في هذا المجلس.

ومن ثم، فإن إبرام الزواج بالكتابة لا يعني إصدار التعبير عن الإيجاب والقبول كتابة، وإنما يجب أن يكون الإيجاب فقط هو المكتوب. أما القبول فيلزم أن يكون شفاهة لكي ينعقد العقد. وبعد ذلك، إذا تم إرسال القبول كتابة إلى الموجب، فإن علم الموجب بالقبول لا يحدد به زمان ومكان انعقاد العقد، وإنما فقط لإعلامه بإبرام العقد⁽²⁾. لأن زمان ومكان انعقاد الزواج بالكتابة هو مجلس تلاوة الإيجاب، وهو ما لا يستوي مع ما ذهب إليه المشرع في المادة 1/67 من القانون المدني حين تبني نظرية علم الموجب بالقبول في العقود المدنية، وسبق أن قلنا بأن ذلك لا ينطبق على عقد الزواج.

الفرع الثاني

موقف المشرع الجزائري من التراضي في عقد الزواج بالكتابة الإلكترونية

سواء كانت الكتابة على دعامة ورقية أم دعامة إلكترونية، فإنه لم يرد في قانون الأسرة الجزائري نص حول إبرام عقد الزواج بالكتابة للقادر على النطق أو الغائب، فاكثفت المادة 1/10 منه بالنص على انعقاد الزواج بتطابق الإيجاب والقبول لفظا بكل ما يفيد معنى النكاح شرعا. أما الفقرة الثانية فنصت على صحة الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة كالكتابة والإشارة. وهو ما يستفاد منه، أن معنى العجز عند المشرع هو الخرس أو المرض الذي يستحيل معه النطق، وهذا ما قال به جمهور الفقهاء. وهو عكس ما يراه البعض، أن الغائب أيضا عاجز عن حضور مجلس عقد زواجه، وهذا قول غير مستساغ. وما يؤكد موقفنا، هو النص على جواز القبول أيضا بالكتابة للعاجز، وهذا ما يدل على أن المشرع الأسري نص فقط في

التعاقد بالوسائل المكتوبة الفورية هو تعاقد بين حاضرين، فلا يمكن أن يكون تعاقدًا بين غائبين، لأن التفاوت الزمني غير موجود بالنسبة لهذه العقود حيث يكون أطراف العلاقة على اتصال آني بالوسيلة الإلكترونية.

⁽¹⁾ وتجدر إلى أن الإشارة هذا الحكم يختلف عن مجلس العقد شفاهة بالوسائل السمعية أو السمعية المرئية حيث يتم التعبير عن الإرادة شفاهة أو باستخدام الكاميرا، وحينئذ نكون أمام مجلس عقد حقيقي من حيث الزمان لأن وسائل الاتصال الحديثة توفر لنا رؤية مباشرة للعاقدين، وسماع آني للتعبير عن الإرادة ووصوله إلى من وجه إليه وعلمه به. فاعتبار وحدة الزمن معيارًا للتفرقة بين مجلس العقد الحقيقي والحكمي هو الأنسب لسرعة المعاملات التي شهدتها هذا العصر. وهو ما جاء النص عليه في التعاقد بالهاتف في المادة 1/64 من القانون المدني الجزائري.

⁽²⁾ فراس بحر محمود، أثر الزمان والمكان في تحديد لحظة انعقاد العقود الشكلية في الفقه الإسلامي والقانون، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة العراق، 2014، مجلد3، عدد1، ص.208.

المادة 10 على مجلس العقد الحقيقي دون الحكمي، لأن القبول في للزواج بالمراسلة عند الحنفية لا يصح بالكتابة، وإنما يشترط أن يكون باللفظ في مجلس العقد حتى ينعقد الزواج صحيحا مرتبا لآثاره.

وعليه، فإن قانون الأسرة الجزائري لم ينص على إبرام عقد الزواج بالرسالة، وسكت عن حكم هذا الزواج، ولم يمنعه أيضا بنص صريح. غير أن سكوته هذا يعتبر فراغا تشريعا يمكن سده بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بمقتضى المادة 222 من قانون الأسرة التي نصت على مصادر قانون الأسرة.

بعد هذا العرض، ومحاولة تبين موقف الفقه الإسلامي والمشرع الجزائري من التراضي الذي يتم بالكتابة الإلكترونية في عقد الزواج، نأتي الآن إلى موضوع لا يقل أهمية عنه، وهو إثبات هذا التراضي في المبحث الموالي.

المبحث الثاني

إثبات الرضا في الزواج بالكتابة الإلكترونية

استجابة للمصالح الاجتماعية، أعطى قانون الأسرة الجزائري الاختصاص لجهتين محددين لكتابة عقود الزواج هما: ضابط الحالة المدنية والموثق، وهذه الكتابة هي شكلية إثبات وليست شكلية انعقاد (المادة 18 من قانون الأسرة). وكما هو معلوم، فالركن والشروط الموضوعية يجب توافرها أثناء انعقاد الزواج، أما الكتابة فهي إجراء لاحق لاستجماع العقد لركنه وشروطه. لذلك، فإن تخلف توثيق الزواج لا يؤثر في صحة العقد، ولكنه حجة قاطعة للإثبات في حالة إنكار الزواج. فهل ينطبق هذا القول على الكتابة الإلكترونية؟

ولقد اعترف المشرع الجزائري بنوعين من الكتابة الإلكترونية، وتبعاً لذلك، نتناول إمكانية إثبات التراضي في عقد الزواج بالمحرر الإلكتروني العرفي (المطلب الأول) ثم نتقل إلى إثبات التراضي في الزواج بشهادة التصديق الإلكتروني (المطلب الثاني).

المطلب الأول

إثبات التراضي في عقد الزواج بالمحرر العرفي الإلكتروني

جاء في نص المادة 323 مكرر من القانون المدني المستحدثة بالقانون 05-10 أنه: "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها". وعليه، فإن الإثبات بالكتابة يشمل كل أنواع المحررات مهما كانت الدعامة التي تحملها ورقية أم إلكترونية كما وسع أيضا من طرق الإرسال ليشمل كل الوسائل التكنولوجية والتقنية.

وأكثر من ذلك، يستفاد من نص المادة 323 مكرر 1 مكرر من ق.م أن المشرع قرر مبدأ عاما في الإثبات، وهو المساواة في حجية الكتابة على الورق مع الكتابة في الشكل الإلكتروني، وذلك متى توفرت الشروط المذكورة في المادة 123 مكرر 1 التي جاء فيها: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق،

بشروط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها". نلاحظ أن المهم لدى مشرّعنا ليس هو الدعامة التي تفرغ فيها الحروف، بل أن المهم هو حفظ الوثيقة في ظروف تضمن سلامة محتواها من أي تحريف. وبذلك لا يمكن النيل من المعلومات المدرجة في المحرر الإلكتروني أو إنكارها بسبب الطريقة المستخدمة في تحرير المعلومات أو الوسيلة أو الدعامة المحمولة عليها أو الوسيلة التي أرسلت بها⁽¹⁾.

مما سبق، وبتطبيق أحكام الزواج بالكتابة عند الحنفية، يتبين لنا بأن الوثيقة الإلكترونية العرفية صالحة لإثبات الإيجاب بالزواج فقط، ولها حجية الوثيقة العرفية متى تم التأكد من هوية صاحبها، وأمكن حفظها في ظروف تضمن سلامتها. وحتى يكون الإيجاب صحيحا ويسهل إثباته، يجب أن تتضمن الوثيقة الإلكترونية المتضمنة إيجابا بالزواج تسمية المهر واعتماد الألفاظ الدالة على النكاح شرعا، وأن تكون الصيغة منجزة. أما القبول المكتوب إلكترونيا والموجه إلى الموجب، فهو فقط إقرار من القابل بانعقاد الزواج، لأن الزواج ينعقد في مكان وزمان إعلان القبول شفاهة أمام الشاهدين في مجلس تلاوة الإيجاب المكتوب إلكترونيا.

وبهذا، يتبين لنا وجود وثيقتين في عقد الزواج بالكتابة، وثيقة لإثبات الإيجاب المكتوب إلكترونيا وصحة انعقاد الزواج بشروطه الموضوعية ومدى توافر شروط مجلس العقد الحكمي، ووثيقة إلكترونية لإثبات الزواج وهي اللاحقة على تمام إبرام الزواج بحيث تفرغ إرادة الزوجين في وثيقة إلكترونية بالشروط المذكورة سابقا. إلا أن إفراغ الإرادة في شكل مكتوب إلكتروني يعترضه بعض العوائق، تتعلق أساسا بتعقيد إجراءات التوثيق الإلكترونية من جهة، وسهولة تزوير التوقيعات الواردة عليها من جهة أخرى.

لذلك، ولضمان مصداقية للوثائق المكتوبة إلكترونيا تم استحداث نظام التصديق الإلكتروني في التشريع الجزائري، فهل يمكن إثبات عقد الزواج باستخدام شهادة التصديق الإلكتروني؟

المطلب الثاني

إثبات التراضي في الزواج بشهادة تصديق الكتروني

يوفر التصديق الإلكتروني بيئة إلكترونية آمنة للتعامل في فضاء الأنترنت، لأنه يتم بتدخل طرف ثالث، وبتابع إجراءات فنية تتأكد من مضمون المحرر، وحماية التوقيعات الواردة عليه وصحة نسبتها إلى من وردت منه.

(1) بلقنيشي حبيب، إثبات التعاقد عبر الأنترنت، البريد المرئي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2011-1010، ص.27.

وأهم وظائف جهات التصديق الإلكتروني، أنها تقوم بتحديد هوية المتعاملين في التعاملات الإلكترونية والتأكد من أهليتهم، وجدية التعامل وبعده عن الغش والاحتيال، والتحقق من صحة التوقيعات الإلكترونية ونسبتها إلى أصحابها⁽¹⁾. كما أنها تصدر توقيعات رقمية عن طريق إصدار المفاتيح الإلكترونية⁽²⁾.

وتقوم جهات التصديق الإلكتروني بأرشفة المعلومات المتعلقة بالشهادات عن طريق مسك سجلات خاصة بها، سواء الصالحة منها للاستعمال أو الملغاة أو الموقوف العمل بها⁽³⁾، وغيرها من الوظائف التي تهدف إلى صحة الوثيقة الإلكترونية. كما يحتوي التصديق الإلكتروني على أربعة جوانب أمنية لتبادل المعلومات على شبكة الأنترنت هي السرية والتوثيق والنزاهة وعدم الاستنكار⁽⁴⁾.

وقد عرّف الفقه شهادة التصديق الإلكتروني بأنها شهادة يصدرها مزود الخدمات المرخص أو المعتمد، يبين فيها أن التوقيع الإلكتروني صحيح ومنسوب للموقع دون سواه، ومستوفي للشروط القانونية للاعتماد عليه في الإثبات⁽⁵⁾. بينما عرفها القانون الجزائري في المادة 7/2 من القانون 04-15 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين بأنها: "وثيقة في شكل إلكتروني تُثبت الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني والموقع".

أما التوقيع الإلكتروني فقد وردت بشأنه هو الآخر عدة تعريفات فقهية، اخترنا منها: "التوقيع الإلكتروني هو مجموعة من الرموز أو الأرقام أو الحروف أو الإشارات أو الأصوات مؤلفة على شكل بيانات إلكترونية تتصل بمحور إلكتروني، تهدف إلى تحديد هوية الموقع وإعطاء اليقين بموافقته على مضمون هذه الرسالة"⁽⁶⁾.

وعرفته المادة 1/2 من القانون 04-15 سالف الذكر: "التوقيع الإلكتروني هو بيانات في شكل إلكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقياً ببيانات إلكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق". ما يمكن ملاحظته من التعاريف الفقهية والقانونية، أنها تركز على تحديد هوية الشخص والتعبير عن إرادته.

(1) إبراهيم يوسف حسان لينا، التوثيق الإلكتروني ومسؤولية الجهات المختصة به، دراسة مقارنة، طبعة 1، دار الراجحة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص. 47.

(2) سواء المفتاح الخاص الذي يتم بمقتضاه تشفير الرسائل والتوقيعات الإلكترونية وهذا المفتاح يبقى عند صاحبه لا يحق لأحد الاطلاع عليه، أو المفتاح العام الذي يتم بمقتضاه فك التشفير مع الاحتفاظ بنسخة منه، أنظر، حسان لينا إبراهيم يوسف، المرجع نفسه، ص. 47.

(3) المادة 15 من القانون 04-15: "الإشارة إلى بداية ونهاية مدة صلاحية الشهادة"؛ والمادة 54 من نفس القانون التي تقيم مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني مسؤولاً عن الأضرار الناتجة عن عدم إلغاء شهادة التصديق الإلكتروني.

(4) التصديق الإلكتروني، على موقع سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، <https://www.arpt.dz/ar/gd/ce> اطلع عليه بتاريخ 2018/06/29.

(5) أزرو محمد رضا، إشكالية إثبات العقود الإلكترونية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2015-2016، ص. 290.

(6) أسامة بن غانم العبيدي، التوقيع الإلكتروني وجرائم الاعتداء عليه في النظام السعودي، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2016، السنة 30، عدد 66، ص. 335.

كما اعترف المشرع الجزائري في القانون 04-15 في المادة 63 منه بشهادة التصديق الإلكتروني التي يمنحها مؤدي خدمات التصديق في بلد أجنبي، وسأوى بينها وبين تلك الممنوحة من جهة تصديق جزائرية، بشرط أن يكون مقدم خدمات التصديق الأجنبي تصرف في إطار اتفاقية الاعتراف المتبادل أبرمتها السلطة.

بعد كل هذه الدقة، والثقة، والمصادقية التي توفرها شهادة التصديق الإلكتروني، سؤال في غاية الأهمية يطرح نفسه هو: هل يمكن اعتمادها في توثيق عقد الزواج؟ وهل لها قوة ثبوت الوثيقة الرسمية العادية المفرغ فيها عقد الزواج؟

إن الإجابة على هذه الأسئلة، تقتضي منا بعض التصور والتحليل، فمما لا شك فيه، أن تدخل جهات التصديق الإلكتروني في إبرام الزواج يوفر حماية لأطراف هذا العقد من حيث صحة الإيجاب المكتوب، والإقرار بانعقاد الزواج، والتأكد من هوية الأطراف، ونسبة التواقيع الرقمية إليهم. ويبقى مجلسا حكما كما شرحنا سابقا، لكن الأمر ليس بهذه البساطة وإنما الإجراءات شديدة التعقيد بسبب خصوصية عقد الزواج الشخصية.

فمن المعلوم، أنه في الحالة العادية، يجب حضور الزوجين شخصا والولي والشاهدين أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية، وتقديم شهادة طبية للزوجين، وتسمية الصداق، وتلفظ الزوجان بالإيجاب والقبول على مسمع الضابط العمومي والشاهدين، وهو مجلس عقد حقيقي، فيقوم الموثق بتدوين الزواج. بيد أن، الملاحظ على التراضي في الزواج باستخدام الكتابة الإلكترونية أو غيرها، أنه يكون في مجلس عقد حكمي يتخلف فيه الموجب عن المجلس. فهل يمكن للموثق حضور مجلس عقد حكمي؟ بحيث يتم تلاوة الإيجاب الوارد على شهادة مصادق عليها إلكترونيا، ويتم سماع القبول المطابق له، وتسجيل الزواج مباشرة وتوقيع المعنيين. فيعتبر الزواج قد تم في زمان ومكان توثيقه؟

وفي حالة أخرى، فإنه يمكن لنا أن نتصور حضور الزوجان -بعد انعقاد زواجهما- أمام الموثق ويُقرا بوجود زواج بينهما مستوفي لأركانه وفي تاريخ تقريبي أو يثبت بشهادة الشهود أمام الموثق⁽¹⁾.

فتبعاً لذلك، يمكن إرسال إيجاب بالزواج بالشروط سالف الذكر بتوقيع مصادق عليه، ويصدر القبول المطابق له في مجلس حكمي، وبعد تبليغ الزوج بانعقاد الزواج، يقوم بإدخال البيانات الخاصة به وبالزوجة، وذكر الولي الشهود، والصداق، وكل ما يتعلق بالعقد. وتقوم جهة توثيق إلكتروني بالمصادقة على هذه المعلومات. فللهولة الأولى يتبين لنا بأنه عقد موثق له حجية قطعية في الإثبات، مع ملاحظة أن هذه العملية ليست توثيقاً لعقد الزواج بل إثبات لعقد لم يصح به من قبل كونه لم يتم بحضور مادي للموثق وأطراف العقد ولم يتم التعبير عن الإرادة على مسمعه.

(1) بن شويخ صارة، نظام توثيق الزواج بين الثبات والتطور، دراسة مقارنة بين دول المغرب العربي، أطروحة دكتوراه، في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، المملكة المغربية، 2013-2014، ص.286.

لكن الإشكال أنه رغم دقة ومصداقية شهادة التصديق الإلكتروني إلا أنه لا يمكن اعتمادها كوثيقة رسمية في عقد الزواج، وهذا راجع لسببين:

السبب الأول، أن الاختصاص في توثيق عقود الزواج يؤول لجهتين محددتين هما الموثق والموظف المؤهل قانوناً، أي ضابط الحالة المدنية (المادة 18 من قانون الأسرة) ولا يمكن أن تكون جهة توثيق إلكترونية طرفاً ثالثاً دون النص صراحة على ذلك.

أما السبب الثاني، هو أن المعمول به واقعياً، أنه لا يمكن للموثق أن يدون عقد زواج بناء على الإقرار أو شهادة الشهود على زواج تم بالكتابة الإلكترونية أو غيرها، لأن القضاء هو المختص في إثبات عقود الزواج. وبالتالي، مهما بلغت حجية الوثيقة الإلكترونية من قوة لا يمكن اعتبارها محرراً لعقد زواج بل تبقى مجرد وثيقة موقعة يمكن أن تكون وسيلة لإثبات الزواج أمام القضاء.

خاتمة

من خلال هذه الدراسة تم التوصل إلى مجموعة من النتائج والتوصيات كالآتي:

لم ينص قانون الأسرة الجزائري على التراضي في عقد الزواج كتابة، وإنما قصر ذلك على العاجز الحاضر مجلس العقد في نص المادة 10 منه، والعجز هنا هو الخرس وليس الغياب، وبما أنه أحال القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية بمختلف مذاهبها، فإنه يمكن الرجوع إلى المذهب الحنفي الذي يجيز إبرام الزواج كتابة للغائب بشروط.

هذا، وأن مجلس عقد الزواج بالكتابة على الورق أو الكتابة الإلكترونية يعتبر مجلساً حكماً، وينعقد المجلس بوصول الإيجاب المكتوب إلى من وجه إليه، وفتحته وتلاوة هذا الإيجاب أمام الشاهدين والولي، وتلفظ الموجه إليه الإيجاب بالقبول على مسمع الحاضرين مجلس العقد. أما إرسال القبول مكتوباً للموجب عبر الوسائل الإلكترونية فهو مجرد إعلامه بانعقاد العقد لأن العقد يكون قد انعقد في المكان والزمان الذي تطابق فيه القبول شفاهة مع الإيجاب المكتوب.

وبخصوص شهادة التصديق الإلكتروني، فبالرغم من أنها تقوم بتحديد هوية المتعاملين في التعاملات الإلكترونية و التأكد من أهليتهم، وجدية التعامل وبعده عن الغش والاحتيال، والتحقق من صحة التواقيع الإلكترونية ونسبتها إلى أصحابها وغيرها من الإيجابيات، إلا أن النصوص القانونية تبقى قاصرة في مجال الزواج، لأن هذه الشهادة هي إثبات لاحق للتراضي وليس معاصر لعقد الزواج. في حين أن الوثيقة العرفية الإلكترونية التي تحمل الإيجاب بالزواج أو التبليغ بانعقاد الزواج، هي في الحقيقة وجه جديد للزواج العرفي في العالم الافتراضي وما يخلقه من مشاكل في تزوير الشخصيات وتزوير التواقيع الإلكترونية غير الرقمية.

وأخيراً، فالدعوة موجهة إلى التشريع والفقهاء للاجتهاد، وإيجاد الحلول الملائمة التي تحقق مقاصد الشريعة الإسلامية السمحاء. وفي نفس الوقت، تتماشى مع التطور التقني الذي يتغلغل يوماً بعد يوم في أعماق الأسرة.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: الكتب

1. ابراهيم يوسف حسان لينا، التوثيق الإلكتروني ومسؤولية الجهات المختصة به، دراسة مقارنة، طبعة 1، دار الراية للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
2. أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، حققه مصطفى كمال وصفي، جزء 2، باب النكاح، دار المعارف، القاهرة، دون سنة نشر.
3. الزرقا مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، طبعة 2، دار القلم، دمشق، 2004.
4. السرخسي شمس الدين محمد بن أحمد بن أبي سهل أبو بكر، المبسوط، حققه الشيخ خليل الميس، جزء 5، دار المعرفة، بيروت، 1989.
5. النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، حققه زهير الشاوش، كتاب النكاح، طبعة 3، المكتب الإسلامي، بيروت، 1991.
6. عبد الرحمن بن عبد الله السند، الأحكام الفقهية للتعاملات الالكترونية، طبعة 1، دار الوراق، بيروت، 2004.
7. علي بن سليمان المرادوي علاء الدين أبو الحسن، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام احمد بن حنبل، حققه محمد حامد الفقي، طبعة 1، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، 1956.
8. مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مادة كَتَبَ، طبعة 4، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، 2004.
9. محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تم تحقيقه من قبل عادل أحمد عبد الوجود وعلي محمد معوض، جزء 4، كتاب النكاح، دار عالم للكتب، الرياض، 2003.
10. محمد أبو زهرة، الاحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، دون سنة نشر.
11. محمد زيد الأبياني، شرع الاحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، تحقيق محمد خالد جمال رستم، ج 1، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.
12. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، حققه الشيخ علي محمد عوض وعادل احمد عبد الموجود، كتاب النكاح، جزء 3، طبعة 2، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.

ثانيا: الرسائل الجامعية

1. بلقنيشي حبيب، إثبات التعاقد عبر الانترنت، البريد المرئي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2010-2011.
2. بن شويخ صارة، نظام توثيق الزواج بين الثبات والتطور، دراسة مقارنة بين دول المغرب العربي، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، المملكة المغربية، 2013-2014.

ثالثا: المقالات العلمية

1. أسامة بن غانم العبيدي، التوقيع الإلكتروني وجرائم الاعتداء عليه في النظام السعودي، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2016، السنة 30، عدد 66.
2. زينة حسين، مشروعية إبرام عقد الزواج عبر الانترنت، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهريين، 2012، مجلد 14، عدد 3.
3. عبد العزيز بن سعد الدغيثر، أثر الكتابة في إثبات الحقوق، مجلة العدل، وزارة العدل، المملكة العربية السعودية، 1430هـ، عدد 46.
4. فراس بحر محمود، أثر الزمان والمكان في تحديد لحظة انعقاد العقود الشكلية في الفقه الإسلامي والقانون، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة العراق، 2014، مجلد 3، عدد 1.
5. مازن مصباح صباح، أحكام الشهادة على عقد الزواج في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة الأزهر، سلسلة العلوم الإنسانية جامعة الأزهر، غزة، 2009، مجلد 11، ع 1-A.
6. محمد خلف محمد بني سلامة، مشروعية عقود الزواج بالكتابة عبر الانترنت، دراسة فقهية مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية الأردني، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، 2014، مجلد 22، عدد 2.

رابعا: النصوص القانونية

1. الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-05، المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426 الموافق لـ 20 يونيو سنة 2005، الجريدة الرسمية لسنة 2005، عدد 44، ص 21.
2. الأمر 02-05 مؤرخ في 27/02/2005، الجريدة الرسمية لسنة 2005، عدد 15، المعدل والمتمم للقانون رقم (84 - 11) المؤرخ في 09/06/1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، ص 18.
3. قانون رقم 04-15، مؤرخ في 01/02/2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج ر، عدد 6، مؤرخة في 10/02/2015، ص 6.

العطلة السنوية المدفوعة الأجر في قانون العمل الجزائري

Paid annual leave in Algerian labor law

د. بوعزيز ليندة، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر.

BOUAZIZ Lynda; Faculty of Law, University Mouloud MAMMERRI- Tizi-Ouzou- Algeria.

ملخص:

تساهم العطلة السنوية في الحفاظ على سلامة العامل ومردوده، لذلك كرسها المشرع الجزائري كحق ونظمها بموجب مجموعة من المواد في قانون العمل، كما رتب جزاءات على كل من يخل بأحكامها. نظرا لأهميتها أصبح من الضروري التطرق إليها من خلال الإجابة على الإشكالية التالية: كيف نظم المشرع الجزائري العطلة السنوية المدفوعة الأجر من خلال قانون العمل؟

لمعالجة الموضوع تم التطرق في الجزء الأول إلى القواعد الخاصة بالعطلة السنوية، ثم إلى مختلف الجزاءات المقررة في حالة الإخلال بها في الجزء الثاني.

الكلمات المفتاحية: العطلة السنوية المدفوعة الأجر، الجزاءات المدنية، الجزاءات الجزائية.

Abstract:

The annual leave allows to preserve the physical and psychological health of the worker, and increases his productivity. Given its importance, the legislator has devoted several articles to it in the code of the labor relations, and he also set up sanctions in case of their violation. However, one wonders about the way in which, the Algerian legislator has organized the subject?

In order to define the subject, we are interested in the first place to the various dispositions that govern the annual leave and then in the sanctions that are reserved in case of the violation of these dispositions.

Keywords: annual leave, civil sanctions, criminal sanctions.

مقدمة:

بعد أن كان العامل يُستغل لساعات طويلة دون توقف ومقابل أجور زهيدة، أصبح الآن يتمتع بالحق في الراحة، لكن لم يتحقق هذا إلا بعد نضال طويل قادته النقابات العمالية وساهمت في تحقيقه منظمة العمل الدولية بداية من سنة 1936، بعد أن قررت الحق في العطلة السنوية، كما عملت على توسيعه عن طريق دعوة الدول إلى تكريسه في قوانينها الداخلية، على هذا الأساس اعتبر المشرع الجزائري الحق في العطلة السنوية المدفوعة الأجر من الحقوق الأساسية للعامل، خاصة أنها تُحافظ على السلامة الجسدية والنفسية من جهة وعلى الهيئة المستخدمة والاقتصاد من جهة أخرى، لذلك أصبح هذا الحق من الالتزامات المفروضة على المستخدم بمجرد نشوء علاقة العمل وعليه: **كيف نظم قانون العمل الجزائري العطلة السنوية المدفوعة الأجر؟**

المنهج المعتمد في الدراسة:

للإجابة على الإشكالية تم إتباع المنهج التحليلي النقدي وذلك من خلال عرض وتحليل المواد الواردة في قانون علاقات العمل الخاصة بالعطلة السنوية المدفوعة الأجر واستنتاج النقائص الموجودة فيها.

