جامعة بجاية
Tasdawit n Bgayet
Université de Béjaïa

جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية
كلية الحقوق والعلوم السياسية

مجلة القانون العام المقارن

مجلة سداسية محكّمة

تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية
لجامعة عبد الرحمان ميرة بجاية

المجلد الأول - السنة 2023
العدد الأول ر د م د 2830-9979
الإيداع القانوني ماي 2023

جـامعة عبد الرحمان ميرة بجـاية
كلية الحقوق والعلوم السيـاسية

مجلة القانون العام المقارن

مجلة علمية سداسية محكّمة تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السيـاسية
جـامعة عبد الرحمـان ميرة، بجـاية

المجلد الأول – سنة 2023
العدد الأول - ر د م د : 9979-2830
الإيداع القـانوني : مـاي 2023

الناشر

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية

قطب ابوداو طريق تيشي بجاية

البريد الإلكتروني : Revue.public.compare@droit-univ-bejaia.dz

الهـاتف / فـاكس83 816 034

ISSN : 2830-9979

الإيداع القانوني مـاي 2023

مجلة القانون العام القارن

مجلة علمية سداسية محكّمة تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية

هيئة التحرير

مدير التحرير

الأستاذ الدكتور: برّي نور الدين،

عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية.

رئيس التحرير

الأستاذ الدكتور: أوكيل محمد أمين،

جامعة الجزائر 1

مساعد رئيس التحرير

الدكتور: مختاري عبد الكريم،

جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.

اللجنة العلمية الاستشارية للمجلة

الأستاذ الدكتور، زوايمية رشيد، جامعة بجاية (الجزائر)

الأستاذ الدكتور، بود ريوة عبد الكريم، جامعة بجاية (الجزائر)

الأستاذ الدكتور، برّي نور الدين، جامعة بجاية (الجزائر)

الأستاذ الدكتور، دلبيك فيليب، جامعة باريس 1 (فرنسا)

الأستاذ الدكتور، خالد عبد القادر منصور، مركز الدراسات الاستراتيجية (ليبيا)

الأستاذة الدكتورة، الغوتي سعاد، جامعة الجزائر (الجزائر)

الأستاذ الدكتور، بوغزالة محمد ناصر، جامعة الوادي (الجزائر)

الأستاذ الدكتور، العايب علاوة، جامعة الجزائر(الجزائر)

الأستاذ الدكتور، بوبشير محند أمقران، جامعة تيزي وزو(الجزائر)

الأستاذ الدكتور، بن ناصر أحمد، جامعة الجزائر(الجزائر)

الأستاذ الدكتور، تاجر محمد، جامعة تيزي وزو (الجزائر)

الأستاذ الدكتور، إقلولي محمد، جامعة تيزي وزو(الجزائر)

الأستاذ الدكتور، كايس شريف، جامعة تيزي وزو(الجزائر)

الأستاذ الدكتور، المحمدي صدام، جامعة الفلوجة (العراق)

الأستاذ الدكتور، عميرش نذير، جامعة قسنطينة1 (الجزائر)

الأستاذ الدكتور، عبد القادر عبد العالي، جامعة سعيدة (الجزائر)

الأستاذ الدكتور، خلفي عبد الرحمان، جامعة بجاية (الجزائر)

الأستاذ الدكتور، أورحمون طاهر، جامعة الجزائر(الجزائر)

الأستاذ الدكتور، قبايلي طيب، جامعة بجاية (الجزائر)

الأستاذ الدكتور، بوجلال صلاح الدين، جامعة سطيف (الجزائر)

الأستاذ الدكتور، حاحة عبد العالي، جامعة بسكرة (الجزائر)

الأستاذ الدكتور، كرّام محمد الاخضر، جامعة الوادي (الجزائر)

الأستاذ الدكتور، يعيش تمام شوقي، جامعة الوادي (الجزائر)

الأستاذة الدكتورة، تواتي نصيرة، جامعة بجاية (الجزائر)

الأستاذ الدكتور، طباش عز الدين، جامعة بجاية (الجزائر)

الأستاذ الدكتور، دحماني عبد السلام، جامعة بجاية (الجزائر)

الأستاذ الدكتور، صايش عبد المالك، جامعة بجاية (الجزائر)

لجنة القراءة والتحكيم

أ.د. حزيط محمد، جامعة البليدة (الجزائر)

أ.د. يوسفات مولاي هاشم، جامعة أدرار (الجزائر)

أ.د. محمد علي، أستاذ، جامعة أدرار (الجزائر)

أ.د. عبد النبي مصطفى، أستاذ، جامعة غرداية (الجزائر)

أ.د. بوقرة إسماعيل، أستاذ، جامعة خنشلة (الجزائر)

أ.د. شوقي سمير، أستاذ، جامعة سطيف (الجزائر)

أ.د. تياب نادية، أستاذة، جامعة تيزي وزو (الجزائر)

أ.د. بورزق أحمد، أستاذ، جامعة الجلفة (الجزائر)

أ.د. أحمد علي، أستاذ، جامعة أدرار (الجزائر)

د. الداه محمد عبد القادر، أستاذ محاضر، جامعة نواكشط (موريتانيا)

د. علي فيصل الصديقي، أستاذ مساعد، جامعة البحرين (البحرين).

د. حمادة خير محمود، أستاذ مساعد، كلية الإسراء (العراق)

د. الفورقي مصطفى، أستاذ زائر، جامعة الحسن الأول (المغرب)

د. أنداري أحمد، أستاذ محاضر، جامعة نواكشط (موريتانيا)

د. الرباع جواد، أستاذ محاضر، جامعة أيت ملول أغادير (المغرب)

د. سعيدان لميس، أستاذة مساعدة، جامعة جندوبة (تونس)

د. يحياوي نورة، أستاذة محاضرة أ، جامعة بجاية (الجزائر)

د. عيساوي عزالدين، أستاذ محاضر أ، جامعة بجاية (الجزائر)

د. تعويلت كريم، أستاذ محاضر أ، جامعة بجاية (الجزائر)

د. بودة محند واعمر، أستاذ محاضر أ، جامعة بجاية (الجزائر)

د. العيد عبد الحفيظ، أستاذ محاضر أ، جامعة بجاية (الجزائر)

د. تريكي فريد، أستاذ محاضر أ، جامعة بجاية (الجزائر)

د. شيتر عبد الوهاب، أستاذ محاضر أ، جامعة بجاية (الجزائر)

د. قاسيمي يوسف، أستاذ محاضر أ، جامعة بجاية (الجزائر)

د. عسالي عبد الكريم، أستاذ محاضر أ، جامعة بجاية (الجزائر)

د. معزيز عبد السلام أستاذ محاضر أ، جامعة بجاية (الجزائر)

د. ناتوري كريم، أستاذ محاضر أ، جامعة بجاية (الجزائر)

د. وكات جوهرة، أستاذ محاضر أ، جامعة بجاية (الجزائر)

د. نجومن أسماء، أستاذ محاضر أ، جامعة بجاية (الجزائر)

د.وكان عبد الغني، أستاذ محاضر أ، جامعة بجاية (الجزائر)

د.جبيري نجمة ، أستاذ محاضر أ، جامعة بجاية (الجزائر)

د. برازة وهيبة، أستاذ محاضر أ، جامعة بجاية (الجزائر)

د. قادري نسيمة، أستاذ محاضر أ، جامعة بجاية (الجزائر)

د. هارون نورة، أستاذ محاضر أ، جامعة بجاية (الجزائر)

د. موري سفيان، أستاذ محاضر أ، جامعة بجاية (الجزائر)

د. عثماني بلال، أستاذ محاضر أ، جامعة بجاية (الجزائر)

د. حنيفي حدة، أستاذ محاضر أ، جامعة بجاية (الجزائر)

د. طباع نجاة، أستاذ محاضر أ، جامعة بجاية (الجزائر)

د. يوسفي فايزة، أستاذ محاضر أ، جامعة بجاية (الجزائر)

د. أسياخ سمير، أستاذ محاضر أ، جامعة بجاية (الجزائر)

د. بن هلال ندير، أستاذ محاضر أ، جامعة بجاية (الجزائر)

د. مخالفة كريم، أستاذ محاضر أ، جامعة بجاية (الجزائر)

د. طاهير رابح، أستاذ محاضر أ، جامعة بجاية (الجزائر)

د. بهلولي فاتح، أستاذ محاضر أ، جامعة بجاية (الجزائر)

د. شوقي ندير، أستاذ محاضر أ، جامعة غرداية (الجزائر)

د. جرمون طاهر، أستاذ محاضر أ، جامعة الوادي (الجزائر)

د. محديد حميد، أستاذ محاضر أ، جامعة الجلفة (الجزائر)

د. أكرور ميريام، أستاذ محاضر أ، جامعة الجزائر (الجزائر)

د. أوشاعو رشيد، أستاذ محاضر أ، جامعة بومرداس (الجزائر)

د. كمال محمد الأمين، أستاذ محاضر أ، جامعة تيارت (الجزائر)

د. وكة عبد الكريم، أستاذ محاضر أ، جامعة جيجل (الجزائر)

د. سليماني السعيد، أستاذ محاضر أ، جامعة جيجل (الجزائر)

د. زايدي حميد، أستاذ محاضر أ، جامعة تيزي وزو (الجزائر)

د. آيت قاسي حورية، أستاذ محاضر أ، جامعة تيزي وزو (الجزائر)

د. خالدي فتيحة، أستاذ محاضر أ، جامعة البويرة (الجزائر)

د. زعادي محمد جلول، أستاذ محاضر أ، جامعة البويرة (الجزائر)

د. كمون حسين، أستاذ محاضر أ، جامعة البويرة (الجزائر)

د. زياد عادل، أستاذ محاضر أ، جامعة خنشلة (الجزائر).

د. عليان عدة، أستاذ محاضر أ، جامعة غليزان (الجزائر)

د. دعاس كمال، أستاذ محاضر أ، جامعة البويرة (الجزائر)

د. بن فردية محمد، أستاذ محاضر أ، جامعة غرداية (الجزائر)

د. مقدم فيصل، أستاذ محاضر أ، جامعة تيزي وزو (الجزائر)

د. بوجانة محمد، أستاذ محاضر أ، جامعة غليزان (الجزائر)

د. بكراوي أحمد، أستاذ محاضر أ، جامعة أدرار (الجزائر)

د. زهدور أنجي، أستاذ محاضر أ، جامعة وهران (الجزائر)

د. وكاوي أحمد، أستاذ محاضر أ، المركز الجامعي تيموشنت (الجزائر)

كلمة العدد

تضمن العدد الافتتاحي لمجلة القانون العام المقارن، مجموعة متنوعة من المقالات والدراسات العلمية المحكّمة التي تعكس الخط الأكاديمي الذي تنتهجه المجلة في دعم وتطعيم الإنتاج العلمي بأبحاث في ميادين القانون العام المقارن.

في هذا الإطار، شمل العدد مقالات من دول عربية شقيقة كتونس ومصر والعراق، بالإضافة إلى الجزائر تناولت مجالات مستجدة ذات قيمة بحثية، من قبيل الاعتراف الدستوري بالحق في النفاذ إلى المعلومة الإدارية، والطابع الاجتهادي للقضاء الإداري في ظل التوجهات الحديثة، والتهرب الضريبي عبر التجارة الالكترونية، بالإضافة إلى أبحاث تناولت مسائل راهنة في القانون الدولي العام كمبادرة الحزام والطريق الصينية، والكيان القانوني لدولة فلسطين.

كما تضمن العدد دراسة محكّمة تعلقت بقراءة في القانون رقم 21-14 المؤرخ في 28 ديسمبر2021 المعدل والمتمم لقانون العقوبات.

الأستـاذ الدكتور محمد أمين أوكيل

رئيس تحرير المجلة.

أهداف المجلة

تهدف مجلة القانون العام المقارن إلى نشر المقالات العلمية التي تُعنى بمجالات القانون العام، والدراسات القانونية المقارنة ذات الصلة بتحولات القانون العام ومقارباته الموضوعاتية المعاصرة في مختلف القوانين والنظم المقارنة، فضلا عن نشر البحوث والدراسات الاكاديمية الرصينةكالتعليق على القرارات القضائية الصادرة عن مختلف جهات القضاء الإداري أو قرارات القضاء الدستوري.

تخصّص مجلة القانون العام المقارن فضاءَ معرفيا وأكاديميا متخصصا لنشر الأعمال العلمية والتعريف بها وفق الأصول المنهجية والأكاديمية المتعارفة لا سيما أعمال الملتقيات والتظاهرات العلمية الوطنية والدولية، لتكرّس المجلة بذلك نهجا علميا يرمي لتوثيق أجود الأعمال ومخرجات النشاطات البحثية والتظاهرات الأكاديمية التي تقيمها كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة بجاية أو مخبر البحث في فعلية القاعدة القانونية، وتجعلها في متناول الباحثين لتثمين أثرها العلمي وقيمتها المعرفية.

علاوة عن اهتمامات مجلة القانون العام المقارن بميادين القانون العام الكلاسيكي، تحرص المجلة على نشر الدراسات والبحوث المقارنة ذات الراهنية والجدّة لا سيما في مجالات الحوكمة والعدالة الدستورية والديمقراطية التشاركية والقانون العام الاقتصادي، وكذا الأعمال الأكاديمية القانونية المتناولة لمواضيع البيئة والتعمير والتهيئة العمرانية والمدينة، فضلا عن نشر المواضيع ذات البعد الدولي والعالمي كالدراسات المتعلقة بإشكاليات الأمن والتعاون الدولي والهجرة وحقوق الإنسان وحقوق الأجانب ومختلف الميادين القانونية ذات العلاقة ب القانون العام المقارن.

تسعى هيئة تحرير المجلة وهيئة الخبراء المحكّمين إلى نشر البحوث العلمية الأكاديمية التي تتناول مواضيع مستجدة في ميادين القانون العام المقارن المختلفة، فإنها تطمح للتعريف بقيمة البحوث الأكاديمية المحكّمة على المستويين الوطني والدولي، وترصد تقييم البحوث والدراسات الأكاديمية المقارنة التي تطرحها في شكل أعداد عادية أو موضوعاتية، لغرض تطوير البحث العلمي وتشجيع الدراسات المعمّقة في الميادين ذات الصلة بتحولات وإشكالات القانون العام المقارن، سيما من خلال الانفتاح على التجارب والممارسة القانونية المقارنة ومستجدات البحث العلمي من خلال نشر البحوث والدراسات الأجنبية ذات الصلة.

سياسة النشر في المجلة

تُتاح المساهمة لنشر البحوث العلمية بمجلة القانون العام المقارن للأساتذة الباحثين، والطلبة الباحثين، والباحثين الدائمين في مجالات القانون العام المقارن المتعددة، المنتمين للهيئات والمؤسسات الجامعية الجزائرية والأجنبية، ومراكز البحث العلمي الرسمية أو المعتمدة، بحيث تعد المجلة مساحة علمية وفضاءَ معرفيا يسعى لتشجيع البحث العلمي الجاد والرصين وإشاعة الثقافة القانونية، وهي ترحب بجميع البحوث والدراسات الاكاديمية في ميادين القانون العام المقارن، وذلك بمختلف لغات البحث التي تعتمدها المجلةكالعربية والفرنسية والانجليزية.

أخلاقيات النشر في المجلة

تدعو هيئة تحرير المجلة الباحثين عند إيداع طلب النشر في المجلة إلى التقيّد التام بأخلاقيات نشر البحوث العلمية الأكاديمية المألوفة، وتُخلي المجلة مسؤوليتها عن أي إخلال بها، على غرار الاحترام الصارم لأصول وقواعد الأمانة العلمية، والتعهد بأصالة البحوث المقدّمة وعدم سبق نشرها أو عرضها على التحكيم أو المشاركة بها في تظاهرات علمية، فضلا عن الالتزام بقواعد الموضوعية العلمية والتجرد من الدواعي الذاتية والشخصية في الطرح والبحث، وذلك في ظل احترام الحريّة الأكاديمية المعترف بها للباحث.

تعرض جميع البحوث الواردة إلى المجلة وجوبا على التحكيم، ويخطر صاحب البحث برأي الهيئة العلمية ويلتزم الباحثون بإدخال ملاحظات وتصويبات الخبراء قبل قرار قبولها النهائي للنشر في المجلة.

فهرس العدد

مقالات		
أ.د. محمد أمين أوكيل، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1	**الاعتراف بحق النفاذ إلى المعلومة الإدارية: مكسب دستوري موقوف النفاذ**	**01**
أم د. سعود أحمد ريحان المشهداني، كلية القانون بجامعة الفلوجة أ د. صدّام فيصل كوكز المحمدي، كلية القانون بجامعة الفلوجة	**مبادرة الحزام والطريق الصينية، اتفاقية إطار إستراتيجي دراسة من منظور قانوني – جيوسياسي**	**23**
د حمادة خير محمود، كلية الاسراء الجامعة – العراق	**التهرب الضريبي عبر التجارة الالكترونية وسبل مواجهتها**	**69**
علاء الدين قليل، جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة إسماعيل بوقرة، جامعة عباس لغرور خنشلة	**الطابع الاجتهادي للقضاء الإداري في ظل التوجهات الحديثة - دراسة تحليلية في ضوء التشريع والفقه المقارن-**	**113**
دراسات		
SAIDANE Lamis *Université de Jendouba, Tunisie*	**L' "Etat palestinien" : *une entité en devenir*** **The "Palestinian State": *an entity in the making***	**145**
الأستاذ الدكتور عبد الرحمان خلفي جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية	**قراءة في القانون رقم: 21 ـ 14 المؤرخ في: 28 ديسمبر 2021 المعدل والمتمم لقانون العقوبات (ج. ر عدد 99)**	**178**

مقالات

أ.د. محمد أمين أوكيـل
كلية الحقوق، جـامعة الجزائر1
m.oukil@univ-alger.dz

"الاعتراف بحق النفـاذ إلى المعلومة الإدارية : مكسب دستوري موقوف النفـاذ"

Recognition of the Right to Access Administrative Information :
A Suspended Constitutional Gain

ملخص

تضمن هذا المقال دراسة نتائج الاعتراف الدستوري لحق المواطنين في النفاذ إلى المعلومات الإدارية والآثار المترتبة عن تفعيله في الممارسة الفعلية. أشار المقال إلى مكاسب إقرار حق النفاذ إلى المعلومة في الدستور، لا سيما في مجال التحول الديمقراطي وترشيد الفعل العمومي التشاركي، بالمقابل بين المقال المكاسب الضائعة المترتبة عن عدم الافراج عن الآلية الأساسية لتجسيد محتوى الاعتراف الدستوري وهو اتخاذ قانون مرجعي يحدد شروط وكيفيات ممارسة الحق ويخرجه من حالة التعطيل إلى موضع التنفيذ.

الكلمات المفتاحية: الولوج إلى المعلومات، المشاركة الديمقراطية، الشفافية، الاطلاع على الوثائق الإدارية.

ABSTRACT

This article included a study of the results of the constitutional recognition of citizens' right to access administrative information and the implications of activating it in actual practice. The article referred to the gains of approving the right of access to information in the constitution, especially in the field of democratic transformation and the rationalization of participatory public action. On the other hand, the article showed the lost gains resulting from not releasing the basic mechanism for embodying the content of constitutional recognition, which is the adoption of a reference law that defines the conditions and modalities for exercising the right and removes it from deactivation into effect.

key words: Access to information, democratic participation, transparency, access to administrative documents.

مقدمة

يرتبط حق الولوج إلى المعلومة الإدارية بجملة حقوق الإنسان والأفراد بصفة عامة بحيث وردت الإشارة إليه في عديد المواثيق والاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان وذلك بصفة نسبية في علاقته بحق الفرد في الإعلام والرأي. كرّس المشرع الجزائري حق النفاذ إلى المعلومة في المنظومة القانونية الوطنية بشكل صريح، ثم تبعه المؤسس الدستوري لأول مرة من خلال التعديل الدستوري في 2016، وذلك بمقتضى نص المادة 51 من الدستور ليتم تأكيده دستوريا ثانية بمقتضى نص المادة 55 في ظل التعديل الدستوري ل2020.

بيد أن إقرار الجزائر لهذا الحق في القانون الوطني قد ورد عبر مجموعة متفرقة من النصوص القانونية المكرّسة للإصلاح الإداري وتقريب الإدارة من المواطنين، والتي مست مؤسسات الدولة ومرافقها العمومية ككل وفي مقدمتها الجماعات الإقليمية، بهدف ترشيد العلاقة بين الإدارة والمواطن وتحسين الخدمة العمومية وتعزيز فرص مشاركة المواطنين في تسيير شؤونهم العامة. لذلك يجد حق المواطن في النفاذ إلى المعلومة مصدره في مجموعة مختلفة من النصوص القانونية، والتنظيمية كذلك أبرزها المرسوم رقم 88-131 المحدد لعلاقة الإدارة بالمواطن، والمرسوم التنفيذي رقم16-190 المتعلق بحق الاطلاع على القرارات البلدية.

وعلى هذا الأساس فإن القانون الوطني لا يزال يفتقر لنص مرجعي جامع لتنظيم كيفيات وشروط ممارسة حق النفاذ إلى المعلومات الإدارية، وذلك رغم الإقرار

الدستوري الصريح في مناسبتين متتاليتين: سنتي: 2016 و2020 بإحالة تنظيم حق الوصول إلى المعلومات بموجب قانون.

وعلى هذا الأساس تهدف الدراسة لتبيان منهجية تأطير حق النفاذ إلى المعلومات الإدارية في القانون الوطني في ظل غياب نص مرجعي ذو صلة، وعن دور هذا الإطار في تفعيل مضمون حق النفاذ على المعلومة، وذلك في ضوء طرح الإشكالية التالية:

فيما تكمن القيمة الدستورية والعملية لتكريس حق المواطن في الوصول إلى المعلومة في القانون والممارسة الراهنة؟

للإجابة عن هذه الإشكالية ارتأينا اعتماد خطة بحث مقسمة إلى محورين، حيث تطرقنا في **الأول** إلى سياسة تأطير الحق في الولوج إلى المعلومة في ظل غياب نص قانوني نموذجي، بينما عالجنا في **المحور الثاني** البعد الدستوري والقانوني لتأطير حق الولوج إلى المعلومة الإدارية.

المحور الأول

سياسة تأطير الحق في الولوج إلى المعلومة في ظل غياب نص قانوني نموذجي

يقتضي التكريس الفعلي لمبدأ النفاذ إلى المعلومة الإدارية سن نص قانوني خاص يحدد كيفية إعماله، وهذا ما لا نجده في التجربة الجزائرية نظراً لحداثة الإقرار الدستوري له خلافاً لبعض التجارب المقارنة التي نجحت في تأطير هذا الحق بموجب

نص قانوني خاص، وذلك رغم ظهوره وتشكل مفهومه في إطار القانون الدولي الاتفاقي وانتقال أحكامه إلى العديد من النصوص القانونية المرتبطة بضمان الوصول والاطلاع على المعلومات الإدارية في التشريع الوطني **(فرع أول)**، قبل أن يسبق التنظيم في تأطير سبل النفاذ والحصول على المعلومات والوثائق الإدارية في بعض المجالات المحدودة **(فرع ثان)**.

الفرع الأول

تكريس الحق في الإعلام والولوج إلى المعلومة الإدارية: بين المرجعية الدولية والتشعب التشريعي

ظهر حق المواطن في الولوج إلى المعلومة في المواثيق والاتفاقيات الدولية **(أولا)**، قبل أن تتضمنه التشريعات المختلفة بشكل نسبي ينسجم مع طبيعة المعلومة المراد الحصول عليها **(ثانيا)**.

أولا/ الأساس الدولي الاتفاقي للحق في الحصول على المعلومة

يعتبر حق المواطن في الإعلام والنفاذ إلى المعلومة حقا من حقوق الانسان تتضمنه العديد من الإعلانات والمعاهدات الدولية ذات الصلة، علاوة على إقراره في غالبية التشريعات المقارنة لتكريس سياسة الانفتاح الإداري على الجمهور وتعزيز قواعد الشفافية في التسيير [1]. عرّفت منظمة الشفافية الدولية حق الولوج إلى المعلومة بأنه:

[1] أنظر على سبيل المثال، قانون النفاذ إلى المعلومة في تونس: قانون الأساسي عدد 22 لسنة 2016 مؤرخ في 24 مارس 2016 يتعلق بالحق النفاذ إلى المعلومة، الرائد الرسمي عدد 29 مؤرخ في 26 مارس2016. وفي فرنسا، أنظر:

"الحق المقرّر للمواطنين بموجب القانون للحصول على المعلومات التي تملكها الدولة ومؤسساتها وأجهزتها"[2].