الدراسات السابقة:

تم الاعتماد على مجموعة من المراجع منها الكتب سواء باللغة العربية أو الفرنسية منها كتاب الأستاذ بخدة مهدي حول التنظيم القانوني لأوقات العمل في التشريع الجزائري وكذا بعض المقالات منها مقال الأستاذ بخدة مهدي حول النظام القانوني للأعياد إضافة إلى مجموعة من النصوص القانونية أهمها قانون 90-11 المتعلق بعلاقة العمل وكذا القانون رقم 81-08 المتعلق بالعطلة السنوية المدفوعة الأجر إضافة إلى بعض النصوص التنظيمية.

أهداف الدراسة:

- التعريف بأحكام وخصائص العطلة السنوية المدفوعة الأجر.
- توضيح الحقوق التي يستفيد منها العامل خلال هذه الفترة.
- إبراز النقض الموجود في موضوع العطلة السنوية والمساهمة في تكميله.
- إبداء بعض الحلول والتوصيات اللازمة في هذا الموضوع.
- توفير مصدر علمي (مرجع) للمهتمين بقانون العمل خاصة وان الدراسات في هذا الموضوع قليلة جدا.

تقسيم الموضوع:

للإجابة على الإشكالية تم تقسيم البحث إلى قسمين، تناول القسم الأول الأحكام الخاصة بالعطلة السنوية في قانون العمل الجزائري فعالج مدة العطلة والحالات الواردة عنها من قطع وتأجيل وغيرها إضافة إلى التعويض الذي يتلقاه العامل خلالها والجهة التي تتكفل بدفعه، أما القسم الثاني فقد تناول الجزاءات التي يمكن أن يتعرض لها المستخدم عند الاعتداء على حق العطلة السنوية والتي تأخذ طابعين مدني وجزائي.

أولا- القواعد الخاصة بالعطلة السنوية المدفوعة الأجر

ساد قديماً اعتقاد خاطئ لدى المستخدمين يتمثل في أن الإنتاج والربح يرتبط بالعمل لفترات طويلة، فشغلوا العمال لأكثر من اثني عشرة (12) ساعة في اليوم دون راحة، مقابل أجور زهيدة، دفعت هذه الظروف المزرية النقابات العمالية إلى المطالبة بتخفيض ساعات العمل وتقرير فترات للراحة وهو ما استجبت له منظمة العمل الدولية تدريجياً، من خلال إصدار مجموعة من الاتفاقيات الولية⁽¹⁾، تطبيقاً لهذه الأخيرة كرس المشرع

¹ سجلت العطلة السنوية المدفوعة الأجر في برنامج المؤتمر الدولي للعمل عدة مرات، لكن لم يتم التطرق إليها إلا في سنة 1935 لتقوم منظمة العمل الدولية بتكريسها لأول مرة سنة 1936 في المجال الصناعي بموجب الاتفاقية رقم 52. أين منحت للعمال الذين قضوا سنة من الخدمة في المنشآت العامة أو الخاصة الحق في ستة (06) أيام من العطلة مدفوعة الأجر، كما قامت المنظمة بمراجعة هذه الاتفاقية سنة 1970 بموجب الاتفاقية رقم 132 أين رفعت هذه المدة في المجال الصناعي إلى ثلاثة (03) أسابيع، انظر الاتفاقية رقم 52 بشأن الإجازات السنوية المدفوعة الأجر، معتمدة من طرف المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية بتاريخ 24 جوان 1936، المنشورة على الموقع الإلكتروني: <http://www.labor-watch.net/ar/paper/280> والمادة 3/3 من الاتفاقية رقم 132 بشأن الإجازات السنوية المدفوعة الأجر (مراجعة)، معتمدة من طرف المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية بتاريخ 24 جوان 1970، المنشورة على الموقع الإلكتروني:

<http://www.labor-watch.net/ar/paper/194>

وسعت منظمة العمل الدولية هذا الحق ليشمل العمال الذين يعملون على متن السفن البحرية عامة كانت أو خاصة، بموجب الاتفاقية رقم 54، فحددت مدتها باثني عشر (12) يوم لكل من الريان والضباط ومشغلي اللاسلكي، وما لا يقل عن تسعة (9) أيام لبقية أفراد الطاقم، عدلت هذه الاتفاقية سنة 1946 بموجب الاتفاقية رقم 72 أين رفعت المادة 3 منها مدة العطلة السنوية إلى ثمانية عشر (18) يوم بالنسبة لريان والضباط ومشغلي اللاسلكي وإلى ما لا يقل عن اثني عشر (12) يوم لبقية أفراد الطاقم. كما أعادت تعديلها مرة أخرى سنة 1976 بموجب الاتفاقية رقم 146 أين رفعت مدة العطلة السنوية لكل عمال البحر إلى ثلاثين (30) يوم عن كل سنة خدمة واحدة، انظر: المادة 1 من الاتفاقية رقم 54 بشأن الإجازات السنوية المدفوعة الأجر للبحارة، معتمدة من طرف المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية بتاريخ 24 أكتوبر 1936، المنشورة على الموقع الإلكتروني: <http://www.labor-watch.net/ar/paper/278>، المادة 3 من الاتفاقية رقم 72 بشأن الإجازات السنوية المدفوعة الأجر للبحارة (مراجعة)، معتمدة من طرف المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية بتاريخ 28 جوان 1946، المنشورة على الموقع الإلكتروني: <http://www.labor-watch.net/ar/paper/260>، المادة 3/3 من الاتفاقية رقم 146 بشأن الإجازات السنوية المدفوعة الأجر للبحارة (مراجعة)، معتمدة من طرف المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية بتاريخ 29 أكتوبر 1976، المنشورة على الموقع الإلكتروني: <http://www.labor-watch.net/ar/paper/180> كما كرس منظمة العمل الدولية حق العطلة السنوية المدفوعة الأجر للعمال الذين يعملون في القطاع الزراعي بموجب الاتفاقية رقم 101 سنة 1989، وذلك بعد أداء فترة معينة من الخدمة لدى مستخدم واحد، دون أن تُحدد حدود قصوى أو دنيا لمدة هذه العطلة، لكن دعت كل من منظمات أصحاب العمل والعمال الذين يعملون في المجال الزراعي إلى التشاور والتفاوض حولها وتنظيمها أو إنشاء هيئة متخصصة لتتكفل بذلك، انظر المادة 1 من الاتفاقية رقم 101 بشأن الإجازات السنوية المدفوعة الأجر في الزراعة، معتمدة من طرف المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية بتاريخ 26 جوان 1952، المنشورة على الموقع الإلكتروني: <http://www.labor-watch.net/ar/paper/229> انظر أيضاً في نفس الموضوع:

VALTICOS Nicholas, Droit International de travail, 2^{eme} éditions, Dalloz, Paris, 1983, p 354.

الجزائري الحق في العطلة السنوية (1)، كما نظم مدتها والحالات الواردة عنها(2) وحدد الجهة المكلفة بدفع تعويض العطلة (3) إضافة إلى تقرر حماية للعامل خلالها(4).

1 - تعريف العطلة السنوية المدفوعة الأجر:

لم يعرف المشرع الجزائري في قانون العمل الحالي العطلة السنوية، إنما اكتفى بتنظيمها ويقصد بها الفترة المخصصة للراحة التي يلتزم المؤجر بإعطائها للأجير كل سنة فيتوقف خلالها عن القيام بعمله مع الاحتفاظ بالأجر⁽¹⁾.

تُعرف أيضا على أنها العطلة التي يستحقها العامل بصفة دورية عن كل سنة من السنوات التي يمضيها في خدمة صاحب العمل⁽²⁾.

يهدف المشرع من خلال تقريرها إلى تمكين العامل من الراحة والاستجمام قصد الحفاظ على صحته واستعادة قدراته من اجل متابعة العمل⁽³⁾.

2-تحديد مدة العطلة السنوية المدفوعة الأجر:

تتطلب الأعمال التي يمارسها العامل جهد معتبرا مما يؤثر سلبا على صحته إذ استمر فيها لفترة طويلة دون راحة، على هذا الأساس قرر المشرع العطلة السنوية المدفوعة الأجر لتمكين العامل من استعادة قواه ونشاطه، فحدد مدتها (أ) والاستثناءات الواردة عليها(ب).

أ-مدة العطلة السنوية: تنص المادة 41 من قانون رقم 90-11⁽⁴⁾ على «تحسب العطلة المدفوعة الأجر على أساس يومين ونصف اليوم في كل شهر عمل، دون أن تتعدى المدة الإجمالية ثلاثين (30) يوما تقويما عن سنة العمل الواحدة» يتبين أن المشرع الجزائري وضع حدا أقصى لمدة العطلة السنوية وهو ثلاثين (30) يوما في السنة⁽⁵⁾ تحسب من خلال ما يقدمه العامل من عمل للمستخدم.

¹- زياد عبد الرحمن عبد الله ملازاده، الحماية القانونية للمرأة العاملة في قانون العمل (دراسة مقارنة)، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2016، ص 86.

²- عماد صالح الحمام، المساواة بين العمال في قانون العمل، المصرية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2017، ص 241.

³- المادة 02 من قانون رقم 81-08، مؤرخ في 27 جوان 1981، يتعلق بالعطل السنوية، ج، ر. عدد 26، صادر بتاريخ 30 جوان 1981(ملغى)

⁴- قانون رقم 90-11 مؤرخ في 21 أبريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل، ج، ر. عدد 17، صادر بتاريخ 26 أبريل 1990، معدل ومتمم بقانون رقم 91-29 مؤرخ في 21 ديسمبر 1991، ج، ر. عدد 68، صادر بتاريخ 25 ديسمبر 1991، وأمر رقم 96-21 مؤرخ في 09 جوان 1996، ج، ر. عدد 43، صادر بتاريخ 16 جويلية 1996، وأمر رقم 97-02 مؤرخ في 11 جانفي 1997، ج، ر. عدد 3، صادر بتاريخ 12 جانفي 1997.

⁵- نفس ما حددته المادة 05 من قانون رقم 81-08، السالف الذكر، تنص «...دون أن تتجاوز المدة الكاملة ثلاثين يوما عن السنة الواحدة للعمل...»؛ المادة 2/215 من أمر رقم 75-31 مؤرخ في 27 أبريل 1975، يتعلق بالشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص، ج. ر. عدد 39، صادر بتاريخ 26 ماي 1975 (ملغى) تنص «وكل عامل أتم سنة من العمل له الحق في عطلة مساوية لثلاثين يوما رزمية أو ستة وعشرون يوما من العمل الفعلي» وكذلك نفس ما أكده قرار المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، ملف رقم 199506 المؤرخ في 6 جوان 2000، نقلا عن: خليفي

الأصل أن مدة العطلة السنوية محدد بثلاثين (30) يوما، لكن استثناءا يمكن تمديدتها لبعض العمال وهم العمال الذين يمارسون الأعمال الشاقة والخطيرة وهذا ما تؤكدته المادة 45 من القانون رقم 90-11 تنص على «يجوز تمديد العطلة الرئيسية لفائدة العمال الذين يؤدون خصوصا، أشغالا شاقة أو خطيرة أو أشغالا تتسبب في متاعب بدنية أو عصبية»

يتبين أن المشرع يُجيز تمديد مدة العطلة بالنسبة للعامل الذين يعملون في أعمال تتصف بالخطورة ولها تأثير كبير على الصحة الجسدية والعقلية⁽¹⁾ يلاحظ أن النص لم يحدد عدد أيام الزيادة، كما أنه لم يحدد قائمة الأعمال التي يطبق عليها وصف الأعمال الشاقة والخطيرة، فترك هذه المهمة للاتفاقيات الجماعية خاصة بعد أن سمح للأطراف علاقة العمل بالتفاوض حول شروط وظروف العمل.

الفئة الثانية التي قرر لها المشرع الجزائري زيادة في أيام العطلة هم عمال الجنوب، نظراً للظروف المناخية الصعبة التي يباشرون فيها عملهم والارتفاع الكبير لدرجات الحرارة، منح لهم زيادة مقدرة بعشرة (10) أيام⁽²⁾، كما يمكن للاتفاقيات الجماعية أن تمنح أكثر من ذلك وهو ما قامت به بعض المؤسسات إذ قدرتها بخمسة عشر (15) يوم في بعض الولايات مثل أدرار، بشار، إليزي، تمنراست، تيندوف⁽³⁾.

عبد الرحمان، قانون العمل الجزائري معلق عليه ومثري بفقته القضاء الجزائري وفقه القضاء المقارن، دار العثمانية، الجزائر، 2016، ص 65، ينص «العطلة السنوية تحسب على أساس يومي ونصف عن كل شهر عمل طبقا للمادة 41 من القانون 11/90...» - نفس المدة التي أخذها المشرع الفرنسي، إذ حدد هو الآخر مدة العطلة السنوية بثلاثين (30) يوم في السنة وتحسب على أساس يومي ونصف عن كل شهر عمل ينظر: MOULY Jean, Droit du travail, 1384^{ème} éditions, Bréal, Paris, 2008, P.

¹-المادة 07 من قانون رقم 81-08، سالف الذكر، تنص «يمكن تمديد مدة العطلة الرئيسية لفائدة العمال الذين يمارسون نشاطات تبلغ درجة عالية من الإرهاق الفكري أو البدني أو العصبي أو من الخطر أو من الضرور بالصحة.» نصت في نفس الموضوع المادة 3/215 من أمر رقم 75-31، سالف الذكر، على «غير أنه يمكن زيادة العطلة الرئيسية للعمال المستخدمين في نشاطات ذات طابع مضر أو مخطر أو غير صحي حسب مفهوم تشريع العمل...»

²-المادة 06 من أمر رقم 96-21، سالف الذكر، تجد الإشارة إلى أن المشرع الجزائري كان يأخذ بمعيار الاقدمية فيستفيد العامل من عطلة الأقدمية محددة كالتالي: أربعة (4) أيام من العمل، بعد أداء خمسة وعشرون (25) عاما من العمل، ويتحصل على تسعة (9) أيام من العمل بعد أداء ثلاثين (30) عاما من الخدمة، كما وضع حدا لا يجب تجاوزه وهو أربعة وثلاثين (34) يوما من العمل في مجموع العطلة المستحقة، ألغى المشرع الجزائري هذا الإجراء، لكن ليس هناك ما يمنع الاتفاقيات الجماعية من إدراجه مادام يرجع بالفائدة على العمال، أنظر المادة 217 من أمر رقم 75-31، سالف الذكر.

³-Article 184 de la Convention collective d'entreprise Nationale de réalisation d'infrastructure énergétique, enregistre à l'inspection de travail de Boufarik le 19 avril 1992, dispose que « un congé supplémentaire est accordée pour les wilaya du sud définies par voie réglementaire interne comme suit:

- quinze (15) jours calendaire par année de travail pour les wilayas d Adrar, Béchar, Ilizi, Tamanrasset et Tindouf.

- dis 10) jours calendaires par année de travail pour les autres régions du sud...»

ب- الحالات الواردة على مدة العطلة السنوية المدفوعة الأجر: ترد على مدة العطلة السنوية عدة حالات هي:

1- تجزئة مدة العطلة السنوية: يقصد بتجزئة العطلة السنوية تقسيمها إلى جزأين أو ثلاثة لأسباب معينة ومنع العامل من الاستفادة منها دفعة واحدة⁽¹⁾، للمستخدم صلاحيات تحديد مواعيد العطلة السنوية وكذا صلاحية تجزئتها استناداً إلى ماله من سلطة في تنظيم وتسيير الهيئة المستخدمة⁽²⁾ هذا ما تؤكد المادة 51 من قانون رقم 90-11 تنص « يحدد المستخدم برنامج العطل السنوية وتجزئتها... »

يعاب على النص عدم تحدد عدد الأيام التي يخرج فيها العامل للعطلة قبل تجزئة عطلته السنوية، من الأفضل لو أبقى على ما نص عليه الأمر رقم 75-31 فقد كان يمنع المستخدم من تجزئة العطلة السنوية إذ لم ينتفع العامل بعطلة مقدرة بستة عشر (16) يوم مستمرة⁽³⁾، كما اشترط أن يكون هناك اتفاق بين العامل والمستخدم قبل اللجوء إلى تجزئة العطلة السنوية⁽⁴⁾ فهي توضح أكثر كيفية تجزئة العطلة فنرجو أن يحدد عدد الأيام التي يحض بها العامل قبل تجزئة العطلة السنوية لحمايته من الاستغلال الذي يمكن أن يقع فيه ولرفع اللبس عنها.

2- تأجيل مدة العطلة السنوية: لم يتضمن قانون رقم 90-11 أي نص يعالج به هذه الحالة، على عكس القانون رقم 81-08 أين عدد الحالات الاستثنائية التي يتم بموجبها اللجوء إلى تأجيل العطلة السنوية وتتمثل في الضرورات الملحة للخدمة أو المصلحة العامة، الوقاية من حادث متوقع أو إصلاح حادث محقق، تدريب التكوين النقابي أو السياسي أو المهني، الالتزامات العائلية الصريحة شرعاً والمعترف بها، مرض طويل الأمد أو حادث معترف به أو مثبت قانوناً.

عليه، هناك أسباب ترجع للعامل وأخرى ترجع للمستخدم تستدعي تأجيل العطلة السنوية، فإذا كانت أسباب التأجيل ترجع للمستخدم فعليه إثباتها، كون الأصل هو حصول العامل على العطلة السنوية كلياً في

¹- رحوي فؤاد، الراحة والعطلة القانونية في القانون الاجتماعي الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الاجتماعي، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2006-2007، ص 76.

²- يتمتع المستخدم بثلاثة سلطات تتمثل في سلطة الإدارة ويقصد بها سلطة إدارة الهيئة المستخدمة والإشراف على العمال عن طريق إصدار أوامر وتعليمات كتابية أو شفوية والتي يلتزم العامل بالامتثال لها. إضافة إلى سلطة التنظيم التي تخول للمستخدم سلطة اتخاذ كل الإجراءات التي تسمح بتطوير هيئته من خلال الأنظمة الداخلية واللوائح التي يصدرها، والسلطة التأديبية التي تخول للمستخدم حق توقيع الجزاء التأديبي على العامل الذي أخل بالتزاماته أو خالف أوامره وتوجيهاته، أنظر: صبا نعمان رشيد الويسي، سلطة صاحب العمل الإدارية في إطار المشروع، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011، ص 15.

³- حدد المشرع الفرنسي مدة العطلة السنوية التي يجب أن يستفيد منها العامل قبل تجزئتها باثني عشر (12) يوم، كما ألزم المستخدم بأخذ موافقة العامل ويتم ذلك في الفترة الممتدة ما بين 1 ماي و 31 أكتوبر إذ منح ما تبقى من العطلة السنوية خارج هذه الفترة فإنه يستفيد من أيام عطلة إضافية، وإذا اعترض المستخدم على ذلك فإنه يتعرض لمتابعة جزائية إضافة إلى دفع تعويض للعامل عن الضرر الذي أصابه، انظر:

VERDIER Jean Maurice, Droit du travail, 9^{ème} éditions, Dalloz, Paris, 1993, p 196.

⁴- المادة 222 من أمر رقم 75-31، سالف الذكر.

الوقت المحدد لها، كما يسمح للعامل في حالة تأخير عطلته السنوية أن يطالب بها بعد مرور سنة على استحقاقها فتنظيم توقيت العطل لا يمنع من تأجيلها أو ضمها.⁽¹⁾

من الأفضل لو قام المشرع الجزائري بتحديد الحالات المتعلقة بتأجيل العطلة السنوية وكذا الإجراءات المتبعة والوسائل التي تسمح بالرقابة على مدى تطبيق الأحكام الخاصة بها.

ب.3- إمكانية قطع العطلة السنوية: يحق لأطراف علاقة العمل قطع العطلة السنوية في حالتين هما:

- وجود ضرورة ملحة تقتضيها الخدمة: منح القانون للمستخدم صلاحية قطع العطلة السنوية في حالة الضرورة الملحة التي تقتضيها الخدمة دون أن يحدد ما هي هذه الضرورة ودون أن يعطي لها تفسيراً رغم ما لها من أهمية بالنسبة للعامل.⁽²⁾

من الأفضل لو نص المشرع الجزائري على تفاصيل أكثر لضمان حماية أكبر للعامل، فقد يستدعي المستخدم العامل دون أن تكون هناك ضرورة تقضي ذلك.

- مرض العامل: يحق للعامل قطع عطلته السنوية والاستفادة من الحقوق الناتجة عن العطلة المرضية⁽³⁾، ويستوي أن يكون المرض ناتج عن حادث عمل أو مرض مهني أو عادي أو ولادة بالنسبة للمرأة⁽⁴⁾.

ب.4- طريقة حساب مدة العطلة السنوية: تحسب مدة العطلة السنوية بالاعتماد على العمل المقدم خلال الفترة المرجعية الممتدة ما بين (01) جويلية لسنة السابقة للعطلة إلى غاية (30) جوان من سنة العطلة وفق طريقتين هما:

الأولى: تحتسب الفترة المرجعية كسنة عمل تبدأ من (01) جويلية السابقة وتنتهي في (30) جوان من سنة استحقاق العطلة، تطبق على العامل الذي التحق بالهيئة المستخدمة منذ فترة طويلة (العامل القديم) وهو ما تؤكده المادة 01/40 من قانون رقم 11-90.

الثانية: تطبق على العامل الجديد فتحسب فترته المرجعية ابتداء من التاريخ الذي بدأ فيه العمل، فإذا شغل العامل في شهر جانفي 2019 مثلاً يبدأ حساب سنته المرجعية لحصوله على العطلة السنوية من هذا الشهر وهذا ما تؤكده المادة 2/40 من قانون رقم 11-90 تنص «...وتحسب الفترة المرجعية للعمال الجديد توظيفهم ابتداء من تاريخ التوظيف.»

¹- بخدة مهدي، التنظيم القانوني لأوقات العمل في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 124.

²- المادة 48 من قانون رقم 11-90، سالف الذكر.

³- المادة 50 من قانون رقم 11-90، سالف الذكر.

⁴- بخدة مهدي، التنظيم القانوني لأوقات العمل في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 126.

تتضمن السنة المرجعية مجموعة من الشهور، فكلما أدى العامل شهر من العمل تحصل على يومين ونصف اليوم من العطلة فهناك تلاءم بين مدة العمل وفترة العطلة⁽¹⁾. ويعتد بالشهر الميلادي الذي يساوي ثلاثين (30) يوماً في حساب مدتها بالتالي:

- كل فترة تساوي 24 يوم عمل كامل تعادل شهر عمل فعلي.
 - وكل فترة عمل تساوي أربعة (4) أسابيع تعادل شهر عمل فعلي⁽²⁾.
- تضيف المادة 07 من أمر رقم 21-96 أنه بنسبة للعامل الجديد فكل من عمل فترة عمل تتعدى خمسة عشر (15) يوم تأخذ على أنها مدة عمل تعادل مدة شهر من العمل الفعلي⁽³⁾.
- اهتم المشرع الجزائري بحق العامل الذي يعمل بالتوقيت الجزئي والعامل الموسمي في العطلة السنوية، فحدد الشهر بالنسبة لهذه الفئة على أساس ساعات العمل وليس أيام العمل، فيحصلون على عطلة سنوية تعادل شهر بمجرد أداءه (180) ساعة من العمل⁽⁴⁾.

يأخذ في حساب العطلة السنوية، فترات العمل الفعلي التي أدى خلالها العامل عمالاً لصالح المستخدم، فترات العطلة السنوية⁽⁵⁾، فترات الغيابات الخاصة المدفوعة الأجر الواردة في المادة 54 من قانون رقم 11-90 والمتعلقة بالحالة المهنية أو العائلية للعامل التي يرخّص بها المستخدم، فترات المخصصة للراحة كالراحة الأسبوعية⁽⁶⁾ وفترات الأعياد الدولية والدينية والوطنية⁽⁷⁾، وكذلك فترات التغيب بسبب الأمومة والمرض

1- المادة 41 من قانون رقم 11-90، سالف الذكر، تنص «تحتسب العطلة المدفوعة الأجر على أساس يومين ونصف يوم في كل شهر عمل...»
2- المادة 1/43 من قانون رقم 11-90، سالف الذكر؛ أنظر أيضاً المادة 06 من قانون رقم 08-81، سالف الذكر والمادة 215 فقرة أخيرة من أمر رقم 31-75 سالف الذكر تنصان «تعد مماثلة لشهر واحد من العمل الفعلي لأجل تحديده مدة العطلة السنوية المدفوعة الأجر، الفترات المساوية لأربعة أسابيع أو 24 يوم من العمل...»
3- المادة 07 من أمر رقم 21-96، سالف الذكر.
4- المادة 02/43 من قانون رقم 11-90، سالف الذكر، كانت عدد الساعات محددة ب(120) ساعة بالنسبة للعمل الموسمي والتناوبي بموجب أمر رقم 31-75 وقانون رقم 08-81 إلا أنها رفعت إلى (180) ساعة بموجب قانون رقم 11-90، سالف الذكر.
5- المادة 46 من قانون رقم 11-90، سالف الذكر.
6- المواد 33 إلى 38 من قانون رقم 11-90، سالف الذكر.
7- تتميز كل مجتمعات العالم بأيام تحتفل بها، تنشر فيها الفرح والبهجة وتذكر فيها أحداث إما سعيدة أو مؤلمة فتُحي ذكرها كل عام وهي ثلاثة أنواع الأعياد دولية والأعياد وطنية والأعياد دينية.

1- الأعياد الدولية: تتمثل الأعياد الدولية التي يسمح المشرع الجزائري بالاحتفال بها في:

أ- عيد العمال: يصادف يوم 01 ماي من كل سنة، تبناه المشرع بعد الاستقلال واعتبره يوم عيد رسمي وحدد مدته بيوم واحد، واعتبره على أنه يوم راحة قانونية يتقاضى عليه العامل أجراً حتى ولو لم يقدم أي عمل.
ب- عيد رأس السنة الميلادية: يحتفل فيه بقدم السنة الميلادية الجديدة ويصادف أول (1) جانفي من كل سنة ميلادية أقر به المشرع الجزائري كيوم عيد مدفوع الأجر منذ الاستقلال، لتمكين العمال الجزائريين من الاحتفال به.

حوادث العمل⁽¹⁾، وفترات التي يمضيها العامل في أداء الخدمة الوطنية.⁽²⁾ فتعتبر كلها كمدة عمل فعلي ويتقاضى عليها العامل أجرا.