سبقت الإشارة إلى اعتبار الحق في النفاذ والولوج إلى المعلومة حقا أساسيا من حقوق الانسان الواردة في الصكوك الدولية ذات العلاقة بحماية هذه الحقوق، حيث تنص المادة 19 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على:" **لكل إنسان الحق في حرية التعبير ويشمل هذا الحق التماس أنواع المعلومات وتلقيها ونقلها..."**.[3] وعلاوة على اعتبار هذا الحق كجزء من منظومة حقوق الانسان، فإنّ تفعيل مضمونه يتقاطع مع العديد من مبادئ الحكامة الرشيدة كمبدأ شفافية الإدارة ومبدأ المساءلة لما لها من دور فعّال في ترشيد الخدمة العمومية ومكافحة الفساد الاداري، لذلك تم إقراره

La Loi n° 78-753 du 17 Juillet1978, (modifiée) portant diverses mesures d'améliorations des relations entre l'administration et le public, JORF du 18 juillet 1978 page 2851.

[2] أنظر: "امتلك المعلومة"، تقرير منظمة الشفافية الدولية المؤرخ في 20-9-2013، متوفر على الرابط: https://issuu.com/transparencyinternational/docs/2013_action_regionalreport_ar (تاريخ الاطلاع: 5-11-2017)

[3] انظر على سبيل المثال كلا من:

نص المادة 19 من الاعلان العالمي لحقوق الانسان اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 14 ديسمبر1948بموجب القرار 217 أ (د-3).

نص المادة 19 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، انضمت إليه الجزائر بموجب مرسوم رئاسي رقم 89-67مؤرخ في 16ماي 1989، جريدة رسمية عدد20مؤرخة في ماي 1989.

صراحة في نص المادتين 10و13 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد [4]، وكذا في نص المادة 09 من اتفاقية الاتحاد الافريقي لمنع ومكافحة الفساد [5].

ثانيا: تشعب النصوص التشريعية المكرسة لحق الوصول إلى المعلومة في القانون الوطني

تفتقر المنظومة القانونية لقانون خاص ينظّم حق النفاذ إلى المعلومة، بالرغم من أنّ المؤسس الدستوري قد نصّ صراحة عند اعتماده لأول مرة بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 51 عقب التعديل الدستوري لعام 2016على أنّ كيفيات ممارسة هذا الحق ستتم بموجب قانون. اللافت للنظر أن التعديل الدستوري ل1نوفمبر2020 قد أقر نفس المنطق القانوني من خلال نص الفقرة 3 من المادة 55 منه التي أحالت على القانون مسألة تنظيم ممارسة الحق المذكور.

وبالمقابل تفرّقت القوانين الوطنية التي تنص على حق المواطن في النفاذ إلى المعلومة وذلك بحسب مدى صلة هذا الحق بطبيعة القانون المعني، فمثلا نجد قانون الاعلام [6] ينص في نص المادة 84 منه على حق الصحفي في الوصول لمصدر المعلومة، وأن تمكينه

---

[4] مرسوم رئاسي رقم04-128 مؤرخ في 19أبريل 2004، يتضمن التصديق بتحفظ على اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الفساد، المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة يوم 31 أكتوبر2003، جريدة رسمية عدد26مؤرخة في 25 أبريل2004.

[5] مرسوم رئاسي رقم 06-137 مؤرخ في 10أبريل 2006، يتضمن التصديق على اتفاقية الاتحاد الافريقي لمنع ومكافحة الفساد المعتمدة بمابوتو في 11يوليو2003، جريدة رسمية عدد24 في 16أبريل2006.

[6] قانون رقم 12-05 مؤرخ في 12 يناير 2012 يتعلق بالإعلام، جريدة رسمية عدد02 مؤرخة في 5 يناير2012.

مرسوم رقم88-131 ينظم العلاقة بين الإدارة والمواطن، مؤرخ في 4جويلية1988، جريدة رسمية عدد27مؤرخة في 6جويلية1988

من هذا الحق هو ضمان لإعلام المواطن بالمعلومة. كما وردت الإشارة لحق المواطن في المعلومة بموجب نص المادة 11 من قانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته [7]، حيث ألزم السلطات العمومية بإعلام الجمهور والمواطنين وتيسير سبل ولوجهم للمعلومة لصلتها الأكيدة في الحد من الفساد والتبليغ عنه. علاوة على ذلك، أقرّ قانون رقم 03-10 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة [8] مبدأ الاعلام وحق المواطنين في الحصول على المعلومة البيئية حسب المادة السابعة منه، وكذا المعلومات المتعلقة بالأخطار التي تصيب الأقاليم المتواجدين فيها كما تنص عليه المادة التاسعة من نفس القانون [9].

الفرع الثاني

محدودية مجال التنظيم في تأطير حق النفاذ والولوج إلى المعلومة الإدارية

يشمل التنظيم نصين مرجعيين لتأطير كيفيات الحصول على المعلومات الإدارية، بحيث يعد المرسوم رقم 88-131 الأساس المرجعي لحد الآن في تأطير حق الاطلاع والحصول على المعلومات وذلك رغم النقائص المتعددة التي اعترضت تطبيقه لحد الآن والتي أدت إلى هجر جل أحكامه **(أولا)**. وعلاوة عن النص المذكور نسجل صدور

---

[7] قانون رقم06-01 مؤرخ في 20 فبراير 2006 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، جريدة رسمية عدد14 مؤرخة في 8مارس2006

[8] قانون رقم03-10مؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، جريدة رسمية عدد 43 مؤرخة في 20جويلية 2003

[9] تجدر الإشارة إلى أنّ مبدأ إعلام المواطنين وحقهم في الحصول على المعلومات، تم تكريسه كذلك في القوانين التالية:

- نص المادة 11 من قانون 04-20 مؤرخ في 25 ديسمبر2004 متعلق بالوقاية من الأخطار الكبرى وتسيير الكوارث، جريدة رسمية عدد84 مؤرخة في29-12-2004

نص تنفيذي ذو قيمة قانونية وفعلية في تطبيق حق الوصول إلى المعلومة لكنها محدودة النطاق والتطبيق لارتباطه بحق الاطلاع على القرارات البلدية فقط، وهو المرسوم التنفيذي رقم 16-190 الذي يحدد كيفيات الاطلاع على مستخرجات مداولات المجلس الشعبي البلدي والقرارات البلدية **(ثانيا)**.

أولا/ تأطير حق الوصول إلى المعلومات في ظل المرسوم رقم 88-131: "الآلية المهجورة"

نظراً لغياب إطار قانوني يُفصّل بالتحديد قاعدة البيانات والوثائق المشمولة بالسرية10، اتسمت سياسة التسيير الإداري بالسرية وانعدام قواعد الشفافية كحق الاطلاع والحصول على المعلومات والوثائق الإدارية، حتى جاء تكريس حق المواطن في الاعلام والحصول على المعلومة بموجب المرسوم رقم 88-131 المنظّم للعلاقة بين الإدارة والمواطن **(11)**. يلاحظ أن هذا المرسوم قد شكل آنذاك الإطار المرجعي العام للحق في الإعلام والاطلاع على الوثائق الإدارية، حيث أولى اهتماما واضحا لتأطير حق المواطنين في الإعلام والولوج إلى المعلومة الإدارية، وتصّدر ذلك بوضوح القسم الأول

---

[10] - أوكيل محمد أمين، « شفافية الإدارة كدعامة لفعالية وعصرنة التسيير المحلي في الجزائر »، أعمال الملتقى الوطني العاشر حول: « تسيير الإدارة المحلية الجزائرية بين الثوابت والمتغيرات الدولية والوطنية »، يومي 09 و10 أفريل سنة 2017، منشور في مجلة البحوث القانونية والسياسية، عدد 08، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة د. الطاهر مولاي، سعيدة، 2017، ص. 374.

[11] أنظر:

مرسوم رقم88-131 ينظم العلاقة بين الإدارة والمواطن، مؤرخ في 4جويلية1988، جريدة رسمية عدد27مؤرخة في 6جويلية1988.

منه الذي حمل عنوان: " إعلام المواطن"، حيث عالج فيه مقتضيات تكريس هذا الحق في المواد 8إلى11 منه. ألزم المرسوم الإدارة بإعلام المواطنين بالتنظيمات والقرارات التي تتخذها وباتخاذ الوسائل المناسبة لضمان ذلك [12] وشدّد على ضرورة قيام الإدارة بنشر المناشير والتعليمات والآراء الصادرة عنها والتي تهم المواطنين بانتظام، ما لم يحظر القانون صراحة ذلك، إما في الجريدة الرسمية أو في النشرة الرسمية الخاصة بالإدارة[13]

أما تكريس حق الاطلاع فقد جاء صريحا بنص المادة 10 منه: "**يمكن المواطنين من أن يطّلعوا على المعلومات والوثائق الإدارية.**". حيث خوّل المواطن حق الاطلاع والحصول على نسخ من الوثائق الإدارية، ما لم تكن مشمولة بالسر المهني أو تتعرض للحياة الخاصة للمواطنين وأوضاعهم الشخصية، وهي في العادة نفس القيود الملحوظة في التشريعات المقارنة [14]. وأحاط المرسوم حق المواطن في الاعلام بإلزام الإدارة عند تقرير رفض تسليم أي وثيقة ما، بأن يقع تصرفها هذا بموجب مقرّر معلّل [15].

---

[12] أنظر:

نص المادة 8 من المرسوم 88-131، مرجع نفسه.

[13] أنظر:

نص المادة 9 من المرسوم 88-131، مرجع نفسه.

[14] بخصوص

حق الاطلاع على الوثائق الادارية في فرنسا ، أنظر:

Ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration. JORF n°0248 du 25 Octobre 2015 Texte n° 2. (Consulté le : 26-1-2018)

[15] أنظر:

نص الفقرة الثالثة من المادة 8 من المرسوم رقم 88-131، مرجع سابق.

ودون أدنى شك شكّل المرسوم رقم 88-131 مكسبا هاما في سبيل ترشيد المرافق العمومية وعصرنة الإدارة آنذاك، باعتباره أول وثيقة قانونية لتكريس حق المواطنين في الاعلام والاطلاع على الوثائق والقرارات الإدارية، بحيث أقرّ تدابير تفعيل هذا الحق بما يعزّز سبل انفتاح الإدارة على الجمهور وتقريب مصدر المعلومة منه، وهو ما يضمن بالنتيجة تيسير اندماج المواطنين في سياسة المشاركة في التسيير المحلي سيما على المستوى البلدي، ومع ذلك فإنّ هذا المرسوم عرف انتكاسة حقيقية في التطبيق نظرا لعدم صدور العديد من النصوص التنظيمية التي أحال عليها، وهذا ما جعله يظهر رغم عظم المكاسب التي تضمنها وكأنه صار غير صالح للتطبيق وجديرا بالترك والهجر رغم أنه في حقيقة الأمر قد أتى سابقا لأوانه.

ثانيا/ الاطلاع على مستخرجات مداولات وقرارات المجالس الشعبية البلدية كآلية وحيدة على المستوى المحلي

يعد إقرار المرسوم التنفيذي رقم 16-190 المحدد لكيفيات الاطلاع على مستخرجات مداولات المجالس الشعبية البلدية والقرارات البلدية، المجسّد لمحتوى الفقرة الثانية من المادة14 من قانون البلدية [16]، الأداة النموذجية لتكريس حق

يعتبر قانون11-10 المتعلق بالبلدية الإطار العام المنظّم لقواعد مشاركة المواطنين في تسيير شؤونهم المحلية بما في ذلك حقهم في النفاذ إلى المعلومة على مستوى البلدية. ولذلك حرص المشرع على تقنين قواعد المشاركة فضلا عن دعائمها الأساسية كحق الاعلام والحصول على المعلومات الخاصة بالتسيير المحلي، بغية إقامة اتصال وثيق بين المجلس الشعبي البلدي مع المواطنين، لتمكينهم من المشاركة والوقوف على مجريات سير الشؤون المحلية، وضمان حقهم في الوصول إلى المعلومة والاطلاع على المداولات والحصول على الوثائق والقرارات. وعلى هذا الأساس نجد قانون11-10 ينص صراحة في المادة 14 منه: " يمكن كل شخص الاطلاع على مستخرجات مداولات

الاطلاع والحصول على المعلومات على المستوى المحلي. كما يعد هذا المرسوم ضمانة لحق النفاذ إلى المعلومة على مستوى المجالس الشعبية البلدية.

كرّس المرسوم التنفيذي رقم 16-190 حق الاطلاع باعتباره القاعدة العامة، وذلك من خلال نص المادة الثالثة منه التي شدّدت على حق المواطنين في الاطلاع على القرارات البلدية، ماعدا مجالات محددة بنص القانون التي تعد استثناءً عن قاعدة الاطلاع.

يحق لكل مواطن الاطلاع على مداولات البلدية والقرارات الصادرة عنها بموجب طلب يحمل اسمه وبيانته الشخصية يوجهه لرئيس المجلس الشعبي البلدي، يحدد فيه الوثيقة المراد الاطلاع عليها [17]. كفل التنظيم للمواطنين ترتيبات فورية لدراسة طلب الاطلاع تتم في نفس يوم تقديم الطلب إذا كانت الوثيقة المطلوبة صادرة في السنة الجارية. أما إن كان تاريخها يتعدى السنة ودون10سنوات فيتم معالجة الطلب في غضون 3أيام، وفي حالة تجاوز تاريخ صدور الوثيقة 10سنوات فدراسة طلب الاطلاع عليها يتم في أجل 5أيام [18]. على أن تتم عملية الاطلاع بالمجان برفقة موظف وفي فضاء مخصّص لذلك.

المجلس الشعبي البلدي وعلى القرارات البلدية ". بينما أحالت الفقرة الثانية من هذه المادة على التنظيم مسألة تحديد كيفيات الاطلاع على مستخرجات مداولات وقرارات المجالس الشعبية البلدية. [16]

[17] أنظر:

نص الفقرتين1و2 من المرسوم التنفيذي16-190، المحدد لكيفيات الاطلاع على مستخرجات المداولات مرجع سابق.

[18] أنظر:

نص المادة5 من المرسوم التنفيذي16-190، مرجع سابق.

تضمّن إجراءات صريحة لممارسة حق الحصول على الوثائق والقرارات البلدية. حيث يقتضي الحصول على هذه الوثائق أو قرارات أو مستخرجات مداولات البلدية تقديم المعني طلبا متضمنا بياناته الشخصية إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي يحدّد فيه الوثيقة المطلوب الحصول عليها [19]، ويتسنى له نسخها على نفقته في المكان المخصص لذلك أو في مكان آخر تحت طائلة صلاحيتها للنسخ من دون تعرضها للتلف. بيد أنّ طلب الحصول على الوثائق يقتضي قيام مصلحة شخصية للمعني وتبرير ذلك في نص الطلب، بعكس حق الاطلاع الذي يحق لجميع المواطنين الاستفادة منه ومن دون إبداء الأسباب، علاوة على أنّ التنظيم لم يحدّد آجال لدراسة طلب النسخ مقارنة بطلب الاطلاع. وأيا يكن من أمر، فإنّه في حالة رفض طلب الاطلاع أو النسخ، فإنّ قرار الرفض يتم إبلاغه للمعني مع ذكر الأسباب [20]، والذي يمكنه الطعن فيه أمام الجهات المختصة وفق التشريع النافذ.

المحور الثاني

البعد الدستوري والقانوني لتأطير حق الولوج إلى المعلومة الإدارية

ليس كافيا الاعتراف الدستوري بحق المواطنين في الولوج إلى المعلومة الإدارية ما لم يتم إرفاق هذا المكسب الدستوري بتدابير قانونية شاملة تضمن وتبيّن كيفية تفعيلة ومواجهة المؤسسات العمومية المعنية بتدابيره في واقع الممارسة **(فرع أول)**. في هذا

---

[19] أنظر:

نص المادة8 من المرسوم التنفيذي16-190، مرجع نفسه.

[20] أنظر:

نص المادة 10من المرسوم التنفيذي16-190، مرجع نفسه.

الصدد نجد المشرع الجزائري لا يزال يراوح مكانه منذ لحظة التعديل الدستوري ل2016 الذي أحال مسالة تطبيق حق النفاذ إلى المعلومة على القانون، وهي المحطة الدستورية التي توقف عنها المبدأ منذ إعادة تكريسه في نص المادة 55 من التعديل الدستوري لسنة 2020 حيث لم يصدر القانون المعني لحد الآن رغم قيمته الفعلية في تجسيد المحتوى الدستوري والبعد السياسي لهذا الحق المكتسب **(فرع ثان).**

الفرع الأول: السياق السياسي للاعتراف الدستوري بحق الولوج إلى المعلومة الإدارية

كرّس المؤسس الجزائري على غرار العديد من الدساتير المقارنة [21] حق المواطنين في النفاذ إلى المعلومة والوثائق الإدارية من خلال التعديل الدستوري المؤرخ في 6مارس2016، حيث نصّت الفقرة الأولى من المادة 51 من الدستور، وهو المكسب الدستوري نفسه الذي أقرته المادة 55 بمقتضى التعديل الدستوري ل1نوفمبر2020، والتي جاءت تنص على: **" الحصول على المعلومات والوثائق الإدارية والاحصائيات ونقلها مضمونان للمواطن".**

[21] يعد الدستور السويدي لعام 1776 والذي تم إقراره سنة 1974أول وثيقة قانونية تنظّم حق النفاذ إلى المعلومة. راجع في هذا الصدد:

NCIRI, (N), " L'accès aux documents administratifs en Tunisie ", in : Démocratie et Administration, Actes du colloque organisé à Tunis les 10 et 11 2011, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, Editions Latrach, Tunis 2014, p131 -132.

أما من جانب الدساتير المغاربية فتم إقرار حق النفاذ إلى المعلومة في الدستور المغربي لسنة 2011 في نص الفصل 27 منه، ثم في الدستور التونسي لسنة 2014 في نص الفصل 32 منه. أنظر:

عبد القادر مهداوي، الحماية الدستورية للحق في الحصول على المعلومة في الدول المغاربية، مجلة العلوم القانونية والسياسية عدد 14، سنة 2016، ص 104.

لكن الأمر اللافت في مسار دسترة حق النفاذ إلى المعلومة الإدارية أنه قد ورد من في سياق تعزيز مسار الانفتاح الديمقراطي في الجزائر، وذلك من خلال تمكين الرأي العام الوطني من إحدى الآليات المهمة في ممارسة الديمقراطية التشاركية، والتي بدونها يبقى المواطن خارج أية مشاركة في تسيير شؤونه العامة[22]، وتجسيداً للاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر في هذا المجال، على غرار الميثاق الإفريقي لقيم ومبادئ الخدمة العامة والإدارة، المعتمد بأديس أبابا بتاريخ 31 جانفي سنة 2011 [23]، والميثاق العربي لحقوق الإنسان المعتمد بتونس في ماي سنة 2004 [24].

الملاحظ بالنسبة للإقرار الدستوري لحق الاطلاع والحصول على المعلومات في الدساتير المغاربية فقد جاء في سياق سياسي مماثل طبعه مسار الانتقال الديمقراطي الذي فرض تداعياته وعجّل بإدخال إصلاحات دستورية ومؤسساتية تضمن مجالا أوسع لممارسة حقوق الأفراد سيما ذات الصلة بالمشاركة في إدارة الشأن العام. من

[22] زيد الخيل توفيق، حق النفاذ إلى المعلومة كشرط لإعمال المشاركة، الديمقراطية التشاركية كنموذج جديد للحوكمة، ملتقى وطني كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، يوم21 أبريل 2018، ص.2.

[23] - تنص المادة 06 من الميثاق الإفريقي لقيم ومبادئ الخدمة العامة والإدارة، على أنّه: «1- تقوم الإدارة العامة بتوفير المعلومات الضرورية للمستخدمين حول التدابير والإجراءات الشكلية المتصلة بتقديم الخدمة العامة.
2- تقوم الإدارة العامة بإبلاغ المستخدمين بكل القرارات المتخذة بخصوصهم وبيان أسبابها وكذلك آليات الطعن القانونية المتاحة لهم.
3- تقوم الإدارة العامة بوضع نظم وإجراءات إتصال فعلية، بقصد ضمان إعلام العموم حول الخدمات العامة، وتحسين وصول المستخدمين إلى المعلومات، وتلقي آرائهم ومقترحاتهم وشكاواهم.
4- تضمن الإدارة العامة أن تكون الإجراءات والوثائق الإدارية مصممة بطريقة سهلة ولغة مفهومة ».

[24] - تنص الفقرة الأولى من أحكام المادة 32 من الميثاق العربي لحقوق الإنسان، على أنّه: « 1- يضمن هذا الميثاق الحق في الإعلام وحرية الرأي والتعبير، وكذلك الحق في إستقاء الأنباء والأفكار وتلقيها ونقلها إلى الآخرين بأي وسيلة، ودونها إعتبار للحدود الجغرافية ».

هذا المنطلق تمت دسترة حق النفاذ إلى المعلومة في الدستور التونسي عقب ثورة الشعب سنة 2011، حيث أقر المسار التأسيسي في تونس دستوراً جديدا للجمهورية التونسية سنة 2014، تضمن العديد من المكاسب الحقوقية في سبيل ترشيد سبل الحكم وتحسين العلاقة مع المواطنين، أهمها الاعتراف بحق النفاذ إلى المعلومات الإدارية الوارد في نص الفصل 32 من الدستور:

" تضمن الدولة الحق في الإعلام والحق في النفاذ إلى المعلومة. تسعى الدولة إلى ضمان الحق إلى شبكات الاتصال."

وقد عقب دسترة حق النفاذ إلى المعلومة في تونس صدور إطار مرجعي لتنظيم سبل ممارسة هذا الحق تمثل في القانون الأساسي رقم 22 لسنة 2016 مؤرخ في 24 مارس 2016 يتعلق بالحق في النفاذ إلى المعلومة.

أما التجربة المغربية فلا تختلف كثيرا عن السياق السياسي لنظيرتها في تونس عدا في مسألة طبيعة المسببات الإصلاح الدستوري التي لم ترقى إلى حد ثورة كاملة مثلما كان الحال عليه في ثورة تونس، بحيث دفعت احتجاجات فبراير 2011 المنادية بالإصلاح السلطة المغربية إلى فتح باب مراجعة الدستور، وإقرار العديد من الإصلاحات كان ضمنها الاعتراف بحق الولوج إلى المعلومات الإدارية المتضمن في نص الفصل 27 من دستور 2011:

" للمواطنين والمواطنات جق الحصول على المعلومات الموجودة بحوزة الإدارة العمومية والمؤسسات المنتخبة والهيئات المكلفة بمهام المرفق العام. لا يمكن تقييد ممارسة الحق في المعلومة إلى بمقتضى قانون".

صدر القانون المنظم لممارسة حق الولوج إلى المعلومة الإدارية في المغرب، بمقتضى القانون التنظيمي رقم 31.13 المتعلق بحق الحصول على المعلومات الصادر بموجب ظهير شريف رقم 1.15.18 الصادر في 22 فبراير 2018.

ما تجب الإشارة إليه من استقراء تجربتي الإقرار الدستوري لحق المعلومة في كلا من تونس والمغرب، أن تنظيم الإطار المرجعي لممارسة هذا الحق قد تم فعلا بمقتضى قانون يسمو على القانون العادي، (قانون أساسي في تونس وقانون تنظيمي في المغرب)، وهما يتمتعان على التوالي بالقيمة المعيارية للقانون العضوي في الجزائر.

يُحسب كذلك لعملية الإقرار الدستوري في الدساتير المغاربية المقارنة أنها استوفت شروط تطبيقها الفعلي بصدور القوانين اللازمة لإعمال محتوى حق الاطلاع، للأسف هذه النتيجة لا تزال معطلة عندنا في الجزائر رغم صدور الاعتراف الدستوري بحق المعلومة في 2016 وإحالته الصريحة على القانون لتنفيذ محتوى حق الاطلاع، ثم ترسيخ المكسب الدستوري في التعديل الأخير ل1 نوفمبر 2020 وهو الأمر غير المتاح لحد الآن لعدم صدور القانون المعني بذلك حسب نص الدستور.

الفرع الثاني

تدخل "القانون" لتنظيم كيفيات تفعيل حق الولوج إلى المعلومة: "بين الجدوى التشريعية والقيمة السياسية"

يضمن وجود نص مرجعي نافذ منهجية تفعيل حق الاطلاع والحصول على المعلومات الإدارية، وفي هذا السياق، لقد سبق للتنظيم وليس القانون أن تناول مسألة تأطير حق الحصول على الوثائق الإدارية، وذلك بموجب المرسوم رقم 88-131، الذي تناول المسائل الأساسية والعملية الضرورية لممارسة مضمون الاطلاع على المعلومات الإدارية، لكن المرسوم المذكور قد فشل في ترسيخ الحق في الوصول إلى المعلومة في العرف الإداري لتسيير الشأن العام، نتيجة عدم تكريسه الفعلي في الممارسة الإدارية وعدم صدور العديد من النصوص التطبيقية التي أحال عليها إلى اليوم مما أفقده الفعلية القانونية المنتظرة منه كما سبقت لنا الإشارة له.

وبالمقابل فإن تكريس حق المواطنين في النفاذ إلى المعلومة من خلال التعديل الدستوري الأخير، هو ركن أساسي في منح حق الاطلاع والحصول على المعلومات ضمانة دستورية وقيمة معيارية تجعله ضمن مجموعة الحقوق المكفولة في النص الأساسي في الدولة [25]، ويضمن تطبيق محتواه بمقتضى قانون يجعل أحكامه خاضعة للتراتبية التي تمليها هرمية تدرج القوانين من جهة، فضلا عن كون التكريس الدستوري يفرض

[25] أنظر:

CANAVAGGO, (P), " *Vers Un Droit D'accès à L'information Publique, Les Avancées Récentes des Normes et des Recherches*", UNESCO, Paris, 2014, p.40.

على السلطات المسؤولة على إنفاذه التزامات ضمانه للمواطنين وعدم التصرف فيه إلاّ بالحدود المبيّنة في نص الدستور من جهة ثانية [26]، وقد أحالت الفقرة الثالثة من نص المادة ذاتها على القانون أمر تحديد كيفيات ممارسة وتطبيق هذا الحق. وبما أن المؤسس الدستوري قد أحال في نص الفقرة الثالثة من نص المادة 55 من الدستور على القانون مسألة تنظيم كيفيات ممارسة هذا الحق، [27] فإننا نتوقع أن يشمل القانون المرتقب تحديد المعايير التالية:

أولا: مفهوم وأهداف حق النفاذ على المعلومات الإدارية.

ثانيا: المؤسسات والمرافق العمومية المعنية بضرورة تقديم حق النفاذ على المعلومة.

ثالثا: الوثائق المشمولة بالسرية الإدارية كتلك المتعلقة بأسرار الدولة والإجراءات القضائية.

رابعا: إجراءات ممارسة حق الاطلاع والحصول على المعلومات.

خامسا: شروط وآجال طلب الحصول على المعلومة.

سادسا: التزام المؤسسات المعنية بتسهيل حق المواطنين في لحصول على المعلومة.

سابعا: حق المواطنين من ممارسة حق الطعن في قرارات رفض تسليم المعلومة.

ثامنا: الجهات الإدارية أو القضائية المخولة بدراسة الطعون المتعلقة بممارسة حق النفاذ على المعلومة.

---

[26] أنظر:

نص الفقرة الثانية من نص المادة 55 من الدستور.

[27] . جاء في نص المادة 55 فقرة 3 من الدستور: (يحدد القانون كيفيات ممارسة هذا الحق)

وبصرف النظر عن المسائل القانونية التقنية والإجرائية التي يكفلها صدور القانون المشار إليه أعلاه -المحدد لكيفيات تطبيق محتوى الوصول إلى المعلومات والوثائق الإدارية- فإن البعد والباعث الدستوري المتوخى من الإحالة على القانون، يتعدى حيّز إكساب المواطن حق شخصي في الاطلاع على المعلومات التي بحوزة الإدارة، بحيث يكمن لا محالة في تعزيز سياسة الحكامة التشاركية وتنمية الشفافية والانفتاح الإداري والمؤسساتي وتقوية روابط الثقة والنزاهة بين الإدارة والجمهور وقوى المجتمع المدني الفاعلة، وإخلاء جانب المسؤولين والمسيّرين الإداريين من مسؤولية التحيّز والمحاباة والمحسوبية، كما يضع حدا للسرية في التعامل والإفلات من المساءلة وتعزّز فرص الرقابة الشعبية ومشاركة المواطنين في منع الفساد.

وعلى هذا الاساس تتجسد مدى قوة الرابطة القانونية والسياسية بين الحق في الإعلام والنفاذ إلى المعلومات الإدارية وبين الحكم الراشد والمشاركة الديمقراطية الشعبية، وذلك من خلال الانتقال من دور الدولة الاحادي في التسيير والسلطوي المالك لصلاحيات واسعة من دون منافس في اتخاذ القرار، والتحول إلى هيئة أو هياكل أكثر ديمقراطية تضم قنوات تشاورية وتشاركية مع الجمهور في استراتيجية ممارسة السلطة وإدارة الشأن العام لا سيما على المستوى المحلي، وهي الفلسفة التي اتبعها المؤسس الدستوري في هذا الإطار، وذلك حسب ما فسّره المجلس الدستوري في رأيه المعلّل بشأن التعديل الدستوري في 6 مارس 2016 [28] الذي كان السند المباشر لتكريس حق الوصول إلى المعلومة في الدستور، حيث اعتبر أنّ " **إضافة نص المادة**

[28] رأي رقم 01/16 مؤرخ في 28 يناير 2016 يتعلق بشروع القانون المتضمن التعديل الدستوري، جريدة رسمية عدد 06 مؤرخة في3 فبراير 2016.

15 والمادة51 من الدستور، المتعلقتين على التوالي: بتشجيع الدولة للديمقراطية التشاركية على المستوى المحلي، والحق في الحصول على المعلومات، على أنهما من دعائم التنظيم الديمقراطي للدولة وإرساء أسس دولة القانون، وضمانا لحقوق المواطن وحريته بما فيها حقه في المشاركة في تسيير الشؤون العمومية"، وهو المكسب الديمقراطي التشاركي الذي لا يزال في انتظار الإطار التشريعي الكفيل بتجسيده في الممارسة الراهنة عقب الاعتراف الدستوري المكرّر له.

خاتمة

يعد الاعتراف الدستوري بحق الولوج إلى المعلومة ضمانة معيارية لتفعيل حقوق المواطنة وتعميق مسار الإصلاح المؤسساتي والانفتاح الإداري على الجمهور، ومكسبا ديمقراطيا يكرس ترشيد العلاقة بين الإدارة والمواطن ويفسح المجال مبدئيا للمشاركة والانخراط الشعبي في ممارسة التسيير العمومي.

لكن غياب نص قانوني مرجعي لتأطير سبل تفعيل حق الولوج إلى المعلومة في الممارسة الراهنة رغم سبق الإقرار الدستوري له في مناسبتين متعاقبتين جسدهما التعديل الدستوري المتكرر لسنتي 2016 و2020، يترك مجال ممارسة حق النفاذ إلى المعلومات الإدارية والوثائق والبيانات التي بحوزة المؤسسات والمرافق العمومية معطلا بل ودون أي قيمة عملية. هذه النتيجة تؤكد للأسف التماطل أو التأخر غير المبرّر للإفراج عن قانوني يبيّن شروط وكيفيات تجسيد محتوى الولوج إلى المعلومة المكرس في النص الأسمى للدولة.

وعلى هذا الأساس ينبغي تحريك مسار التشريعي في هذا الصدد والمبادرة بمشروع قانون يضع الحق الدستوري موضع التنفيذ، يحدد شروط وكيفيات وإجراءات ممارسة حق الولوج والحصول على المعلومات، بدءً بتحديد إطاره الموضوعي كمفهوم وأهداف حق النفاذ على المعلومات الإدارية، والمؤسسات والمرافق العمومية المعنية بضرورة تقديم هذا الحق، مع بيان الاستثناءات الواردة عليه من قبيل الوثائق المشمولة بالسرية الإدارية كتلك المتعلقة بأسرار الدولة والإجراءات القضائية، بالإضافة إلى تبيان الإطار

الإجرائي الشامل لإجراءات ومواعيد وضوابط ممارسة حق الاطلاع والحصول على المعلومات ومجال استغلال المعلومات، وأخيرا الضمانات القانونية لممارسته كالتزام المؤسسات المعنية بتسهيل حق المواطنين في الحصول على المعلومة، مع ضمان حقهم في اللجوء إلى الطعن المشروع عند التعسف الإداري في مجال تسليم المعلومات.

مبـادرة الحزام والطريق الصينية، اتفـاقية إطـار إستراتيجي
دراسة من منظور قـانوني – جيوسيـاسي

China's Belt & Road Initiative, Strategic Framework Agreement

Study from a legal-geopolitical perspective

أم د. سعود أحمد ريحان المشهداني
أستاذ العلوم السياسية – السياسة الدولية
كلية القانون بجامعة الفلوجة
saudi.ahmed.raihan@uofallujah.ed.iq

أ د. صدّام فيصل كوكز المحمدي
أستاذ القانون الخاص
كلية القانون بجامعة الفلوجة
saddam.faisal@uofallujah.ed.iq

الملخص

لم تعد أنماط العلاقات الدولية في وقتنا الحاضر تستخدم الأساليب التقليدية المتعارف عليها في تحقيق التنمية وبناء القدرات على المستويات الاقتصادية والمالية والتقنية على المستويين الوطني والدولي، ولم تعد التنمية هدفاً وطنياً تسعى الحكومات إلى تحقيقه بمعزل عن الجماعة الدولية، إذ أصبحت هذه الاساليب وتلك الأهداف عرضة للتطور وفق منظور حديث، جسّدته مبادرة الحزام والطريق الصينية، ورسخته في ظل تجربة ثرية من المشروعات الضخمة والرائدة في مجالات حيوية مهمّة، استغلت فيه الصين قدراتها الضخمة في كافة المجالات، لتحقق نهضة تنموية حقيقية في محيط إقليمي معقّد تتشابك فيه المصالح وتتقاطع فيه الرؤى والأهداف، للاعبين الدوليين في مناطق حساسة من العالم في قارات اسيا وأفريقيا وأوروبا، مما يعكس أهميّة جيوسياسية للمبادرة فضلا عن الأهداف المعلنة لها، إذ تعمد الصين من خلال هذه المبادرة إلى ترسيخ مبدأ المنفعة المتبادلة وتعزيز الترابط والتعاون بين الشعوب، عن طريق التنمية السلمية، باستخدام وسائل قانونية فعّالة تنسجم مع حيوية المبادرة وتسهم في فعاليتها، وقد قامت هذه الدراسة باستكناه هذه الوسيلة والكشف عن توصيفها القانوني، مع التركيز على الجانب الجيوسياسي لها في دراسة علمية متكاملة.

الكلمات المفتاحية: مبادرة الحزام والطريق، الأهداف الجيوسياسية للمبادرة، اتفاقات الاطار الدولية، التنمية السلمية.

Abstract

First of all, The patterns of international relations at the present time no longer use the traditional methods recognized in achieving development and capacity-building at the economic, financial and technical levels at the national and international levels, and development is no longer a national goal that governments seek to achieve in isolation from the international community, as these methods and those goals are subject to development According to a modern perspective, embodied by the Chinese Belt and Road Initiative, and established in light of a rich experience of huge and pioneering projects in important vital areas, in which China exploited its huge capabilities in all fields, to achieve a real development renaissance in a complex regional environment in which interests intertwine and where visions and goals intersect, for players The international community in sensitive areas of the world in the continents of Asia, Africa and Europe, which reflects the geopolitical importance of the initiative as well as its declared goals.

Finally, through this initiative, China seeks to consolidate the principle of mutual benefit and strengthen interdependence and cooperation among peoples, through peaceful development, using effective legal means. It is consistent with the vitality of the initiative and contributes to its effectiveness, and this study has found this method and revealed its legal description, focusing on the geopolitical aspect of it in an integrated scientific study.

Key words: The Belt and Road Initiative, the geopolitical objectives of the initiative, international framework agreements, and peaceful development.

مقدمة

تشير العديد من الدراسات والأبحاث في الشؤون القانونية والسياسية وحتى الاقتصادية المختصة إلى ان اطلاق مبادرة الحزام والطريق الصينية عام 2013 تحت شعار (حزام واحد طريق واحد"One Belt, One Road:OBOR) يعد اكبر اعلان لاستراتيجية جيو-سياسية جديدة على مستوى العالم في القرن الحادي والعشرين،**1** حيث أنّ انطلاق هذه الاستراتيجية يمثّل إعلاناً لهدفٍ إستراتيجي بعيد المدى للصين، تبتغي من ورائه توسيع دائرة نفوذها، وتعزز من مفهوم التعاون الدولي على المستوى الاقتصادي والتجاري والاستثمار والتنمية، بما يعزز من فرض نشوء نظام عالمي جديد تلعب فيه الصين دوراً محوريّاً.**2**

وتنعكس أهمية هذه المبادرة على المستوى الدولي، من خلال آثارها حيث بدأت الصين تقطف ثمار جدواها، كونها تمثّل أحد اهم فرص الاستثمار في البنى التحتية وانجحها على المستوى الدولي في ايامنا هذه، فاليوم بدأت هذه المبادرة تتفاعل اكثر

1. عادل رفيق: الجيوبوليتكس السيبرانية والباستقرار في الشرق الأوسط، المعهد المصري للدراسات، مقال منتشور بتاريخ 2020/11/10، متاح على الرابط الالكتروني: **http://www.eipss-eg.com**

2 . Hugh White, "China's Belt and Road Initiative to Challenge US-led Order," East Asia Forum, May 8, 2017; Alessia Amighini, ed., China's Belt and Road: A Game Changer? (Novi Ligure: ISPI, 2017); and Carlo Muñoz, "China's One Belt One Road Economic Investment also Expands Military Footprint," The Washington Times, April 18, 2018,

https://www.washingtontimes.com/news/2018/apr/18/china-military-ambitions-seen-onebelt-one-road/. For more comprehensive and impartial analysis, see David Wijeratne, Mark Rathbone, and Gabriel Wong, "A Strategist's Guide to China's Belt and Road Initiative," PwC StrategyþBusiness, January 22, 2018, https://www.strategy-business.com/feature/A-Strategists-Guide-to-Chinas-Belt-and-Road-Initiative.

من اي يوم مضى، وهو ما يمكن أن نستشفّه من خلال توجهات اللاعبين الدوليين الكبار على الساحة الدولية، من الذين بدأوا يخشون من تأثيراتها عليهم، ولا سيما دول مثل الولايات المتحدة والاتحاد الاوروبي، وبعض الدول المؤثرة في الجماعة الدولية مثل اليابان، حيث بدأنا نشهد طروحات مضادة من هذه الدول، تحاول فيها أن تطرح خطتها الخاصة بشأن زيادة المشاركة والفاعلية في التنمية الاقتصادية والتجارية الدولية، وهو ما يعزز من طابع المنافسة الجيو – سياسي على المستوى الدولي وعلى مستوى منطقة المحيطين الهندي والهادي.

ومن جانب آخر يمكن من خلال هذه الدراسة، الإجابة على عدّة تساؤلات مهمّة، تتمحور حول، ما هو المقصود بالاتفاقية الإطارية الدولية من الناحية القانونية؟ وما هي المبررات التي يمكن الاستناد إليها لإعتبار المبادرة الصينية إتفاقية إطار؟

وما هو المدى الذي وصلت إليه ردّة فعل المجتمع الدولي تجاه مبادرة الحزام والطريق؟

وما هي التحديات التي تواجه هذه المبادرة؟

وهل تعتبر مبادرة الحزام والطريق، استراتيجية دولية ذات أبعاد جيوسياسية جديدة الصين؟

واذا لم يكن الامر كذلك فما هي حقيقة الخشية التي تدور حول المبادرة من قبل الدول العظمى؟

وهل ستستمر الصين في تبنّي استراتيجيتها هذه في المستقبل، أو أنّها ستتراجع عنها مستقبلاً؟

كل تلك الأسئلة تدفعنا إلى تبنّي المنهج التحليلي للموقف الرسمي الذي تتبناه القيادة الصينية من خلال الخطابات والتقارير الرسمية من جهة، واستعراض آراء الفقهاء والكتّاب والمختصين على وفق منهج وصفي، يستهدف إغناء هذه الدراسة، للخروج بأفضل الإجابات للأسئلة المطروحة، من خلال التعمق في بيان الابعاد الاستراتيجية ذات الطابع الجيو – سياسي في مبادرة الحزام والطريق، في ضوء الممارسات العملية الاستراتيجية من من قبل القيادة الصينية، والجهات القائمة على تنفيذ هذه الاستراتيجية داخل الصين نفسها، بما ينسجم مع التوجهات الجيو - سياسية مبادرة سواء على مستوى العالم أو على مستوى دول الشرق الاوسط.

كل ذلك يمكن تناوله ضمن خطة علمية تنقسم بشكل عام إلى ثلاثة مباحث، نخصص المبحث الأول، لبحث في مبادرة الحزام والطريق الصينية، إتفاقية إطارية للتعاون الدولي السلمي، وقسمناه إلى مطلبين، خصصنا المطلب الأول لبيان التأصيل النظري للإتفاقات الإطارية، أمّا المطلب الثاني، مضمون مبادرة الحزام والطريق الصينية.

أمّا المبحث الثاني، فقد تناولنا فيه المنظور الجيو - سياسي لمبادرة الحزام والطريق الإطارية، وقسمناه إلى مطلبين، تناول المطلب الأول، الأبعاد الجيوسياسية لمبادرة الحزام والطريق الإطارية، أمّا المطلب الثاني، فبينّا فيه الوزن الجيو - سياسي لمبادرة الحزام والطريق.

أمّا المبحث الثالث، فخصصناه للبحث في مبادرة الحزام والطريق الإطارية الصينية في الواقع الدولي، وقسمناه إلى مطلبين أيضاً، تناولنا في المطلب الأول منهما، المنافسة الدولية والمشاريع الموزارية للمبادرة الصينية، أمّا المطلب الثاني، فبينّا فيه التحديات التي تواجه مبادرة الحزام والطريق الإطارية الصينية.

وقد اختتمنا الدراسة بخاتمة، تضمنت أبرز ما توصلنا إليه من نتائج، نرى في التركيز عليها وإبرازها فائدة علمية وعملية.

المبحث الأول

مبادرة الحزام والطريق الصينية، إتفاقية إطارية للتعاون الدولي السلمي

إنّ البحث في مبادرة الحزام والطريق الصينية، كإتفاقية إطارية للتعاون الدولي السلمي، على نحو مفصل ودقيق، يقتضي منّا ابتداءً بيان التأصيل النظري للإتفاقات الإطارية، من جهة، والوقوف على مضمون مبادرة الحزام والطريق الصينية الإطارية من جهة أخرى.

وعلى ذلك، فإنّنا سنقسّم البحث في هذا المبحث إلى مطلبين، كالآتي:

المطلب الأول

التأصيل النظري للإتفاقات الإطارية

مع طرح الرئيس الصيني شين جين بينغ لمبادرة الحزام والطريق عام 2013، بدأت الصين تتجه إلى اللجوء أساليب عقدية جديدة، تتمتع بمكنة متطورة تمكنها من تجاوز الصعوبات العملية والقانونية التي يمكن أن تكتنف الروابط المستقبلية بينها وبين الدول المستفيدة، وذلك بتبنّي أسلوب يتلاءم وأهمية المشروعات الاستثمارية الاقتصادية والصناعية والتجارية والثقافية والتنموية، على النحو الذي يلبي حاجة هذه المشروعات الى عوامل الاستقرار والسرعة في اتمام المعاملات القانونية اللازمة لإقامتها. لذلك عمدت الصين أولا إلى طرح المبادرة والتي هي في حقيقتها إتفاقية اطارية، تتضمن خطّة استراتيجية تحتوي على مجموعة من الرؤى والأهداف وتستهدف مجموعة من

المجالات الحيوية، والتي يتاح أمام الدول المستفيدة منها الدخول فيها، ليجري فيما بعد الإتفاق على المشروعات المستقبلية التي تدخل ضمن إطار المبادرة، بموجب اتفاقات وعقود مستقبلية على النحو الذي يجسد خصوصية كل دولة متعاقدة، بما يتلاءم مع أهداف المبادرة وغاية كل دولة من الإنضمام إليها، حيث يتم بموجبها تنظيم التعاملات المستقبلة، ولا يتناول الجوانب التفصيلية المتغيرة في هذه المشروعات، وإنما يقتصر دوره على التمهيد لإتمام المعاملات وزيادة امكان إبرام العقود والاتفاقيات التطبيقية بين الطرفين في المستقبل .

وبذلك يسهم الإتفاق الاطاري الذي هو في الأصل أسلوب من أساليب التعامل في القانون الخاص،**3** بتحقيق الغايات التي يسعى إليها أطرافه، وذلك بإنشاء اطار دائم يحكم معاملاتهما المستقبلية، يتصف بالمرونة بحيث يتلاءم مع الظروف الاقتصادية المتغيرة لكل دولة،**4** و تحقيقا لهذه الغاية فقد دأبت الصين إلى رسم سياسة عامّة واضحة للمبادرة وأعلنت الأهداف الخاصة بها، وأوضحت القواعد الأساسية التي تخضع لها العقود والاتفاقيات التي سوف يتم إبرامها في ظلّها فيما بعد ،**5** إذ يفترض هذا النوع من الاتفاقات أن يتم تطبيق أحكامها على ما يبرمه الطرفان من عقود في المستقبل، وعندئذ فإنّ كل عقد مستقبل يمكن أن يبرم بما يتلاءم مع الأوضاع الاقتصادية للطرفين والظروف العامة وقت إبرام العقد.**6**

3. Mousseron (J .M) :La gestion des risques par la contrat, R.T.O.C, 1988, P.481.

4. El-Gammal (M.):L'adaptation du contrat aux circonstances economiques, these L.G.D.J, Paris, 1967, p.11.etc.

5. قارن مع د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، ط1، بيروت، 2002، ص280.

6. د. محمد شوقي شاهين، المشروع المشترك التعاقدي، طبيعته وأحكامه، القاهرة، 2000، ص195.

وفي هذا المجال نود القول، بأنّه في ظل التعاملات التجارية المعاصرة، يلجأ المتعاملون في إطار معاملات القانون الخاص ومنذ ستينات القرن الماضي إلى تنظيم تعاملاتهم التجارية وفق اسلوب التعاقد الإطاري، ونظراً لنجاعة هذا الأسلوب في التعامل، فقد تمّ اللجوء له على المستوى الدولي أيضاً، فنجد كثير من الاتفاقات الإطارية المنظمة للعلاقات الدولية في إطار القانون العام تكول الدول أو المنظمات الدولية وهم من أشخاص القانون العام طرفاً فيها،7 ونتيجة لما تقدم، صار لاتفاق الاطار ميداناً رحباً في التطبيق، ليس في إطار القانون الخاص فحسب، وإنّما دخل في معظم المجالات التجارية والصناعية على المستوى الدولي والوطني، وقد ساهمت ظاهرتا التركيز والنمطية التي يخو إليها التصنيع والإنتاج في الوقت الحاضر، في انتشار اتفاقات الاطار على المستوى التجاري الدولي، بما يمكن أن تؤدي إليه هاتان الظاهرتان من كثرة العقود وتوحيد شروطها، على نحو أصبح فيه ممكناً تضمين اتفاقات الاطار شروطاً وصيغاً عامة قابلة للتطبيق على المعاملات المستقبلية بين الأطراف، بغض النظر عن اختلاف

7. على سبيل المثال، أبرمت الولايات المتحدة الأمريكية والعراق إتفاقية الإطار الإستراتيجي، في تشرين الأول/ نوفمبر عام 2008، ودخلت حيز التنفيذ في شهر كانون الثاني يناير من العام التالي 2009، حيث ترسي هذه الاتفاقية واسمها الكامل هو "اتفاقية الإطار الاستراتيجي لعلاقة صداقة وتعاون بين الولايات المتحدة وجمهورية العراق" أسس تعاون مشترك وطويل المدى بين البلدين في سبعة مجالات رئيسية هي: 1- السياسة والدبلوماسية، 2- الدفاع والأمن، 3- الثقافة، 4- الاقتصاد والطاقة، 5- الصحة والبيئة، 6- تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، 7- تطبيق القانون والقضاء. في كل واحدة من مجالات التعاون هذه، وقدد حددت الاتفاقية الأهداف العامة المرتبطة بكل قطاع وهي، في أغلبها، تتصل بتقوية المؤسسات العراقية وتطوير قدراتها على تأدية مهامها بفعالية. للإشراف على إنجاز هذه الأهداف... للمزيد ينظر النص الكامل للإتفاقية متاح على الرابط الالكتروني الآتي: **https://presidency.gov.krd/krp/docs/SE_SFA_AR.pdf** .