نلاحظ أن المشرع الجزائري أضفى مرونة على طريقة حساب مدة العطلة السنوية من أجل تمكين العامل من الاستفادة من قدر كافي من الراحة واستعادة قواه ونشاطه والحفاظ على صحته الجسدية والمعنوية.

2- الأعياد الوطنية: حصر المشرع الجزائري قائمة الأعياد الوطنية في ثلاثة أيام لهما علاقة بتاريخ وأصول الدولة الجزائرية وكفاح الشعب الجزائري من أجل التحرر من قيود المستعمر.

أ- عيد الثورة: يحتفل فيه الجزائريين بذكرى اندلاع ثورة الجزائرية المجيدة سنة 1954، ويصادف أول نوفمبر من كل سنة تقدر مدته بيوم واحد، يخلد فيه العامل للراحة ويتلقى عليه أجراً.

ب- عيد الاستقلال: يحتفل فيه الجزائريين باسترجاع السيادة الكاملة على الجزائر من المستعمر الفرنسي ويصادف (05) جويلية من كل سنة، حددت مدته بيوم واحد، واعتبره على أنه يوم راحة قانونية مدفوع الأجر.

ج- رأس السنة الأمازيغية: يحتفل فيه الشعب الجزائري ببداية السنة الأمازيغية الجديدة ويصادف (12) جانفي من كل سنة، حددت مدته بيوم واحد ويعتبر عيد رسمي مدفوع الأجر

3- الأعياد الدينية: كرس المشرع الجزائري مجموعة من الأعياد الدينية من أجل توطيد العلاقات بين أفراد المجتمع وتقريب بين العائلات.

أ- عيد الفطر: يعد من الأعياد الدينية التي تحتفل به الشعوب الإسلامية ويصادف أول شوال من كل سنة هجرية، ليتمكن العامل من الاحتفال به ومشاركة الفرحة مع عائلته، أقر المشرع يومين من الراحة يتقاضى عليهما أجراً.

ب- عيد الأضحى: يصادف عيد الأضحى عشر (10) ذي الحجة من كل سنة، فأقر المشرع للعامل يومين للراحة مدفوعاً الأجر.

ج- أول محرم: يصادف اليوم الأول من السنة الهجرية الجديدة فيتحصل العمال على يوم راحة مدفوع الأجر للاحتفال به.

د- عاشوراء: تعد عاشوراء من أحد المناسبات الدينية التي تحتفل بها الأمة الإسلامية بصفة عامة والمجتمع الجزائري بصفة خاصة ويصادف اليوم العاشر من شهر محرم من كل سنة، أقر المشرع الجزائري هذا اليوم كيوم راحة مدفوع الأجر.

هـ- مولد النبي الشريف: تحتفل به الأمة المسلمة بمولد رسول الله محمد بن عبد الله صلى الله عليه وسلم ويصادف 12 ربيع الأول من كل سنة وإعتبره المشرع الجزائري يوم راحة مدفوع الأجر لكل العمال أنظر: المادة 1 من قانون رقم 63-278 مؤرخ في 26 جويلية 1963، يتعلق بقائمة الأعياد القانونية، ج، ر. عدد 53، صادر بتاريخ 2 أوت 1963، معدل ومتمم بأمر رقم 66-153 مؤرخ في 13 جوان 1966، ج، ر. عدد 52. صادر بتاريخ 17 جوان 1966، معدل ومتمم بأمر رقم 68-419 مؤرخ في 26 جوان 1968، ج، ر. عدد 56 صادر بتاريخ 12 جويلية 1968، معدل ومتمم بالقانون 05-06 مؤرخ في 26 أفريل، ج، ر، عدد 30، صادر بتاريخ 27 أفريل 2005، معدل ومتمم بقانون رقم 18-12 مؤرخ في 2 جويلية 2018، ج، ر. عدد 46، صادر بتاريخ 29 جويلية 2018. أنظر أيضاً في الموضوع: بخدة مهدي، "النظام القانوني للأعياد"، مجلة القانون، العدد الثامن، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة أحمد زبانه، غيليزان، 2017، ص 58-59.

¹ قانون رقم 83-11 مؤرخ في 2 جويلية 1983، يتعلق بالتأمينات الاجتماعية، ج، ر. عدد 28، الصادر بتاريخ 15 جويلية 1983 معدل ومتمم مرسوم رقم 84-28 مؤرخ في 11 فيفري 1984، يحدد كيفية تطبيق العنوان الثاني من القانون رقم 83-11 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية، ج، ر. عدد 07، صادر بتاريخ 14 أوت 1984، معدل ومتمم بالمرسوم 88-209 مؤرخ في 18 أكتوبر 1988، ج، ر. عدد 42، صادر بتاريخ 19 أكتوبر 1988.

² قانون رقم 14-06 مؤرخ في 09 أوت سنة 2014، يتعلق بالخدمة الوطنية، ج، ر. عدد 48، صادر بتاريخ 10 أوت 2014.

3- تلقي العامل تعويض خلال مدة العطلة السنوية:

لكي يتحقق الهدف المرجو من العطلة السنوية، قرر المشرع الجزائري تعويضاً (أجراً) للعامل، يعرف في قانون العمل أن العامل لا يتحصل على أجره إلا بعد أداء عمله، لكن خلال العطلة السنوية يتقاضى العامل تعويضاً من طرف المستخدم (أ) أو من صندوق مختص (ب) رغم عدم أداءه للأداء لعمل.

1- دفع المستخدم تعويض العطلة السنوية: يقوم المستخدم بدفع مبلغ التعويض للعامل قبل خروجه إلى العطلة يقدر على أساس جزء الثاني عشر من الأجر الكامل الذي يتقاضاه العامل خلال السنة المرجعية للعطلة⁽¹⁾، فلا يجب أن يقل مبلغ التعويض عن الأجر الذي كان سيتقاضاه لو استمر في العمل⁽²⁾.

حصل جدال فقهي حول طبيعة المقابل الذي يتحصل عليه العامل خلال عطلته السنوية، فهناك من يرى أن ما يقدم للعامل كمقابل خلال العطلة السنوية ليس أجراً بمعنى الصحيح لأن الأجر يتحصل عليه العامل مقابل أداءه عمل وهذا لا يتوفر في هذه الحالة.

يرى اتجاه آخر أن المبالغ المالية التي يتحصل عليها العامل كمقابل للعطلة السنوية تعتبر تعويضاً تساوي قيمته الأجر المستحق عن مدة العطلة وتخضع لنفس الأحكام المتعلقة بالأجور ولا يمكن أن نسميه أجراً لأن الأجر يكون مقابل جهد يبذله العامل وعمل فعلي يقدمه وكلاهما غير متوفران في حالة العطلة السنوية⁽³⁾.

يتبين من المادة 52 من قانون رقم 90-11 أن المشرع الجزائري يأخذ بالرأي الثاني إذ عبر عن المقابل الذي يدفع للعامل بمصطلح "التعويض" فكفل للعامل تعويضاً لا يقل عن الأجر الذي كان سيتقاضاه لو استمر في العمل، فيدخل في تقديره كل من الأجر الأساسي ومختلف المنح سواء العائلية أو المتعلقة بغلاء المعيشة أو المكفآت والمنح الخاصة بالمناسبات ويستثنى من حساب تعويض العطلة السنوية التعويضات المتعلقة بالمرودود الفردي والجماعي .

¹- المادة 52 من قانون رقم 90-11، سالف الذكر.

- قرر المشرع الفرنسي للعامل الذي ليس له إمكانيات كافية لدفع مصاريف عطلته السنوية وسيلة تتمثل في شيك العطلة "chèque vacance"، لكي يتحصل عليه لا بد أن يدفع أقساط شهرية تتراوح نسبتها ما بين 2% إلى 20%. كما يساهم المستخدم في ذلك بنسبة تتراوح ما بين 20% إلى 30%. يُعتبر هذا الإجراء اختياري بالنسبة للمستخدم، حالياً يسعى المشرع الفرنسي إلى تعميم هذا الإجراء على كل العمال مهما كانت قيمة أجورهم. كما قرر امتياز آخر يتمثل في تذكرة السفر 'le billet annuel de congé payé' يستفيد منها العامل وعائلته تقدمها SNCF مرة واحدة في السنة فيتحصل العامل خلال سفره على تخفيض يصل إلى 25٪ ذهاباً وإياباً عن مسافة 200 كلم ويمكن أن تخفض تكاليف السفر إلى 50٪. إذ دفعت بواسطة شيك العطلة، انظر:

OLIVIER Jean Michel, "Congés payés ,congés payés annuels, indemnisation", Juris-Classeur du Travail, volume3 fascicule 20-23, éditions Juris-Classeur, Paris, mai 1993, p 23.

²- جلال مصطفى القرشي، شرح قانون العمل الجزائري، علاقات العمل الفردية، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984، ص236.

³- بخدة مهدي، التنظيم القانوني لأوقات العمل في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص163.

ب- دفع الصندوق الوطني لتعويض العطل المدفوعة الأجر والبطالة الناجمة عن سوء الأحوال الجوية في قطاعات البناء والأشغال العمومية والري تعويض العطلة السنوية: الأصل أن المستخدم هو الذي يقوم بدفع تعويض العطلة السنوية، لكن نصت المادة 52 مكرر المضافة بموجب الأمر رقم 02-79 على إنشاء صندوق خاص يتكفل بدفع تعويض العطلة السنوية للعمال الذين يعملون في المهن والنشاطات التي تتميز بالانقطاع عن العمل⁽¹⁾ (أي لا يعملون بصفة دائمة طول السنة)، وتطبيقاً لهذه المادة تم إنشاء الصندوق الوطني للعطل المدفوعة الأجر والبطالة الناجمة عن سوء الأحوال الجوية في قطاعات البناء والأشغال العمومية والري بموجب المرسوم التنفيذي رقم 97-45⁽²⁾ ليتكفل بتسيير العطل المدفوعة الأجر، كما حددت المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 97-48⁽³⁾ على سبيل الحصر قائمة النشاطات التي يغطيها الصندوق.

لكي يستفيد العامل من التعويض يلتزم المستخدم بتسديد نسبة الاشتراكات المقدرة بـ 21, 12٪ إلى الصندوق، تحدد على أساس وعاء اشتراك الضمان الاجتماعي ويتحمل المستخدم هذه النسبة وحده دون أن يدفع العامل فيها شيء⁽⁴⁾، يلاحظ أن تحمل المستخدم وحده الاشتراكات قد يسبب له إرهاقا من الناحية المالية مما قد يدفعه إلى عدم التصريح بالعمال بالتالي حرمانهم من الاستفادة من خدمته فمن الأفضل لو تجزؤ هذه النسبة.

4- الحماية المقررة للعامل أثناء العطلة السنوية المدفوعة الأجر:

حماية للعامل يمنع على المستخدم إنهاء علاقة العمل خلال العطلة السنوية وهذا ما تؤكدته المادة 49 من قانون رقم 90-11 تنص « لا يجوز تعليق علاقة العمل ولا قطعها أثناء العطلة السنوية»، فيمنع عليه فسخ العقد بإرادته المنفردة أو تسريح العامل تأديبياً فبمجرد أن تنتهي مدة العطلة السنوية يلتحق العامل بمنصب

¹- هو ما أكد عليه قرار المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، ملف رقم 344163، مؤرخ في 04 أكتوبر 2006، المجلة القضائية، العدد الثاني، قسم المستندات والنشر، الجزائر، 2006، ص 271، ينص « لكل عامل يشغل بصفة مستمرة، الحق في عطلة سنوية مدفوعة الأجر من طرف المستخدم (المادة 39 من القانون 90-11) ولكل عامل يشغل بصفة غير مستمرة الحق في تعويض العطلة السنوية، يدفعه الصندوق الخاص للتعويضات (المادة 52 مكرر من القانون 90-11- المرسوم التنفيذي رقم 97-48)».

²- مرسوم تنفيذي رقم 97-45 مؤرخ في 4 فيفري 1997، يتضمن إنشاء الصندوق الوطني لتعويض العطل المدفوعة الأجر والبطالة الناجمة عن سوء الأحوال الجوية في قطاعات البناء والأشغال العمومية والري، ج، ر. عدد 8، صادر بتاريخ 5 فيفري 1997.

³- المادة 02 من مرسوم تنفيذي رقم 97-48 مؤرخ في 4 فيفري 1997، يحدد قائمة المهن والفروع وقطاعات النشاط الخاضعة للعطل المدفوعة الأجر، ج، ر. عدد 8، صادر بتاريخ 5 فيفري 1997.

⁴- المادة 02 من مرسوم تنفيذي رقم 97-46 مؤرخ في 4 فيفري 1997، يحدد نسب الاشتراكات الواجبة الدفع إلى الصندوق الوطني لتعويض العطل المدفوعة الأجر والبطالة الناجمة عن سوء الأحوال الجوية في قطاعات البناء والأشغال العمومية والري، بعنوان العطل المدفوعة الأجر والبطالة الناجمة عن سوء الأحوال الجوية، ج، ر. عدد 8، صادر بتاريخ 5 فيفري 1997.

عمله، لكن إذا ما تزامنت إجراءات التسريح التأديبي مع فترة العطلة السنوية فلا تطبق على هذه الحالة المادة 49 من قانون رقم 90-11 فيقوم المستخدم بتسريح العامل ويدفع له التعويض الخاص بالعطلة السنوية.

ثانيا- تعدد الجزاءات المقررة عند مخالفة القواعد الخاصة بالعطلة السنوية المدفوعة الأجر:

نظراً لما يسببه العمل المتواصل من إرهاق للعامل قرر المشرع الجزائري مجموعة من الجزاءات عند مخالفة الأحكام الخاصة بالعطلة السنوية المدفوعة الأجر والمتمثلة في الجزاءات المدنية المجسدة في البطلان (1) وكذا الجزائية والمتمثلة في الغرامات المالية (2).

1- ردعية العقوبات المدنية المقررة عند مخالفة القواعد الخاصة بالعطلة السنوية المدفوعة الأجر:

يعتبر المشرع الجزائري العطلة السنوية من النظام العام بحيث لا يمكن الاتفاق على أقل منها ولا التنازل عنها بعد نشأتها فكل تنازل بمقابل أم بدونه صريحاً كان أو ضمناً يُعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً، لأن هذا الحق يمثل الحد الأدنى الذي يمكن أن يتمتع به العمال، لذلك نص على بطلان اتفاق يقضي بحرمان العامل منها، كما منع استبدالها ببدل نقدي وإلا فقدت مغزاها وتعطلت وظيفتها ولن تحقق الغرض الذي قررت من أجله هذا ما تؤكدته المادة 2/39 من قانون رقم 90-11 التي تنص « وكل تنازل من العامل عن كل عطلته أو عن بعضها يعد باطلاً وعديم الأثر » فكل علاقة عمل غير مطابقة للأحكام التشريعية المكرسة في قانون علاقات العمل تقع باطلة، هذا ما تؤكدته المادة 1/135 من قانون رقم 90-11 تنص « تعد باطلة وعديمة الأثر كل علاقة عمل غير مطابقة لأحكام التشريع المعمول به ».

2- ردعية العقوبات الجزائية المقرر في حالة الإخلال بالقواعد المتعلقة بحق العطلة السنوية:

يهدف الحفاظ على صحة العامل من جهة والمردودية داخل الهيئة المستخدمة من جهة أخرى، قرر المشرع الجزائري الحق في العطلة السنوية، لكن في حالة امتناع المستخدم عن تقديمها أو تقليص مدتها أو إن قام بحسابها بطريقة مخالفة للقانون أو إذ دفع تعويضاً يقل عما هو مقرر قانوناً، فإنه يتعرض لعقوبة مالية تتراوح ما بين 10.000 دج إلى 20.000 دج⁽¹⁾، وتكرر العقوبة حسب عدد المخالفات، كما تضاعف الغرامة المالية في حالة العود لتتراوح ما بين 40.000 دج إلى 50.000 دج هذا ما تؤكدته المادة 99 من قانون رقم 90-11⁽²⁾ التي

¹- بعدما أن كانت تتراوح ما بين 1000 دج و2000 دج هذا ما تؤكدته المادة 145 من قانون رقم 90-11، سالف الذكر، تنص « يعاقب بغرامة مالية تتراوح من 1000 دج إلى 2000 دج على كل مخالفة معارضة وحسب عدد العمال المعنيين، كل من يخالف أحكام المواد من 38 إلى 52 أعلاه ».

تتولي مفتشية العمل الرقابة على مدى تطبيق الأحكام الخاصة بالعطلة السنوية المدفوعة الأجر بواسطة الإطلاع على سجل العطلة السنوية الذي يلتزم المستخدم بمسكه يجب أن يتضمن اسم ولقب العامل، المنصب الذي شغله، تاريخ الذي بدأ فيه العمل، إذ بواسطته يتأكد من حلول موعد العطلة السنوية وإذا استفاد من كل العطلة أو جزء منها، كما ينبغي أن يتضمن السجل أيضاً تاريخ الخروج إلى العطلة السنوية وتاريخ استئناف العمل، إضافة إلى تحديد مبلغ التعويض الذي يتحصل عليه العامل، إضافة إلى توقيعه ا فظهور هذا الأخير في السجل دليل قاطع على إنه تحصل على العطلة السنوية، أنظر: المادة 04 من مرسوم تنفيذي رقم 96-98، مرسوم تنفيذي رقم 96-98 مؤرخ في 6 مارس 1996، يحدد قائمة الدفاتر والسجلات الخاصة التي تلزم بها المستخدمون ومحتواها، ج ر عدد 17، صادر بتاريخ 13 مارس 1996

²- قانون رقم 90-11 مؤرخ في 27 ديسمبر 2017، يتضمن قانون المالية لسنة 2018، ج ر عدد 76، صادر بتاريخ 28 ديسمبر 2017.

عدلت الأحكام الجزائية الخاصة بعلاقات العمل تنص « يعاقب بغرامة مالية تتراوح من 10.000 دج إلى 20.000 دج على كل مخالفة معاينة وحسب عدد العمال المعنيين، كل من يخالف أحكام المواد من 38 إلى 52 أعلاه.

في حالة العود، تكون العقوبة من 40.000 دج إلى 50.000 دج وتضاعف حسب عدد العمال المعنيين.»
أحسن المشرع الجزائري عندما رفع قيمة الغرامات المالية فقد كانت قيمتها ضئيلة جدا لا تحقق الهدف الذي شرعت من أجله، إذ كثيرا ما ينتهك المستخدم حق العامل في العطلة السنوية، فيمنح للعامل الراحة الأسبوعية ويتجاهل حصوله عن العطلة السنوية أو يمنحه جزء منها أو يمتنع عن دفع تعويض الخاص بها.
خاتمة:

حظي موضوع العطلة السنوية المدفوعة الأجر باهتمام واسع سواء أكان ذلك على المستوى الدولي ويظهر ذلك من خلال مجموعة الاتفاقيات الدولية الصادرة عن منظمة العمل الدولية أو على المستوى الداخلي إذ قام المشرع الجزائري بتكريس الحق في العطلة السنوية من خلال مجموعة من النصوص القانونية، إلا أن هذه الجهود غير كافية فهناك بعض الأحكام لم تنضم بدقة، إذ لم يحدد قائمة العمال الذين تطبق عليهم وصف الأعمال الشاقة، كما نص على إمكانية تجزئة العطلة السنوية، لكن لم يحدد عدد الأيام التي يستفيد منها العامل قبل تجزئتها، كما نص المشرع الجزائري على إمكانية تأجيل العطلة لضرورة أو لمصلحة، لكن لم يبين بوضوح ما هي هذه الحالات، بالتالي يمكن أن نقدم الاقتراحات التالية:

- تحديد عدد الأيام التي ينبغي أن يستفيد منها العامل قبل تجزئة العطلة السنوية ومن الأفضل أن لا تجزأ قبل استفادة العامل من خمسة عشر (15) يوم من الراحة.
- تحديد الحالات والشروط التي يسمح عند تحققها بتأجيل العطلة السنوية المدفوعة الأجر، كحالة ازدياد نشاط الهيئة المستخدمة، إصلاح الضرر الناتج عن القوة القاهرة، حالة المرض أو حادث عمل وان يشترط أن لا يتم التأجيل لأكثر من ستة (6) أشهر أو سنة وإلا فقدت العطلة السنوية المغزى من تقريرها ألا وهي استعادة العامل قواه.
- تفعيل الدور الرقابي لمفتشية العمل من خلال زيارة المؤسسات المستخدمة بصفة دورية والاطلاع على سجلات العطلة السنوية التي يلتزم المستخدم بمسكها.

• قائمة المصادر والمرجع:

أولا- باللغة العربية:

أ-الكتب:

- 1-بخدة مهدي، التنظيم القانوني لأوقات العمل في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.
- 2-جلال مصطفى القرشي، شرح قانون العمل الجزائري، علاقات العمل الفردية ، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1984.
- 3-خليفة عبد الرحمان، قانون العمل الجزائري معلق عليه ومثري بفقهاء القضاء الجزائري وفقه القضاء المقارن، دار العثمانية، الجزائر، 2016.
- 4-زيداد عبد الرحمن عبد الله ملازاده، الحماية القانونية للمرأة العاملة في قانون العمل (دراسة مقارنة)، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2016.
- 5-صبا نعمان رشيد الويسي، سلطة صاحب العمل الإدارية في إطار المشروع، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011.
- 6-عماد صالح الحمام، المساواة بين العمال في قانون العمل، المصرية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2017.

ب-الرسائل والمذكرات الجامعية:

- 1-رحوى فؤاد، الراحة والعطلة القانونية في القانون الاجتماعي الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الاجتماعي، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2006-2007.

ج- المقالات:

- 1- بخدة مهدي، " النظام القانوني للأعياد"، مجلة القانون، العدد الثامن، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة أحمد زبانة، غيليزان، 2017، ص ص 47-61.

د-النصوص القانونية:

-النصوص التشريعية:

- 1- أمر رقم 75-31 مؤرخ في 27 أبريل 1975 ، يتعلق بالشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص، ج.ر. عدد 39 ، صادر بتاريخ 26 ماي 1975 (ملغى).
- 2-قانون رقم 63-278 مؤرخ في 26 جويلية 1963، يتعلق بقائمة الأعياد القانونية، ج. ر. عدد 53، صادر بتاريخ 2 أوت 1963، معدل ومتمم بأمر رقم 66-153 مؤرخ في 13 جوان 1966، ج. ر. عدد 52، صادر بتاريخ 17 جوان

- 1966، معدل ومتمم بأمر 419-68 مؤرخ في 26 جوان 1968، ج، ر. عدد 56، صادر بتاريخ 12 جويلية 1968، معدل ومتمم بالقانون 06-05 مؤرخ في 26 أفريل، ج، ر، عدد 30 صادر بتاريخ 27 أفريل 2005، معدل ومتمم بقانون رقم 12-18 مؤرخ في 2 جويلية 2018، ج، ر. عدد 46، صادر بتاريخ 29 جويلية 2018.
- ³- قانون 11-83 مؤرخ في 2 جويلية 1983، يتعلق بالتأمينات الاجتماعية، ج، ر. عدد 28، صادر بتاريخ 15 جويلية 1983 معدل ومتمم مرسوم رقم 28-84 مؤرخ في 11 فيفري 1984، يحدد كيفية تطبيق العنوان الثاني من القانون رقم 11-83 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية، ج، ر. عدد 07، صادر بتاريخ 14 أوت 1984، معدل ومتمم بالمرسوم 209-88 مؤرخ في 18 أكتوبر 1988، ج، ر. عدد 42، صادر بتاريخ 19 أكتوبر 1988.
- 4- قانون رقم 08-81 مؤرخ في 27 جوان 1981، يتعلق بالعتل السنوية، ج، ر. عدد 26، صادر بتاريخ 30 جوان 1981 (ملغى).
- 5- قانون رقم 11-90 مؤرخ في 21 أفريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل، ج، ر. عدد 17، صادر بتاريخ 26 أفريل 1990، معدل ومتمم بقانون رقم 29-91 مؤرخ في 21 ديسمبر 1991، ج، ر. عدد 68، صادر بتاريخ 25 ديسمبر 1991، وأمر رقم 21-96 مؤرخ في 09 جوان 1996، ج، ر. عدد 43، صادر بتاريخ 16 جويلية 1996، وأمر رقم 02-97 مؤرخ في 11 جانفي 1997، ج، ر. عدد 3، صادر بتاريخ 12 جانفي 1997.
- 6- قانون رقم 06-14 مؤرخ في 09 أوت سنة 2014، يتعلق بالخدمة الوطنية، ج، ر. عدد 48، صادر بتاريخ 10 أوت 2014.
- 7- قانون رقم 11-17 مؤرخ في 27 ديسمبر 2017، يتضمن قانون المالية لسنة 2018، ج، ر. عدد 76، صادر بتاريخ 28 ديسمبر 2017.

-النصوص التنظيمية:

- 1- مرسوم تنفيذي رقم 98-96 مؤرخ في 6 مارس 1996، يحدد قائمة الدفاتر والسجلات الخاصة التي تلزم بها المستخدمون ومحتواها، ج، ر. عدد 17، صادر بتاريخ 13 مارس 1996.
- 2- مرسوم تنفيذي رقم 45-97 مؤرخ في 4 فيفري 1997، يتضمن إنشاء الصندوق الوطني لتعويض العطل المدفوعة الأجر والبطالة الناجمة عن سوء الأحوال الجوية في قطاعات البناء والأشغال العمومية والري، ج، ر. عدد 8، صادر بتاريخ 5 فيفري 1997.
- 3- مرسوم تنفيذي رقم 46-97 مؤرخ في 4 فيفري 1997، يحدد نسب الاشتراكات الواجبة الدفع إلى الصندوق الوطني لتعويض العطل المدفوعة الأجر والبطالة الناجمة عن سوء الأحوال الجوية في قطاعات البناء والأشغال العمومية والري، بعنوان العطل المدفوعة الأجر والبطالة الناجمة عن سوء الأحوال الجوية، ج، ر. عدد 8، صادر بتاريخ 5 فيفري 1997.

4-مرسوم تنفيذي رقم 97-48 مؤرخ في 4 فيفري 1997، يحدد قائمة المهن والفروع وقطاعات النشاط الخاضعة للعطل المدفوعة الأجر، ج، ر. عدد 8، صادر بتاريخ 5 فيفري 1997.

هـ- الاجتهادات القضائية:

1- قرار المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، ملف رقم 344163، مؤرخ في 04 أكتوبر 2006، المجلة القضائية، العدد الثاني، قسم المستندات والنشر، الجزائر، 2006.