وعلى المستوى الدولي توجد العديد من الاتفاقات الإطارية المعقودة بين منظمة الأونروا والولايات المتحدة الأمريكية، برئاسة جون بايدن، في شهر يوليو/ تموز من عام 2021. للمزيد من التفصيل في هذا الاتفاق وحيثياته وأهدافه ينظر: **https://www.noonpost.com/content/42004**

عناصرها واختلاف أوقاتها.**8** حيث شهد أسلوب اتفاق الاطار تطبيقات متنوعة في إطار القانون الخاص، خصوصاً في مجال عقود الامتياز والترخيص التجاري**9**، وفي المجال الإستثمار المالي والمصرفي .

ومن كل ما تقدّم يمكن القول، بإنّ اتفاقية الاطار الصينية، اتفاق يلزم أطرافه المتمثّلة بالصين والدولة المستفيدة، بالتعاون فيما بينهم في مجال معين ضمن مجالات مبادرة الحزام والطريق، يحدد للأطراف الاسس العامة للتعاون تاركاً للعقود التطبيقية مهمة تنظيم التعامل القانوني في كل مشروع على حدة. وعليه، يمكن القول بأنّ مبادرة الحزام والطريق اتفاق أساسي عام يحدد الاهداف الرئيسة للتعاقد، دون ان تعيّن بالضرورة وسائل تحقيق هذه الأهداف. وتوصف المبادرة الصينية بكونها اتفاقية إطار إستراتيجي ينشأ في الأصل بـ"الاتفاقيات الثنائية" ذات الطابع التعاقدي الخاص، لا يماثل في حقيقته، الاتفاقيات التي تسمى في القانون الدولي بـ"الاتفاقيات ذات الشكل المبسط". فالصين تنتوي الارتباط مع الدول المستفيدة بروابط تعاقدية ملزمة، لا تحتاج معها إلى إبرام "معاهدة" كونها تحتاج إلى إقرارها من قبل السلطة التشريعية في الدول المستفيدة، وهو ما يتطلب وقتاً وإجراءات للمصادقة عليها، لذلك يمكن أن تندرج تحت مسمّى "اتفاقية" وليس "معاهدة" فهي ملزمة للأطراف بمجرد التوقيع عليها دون الحاجة إلى مصادقة أو إقرار، فتكون بمثابة اتفاق تنفيذي بين البلدين.

8. د. مصطفى محمد الجمال : المرجع السابق، ص281.

9. للمزيد في عقود الامتياز ينظر محمد محسن النجار، عقد الامتياز التجاري، دراسة في نقل المعارف الفنية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2001.

المطلب الثاني

مضمون مبادرة الحزام والطريق الصينية

يشير مصطلح مبادرة الحزام والطريق، إلى منطقة تعاون اقتصادي بما في ذلك الصين وغرب آسيا وأفريقيا والدول الاوروبية، وفي هذا الطريق بحسب المبادرة تدمج المنطقة في منطقة اقتصادية متماسكة من خلال بناء البنية التحتية، وزيادة التبادل الثقافي وتوسيع التجارة.**10**

أمّا الحزام الشمالي يمر عبر الوسط من آسيا وروسيا إلى اوروبا، ويمر الحزام المركزي عبر آسيا الوسطى وغرب آسيا إلى الخليج العربي والبحر الابيض المتوسط وشمال أفريقيا، ويربط الحزام الجنوبي الصين بجنوب شرق آسيا وجنوبه جنوب آسيا والمحيط الهندي، وذلك الجزء من الحزام الشمالي مشابه إلى حد كبير بالنسبة إلى طريق الحرير التاريخي، فإنّ المناطق الاخرى التي سيتم تضمينها في امتداد هذا الحزام هي الدول الواقعة جنوب آسيا وجنوب شرق آسيا، ويربط الحزام دول كازاخستان واوكرانيا وروسيا ومن ثم إلى ألمانيا وإيطاليا، وهذه البلدان الغنية بالموارد المعدنية والطاقة الذرية والسياحة، وبعضها قوة صناعية عالمية أيضاً.**11**

ويجسّد طريق الحرير البحري للقرن الحادي والعشرين، خطّة عمل تكامليّة تهدف إلى الاستثمار وتعزيز التعاون في جنوب شرق آسيا، ودول مجلس التعاون

10. XINHUA. (2013).[Xi Jinping's Important Speech at the Peripheral Diplomacy Work Conference]", Xinhua News Agency, 25 October 2013. Accessible at http://news.xinhuanet.com/politics/2013-10/25/c_117878897.htm. [Accessed the 19th of November], p. 1 etc.

11 . DU, D. B., & MA, Y. H. (2015). "[One Belt and One Road: The grand geo-strategy of China's rise]." Geographical Research, 2015, 34(6): pp. 1005-1014.

الخليجي وغرب آسيا وشمال أفريقيا، من خلال العديد من المسطحات المائية المتجاورة جنوب الصين وجنوب البحر المحيط الهادئ ومنطقة المحيط الهندي وجنوب آسيا وغرب آسيا وشمال أفريقيا وأوروبا.

في الوقت الحاضر، اصبحت الطرق البحرية مثالية للتبادلات التجارية بين الصين ودول اخرى مثل، فيتنام وسنغافورة والخليج العربي وكينيا ومصر وغيرها،**12** ولغرض تمويل المشروعات الضخمة التي يجري تنفيذها عبر هذه المبادرة، فقد أنشات الصين صندوق طريق الحرير، وهذا الصندوق يمثل نوع من التدابير المهمة لتمويل المشروعات الداخلة ضمن المبادرة، وذلك في صدد تنفيذ مشروعات مبادرة الحزام والطريق، بالنظر إلى قلّة موارد التنمية في اوراسيا، في الوقت الذي تبرز فيه مبادرة الحزام والطريق كحل جذري لبناء البنية التحتية والترابط الاقتصادي والتكامل الاقليمي.

ولكن لابد من الاخذ بنظر الاعتبار في هذا الصدد، أنّ هنالك حاجة متزايدة لتحقيق المزيد من الاستثمارات الكبيرة، والحفاظ على تقديرات مشروعة حول تطوير وتعزيز التنمية في البنية التحتية الوطنية للدول المستفيدة من المبادرة، سواء من دول

12. على سبيل المثال، إحتلّت الصين عام 2020 المركز الأول في قائمة الدول من حيث التعاملات والشراكة التجارية مع دول مجلس التعاون الخليجي، بعد ان كان الإتحاد الأوربي يحتل هذا المركز، وذلك بعد توقيع عدّة اتفاقيات وإقامة شراكات تجارية مع دول المجلس اهمها المملكة العربية السعودية والإمارات العربية المتحدة، حيث مثّلت خطة العمل التي تمّ إقرارها بين الصين ودول المجلس تحت عنوان(الحوار الوطني الاستراتيجي بين جمهورية الصين الشعبية ودول مجلس التعاون الخليجي للفترة من 2014 الى 2017) الإطار العام لمجالات التعاون والتجسيد الحقيقي للأهداف المتوخى تحقيقها من كلا الجانبين في المجالات ذات الإهتمام المشترك ... للمزيد ينظر: شريفة كلاع: التوجهات الصينية نحو دول مجلس التعاون الخليجي: واقع العلاقات الاقتصادية وسبل تطويرها، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة/ الجزائر 2021، issn 2507-7333, Eissn:2676-1742K، الصفحات 447 – 467، ص 451.

الاقليم المجاورة للصين أو دول الربط البعيدة، وهو ما يستدعي مواكبة الاحتياجات المتوقعة لتطوير الاحتياجات المستقبلية المتعلّقة بتطوير الوسائل التي تؤدي إلى اشباع الحاجات المستقبلية.**13**

لذلك فقد أنشأت الصين مؤسسات متخصصة بهذه المبادرة، منها؛ البنك الاسيوي للاستثمار في البنية التحتية في عام 2013 الذي تمّ الإعلان عن تأسيسه في جاكرتا في اندونيسيا. **14** وتم اطلاق العمل بالبنك الأسيوي للاستثمار والتنمية في عام 2014 في بكين، وبدأ العمل به فعليا في عام 2015.**15**

أمّا صندوق طريق الحرير فهو الصندوق الذي وضع لتمويل مبادرة الحزام والطريق الذي تأسس ايضا في عام 2014، كمؤسسة مملوكة للدولة هدفها تمويج مشروعات التنمية الاقتصادية التي تدخل ضمن المبادرة، في سبيل زيادة الاستثمارات على طول ممرات الحزام والطريق.**16**

وقد توضحت الاستراتيجية الصينية، من خلال ما تم طرحة في الكتاب الابيض الصادر عام 2015، حيث توضح الهدف من المبادرة متمثلاً بـ:

1- تعزيز الترابط بين القارات الاسيوية والاوروبية والافريقية والبحار المجاورة لها.
2- انشاء وتعزيز الشراكات بين البلدان الواقعة على طول الحزام والطريق.

---

13. XINHUA B, 2017:1.

14 . BANYAN, (2013). Asian Infrastructure Bank. The Economist, Analects,. 4th of October 2013. Available at: [Accessed the 12th of March 2018]

15. GABUSI, GIUSEPPE. (2016). "Crossing the River by Feeling the Gold: The Asian Infrastructure Investment Bank and the Financial Support to the Belt and Road Initiative". China & World Economy, Vol. 25, No. 5, 2017, pp. 23-45. .

16. SRF (2018). The Silk Road Fund. Fund History. Silk Road Fund, Official Website in english. Beijing. Available at: [Accessed the 1st of May 2018].

3- إضافة وإقامة الشراكات الاقتصادية والتجارية المتعددة.
4- انشاء وتجديد وتطوير شبكات الاتصال وطرق النقل.
5- تحقيق سبل تنمية الاقتصادية بوسائل وطرق متنوعة ومستقلة متوازنة ومستدامة في البلدان المشمولة بالمبادرة.

ونتيجة لذلك، يمكن القول بأنّ مبادرة الحزام والطريق الصينية تمثّل مشروعاً واسع النطاق، يهدف إلى ربط بلدان العالم ببعضها البعض، عبر شبكة من الطرق البرية والسكك الحديدية، والموانئ، وخطوط أنابيب النفط والممرات البحرية، وشبكات الاتصال السلكية واللاسلكية التي تمر بالصين وبلدان أخرى.**17** حيث تركز المبادرة الصينية على خمسة مجالات هي:

- السياسات الإنمائية.
- البنى التحتية الأساسية وشبكات الإتصال.
- الاستثمار والعلاقات التجارية.
- التعاون المالي.
- التبادل الاجتماعي والثقافي.

وقد قدمت الحكومة الصينية هذه المبادرة الإطارية، باعتبارها وسيلة لتحسين التعاون والاتصال في ما بين المناطق الجغرافية الممتدة على طول الأقاليم التي يمر بها طريق الحرير الصيني القديم، وأطلقت الصين هذا المشروع الذي بلغت كلفتة الأوليّة تريليون دولار، إلّا أنّه استقطب 8 تريليون دولار إضافية منذ إطلاقه. حيث تضم مبادرة "الحزام والطريق" الصينية مجموعة ضخمة من مشروعات البنية التحتية، وتعكس المبادرة

17. لمياء مخلوفي: المرجع السابق، ص 178.

رؤية جمهورية الصين الشعبية إلى التعاون من أجل تحقيق التعاون والتنمية المستدامة مع باقي الدول التي تتعاون معها، وذلك بموجب اتفاقيات الشراكة التي تبرمها الصين ودول العالم عبر آسيا إلى أوروبا أو إفريقيا على نطاق واسع، ويمتد عبر القارات آسيا وافريقيا وأوربا، وتمثّل المبادرة مجموعة من الفرص للتعاون مع الدول الشريكة.

ولذلك فإنّه نتيجة لما تحقق في الصين وطنياً من تنمية شاملة، وما أفرزته تجربتها من نموّ قويً في الداخل، حيث خاضت تجربة ناجحة في التنمية الوطنية، فقد أظهرت استعدادها لعكس التجربة على الخارج، من خلال وضع الأموال والقدرات في مشاريع البنى التحتية للدول المستفيدة، وذلك على نطاق واسع لتطوير البنية التحتية، وجوانب أخرى المجالات الداخلة فيها، على نحو أصبحت تؤثر فيه مبادرة الحزام والطريق الإطارية على المشهد التجاري والاستثماري والمالي العالمي في جوانب مهمة، أولها الاستثمار، فاستراتيجية تطوير الأسواق للمنتجات الصينية يمكن أن تجري عبر ربط الأجهزة الفعّالة في مبادرة الحزام والطريق، مع الاستثمار في نقل التكنولوجيا للانتقال بسرعة إلى سلسلة القيمة المضافة، والتي يفترض أن تتناسب مع الحاجة إلى تخفيف القدرة الصناعية الزائدة في الداخل على المدى القصير، في الوقت الذي تكون فيه المبادرة منصة عالمية من شأنها على المدى الطويل تسهيل التجارة والاستثمار مع البلدان المشاركة فيها، مع لعب الصين دور مركزي في هذا الصدد، حيث ترى العديد من الاقتصادات المشاركة في مبادرة الحزام والطريق فوائد في لعب دور قوي للدولة في تنمية وتطوير العلاقات التجارية.**18**

18. In response to retreating colonial powers, at the 1955 Bandung Conference principles consistent with the non-aligned movement were enunciated: self-determination, mutual respect for sovereignty, non-aggression, non-interference in internal affairs and equality OECD BUSINESS AND FINANCE OUTLOOK 2018 © OECD 2018. p. 33.

ونتيجة لذلك، فقد لاقت المبادرة الإطارية ترحيباً من العديد من الدول النامية بالاستثمارات الصينية، لما فيها من إيجابيات متمثّلة بالفرص التجارية المرتبطة بالمبادرة، فهي موجهة بشكل متزايد نحو تحقيق نمو مبتكر ومستدام، وهي بذلك تساعد البلدان منخفضة الدخل على معالجة مشاكلها التنموية، والتخلص من المشكلات المرتبطة بقضايا ديونها، وتقدّم بموجبها الصين أكبر قدر من المساهمات لتعليق خدمات الديون وتمديد الديون.

وتعزز الشراكات القائمة بين الصين والدول المستفدة من هذه المبادرة، عمليات تبادل السياسات وبرامج التبادل التكنولوجي، وإطلاق مشاريع تعاون ثنائية ومتعددة الأطراف في قطاع الطاقة، وذلك من خلال عقد مؤتمرات وزارية للطاقة كل سنتين، وتدريب الموظفين.[19]

المبحث الثاني

المنظور الجيو - سياسي لمبادرة الحزام والطريق الإطارية

إنّ الوقوف على المنظور الجيو - سياسي لمبادرة الحزام والطريق الإطارية، يمكن أن يتّضح جليّاً من خلال بيان الأبعاد الجيوسياسية لمبادرة الحزام والطريق الإطارية، من جهة، ومن جهة أخرى، نرى بأنّه لا بد من التعرّف على الوزن الجيو - سياسي لمبادرة الحزام والطريق الإطارية الصينية، وذلك بغية إكتمال النظرة العامة للمبادرة.

وعلى ذلك، فإنّنا سنقسّم البحث في هذا المبحث إلى مطلبين، على النحو الآتي:

19 . لمياء مخلوفي: المرجع السابق، ص 182.

المطلب الأول

الأبعاد الجيوسياسية لمبادرة الحزام والطريق الإطارية

لمّا كانت فكرة مبادرة الحزام والطريق ترجع إلى طريق الحرير القديم، الذي كان يربط الصين بدول اوروبا والشرق الاوسط وافريقيا، فقد تضمنت المبادرة خطة استراتيجية صينية جديدة، تهدف إلى اعادة بث الروح في الطريق القديم باتجاهين هما:

- الحزام الاقتصادي لطريق الحرير، الذي شابه طريق الحرير البري القديم ذاته.
- طريق الحرير البحري، المسمى بالحزام البحري للقرن الحادي والعشرين، والذي يعتمد على طريق البحري الذي يربط الصين بأوربا وأفريقيا. (**20**)

ويمكن أن نبيّن مجموعة من الأبعاد ذات الطابع الجيوسياسي في المبادرة، يمكن أن نجملها في الآتي:

(**20**) وقامت على أنقاض طريق الحرير الاصلي الذي نشأ خلال اسرة هان الصينية والتي شكلت شبكات تجارية في جميع أنحاء ما يعني اليوم بدول آسيا الوسطى في كازاخستان وقيرغيزستان وطاجيكستان وتركمانستان وأوزبكستان، وكذلك الهند وباكستان في الجنوب. وبلاد الفرس والعرب وأوروبـا، وكـان الحرير من أهم هذه البضائع التي تصدرها الصين... للمزيد من التفصيل ينظر:

-Zhang Zhexin: The Belt and Road Initiative - China's New Geopolitical Strategy? paper presented on the 12th Berlin Conference on Asian Security (BCAS) held by Stiftung Wissenschaft und Politik (SWP) on October 15–16, 2018. 2018 World Century Publishing Corporation and Shanghai Institutes for International Studies China Quarterly of International Strategic Studies, Vol. 4, No. 3, 327–343 DOI: 10.1142/S2377740018500240. Downloaded from **www.worldscientific.com**. P. 328.

أولاً: البعد الجغرافي للمبادرة:

إجمالاً تغطي مبادرة الحزام الطريق في أول إنطلاقتها أكثر من 60 دولة، على طول الخط المار في جنوب شرق وجنوب وسط وغرب آسيا ووسط وشرق اوروبا وشمال أفريقيا، من خلال التعاون التجاري المربح وتدابير تسهيل الاستثمار وتعزيز التنمية الاقتصادية بين الصين والدول الواقعة على طول الحزام والطريق.**21**

وهنا يجب أن ننظر إلى مبادرة حزام الطريق على انها تتكون من شبكة لمجموعة مشاريع للسكك الحديدية والطرق السريعة والخطوط الجوية وخطوط انابيب النفط والغاز، إذا ما تمّ تطبيق المشروعات المخططة على ارض الواقع، فإنّ طريق الحرير المختلف هنا سيكون معززاً لطرق التجارة الصينية مع القارات المحيطة، من خلال العديد من الطرق الاخرى الطرق البحرية الاستراتيجية في نقل البضائع إلى منطقة الشرق الاوسط وأفريقيا والغرب بشكل كبير، عبر مضيق هرمز ومضيق منديز وقناة السويس للوصول إلى استراليا وجنوب شرق آسيا. **22**

كما ويعتمد نقل البضائع بشكل كبير إلى امريكا الشمالية وامريكا اللاتينية بشدة على قناة بنما،(**23**) اذا اخذنا في الاعتبار على سبيل المثال الواردات الصين من النفط الاعتماد على النفط حوالي 90% من الشحن العابر للبضائع في الصين يتم عن طريق البحر، وطريق نقل النفط فريد من نوعه، ويعتبر ويعتمد على المحيط الهندي والنقل

21. شريفة كلاع: مبادرة الحزام والطريق الصينية، المرجع السابق، ص 158.
22 . OECD BUSINESS AND FINANCE OUTLOOK 2018 © OECD 2018. p. 17.
23. DU, D. B., & MA, Y. H. (2015): op cit.

عبر مضيق ملقة، على ذلك حوالي 70% من النفط، يأتي من الشرق الاوسط وافريقيا.**24**

وحيث أنّ وضع بعض الدول السياسي في الشرق الأوسط غير مستقر، تقدم مبادرة الحزام والطريق الاطارية، طريقة اسرع واكثر أماناً لتسهيل نفاذ البضائع والنفط، من خلال فتح ممرات برية جديدة في أوراسيا يمكن أن تتصل بالشرق، وبالتالي تتجنب الاعتماد على مضيق ملقة،(**25**) من منظور ضمان الامن الاقتصادي على اساس احترام السيادة والامن، مع الأخذ بمخاوف الدول ذات العلاقة بعين الاعتبار.

ثانياً: البعد الاستراتيجي للمبادرة:

إنّ أفضل تلخيص للغايات التي تقف وراء مبادرة الحزام والطريق وأهدافها، يمكن أن نتلمّسه من خطاب الرئيس الصيني شين جين بينغ، وهو الراعي الرسمي للمبادرة منذ أن أعلنها في عام 2013، بقوله: "ستعمل الصين بنشاط على تعزيز التعاون الدولي من خلال مبادرة الحزام والطريق. من خلال القيام بذلك، نأمل في تحقيق ربط السياسات والبنية التحتية والتجارة والمالية والاتصال بين الناس، وبالتالي بناء منصة جديدة للتعاون الدولي لخلق محركات جديدة للتنمية المشتركة". **26**

وتؤكد الصين دائما بأنّ المبادرة الإطارية تقوم على مقومات أساسية خمسة هي "السياسة، والبنية التحتية، والتجارة، والمالية، والتواصل بين الشعوب." ويشمل هذا

24. شريفة كلاع: مبادرة الحزام والطريق الصينية: المرجع السابق، ص 157.

25. GAUTAM SEN. (2016). China-One Belt and One Road Initiative: Strategic & Economic Implications. Vivekananda International Foundation. January 2016.

26 . OECD BUSINESS AND FINANCE OUTLOOK 2018 © OECD 2018. p. 4.

الأخير التبادل التعليمي والثقافي والعلمي لمساعدة البلدان الأخرى على التعلّم من تجربة التنمية الوطنية الناجحة في الصين.27

حيث تتركز هذه المبادرة في المجالات الخمس الحيوية، لها أولوية مباشرة في التنفيذ والتطوير في الدول المشمولة بالمبادرة. 28وهذه المجالات سمّيت بالروابط الخمس، حيث أنّها تستهدف ايجاد رؤية اقتصادية طموحة تعزز الانفتاح والتعاون بين الدول الواقعة على طول مبادرة الحزام والطريق،29 وفي هذا الصدد لا بد من القول بأن مضمون مبادرة الحزام والطريق في بداية طرحها، كان مبنيّاً على مفهوم غامض بشكل عام، حيث طغى عليها الطابع السياسي، والذي ظهرت فيه الصين استعداداً سياسياً لتعزيز

27. The goal is: "Keeping in mind both the domestic and international situations, China will implement the comprehensive strategy of building a moderately prosperous society in all respects, deepening reform, advancing the law-based governance of China, and strengthening Party self-conduct , seeking coordinated development in the economic, political, cultural, social and ecological fields as well as Party building under the guidance of the development concept featuring innovative coordinated, green, open and shared development" (Chinese Government, 2016, page 7). The relevant departments of the Chinese government have also issued the following documents: Building the Belt and Road: Concept, Practice and China's Contribution, Vision and Actions on Promoting Energy Cooperation on the Belt and Road, Vision and Actions on Jointly Promoting Agricultural Cooperation on the Belt and Road, Guidance on Promoting Green Belt and Road and Vision for Maritime Cooperation on the Belt and Road Initiative. The Green Belt and Road can be traced back to 2012, when China's green credit guidelines were published. A full list of official documents can be found at: eng.yidaiyilu.gov.cn/info/iList.jsp?cat_id=10059… Xi, J., 2017b, page 61.

28 . "Vision and Actions on Jointly Building Silk Road Economic Belt and 21st-CenturyMaritime Silk Road," jointly issued by the National Development and Reform Commission,Ministry of Foreign Affairs, and Ministry of Commerce of the People's Republic of China, with State Council authorization, March 28, 2015, https://www.fmprc.gov.cn/ce/cevn/chn/sghkt/t1251121.htm.

29. فاطمة الزهراء حشاني، توفيق حكيمي: المرجع السابق، ص 785.

التعاون مع البلدان المجاورة، من خلال التحديد الدقيق لأهدافها وتوجهها الاقتصادي والتنموي.(30)

وهذا ما يمكن تفسيره على أنّه خشية من الطرف الصيني، حتى لا يساء فهم المبادرة أو يفهم منها أنّها أداة استغلال اقتصادي أو هيمنة اقتصادية على دول العالم المستهدفة، لذلك تبغي القيادة الصينية ترسيخ مفهوم الهدف السياسي من المبادرة، والذي ينطوي على بعث تطمينات للدول المستهدفة بها، من أنّ هذه المبادرة تستهدف تحقيق مصالح مشتركة وليس مصلحة طرف واحد، حيث تسعى الصين من خلال المبادرة إلى طرح وتسويق مبادرتها على انّها نموذج تنموي يحتذى به.31

ولعلّ أنّ هذا هو السبب الذي جعل الرئيس الصيني يطرح هذه المبادرة لأول مرّة بشكل منفصل في دولة كازاخستان وفي اندونيسيا،32 وذلك على منصتين مختلفتين لملتقيين دوليين مختلفين، بدلاً من اطلاقهما مرة واحدة على ملتقيات أو مؤتمرات دولية اوسع،33 مثل قمة شانغهاي للتعاون أو قمة دول شرق آسيا أو دول الاسيان أو غيرها من المنصات والملتقيات الدولية.34

30 Zhang Zhexin: op cit, p. 329

31. لمياء مخلوفي: المرجع السابق، ص 189.

32. فاطمة الزهراء حشاني، توفيق حكيمي: المرجع السابق، 784.

33. شريفة كلاع: مبادرة الحزام والطريق الصينية: الدوافع، الامتداد والتحديات، مجلة أبحاث، م6، ع 2، 2021، الصفحات 154-167، Issn0834-2170, Eissn266-734X، ص 156.

34. Xi Jinping proposed the "21st-Century Maritime Silk Road" on his state visit to Indonesia, celebrating the 10th anniversary of the Sino-ASEAN strategic partnership and calling for deeper cooperation between both sides. No other party was mentioned as a potential partner in building the MSR.

ثالثاً : البعد الإقتصادي للمبادرة:

مبادرة الحزام والطريق الصينية (BRI) تمثّل استراتيجية للتنمية الإقتصادية، من خلال إقامة صلات قوية من الترابط والتعاون عبر ستة ممرات اقتصادية رئيسية، وتشمل الصين ومنغوليا وروسيا؛ دول أوراسيا وسط وغرب آسيا؛ باكستان؛ دول أخرى في شبه القارة الهندية؛ والهند الصينية. حيث تشير تقديرات بنك التنمية الآسيوي الصادرة عام 2017، إلى أنّ دول قارة آسيا تحتاج إلى ما يقرب من 26 تريليون دولار أمريكي لتمويل استثمارات البنية التحتية حتى عام 2030، ويمكن للصين بالتأكيد المساعدة في توفير استثماراتها، من خلال بناء البنية التحتية، وهو ما له آثار إيجابية على البلدان الآسيوية المعنية. حيث أنّ المنفعة المتبادلة هي سمة من سمات مبادرة الحزام والطريق الإطارية، والتي تساعد أيضاً في تطوير أسواق منتجات الصين على المدى الطويل وتخفيف الطاقة الإنتاجية الفائضة على المدى القصير. فاليوم؛ نلحظ وجود فجوة بين دول العالم في مستوى تطور البنية التحتية، تقيد التجارة والانفتاح والازدهار في المستقبل.**35** في الوقت الذي شهدت فيه الصين والاقتصادات التي وقعت اتفاقيات تعاوناً ملحوظاً بشأن المبادرة، وبدأنا نلحظ انعكاس ايجابي على الاقتصادات المشاركة في مبادرة الحزام والطريق، حيث بدأ مؤشر النمو بالإرتفاع في الدول المستفيدة بالنسبة إلى الاقتصاد العالمي.**36**

35. This is the term used by President Xi in his Belt and Road speech 2Leading Groups are coordinating bodies that address important policy areas. Often led by members of the Politburo or State Councils, they help to ensure strategic coordination from Beijing.

36 تشرف "المجموعة الرائدة" على مبادرة الحزام والطريق لتعزيز عملها الذي تستضيفه اللجنة الوطنية للتنمية والإصلاح(NDRC) التي تشرف وتنسق جميع مشاريع مبادرة الحزام والطريق)بما في ذلك مع وزارة التجارة (MOFCOM) ووزارة الخارجية، ومركز أبحاث التنمية التابع لمجلس الدولة (DRC) ... للمزيد ينظر:

وتشير الإحصائيات الصادرة عن الجهات الرسمية الصينية، إلى أن المشاريع الاستثمارية الداخلة ضمن مبادرة الحزام والطريق، أضافت أكثر من تريليون دولار أمريكي من التمويل الخارجي للبنية التحتية الاجنبية على مدى 10سنوات من عام 2017. وتضطلع بهذا التمويل جهات مثل صندوق طريق الحرير، فإن معظم التمويل الصيني لهذه المشاريع يأتي في الواقع من التنمية التي تديرها الدولة والبنوك التجارية الصنية. وتدعم الصين أيضا نهجًا متعدد الأطراف للاستثمار بما في ذلك بنوك التنمية متعددة الأطراف والشراكات بين القطاعين العام والخاص.37

ولمّا كانت الصين لوحدها لا تستطيع تمويل جميع احتياجات البنية التحتية في آسيا النامية. هذه الاحتياجات كبيرة للغاية وتواجه الصين قيودها المالية في الداخل، وهذا يعني أن هناك حاجة لبذل المزيد من الجهود من قبل دول منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية للتعامل مع دول مبادرة الحزام والطريق والعكس صحيح. يتحسن مستقبل جميع الاقتصادات عندما يرتفع مستوى الرفاهية في جميع أنحاء العالم. وهذا يتطلب بيئة استثمارية سليمة لجذب رأس المال المطلوب ولضمان حصول البلدان المضيفة على أفضل قيمة مقابل المال.

وعليه فإنّ مبادرة الحزام والطريق، تعمل على تحسين خطط بناء التحتية الوطنية وانظمة المعايير الفنية، وستدفع عقودهم بناء ممرات جديدة دولية وتبني جسر ارضي في منطقة

China's Belt and Road Initiative in the Global Trade, Investment and Finance Landscape , OECD BUSINESS AND FINANCE OUTLOOK 2018 © OECD 2018. p. 4.

37 . see Xi, J. (2017a), Work Together to Build the Silk Road Economic Belt and The 21st Century Maritime Silk Road, Opening speech, The Belt and Road Forum for International Cooperation, May., p.5

اوراسيا تعمل على تطوير المناطق المستفيدة في الصين ومنغوليا وروسيا والصين والممرات الاقتصادية لشبة جزيرة الهند الصينية.(38)

ولذلك فإنّنا نتلمّس من خلال مبادرة الحزام والطريق أيضاً تجسدياً لبعض الأهداف الجيوسياسية المرتبطة بها، منها، ربط جيران الصين بمصالح اقتصادية معها بشكل وثيق، من خلال تعزيز الجوانب الاقتصادية للمبادرة، وذلك في سياق تلبية احتياجات البنية التحتية العالمية الأوسع نطاقاً، وهذا يمكن أن يتأتّى من خلال تبنّي استراتيجية إقتصادية طويلة المدى، للصين نفسها وللإقتصادات المشاركة الأخرى، سواء في منطقة آسيا أو خارجها، حيث تم ذكر كل من إفريقيا وأوروبا وأستراليا وأمريكا اللاتينية.

المطلب الثاني

الوزن الجيو - سياسي لمبادرة الحزام والطريق

إنّ ما يعكس ثقل الوزن الجيو - السياسي لمبادرة الحزام والطريق، هو نطاق ومسار الاستراتيجية الإطارية نفسه، حيث أنّها تستهدف فيها أكثر من 100 دولة، وتشمل 63% من سكان العالم، و29% من الناتج المحلّي الإجمالي العالمي، وربع مبيعات الصين في العالم من سلع وخدمات، فضلاً عن النجاح في عقد عدد كبير من الاتفاقيات التي ابرمتها الصين في ظل هذه الاستراتيجية، حيث بلغ عدد ما أبرمته الصين من اتفاقيات عام 2019 اكثر من 106 دولة و29منظمة دولية، والأهم من ذلك من هذه المبادرة ما شهدته من إنجازات ثابتة على ارض الواقع، وذلك في مجالات حيوية سواء في مشاريع استراتيجية أو في مجالات تحقيق التنمية المستدامة وانشاء البنية التحتية

38. LIU, W., & DUNFORD, M. (2016). Inclusive globalization: unpacking China's Belt and Road Initiative. Area Development and Policy, 1(3), 323-340.

وتعزيز التجارة والاستثمار على المستوى الدولي والاقليمي، من خلال بناء المجمّعات الصناعية والمناطق الحرّة للتجارة والتبادل وترسيخ وتعزيز التعاون الدولي في المجال المجالات المالية والتبادل الثقافي التي تستفيد منها الصين والدول المتعاونة معها، وذلك من خلال المبادرة على حد سواء.**39**

والقاعدة الاستراتيجية التي يجب التركيز عليها هنا، هي أنّ الحزام الاقتصادي لطريق الحرير، يعتبر أهم عمل تبنته الصين تجاه الدول المجاورة أو القريبة منها خصوصاً دول آسيا الوسطى، والذي يشمل كازاخستان وقرغيستان وطاجيستان وتركمانستان واوزباكستان،**40** بالرغم من أنّ هذه البلدان كانت فيما سبق جزء من الاتحاد السوفيتي السابق، لكنّها في الوقت الحاضر لديها اختلاف كبير في السياسات والمواقف في قارة آسيا، وهذه نقطة استراتيجية مهمة من حيث موارد الطاقة والتجارة.**41**

وفي السنوات الاخيرة أصبحت استثمارات الصين تزداد في المنطقة واصبحت التجارة الرئيسية في الدول بالشراكة مع هذه الجمهوريات، واصبحت الشراكة مع دول آسيا الوسطى أمرٌ لابد منة بالنسبة للصين، للوصول إلى قارة اوروبا، عبر حلقة تجارية وجسر يربط بين شرق آسيا وجنوب آسيا وروسيا والقوقاز واوروبا. (42)

39. سمير سعيفان: المرجع السابق، ص 3. وكذلك لمياء مخلوفي: المرجع السابق، ص 178.

40. ففي كازاخستان مثلا تم انشاء أكثر من 51 مشروعاً استثماريّاً، صناعياً في مجالات الصناعات البتروكيمياوية والاستخراجية والتعدين والهندسة الميكانيكية والزراعة الصناعية وغيرها، فضلاً عن الاستثمارات المستقبلية، وكلّها مشروعات ليست مملوكة للصين وحدها، حيث تحاول كازخستان توطين التنمية لديها، وتملّك حصص مهمة في هذه المشاريع، للمزيد ينظر: ألان ألاوسكان: المرجع السابق، ص 141.

41. لمياء مخلوفي: المرجع السابق، ص 179.

42. ZHU RUIXUE, LIU XIULING, CAI LI. (2016): op cit.

وهنا ينبغي ملاحظة، أنّ دول قلب آسيا الوسطى مهم بالنسبة للصين، ليس لقلّة عدد السكان فحسب، بل لأنّها دول غنية بالموارد الطبيعية إلى حد كبير، فضلاً عن موقعها الجغرافي المتميز للصين، حيث أنّها تلعب دوراً رئيسياً كمنطقة جغرافية عازلة استراتيجية للصين قبل روسيا، بالنظر إلى الإضطرابات المستمرّة في بعض دول الشرق الاوسط.

وفي حقيقة الأمر أنّ أوّل طريق بري اوروبي - اسيوي، سيكون حقيقة على أرض الواقع بموجب المبادرة، لهذا أصبحت روسيا وآسيا الوسطى أمراً ضروريا بالنسبة إلى الصين الوصول إلى اوروبا عبر البر،(**43**) في ظل يقين القيادة الصينية بقرب انهيار الإتحاد الأوربي، وتدهور الاقتصاد الأمريكي، في غضون عقد من الزمان، على وفق ما صرح به الرئيس الصيني شين جين بينغ في الذكرى الخامسة والتسعين لتأسيس الحزب الشيوعي، في المؤتمر المنعقد في الأول من جويلية عام 2016، حيث توقّع نشوء نظام عالمي جديد، يكون التحالف بين روسيا والصين عنصره الحاسم،**44** والهدف وتعزيز التعاون الاقتصادي بين اوروبا واسيا هو بناء نموذج جديد الحوكمة العالمية، وهو ما بدأ فعليّاً منذ عام 2009 عندما بدأت تجريب خط الانابيب الصينية، حيث تمكنت من تأمين ما يكفي من الغاز من خلال توسيع خط انابيب الغاز بين الصين واسيا الوسطى، والذي سيتم تدشين خط الانابيب الكازاخستاني الصيني إلى 400 الف برميل في اليوم.(**45**) هذا من جهة.

43. CAI, PETER. (2017). Understanding China's Belt and Road Initiative. Lowy Institute. March 2017. Available at: [Accessed the 1st of October 2017 .

44. فاطمة الزهراء حشاني، توفيق حكيمي: المرجع السابق، ص 782.

45. ZHANG, HONGZHOU (2015). Building the Silk Road Economic Belt: problems and priorities in Central Asia. Policy Report. May 2015., S. Rajaratnam School of International Studies, Nanyang Technological University.

ومن جهة أخرى، فإنّه لمّا كان بحر الصين الجنوبي يعدّ محور استراتيجية طريق الحرير البحري الصيني في القرن الحادي والعشرين، فإنّ تحديد الموقع الجغرافي السياسي المهم لبحر الصين الجنوبي يبرز من خلال جغرافيته وموقعه بالنسبة للصين، فبحر الصين الجنوبي ليس فقط بوابة إلى جنوب الصين، ولكن هو موقع دفاعي استراتيجي في جنوب شرق الصين واكتساب الهيمنة على بحر الصين الجنوبي وتسيل الدفاع الاستراتيجي للصين في هذا المجال، والسيطرة على هذا الفضاء البحري تمكن الصين من السيطرة المباشرة أو غير مباشرة على معظم الممرات البحرية من شبه الجزيرة الكورية إلى جزر نانشا، ومن مضيق ملقة إلى اليابان، ومن سنغافورة إلى هونج كونج، ومن غواندونغ إلى مانيلا، وحتى من الشرق آسيا إلى غرب آسيا وافريقيا واوروبا.(**46**)

هذا وإنّ التطور المتحقق بسبب تقدم النقل البحري وازدهار التجارة البحرية، يمكن أن يسهم في تعزيز التنمية في أقاليم غرب الصين،**47** فالمناطق الغربية من الصين ظلّت متأخرة عن المناطق الشرقية، لكونها واقعة في عمق الداخل البري في الصين، وغير متصلة جيداً مع الاقاليم الشرقية للصين المتقدمة والقوية اقتصادياً،**48** والتي يتم تجميعها تحت مظلة المناطق الاقتصادية الخالصة في الصين.(**49**)

ومنذ الاصلاح في 1978 كان أحد الاجراءات التي تم اتخاذها من اجل انفتاح الاقتصاد الصيني، هو تأسيس مناطق اقتصادية خاصة، حيث كانت هذه المناطق

46. ZHU RUIXUE, LIU XIULING, CAI LI. (2016): op cit.

47. شريفة كلاع: مبادرة الحزام والطريق الصينية: المرجع السابق، ص 157.

48. أحمد علّو: الصين وطريق الحرير الجديد: حزام واحد طريق واحد، مجلّة الجيش اللبناني، ع 370، أفريل 2016، ص 1.

49. BUSTELO, P. & LOMMEN, Y. (1996) La economía china ante el siglo XXI, Veinte años de reforma. Editorial Síntesis. , p.51.

الجديدة مزدهرة في الساحل الشرقي للصين، من حيث التكنولوجيا والاستثمارات الاجنبية ولكنّها تفتقر إلى الاتصال الجيد مع مدن الغرب الصيني، والتي لها مستوى أقل من التنمية الاقتصادية مقارنة باقاليم شرق الصين.(**50**)

وفي عام 2013 مثلاً تقلص الفارق بين المناطق المقاطعات الغربية الصناعية والاقتصادية المهمة ما بين الثلث والنصف، بذلك في مناطق في المقاطعات الشرقية، وربع ذلك في شنغهاي وبكين،(**51**) لذلك تعد مبادرة الحزام والطريق استراتيجية رئيسية، لمساعدة المناطق الغربية على تحقيق التنمية.**52**

ومن وجهة نظر جمهورية الصين الشعبية، ستتوفر على نحو أفضل الظروف النقل والخدمات اللوجستية، وسيكون هناك خطى نمو اقتصادي جديدة تشكلت من خلال ادخال صناعاتها التكنولوجيا. وكذلك في إطار تحسين المستوى المعاشي للسكان في تلك المناطق،(**53**) كان هناك محاولات لفتح الجزء الغربي من البلاد، مثل مبادرة تنمية المناطق الغربية، والتي قدمتها جمهورية الصين الشعبية في عام 2000، تخطة طموحة لتنمية نطق الحكم الذاتي في غرب الصين،**54** وكان الهدف الرئيسي لها هو الحد من

---

50. CAI, 2017, op cit.

51. Mireia Venancio , op cit, p. 22

52. الان الاوسكان: الضرورة النظرية للواقعية الكلاسيكسة الجديدة في سياق التحليل الجيوسياسي لمشروع الحزام والطريق، المجلة الجزائرية للأمن و التنمية، م11، ع1، جانفي 2022، الصفحات 135 إلى 145، ص 139.

53. LI JUAN, 2016 , op cit.

54. شريفة كلاع: مبادرة الحزام والطريق الصينية: المرجع السابق، ص 157. وكذلك هند زياد نافع، عدنان خلف حميد: مبادرة الحزام والطريق: الأهداف و التحديات، مجلة جامعة تكريت للعلوم السياسية، ع19، ماي 2020، ص 176.

عدم التوازن الاقتصادي بين غرب الصين والمناطق الوسطى والساحلية، (55) ولكن بحلول عام 2015 بدى واضحاً ان الغرب سيحتاج 30 إلى 50 سنة للحاق ببقية الصين، ومن بين اهداف العديدة ثم تم اقتراح بعد استخدام الطريق كإجراء لتعزيز تطوير المقاطعات الغربية الصين.(56)

وعلى ذلك يمكن أن تصنّف هذه المبادرة كأول حالة تعاون استراتيجية دولية تقترحها وتنفذها دولة نامية، تسهم في تعزيز التعاون الاقتصادي العالمي، وهي تجسيد حي للرغبة القائمة لدى القيادة الصينية، في بدء جولة جديدة من الانفتاح والاصلاح والمشاركة بشكل أعمق في الاقتصاد العالمي، بما يعزز من دور الصين في الساحة الاقتصادية والسياسية العالمية. 57

وعوداً على بدء نقول إنّ الابعاد الجيو - سياسية التي تقف وراء طرح مبادرة الحزام والطريق واضحة المعالم ابتداءً، بل هي الغرض الاساسي من ورائها، حيث يمكن ربط المبادرة بأحداث ثانوية تتمثل في تخفيف التوترات القائمة في المنطقة، سواء في داخل الصين أو في الدول المجاورة لها، وتعزيز فرص التنمية بين دول المنطقة، خصوصاً والبلدان المجاورة للصين، ضماناً لبيئة سليمة للتنمية في الصين والدول المستفيدة من المبادرة.

---

55. ZHU, 2016, op cit.

56. LI JUAN, 2016, op cit.

57. `Yidaiyilu' Wuzhounian: yu 103ge Guojia he Guojizuzhi Qianshu 118fen Hezuoxieyi [Five Years after Proposal of the BRI: 118 Cooperation Agreements Signed with 103 Countries and International Organizations]," Sohu News, August 28, 2018, http://www.sohu.com/a/250533585 160320.

وهذا الوضع بطبيعة الحال يؤثر في الرغبة في توطيد العلاقات الاقتصادية والروابط بين شعوب العالم، في ظل نفي اسباب العداء وتعزيز التعاون الامني بين شعوب الدول المستفيدة من المبادرة، وفي هذا السياق فإنّ المبادرة تساعد على الحفاظ على مساحة استراتيجية مواتية للتنمية في الصين والدول المستفيدة من المبادرة على المدى الطويل. هذا من جانب.

ومن جانب آخر، فإنّه في ذات الوقت يجب ملاحظة، أنّ ما يقصد به من توسيع مجال نفوذ الصين على مستوى المنطقة والعالم، ليس المقصود منه الهيمنة على مقدرات الشعوب ودول المنطقة من جهة. ولا خلق مجال جديد للمنافسة مع الولايات المتحدة أو أي دولة أخرى على المستوى الدولي من جهة أخرى.

المبحث الثالث

مبادرة الحزام والطريق الإطارية الصينية في الواقع الدولي

إنّ النظر إلى مبادرة الحزام والطريق الإطارية الصينية في الواقع الدولي، يظهر لنا واقع المنافسة الدولية والمشاريع الموازية للمبادرة الصينية، من جهة، ويوضّح أمامنا التحديات التي تواجه مبادرة الحزام والطريق الإطارية الصينية على المستوى الدولي.

وعلى ذلك فإنّنا سنقسّم هذا المبحث إلى مطلبين كالآتي:

المطلب الأول

المنافسة الدولية والمشاريع الموزارية للمبادرة الصينية

دخل العالم بعد الحرب العالمية الثانية في دورة جديدة من التكامل العالمي بقيادة الولايات المتحدة، بدأت فيها تتضح بشكل جلي استفادة الولايات المتحدة من القوة العسكرية والمالية والاقتصادية المتوفّرة لديها، لقيادة النظام العالمي بناء على سيناريو عالمي ليبرالي جديد، عرفت باسم باكس امريكانا، ويستهدف هذا النظام إنشاء مؤسسات أمنية واقتصادية مثل الامم المتحدة ومنظمة حلف شمال الاطلسي والبنك الدولي والصندوق النقد الدولي ومنظمة التجارة العالمية.

وعلاوة على ذلك، فإنّ الولايات المتحدة الامريكية بنت اطار من التحالفات في اوروبا وشرق آسيا، وبدأ تؤثر كثيراً على النظام الدولي بعد الحرب العالمية الثانية، من خلال استغلال القوة الناعمة لامريكا والإعتماد على جاذبيتها الليبرالية، والتي تستهدف تصديرها إلى الخارج من خلال تعزيز أفكار الديمقراطية وحقوق الانسان في الداخل.[58]

وتحاول دول الاتحاد الاوروبي والولايات المتحدة الامريكية، تقديم عروض استراتيجية موازية للمبادرة، تستهدف منها اضعاف الرغبة لدى البلدان المستهدفة من المبادرة الصينية في الدخول اليها، إدراكاً منها لأهمية الإنضمام للمبادرة على المستوى الاقتصادي والسياسي والمالي، فضلا عن البعد الجيو- سياسي، حيث يمكن أن تستغني

58. ZHU RUIXUE, LIU XIULING, CAI LI. (2016). "Background and Strategic Significance of the "Belt and Road Initiative" of China." Journal of Behavioural Economics, Finance, Entrepreneurship, Accounting and Transport. 2016, Vol. 4, No. 3, 49-53.

الدول ولو جزئياً عن المصالح الغربية، وهو ما يسبب خسارة كبيرة لها في إطار سيطرتها الدولية على الموارد والأسواق وإمدادات الطاقة ونحوها،**59** وهو ما يسهم في عرقلة المشروعات الداخلة ضمن المبادرة وتصعيب تنفيذ الخطط والبرامج الخاصة بها.**60**

وعلى ذلك، فقد طرحت مبادرة موازية من قبل الولايات المتحدة الأمريكية، سمّيت بمبادرة المحيط الهادي والهندي،**61** والتي طرحت في تموز يوليو 2018، وذلك بدعم من اليابان واستراليا والعديد من البلدان الاخرى، وكذلك طرحت دول الاتحاد الاوروبي نسختها من خطة الحزام والطريق، كاستراتيجية اتصال جديدة مع العالم، وذلك بتمويل قدرة 60 مليار يورو.

حيث سبق وأن اطلق الاتحاد الاوروبي مبادرة مشابهة للحزام والطريق عام 1992 تضمّنت عدّة مشاريع في اطار تنفيذ ستراتيجية النقل الخاص به، والتي تتمثل بإقامة ممر بين اوروبا والقوقاز اسيا ومن المقرر ان تصل المبادرة إلى الصين، وتتصل بممرات الصين التي يتم إنشاؤها عن طريق مبادرة الحزام والطريق إلى اوروبا، من خلاله ممران السكك الحديدية تحت الحزام والطريق لطريق الحرير وطريق الحرير البحري، والجسر البري الجديد الاوراسي، ويمتد من غرب الصين إلى غرب روسيا وأوروبا ومنطقة

59. شريفة كلاع: مبادرة الحزام والطريق الصينية: المرجع السابق، ص 157.

60 . شريفة كلاع: المرجع السابق، ص 547.

61. see U.S. Senators David A. Perdue and Patrick Leahy's letter to U.S. Secretaries of the Treasury and of the State, August 3, 2018, https://www.perdue.senate.gov/imo/media/doc/IMF%20China%20Belt%20and%20Road%20Initiative%20Letter.pdf.