و- الوثائق:

1- الاتفاقية رقم 52 بشأن الإجازات السنوية المدفوعة الأجر، معتمدة من طرف المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية بتاريخ 24 جوان 1936، المنشورة على الموقع الإلكتروني: <http://www.labor-watch.net/ar/paper/280>

2- الاتفاقية رقم 54 بشأن الإجازات السنوية المدفوعة الأجر للبحارة، معتمدة من طرف المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية بتاريخ 24 أكتوبر 1936، المنشورة على الموقع الإلكتروني: <http://www.labor-watch.net/ar/paper/278>

3- الاتفاقية رقم 72 بشأن الإجازات السنوية المدفوعة الأجر للبحارة (مراجعة)، معتمدة من طرف المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية بتاريخ 28 جوان 1946، المنشورة على الموقع الإلكتروني: <http://www.labor-watch.net/ar/paper/260>

4- الاتفاقية رقم 101 بشأن الإجازات السنوية المدفوعة الأجر في الزراعة، معتمدة من طرف المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية بتاريخ 26 جوان 1952، المنشورة على الموقع الإلكتروني: <http://www.labor-watch.net/ar/paper/229>

5- الاتفاقية رقم 132 بشأن الإجازات السنوية المدفوعة الأجر (مراجعة)، معتمدة من طرف المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية بتاريخ 24 جوان 1970، المنشورة على الموقع الإلكتروني: <http://www.labor-watch.net/ar/paper/194>

6- الاتفاقية رقم 146 بشأن الإجازات السنوية المدفوعة الأجر للبحارة (مراجعة)، معتمدة من طرف المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية بتاريخ 29 أكتوبر 1976، المنشورة على الموقع الإلكتروني: <http://www.labor-watch.net/ar/paper/180>

ثانيا- باللغة الفرنسية:

A- Livres:

1-VALTICOS Nicholas, Droit International de travail, 2^{ème} éditions, Dalloz, Paris,1983.

2-VERDIER Jean Maurice, Droit du travail, 9^{ème} éditions, Dalloz, Paris, 1993 .

B- Articles :

1-OLIVIER Jean Michel, "Congés payés ,congés payés annuels, indemnisation", Juris-Classeur du Travail, volume3 fascicule 20-23, éditions Juris-Classeur, Paris, mai 1993, pp1-24.

C- Documents:

1- La Convention collective d'entreprise National de réalisation d'infrastructure énergétique, enregistre à l'inspection de travail de Boufarik le19 avril 1992.

قراءة في المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في الجزائر

Reading in presidential decree 15-247 included the organization of public contracts and public service delegations in Algeria

د. محفوظ عبد القادر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 02، الجزائر.
Dr MAHFOUD Abdelkader, Faculty of Law and Political Science, University of Oran 02,
Algeria

Abstract:

The Organization of Public contracts are considered to be one of the most volatile legal texts in repeal and review, thereby the legal texts organizing it have achieved six texts since the independence and are different to each other by their titles and their contents and legal values. What make the Organization of public contracts in Algeria so important is its relationship to the protection of public finances against the corruption in its varieties, and the will to know the updates occurred by the presidential decree N° 15-247 and what distinct it from the other decree's precedent it.

Keywords: public contracts, presidential decree N° 15-247, presidential decree N° 10-236, Offer request, adjudication, accord, supervision on public contracts.

ملخص :

يعتبر تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر من أكثر النصوص القانونية تعديلا وإلغاءً، بحيث بلغت النصوص القانونية المنظمة له منذ الاستقلال ستة نصوص متعاقبة، وتختلف عن بعضها البعض من حيث التسمية، المضمون، والقيمة القانونية، وما يجعل تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر ذا أهمية بالغة، هو علاقة الصفقات العمومية بحماية المال العام من الفساد بشتى أنواعه، والرغبة في معرفة المستجدات التي حملها المرسوم الرئاسي الحالي 15-247 وما يميزه عن التنظيمات السابقة له. كلمات مفتاحية: الصفقات العمومية، المرسوم الرئاسي 15-247، المرسوم الرئاسي 10-236، طلب العروض، المناقصة، التراضي، الرقابة على الصفقات العمومية.

مقدمة

مما لا يختلف عليه اثنان أن من بديهيات القانون الإداري كونه قانونا غير مقنن وسريع التطور والتغيير؛ ولعل هذا ما يفسر كثرة وتشعب النصوص القانونية التي تنضوي تحت لواء القانون الإداري، وكثرة تعديلها وتغييرها بما يتماشى مع المستجدات والمتغيرات في شتى المجالات. وإذا كان من الخصائص العامة للقانون الإداري أيضا أنه قانون التوفيق والتوازن بين المصالح العامة والمصالح الخاصة، فنجد أن أكثر نصوصه تعديلا وتغييرا هي تلك النصوص المتعلقة بالمجالات المالية للإدارات العمومية، كونها تتأثر بالتحويلات المستمرة التي تعرفها الساحة المالية للدولة، ونظرا لدورها الحساس في تحقيق التنمية الاقتصادية والمالية من جهة، وفي حماية المال العام وترشيد استغلاله من جهة أخرى؛ وقد يكون خير مثال على هذه الطائفة الأخيرة، هو "قانون" الصفقات العمومية في الجزائر؛ والذي لا يتوانى أبدا عن التغيير والتطور كلما استدعت ضرورات حماية المال العام ذلك.

إلا أن ما يلفت الانتباه وبشكل جدي في الجزائر هو كثرة التعديلات والتتيمات التي تطرأ على النصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية من جهة، بل وكثرة إلغائها واستبدالها بنصوص قانونية جديدة من جهة أخرى؛ فالمتتبع لهذه النصوص سوف يلحظ أن تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر تم بعد الاستقلال بموجب ستة نصوص قانونية، وهي كلها نصوص مختلفة عن بعضها البعض سواء من حيث المضمون أم من حيث القيمة في الهرم التشريعي، وهذا ما يدفعنا للتساؤل عن: ما هي أهم أسباب كثرة تعديل وإلغاء هذه النصوص؟ وما الفوارق الجوهرية بين تنظيم الصفقات العمومية الحالي ونظيره السابق رقم 10-236؟ وهي

كلها تساؤلات ترتبط بإشكال آخر جوهرى هو: ما هي أهم المميزات والمستجدات في هذا التنظيم الجديد للصفقات العمومية؟

وقبل بداية هذه المساهمة البحثية المتواضعة، لا بد من الإقرار بأن البحث عن أهم المميزات التي خصت النصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية بالجزائر، وإجراء توليفة ومقاربة بينها، يعتبر من أعقد بل ومن أصعب المجالات البحثية، كون أن الباحث في مجال الصفقات العمومية بالجزائر يجد نفسه أمام مجموعة من النصوص القانونية مختلفة المصدر ومتباينة المضمون، ومتشعبة الميادين، وتكثر المراسيم التنفيذية والمناشير الوزارية والتعليمات الإدارية الخاصة بها، كما أنها تحتوي على بعض التناقضات والتساؤلات من الناحيتين العملية والقانونية، وكذا من زاوية القانون الدستوري وقانون العقود الإدارية. ويكتسي موضوع تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر أهمية بالغة، نظرا لعلاقة الصفقات العمومية بحماية المال العام من الفساد بشتى أنواعه، لا سيما جرائم الرشوة، وسوء استغلال الوظيفة، ومنح امتيازات غير مبررة، ... وهي كلها جرائم لا تتم إلا من خلال التلاعب والتحايل على تنظيم الصفقات العمومية وتجاوز أحكامه. وتزداد هذه الأهمية إذا ما علمنا أن جل جرائم الفساد التي يفصل فيها القضاء في الوقت الراهن هي جرائم متعلقة بصفقات عمومية مشبوهة.

على كل حال ولوضع قراءة لأهم أحكام تنظيم الصفقات العمومية الحالي، لا بد من اتباع المنهج التحليلي لاكتشاف الأحكام المستجدة ضمن المرسوم الرئاسي 15-247، والمنهج التاريخي المقارن لمقارنته مع المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم، ومع بعض النصوص القانونية ذات صلة. كل ذلك ضمن المحاور الأساسية الآتية:

- البحث عن أسباب كثرة تعديل وإلغاء النصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية بالجزائر.
- مقارنة بين المرسوم الرئاسي الجديد رقم 15-247 وبين نظيره السابق الملغى رقم 10-236، مع عرض أهم مميزات ومستجدات المرسوم الرئاسي الجديد.

المبحث الأول: ميدان الصفقات العمومية في الجزائر منذ 1967 إلى 2015 بين التشريع والتنظيم

لا بد للإمام بالنظام القانوني للصفقات العمومية بالجزائر، ولفهم التنظيم الحالي للصفقات العمومية، من التعرّيج -ولو باختصار- على أهم الأسباب والدوافع المؤدية لكثرة تعديل وإلغاء النصوص القانونية المنظمة له.

فلقد تم تنظيم الصفقات العمومية بالجزائر بنصوص قانونية مختلفة، تعددت وتباينت سواء من حيث مضمونها وأحكامها، أم من حيث طبيعتها وشكلها. وهذه النصوص هي:

وذلك على النحو الآتي:

- 1- الأمر 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967¹، يتضمن قانون الصفقات العمومية، المعدل والمتمم².
- 2- المرسوم 82-145 المؤرخ في 10 أفريل 1982³، ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، المعدل والمتمم⁴.
- 3- المرسوم التنفيذي 91-434 المؤرخ في 09/11/1991⁵، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم⁶.
- 4- المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24/07/2002⁷، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم⁸.
- 5- المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 07/10/2010⁹، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم¹⁰.

1 - الجريدة الرسمية عدد 52 لسنة 67.

2 - بموجب الأمر رقم 70-57 المؤرخ في 06/08/1960، ج.ر عدد 70 السنة السابعة. والأمر رقم 71-84 المؤرخ في 29/12/1971 ج.ر عدد 107 السنة الثامنة.

3 - الجريدة الرسمية عدد 15 لسنة 82، بتاريخ 23/04/1982.

4 - بموجب المرسوم 84-51 المؤرخ في 25/12/1984، ج.ر عدد 9 السنة الواحدة والعشرون؛ والرسوم 86-126 المؤرخ في 13/05/1986، ج.ر عدد 20 السنة الثالثة والعشرون؛ والرسوم التنفيذي 91-320 المؤرخ في 14/09/1991، ج.ر عدد 44 السنة الثامنة والعشرون.

5 - الجريدة الرسمية عدد 57 لسنة 91.

6 - بموجب المرسوم التنفيذي 94-178 المؤرخ في 26/06/1994، ج.ر عدد 42؛ والرسوم التنفيذي 96-54، المؤرخ في 22/01/1996، ج.ر عدد 06.

7 - الجريدة الرسمية عدد 52 لسنة 2002.

8 - بموجب المرسوم الرئاسي 03-301 المؤرخ في 11/09/2003، ج.ر عدد 55؛ والرسوم الرئاسي 08-338 المؤرخ في 26/10/2008، ج.ر عدد 62.

9 - الجريدة الرسمية عدد 58 لسنة 2010، ثم صدر بشأنه استدراك في الجريدة الرسمية عدد 75 بتاريخ 08/12/2010.

10 - بموجب المرسوم الرئاسي 11-98 المؤرخ في 01/03/2011، ج.ر عدد 14، والرسوم الرئاسي 11-222 المؤرخ في 16/06/2011، ج.ر عدد 34؛ والرسوم الرئاسي 12-2 المؤرخ في 18/01/2012، ج.ر عدد 04؛ والرسوم الرئاسي 13-03 المؤرخ في 13/01/2013، ج.ر عدد 02.

6- وآخر نص هو المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16/09/2015¹، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وهو الساري المفعول حالياً. وهذا السرد التاريخي للنصوص المنظمة للصفقات العمومية في الجزائر، يثير التساؤل عن الجهة المختصة دستوريا بتنظيم الصفقات العمومية (المطلب الأول) وعن أسباب كثرة التعديل على هذه النصوص (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الاختصاص الدستوري بتنظيم الصفقات العمومية بالجزائر

لا بد من تحديد الجهة المخولة دستوريا بتنظيم الصفقات العمومية بالجزائر، أهي السلطة التشريعية بموجب قوانين، أم السلطة التنفيذية بموجب اللوائح التنظيمية؛ وذلك بعدما اتضح لنا أن الصفقات العمومية كانت محل تنظيم بموجب أمر يحمل مرتبة التشريع العادي، ثم تم تنظيمها بموجب مرسوم، ثم مرسوم تنفيذي، ليستقر الوضع على تنظيمها بموجب مراسيم رئاسية منذ سنة 2002.

وبالرجوع لأحكام الدستور الجزائري، نجد أنه حصر ميادين البرلمان في التشريع، وترك كل ما دون ذلك للاختصاص التنظيمي لرئيس الجمهورية بموجب مراسيم رئاسية. مما يجعل تنظيم الصفقات العمومية بموجب مراسيم رئاسية حالياً من اختصاص رئيس الجمهورية كونه لا يندرج ضمن الميادين المحددة للتشريع بقوانين؛ ولو أن الغاء الأمر 67-90 بموجب مرسوم رقم 82-145 يعتبر غير دستوري وفيه تعدي من نص أدنى على نص أسمي، وهو نفسه الوضع بالنسبة لإلغاء المرسوم رقم 82-145 الموقع من طرف رئيس الجمهورية بموجب مرسوم تنفيذي اقل رتبة منه.

المطلب الثاني: أسباب التعديل المتعدد لتنظيمات الصفقات العمومية

من أسباب كثرة التعديلات الواردة على مختلف النصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية نذكر:

*1 السعي الدائم للتخفيف من حدة البيروقراطية التي تعرفها إجراءات عملية إبرام الصفقات العمومية، ومحاولة التقليل من الإجراءات لربح الوقت.

*2 محاولة هيكلية عمليات الرقابة على إبرام الصفقات العمومية بشكل يتيح دائماً فرض أنجع وأوسع رقابة على كل مجالات إنفاق المال العام للدولة.

¹ - الجريدة الرسمية عدد 50 لسنة 2015، مؤرخة بتاريخ 20/09/2015.

*3 السعي لجعل الصفقة العمومية من أنجع أدوات تنفيذ مخططات التنمية ومشاريع الاستثمار على الصعيدين المركزي والمحلي.

*4 باعتبار الصفقة العمومية عقدا إداريا، يخضع لقواعد قانونية استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص، ونظرا لانتهاج الجزائر للازدواجية القضائية¹، كان لزاما على النصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية مواكبة المستجدات التي يعرفها القانون الإداري والقضاء الإداري بالجزائر، نذكر على سبيل المثال:

*القانون 01-88 المؤرخ في 12/01/1988، المتعلق بالقانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية².
*التعديل الدستوري لسنة 1996³.

*القانون العضوي 01-98، المؤرخ في 30/05/1998، المتعلق باختصاصات وتنظيم وعمل مجلس الدولة⁴.

*القانون 02-98، مؤرخ في 30/05/1998، يتعلق بالمحاكم الإدارية⁵.

*الأمر 04-01 المؤرخ في 20/08/2001، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها⁶.

*القانون 09-08 المؤرخ في 25/02/2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁷.

*5 كما يوجد أحد الأسباب التي ساهمت كثيرا في صدور التنظيم الحالي للصفقات العمومية، وهي سعي المشرع الفرعي (المتنظم) إلى مواكبة التطورات الاقتصادية والقانونية الحاصلة، في إطار السياسة الاقتصادية للدولة الرامية إلى التنازل عن تسيير بعض المرافق العامة لصالح القطاع الخاص تحت الرقابة؛ مما يسمح لنا بالقول

1 - منذ سنة 1962 والجزائر تعرف القضاء الإداري؛ حيث كان يَنشُط في إطار ما يسمى بالنظام القضائي المختلط (الأحادي شكلا والازدواجية مضمونا) ثم تَكَرَّس وجوده مع الأخذ بالازدواجية القضائية سنة 1996؛ من خلال استحداث المادة 152 من الدستور التي أنشأت مجلس الدولة كهيئة مَقْوِّمة لأعمال الجهات القضائية الإدارية، مُكَلِّفة بتوحيد الاجتهاد القضائي الإداري (التعديل الدستوري لسنة 1996 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 438-96 المؤرخ في 07/12/1996 المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، ج.ر 76، 08/12/1996، ص.6)؛ للمزيد حول تطور نظام القضاء الإداري في الجزائر؛ أنظر: رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، د.م.ج، الجزائر، 2011، ص.45؛ عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، ج.1، د.م.ج، ط.2003، ص.147.

2 - ج.ر عدد 3 لسنة 1999.

3 - الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 438-96 المؤرخ في 07/12/1996 المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، ج.ر 76، الصادرة في 08/12/1996، ص.6.

4 - ج.ر 37، الصادرة في 01/06/1998؛ المعدَّل بموجب القانون العضوي 11-13 المؤرخ في 26/07/2011، ج.ر عدد 43، المؤرخة في 03/08/2011.

5 - ج.ر عدد 37، المؤرخة في 01/06/1998.

6 - ج.ر عدد 47 لسنة 2001.

7 - ج.ر عدد 21، الصادرة بتاريخ 23/04/2008.

أن الأنماط الحديثة التي ظهرت على الصعيد المقارن في مجال تسيير وإدارة المرافق العامة، قد وجدت لها تأثيراً على تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر.

*6 السعي لبسط الرقابة على المال العام أينما وجد، فمن أكثر المواد القانونية التي تكون عرضة للتعديل والتميم هي تلك المحددة للمصلحة المتعاقدة في الصفقات العمومية، وكأن المشرع يريد دوماً توسيع نطاق تنظيم الصفقات العمومية ليشمل مختلف المرافق العمومية وليس فقط تلك المرافق الإدارية التقليدية.

*7 من أسباب كثرة التعديل كذلك، رغبة المشرع في تحيين الحد المالي المحدد للخضوع لقانون الصفقات العمومية، تأثراً بالتضخم المالي وتغير قيمة الدينار الجزائري.

المبحث الثاني

أهم الأحكام المستجدة بموجب المرسوم الرئاسي الجديد 15-247 مقارنةً مع نظيره الملغى رقم 10-236

يتم من خلال هذا المحور اجراء مقارنة بين المرسومين الرئاسيين المنظمين للصفقات العمومية الحالي والملغى، بغية التعرف على الأحكام القانونية التي استحدثها تنظيم الصفقات العمومية الحالي، وذلك من خلال الزوايا الآتية:

المطلب الأول: مقارنة قانونية بين المرسوم الرئاسي 15-247 والمرسوم الرئاسي 10-236

سوف نحاول من خلال هذا المطلب ابراز أهم الاحكام القانونية المستحدثة وفق المرسوم الرئاسي 15-247 والتي تميزه عن المرسوم الرئاسي 10-236 من خلال الزوايا الآتية:

أولاً: من حيث مجال التنظيم

مما لا شك فيه أن المرسوم الرئاسي الحالي يختلف عن نظيره الملغى من حيث مجال موضوعاته، ففي حين يقتصر المرسوم الرئاسي 10-236 على تنظيم الصفقات العمومية فقط، يضيف المرسوم الرئاسي 15-247 إلى هذا الموضوع تنظيم تفويضات المرفق العام كذلك.

ثانياً: من حيث تعريف الصفقات العمومية

كل النصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية في الجزائر على اختلافها، عرفت الصفقات العمومية بنفس التعريف، مع اختلاف طفيف في الصياغة، وكلها اتجهت للقول أن الصفقات العمومية هي "عقود مكتوبة تبرم حسب تنظيم الصفقات لإنجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات".

والمرسوم الرئاسي 15-247 عرفها هو الآخر بنفس التعريف لكن مع إضافة عبارات مستحدثة لم تعرف في أي نص قانوني سابق، بحيث عرفت م2 منه الصفقات العمومية على أنها: "عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين، وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجيات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات".

والمستجد من خلال هذا التعريف هو ما يلي:

*1 إضافة عبارة "تبرم بمقابل"، وهذا تمييزا للصفقة العمومية عن عقود التبرع، كالهبات والوصايا التي ترد إلى الإدارات العمومية.

*2 إضافة عبارة "مع متعاملين اقتصاديين"، وهي عبارة مستحدثة في تعريف الصفقة العمومية لم يحملها أي تعريف من النصوص القانونية السابقة، وفي ذلك تأكيد منه على عدم ابرام الصفقة العمومية بين إدارتين عموميتين، بل تبرم مع الخواص فقط.

عرفها القضاء كذلك بنفس التعريف تقريبا، بحيث ذهب مجلس الدولة الجزائري في قرار غير منشور له¹ إلى تعريفها بالقول أنها: "عقد يربط الدولة بالخواص حول مقاولة أو انجاز مشروع أو أداء خدمات".

ونحن نرى أن هذه التعاريف غير كافية ولا تميز الصفقة العمومية عن العقد الإداري² وعن العقد الخاص للإدارة العامة إن وجد في العمل القضائي الجزائري. ونقترح أن الصفقة العمومية هي عقد من عقود

¹- قرار بتاريخ 2002/12/17، ملف بين رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية ليوة بسكرة، ضد ق.أ، رقم 6215، أشار إليه: عبود ميلود وتيقاوي العربي، الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247، المفهوم المبادئ والأحكام التشريعية الخاصة بها، مجلة اقتصاديات المال والأعمال، 6، جوان 2018، ص.226.

²- الصفقة العمومية هي نوع من أنواع العقود الإدارية، وهذا أمر واضح لا أشكال فيه، ولكن الصفقة العمومية هي في نفس الوقت طريقة أو قالب أوجبه المشرع لبعض العقود الإدارية نظرا لموضوعها أو للغلاف المالي الكبير المخصص لها، ومن تم فإن الصفقة تتميز عن العقد الإداري من عدة زوايا، لعل أبرزها:

*1 الإدارة المتعاقدة في العقد الإداري محددة بالمرافق العامة التقليدية (الإدارية) في حين تتحدد في الصفقة بهذه المرافق ومرافق أخرى مستحدثة (المرافق العامة التجارية والصناعية)، كما سيأتي تفصيله.

*2 العقد الإداري يقوم بمجرد توافر عناصره بغض النظر عن مبلغ التعاقد، أما الصفقة العمومية فلا تكون إلا إذا كان موضوع التعاقد يصل لمبالغ مالية محددة قانونا؛ وهي (12000000 د.ج (مليار و200 مليون سنتيم) بالنسبة لصفقات الأشغال والتوريدات، و(600 مليون سنتيم) بالنسبة لصفقات الدراسات والخدمات. أنظر م13 المرسوم الرئاسي 15-247.

*3 الصفقة العمومية لها إجراءات وطرق ابرام محددة بدقة لا سيما من خلال الشكليات المعتمدة، أما العقد الإداري فلا يشترط فيه شكل معين، بل أقر القضاء الفرنسي حتى بوجود العقد الإداري الشفهي، وذلك في قرار مجلس الدولة الشهير C.E.، 20/04/1956، les époux Bertin، voir p.74. ، Op CIT. Jean-Claude Ricci

وهذا مع التحفظ عن بعض الصفقات العمومية التي سمحت ص ع وتفويضات المرفق العام لأسباب جدية معينة البدء في تنفيذها بترخيص من بعض الهيئات قبل ابرام الصفقة، وذلك حسب م12 من المرسوم الرئاسي 15-247.

القانون العام الذي يرم وفق إجراءات خاصة وبمبلغ مالي محدد بين الهيئات العمومية والخواص لتلبية نشاط مرفق عام.

ثالثا: من حيث معايير تحديد الصفقات العمومية

تتمثل معايير تحديد الصفقة العمومية فيما يلي:

1: المعيار العضوي

المصلحة المتعاقدة لا تكون إلا شخصا معنويا عاما، وهو الدولة، الولاية، البلدية، المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري، المؤسسة العمومية الخاضعة للتشريع التجاري. وما يميز المرسوم الرئاسي 15-247 عن المرسوم الرئاسي 10-236 من حيث تحديد المصلحة المتعاقدة؛ هو ما يلي:

* استثنى المرسوم الرئاسي الحالي مجموعة عقود من الخضوع لأحكامه بموجب م7 منه.

* من خلال م6 من المرسوم الرئاسي 15-247 قام المشرع الفرعي ب:

- استبدال عبارة "الإدارات العمومية" التي كان منصوصا عليه في م2 من المرسوم الرئاسي 10-236 بعبارة "الدولة".

- استبدال عبارتي "الولاية والبلدية" بعبارة "الجماعات الإقليمية".

- حذف الهيئات الوطنية المستقلة، مراكز البحث والتنمية، المؤسسات ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، المؤسسات ذات الطابع التجاري والصناعي، المؤسسات الاقتصادية.

- إضافة المؤسسات الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية.

فقد اخضع التنظيم قائمة من المؤسسات الأخرى غير الواردة بالمادة 800 من ق ا م ا، وألزمها بالخضوع لتنظيم الصفقات العمومية إذا ما كان مشروعها ممولا كلياً أو جزئياً، وبصفة مؤقتة أو نهائية من طرف الدولة.

*4 في فرنسا يظهر هذا الفرق، كون العقد الإداري هو من اختصاص القضاء الإداري، في حين الصفقة العمومية هي من اختصاص القضاء العادي، على عكس الجزائر أين ينعقد اختصاص القاضي الإداري بالنسبة لكلاهما.

*5 العقد الإداري قد يبرم بين إدارتين عموميتين، في حين منع ت ص ع وتفويضات المرفق ابرام صفقة عمومية بين إدارتين عموميتين، أنظر م7 منه.

ولعل الهدف من وراء هذا المعيار هو حماية المال العام وتتبعه أينما وجد، من خلال إخضاعه لنظام الصفقات العمومية، والمعروف بأنه أشد صرامة من نظام العقود الإدارية، لا سيما وأنه يحظى بحماية جزائية في حالة الإخلال بقواعده¹. وهي الحماية التي يبتغيها تنظيم الصفقات من خلال هذا المعيار المالي، لبسط الرقابة على الاموال العمومية، وترشيد انفاقها.

وتعتبر عبارة "المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري"، عبارة مستحدثة بموجب المرسوم الرئاسي 15-247، وجاءت لتشمل مجموعة من المؤسسات التي كانت تنص عليها المراسيم السابقة والمنظمة للصفقات العمومية، وكان يتم في كل مرة تعديلها لإضافة مؤسسة جديدة، فجاءت هذه العبارة عام 2015 شاملة لتترك للإداري سلطة تقديرية واسعة لتتبع المال العام أينما وجد وإخضاعه لتنظيم الصفقات، حتى لا تفلت إحدى المؤسسات من الخضوع إليه بحجة أنها غير مذكورة في التعداد الحصري الذي جاء في المراسيم السابقة².

-إضافة عبارة "ممولة من الدولة أو الجماعات الإقليمية" في حين كان يقتصر سابقا على التمويل من طرف الدولة فقط.