البلطيق عبر كازاخستان واوروبا،(62) وهي الاكبر حالياً وأكثر الأسواق تطوّراً في العالم.63

وكان تأسيس البنك الاسيوي الاستثمار في البنية التحتية، قد لاقى ترحيباً حاراً من الدول الاوروبية التي انضمت كأعضاء مؤسسين فيه، ومن المفترض ان تصل مبررات مبادرة الحزام والطريق الصيني إلى اوروبا عبر سكك حديدية تمر بالمانيا وبولندا وجمهورية الشيك.(64)

وهاتين المبادرتين تعد مبادرات موازية لخطة الحزام والطريق الصينية، وهي في الحقيقة لا تضر بمبادرة الحزام والطريق الصينية، بقدر ما هي مفيدة لها، حيث يمكن أن تصب في مصلحة الصين أيضاً، وذلك اذا ما احسنت الصين التعامل معها واستغلالها، وهو أمر يبدو أن السياسة الخارجية تعمل عليه على وفق ما تخطط له الحكومة الصينية حالياً، حيث جعلت مثل هذه المبادرات وسيلة فعالة ومفيدة للتكامل الاقليمي والعالمي،65 وتبني لتنفيذ خطط التنمية على نحو يخفف من الضغط المالي والإقتصادي على الصين، وتعمل على دفع وتمويل المشروعات الخاصة بإنشاء وتطوير البنية التحتية في دول آسيا وأفريقيا، وبالتالي سيكون من مصلحة جميع الاطراف، اذا ما تمكنت كل الاطراف الصين والولايات المتحدة والاتحاد الاوروبي من التوصل إلى توافق في

---

62. WUTHNOW, JOEL. (2017). "Chinese Perspectives on the Belt and Road Strategic Rationales, Risks, and Implications." China Strategic Perspectives 12, 27th of September. Institute for National Strategic Studies (INSS). National Defense University Press.

63. ألان ألاوسكان: المرجع السابق، ص139.

64. LIU, XIAOMING (2018). Europe and China must stand together agains protectionism. Financial Times. 28th of March 2018. Available at: 41 [Accessed the 14th of April 2018] & (GABUSI, 2016)op cit.

65. فاطمة الزهراء حشاني، توفيق حكيمي: المرجع السابق، ص 780.

الرؤى والاهداف، ورسم وتحديد دور كل منها، والتزامها لتجنب الهدر الناتج عن تبني ردود فعل خطأ، وتبنّي نهج الضد أو التضاد فيما بينها.**66**

ولكن اذا ما كانت هذه المبادرات الموازية تهدف في الحقيقة إلى حصر النفوذ الجيو - سياسي المتوسع للصين، من خلال مبادرة الحزام والطريق فلن يكون لها معنى يذكر،**67** وهذا الامر يرجع اعتبار مهم مفاده؛ ان كلا القوتين المتمثلتين بالاتحاد الاوروبي والولايات المتحدة الامريكية ليس لديهم نفس الموارد المالية المدعومة من الدولة مثل الصين، للإضطلاع بالاستثمار الدائم في البنية التحتية والبناء في آسيا.**68**

فضلاً عن أنّها تؤدي إلى تضخيم عوامل التوتر الجيو - سياسي بين الصين والغرب، ويمكن أن تتسبب بالمزيد من عدم الاستقرار في السياسة والاقتصاد الاقليميين، مما سيؤدي إلى خسائر اقتصادية وتحديات أمنية غير متوقعة لجميع الاطراف المعنية.**69**

وقد أدّت المخاوف من التغيرات في النظام القائم، إلى قيام قوى أخرى باطلاق مبادرات جيوسياسية في المنطقة، تبنى على أساس التنافسات القائمة حالياً، بين ما هو قديم والقوى العالمية الجديدة، والتي يجب أن لا تؤدي إلى حروب مباشرة بين المتنافسين، ولكن في كثير من الاحيان تنشأ تغيرات في النظام العالمي من احادي

66.UN Resolution A/RES/71/9 adopted by the General Assembly at its 47th plenary meeting, November 17, 2016, http://www.un.org/en/ga/search/view doc.asp?symbol¼A/ RES/71/9, p.12.

67. شريفة كلاع: مبادرة الحزام والطريق الصينية: المرجع السابق، ص 158.

68 Erik Brattberg and Etienne Soula, "Europe's Emerging Approach to China's Belt and Road Initiative," Carnegie Endowment for International Peace, October 19, 2018, https//:carnegieendowment.org/2018/10/19/europe-s-emerging-approach-to-china-s-belt-and-roadinitiative-pub-77536

69. Zhang Zhexin: op cit, p. 342.

القطب إلى متعدد الاقطاب،**70** وهو ما يمكن ملاحظته في محاولات الولايات المتحدة للضغط لعرقلة جهو الصين في التنمية في دول جنوب شرق آسيا، حيث اثارت القوة الاقتصادية للصين والمتنامية بشكل سريع،**71** زيادة في الحذر والخوف والشك من العالم خاصة في الولايات المتحدة الامريكية، **72**وهنا يمكن أن نلحظ الزخم القوي الذي يصاحب توجه القوة الدولية تجاه الصين، بعد انهيار اتحاد الجمهوريات الاشتراكية السوفيتي السابق.

حيث بدات الدعوات ترتفع حول تهديد الأم والسلام والاستقرار في المنطقة والعالم، أيضاً، لكن السياسة الجديدة للصين تؤكد على التنمية الاقتصادية أو الفكرة متجذرة في الخط الرسمي للسلطة الصينية، من خلال الإنفتاح الذي بدأه دينج شياو بينج في عام 1978 في الواقع حيث استفادت الصين السلام البيئة، وهما في الولايات المتحدة على العالم واقصادها المشاركة في التجارة الخارجية والاستثمار، حيث يعدّ ذلك أمراً حاسماً لتنميتها والسعي لتحقيق الاهداف الاقتصادية إلى السياسة الخارجية الصينية، والتي تستهدف تحسين العلاقات مع بقية الدول، لذلك كان الاستقرار الاجتماعي والسياسي حاسما بالنسبة إلى التطوير في الصين.**73**

---

70 . MÜNKLER, H. (2005) Ch 2: Empire, Imperialism and Hegemony: a Necessary Distinction. in Empires translated by Patrick Camiller. Polity Press 2007, Cambridge, UK. Available at Google Books: [Accessed the 3rd of April 2018].

71. لمياء مخلوفي: المرجع السابق، ص 181.

72 . LIU, GUOLI. (2006). "The Dialectic Relationship between Peaceful Development and China's Deep Reform" In Guo, Sujian (Ed.) China's "Peaceful Rise" in the 21st Century. Domestic and International Conditions (pp.17-37). Aldershot: Ashgate. (original work published in 2005). P.:2.

73 . LI, QINGSI. (2006). "The International Conditions of China's peaceful rise: challenges and opportunities" In Guo, Sujian (Ed.) China's "Peaceful Rise" in

المطلب الثاني

التحديات التي تواجه مبادرة الحزام والطريق الإطارية الصينية

وفقاً لتقاليد الحزب الشيوعي الصيني، فإنّه يفترض أن تتقدم كل قيادة جديدة استراتيجية دولية محدّثة تحمل على الاقل شعارات أو رؤى جديدة، تنطلق من تقييم شامل لتحديات البيئة المحلية والدولية التي تواجهها الصين، وفي ظل هذا النمط من التقييد المتعارف عليه، بدأ الرئيس الصيني شين جين بينغ بالإعلان عن مبادرة صينية ذات أبعاد عالمية، تجسّد هدف الصين في الولوج إلى العالم كدولة لها قوة إقتصادية وذات وزين جيوسياسي كبير في المنطقة والعالم.[74]

ومن الملاحظ على المبادرة الصينية من دون الغوص في تفاصيلها، هي أنّها اولى المبادرات التي اطلقت على المستوى المحلي والدولي، ولكن بمستوى بمحتوى غامض وغير محدد الأطر والنطاق، وهي عادة حالة لا تنسجم مع السلوك الصين الدولي،[75] الامر الذي دفع الكثير من الدول إلى الافراط في التوقعات المستقبلية، والدعوة إلى توخي الحذر من قبل المجتمع الدولي تجاهها،[76] ولكن بعد مرور 9 اعوام على اطلاقها،

---

the 21st Century. Domestic and International Conditions (pp.141-158). Aldershot: Ashgate. (original work n.d).pp. 141- 158.

74 . من الجدير بالذكر أن الرئيس الصيني الحالي شين جين بينغ كان قد انتخب عام 2012 كأمين عام الحزب الشيوعي الصيني، في المؤتمر الثامن عشر للحزب الشيوعي الصيني في نوفمبر من عام2012، وباشر مهام الرئاسة الصينية في مارس عام 2013 .

75. "Toushi Xijinping Zhoubian Waijiao Linian: Qinchenghuirong Dazao Mingyun Gongtongti Xi Jinping's Thinking on Neighborhood Diplomacy: Building a Community of Common Destiny with Amity, Sincerity, Endeavor toward Mutual Benefit, and Inclusiveness]," People.cn, October 10, 2014, http://politics.people.com.cn/n/2014/1010/c1001-25805455.html.

76. Wudong de Shuangyi Fengshuo de Chengguo - `Yidaiyilu' Jianshe Huimu yu Yuanjing]Flapping Wings, Bountiful Harvest - Reflections and Visions of

فانّه لا يشكك أحد اليوم في نضوجها استراتيجياً، وتبنّيها مفاهيم وأطر محددة وخطط تنفيذية فاعلة في المبادرة وتحقيق مستوى متفاوت لنسب النجاح العالية في كثير من الاحيان، بحيث اصبحت المبادرة وسيلة الصين لخدمة التنمية الاقتصادية من جهة. وسيلة لتحقيق التنمية وتشجيع الاستثمار الخارجي من الجهة الاخرى.

وقد تم تشخيص ثلاثة تحديات رئيسة من قبل الدائرة استراتيجية للصين وهي:

التحدي الاول: الصناعة، وفيها لا بد من مراعاة القدرة التنافسية على التصنيع وضعف زخم النمو الاقتصادي، مما يستلزم ضرورة ايجاد تعاون دولي استحداث وتطوير اسواق خارجية اكبر.

التحدي الثاني: التبادل الاقتصادي العالمي، الامر الذي يفرض البحث عن فرص جديدة لتطوير التعاون الاقليمي أو شبة الاقليمي في الشراكة الاقتصادية والاقليمية الشاملة، ترتكز على التشاور على نطاق واسع، على وفق انموذج جديد للتعاون الدولي في القرن الحادي والعشرين، يتم فيه تقاسم المنافع ككل، ويتجاوز كونه مشروع مساعدات فقط كمشروع مارشال،77 حيث تقوم المبادرة على فلسفة تتجاوز المفهوم التقليدي الضيق للتعاون الإقليمي، فهي لا تستند إلى منظور جغرافي أو جيوسياسي قاصر على اقليم جغرافي واحد، بل انّها تستند منذ إنطلاقها إلى نطاق جغرافي يضم عدد كبير من

Construction of the `Belt and Road'],” Xinhua, January 3, 2017, http://www.xinhuanet.com//politics/2017-01/03/c 1120233965.htm.

77. لمياء مخلوفي: المرجع السابق، ص 182.

الدول، في قارات آسيا وافريقيا وأوروبا، وهي تقوم على الربط بين التجارة والتنمية بالنسبة لاقتصادات نامية وناشئة تحتلأ أهمية خاصة بالنسبة لها.**78**

التحدي الثالث: استراتيجيات الادارة الامريكية المتغيرة، والتي بدأت من دون طرح الرئيس اوباما خطة لإعادة التوازن في قارة آسيا،**79** وصولاً إلى نهج الرئيس ترامب الذي قاد حملة عداء كبيرة من الصين إلى الادارة الحالية التي يقودها جو بايدن.

وفي ظل هذه التحديات تسعى الصين من خلال مبادرة الحزام والطريق، إلى البحث عن طرق جديدة للتعاون الاقتصادي الدولي، والإسهام في تخفيف حدّة التوتر بين دول الجوار بما يتوافق مع استراتيجية تحقيق التنمية السلمية الدولية،**80** من خلال اقامة مشاريع تنموية بارزة والاضطلاع باستثمارات قوية في المجالات الستراتيجية الحيوية للدول المعنية بالمبادرة.**81**

حيث تواجه الصين اليوم فضلاً عن هذه التحديات، عوائق كثيرة على المستوى الدولي، خصوصاً في اتهامها بالتسبب بانتشار فايروس كورونا الذي تسبب بجائحة كورونا

78 . لمياء مخلوفي: استراتيجية الحزام والطريق الصينية الجديدة وأفريقيا، بحث منشور في مجلة مدارات سياسية، عدد دسيمبر 2017، issn:2588-1825، الصفحات 174 إلى 193، ص 178.

79. مما دفع الصين إلى التوجه إلى مناطق أخرى من العالم لفك الحصار عليها، وذلك من خلال رفع مستوى العلاقات بينها وبين الدول الأفريقية، للمزيد ينظر: محمد خلاف، نسيمة طويل: المرجع السابق، ص 119.

80. فاطمة الزهراء حشاني، توفيق حكيمي: السياسة الخارجية الصينية في عهد شين جين بينغ: معالم التحوّل وخلفياته، المجلة الجزائرية للأمن الإنساني، م5، ع2، 2020، الصفحات 775- 797، Issn 2543-375X, Eissn 2676-1645، ص 780.

81. Zhang Zhexin: op cit, p. 331.

العالمية،**82** حيث أسماه الرئيس الأمريكي دونالد ترامب بـ(الفايروس الصيني)،**83** وكذلك في ظل الازمة الدولية الراهنة المتمثلة في الحرب الروسية الاوكرانية، ومتغيرات النظام العالمي الدولي الجديد التي افرزت نفور استراتيجي بين الصين والعديد من جيرانها، بما فيهم اليابان وفيتنام والفلبين هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، فإنّ بروز الدور الروسي على المستوى الدولي بعد الغزو الروسي على اوكرانيا، أسهم في توثيق التحالف الاستراتيجي بين روسيا والصين لمواجهة الغرب، مما أبرز وبقوة ما بدأ بتسميته النظام العالمي الجديد،**84** في ظل التكتلات العالمية التي بدأ تتشكل بناء على موقف الدول الغربية من الحرب التي تقودها روسيا ضد أوكرانيا، والتي استعرت أوراها في 2/24/ 2022، ولا تزال قائمة ولم تحسم لحد الآن.

82. محمد خلاف، نسيمة طويل: المرجع السابق، ص 128.

83. حازم حمد موسى الجنابي: مستقبل الإستراتيجيتين الأمريكية والصينية ما بعد فايروس كورونا، رؤى في خيارات التغيير وضرورات الاستجابة، بحث منشور في المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، م 5، ع 3، الصفحات 533- 566، ديسمبر 2021، ص 549.

84. يوي شيانغ: الصين تنتصر في المعركة ضد الفقر وتقدم مساهمتها في التخفيف من حدّة الفقر في العالم، مقال منشور بتاريخ 2020/11/4، متاح على الرابط الآتي: **http://www.chinaarabicf.org**

الخاتمة

1- مبادرة الحزام والطريق الاطارية الصينية، اتفاق يلزم أطرافه المتمثّلة بالصين والدولة المستفيدة، بالتعاون فيما بينهم في مجال معين ضمن مجالات مبادرة الحزام والطريق، على شكل اتفاق أساسي عام يحدد الاهداف الرئيسة للتعاقد، دون ان تعيّن بالضرورة وسائل تحقيق هذه الأهداف. وتوصف المبادرة الصينية بكونها اتفاقية إطار إستراتيجي يتم تفعيله بـ"اتفاقيات ثنائية" ذات طابع تعاقدي خاص.

2- مبادرة الحزام والطريق الصينية تمثّل مشروعاً واسع النطاق، يهدف إلى ربط بلدان العالم ببعضها البعض، لتحسين التعاون والاتصال في ما بين المناطق الجغرافية الممتدة على طول الأقاليم التي يمر بها طريق الحرير الصيني القديم.

3- تركز المبادرة الصينية على مجالات خمسة حيوية سمّيت بالروابط الخمس، حيث أنّها تستهدف ايجاد رؤية اقتصادية طموحة تعزز الانفتاح والتعاون بين الدول الواقعة على طول مبادرة الحزام والطريق، لذلك تبغي القيادة الصينية ترسيخ مفهوم الهدف السياسي من المبادرة، والذي ينطوي على بعث تطمينات للدول المستهدفة بها، من أنّ هذه المبادرة تستهدف تحقيق مصالح مشتركة وليس مصلحة طرف واحد.

4- تصنّف المبادرة الصينية على أنّها أول حالة تعاون استراتيجية دولية تقترحها وتنفذها دولة نامية، تسهم في تعزيز التعاون الاقتصادي العالمي، وهي تجسيد حي للرغبة القائمة لدى القيادة الصينية، في بدء جولة جديدة من الانفتاح

والاصلاح والمشاركة بشكل أعمق في الاقتصاد العالمي، بما يعزز من دور الصين في الساحة الاقتصادية والسياسية العالمية.

5- تقف وراء طرح مبادرة الحزام والطريق ابعاد الجيو - سياسية واضحة المعالم، سواء في داخل الصين أو في الدول المجاورة لها، تستهدف تعزيز فرص التنمية بين دول المنطقة، خصوصاً والبلدان المجاورة للصين، ضماناً لبيئة سليمة للتنمية في الصين والدول المستفيدة من المبادرة.

6- على الرغم من محاولة دول الاتحاد الاوروبي والولايات المتحدة الامريكية، تقديم مشروعات استراتيجية موازية للمبادرة، تستهدف منها اضعاف الرغبة لدى البلدان المستهدفة من المبادرة الصينية في الدخول اليها، وحصر النفوذ الجيو - سياسي المتوسع للصين، إلّا أنّ ذلك لن يسهم ي تقويض المبادرة او أفولها، لأنّ كلا القوتين المتمثلتين بالاتحاد الاوروبي والولايات المتحدة الامريكية ليس لديهم نفس الموارد المالية المدعومة من الدولة مثل الصين، للإضطلاع بالاستثمار الدائم في البنية التحتية والبناء في آسيا.

7- أدّى تبنّي الصين لمبادرة الحزام والطريق الإطارية، إلى تضخيم عوامل التوتر الجيو - سياسي بين الصين والغرب، وهو ما سيكون سبباً للمزيد من عدم الاستقرار في السياسة والاقتصاد الاقليميين، ممّا يؤدي إلى خسائر اقتصادية وتحديات أمنية غير متوقعة لجميع الاطراف المعنية.

8- تواجه المبادرة الصينية مجموعة من التحدّيات المتنوعة، على المستوى الوطني والدولي، وفي ظل هذه التحديات تسعى الصين من خلال مبادرة الحزام والطريق، إلى البحث عن طرق جديدة للتعاون الاقتصادي الدولي، والإسهام

في تخفيف حدّة التوتر بين دول الجوار بما يتوافق مع استراتيجية تحقيق التنمية السلمية الدولية، من خلال اقامة مشاريع تنموية بارزة والاضطلاع باستثمارات قوية في المجالات الستراتيجية الحيوية للدول المعنية بالمبادرة، بما يحقق التنمية الشاملة والمنفعة المتبادلة لجميع الأطراف.

المصـادر والمراجع

أولا: المراجع باللغة العربية:

- أحمد علّو: الصين وطريق الحرير الجديد: حزام واحد طريق واحد، مجلّة الجيش اللبناني، ع 370، أفريل 2016.
- الان الاوسكان: الضرورة النظرية للواقعية الكلاسيكسة الجديدة في سياق التحليل الجيوسياسي لمشروع الحزام والطريق، المجلة الجزائرية للأمن و التنمية، م11، ع1، جانفي 2022.
- حازم حمد موسى الجنابي: مستقبل الإستراتيجيتين الأمريكية والصينية ما بعد فايروس كورونا، رؤى في خيارات التغيير وضرورات الاستجابة، بحث منشور في المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، م 5، ع 3، الصفحات 533-566، ديسمبر 2021.
- شريفة كلاع: التوجهات الصينية نحو دول مجلس التعاون الخليجي: واقع العلاقات الاقتصادية وسبل تطويرها، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة/ الجزائر 2021، issn 2507-7333, Eissn:2676-1742K.
- شريفة كلاع: مبادرة الحزام والطريق الصينية: الدوافع، الامتداد والتحديات، مجلة أبحاث، م6، ع 2، 2021، الصفحات 154-167، Issn0834-2170, Eissn266-734X.
- عادل رفيق: الجيوبوليتكس السيبرانية والباستقرار في الشرق الأوسط، المعهد المصري للدراسات، مقال منتشور بتاريخ 2020/11/10، متاح على الرابط الالكتروني: **http://www.eipss-eg.com**

- فاطمة الزهراء حشاني، توفيق حكيمي: السياسة الخارجية الصينية في عهد شين جين بينغ: معالم التحوّل وخلفياته، المجلة الجزائرية للأمن الإنساني، م5، ع2، 2020، الصفحات 775- 797، Issn 2543-375X, Eissn 2676-1645 .
- لمياء مخلوفي: استراتيجية الحزام والطريق الصينية الجديدة وأفريقيا، بحث منشور في مجلة مدارات سياسية، عدد دسيمبر 2017، issn:2588-1825، الصفحات 174 إلى 193.
- محمد شوقي شاهين، المشروع المشترك التعاقدي، طبيعته وأحكامه، القاهرة، 2000.
- محمد محسن النجار، عقد الامتياز التجاري، دراسة في نقل المعارف الفنية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2001.
- مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، ط1، بيروت، 2002.
- هند زياد نافع، عدنان خلف حميد: مبادرة الحزام والطريق: الأهداف و التحديات، مجلة جامعة تكريت للعلوم السياسية، ع19، ماي 2020.

ثـانيا : المراجع باللغـات الأجنبية:

- China's Belt and Road Initiative in the Global Trade, Investment and Finance Landscape , OECD BUSINESS AND FINANCE OUTLOOK 2018 © OECD 2018.
- `Yidaiyilu' Jianshe Huimu yu Yuanjing ]Flapping Wings, Bountiful Harvest (2017): Reflections and Visions of Construction of the `Belt and Road']," Xinhua, January 3, 2017, http://www.xinhuanet.com//politics/2017-01/03/c 1120233965.htm.
- `Yidaiyilu' Wuzhounian(2018): yu 103ge Guojia he Guojizuzhi Qianshu 118fen Hezuoxieyi [Five Years after Proposal of the BRI: 118 Cooperation Agreements Signed with 103 Countries and International Organizations]," Sohu News, August 28, 2018, http://www.sohu.com/a/250533585 160320.

- "Toushi Xijinping Zhoubian Waijiao Linian (2014): Qinchenghuirong Dazao Mingyun Gongtongti Xi Jinping's Thinking on Neighborhood Diplomacy: Building a Community of Common Destiny with Amity, Sincerity, Endeavor toward Mutual Benefit, and Inclusiveness]," People.cn, October 10, 2014, **http://politics.people.com.cn/n/2014/1010/c1001-25805455.html**.
- "Vision and Actions on Jointly Building Silk Road Economic Belt and 21st-CenturyMaritime Silk Road," jointly issued by the National Development and Reform Commission,Ministry of Foreign Affairs, and Ministry of Commerce of the People's Republic of China, with State Council authorization, March 28, 2015, **https://www.fmprc.gov.cn/ce/cevn/chn/sghkt/t1251121.htm**.
- BANYAN, (2013). Asian Infrastructure Bank. The Economist, Analects,. 4th of October 2013. Available at: [Accessed the 12th of March 2018]
- BUSTELO, P. & LOMMEN, Y. (1996) La economía china ante el siglo XXI, Veinte años de reforma. Editorial Síntesis.
- CAI, PETER. (2017). Understanding China's Belt and Road Initiative. Lowy Institute. March 2017. Available at: [Accessed the 1st of October 2017 .
- DU, D. B., & MA, Y. H. (2015). "[One Belt and One Road: The grand geo-strategy of China's rise]." Geographical Research, 2015, 34(6): pp. 1005-1014.
- El-Gammal (M)(1967):L'adaptation du contrat aux circonstances economiques, these L.G.D.J, Paris,
- Erik Brattberg and Etienne Soula, "Europe's Emerging Approach to China's Belt and Road Initiative," Carnegie Endowment for International Peace, October 19, 2018, **https//:carnegieendowment.org/2018/10/19/europe-s-emerging-approach-to-china-s-belt-and-roadinitiative-pub-77536**
- GABUSI, GIUSEPPE. (2016). "Crossing the River by Feeling the Gold: The Asian Infrastructure Investment Bank and the Financial Support to the Belt and Road Initiative". China & World Economy, Vol. 25, No. 5, 2017, pp. 23-45. .
- GAUTAM SEN. (2016). China-One Belt and One Road Initiative: Strategic & Economic Implications. Vivekananda International Foundation. January 2016.
- Hugh White,(2017) "China's Belt and Road Initiative to Challenge US-led Order," East Asia Forum, May 8, 2017; Alessia Amighini, ed., China's Belt and Road: A Game Changer? (Novi Ligure: ISPI, 2017.
- Carlo Muñoz,(2018): "China's One Belt One Road Economic Investment also Expands Military Footprint," The Washington Times, April 18, 2018,

https://www.washingtontimes.com/news/2018/apr/18/china-military-ambitions-seen-onebelt-one-road/.

- David Wijeratne, Mark Rathbone, and Gabriel Wong,(2018): "A Strategist's Guide to China's Belt and Road Initiative," PwC StrategyþBusiness, January 22, 2018, **https://www.strategy-business.com/feature/A-Strategists-Guide-to-Chinas-Belt-and-Road-Initiative**.
- LI, QINGSI. (2006). "The International Conditions of China's peaceful rise: challenges and opportunities" In Guo, Sujian (Ed.) China's "Peaceful Rise" in the 21st Century. Domestic and International Conditions (pp.141-158). Aldershot: Ashgate. (original work n.d).pp. 141- 158.
- LIU, GUOLI. (2006). "The Dialectic Relationship between Peaceful Development and China's Deep Reform" In Guo, Sujian (Ed.) China's "Peaceful Rise" in the 21st Century. Domestic and International Conditions (pp.17-37). Aldershot: Ashgate. (original work published in 2005).
- LIU, W., & DUNFORD, M. (2016). Inclusive globalization: unpacking China's Belt and Road Initiative. Area Development and Policy, 1(3), 323–340.
- LIU, XIAOMING (2018). Europe and China must stand together agains protectionism. Financial Times. 28th of March 2018. Available at: 41 [Accessed the 14th of April 2018].
- Mousseron (J .M) (1988) :La gestion des risques par la contrat, R.T.O.C.
- MÜNKLER, H. (2005) Ch 2: Empire, Imperialism and Hegemony: a Necessary Distinction. in Empires translated by Patrick Camiller. Polity Press 2007, Cambridge, UK. Available at Google Books: [Accessed the 3rd of April 2018].
- SRF (2018). The Silk Road Fund. Fund History. Silk Road Fund, Official Website in english. Beijing. Available at: [Accessed the 1st of May 2018].
- U.S. Senators David A. Perdue and Patrick Leahy's letter to U.S. Secretaries of the Treasury and of the State, August 3, 2018, **https://www.perdue.senate.gov/imo/media/doc/IMF%20China%20Belt%20and%20Road%20Initiative%20Letter.pdf**.
- UN Resolution A/RES/71/9 adopted by the General Assembly at its 47th plenary meeting, November 17, 2016, http://www.un.org/en/ga/search/view doc.asp?symbol¼A/ RES/71/9.
- WUTHNOW, JOEL. (2017). "Chinese Perspectives on the Belt and Road Strategic Rationales, Risks, and Implications." China Strategic Perspectives 12, 27th of September. Institute for National Strategic Studies (INSS). National Defense University Press.

- Xi Jinping: proposed the "21st-Century Maritime Silk Road" on his state visit to Indonesia, celebrating the 10th anniversary of the Sino-ASEAN strategic partnership and calling for deeper cooperation between both sides. No other party was mentioned as a potential partner in building the MSR.
- Xi, Jinping (2017), Work Together to Build the Silk Road Economic Belt and The 21st Century Maritime Silk Road, Opening speech, The Belt and Road Forum for International Cooperation, May.
- XINHUA. (2013): Xi Jinping's Important Speech at the Peripheral Diplomacy Work Conference", Xinhua News Agency, 25 October 2013. Accessible at http://news.xinhuanet.com/politics/2013-10/25/c_117878897.htm. [Accessed the 19th of November].
- -Zhang Zhexin (2018).: The Belt and Road Initiative - China's New Geopolitical Strategy? paper presented on the 12th Berlin Conference on Asian Security (BCAS) held by Stiftung Wissenschaft und Politik (SWP) on October 15–16, 2018 World Century Publishing Corporation and Shanghai Institutes for International Studies China Quarterly of International Strategic Studies, Vol. 4, No. 3, 327–343 DOI: 10.1142/S2377740018500240. Downloaded from **www.worldscientific.com**.
- ZHANG, HONGZHOU (2015). Building the Silk Road Economic Belt: problems and priorities in Central Asia. Policy Report. May 2015., S. Rajaratnam School of International Studies, Nanyang Technological University.
- ZHU RUIXUE, LIU XIULING, CAI LI. (2016). "Background and Strategic Significance of the "Belt and Road Initiative" of China." Journal of Behavioural Economics, Finance, Entrepreneurship, Accounting and Transport. 2016, Vol. 4, No. 3, pp. 49-53.

التهرب الضريبي عبر التجـارة الالكترونية وسبل مواجهتهـا

Tax evasion through e-commerce
And ways to confront it

د حمـادة خير محمود

كلية الاسراء الجـامعة – العراق

hamadakhar27@gmail.com

ملخص

في ظل انتشار التكنولوجيا وخاصة تكولوجيا نقل المعلومات والمعاملات التجارية عبر وسائل الشبكة العنكبوتية (شبكةالانترنت) ظهر ما يعرف بالتجارة الالكترونية ، نظرا لضخامة هذه المعاملات التجارية كان لازما علينا ان نخرج عن قواعد المعالجة التقليدية للتجارة علي هذه التجارة الالكترونية ووضعها تحت السيطرة فلابد من ايجاد طرق غير تقلدية تتواكب مع هذا العصر واعداد اصلاحات تشريعية ومعالجة فنية وادخال هذه الجريمة من ضمن صور الجرائم الاقتصادية لما لها من تاثير كبير علي الاقتصاد وتضيع علي الدولة ملايين من الجنيهات كحصيلة ضريبية مفقودة لعدم وجود تشريع منظم لها وطريقة جديدة للتهرب من الضرائب لذلك لابد من اتباع خطوات مدروسة تواكب متغيرات العصر حماية للاقتصاد من الصور المستحدثة غير المشروعة التي تكون لها ابلغ الاثر علي الاقتصاد ومنها التجارة الالكترونية عبر الانترنت ومحاولة الافلات والتهرب من الضرائب المستحقة .

الكلمات المفتاحية : التجارة الالكترونية – الضريبة – التهرب الضريبي – التهرب الضريبي الدولي – شبكة الانترنت – التشريع الضريبي –الخزانة العامة

Abstract

In light of the spread of technology, especially the technology of transferring information and commercial transactions through the means of the Internet (the Internet), what is known as electronic commerce appeared. It is necessary to find non-traditional ways to keep pace with this era, prepare legislative reforms and technical treatment, and introduce this crime among the forms of economic crimes because it has a significant impact on the economy and wastes millions of pounds Therefore, it is necessary to follow deliberate steps that keep pace with the changes of the times in order to protect the economy from the new illegal forms that have the most significant impact on the economy, including electronic commerce via the Internet and the attempt to evade and evade due taxes.

On the state as a lost tax proceeds due to the lack of regulatory legislation and a new method to evade taxes

Keywords: E-Commerce- Tax- Tax evasion- world wide web- tax legislation- public treasury - international tax evasion

مقدمة

في ظل انتشار التكنولوجيا وخاصة تكولوجيا نقل المعلومات والمعاملات التجارية عبر وسائل الشبكة العنكبوتية (شبكة النت) ظهر ما يعرف بالتجارة الالكترونية حيث استخدام التجارة عبر الحاسب واستخدام ثورة الانترنت اصبحت تشغل حاليا جانب مهما من الاقتصاد عبر الحاسب او كما يسميه البعض**1**الاقتصاد الرقمي**2** وفي الوقت الذي نري اقطاب العالم في امريكا واروبا يتحاورن حوار ساخنا حول القواعد الاساسية للتجارة الالكترونيةمثل كيفية فرض ضرائب عليها وفرض رسوم جمركية ايضا نجد بلدان العربية في واد اخر بعيدة كل البعد عن التفكير في هذه التجارة المستحدثة و نظرا لضخامة هذه المعاملات التجارية كان لازما علينا ان نخرج عن قواعد المعالجة التقليدية للتجارة علي هذه التجارة الالكترونية ووضعها تحت السيطرة فلابد من ايجاد طرق غير تقلدية تتواكب مع هذا العصر واعداد اصلاحات تشريعية ومعالجة فنية وادخال هذه الجريمة من ضمن صور الجرائم الاقتصادية لما لها من تاثير كبير علي الاقتصاد وتضيع علي الدولة ملايين من الجنيهات كحصيلة ضريبية مفقودة لعدم

(**1**) الاستاذ كامل ابو صقر الجوانب الادارية والقانونية منشور علي حلقات في جريدة البيان العدد 169 وما بعدها حيث ان الانترنت يعتبر ثورة الثورات كونها ادت الي عدة متغيرات اهمها :

-1- المنافسة المميته بين الشركات المتعاملة بالتكونولجيا والشركات

2- الدورة الالكترونية وهي البرامج التي تسيطر علي كل جوانب ومجالات اعمال الشركات من العمالة والانتاج الي التسويق والمحاسبة وربط الموردين وتجارة الجملة والتجزئة والعملاء بحيث اصبحت الشركات انسانا اليا يقوم بكل هذه الوظائف تماما مثل الحاويات

2 تعرفه الباحثة نهلة قصراوي انه (طريقة نظامية لوصف كيفية تبادل الاشياء الكتروورونيا ا والتي يمكن التحكم في تحويل صورتها الي الحالة الرقمية والقدرة علي اعادتها مرة اخري الي حالتها الاصلية دون ان تفقد ايا من عناصرها الاساسية عبر شبكة النت انظر (بئية وفرص التجارة الالكترونية في الامارات 2001 اصدار البيان الطبعة الاولي 2001 ص 15)علي موقع الانترنت **https://altibrah.ae/book/813** تم الدخول بتاريخ 22-2/6/22

وجود تشريع منظم لها وطريقة جديدة للتهرب من الضرائب لذلك لابد من اتباع خطوات مدروسة تواكب متغيرات العصر حماية للاقتصاد من الصور المستحدثة غير المشروعة التي تكون لها ابلغ الاثر علي الاقتصاد ومنها التجارة الالكترونية عبر الانترنت ومحاولة الافلات والتهرب من الضرائب المستحقة .

اولا :اهمية الموضوع

تاتي اهمية البحث فيما تمثله هذه الجريمة من تاثير بالغ علي الحصيلة الضريبية مما يكون له اثر خطير في اهدار جزء كبير من الحصيلة الضريبية نتيجة التهرب الضريبي من خلال استخدام شبكات الانترنت ،مما يوثر علي موارد الدولة

ثانيا مشكلة البحث

تاتي اشكالية البحث في ان هذه الجريمة تعتبر من الجرائم العابرة للقارات والتي لا تستطيع اي دولة بمفردها ان تواجهها

لذا يدور البحث حول الاجابة علي بعض التساؤلات

ما هي سبل مواجهة هده الجريمة ؟

وهل التشريع الحالي قادر علي مواجهة هذه الجريمة ؟

ثالثا : منهج الحث

سوف نتناول المنهج التحليلي في البحث من خلال تحليل النصوص القانونية الحالية وهل هي كافية لمواجهة جريمة التهرب الضريبي عبر شبكات الانترنت ،اما ان الامر يتتطلب اجراء تعديلات وطرق اخري لمواجهتها

وسوف نتناول هذا الموضوع في ثلاثة مباحث

المبحث الاول : نشات وماهية التجارة الالكترونية

المبحث الثاني : التهرب الضريبي عبر التجارة الالكترونية

المبحث : الثالث طرق مواجهة التجارة الالكترونية

المبحث الاول

نشات التجارة الالكترونية وماهيتها

من خلال هذا المبحث سوف نقوم بتناول تاريخ نشات التجارة الالكترونية متي نشات واين ونتناول ماهية التجارة الالكترونية وذلك العرض من خلال مطلبين:

المطلب الاول : نتناول فيه نشات التجارة الالكترونية .

المطلب الثاني : نستعرض فيه ماهية التجارة الالكترونية .

المطلب الاول

نشات التجارة الالكترونية

إن أصل نشأة التجارة الإلكترونية من وراء المحيط الأطلنطي متمثلاً في الولايات المتحدة الأمريكية و انتشرت بعد ذلك في جميع أنحاء العالم ، كما بدأ الإنترنت من أمريكا وانتشر بعد ذلك في جميع أنحاء المعمور

جاء ظهور التجارة عبر النت كنيجة طبيعة لتفجر المعلوماتية بحيث غدت تجارة نقل المعلومات والمعرفة وصناعة الاتصال والبرمجيات واجهزة الحاسب الالي التجارة الرئدة

في العصر الذي نعيش فيه ولقدساعد علي ظهورها ايضا اتجاه اصحاب رؤوس الاموال للاستثمارعبر النت كوسيلة بديلة للاستثمار التقلدي بحيث ان مقدمي الخدمات لا يحتاجون لممارسة نشاطهم التجاري وعرض منتجاتهم وخدماتهم الي ارضية او بنية تحتية كالمخازن والمحال التجارية ولا يدخلون في مشاكل التخزين والتصدير ونقل البضائع المختلفة وتسليم البضائع للعميل

لقد يظن الكثير ان موضوع التجارة الا لكترونية حديث النشاة ولكن هذا المفهوم للتجارة الالكترونية قديم النشاة ففي السبيعات بدات بعض البنوك في استخدام شبكات خاصة مامؤنة لاجراء ما يسمي بعمليات التحويل الالكتروني للاموال (Electronic Fund r(iFTs,hx tdlh سواء فيما بين البنك وفروعه او مع البنوك الاخري بسرعة ودقة وقد ادي ذلك فيما بعد الي تمكين عملاءهذه البنوك من الايداع المباشر والسداد الكتروني للمستحقات باستخدام اساليب الكترونية مستحدثة مثل بطاقات الائتمان Cardit Cards وفي اوئل الثمنايات اصبحت ممارسة التجارة الالكترونية واسعة الانتشار بين منظمات الاعمال وبعضها البعض وذلك عن طريق ما اطلق عليه اسلوب التبادل الالكتروني للبيانات وقد سمح هذا الاسلوب للشركات بارسال واستقبال الوثائق والمستندات التجارية مثل اوامر

التوريد وفواتير المبيعات بين هذه الشركات **3** وعلي الرغم من ظهور التجارة عبر الحاسوب منذو السبعنيات الاانها لم تنتشر انتشار واسعا الافي التسعينيات علي يدالشركات ذوات المواقع الافتراضية التي مارست نشاط البيع بالتجزئة عبر الحاسوب كما قدمت خدمات نقل المعلومات لعملائها من مرتادي موقعها المسجل باسمها علي

3 د/ هشام مخلوف واخرين : التجارة الالكترونية الحاضر وافاق االمستقبل دار الكتب طبعة 200ص 48

الحاسوب حيث وصل الامر الي حد وجود بعض الشركات التي لم تمارس ابدا التجارة التقلدية بل كان اعتمادها

الاساسي في عملها علي الحاسوب وعلي موقعها الافتراضي **4** ولقد ساعد في انتشار التجارة الالكترونية عبر شبكة الانترنت

سهولتها العملية ومرونتها في نقل المعلومات وعرض المنتجات وانجاز الصفقات كما انها اعطت للتجار المبتدئين ولصغار رجال الاعمال الفرصة الذهبية للبروز وتحقيق طموحاتهم حيث لم يعد ممارسة بعض

اوجه النشاطات التجارية حكر علي الشركات الكبيرة فالامر لا يستدعي سوي وجود جهاز حاسوب ومن ثم تنظيم موقع افتراضي عليه وتسويقه ومن ثم عرض الخدمات والمنتجات واستقبال المتعاملين **5**

4 د/ عامر محمود الكسواني : التجارة الالكترونيةعبر الحاسوب دار الثقافة طبعة 2009 ص 31

5 يقول الرئيس الامريكي السابق بيل كلنتون في هذا الصدد انه يمكن للشركات الصغيرة ان تنافس الشركات الكبيرة علي المستوي العالمي وان تفوز فقد ثبت ان هناك شركات صغيرة بدات علي الانترنت ونافست الشركات الكبيرة وذلك عندما قدمت الشركات الصغيرة خدمات جيدة وعندما تكون الخدمات محل اعجاب المتصفحين لصفحات الموقع فان الزوار سوف يعيدون الزيارة وفي النتيجة سوف يقومون بعمليات الشراء فالانترنت فرصة للصغار والفقراء لمنافسة الاغنياءوالكبار بنفس اللغة والاساليب ولكن بتكاليف اقل وبسوق كبر وبفيض فكري متجدد مشار اليه لديد / هشام مخلوف واخرين مرجع سابق ص 32

المطلب الثاني

ماهية التجارة الالكترونية

تعددت التعريفات التي قيلت في شان تحديد وماهية التجارة الالكترونية بين المتخصصين فقد ذهب البعض الي تعريف التجارة الالكترونية بانها ببساطة هي التجارة التي يتم ممارستها باستخدام التقنيات المتاحة من خلال شبكة الانترنت .

لكن يبدو ان هذا التعريف يغفل حقيقة ان الكثير من صور المعاملات التجارية بين الشركات وبعضها البعض كانت تتم بوسائل الكترونية من خلال التبادل الالكتروني للبيانات EDI وذلك قبل اكثر من عقد كامل علي ظهور وانتشار شبكة الانترنت .

ولقد عرف المشرع المصري التجارة الالكترونية بانها كل معاملة تتم عن بعد باستخدام وسيلة الكترونية

وهذاالتعريف للتجارة يعتبر تعريف واسع اذا يجعل التجارة عبر الانترنت تشمل كل معاملة تجارية تتم عن بعد بواسطة اي وسيلة الكترونية دون ان يحدد هذه الاخيرة وهنا تظهر المشكلة اذا قد يتم استحداث وسائل تقنية جديدة تجعل بالامكان الاتصال والتعاقد عن بعد دون ان تكون الكترونية وهو امر ليس ببعيد التصور لان حركة التقنيات في ازدياد مستمر وتطور دائم

وبالرغم من ذلك التحفظ الا ان التعريف الذي وضعه المشرع المصري يعتبر تعريف موفقا بحيث ان يتواءم مع التطور التكنولوجي السريع والذي من المتوقع ان يتجاوز يوما الانترنت6 .

التعريف الفقهي للتجارة عبر الانترنت

اجتهد الفقه القانوني في ظهور اصطلاح التجارة الالكترونية الي وضع تعريف محدد لها حيث يري البعض بانها (عرض للسلع والخدمات من علي موقع الانترنت ليحصل علي طلبات العملاء7)

بينما يري جانب اخري من الفقه انها (تلك العملة التي تشمل جميع المعاملات التي تتم عبر الانترنت حتى ولو تمتع بالصفة التجارية وان كان الغالب ان تمتع بهذه الصفة من جانب مقدم السلعةاو الخدمة علي الاقل والذي غالبا ما يكون تاجرا ويخلص الي

---

6) د/ رمضان صديق الضرائب علي التجارة الالكترونية دار النهضة 2001 ص 17
ولقد عرف الاتحاد الاوربي التجارة الالكترونية بانها مفهوم عام يغطي اي شكل من اشكال المعاملات التجارية او تبادل المعلومات يتم تنفيذه باستخدام تكونولوجيا الاتصالات والمعلومات سواء بين الشركات وبعضها البعض او بين الشركات وعملائها او بين الشركات والجهات الحكومية (1)
ونستنتج من التعريف السابق ما يلي :

1- ان التجارة الالكترونية لسيت مجرد تبادل السلع والخدمات بمقابل علي الانترنت ولكن نطاقها يمتد ليشمل كل عملية تجارية تتم بوسائل الكترونية عبرشبكات الكمبيوتر
2- لا يقتصر مفهوم المنتجات في هذا التعريف علي البضائع او السلع المادية الملموسة بل يشمل كذلك الخدمات والمنتجات الرقمية كالمعلومات وبرانامج الحاسبات والافلام والموسيقي
3- ان الوسائل الالكترونية المقصودة هي التي تعتمدعلي تكنولوجيا المعلومات والاتصالات من خلال الشبكات وبخاصة شبكة الانترنت مثل مواقع الويب Web sites التبادل الالكتروني للبيانات EDI التحويل الالكتروني البريد الالكتروني Emailالي اخره من مواقع

7 للمزيد راجع د رمضان صديق المرجع السابق ص 17

تعريفها بانها اتفاق يتلاقي فيه الايجاب والقبول علي شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعدوذلك بوسيلة مسموعة ومرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل**8**)

المبحث الثاني

التهرب الضريبي عبر التجارة ةالالكترونية

التهرب الضريبي من الظواهر الضريبية والمالية لأنه أينما يوجد التزام ضريبي يوجد التهرب الضريبي ولقد عرف التهرب من الضريبة منذ نشأ الالتزام علي عاتق الممولين شأنه شأن الجريمة التي عرفت منذ وجود القانون وظاهرة التهرب الضريبي منتشرة في كثيرا من البلاد وخاصة في البلاد التي تعتبر الضريبة مصدر أساسي من مصادر الإيرادات ولكن تختلف نسبته من دولة إلي أخري بقدر وجود وعي ضريبي لدي المواطنين فكلما أدرك الممول مدي أهمية الالتزام بسداد الضريبة وتأثيرها الإيجابي علي مجتمعه الذي هو جزء منه كلما قلت حالات التهرب الضريبي مما ينعكس أثر ذلك علي الحصيلة ويساعد علي زيادتها ولقد تعددت صور التهرب الضريبي ونتيجة لانتشار التكنولوجيا وانتشار عالم الحاسبات الآلية والنت وهو ما يعرف بالشبكة العنقودية ظهرت أيضا طرق جديدة وحديثه علي مجتمعنا المصري من تهرب ضريبي وذلك عن طريق التجارة الالكترونية حيث تتم من خلال عالم الانترنت وكما رأينا أن هذه الصورة من صور التهرب من الصور المستحدثة فلقد رأينا أنه لازاما علينا التعرض لتلك الصورة المستحدثة من التهرب الضريبي وإيجاد معالجة ضريبية للتجارة الالكترونية من خلال هذا البحث وسوف نتناول هذه الموضوع من خلال تقسيم البحث إلي مطلبين.

8 انظر ه1ا التعريف د رمضان صديق مرجع سابق ص 21

المطلب الأول : تعريف التهرب الضريبي وأنواعه .
المطلب الثاني : التهرب الضريبي عبر التجارة الالكترونية .

المطلب الأول

تعريف التهرب الضريبي وأنواعه

قبل الحديث عن تعريف التهرب الضريبي لا بد أن نبين المقصود بالضريبة وهي التي يحاول الممول التخلص منها بصورة عديدة فالضريبة في أبسط تعريف شامل لها. هي " فريضة مالية يدفعها الفرد جبرا إلي الدولة مساهمة منه في التكاليف والأعباء العامة بصفة نهائية دون أن يعود عليه نفع خاص مقابل دفع الضريبة (**9**) وعرف ايضا قانون الاجراءات الضريبية الموحد رقم 206 لسنة 2020 وتعديله في المادة رقم (1) الفقرة الخامسة منه الضريبة بانها (اي فريضة مالية اياكان وعاؤها او القانون الذي ينظمها ،وتتولي المصلحة ربطها وتحصيلها**10** من تعريف الضريبة سوف نتناول تعريف التهرب الضريبي وأنواعه من خلال:

الفرع الأول تعريف التهرب الضريبي
الفرع الثاني : أنواع التهرب الضريبي

(**9**) يراجع الدكتور/ زين العابدين ـ علم المالية والتشريع ـ ص 156 طبعة 1982 ـ جامعة عين شمس
10 صدر قانون الاجراءات الضريبية الموحد رقم 206 لسنة 2020 ونشر بالجريدة الرسمية في العدد رقم 42 مكرر (ج) في 2020/10/19

الفرع الاول

تعريف التهرب الضريبي

اختلف الفقهاء في تعريف التهرب الضريبي حيث لم يضع القانون تعريفا محدد للضريبة.

ولقد عرف علماء المالية التهرب من الضريبة من منظور المالية العامة وإيرادات الدولة. **فيقول الدكتور/ محمد رياض عطية** بأن التهرب الضريبي ظاهرة يحاول بواسطتها الممول الذي يجب عليه دفع الضريبة عدم دفعها كلها أو بعضها.