والمؤسسة العمومية التجارية والصناعية، هي مرفق عام يخضع للقانون الخاص (التجاري)، ويهدف لتحقيق الربح، ويمارس نشاطا يمارسه الخواص كالتجارة والصناعة³.

¹- للمزيد من التفاصيل حول جرائم الصفقات العمومية، أنظر:

*كريمة علة، جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012-2013.
*زوزو زولبخة، جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، 2011، 2012.

²- كانت م 2 من المرسوم الرئاسي 10-236 الملغى، تعدد هذه المؤسسات كآلاتي:

"مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات العمومية الاقتصادية، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً وبمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة".

³- لمزيد من التفاصيل حول هذا النوع من المرافق العامة، أنظر:

عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري، منشأة المعارف للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2004، ص.133.

مسعود شهبوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، ج.2 نظرية الاختصاص، د م ج، ط.6، 2013، ص.22، 23، 24.

وتنص م56 من القانون التوجيهي 88-01¹ على أن تخضع منازعاتها للقانون الإداري في حالة استعمالها لامتيازات السلطة العامة، وحينما تسلم ترخيصات واجازات وعقود إدارية أخرى، وذلك كاستثناء على م45 التي جعلتها تخضع للقانون الخاص في علاقاتها مع الغير.

إن المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي تخضع بموجب هذا القانون استثناءً للقانون الإداري، كلما تعلق الأمر بعلاقاتها بالدولة²، أو بينها وبين الأفراد بسبب الإخلال بقواعد سير المرافق العامة، أو بنشاطات وامتيازات السلطة التي تتمتع بها كالأجازات والتراخيص والعقود الإدارية، أما منازعاتها المتعلقة بالغير وبالإنتاج والتوزيع فتخضع للقانون التجاري³.

*كما نلاحظ على ص ع الحالي وخلافا للمرسوم الرئاسي 10-236 الملغى أنه استبعد شخصين معنويين كانا يتمتعان فيما مضى بحق ابرام الصفقات العمومية، وهما: المؤسسة العمومية الاقتصادية، التي استبعدتها المرسوم الرئاسي 15-247 صراحة بموجب م9، والهيئات الوطنية المستقلة التي استبعدتها ضمناً من خلال عدم ذكرها بالمادة 6 التي حددت الاختصاص في ابرام الصفقات العمومية، رغم أن المرسوم الرئاسي السابق كان ينص عليها في صيغته الأولى قبل التعديل، مع الملاحظ أن المرسوم الرئاسي 10-236 قد استثنى عقود المؤسسات العمومية الاقتصادية من الخضوع لأحكام الصفقات العمومية بعد تعديل سنة 2013⁴.

وأمام عدم وضوح الأسباب التي استدعت هذا التحول، يبدو أن استبعاد هذين الهيئتين ليس في محله، كون المؤسسة العمومية الاقتصادية هي مرفق عام يخضع للقانون التجاري فكان لا بد من أن يأخذ نفس الحكم الذي أخذته المرافق الأخرى المذكورة بالمادة 6، وذلك حماية للمال العام الذي تمول به صفقاتها؛ وكون أن الهيئات الوطنية المستقلة هي مرافق عامة إدارية⁵، وتخضع لقواعد المحاسبة العمومية، فكان لا بد كذلك من اخضاع صفقاتها لهذا المرسوم.

¹- ينظر: القانون 88-01، المؤرخ في 12/01/1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج.ر.ع2، مؤرخة في 13/01/1988.

²- حسب م45 من القانون 88-01، ولو ان هذا ليس استثناء فعلي وهو مجرد تحصيل حاصل لان وجود الدولة طرف هو ما جعل النزاع اداريا، وليس منط الاختصاص هنا هو وجود م ع ت ص بل هو م800 من ق ا م ا.

³- مسعود شهبوب، المرجع السابق، ص.30.

⁴- ينظر: المرسوم الرئاسي 13-03، المادة 2.

⁵- يقصد بالهيئات الوطنية المستقلة السلطات غير التنفيذية كالبرلمان بغرفتيه، والمجلس الدستوري، والمحكمة العليا ومجلس الدولة، ومجلس المحاسبة، والهيئات الاستشارية الوطنية كالمجلس الاقتصادي والاجتماعي؛ عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.48.

ومثلما حددت م828 ق ا م ممثلي الشخص المعنوي العام، فقد حددت ص ع وتفويضات المرفق العام ممثلي المصلحة المتعاقدة ضمن م4 منه، وهم كالآتي:

الدولة يمثلها الوزير، والولاية يمثلها الوالي، والبلدية يمثلها رئيس المجلس الشعبي البلدي، المؤسسات الأخرى يمثلها المدير أو المدير العام لها؛ ولقد شددت هذه المادة بخصوص قواعد الاختصاص فجعلتها أمرة وقررت عدم صحة الصفقة العمومية في حالة مخالفتها، وقللت نوعا من حدة الأمر حينما سمحت للهيئات المختصة بتفويض بعض المسؤولين بإبرام الصفقة، وهذا تماشيا مع الأعراف الإدارية التي اثبتت أن صاحب الاختصاص قد يمر بظروف يستحيل معها قيامه بكافة صلاحياته، فظهرت تقنية التفويض كاستثناء مشروع عن قواعد الاختصاص في القانون الإداري¹.

إلا أن إشكالية المعيار العضوي في مجال الصفقات العمومية أنه لم يحدد الاختصاص القضائي بالفصل في منازعات الصفقات العمومية بنص صريح واضح، بل سكت عن هذه المسألة واكتفى بالقول أن نزاعات الصفقات العمومية تسوى في إطار الاحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها²، وهو ما جعل التطبيقات القضائية بالجزائر متفاوتة من حيث تحديد الاختصاص القضائي بين القضاء العادي والقضاء الإداري؛ لا سيما وأن م800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية اكتفت بتحديد الاختصاص النوعي للقضاء الإداري بالنص على الأشخاص المعنوية العامة التقليدية فقط، ولم تفصل في مسألة الأشخاص المعنوية العامة الخاضعة للقانون الذي يحكم النشاط التجاري.

كما أن م801 فقرة أخيرة من ذات القانون حينما جعلت من اختصاص القضاء الإداري منازعات أخرى غير متعلقة بالأشخاص المعنوية العامة التقليدية، باستعمال عبارة "القضايا المخولة لها بموجب نصوص خاصة"، لم تحل هذا الاشكال كون تنظيم الصفقات العمومية لا يحيل في أحكامه على جهات القضاء الإداري.

¹- رغم تحديد هذه المادة لقواعد الاختصاص في ابرام الصفقات العمومية بشكل واضح وشامل، إلا أنها يعاب عليها أنها لا زالت تنص على ممثل أحد الهيئات، وهو "مسؤول الهيئة العمومية"، ولكن لم يعد لهذه العبارة لزوم في م4 من المرسوم الرئاسي 15-247 لأن م6 منه ألغت أحد الأشخاص الذين كانوا يتمتعون بصلاحيات ابرام الصفقة، ألا وهو "الهيئات الوطنية المستقلة"، وبالتالي يبدو أن المشرع الفرعي أغفل نزع ممثل هذه الهيئة من م4؛ وترك صياغتها مثلما كانت عليه في م8 من المرسوم الرئاسي 10-236 الملغى، ونلاحظ أن صياغة هذه المادة كانت أوضح مما هي عليه الآن، كونها حددت بالضبط كل مسؤول والهيئة التي يمثلها، عكس المادة الحالية التي جاءت سطحية، وذكرت فقط الممثلين القانونيين دون ذكر المؤسسة التي يمثلونها.

²- م153 من المرسوم الرئاسي 15-247.

2: المعيار الشكلي

يقصد به اشتراط الكتابة في ابرام الصفقة العمومية، وهو شرط منطقي بالنظر لكون الصفقة العمومية تحمل حقوقا والتزامات لا مثال لها في الأحكام العامة للعقود ككل، فوجب أن تكون مكتوبة لتحديد المركز القانوني لكل متعاقد، كما أن مبالغها الضخمة تستوجب أن تكون مكتوبة فلا يعقل أن تتحمل الخزينة العمومية أعباءً مالية ناتجة عن عقد شفهي. وقد أبقى المرسوم الرئاسي 15-247 على شرط الكتابة على غرار المرسوم الرئاسي 10-236، وأكد ضمن م3 أن الشروع في تنفيذ الصفقة لا يكون إلا بعد إبرام الصفقة. إلا أن بعض الصفقات العمومية سمحت ص ع وتفويضات المرفق العام استثناءً ولأسباب جدية معينة البدء في تنفيذها بترخيص من بعض الهيئات قبل إبرام الصفقة، وذلك حسب م12 من المرسوم الرئاسي 15-247. (كانت سابقا م7 من المرسوم الرئاسي 10-236).

3: المعيار الموضوعي

يقصد به محل أو موضوع الصفقة، ويتمثل في: إنجاز الأشغال، اقتناء اللوازم، تقديم الخدمات والدراسات. كان موضوع الصفقة العمومية قبل المرسوم الرئاسي 02-250 ثلاثة مواضيع فقط، بحيث لم يدرج عقد انجاز الدراسات إلا في هذا المرسوم والمراسيم التي تلتها. *م23 من المرسوم الرئاسي 15-247 أضافت فقرة جديدة لتعريف صفقة الأشغال لم تكن موجودة في م13 من المرسوم الرئاسي 10-236. *أضافت كذلك عبارة بيع بالإيجار لتعريف صفقة اللوازم. *غيرت كذلك تعريف صفقة الدراسات. *احتفظت بنفس تعريف صفقة الخدمات وهو تعريف بمفهوم المخالفة.

4: المعيار المالي

نظرا للمراحل والإجراءات المعقدة التي يمر بها إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية، فلا يعقل أن تخضع كل عقود الإدارة لتنظيم الصفقات العمومية بشكلياته المعقدة، بل وضع المشرع الفرعي حداً مالياً للخضوع لهذا التنظيم.

فلا يتم إبرام الصفقة العمومية إلا إذا كان موضوع التعاقد يفوق مبالغ مالية محددة؛ وهي 12000000 د.ج (مليار و200 مليون سنتيم) بالنسبة لصفقات الاشغال واللوازم، و6000000 د.ج (600 مليون سنتيم) بالنسبة لصفقات الدراسات والخدمات. وهذا وفق م13 المرسوم الرئاسي 15-247. والملاحظ أن المرسوم الرئاسي 15-247 قد رفع من الحد المالي للصفقة العمومية بشكل كبير، مقارنة مع المرسوم الرئاسي 10-236 الذي كان يحدد المبلغ ب 8000000 د.ج بالنسبة لصفقات الاشغال واللوازم، و4000000 لصفقات الدراسات والخدمات، وذلك بموجب م6 منه.

رابعا: من حيث المبادئ التي تقوم عليها الصفقات العمومية

يخضع إبرام الصفقات العمومية إلى مجموعة من المبادئ العامة التي يفرضها تنظيم الصفقات العمومية، وقد جاء تكريس هذه المبادئ في المرسوم الرئاسي 15-247 بموجب أحكام المادة 5 منه، التي جاء فيها "لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم". تقابلها م3 من المرسوم الرئاسي 10-236، وهي المبادئ التي نشرحها فيما يلي:

أولاً: مبدأ حرية المنافسة

تعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية من المبادئ الهامة التي حرص المشرع على تكريسها، فلا يوجد أي مانع لاشتراك أي منافس متى توافرت فيه الشروط القانونية، وفي إطار الشكلية الواجب إتباعها للدخول في المنافسة، مع ورود بعض الاستثناءات التي قد تحد من هذا المبدأ.

أ/ تعريف مبدأ حرية المنافسة

يقصد به فتح المجال للأشخاص الطبيعية والمعنوية الذين تتحقق فيهم الشروط المطلوبة التقدم بعروضهم أمام إحدى الهيئات المؤهلة قانوناً لإبرام الصفقات العمومية وفق الشروط التي تضعها وتحددها مسبقاً، بمعنى أن تقف المصلحة المتعاقدة موقفاً حيادياً إزاء المتنافسين وليست حرة في استخدام سلطتها التقديرية بتقرير الفئات التي تدعوها وتلك التي تستبعد، وجاء المبدأ متماشياً مع حرية الصناعة والتجارة¹.

¹- تياب نادية، محاضرات في قانون الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2015/2014، ص.7.

ويتجسد مبدأ حرية المنافسة من خلال آلية الإعلان، ويتم الإعلان عن طريق الإشهار الصحفي الذي ورد بصيغة الإلزام ضمن أحكام المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 التي تنص " يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزاميا في الحالات التالية:

طلب العروض المفتوح.

المناقصة المحدودة.

طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا.

طلب العروض المحدود.

المسابقة.

التراضي بعد الاستشارة عند الاقتضاء".

فالإعلان على هذا النحو إجراء شكلي جوهري تلزم المصالح المتعاقدة بمراعاته في كل أشكال المناقصة المفتوحة أو المحدودة، الوطنية أو الدولية، وكذا الحال لو رغبت في التعاقد بإتباع أسلوب التراضي بعد الاستشارة.

ب/ الاستثناءات الواردة على مبدأ حرية المنافسة

قد يمنع القانون بعض الأشخاص من المشاركة في طلبات تقديم العروض للمناقصات العمومية، مما يجعل من ذلك استثناءً عن مبدأ حرية المنافسة المذكور أعلاه، وهي قيود يفرضها المشرع ويترتب على إعمالها منع المعنيين بها من المشاركة في الصفقات العمومية، ونذكر منها ما جاءت به المادة 62 من أمر رقم 96-31 التي تقضي بأن "كل شخص حكم عليه قضائيا بحكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه بسبب تورطه في الغش الجبائي يمنع من المشاركة في الصفقات العمومية ولمدة عشر سنوات".

كذلك منعت م75 من تنظيم الصفقات العمومية الحالي مجموعة من الأشخاص من المشاركة في الصفقات بسبب مخالفات ارتكبوها، ومن ذلك نذكر:

يقصى بشكل مؤقت أو نهائي من المشاركة في الصفقات العمومية، المتعاملون الاقتصاديون:

- الذين رفضوا استكمال عروضهم أو تنازلوا عن تنفيذ صفقة عمومية قبل نفاذ آجال صلاحية العروض.

- الذين هم في حالة الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح.
 - الذين كانوا محل حكم قضائي حاز قوة الشيء المقضي فيه بسبب مخالفة تمس بنزاهتهم المهنية.
 - الذين لا يستوفون واجباتهم الجبائية وشبه الجبائية.
 - الذين قاموا بتصريح كاذب.
 - المسجلون في البطاقة الوطنية لمرتكبي الغش ومرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريع والتنظيم في مجال الجباية والجمارك والتجارة.
 - الذين كانوا محل إدانة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل والضمان الاجتماعي.
- * والملاحظ أن هذه المادة احتفظت بكل الحالات التي كان ينص عليها المرسوم الرئاسي 10-236 في م52، إلا أنها أضافت حالة جديدة لم يكن منصوص عليها فيه وهي حالة المتعاملين الذي رفضوا استكمال عروضهم أو تنازلوا عن تنفيذ صفقة عمومية قبل نفاذ آجال صلاحية العروض.

ثانيا: مبدأ المساواة بين المتنافسين

إذا كان مبدأ المنافسة الحرة من المبادئ التي كرسها قانون الصفقات العمومية فهذا المبدأ لن يجد صداه ولن يتجسد قانونا وواقعيا، إلا إذا تم إقرانه بمبدأ المساواة بين المتنافسين، رغم أن هذا المبدأ هو الآخر يعرف بعض الاستثناءات التي تقيد من تنفيذه.

أ/ تعريف مبدأ المساواة بين المتنافسين

يقضي هذا المبدأ بأن لكل من يملك حق المشاركة في الصفقات المعلن عنها، أن يتقدم على قدم المساواة مع باقي المتنافسين.

والنتيجة المترتبة عن هذا المبدأ أنه لا يجوز للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى وسائل للتمييز بين المتقدمين، كما لا يجوز لها أن تمنح امتيازات أو تضع عقبات عملية أمام المتنافسين سواء كانت وسائل التمييز هذه إجرائية أو واقعية.

ب/ الاستثناءات التي ترد على مبدأ المساواة بين المتنافسين

نجد أن المشرع الجزائري خرج عن هذا المبدأ وأورد عليه استثناءً مفاده التمييز بين المتسابقين الوطنيين والمحليين، بحيث جعل الأفضلية في بعض الحالات للمشاركين الوطنيين، وذلك ما نلمسه من خلال

م83 من ت ص ع، والتي تنص على ما يلي "يمنح هامش للأفضلية بنسبة خمسة وعشرين في المائة، للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و/ أو للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، التي يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون، فيما يخص جميع أنواع الصفقات". ويعتبر هذا الحكم مستحدثا في المرسوم الرئاسي 15-247 ولم يعرف في المرسوم الرئاسي 10-236. ولو أن هذا الأخير كان قد ألزم في م54 منه المصلحة المتعاقدة باللجوء إلى المناقصة الوطنية عندما يكون المنتج الوطني قادرا على الاستجابة لخدماتها، وبهذا تغنيه عن المنافسة الأجنبية.* كما أن م87 من المرسوم الرئاسي 15-247 قد منحت الأفضلية للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة في حالات محددة، وهو كذلك نص مستحدث لم يعرف في المرسوم الرئاسي 10-236.

*كما أن م54 من المرسوم الرئاسي 15-247 حينما حددت معايير انتقاء المترشحين، والتي تقابلها م36 من ت ص ع السابق، نلاحظ أن المرسوم الحالي أضاف فقرة مستحدثة، مفادها ألا يتم وضع معايير انتقاء المترشحين على أساس تمييزي؛ وفي ذلك تكريس منه لمبادئ ابرام الصفقات العمومية وعلى رأسها مبدأ المساواة في تقديم العروض.

خامسا: من حيث طرق ابرام الصفقات العمومية

إبرام الصفقات العمومية مرحلة حاسمة في مسار حياتها، لذا يتم إبرامها وفق آليات معينة سواء تمت بإجراءات طويلة ومعقدة كما هو الحال في أسلوب طلب العروض، أو تمت وفق إجراءات بسيطة ومباشرة كما هو الحال في أسلوب التراضي. وقد تم تحديد طرق ابرام الصفقات العمومية وفق م39 وما يليها من ت ص ع الحالي، ونورد أهم أحكام هذه المواد من المرسوم الرئاسي 15-247 عبر الآتي:

م39: تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفق إجراء التراضي.

فالأصل العام هو طلب العروض، الاستثناء هو التراضي.

أ/ طلب العروض

المادة 40: طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استنادا إلى معايير اختيار موضوعية تعد قبل إطلاق الإجراء.

المادة 41: التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة، ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة، وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة.

إن إجراء التراضي البسيط قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات الواردة في المادة 49 من هذا المرسوم.

المادة 42: "يمكن أن يكون طلب العروض وطنيا و/ أو دوليا، ويمكن ان يتم حسب أحد الأشكال الآتية:

- طلب العروض المفتوح.

- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا.

- طلب العروض المحدود.

- المسابقة".

أ-1 طلب العروض المفتوح

المادة 43 من المرسوم الرئاسي 15-247: طلب العروض المفتوح هو إجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهدا. كان سابقا المناقصة المفتوحة في ظل المرسوم الرئاسي 10-236.

أ-2 طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا

المادة 44: طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا هو إجراء يسمح فيه لكل المرشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا قبل إطلاق الإجراء بتقديم تعهد، ولا يتم انتقاء قبلي للمرشحين من طرف المصلحة المتعاقدة.

كان سابقا المناقصة المحدودة في ظل المرسوم الرئاسي 10-236.

أ-3 طلب العروض المحدود

المادة 45: طلب العروض المحدود هو إجراء لاستشارة انتقائية، يكون المرشحون الذين تم انتقاؤهم الأولي من قبل مدعويين وحدهم لتقديم تعهد.

كان سابقا الاستشارة الانتقائية في ظل المرسوم الرئاسي 10-236.

مع العلم أن م30 من المرسوم الرئاسي 10-236 اكتفت بأن يكون للمترشحين شروط دنيا مؤهلة، أما حالياً فيتم انتقاء المترشحين مسبقاً بعد تأهيل أولي على مرحلة أو مرحلتين.

أ-4 المسابقة (الأمر 67-90 كان يسميها المباراة).

المادة 47: المسابقة هي إجراء يضع رجال الفن في منافسة لاختيار، بعد رأي لجنة التحكيم المذكورة في المادة 48 أدناه، مخطط أو مشروع مصمم استجابة لبرنامج أعدده صاحب المشروع، قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة، قبل منح الصفقة لأحد الفائزين بالمسابقة. وتمنح الصفقة بعد المفاوضات للفائز بالمسابقة الذي قدم أحسن عرض من الناحية الاقتصادية. تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى إجراء المسابقة لا سيما في مجال تهيئة الإقليم والتعمير والهندسة المعمارية والهندسة، أو معالجة المعلومات.

ب/ التراضي: أسلوب التراضي نوعان: تراضي بسيط وتراضي بعد استشارة.

التراضي البسيط إحدى أشكال التراضي، يجعل المصلحة المتعاقدة تستبعد مبدأ التنافس لتقوم مباشرة باختيار المتعامل المتعاقد بعد أن تتفاوض معه.

المادة 49: تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط في الحالات الآتية فقط:

- 1- عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل اقتصادي وحيد يحتل وضعياً احتكارية، أو لحماية حقوق حصرية أو لاعتبارات تقنية أو لاعتبارات ثقافية وفنية، وتوضح الخدمات المعنية بالاعتبارات الثقافية والفنية بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية.
- 2- في حالة الاستعجال الملح المعلل بوجود خطر يهدد استثماراً أو ملكاً للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي أو بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان، ولا يسعه التكيف مع آجال إجراءات إبرام الصفقات العمومية، بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالة الاستعجال، وألا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها.
- 3- في حالة تموين مستعجل مخصص لضمان توفير حاجات السكان الأساسية بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة.
- 4- عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري حقا حصرياً للقيام بمهمة الخدمة العمومية، أو عندما تنجز هذه المؤسسة كل نشاطها مع الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

المادة 51: تلجا المصلحة المتعاقدة إلى التراضي بعد الاستشارة في الحالات الآتية:

- 1- عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية.
 - 2- في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب عروض، وتحدد خصوصية هذه الصفقات بموضوعها.
 - 3- في حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة.
إن اعتبار الحالة من حالات التراضي بعد الاستشارة كان مقصودا من المشرع لتعلقها بالعمليات المتميزة بالدقة والسرية إذ تخص الأمن والدفاع الوطني، فهذا النوع من الصفقات يكتنفه الطابع السري الذي يتنافى وعملية النشر المعروف في المناقصة.
 - 4- في حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ، وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال طلب عروض جديد.
- ومن أهم المستجدات التي حملها المرسوم الرئاسي 15-247 من حيث طرق إبرام الصفقات العمومية ما يلي:

* استبدال مصطلح المناقصة الذي كان في م 25 من المرسوم الرئاسي 10-236 بمصطلح طلب العروض.
مع العلم أن هذا المصطلح (طلب العروض) كان مستعملا في الأمر 67-90.
* إلغاء طريقة المزايدة.

سادسا: من حيث الرقابة على الصفقات العمومية

تعتبر الرقابة على الصفقات العمومية من أكثر الأحكام التي عرفت تغييرات جذرية مقارنة مع المرسوم الرئاسي الملغى 10-236، ومن أهم المستجدات في هذا المجال نذكر ما يلي:

1/ إلغاء حالة الفصل بين لجنة فتح الأظرفة ولجنة تقييم العروض، وإنشاء لجنة واحدة تجمع بين مهام هذين اللجنتين، هي لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض التي تتولى في إطار ممارسة الرقابة الداخلية القيام بعمل إداري وتقني تعرضه على المصلحة المتعاقدة التي تقوم بمنح الصفقة، أو الإعلان عن عدم جدوى الإجراء أو إلغائه، أو إلغاء المنح المؤقت للصفقة، بموجب رأي مبرر، وذلك وفق م 160 من المرسوم الرئاسي 15-247، بعدما كان المرسوم الرئاسي 10-236 يفصل بين هذين اللجنتين ويعتبر العضوية في كلاهما حالة تعارض، وذلك بموجب مواده 121 و125.

2/ م164 من المرسوم الرئاسي أضافت ضمن الهيئات الرقابية الوصائية سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، في حين م127 من المرسوم الرئاسي 10-236 لم تكن تنص عليها، وهذا أمر طبيعي كون هذه اللجنة استحدثت بموجب المرسوم الرئاسي الحالي فقط.

3/ قام تنظيم الصفقات العمومية الحالي بإعادة هيكلة هيئات الرقابة الخارجية على الصفقات العمومية حيث ألغى نهائيا نظام اللجان الوطنية الذي كان قائما في المراسيم السابقة واستبدله باللجان القطاعية، مع الإبقاء على اللجان الجهوية والولائية والبلدية للصفقات العمومية فضلا عن اللجان التابعة للمصالح المتعاقدة.

سابعاً: من حيث الاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الالكترونية

1/ م203 من المرسوم الرئاسي الحالي أدرجت وزير تكنولوجيا الاعلام والاتصال في تسيير البوابة الالكترونية للصفقات الى جانب وزير المالية، عكس م173 من المرسوم الرئاسي 10-236 التي جعلت التسيير من صلاحيات وزير المالية فقط.

لكن الفقرة 2 من م203 أغفلت دور وزير تكنولوجيا الاعلام والاتصال في تحديد محتوى هذه البوابة.

2/ م204 من المرسوم الرئاسي 15-247 جعلت وضع وثائق الدعوة الى المنافسة بالطريقة الالكترونية إجراءً آمراً، في حين م174 من المرسوم الرئاسي 174 جعلت هذا الاجراء في صياغة مكملة باستعمال عبارة "يمكن".

ثامناً: من حيث سلطة ضبط الص الع وتفويضات الم الع

قام المرسوم الرئاسي 15-247 باستحداث سلطة ضبط ص ع ت م ع بموجب م213، وضم المرصد الاقتصادي الذي كان ضمن م175 من المرسوم الرئاسي 10-236 إلى هذه السلطة إلى جانب هيئة وطنية لتسوية المنازعات.

تاسعاً: من حيث التكوين في مجال الصفقات العمومية

استحدثت المرسوم الرئاسي 15-247 بموجب المديتين 211 و212 حكماً لم يكن موجوداً ضمن المرسوم الرئاسي 10-236، مفاده الزامية تكوين الموظفين المكلفين بتحضير و ابرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية تكويناً مؤهلاً في مجال الصفقات العمومية. وهو حكم جيد غير أنه يعاب عليه أنه لم يحل إلى قرار وزير المالية من أجل تبيان كيفية تطبيق هذا التكوين.

المطلب الثاني: جدول توضيحي يوضح أهم الفروق بين المرسومين الرئاسيين رقم 10-236 الملغى

ورقم 15-247 ساري المفعول.

أثرنا اجراء هذه المقارنة مع المرسوم الرئاسي 10-236 دونًا عن بقية النصوص المنظمة للصفقات، وذلك نظرا لكونه أحدث النصوص القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية بالجزائر قبل المرسوم الرئاسي الحالي، ونظرا كذلك لأنه من أكثر هذه النصوص تعديلا وتتميمًا مقارنة بغيره؛ فبتتبع مختلف هذه النصوص القانونية وما لحقها من تعديلات، نلاحظ ما يلي:

*تم تعديل الأمر 67-90 مرتين فقط (02)، رغم أنه ظل ساري المفعول لمدة 15 سنة.

*تم تعديل 82-145 ثلاث مرات (03).

*تم تعديل المرسوم التنفيذي 91-434 مرتين (02).

*تم تعديل المرسوم الرئاسي 02-250 مرتين (02).

*أما المرسوم الرئاسي 10-236 فقد تم تعديله أربع مرات (04) رغم أنه دام لخمس سنوات فقط.

فمن خلال هذه المقاربات التاريخية يتضح أنه أكثر هذه النصوص القانونية تعديلا وتتميمًا، وذلك رغم أنه صدر وسرى مفعوله في فترة عرفت استقرارا سواء من الناحية القانونية، أم من ناحية النهج الاقتصادي الذي تتبعه الدولة.

المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ساري المفعول	المرسوم الرئاسي رقم 10-236 الملغى
1) يحتوي على 220 مادة.	1) يحتوي على 181 مادة.
2) أضاف إلى تنظيم الصفقات العمومية، ولأول مرة بالجزائر تنظيم تفويضات المرفق العام.	2) يتعلق فقط بتنظيم الصفقات العمومية فقط.
3) أضاف لهذا التعريف المتداول للصفقات العمومية في كل النصوص القانونية السابقة.	3) احتفظ بنفس التعريف المتداول للصفقات العمومية في كل النصوص القانونية السابقة.
4) أضاف للمؤسسات العمومية الاقتصادية من الخضوع لقانون الصفقات، بموجب م9 منه.	4) أخضع عقود المؤسسات العمومية الاقتصادية لتنظيم الصفقات، بموجب م2.

(5) أعفى الهيئات الوطنية المستقلة من الخضوع لتنظيم الصفقات، ضمينا من خلال م6.

(6) استعمل عبارة "الدولة".

(7) استعمل عبارة "الجماعات الإقليمية".

(8) استعمل عبارة شاملة لكل هذه المؤسسات بالقول "المؤسسات العمومية التي تخضع للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري" متفاديا بذلك كثرة التعديل والتتميم.

(9) توسيع معيار تمويل هذه المؤسسات ليشمل كلا من الدولة والجماعات الإقليمية، وذلك لتوسيع حماية المال العام.

(10) استثنى مجموعة عقود من الخضوع لأحكامه بموجب م7 منه.

(11) م29 أضافت لتعريف صفقة الأشغال عبارة "هندسة مدنية" وهو ما لم يكن موجود بالمرسوم الرئاسي 10-236.

بالنسبة لصفقة اللوازم أضافت عبارة "البيع بالإيجار".

بالنسبة لصفقة الدراسات ألغت التفصيل الذي كان يحمله تعريفها بالمرسوم الرئاسي السابق، وضعت عبارة شاملة مفادها أن صفقة الدراسات تهدف لإنجاز خدمات فكرية، كما أضافت الصفقة العمومية للإشراف على التنفيذ.

(5) أخضع الهيئات الوطنية المستقلة لتنظيم الصفقات، بموجب م2.

(6) استعمل عبارة "الإدارات العمومية".

(7) استعمل عبارة "الولاية والبلدية".

(8) حدد المؤسسات العمومية غير الإدارية والتي تخضع لتنظيم الصفقات العمومية اذا ما كانت عملياتها ممولة كليا أو جزئيا وبصفة دائمة أو مؤقتة من طرف الدولة.

(9) الاقتصار بالنسبة لهذه المؤسسات على التمويل من طرف الدولة فقط.

(10) لم يستثنى العقود المبرمة مع المحامين ومع بنك الجزائر وعقودا أخرى من الخضوع لأحكامه.

(11) م13 هي من قامت بتعريف الصفقات الأربع، واحتفظ المرسوم الرئاسي الحالي بنفس هذه التعريف وأضاف لها بعض المضامين حسبما هو محدد بالجدول المقابل.

- | | |
|---|--|
| 12) م 13 رفعت هذا المبلغ إلى: 12 مليون د.ج و6 ملايين د.ج حسب الحالة. | 12) م 6 حددت المعيار المالي بإحدى المبلغين: 8 ملايين د.ج أو 4 ملايين د.ج. |
| 13) م 75 أضافت حالة جديدة لم يكن منصوص عليها فيه وهي حالة المتعاملين الذي رفضوا استكمال عروضهم أو تنازلوا عن تنفيذ صفقة عمومية قبل نفاذ آجال صلاحية العروض. | 13) م 52 حددت مجموعة من الحالات التي تؤدي للإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية. |
| 14) م 83 تشجيع المنتج الوطني | 14) |
| 15) م 87 تشجيع المؤسسات الصغيرة والمتوسطة. | 15) |
| 16) م 54 أضافت عبارة "معيار تمييزي" ما من شأنه تعزيز مبدأ المساواة بين المتنافسين. | 16) م 36 لم تكن تحتوي هذه العبارة. |
| 17) م 39 طلب العروض | 17) م 25 المناقصة |
| 18) م 160 جمعت بين مهمة فتح الأظرفة وتقييم العروض في لجنة واحدة. | 18) م 121 و125 فصلت بين لجنتي فتح الأظرفة وتقييم العروض. |
| 19) م 164 أضافت سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لهيئات الرقابة الوصائية. | 19) م 127 لم تنص على هذه الهيئة ضمن الهيئات الوصائية. |
| 20) ألغى نهائيا للجنة الوطنية للصفقات وأبقى على باقي الهيئات الرقابية الخارجية. | 20) اعتمد اللجنة الوطنية للصفقات كهيئة رقابة خارجية. |
| 21) م 203 وزير الاتصال أيضا. | 21) م 173 وزير المالية فقط. |
| 22) م 204 قاعدة أمر. | 22) م 174 عبارة "يمكن" قاعدة مكمل. |
| 23) م 213 سلطة ضبط ص ع ت م ع. | 23) م 175 المرصد الاقتصادي للطلب العمومي. |
| 24) م 211، 212 ألزمت التكوين. | 24) عدم وجود التكوين في مجال الصفقات. |

خاتمة

فضلا عن المقارنات التي سقناها في المحور الثاني، والتي تبرز مستجدات تنظيم الصفقات العمومية الحالي والتي تميزه عن نظيره الملغى، نلخص أبرز ما استحدثه المرسوم الرئاسي رقم 15-247 من أحكام وما نأخذه عليه من ملاحظات فيما يلي:

* رفع العتبة المالية لإبرام الصفقات العمومية، تماشيا مع التطورات الاقتصادية وتحول قيمة العملة الجزائرية.

* إعادة النظر في أساليب اختيار المتعامل المتعاقد حيث تم التخلي عن نظام المناقصة نهائيا واستبداله بنظام طلب العروض، مع تغيير تسميات كل أنواع المناقصة التي كانت موجودة في المرسوم الرئاسي السابق ما عدا المسابقة .

* إدخال تعديلات جوهرية على نظم الرقابة على الصفقات العمومية، لا سيما الجمع بين مهمتي فتح الأظرفة وطلب العروض في لجنة واحدة، وإلغاء اللجنة الوطنية للصفقات واستبدالها باللجنة القطاعية للصفقات.

* تجب الإشارة إلى أن قانون الصفقات العمومية الجديد تضمن لأول مرة منذ الاستقلال تنظيم إجراءات تفويضات المرافق العامة التي تبرمها الأشخاص المعنوية العامة الخاضعة للقانون العام من أجل تفويض تسيير المرفق العام إلى مفوض له من القطاع الخاص بموجب اتفاقية تبرم وفق الإجراءات الخاصة بالصفقات العمومية وفق المرسوم التنفيذي 18-199 المؤرخ في 02/08/2018 يتعلق بتفويض المرفق العام .

* استحداث هيئة وطنية مستقلة تحت عنوان سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على مستوى الوزير الأول تتولى مهام متعددة من أهمها إعداد تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ومتابعة تنفيذه .

* م203 من المرسوم الرئاسي الحالي أدرجت وزير تكنولوجيا الاعلام والاتصال في تسيير البوابة الالكترونية للصفقات الى جانب وزير المالية، عكس م173 من المرسوم الرئاسي 10-236 التي جعلت التسيير من صلاحيات وزير المالية فقط.

استحدثت المرسوم الرئاسي 15-247 بموجب المدتين 211 و212 حكما لم يكن موجودا ضمن المرسوم الرئاسي 10-236، مفاده الزامية تكوين الموظفين المكلفين بتحضير و ابرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية تكويننا مؤهلا في مجال الصفقات العمومية. وهو حكم جيد غير أنه يعاب عليه أنه لم يحل إلى قرار وزير المالية من أجل تبيان كيفية تطبيق هذا التكوين.

*وأهم ما نلاحظه على تنظيم الصفقات العمومية الحالي 15-247 هو أنه لم يصل بعد إلى تعريف تشريعي جامع للصفقات العمومية، وأنه لم يحدد صراحة الاختصاص القضائي بالنظر في منازعات الصفقات العمومية.

*كما نلاحظ على تنظيم الصفقات العمومية الحالي وخلافا للمرسوم الرئاسي 10-236 الملغى أنه استبعد شخصين معنويين كانا يتمتعان فيما مضى بحق ابرام الصفقات العمومية، وهما:

المؤسسة العمومية الاقتصادية، التي استبعدها المرسوم الرئاسي 15-247 صراحة بموجب م9، والهيئات الوطنية المستقلة التي استبعدها ضمنا من خلال عدم ذكرها بالمادة 6 التي حددت الاختصاص في ابرام الصفقات العمومية، رغم أن المرسوم الرئاسي السابق كان ينص عليها في صيغته الأولى قبل التعديل، مع الملاحظ أن المرسوم الرئاسي 10-236 قد استثنى عقود المؤسسات العمومية الاقتصادية من الخضوع لأحكام الصفقات العمومية بعد تعديل سنة 2013.

وأمام عدم وضوح الأسباب التي استدعت هذا التحول، يبدو أن استبعاد هذين الهيئتين ليس في محله، كون المؤسسة العمومية الاقتصادية هي مرفق عام يخضع للقانون التجاري فكان لا بد من أن يأخذ نفس الحكم الذي أخذته المرافق الأخرى المذكورة بالمادة 6، وذلك حماية للمال العام الذي تمول به صفقاتها؛ وكون أن الهيئات الوطنية المستقلة هي مرافق عامة إدارية. وتخضع لقواعد المحاسبة العمومية، فكان لا بد كذلك من اخضاع صفقاتها لهذا المرسوم.

*وإن ما يزيد من صعوبة فهم أحكام المرسوم الرئاسي 15-247 والتطبيق الحسن لقواعده، هو عدم إصدار أغلب القرارات التنظيمية الخاصة به لحد الآن، وعدم نشر قرارات مجلس الدولة الجزائري بشكل منتظم، مما يجعل موفق الاجتهاد القضائي من هذا المرسوم وتفسيره لأحكامه مجهولا من أغلبية رجال القانون.

قائمة المصادر والمراجع :

أولاً: المؤلفات

- 1- تياب نادية، محاضرات في قانون الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، الجزائر، 2015/2014.
- 2- زوزو زوليخة، جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، 2012، 2011.
- 3- رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011.
- 4- عبود ميلود وتيقاوي العربي، الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247، المفهوم المبادئ والأحكام التشريعية الخاصة بها، مجلة اقتصاديات المال والأعمال، ع.6، جوان 2018، ص.226.
- 5- عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري، منشأة المعارف للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2004.
- 6- عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 2، 2013.
- 7- كريمة علة، جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012-2013.
- 8- مسعود شهبوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، ج2. نظرية الاختصاص، ديوان المطبوعات الجامعية، ط.6، 2013.

ثانياً: النصوص القانونية

- 1- الأمر 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967، يتضمن قانون الصفقات العمومية، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 52 لسنة 67.
- 2- المرسوم 82-145 المؤرخ في 10 أفريل 1982، ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 15 لسنة 82، بتاريخ 1982/04/23.
- 3- القانون 88-01، المؤرخ في 12/01/1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج.ر.ع2، مؤرخة في 13/01/1988.
- 4- المرسوم التنفيذي 91-434 المؤرخ في 09/11/1991، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 57 لسنة 91.
- 5- المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24/07/2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 52 لسنة 2002.

- 6- المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 2010/10/07، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 58 لسنة 2010، ثم صدر بشأنه استدراك في الجريدة الرسمية عدد 75 بتاريخ 2010/12/08.
- 7- المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 2015/09/16، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية عدد 50 لسنة 2015، مؤرخة بتاريخ 2015/09/20.

علاقة الجمعيات بالمجالس المنتخبة في الجزائر: "دراسة مقارنة"

The relationship of associations with elected councils in Algeria: A Comparative Study

فريد دبوشة، طالب مدرسة الدكتوراه، فرع الدولة والمؤسسات العمومية،

الدفعة الرابعة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1

Farid deboucha, PhD school student, State and public institutions,

Faculty of law, Algiers University1

Abstract:

The movement is the most important channel for regulating citizen participation in the conduct of public affairs, particularly in the context of the representation crisis, and the attempt to move towards a participatory approach, based on an active civil society, which requires the existence of legal texts offering sufficient guarantees to institutionalize the associations by strengthening their relations with the elected Councils, both at the level of the parliamentary institution and elected local councils

This contrasts with some comparative legislation that has been constitutionally inscribed. Institutional integration of associations, in order to benefit from their number and their varieties.

Keywords: - Municipality, -parliament, -associations, -Submit petitions, -participatory democracy.

الملخص:

تعتبر الحركة الجمعوية القناة الأبرز لتأطير مشاركة المواطنين في تسيير الشؤون العمومية، خاصة في ظل أزمة التمثيل، ومحاولة الاتجاه نحو المقاربة التشاركية، والتي قوامها مجتمع مدني فاعل، وهذا ما يحتم وجود نصوص قانونية تعطي الضمانات الكافية لتكريس الإدماج المؤسساتي للجمعيات، من خلال تقوية علاقتها بالمجالس المنتخبة، سواء على مستوى المؤسسة البرلمانية أو المجالس المحلية المنتخبة.

وهنا لا بد من تأطير علاقة الجمعيات بالمجالس المنتخبة المحلية والبرلمانية، عبر نصوص قانونية سواء دستورية أو تشريعية صريحة تضبط إطار هذه الشراكة، وللأسف فإنه ما يلاحظ على التشريع الجزائري، هو ضعف الإطار القانوني المجسد لهذه العلاقة، وهذا على عكس بعض التشريعات المقارنة، التي كرست دستوريا الإدماج المؤسساتي للجمعيات، من أجل الاستفادة من عددها وأصنافها.

الكلمات المفتاحية: البلدية، البرلمان، الجمعيات، تقديم العرائض، الديمقراطية التشاركية.

مقدمة:

إذا كانت الديمقراطيات التقليدية تضمن لكل فرد حق المشاركة في تكوين الإرادة العامة، فإن الديمقراطيات المعاصرة التي عليها أن تتماشى مع العالم الاقتصادي والاجتماعي المعقد، فإن دور الفرد لا يكون مجديا، إلا بواسطة التنظيمات المختلفة التي تقوم بتأطيره وتدعيمه وتحميه في بعض الأحيان، ومن بين هذه التنظيمات نجد الجمعيات التي أصبحت تشكل دور جد هام في تلقين المواطن مبادئ النضج المدني، وتنمية تكوينه الديمقراطي¹.

ومنه يجب إعطاء تصور جديد للجمعيات، يناسب مكانتها الحالية والأهداف الموكولة إليها، وبذلك أصبح من غير المقبول اعتبار الجمعيات كهيئة معارضة للسلطة، بل كشريك فعال في صنع القرار والتخفيف من عبئ الوظائف والمسؤوليات الملقاة على عاتق الدولة، وهذا من خلال توفير العديد من الآليات والضمانات الدستورية والتشريعية².

وفي قراءة لعدد الجمعيات الموجودة حاليا بمختلف أصنافها، تدفعنا إلى ضرورة ربط جسور التعاون بين المجتمع المدني ممثلا في الجمعيات المختلفة، وبين المجتمع السياسي أو الشريحة المنتخبة، وهذا من خلال

¹ حسن رابحي، الحركة الجمعوية والدولة في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الإدارة والمالية العامة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2000-2001، ص176.

² حسن رابحي، نفس المرجع، ص178.

تحفيز الجمعيات على النشاط والعمل وفسح المجال أمامها للمشاركة في تسيير الشأن العمومي، وتصبح بذلك كقوة اقتراح، من خلال تقديم مقترحات تتعلق بإضافة نقطة ما في جدول أعمال المجالس المنتخبة، وهذا ما يجعلها تثبت وجودها وتنبئ أدائها الجماعي.

كما أنه لا يقع على عاتق السلطات العمومية فقط الاقتراب من منظمات المجتمع المدني، بل يقع أيضا على عاتق هذه الأخيرة التواصل مع السلطات العمومية، والمشاركة في تأطير المواطنين، وأن تكون قوة اقتراح جادة في بناء الشأن العمومي بمختلف مجالاته، وجهازا شعبيا للرقابة على التنفيذ.

ويعتبر الدور الذي تلعبه حركات المجتمع المدني في تقوية مؤسسات الدولة مركزيا ومحليا، غاية في الأهمية، كون الشراكة الحقيقية بين مؤسسات المجتمع المدني والدولة، تؤسس إلى إشراك المواطن في رسم السياسة العامة للدولة، والملاحظ أن الدول الأكثر ديمقراطية يكون دور للجمعيات جد فعال، وهذا ما يجعل مؤسسات الدولة في غاية القوة، بالنظر إلى التواصل المستمر مع المواطن المهيكل في إطار تنظيمات المجتمع المدني، وبالتالي فما تعجز الدولة عن تحقيقه يسعى المجتمع المدني إلى إتمامه، وهذا ما يساعد في تقوية مؤسسات الدولة ويكرس لشراكة حقيقية بين مؤسسات الدولة والجمعيات.

وهذه الشراكة بين مؤسسات الدولة ومنظمات المجتمع المدني، هي السبيل الأمثل لتعزيز قيم الديمقراطية التشاركية، وقيم المواطنة واحترام حقوق الإنسان وحرياته، ومحاربة جميع مظاهر الفساد، وذلك ما يسهم ويعزز عملية التحول الديمقراطي، وتوفير الشروط اللازمة لتعميق الممارسة الديمقراطية وتأكيد قيمها الأساسية¹.

ولمعالجة موضوع علاقة الجمعيات بالمجالس المنتخبة في الجزائر، ومن أجل الإلمام بكل جوانبه نطرح الإشكالية التالية:

إذا كانت الحركة الجمعوية تعتبر القناة الأبرز لتأطير مشاركة المواطنين في تسيير الشؤون العمومية، خاصة في ظل أزمة التمثيل، ومحاولة الاتجاه نحو المقاربة التشاركية، والتي قوامها مجتمع مدني فاعل، فهل تمكنت النصوص القانونية من إعطاء الضمانات الكافية لتكريس الإدماج المؤسسي للجمعيات، من خلال تقوية علاقتها بالمجالس المنتخبة، سواء على مستوى المؤسسة البرلمانية أو المجالس المحلية المنتخبة؟.

وللإجابة على الإشكالية التي تم طرحها، قسمنا موضوع الدراسة إلى مبحثين، إذ تناولنا في المبحث الأول التأطير الدستوري والتشريعي لعلاقة الجمعيات بالمجالس المنتخبة، أما المبحث الثاني، فتناولنا فيه ضمانات تجسيد هذه العلاقة، من خلال آليات التواصل بين الجمعيات والمجالس المنتخبة البرلمانية والمحلية.

¹بوطيب بن ناصر، علاقة المجتمع المدني بالمجالس المنتخبة، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة زيان عاشور، الجلفة، العدد 17، 2017، ص 19.

المبحث الأول: محدودية الإطار القانوني المؤطر لعلاقة الجمعيات بالمؤسسات المنتخبة.

عرف الإنسان أشكالاً مختلفة من الديمقراطية جاءت نتيجة ظروف ومتطلبات فرضت اختيارها، فبعد أن طبقت الديمقراطية المباشرة في العهد اليوناني، حيث كان الشعب يشارك في تسيير شؤون دولته مباشرة، لكن هناك عوامل عديدة من أهمها تزايد عدد السكان، في تبني الديمقراطية التمثيلية التي تكفل للشعب اختيار نواب عنه يتمتعون بالصلاحية والكفاءة، يمارسون السلطة باسمه وبالنيابة عنه خلال فترة زمنية محددة¹.

تشكل المجالس المنتخبة مكاناً لتطور وتجسيد الديمقراطية²، كونها تركز فلسفة التمثيل السياسي وثقافة المراقبة والمحاسبة، وقيم الحوار والنقاش العمومي³، غير أن التجربة الميدانية أثبتت عجز التمثيل النيابي، عن بناء نظام حكم تتاح فيه الفرصة لكل الفاعلين للمشاركة في اتخاذ القرارات المتعلقة بهم.

مما دفع أغلب الدول إلى تبني نموذج ديمقراطي، يساهم في إشراك مختلف الفاعلين من مواطنين ومنظمات المجتمع المدني في إدارة وتسيير شؤونهم، سواء على المستوى المركزي أو المحلي، ولذلك عملت هذه المجالس على الاستيعاب الإيجابي لكل التحولات المجتمعية، والتي أفرزتها تنظيمات وجمعيات مدنية فاعلة، فظهر مفهوم مشاركة مؤسسات المجتمع المدني في أعمال المجالس المنتخبة.

وهنا لا بد من تأطير علاقة الجمعيات بالمجالس المنتخبة المحلية والبرلمانية، عبر نصوص قانونية سواء دستورية أو تشريعية صريحة تضبط إطار هذه الشراكة، وللأسف فإنه ما يلاحظ على التشريع الجزائري، هو ضعف الإطار القانوني المجدد لهذه العلاقة، وهذا على عكس بعض التشريعات المقارنة، التي كرست دستوريا الإدماج المؤسسي للجمعيات، من أجل الاستفادة من عددها وأصنافها.

المطلب الأول: التكريس الدستوري لعلاقة الجمعيات بالمجالس المنتخبة.

إذا كانت الجزائر تملك خزاناً حركياً في فضاء الحركة الجمعوية لا يمكن إنكاره، حيث تجاوز 120.000 جمعية بمختلف أصنافها، حسب الإحصائيات المقدمة من طرف وزارة الداخلية والجماعات المحلية، وهذا ما يتطلب ضرورة الاستفادة من عدد هذه الجمعيات، من خلال تكريس تشريعي لعملية تواصل المجالس المنتخبة مع مؤسسات المجتمع المدني.

وهذا ما سعت الإصلاحات السياسية لمحاولة تجسيده منذ 2011، من أجل تقوية دور الجمعيات داخل مؤسسات الدولة، لأن الممارسة الديمقراطية تتطلب وجود مجتمع مدني يعد جزءاً من العملية الديمقراطية، وهذا وفقاً لما تقتضيه مبادئ المقاربة التشاركية والتي تعتبر شكلاً جديداً للديمقراطية، تتمثل في مشاركة

¹ بوطيب بن ناصر، المجالس المنتخبة والمجتمع المدني في الدول المغاربية تونس- الجزائر- المغرب، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014-2015، ص 01.

² كمال جلاب، الإدارة المحلية وتطبيقاتها" الجزائر، بريطانيا، فرنسا" دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2017، ص 06.

³ بوطيب بن ناصر، علاقة المجتمع المدني بالمجالس المنتخبة، المرجع السابق، ص 01.

المواطنين المباشرة في مناقشة شؤونهم العمومية، واتخاذ القرارات المتعلقة، بهم وتوسيع ممارسة السلطة إلى المواطنين.

بالرجوع إلى كل الدساتير المتعاقبة نجدها قد اعترفت بالحق في تكوين مؤسسات المجتمع المدني، وهذا بداية من دستور 1963¹ في مادته 19، ثم دستور 1976² في مادته 56، ثم بداية من التعددية الحزبية جاء دستور 1989³ ليكرس هذا الحق في المادة 39 و32 منه، والملاحظ على كل هذه الدساتير أنها تطرقت للجمعيات في مواد قليلة جدا.

وبداية من دستور 1996⁴ نجده قد تطرق للجمعيات في 03 مواد (33-41-43)، وهو نفس العدد في إطار التعديل الدستوري لسنة 2016⁵، حيث نجد أن المؤسس الدستوري قد نص على هذا الحق في 03 مواد (المادة 39-48-54)، لكن أهم ما يميز هذا التعديل الدستوري، هو الترقية المعيارية للنص المنظم للجمعيات، وهذا انطلاقا من نص المادة 54 في فقرتها الثالثة، والتي أكدت على أن تحديد شروط وكيفيات إنشاء الجمعيات يكون بواسطة قانون عضوي، وليس قانون عادي كما كان في إطار الدساتير السابقة.

غير أنه بالرجوع إلى كل النصوص الدستورية السالفة الذكر، نجد أنها لم تؤطر العلاقة بين مؤسسات المجتمع المدني والمجالس المنتخبة، وبالتالي هناك استبعاد لتأسيس هذه العلاقة، فاسحا المجال فقط للأحزاب السياسية، التي لها حق المشاركة في العمل البرلماني تشريعا ورقابة، وهذا بالرغم من أن الجمعيات هي الأكثر قربا للمواطن واحتكاكا به، على عكس الأحزاب السياسية التي أصبحت لا تتمتع بثقة المواطن.

غير أنه عندما نرجع لبعض الدساتير المقارنة، نجدها قد تطرقت لتأطير هذه العلاقة بشكل واضح وصريح، وأبرز مثال على ذلك هو الدستور التونسي لسنة 2014⁶ في الفصل 139 منه، وكذلك الدستور المغربي لسنة

¹ دستور 1963 المؤرخ في 10 سبتمبر 1963، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 64 لسنة 1963.

² دستور 22 نوفمبر 1976، الصادر بموجب الأمر رقم 76-97 المؤرخ في 30 ذي القعدة عام 1396 الموافق لـ 22 نوفمبر 1976، يتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 94 لـ 02 ذو الحجة 1396، الموافق لـ 24 نوفمبر 1976.

³ دستور 23 فيفري 1989، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-18 المؤرخ في 22 رجب عام 1409، الموافق لـ 28 فيفري 1989، يتعلق بنشر نص التعديل الدستوري الموافق عليه في استفتاء 23 فيفري 1989، في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجريدة الرسمية، العدد 09 المؤرخة في 23 رجب 1409 الموافق لـ 01 مارس 1989.

⁴ دستور 28 نوفمبر 1996، الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 26 رجب عام 1417 هـ، الموافق لـ 07 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996 في الجريدة الرسمية رقم 76، المؤرخة في 08 ديسمبر 1996.

⁵ القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية، العدد 14، المؤرخة في 07 مارس 2016.

⁶ دستور الجمهورية التونسية لسنة 2014، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد خاص، المؤرخ في 10 ربيع الثاني 1435، الموافق لـ 10 فيفري 2014.

¹2011، حيث أكد على هذه العلاقة مباشرة في ديباجة الدستور، ثم في 09 مواد كاملة، بداية من الفصل الأول منه، ثم الفصل 11 و12 و13 و14 و15 و33 والفصل 146 والفصل 170.

المطلب الثاني: التكريس التشريعي لعلاقة الجمعيات بالمجالس المنتخبة.

بالرجوع إلى كل النصوص التشريعية المؤطرة للحياة السياسية في الجزائر، نجد أنها لم تركز لهذه العلاقة، خاصة أن أهم نص قانوني في هذا الإطار هو قانون الجمعيات لسنة 2012²، الذي لم يعالج هذه الشراكة، ما عدى في فقرة واحدة من المادة 17، وهي نفس الفقرة أعيد تكريسها عبر مشروع القانون العضوي المتعلق بالجمعيات لسنة 2018.

وعندما نرجع للمشروع التمهيدي للقانون العضوي المتعلق بالجمعيات لسنة 2018، ففي عرض الأسباب أكد على أهمية المجتمع المدني في صنع القرار على المستوى المحلي، حيث نص على دور العمل الجماعي في تحقيق الترابط والتماسك بين أفراد المجتمع، وحثهم على المبادرة والتطوع والمشاركة الإيجابية في الحياة العامة، من أجل تحقيق التنمية المستدامة، كما أن تفعيل وتأييد الجمعيات، من شأنه أن يعزز مفهوم المواطنة، ويجسد الديمقراطية التشاركية، من خلال توسيع مشاركة المواطنين في الحوار والتشاور وفي رسم السياسات العامة للدولة.

كما أكد نص المشروع التمهيدي، على تعزيز الآليات المتعلقة بتفعيل الجمعيات وترقية دورها في المجتمع، من خلال إشراكها في تسيير الشأن المحلي، لاسيما الجمعيات التي يتأكد سعيها إلى تحقيق حاجيات وأهداف تكتسي صبغة المنفعة العمومية، ومن ثمة الوصول إلى بلورة حركة جمعوية فاعلة وفعالة داخل أوساط المجتمع، سواء من خلال المشاركة في اتخاذ القرار، أو المساهمة في تحقيق السياسات والبرامج المسطرة من طرف السلطات العمومية، وهذا على غرار ما هو معمول به في مختلف البلدان.

ويعتبر القانون التوجيهي للمدينة رقم 06-06³ نموذج لهذه العلاقة، حيث كرس المادة 04 و14 لتأطير هذه الشراكة بين الجماعات المحلية والجمعيات، دون أن ننسى محاولة المشرع في إطار قانون البلدية رقم 10-11⁴، انطلاقاً من تخصيص باب كامل يتعلق بمشاركة المواطنين في تسيير شؤون البلدية، بالإضافة إلى مواد أخرى في هذا القانون.

¹ ظهير شريف رقم 1.11.91، صادر في 27 من شعبان 1432 (29 يوليو 2011) بتنفيذ نص الدستور، الجريدة الرسمية، عدد 5964 مكرر، الصادرة بتاريخ 28 شعبان 1432، (30 يوليو 2011).

² القانون رقم 06-12، المؤرخ في 18 صفر 1433 الموافق لـ 12 يناير 2012، يتعلق بالجمعيات، الجريدة الرسمية العدد 33، الصادرة في 15 جانفي 2012.

³ القانون رقم 06-06، المؤرخ في 20 فيفري 2006، يتضمن القانون التوجيهي للمدينة، الجريدة الرسمية، العدد 15، المؤرخة في 12 مارس 2006.

⁴ القانون رقم 10-11، المؤرخ في 20 رجب عام 1432 الموافق لـ 22 يونيو 2011، المتعلق بالبلدية، الجريدة الرسمية، العدد 37، لـ 03 جويلية 2011.

غير محاولة المشرع من أجل تكريس شراكة حقيقية بين الجمعيات والمجلس الشعبي البلدي، والتي هي إحدى مقومات نجاح الديمقراطية المحلية، اصطدمت بضرورة صدور نصوص تنظيمية تحدد إطار مبادرات المجتمع المدني، والتي لم تصدر إلى غاية اليوم، ونحن على مشارف قانون جديد للجماعات الإقليمية¹.

وبالرجوع لأحكام المشروع التمهيدي المتعلق بالجماعات الإقليمية، فنلاحظ عدم الإشارة لعلاقة الجمعيات بالمجلس المنتخب، وهذا من خلال بيان عرض الأسباب، بالرغم من تأكيد في عدة فقرات على تكريس الديمقراطية التشاركية، كوسيلة لتحسين عمل وسير المجلس الشعبي البلدي، فقد أكدت الفقرة 17 منه على أن تسيير المجالس المنتخبة سيعرف تغييرا جذريا مع مشروع هذا القانون، إذ تمارس أنشطتهم في ظل احترام دولة القانون و الديمقراطية التشاركية واللامركزية.

فقد أكدت الفقرة 09 من بيان عرض الأسباب، على أنه لا بد من إرساء معالم نظام جديد يسمح بالوصول إلى حلول تهدف إلى تعزيز اللامركزية، وفتح الإمكانيات العملية لممارسة الديمقراطية التشاركية، كما أضافت الفقرة 11 منه، على أن هذه الإجراءات الجديدة التي تم إدخالها، تكون دعامة مهمة لتحسين تسيير الجماعات الإقليمية، في نفس السياق تم تحديد المبادئ الأساسية، المهام، وممارسة الديمقراطية التشاركية، وذلك مطابقة للتعديل الدستوري لسنة 2016.

كما أكد في المادة 08 من هذا المشروع، على أن الجماعات الإقليمية تشكل فضاء للتعبير عن المواطن، ومكان ممارسة الديمقراطية التشاركية، وتضمن في إطار منتظم، التشاور ومشاركة المواطنين في تسيير الشؤون المحلية، غير أن تحقيق هذه المشاركة يتطلب ضمانات تجسد هذه المقاربة.

وهذا من خلال تخصيص الباب الرابع من الجزء الأول، الذي جاء تحت عنوان الديمقراطية التشاركية، خصص لها 04 مواد (20-21-22-23)، مثلما كان في إطار قانون البلدية رقم 10-11، بالإضافة إلى المادتين 151 و152، من خلال محاولة توضيح علاقة المجلس الشعبي البلدي بالجمعيات، عبر تحديد الآليات التي بواسطتها يمكن للجمعيات المساهمة في تسيير الشأن المحلي.

ورغم الاهتمام الكبير بمبدأ الديمقراطية التشاركية في إطار عرض أسباب هذا المشروع، لكن نلاحظ أن هناك تراجع عن بعض مكتسبات تم تكريسها في قانون البلدية رقم 10-11، والتي سنتطرق لها في إطار تبين آليات انفتاح المجالس المنتخبة على الجمعيات في المبحث الثاني من هذه الدراسة.

وبالرجوع للنصوص القانونية المتعلقة بالعمل البرلماني، نجدها كذلك أنها قد غيّبت النص على هذه العلاقة، خاصة في الأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان، وكذلك القانون العضوي المحدد لعلاقة البرلمان بالحكومة، وهذا

¹ فريد دبوثة، "الشراكة بين مؤسسات المجتمع المدني والسلطات المحلية كأساس لتحقيق الديمقراطية التشاركية المكرسة بموجب الدستور المغربي لسنة 2011 والتعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1، ديسمبر 2017، ص78.

على عكس بعض التشريعات المقارنة، التي كرست دستوريا حق الجمعيات في إعداد مشاريع وقرارات لدى المؤسسة التشريعية.

وهذا على عكس التشريع التونسي، بداية من صدور القانون العضوي لسنة 2018 المتعلق بمجلة الجماعات المحلية¹، فقد نص صراحة على تأطير العلاقة بين الجماعات المحلية ومؤسسات المجتمع المدني، وهذا عبر مواد كاملة من المادة 29 إلى غاية المادة 37، والتي جاءت تحت عنوان في الديمقراطية التشاركية والحوكمة المفتوحة، وضّح من خلالها الإطار القانوني لهذه الشراكة.

كما نجد أن المنظومة القانونية المغربية، جعلت من المجالس الجماعية فضاء ملائما لتطوير مشاركة منظمات المجتمع المدني في إدارة وتسيير الجماعات المحلية، وإرساء معالم الديمقراطية التشاركية. وهذا عبر القانون 08-17 المتعلق بالميثاق الجماعي²، من خلال نص المادة 36 والمادة 117 منه، والتي جسدت ما تم تكريسه في دستور 2011.

وبالتالي نستنتج أن علاقة الجمعيات بالمجالس المنتخبة سواء على المستوى المركزي أو المحلي، لم تؤطر بالشكل الكافي من خلال الدساتير المتعاقبة أو باقي النصوص القانونية الأخرى، مما أدى إلى غموض وعدم وضوح انفتاح المؤسسات المنتخبة على الجمعيات، وهذا على عكس التشريعات المقارنة، التي كرست ترسانة من النصوص الدستورية لتنظيم العلاقة بين مؤسسات المجتمع المدني والمجالس المنتخبة، المحلية والبرلمانية، في إطار تحقيق الديمقراطية التشاركية.

المبحث الثاني: آليات تواصل الجمعيات بالمؤسسات المنتخبة.

بالنظر إلى الإدماج المادي للحركة الجمعوية في الجزائر، وهذا من خلال عددها الذي فاق 120.000 جمعية، يجب على السلطة التشريعية، أن تعمل جاهدة على إصدار تشريعات لمحاولة استيعاب العدد الهائل من الجمعيات³، بما يخدم تطور المجالس المنتخبة، خاصة وأن منظمات المجتمع المدني تعد القلب النابض للمطالب الشعبية، كونها تتفاعل معها بإيجابية، وتعد أكثر احتكاك بالمواطن خاصة بعد فشل النظام التمثيلي، ومحاولة الاتجاه نحو المقاربة التشاركية والتي أساسها إشراك فعلي للمجتمع المدني.

¹ قانون أساسي عدد 29 لسنة 2018، مؤرخ في 09 ماي 2018، يتعلق بمجلة الجماعات المحلية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 39، في 15 ماي 2018، ص 1710.

² ظهر شريف رقم 1.08.153 الصادر في 22 صفر 1430 الموافق لـ 18 فيفري 2009، بتنفيذ القانون رقم 17.08 المغير والمتمم بموجبه القانون 78.00 المتعلق بالميثاق الجماعي كما تم تغييره وتتميمه، الجريدة الرسمية العدد 5711 الصادرة في 23 فيفري 2009، ص 536.

³ هيبية عوادي، النظام القانوني للأحزاب والجمعيات في الدول المغاربية، تونس- الجزائر- المغرب، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2015-2016، ص 124.

غير أن المتفحص للنصوص التشريعية المتعلقة بعمل المؤسسة التشريعية أو المجالس المحلية، يجد أن هناك غياب كلي لتجسيد وتأطير علاقة مؤسسات المجتمع المدني بالمجالس المنتخبة، ويتضح من خلالها عدم انفتاح وغياب لآليات التواصل، مما يؤثر على تكريس معالم الديمقراطية التشاركية المكرسة دستورياً، في إطار آخر تعديل دستوري لسنة 2016، وهذا على عكس التشريع المغربي الذي جسّد دستورياً وتشريعياً عملية الإدماج المؤسساتي للجمعيات سواء على المستوى المجالس المحلية أو المؤسسة التشريعية.

المطلب الأول: نقص آليات انفتاح المؤسسة التشريعية على الجمعيات.

بالرغم من الإصلاحات التي جاءت في أبريل 2011، وقد تم الإعلان عن حوار موسع مع مختلف المؤسسات والفاعلين الاقتصاديين والاجتماعيين، ومن خلاله تم النظر في العديد من النصوص القانونية، لكن بالرجوع لبعض النصوص لم تظهر لمسة وحقيقة إشراك الجمعيات في إثراء هذه النصوص، نجد مثلاً أن قانون الجمعيات لسنة 2012، قد أكد التقييد الذي تفرضه الدولة على مؤسسات المجتمع المدني¹.

خاصة وأن المجلس الشعبي الوطني² يضم 12 لجنة دائمة، منها لجنة واحدة فقط تهتم بالعمل الجمعي، وهي لجنة الشباب والرياضة والنشاط الجمعي، لكن بالرجوع للنظام الداخلي لمجلس الأمة³ وفي مادته 16، نجد أن لهذه الهيئة 09 لجان دائمة، غير أنه لا وجود لأية لجنة متعلقة بالعمل الجمعي.

علماً أن البرلمان بغرفتيه لا يتضمن قانونه الداخلي ولا القانون العضوي 16-12 المنظم للمجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة⁴، إمكانية إشراك المجتمع المدني بأي شكل كان في أعمالهما، ما عدى ما نصت عليه أحكام المادة 43 من النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني، من خلال إمكانية اللجان الدائمة في إطار ممارسة أشغالها، أن تدعوا أشخاصاً مختصين وذوي خبرة للاستعانة بهم في أداء مهامها، وهي نفس المادة أعيد إدراجها في النظام الداخلي لمجلس الأمة في مادته 40.

كذلك نجد أن من بين أهم القنوات التي تنمي العلاقة بين البرلمان والمواطنين، هو فتح البرلمان أمام الجمهور حتى يستطيع التعبير عن آرائه، لهذا سمحت العديد من برلمانات العالم لحضور جلسات البرلمان، حيث

¹ الأمين سويقات، دور المجتمع المدني في تكريس الديمقراطية التشاركية: دراسة حالي الجزائر والمغرب، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، العدد 17، جوان 2017، ص 247.

² النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني، الجريدة الرسمية العدد 46 لـ 30 جويلية سنة 2000.

³ النظام الداخلي لمجلس الأمة، الجريدة الرسمية العدد 49، الصادرة في 22 أوت 2017، ص 14.

⁴ القانون العضوي رقم 16-12 المؤرخ في 22 ذي القعدة عام 1437، الموافق لـ 25 أوت 2016، يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني، ومجلس الأمة وعملهما، وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 50 المؤرخة في 25 ذي القعدة عام 1437 الموافق لـ 28 أوت 2016.

يخصص فضاء في المنصة للجمهور، مما يجعل عمله أكثر شفافية، ويعزز فرصة مشاركة المواطنين ومحاسبة النواب والحكومة معا¹.

وفي هذا الإطار نجد أن المؤسس الدستوري من خلال المادة 133، قد أكد على أن جلسات البرلمان علانية، لكن قد أورد قيودا على هذه الضمانة من خلال الفقرة الثالثة من نفس المادة، حيث يجوز عقد جلسات مغلقة، وهذا بطلب من رئيسي غرفتي البرلمان، أو بطلب من أغلبية أعضائهما الحاضرين، أو بطلب من الوزير الأول.

وهنا لا بد من إدراج مواد في الأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان، تحدد العلاقات بين الجمعيات والمؤسسة التشريعية، وهذا ما يسمح بإشراك مؤسسات المجتمع المدني في الموضوع المطروح للنقاش داخل هيكل البرلمان وإبداء الرأي فيه، خاصة داخل لجان البرلمان المتخصصة².

وفي هذا الإطار نجد أن بعض برلمانات العالم، تسمح للمواطنين بالمشاركة في العمل التشريعي والتعبير عن رأيهم، وهذا ما هو معمول به في التشريع النمساوي، حيث يمكن للمواطنين المشاركة مباشرة في سن القوانين بتقديم مبادراتهم إلى المجلس الفدرالي أو المجلس الوطني، أما المنظمات الاجتماعية فهي تعرض آرائها على المجموعات البرلمانية، والتي تأخذها بعين الاعتبار وتدمجها في مشاريع القوانين³.

كما أنه من الضروري مساندة بعض التشريعات المقارنة والتي جسدت حقيقة انفتاح المؤسسة التشريعية على الجمعيات، حيث نجد أن النظام الداخلي لمجلس النواب المغربي، قد وضّح آليات مشاركة منظمات المجتمع المدني، من خلال المساهمة في إعداد القرارات والمشاريع والمشاركة في التشريع والرقابة، من خلال تقديم الملتزمات والعرائض.

وفي هذا الإطار أكد المؤسس الدستوري المغربي لسنة 2011 في مادته 12 من الفقرة الثالثة، على أن تساهم الجمعيات المهتمة بقضايا الشأن العام، في إعداد قرارات ومشاريع لدى المؤسسات المنتخبة والسلطات العمومية وكذا في تفعيلها وتقييمها، وعلى هذه السلطات أن تنظم هذه المشاركة وفق ما ينص عليه القانون.

كما أكد الفصل 13 منه على أن تعمل السلطات العمومية على إحداث هيئات للتشاور، قصد إشراك مختلف الفاعلين في إعداد السياسات العمومية وتنفيذها وتقييمها، بالإضافة إلى حق المواطنين في تقديم ملتزمات في مجال التشريع، وكذلك حقهم في تقديم عرائض إلى السلطات العمومية، وهذا ما أكد عليه الفصل 14 و15 من الدستور المغربي لسنة 2011.

¹ صبرينة عجاي، دور اللجان البرلمانية والمجتمع المدني في ترشيد الأداء البرلماني، مجلة حوليات، كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة قلمة، العدد 22، 2017، ص 103.

² عبد الناصر جابي، العلاقات بين البرلمان والمجتمع المدني في الجزائر، م داخلية أقيمت في إطار اليوم الدراسي البرلمان- المجتمع المدني- الديمقراطية، يومي 27 و28 أبريل 2008، بفندق الأوراسي، الجزائر العاصمة، مجلة الوسيط، وزارة العلاقات مع البرلمان، العدد 06 لسنة 2008، ص 78.

³ صبرينة عجاي، المرجع السابق، ص 104.

كما نص الدستور المغربي لسنة 2011 كذلك من خلال نص المادة 170 منه على المجلس الاستشاري للشباب والعمل الجمعي، باعتباره هيئة استشارية في ميادين حماية الشباب والنهوض بتطوير الحياة الجمعوية، ووفقا للنظام الداخلي لمجلس النواب المغربي، فإن هذه الهيئة تقدم تقريرا عن أعمالها سنويا للبرلمان، وبإمكانها إبداء الرأي بخصوص أي مشروع أو مقترح قانون متعلق بهذه الهيئة، وهذا حسب أحكام المادة 342 و343 من النظام الداخلي لمجلس النواب المغربي لسنة 2017.

وهنا يجب أن نشير إلى الإدماج المؤسسي للجمعيات من طرف البرلمان المغربي، الذي نص في نظامه الداخلي على عدة لجان دائمة، منها لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان، هذه الأخيرة من اختصاصاتها، العلاقات مع البرلمان والمجتمع المدني، كما أكد على ضرورة التواصل مع المجتمع المدني، من خلال التفاعل الإيجابي مع انشغالات الجمعيات.

المطلب الثاني: غموض يكتنف عملية إشراك المجتمع المدني في تسيير الشأن المحلي.

ومن هذا المنطلق بادرت السلطة السياسية بجملة من الإصلاحات العميقة أعلن عنها رسميا في 15 أفريل 2011، جاءت بهدف أساسي هو تدعيم الممارسة الديمقراطية وإشراك المجتمع المدني في الإدارة والتنمية الشاملة تكريسا لمقومات الحكم الراشد، فقد شملت هذه المبادرة جملة من القوانين القائمة عليها ممارسة الديمقراطية، كقانون الانتخابات والجمعيات والأحزاب السياسية والإعلام، وقد كان لقانون البلدية والولاية النصيب الأكبر منها، وهذا من أجل إيجاد لامركزية أكثر ومشاركة فعلية في صنع القرار على المستوى المحلي، وهذا ما يكرس الديمقراطية التشاركية ومبادرات المجتمع المدني¹.

وبالتالي فنجاح تجربة الديمقراطية التشاركية مرهون بوجود مجتمع مدني فاعل ومتحمس، فهو أبرز قناة لمشاركة فعالة للمواطن على المستوى المحلي وكذلك باعتباره نقطة توازن في علاقته مع الإدارة، فهو يعمل على توعية الحياة المحلية والرقى بها باعتبارها مدارس للتربية المدنية وأسلوب نموذجي لترشيد عمل السلطات العمومية، ولهذا كرست أغلب الدول في دساتيرها هذه القناة كحرية أساسية للمواطن، خاصة وأنها تسعى لتحقيق هدف واحد مشترك، وهذا ما يعكس الصدى الكبير لها لدى المسؤولين المحليين².

غير أنه لا بد من وجود شراكة وتواصل المجتمع المدني مع السلطات المحلية خاصة في ظل العدد الكبير من الجمعيات، وهذا ما يؤهلها في لعب دور مركزي على المستويات المحلية والمشاركة في اتخاذ القرار³، وهذا ما سارعت إليه الأنظمة السياسية في هذه البلدان سواء الجزائر أو المغرب، في اتخاذ جملة من الإصلاحات

¹ نور الهدى روبي، "إصلاح نظام الجماعات الإقليمية: البلدية في إطار القانون 11-10" مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة الجزائر، 2012، ص59.

² نور الهدى روبي، المرجع السابق، ص59.

³ عمار بوضياف، "شرح قانون البلدية"، الطبعة الأولى دار جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص191.

السياسية بهدف تقوية دور مؤسسات المجتمع المدني داخل مؤسسات الدولة، خاصة وأن ممارسة الديمقراطية تتطلب وجود حركات جمعوية فاعلة والتي تعد جزءاً من العملية الديمقراطية ذاتها¹.

كما أن هذه الشراكة بين المجتمع المدني والسلطات المحلية كأساس لتحقيق الديمقراطية التشاركية، يجب أن تكون مضبوطة بأطر قانونية تركز حضور ومشاركة المجتمع المدني في اتخاذ القرار على المستوى المحلي، وهذا ما يدعونا إلى البحث عن الأسس والآليات القانونية التي تركز مشاركة المجتمع المدني في تسيير الشأن المحلي كطرف فاعل في تحقيق الديمقراطية التشاركية المكرسة دستورياً.

أما عن النصوص القانونية المتعلقة بالجماعات المحلية، فنجد أن عرض أسباب مشروع قانون البلدية رقم 10-11 قد أكد على التسيير الجوّاري والديمقراطية المحلية حيث جاء فيه: على مستوى المبادئ الأساسية كان من الضروري تجسيد الأسس التي كرسها الدستور ضمن المنظومة القانونية في مجال الديمقراطية المحلية والتسيير الجوّاري والسيادة الشعبية، كما جاء في توصيات التقرير التمهيدي لمشروع هذا القانون ومناقشات النواب، التأكيد على ضرورة إشراك المواطن، لا سيما من خلال منظمات المجتمع المدني في تسيير شؤونه المحلية والمساهمة الفعالة في التنمية المحلية، فتغيب المواطن عن المشاركة في اتخاذ القرار صار يلجأ في التعبير عن استيائه بالفوضى²، خاصة إغلاق الطرق العامة والقيام بأعمال تخريبية³.

وفي هذا الإطار صدر قانون البلدية رقم 10-11، وقد خصص باباً كاملاً يضم 04 مواد من المادة 11 إلى المادة 14 تحت عنوان مشاركة المواطنين في تسيير الشؤون العمومية، حيث أشار من خلال هذه المواد إلى آليات تكريس الديمقراطية التشاركية، غير أنه كل هذه الآليات ليست جديدة، بل هي موجودة منذ أول قانون للبلدية سنة 1967.

أما عن دور المجتمع المدني في صنع القرار على المستوى المحلي، فبالرجوع لنص المادة 12 من قانون البلدية فقد أكدت على سهر المجلس الشعبي البلدي على وضع إطار ملائم للمبادرات المحلية التي تهدف لتحفيز المواطنين على المشاركة في تسوية مشاكلهم وتحسين ظروف معيشتهم، بالإضافة إلى المادة 13 منه قد نصت على إمكانية استعانة رئيس المجلس الشعبي البلدي كلما اقتضت ذلك شؤون البلدية، بصفة استشارية بكل شخصية محلية وكل خبير أو كل ممثل جمعية معتمدة قانوناً، الذين من شأنهم تقديم أي مساهمة مفيدة لأشغال المجلس أو بحكم مؤهلاتهم أو طبيعة نشاطاتهم.

¹ بوطيب ناصر، "المجالس المنتخبة والمجتمع المدني في الدول المغاربية تونس- الجزائر- المغرب"، المرجع السابق، ص 02.

² حورية سعادية، "المسار القانوني للوحدات المحلية القاعدية في الجزائر، الجماعة في المغرب"، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة أم البواقي، العدد 07، لسنة 2017، ص 717.

³ مريم حمدي، "دور الجماعات المحلية في تكريس الديمقراطية التشاركية في التشريع الجزائري"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة المسيلة، 2015، ص 41.

من خلال هذه النصوص نجد أنها هدفت إلى تحقيق الديمقراطية التشاركية في إطار التسيير الجوّاري للإدارة المحلية، غير أن مكانة المجتمع المدني في صنع القرار على المستوى المحلي، جاءت مهمشة دستوريا بالإضافة إلى الغموض التشريعي فيما يخص مبادرات المجتمع المدني التي جاءت مقيدة بسلطة رئيس المجلس أو في انتظار صدور التنظيم المجسد لها.

وبالرجوع لأحكام المشروع التمهيدي لقانون الجماعات الإقليمية، نلاحظ أنه حاول تجسيد الإدماج المؤسسي للجمعيات من خلال عدة آليات كانت مكرسة سابقا في إطار قانون البلدية رقم 10-11، بداية من المادة 20 منه والتي أكد فيها المشروع على أن الجماعة الإقليمية تعمل على تجسيد الديمقراطية التشاركية، وتتخذ كل التدابير التي تسمح للمواطنين الاطلاع المنتظم على نشاطات المجلس، والقرارات التي تخصهم، بالإضافة إلى ما أكدت عليه أحكام المادة 21 من المشروع، من خلال اتخاذ التدابير الضرورية من أجل تحسين الاستماع للمواطنين، وتسهيل حضورهم لجلسات المجلس، وضمان حقهم في الاطلاع على الوثائق الإدارية التي تعنيهم.

ولكن الشيء الجديد في هذا النص، والذي أعطى ضمانا تجسيد مشاركة المواطن والجمعيات في تسيير الشأن المحلي، والتي لم تكن موجودة في كل النصوص السابقة، حيث أكدت المادة 22 منه، على ضمان الجماعات الإقليمية الحق في المساهمة في تحديد وتحقيق النشاطات العمومية المحلية ذات المنفعة العامة، في إطار منظم يدعى هيئة تشاركية، والتي تتشكل من ممثلي الجمعيات المحلية ومن التعاونيات المهنية ومنظمات المجتمع المدني، ولكن تطبيق هذه المادة مرتبط بوجود نص تنظيمي، كما أن هذه المادة اختزلت مشاركة المواطنين في تسيير الشأن المحلي في هذه الهيئة فقط.

وفي إطار سير أعمال المجلس الشعبي البلدي، فإن الهيئة التشاركية يمكن لها أن تطلب إدراج نقطة في جدول أعمال دورة المجلس، تتعلق بالمهام المنوطة بالبلدية، غير أن تطبيق هذه الآلية مرتبط بالسلطة التقديرية لرئيس المجلس، الذي يبلغ الهيئة بالنتيجة التي أسفر عنها دراسة طلبها، ويكون ذلك بإجابة معللة، مهنا يجب أن نشير إلى أن هذه الآلية مقتصرة فقط على الهيئة التشاركية، على عكس بعض التشريعات المقارنة مثل التشريع المغربي والفرنسي، الذي مكّن المواطنين والجمعيات من حق تقديم العرائض وبمصوص قانونية صريحة¹.

¹ لقد سبق وأن طالبت الأستاذة سعاد غوتي بضرورة دسترة حق المواطن في تقديم العرائض للمجلس الشعبي البلدي، وهذا في إطار استشارتها من أجل التعديل الدستوري لسنة 2016، وفي هذا الإطار أكدت الأستاذة سعاد غوتي، على أن هذه الإمكانية منصوص عليها في قانون البلدية بطريقة غير مباشرة، وقد تساءلت عن عدم دسترتها باعتبارها أداة لترقية حقوق المواطنة، كما أكدت على ضرورة الترقية المعيارية للامركزية في تسيير الجماعات الإقليمية، غير أنه عند صدور التعديل الدستوري، فقد جاء خاليا من هذه الآلية على عكس الدستور المغربي والفرنسي. أنظر: خولة بوشويشي، "دعت لدسترة حقوق المواطنة: الأستاذة سعاد غوتي تقترح آليات لإعادة الاعتبار للسلطات الثلاث"، جريدة الرائد، السبت 21 جوان 2014، العدد 682، ص 03.

وهنا نجد أن المشرع الجزائري لم يساير بعد ما توصلت إليه التشريعات المقارنة، من خلال تكريس آليات واضحة تجسد انفتاح المجالس المحلية على الجمعيات، وإشراكها في صنع القرار على المستوى المحلي، وأبرز مثال على ذلك، هو المؤسس الدستور الفرنسي والمغربي اللذان كرسا حق تقديم العرائض، كألية لمشاركة المجتمع المدني في صنع القرار على المستوى المحلي.

لقد كان المؤسس الدستوري الفرنسي وفي إطار تعديل 2003¹، سباقا لتكريس عدة آليات لتكريس الديمقراطية التشاركية على المستوى المحلي، وهذا من خلال المادة 72-1 منه، التي مكنت الناخبين على مستوى كل جماعة إقليمية من حق تقديم العرائض إلى المجلس المنتخب، من أجل تسجيل موضوع معين في جدول أعمال مجلس المداولة.

Article 72-1 : "La loi fixe les conditions dans lesquelles électeurs de chaque collectivité territoriale peuvent, par l'exercice du droit de pétition, demander l'inscription à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante de cette collectivité d'une question relevant de sa compétence".

أما بالنسبة للوثيقة الدستورية المغربية لسنة 2011 فقد نصت على آلية أخرى تساهم في تعزيز دور المجتمع المدني في الشأن المحلي، وهذا من خلال حق تقديم العرائض من طرف الجمعيات للمجلس الجماعي وفي هذا الإطار نص الفصل 139 الفقرة الثانية على: "يمكن للمواطنين والمواطنات والمواطنين والجمعيات تقديم عرائض، الهدف منها مطالبة المجلس الجماعي بإدراج نقطة تدخل في اختصاصه ضمن جدول أعماله".

وبالرجوع للفصل 146 من الدستور المغربي لسنة 2011، فإنه لا بد من صدور قانون تنظيمي يحدد شروط تقديم العرائض المنصوص عليها في الفصل 139 من طرف المواطنين والمواطنات والجمعيات، وبالفعل قد صدر النص القانوني عن طريق ظهير شريف رقم 85.15. 1 الصادر في 7 يوليو 2015 بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات².

كما صدر ظهير شريف رقم 83. 15. 1 الصادر في 7 يوليو 2015 بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات³، هذا الأخير في الباب الخامس منه الذي جاء تحت عنوان شروط تقديم العرائض من قبل المواطنين والمواطنات والجمعيات، وفي هذا الإطار قد أكدت المادة 118 منه ما جاء في الفصل 139 من

Voir aussi : Mourad A, Le Pr Souad Ghaoui plaide pour la constitutionnalisation du droit de pétition, EL MOUDJAHID, samedi 21 juin 2014, N 15161, p04.

¹ L'article 05 de la loi constitutionnelle N 2003-276, du 28 Mars 2003, relative à l'organisation décentralisée de la république, journal officielle de la république française, N 75, du 29 mars 2003.

² ظهير شريف رقم 85. 15. 1، صادر في 20 رمضان 1436، (7 يوليو 2015) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 14.113 المتعلق بالجماعات، الجريدة الرسمية، العدد 6380، بتاريخ 06 شوال 1436 (23 يوليو 2015).

³ ظهير شريف رقم 83. 15. 1، صادر في 20 رمضان 1436، (7 يوليو 2015) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 14.111 المتعلق بالجهات، جريدة رسمية، العدد 6380، بتاريخ 06 شوال 1436 (23 يوليو 2015)، ص 6604.

الدستور، بالإضافة إلى شرط أن لا يمس موضوع العريضة بثوابت منصوص عليها في الفصل الأول من الدستور، وقد تناول الفرع الأول من هذا الباب شروط تقديم العرائض من طرف المواطنين أو الجمعيات. بالنسبة للمواطنين فقد أكدت المادة 120 منه أنه يجب تقديم العرائض من طرف الوكيل المعين من طرف المواطنين لينوب عنهم في تتبع مسطرة تقديم العريضة، كما يجب أن يكون موقعي العريضة من قبل ساكنة الجهة أو يمارسون بها نشاطا اقتصاديا أو تجاريا أو مهنيا، وضرورة توفر المصلحة المشتركة في تقديم العريضة، كما حدد عدد التوقيعات بحسب عدد السكان من خلال 300 توقيع بالنسبة للجهة التي يبلغ عدد سكانها أقل من 1 مليون نسمة، و400 توقيع بالنسبة للجهات التي يبلغ عدد سكانها بين 1 مليون و3 ملايين نسمة، و500 توقيع للجهات التي يتجاوز سكانها 3 ملايين نسمة، كما يجب أن يكون الموقعون موزعون بحسب مقرات إقامتهم الفعلية على عمالات وأقاليم الجهة، بشرط أن لا يقل عددهم في كل عمالة أو إقليم تابع للجهة عن 5 من العدد المطلوب.

أما بالنسبة للجمعيات فقد حدد الفرع الثاني من هذا الباب شروط تقديم العرائض من طرف الجمعيات من خلال المادة 121، بحيث يجب أن تكون الجمعية معترف بها ومؤسسة بالمغرب لمدة تزيد عن 03 سنوات، وتكون في وضعية سليمة إزاء القوانين والأنظمة المعمول بها، وأن تعمل وفق مبادئ الديمقراطية ويكون مقرها أو أحد فروعها واقعا بتراب الجهة المعنية بالعريضة ونشاطها مرتبط بموضوع العريضة.

وقد تطرقت المادة 122 إلى كيفية إيداع العرائض، بحيث تودع لدى رئيس مجلس الجهة مرفقة بالوثائق مقابل وصل تسليم، ثم تحال من طرف رئيس المجلس إلى مكتب المجلس الذي يتحقق من توفر الشروط الواردة في المواد 120 و121، وفي حالة قبولها تسجل في جدول أعمال المجلس ثم تحال على اللجنة الدائمة المختصة لدراستها قبل عرضها على المجلس للتداول بشأنها، ويخبر رئيس المجلس الممثل القانوني للجمعية بقبول العريضة، وفي حال عدم قبولها يتعين على الرئيس تبليغه بقرار الرفض معللا في أجل شهرين من تاريخ توصله بالعريضة.

من خلال دراسة آليات مشاركة المواطن والجمعيات في تسيير أعمال الإدارة المحلية وتحقيق التنمية على المستوى المحلي، فرغم الإصلاحات الكبيرة لقوانين الإدارة المحلية ورغم التكريس الدستوري للديمقراطية التشاركية، إلا أنه مع مرور 08 سنوات من تطبيق هذه الإصلاحات، يتضح جليا أن النصوص القانونية لم تعطي المجال والآليات اللازمة لمشاركة المواطن والمجتمع المدني في تسيير شؤونه المحلية، خاصة عبر إبراز علاقة الجمعيات بالمجالس المنتخبة، وهذه العلاقة هي أساس تجسيد مبدأ الديمقراطية التشاركية المكرسة دستوريا¹.

¹ فريد دبوشة، "إشراك المواطن في صنع القرار على المستوى المحلي: من الديمقراطية التمثيلية إلى الديمقراطية التشاركية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، العدد 02، 2018، ص55.

وهذا من خلال التقييد الواضح لهذه المشاركة، من خلال السلطة التقديرية لرئيس المجلس الشعبي البلدي للسماح بالمشاركة، أو في انتظار صدور التنظيم والذي لم يصدر ونحن في انتظار صدور قوانين جديدة، وهذا عكس التشريع المغربي الذي مباشرة بعد صدور دستور 2011، صدرت القوانين والتنظيمات التي كرس آليات جد فعالة، تمكن المواطن والمجتمع المدني المغربي من المساهمة في صنع القرار على المستوى المحلي والمركزي، من خلال تكريس دستوري وتشريعي لعلاقة الجمعيات بالمجالس المنتخبة سواء البرلمانية أو المحلية.

وبالتالي يجب مساهمة ما توصلت إليه التشريعات المقارنة من تكريس لعلاقة الجمعيات بالمجالس المنتخبة، عبر عدة آليات دستورية أو تشريعية، من خلال حق تقديم العرائض للمجلس من طرف الجمعيات أو الاستشارة المحلية ومن أجل تفعيل هذه الآلية، يجب الاهتمام بإحدى مكونات المجتمع المدني، وهو ما يعرف بلجان أو مجالس الأحياء –conseils de cartiers-

والتي تعتبر إحدى قنوات ممارسة الديمقراطية التشاركية، ووسيلة تأطير المواطنين حتى يسهل التواصل مع المجلس المنتخب، حيث تجتمع هذه المجالس مع السلطات المحلية من أجل المناقشة والحوار والاقتراح، وإعداد البرامج والمشاركة في اتخاذ القرارات¹، وبالرغم من وجود عدد هائل لمجالس الأحياء على المستوى الوطني، إذ تحتل المرتبة الأولى بالمقارنة مع الأصناف الأخرى للجمعيات، غير أنها لم تلقى الاهتمام من طرف المشرع الجزائري.

حيث أصبحت مجالس الأحياء إلزامية في العديد من البلدان، ويظهر الاهتمام التشريعي بها من طرف المشرع الفرنسي، بداية من قانون 27 فيفري 2002 والمتعلق بالديمقراطية التساهمية²، ومن خلال المادة الأولى من هذا النص، فقد ألزم البلديات التي يتجاوز عدد سكانها 80.000 نسمة، بخلق مجالس أحياء، بالإضافة إلى ضرورة توفير المقرات والوسائل المادية وتخصيص ميزانية لتسيير هذه المجالس.

خاتمة:

وبالتالي اتضح تصور المؤسس الدستوري الفرنسي والمغربي للديمقراطية التشاركية، من خلال إرساء جملة من الآليات التي تمكن المواطن والمجتمع المدني من تحقيق شراكة فعالة على المستويين المحلي والمركزي، وهذا من خلال المشاركة في وضع المخططات التنموية وتتبعها وتنفيذها وتقييمها، بالإضافة لآلية تقديم العرائض إلى المجلس تطالبه بإدراج نقطة تدخل في اختصاصه ضمن جدول أعماله، ومباشرة بعد إقرار هذا الحق الدستوري، صدر التنظيم المبين لكيفيات إيداع العرائض من طرف الجمعيات المحلية، وهذا ما يجسد

¹ الأمين شريط، "الديمقراطية التشاركية: الأسس والأفاق"، مداخلة أقيمت في إطار اليوم الدراسي، البرلمان، المجتمع المدني، الديمقراطية، المقام ببنديق الأوراسي، يومي 27-28 أفريل 2008، مجلة الوسيط، وزارة العلاقات مع البرلمان، العدد 06، لسنة 2008، ص 48.

² L'article 01 de la loi N 2002-276, du 27 Février 2002, relative à la démocratie de proximité, journal officielle de la république française, N 50, du 28 Février 2002.

حقيقة ديمقراطية تشاركية، قوامها مجتمع مدني يشارك بفعالية في صنع القرار على المستويين المركزي والمحلي.

أما عن مكانة المجتمع المدني الجزائري ودوره في تحقيق الديمقراطية التشاركية، فمازال يفتقد لأطر قانونية تحدد إطار العلاقة بين الجمعيات والمجالس المنتخبة، بحيث نجد أن المجتمع المدني مغيب تماما على مرحلة تشكيل المجالس المحلية، إذ لا يحق له مراقبة الانتخابات المحلية ما عدى التواجد الضئيل عبر الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات.

خاصة أنه عندما نرجع للنصوص التشريعية المتعلقة بالعمل البرلماني، نلاحظ النقص الكبير في الإدماج المؤسساتي للجمعيات، وهذا من خلال عدم النص على إشراك مؤسسات المجتمع المدني في العمل التشريعي، فاسحة المجال فقط للأحزاب السياسية، ورغم وجود لجنة دائمة مكلفة بالعمل الجمعي على مستوى المجلس الشعبي الوطني، إلا أنه لا وجود لأي نص في النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني يوضح العلاقة بين الطرفين، مع العلم أن النظام الداخلي لمجلس الأمة، لم ينص على هذه اللجنة ضمن لجانه.

أما عن المشاركة في تسيير أعمال الإدارة المحلية، وإن أقر المشرع الجزائري آليات لتمكين المواطن والجمعيات من المساهمة في صنع القرار على المستوى المحلي، إلا أنه عند دراستنا لهذه الآليات اتضح الغموض والتقييد الواضح في تنظيمها، من خلال السلطة التقديرية الواسعة لرئيس المجلس الشعبي البلدي، أو لا بد من انتظار صدور التنظيم والذي لم يصدر بعد، ونحن على مشارف قانون بلدية وولاية جديدين.

خاصة عند دراستنا لأحكام مشروع قانون الجماعات الإقليمية الجديد، فنجد أنه قد حاول وضع بعض الآليات من أجل الإدماج المؤسساتي للجمعيات، وهذا عبر استحداث هيئة تشاركية مكونة من الجمعيات المحلية، والتي سمح لها المشرع بالمساهمة في سير أعمال المجلس، من خلال حق طلب إدراج نقطة في جدول أعمال دورة المجلس، تتعلق بالمهام المنوطة بالبلدية، غير أن مشاركة هذه الهيئة، مرتبطة بصدور التنظيم، والسلطة التقديرية لرئيس المجلس الشعبي البلدي.

ومن أجل تكريس حقيقي وفعال لتواصل الجمعيات بالمجالس المنتخبة، يجب الاهتمام بمبدأ الديمقراطية التشاركية المكرسة في التعديل الدستوري لسنة 2016، كوسيلة لتدعيم مبدأ التمثيل وتجاوز نقائصه، ضرورة وضع آليات تسمح للمواطن ومختلف الفاعلين بالمشاركة الفعالة والمباشرة في تسيير أعمال المجلس المنتخب، غير أنه عند دراستنا لهذه الضمانة، اتضح النقص القانوني في تأطيرها، مع غياب آليات واضحة تسمح للمجتمع المدني والمواطن من المساهمة في تسيير أعمال المجلس المنتخب، وهذا بفضل السلطة التقديرية لرئيس المجلس.

وللأسف نحن جد متأخرين في تكريس هذا المبدأ المهم بالمقارنة مع تشريعات مقارنة، حيث نجد أن كل من المؤسس الدستوري الفرنسي والمغربي قد اهتم بهذا المبدأ، عبر تكريس آليات دستورية تمكّن المواطن والمجتمع المدني من المساهمة بفعالية في تسيير أعمال المجلس المنتخب، وهذا ما يدعم العلاقة بين الناخب والمنتخب. وبالتالي ضرورة الاهتمام التشريعي بمبدأ الديمقراطية التشاركية ليس فقط على المستوى المحلي، وإنما على المستوى الوطني كذلك، باعتبارها وسيلة للرقابة الشعبية، وقناة اتصال دائم بين المواطنين والمنتخبين، مما يؤدي إلى تحسين العلاقة بينهما وجعلها دائمة، وهذا من خلال تكريس آليات دستورية وتشريعية، يتمكن بفضلها المواطن والمجتمع المدني من المساهمة جنبا إلى جنب مع ممثليه في التنمية المحلية، وهذا عبر خلق فضاءات يمكن للمواطن من خلالها التعبير عن انشغالاته، وهذا عن طريق إلزامية استشارة المواطنين حول أي مشروع متعلق بالبلدية، وتقديم حصيلة عن النشاطات أمام السكان، بالإضافة إلى حق تقديم عرائض إلى المجلس من أجل إدراج نقطة معينة في اجتماعاته، على غرار ما هو مكرّس في الدستور المغربي والفرنسي.

قائمة المصادر المراجع:

• الكتب:

- 1- بوضياف عمار ، "شرح قانون البلدية"، الطبعة الأولى دار جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
- 2- جغلاب كمال ، الإدارة المحلية وتطبيقاتها" الجزائر، بريطانيا، فرنسا" دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2017.

• المقالات:

- 01- بوطيب بن ناصر، علاقة المجتمع المدني بالمجالس المنتخبة، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة زيان عاشور، الجلفة، العدد 17، 2017.
- 02- جابي عبد الناصر ، العلاقات بين البرلمان والمجتمع المدني في الجزائر، مداخلة القيت في إطار اليوم الدراسي البرلمان- المجتمع المدني- الديمقراطية، يومي 27 و28 أفريل 2008، بفندق الأوراسي، الجزائر العاصمة، مجلة الوسيط، وزارة العلاقات مع البرلمان، العدد 06 لسنة 2008.
- 03- دبوشة فريد ، "الشراكة بين مؤسسات المجتمع المدني والسلطات المحلية كأساس لتحقيق الديمقراطية التشاركية المكرسة بموجب الدستور المغربي لسنة 2011 والتعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، ديسمبر 2017.

- 04- دبوشة فريد، "إشراك المواطن في صنع القرار على المستوى المحلي: من الديمقراطية التمثيلية إلى الديمقراطية التشاركية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق جامعة الجزائر1، العدد 02، 2018.
- 05- سويقات الأمين، دور المجتمع المدني في تكريس الديمقراطية التشاركية: دراسة حالي الجزائر والمغرب، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، العدد 17، جوان 2017.
- 06- شريط الأمين، "الديمقراطية التشاركية: الأسس والأفاق"، مداخلة أقيمت في إطار اليوم الدراسي، البرلمان، المجتمع المدني، الديمقراطية، المقام بفندق الأوراسي، يومي 27-28 أفريل 2008، مجلة الوسيط، وزارة العلاقات مع البرلمان، العدد 06، لسنة 2008.
- 07- عجابي صبرينة، دور اللجان البرلمانية والمجتمع المدني في ترشيد الأداء البرلماني، مجلة حوليات، كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة قلمة، العدد 22، 2017.

• رسائل الدكتوراه:

- 1- بن ناصر بوطيب، المجالس المنتخبة والمجتمع المدني في الدول المغاربية تونس- الجزائر- المغرب، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014-2015.
- 2- عوادي هيبه، النظام القانوني للأحزاب والجمعيات في الدول المغاربية، تونس- الجزائر- المغرب، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2015-2016.

• مذكرات الماجستير:

- 01- حمدي مريم، "دور الجماعات المحلية في تكريس الديمقراطية التشاركية في التشريع الجزائري"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة المسيلة، 2015.
- 02- رابحي حسن، الحركة الجمعوية والدولة في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الإدارة والمالية العامة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2000-2001.
- 03- روبيجي نور الهدى، "إصلاح نظام الجماعات الإقليمية: البلدية في إطار القانون 10-11" مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة الجزائر، 2012.
- 04- سعايدية حورية، "المسار القانوني للوحدات المحلية القاعدية في الجزائر، الجماعة في المغرب"، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة أم البواقي، العدد 07، لسنة 2017.

• الجرائد اليومية:

01- خولة بوشويشي، "دعت لدسترة حقوق المواطنة: الأستاذة سعاد غوتي تقترح آليات لإعادة الاعتبار للسلطات الثلاث"، جريدة الرائد، السبت 21 جوان 2014، العدد 682.

02- Mourad A, Le Pr Souad Ghaouti plaide pour la constitutionnalisation du droit de pétition, EL MOUDJAHID, samedi 21 juin 2014, N 15161 .

• النصوص القانونية:

الديساتير الجزائرية

1- دستور 1963 المؤرخ في 10 سبتمبر 1963، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 64 لسنة 1963.

2- دستور 22 نوفمبر 1976، الصادر بموجب الأمر رقم 76-97 المؤرخ في 30 ذي القعدة عام 1396 الموافق لـ 22 نوفمبر 1976، يتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 94 لـ 02 ذو الحجة 1396، الموافق لـ 24 نوفمبر 1976.

3- دستور 23 فيفري 1989، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-18 المؤرخ في 22 رجب عام 1409، الموافق لـ 28 فيفري 1989، يتعلق بنشر نص التعديل الدستوري الموافق عليه في استفتاء 23 فيفري 1989، في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجريدة الرسمية، العدد 09 المؤرخة في 23 رجب 1409 الموافق لـ 01 مارس 1989.

4- دستور 28 نوفمبر 1996، الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 26 رجب عام 1417 هـ، الموافق لـ 07 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996 في الجريدة الرسمية رقم 76، المؤرخة في 08 ديسمبر 1996، المعدل بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية، العدد 14، المؤرخة في 07 مارس 2016.

الديساتير المقارنة:

01- ظهير شريف رقم 91. 11. 1.، صادر في 27 من شعبان 1432 (29 يوليو 2011) بتنفيذ نص الدستور، الجريدة الرسمية، عدد 5964 مكرر، الصادرة بتاريخ 28 شعبان 1432، (30 يوليو 2011).

02- دستور الجمهورية التونسية لسنة 2014، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد خاص، المؤرخ في 10 ربيع الثاني 1435، الموافق لـ 10 فيفري 2014.

القوانين العضوية:

01- القانون العضوي رقم 16-12 المؤرخ في 22 ذي القعدة عام 1437 ، الموافق لـ 25 أوت 2016 ، يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني، ومجلس الأمة وعملهما، وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 50 المؤرخة في 25 ذي القعدة عام 1437 الموافق لـ 28 أوت 2016 .

القوانين العادية:

01- القانون رقم 06-06، المؤرخ في 20 فيفري 2006، يتضمن القانون التوجيهي للمدينة، الجريدة الرسمية، العدد 15، المؤرخة في 12 مارس 2006.

02- القانون رقم 11-10، المؤرخ في 20 رجب عام 1432 الموافق لـ 22 يونيو 2011، المتعلق بالبلدية، الجريدة الرسمية، العدد 37، لـ 03 جويلية 2011.

03- القانون رقم 12-06، المؤرخ في 18 صفر 1433 الموافق لـ 12 يناير 2012، يتعلق بالجمعيات، الجريدة الرسمية العدد 33، الصادرة في 15 جانفي 2012.

04- القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية، العدد 14، المؤرخة في 07 مارس 2016.

القوانين المقارنة:

01- la loi N 2002-276, du 27 Février 2002, relative à la démocratie de proximité, journal officielle de la république française, N 50, du 28 Février 2002.

02-la loi constitutionnelle N 2003-276, du 28 Mars 2003, relative à l'organisation décentralisée de la république, journal officielle de la république française, N 75, du 29 mars 2003.

03- ظهير شريف رقم 1.08.153 الصادر في 22 صفر 1430 الموافق لـ 18 فيفري 2009، بتنفيذ القانون رقم 17.08 المغير والمتمم بموجبه القانون 78.00 المتعلق بالميثاق الجماعي كما تم تغييره وتتميمه، الجريدة الرسمية العدد 5711 الصادرة في 23 فيفري 2009.

04- ظهير شريف رقم 1. 15. 85 ، صادر في 20 رمضان 1436، (7 يوليو 2015) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 14.113 المتعلق بالجماعات، الجريدة الرسمية، العدد 6380، بتاريخ 06 شوال 1436 (23 يوليو 2015).

05- ظهير شريف رقم 1. 15. 83 ، صادر في 20 رمضان 1436، (7 يوليو 2015) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 14.111 المتعلق بالجهات، جريدة رسمية، العدد 6380، بتاريخ 06 شوال 1436 (23 يوليو 2015).

06- قانون أساسي عدد 29 لسنة 2018، مؤرخ في 09 ماي 2018، يتعلق بمجلة الجماعات المحلية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 39، في 15 ماي 2018.

• الأنظمة الداخلية:

01- النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني، الجريدة الرسمية العدد 46 لـ 30 جويلية 2000.

02- النظام الداخلي لمجلس الأمة، الجريدة الرسمية العدد 49، الصادرة في 22 أوت 2017.

• الوثائق:

1- مشروع قانون الجماعات الإقليمية لسنة 2018.

2- مشروع القانون العضوي المتعلق بالجمعيات لسنة 2018.

مجلة جيل الأبحاث القانونية العميقة ISSN 2414-7931
جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي © 2019