وذهب الدكتور محمد حلمي مراد إلي تعريف التهرب بأنه التخلص من الالتزام بدفع الضريبة (**11**)

وفي تعريف للدكتور / زين العابدين ناصر بأنه محاولة الشخص الذي يتوافر فيه الشروط للخضوع للضريبة عدم دفعها كليا أو جزئيا متبعا في ذلك طرقا وأساليب مخالفة للقانون وتحمل في طياتها طابع الغش (**12**)

كما ذهب الدكتور علي عبد المتعال إلي تعريف التهرب الضريبي بأنه محاولة الممول عدم دفع الضريبة بإخفاء بعض العناصر كليا أو جزئيا واستعمال طرق احتيالية أو غش لعدم دفع الضريبة في أي مرحله من مراحلها سواء عند الربط او في مرحلة التحصيل (**13**)

كما ذهب الدكتور أحمد جامع بأنه محاولة الشخص عدم دفع الضريبة المستحقة عليه

(**11**) الدكتور محمد حلمي مراد : تشريع الضرائب الجزء الأول ـ الضرائب المباشرة ،دار نهضة مصر، سنة 1958 صفحة 256

(**12**) الدكتور زين العابدين ـ علم المالية النظام الضريبي المصري عين شمس .**طبعة 2001 ص 45**

(**13**) دكتور عبد العال أساسيات في علم الضرائب 1967 صفحة صفحة 110

كليا أو جزئيا بإتباع طرف مخالفة للقانون وتحمل طابع الغش نحوه (**14**) ولقد عرفه الدكتور داود علي وعبد المنعم فوزي بأنه وسيلة من وسائل التخلص من دفع الضريبة وهو لا ينطوي حتما علي العبث بالقانون أو الإخلال بأحكامه لأنه قد ينحصر في تجنب العمل أو التعرف الذي قد يؤدي إلي تحصيل الضريبة (**15**)

ولقد انتقد هذا الرأي من **جانب د/ مجدي محمد علي** حيث ذهب وإن كانت لهذا الرأي وجاهته إلا أنه يخلط بين مفهوم التهرب من أداء الضريبة وتجنب لمزاولة النشاط الذي يستحق عليه الضريبة والذي يخرج عن مفهوم التهرب الضريبي فالتهرب كان كما رأينا دائما مخالفا لأحكام القانون والأخذ بهذا الرأي يؤدي إلي اعتبار الممول الذي لم يخالف القانون متهربا وهو معني يخالف التهرب الضريبي .

ويري الباحث أن هذه المبررات المنتقدة لهذا الرأي وجيه حيث أنه يجب أن نفرق ما بين التهرب الضريبي والتجنب الضريبي.

فالتهرب من الضريبة لا يتحقق الا بالالتجاء إلي استعمال وسيلة غير مشروعة بغرض التهرب كليا أو جزئيا من الضريبة ومن شأن ذلك أن تؤدي إلي ضياع حق الدولة في الضريبة.

كأن يقدم الممول إقرارا كاذبا عن دخله أو يمتنع عن سداد الضريبة أما **تجنب الضريبة** فيتحقق ذلك بعدم قيام الممول بالعمل الذي من شأنه أن يؤدي إلي حدوث الواقعة المنشئة للضريبة مثال ذلك كأن نفرض الضريبة علي انتاج أو استهلاك سلعة معينة فيمتنع الممول عن هذا الانتاج أو الاستهلاك ففي هذه الحالة تجنب الضريبة يعتبر عمل مشروع لا ينطوي علي محاولة قانونية بعكس التهرب من الضريبة فهو عمل غير مشروع ويعتبر مخالفة قانونية.

(**14**) د/ أحمد جامع ـ علم المالية العامة في : الجزء الأول دار النهضة العربية ،سنة 1970

(**15**) د/ دولر علي وعبد المنعم فوزي مالية الدولة ،دار منشأةالمعارف ، طبعة ،1963ص 120

د/ حسني الجندي : القانون الجنائي الضريبي الجزء الاول دار النهضة العربية 2005 ، 2006 ص 69

موقف المشرع المصري من التهرب الضريبي :

انى المشرع المصري لم يهدف من التجريم الضريبي الايذاء البدني او العقوبات المقيدة للحرية بقدر ما يهدف الي حصول الخزانة المالية علي حقوهقا **16**

لم يضع المشرع المصري تعريفا للتهرب الضريبي حتي في القانون 91 لسنة 2005 بشأن الضريبة العامة علي الدخل بالرغم من أنه استهل نصوص هذا القانون بمادة خاصة بالتعريفات هي المادة الأولي منه " واكتفي ببيان الطرق والأساليب التي يعتبر فيها الممول متهربا من أداء الضريبة إذ استعمل واحدة أو أكثر من هذه الطرق ولقد حدد المشرع المصري هذه الطرق والأساليب الاحتيالية علي سبيل الحصر (**17**) في المادة 133 من قانون الضرائب علي الدخل رقم 91 لسنة 2005 بقولها يعتبر الممول متهربا من أداء الضريبة باستعمال الطرق الاحتيالية الآتية:

1- تقديم الإقرار الضريبي السنوي بالاستناد إلي دفاتر أو سجلات أو حسابات أو مستندات مصطنعة مع علمه بذلك أو تضمينه بيانات تخالف ما هو ثابت بالدفاتر أو السجلات أو الحسابات أو المستندات التي أخفاها.

2- تقديم الإقرار الضريبي السنوي علي أساس عدم وجود دفاتر أو سجلات أو حسابات أو مستندات مع تضمينه بيانات تخالف ما هو ثابت بما لديه من دفاتر أو سجلات أو حسابات أو مستندات أخفاها.

3- الإتلاف العمد للسجلات أو المستندات ذات الصلة بالضريبة قبل الاجل

---

16 دمحمد عبد الصبور احمد :الضوابط الاساسية للاجراءات الجنائية في الجرائم الضريبية ،رسالة دكتوراه ،جامعة عين شمس ، كلية الحقوق ،سنة 2018 ،ص 294

(**17**) علي عكس من ذلك في ظل القانون 14 لسنة 1939 حيث لم يحدد المشرع هذه الطرق والأساليب الاحتيالية علي سبيل الحصر فقد نصت المادة 85 مقرر علي أنه يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقته كل من تهرب من أداء الضريبة المنصوص عليها في هذا القانون كلها أو بعضها باستعمال طرق احتيالية..)

المحدد لتقادم دين الضريبة .

4ـ اصطناع أو تغيير فواتير الشراء أو البيع أو غيرها من المستندات لإيهام المصلحة بقلة الأرباح أو زيادة الخسائر.

5ـ إخفاء نشاط أو جزء منه يخضع للضريبة .

ويري الباحث أن المشرع بتحديده للطرق والأساليب الاحتيالية التي يعد فيها الممول متهربا وذكرها علي سبيل الحصر في القانون قد حدد بذلك وسائل تحقيق الركن المادي للجريمة يقصد هنا جريمة التهرب الضريبي وهذا يعني بمفهوم المخالفة أنه إذا استعمل الممول طريقة احتيالية أخري غير التي جاءت في نص المادة 133 وترتيب عليها عدم أدائه للضريبة وضياع حقوق الخزانة العامة يكون بمنأي عن العقاب وعمله غير خاضع للتجريم لأنه لا جريمة وعقوبة إلا بنص وما أكثر الطرق المستحدثة في التهرب من الضريبة بسبب قله الوعي الضريبي وزيادة نسبة الامية لدرجة قد وصلت إلي حد تفاخر الممول الذي يتفنن في التهرب من الضريبة بين أصدقائه علي زعم أن الدولة لا تقدم له شيء

مما يدفعه من ضريبة فلماذا إذن يقتطع من دخله لصالح الخزانة العامة طالما لم يشعر بأي مردود إيجابي من جراء سداد ما عليه من ضريبة بعكس الحال في المجتمعات الأوربية تقل نسبة التهرب الضريبي لزيادة نسبة الوعي وثقافته بمدي أهمية سداد الضريبة وأثرها علي مجتمعه من الرقي بالمجتمع وبالخدمة التي تقدم له بصفته مواطن قبل أن يكون ممول لذا في الولايات المتحدة الامريكية هناك عبارة مشهورة (شئيان لا مفر منهما الموت والضريبة) لانها يدرك جيدا ما اهمية الضريبية وايضا لما يجده من توفر الخدمات نتيجة التزاماه بسداد الضرائب

الفرع الثاني
أنواعه التهرب الضريبي

ذهب فقهاء المالية العامة إلي تقسيم التهرب الضريبي إلي عدة أنواع بحسب الزاوية التي ينظر كل منهم إليه وتعد هذه الزاوية هي ميعار التقسيم .

المعيار الأول : يقوم علي تأثيم التهرب الضريبي وعدم تأثيمه فقسم إلي تهرب مشروع وآخر غير مشروع.

المعيار الثاني : يقوم علي مكان وقوع التهرب الضريبي فينقسم إلي تهرب داخلي وتهرب خارجي أو دولي .

وسوف نستعرض هذه التقسيمات ولكن يجدر الإشارة إلي أنه علي الرغم من هذه المعايير التي يقوم عليها تقسيم التهرب الضريبي فإن كل تقسيم منها لا يعد نوعا مستقلا من التهرب الضريبي بل من الممكن أن يجمع التهرب أكبر من نوع في وقت واحد بحيث نجد تهربا ضريبيا غير مشروع كلي أو جزئي وقد يقع داخل الإقليم أو خارجه. كأن يقوم الممول بإخفاء بعض من أنشطته بغرض التهرب من عبء الضريبة ويكون ذلك داخل مصر هنا يكون نوع هذا التهرب تهرب جزئي داخلي في نفس الوقت.

أولاً: أنواع التهرب الضريبي من حيث التأثيم وعدم التأثيم ينقسم التهرب الضريبي طبقا لهذا المعيار إلي نوعين :

أ ـ الاول : التهرب المشروع

يعد تحايلا علي القانون ولا عقاب عليه وفقا له ما يطلق عليه تجنب الضريبة كما ذكرناه سابقا بأن تجنب الضريبة يتحقق إذا امتنع الشخص عن القيام بالواقعة المنشئة للضريبة ، مما يؤدي إلي عدم خضوعه الضريبة أو يعمل علي الاستفادة من الثغرات الموجودة في نصوص

التشريع الضريبي بسبب عدم دقة الصياغة.

مثال ذلك من قيام بعض الممولين في الأنشطة غير التجارية مثل مهنة المحاماة يقوم بعض المحامين ذات الخبرة في القانون من استخدام البطاقة الضريبية للمحامين الذين يتمتعون بإعفاء قانوني مدته ثلاثة سنوات من تاريخ القيد الابتدائي واستخدامها في رفع دعاوي تعويضات باسم المحامي الذي في فترة إعفاء وتقدر فيها مبالغ عالية كأتعاب بعد الحكم فيها لصالح موكله تهربا من سداد قمية الضريبة المستحقة علي ما تقاضاه من أتعاب في هذه الدعاوي وهي تقدر بأتعاب عاليه مستغلا فترة إعفاء المحامي الذي يعمل بمكتبه من عدم خضوعه للضريبة في فترة الإعفاء القانوني استنادا لنص المادة 36 الفقرة الخامسة من ق 91 لسنة 2005 من قانون الضرائب علي الدخل

فهذا مثال واضح علي استغلال الثغرات التي بالقانون لأنه لا يوجد نص يجرم ذلك بالرغم أن ذلك يعد تحايل للتهرب من سداد الضريبة وطريقة مبتكرة للتهرب إلا أن هذه الصورة ليست مما نص عليها في المادة 133 .

الثاني : التهرب غير المشروع :

وهو يتحقق باستعمال الممول وسـائل للتخلص من الضـريبة وضياع حق الخزانة العامة في اقتضاء الضريبة المفروضة عليه ويؤدي إلي الإضرار بالدولة وما يستتبع ذلك من الإضـرار بمصالح

الجماعة (**18**) مثال تعمد الممول إخفاء كل أو جزء من نشاطه بغرض التهرب من سداد الضريبة أو أن يستخدم أي وسائل أو طرق من التي نصت عليها المادة 133 من قانون الضرائب علي الدخل هنا يكون الممول قد خالف أحكام القانون. **ويري الباحث** بخصوص هذا التقسيم من أنه لا يوجد ما يسمي بالتهرب الضريبي

(**18**) الدكتور حسن صادق المرصفاوي : التجريم في تشريعات الضرائب ،دار النهضة العربية ،سنة 2006،ص 54 وما بعدها .

المشروع فالتهرب الضريبي دائما غير مشروع وأن تسمية التهرب الضريبي المشروع تسمية خاطئة يمكن أن يكون هناك تجنب للضريبة كما ذكرناها ولكن لا يوجد ما يسمي بالتهرب الضريبي المشروع فالتهرب الضريبي نوع واحد وهو التهرب الضريبي وهو دائما وأبدا يكون غير مشروع ويخضع مرتكبه للجزاء الجنائي إذا قام به الممول (**19**)

ثانياً: تقسيم التهرب الضريبي من حيث حجمه :

ينقسم التهرب الضريبي وفقا لهذا المعيار إلي نوعين . تهرب كلي وتهرب جزئي :

التهرب الضريبي الكلي :

ويتحقق هذا النوع إذا استطاع الممول الإفلات من سداد الضريبة المستحقة عليه كلية وذلك باستعماله طرق احتيالية منصوص عليها في القانون .

مثال ذلك : أن يقوم الممول بإخفاء نشاطه كليا عن علم مصلحة الضرائب أو يمتنع الشخص الذي بلغت قيمة مبيعاته حد التسجيل للقانون عن التسجيل لدي مصلحة الضرائب علي المبيعات .

ويري الباحث أن نص المادة 133 قانون الضرائب علي الدخل لا تطبق إلا علي من يكون ممول بمعني أنه يجب أن يكون مسجل بمصلحة الضرائب لكي يكون إخفائه لنشاطه كليا أو جزئيا واقعة تحت طائلة التهرب أما وأن الشخص الذي يمارس نشاطا ولم يكن مسجل بمصلحة الضرائب فإنه لا تنطبق عليه أحكام المادة 133 من القانون ولا يعد في هذه الحالة متهربا طبقا للمادة 133 ولا توقع عليه عقوبة التهرب الضريبي لأنه ليس ممول وإنما يخاطب الممول الذي مارس نشاطا ولم يبلغ عنه طبقا لنص المادة

(**19**) يري البعض أن التحايل دائما فعل غير مشروع وغير قانوني (الدكتور محمد سعد محمد الشريف : جرائم التهرب الضريبي،دراسة تطبيقية علي جرائم التهرب الضريبي علي المبيعات ،رسالة دكتوراه اكادمية الشرطة ،سنة 2001 ،ص 17 ونحن لا نريد هذا الرأي لأن التحايل في القانون قد يكون مشروعا عند استعمال ثغرات القانون.

د/ حسني الجندي ـ القانون الجنائي الضريبي الجزء الأول ـ مرجع سابق ص 8

25 من قانون الاجراءات الضريبية رقم 206 لسنة 2020 وتعديلاته حيث نصت علي (يلتزم كل ممول اؤ مكلف بان يتقدم الي مامورية الضرائب المختصة بطلب للتسجيل حلال ثلاثين يوما من بدء مزوالة النشاط اؤ من تاريخ الخضوع للضريبة علي القيمة المضافة .....)

حيث ان نص المادة 133 من قانون الضرائب علي الدخل تخاطب الممول الذي يكون له ملف ضريبي

ثالثاً: تقسيم التهرب الضريبي وفقا لمكان وقوعه:

يقسم التهرب الضريبي وفقا لهذا المعيار إلي نوعين :

1ـ تهرب داخل إقليم الدولة وهو ما يطلق عليه الهرب الداخلي .

2- وتهرب يتم خارج إقليم الدولة ويطلق عليه التهرب الخارجي .

أ ـ التهرب الضريبي الداخلي :

وهو الذي يقع في إقليم الدولة أو داخله وهو أكثر أنواع التهرب انتشارا مثل قيام الممول باستعمال أي من الطرق والوسائل التي من شأنها تؤدي إلي تهربه من سداد الضريبة كما جاءت هذه الوسائل في المادة 133 من قانون الضرائب علي الدخل وذلك داخل إقليم الدولة هنا تكون واقعة التهرب من الضريبة والنشاط أيضا يقع داخل حدود الإقليم المصري

ولا يمتد إلي خارج حدود الإقليم ويمتاز هذا النوع من التهرب بأنه سهل المتابعة والاكتشاف والمكافحة لأنه حدوثه داخل إقليم الدولة يجعله خاضعا لسيادة الإقليم وبالتالي يكون من كامل سلطتها (**20**)

(**20**) د/ مجدي محمد علي الحولي : جريمة التهرب الضريبي ـ رسالة دكتوراه عين شمس ، كلية الحقوق ،سنة 1995ص 41 ، 42

2ـ التهرب الضريبي الخارجي : وهو الذي يقع نتيجة إمكانية الممول تهريب أمواله إلي خارج البلاد بطريق غير مشروع ويقوم بإخفاء هذه الأموال ولا يذكرها في إقراره الضريبي مثال ذلك قيام الممول بممارسة نشاط تجاري أو مهني داخل أقليم مصر ويقوم بإنشاء مشروع خارج الإقليم المصري في دولة أخري ولا يذكرها في إقراره محاولا التهرب من الضريبة.

ولعل الواقع العملي يثبت عدم وقوع التهرب الكلي من الضرائب علي الصعيد الدولي بأن يتخلص المكلف من عبئ الضرائب المقررة عليه قانونا طبقا للتشريعات الضريبية في كل الدولة التي له علاقة تبعية بها فهذا الفرض نادر الوقوع لان جميع الدول تحرص عادة علي تطبيق تشريعاتها الضريبية علي المواطنين المرتبطين بها وفقا لأحد معايير التبعية الثلاثة المعروفة وهي معيار التبعية السياسية الجنسية أي فرض الضريبة علي المواطنين (رعايا الدولة التابعين لها سياسيا) بغض النظر عن موقع أموالهم أو مزاولة نشاطهم.

معيار التبعية الاقتصادية:

مصدر تحقق الدخل أو الأموال أو مكان أداء الخدمة .

معيار التبعية الاجتماعية وهو أحدث المعيار الثلاثة ويمتد إلي ضابط الإقامة أو المواطنة أي حق الدولة في فرض الضرائب علي الدخول التي يحققها الأشخاص المقيمون علي أرضها . بغض النظر عن مصدرها أو جهة تحقيقها .

فأوجه الاختلاف بين التهرب الداخلي والتهرب الدولي :

1ـ من حيث الأثر الاقتصادي والمالي :

التهرب الضريبي الداخلي يلحق خسارة مالية بالخزانة العامة للدولة الا أنها تبقي خسارة مؤقتة لأن وعاء الضريبة يبقي موجودا داخل إقليم الدولة ويشكل جزء من ثروتها القومية وبالتالي في استطاعة الدولة أن تتمكن من مكافحة هذا التهرب وإخضاع هذا الوعاء للضريبة المستحقة واستيفائها. (21)

في حين التهرب الضريبي الدولي يلحق خسارة نهائية بالخزانة العامة لأن وعاء الضريبة في هذه الحالة يخرج من إقليم تلك الدولة ويعد نقصا في ثروتها القومية وإجراءات تتبع هذه الضريبة وربطها علي الممول تأخذ وقت كبير.

الاختلاف الثاني : أن التهرب الضريبي الداخلي يمكن تعقبه ومكافحته قدر المستطاع بواسطة التشريعات الوطنية المختلفة والتي تضعها كل دولة وفقا لمبدأ السيادة في حين تصعب مكافحة التهرب الضريبي الدولي علي مستوي القانون الضريبي الوطني لآية دولة بل يحتاج الآن إلي تقارب وتضامن جهود دولية واسعة ويتم ذلك من خلال عقد الاتفاقات الثنائية والمتعددة الأطراف .

المطلب الثاني

التهرب الضريبي عبر التجارة الإلكترونية

يشهد العالم اليوم تقدما علميا وعمليا في كافة المجالات وقد نشأ عن هذه النهضة ما يسمي بعصر ثورة المعلومات ، حيث أصبحت وسائل الاتصال الحديثة كشبكة

(21) د/ جميل عبد الرحمن صابوني التهرب الضريبي الدولي للشركات عابرة القوميات ، رسالة دكتوراه ، عين شمس 2005

الإنترنت لها دور رئيسي في مختلف المجالات ومن بينها المجال التجاري حيث ظهرت التجارة التي أتاحت للمتعاملين وسائل متطورة للإعلان عن السلع والخدمات والتعاقد وانتشار عمليات البيع والشراء من خلال شبكة الإنترنت ولقد ظهرت جهود دولية وعلي رأسها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي UNICITPAL حيث أعدت مجموعة من القواعد القانونية التي تحكم هذه التجارة الإلكترونية لكي تسترشد بها الدول عندما تضع تشريعاتها الوطنية .

ولقد زاد حجم التجارة الإلكترونية علي مستوي العالم وفي مصر بلغ حجم الأعمال التجارية مليار واثني مليون دولار ا التي تتم من خلال شبكة الإنترنت وهو حجم ضخم من التجارة وبلغ عدد مستخدمي الإنترنت في التجارة الإلكترونية أثنين مليون ونصف المليون مستخدم في مصر لذا كان لازاما علينا أن نثير هذا الموضوع حتى نصل إلي مقترحات من أجل ايجاد معالجة ضريبية كي نتمكن من تحصيل ضريبة علي هذه التجارة الإلكترونية بحيث لا يكون بمنأي عن المحاسبة الضريبية .وذلك تحقيقا لمبدأ العدالة الضريبة بين الممولين الذين يعملون في التجارة بالطرق التقليدية وبين الذين يمارسون أعمال التجارة علي شبكة الانترنت:

وسوف نتناول هذا المطلب في فرعين :

الفرع الاول: التعريف بشبكة الإنترنت .

الفرع الثاني : كيف تتم التجارة الإلكترونية عبر النت.

الفرع الأول

التعريف بشبكة الإنترنت

قبل أن نقوم نتحدث عن كيف تتم التجارة الالكترونية عبر شبكة الانترنت لابد لنا من تعريف شبكة الإنترنت التي تتم من خلالها التجارة الإلكترونية .

أ ـ ما هي شبكة الانترنت ؟

شبكة الحاسب COM PUTER NETWORK هي مجموعة من الحاسبات المرتبطة معا بوسيلة من وسائل الاتصال الإلكتروني مثل (كابلات نقل البيانات أو خطوط التليفون) وذلك بالشكل الذي يسمح لمستخدم كل حاسب منهم بالمشاركة في الموارد المتاحة علي الحاسبات الأخرى المرتبطة بتلك الشبكة هذه الموارد تشمل بوجه خاص علي :

1ـ المعلومات والبيانات المخزنة بداخل حسابات الشبكة.

2ـ البرامج المتاحة علي كل حاسب من هذه الحاسبات.

3ـ الإمكانيات المتوفرة في الشبكة وحاسباتها مثل أماكن تخزين المكاتبات ـ وحدة تناول البيانات من خلال التليفون MODEM

وبعبارة واحدة يصف بعض الكتاب شبكة الاتصالات الدولية الإنترنت بأنها شبكة تضم كل شبكات العالم بينما يصفها آخرون بأنها شبكة طرق الاتصالات السريعة أو العلوية الخاصة بنقل المعلومات INFORMATION SUPER HIGHWAY فشبكة الإنترنت العالمية في حقيقة أمرها ليست مجرد شبكة واحدة من شبكات الحاسب وإنما هي المطار التكنولوجي الشامل الذي يربطها معا بطريقة ديناميكية دائمة التطور

مئات الآلاف من شبكات الكمبيوتر والحاسبات الفردية المنتشرة حول العالم بأسره أن شبكة الإنترنت تعتبر الوسيلة التقنية الحديثة لربطها ملايين الحاسبات في كل أنحاء الكرة الأرضية بعضها ببعض وبالتالي فإن الإدارة العصرية لتحقيق الاتصال والمشاركة علي أوسع نطاق بين سكان العالم في كل مكان وبخاصة في مجال تبادل المعلومات هذا العالم الذي أصبح في ظل الإنترنت ـ كما لو كان قرية إلكترونية واحدة مترامية الأطراف . (22)

ومجال خدمات الإنترنت متعددة .

في مجال الاستعلام وتناول المعلومات

ـ مجال تناول الملفات :

ـ مجال تبادل الرسائل والاختبار

ـ مجال الحوار والتفاعل الشخصي المباشر.

ومجال التجارة الإلكترونية وهو ما يعنينا في هذا البحث .

فالأعمال التجارية الإلكترونية متعددة علي الإنترنت من دعاية وإعلان وتسويق وبيع وشراء وعقد صفقات تجارية .

كما أنه أصبح يرتدد علي مواقع المحلات والمراكز التجارية الإلكترونية المعروضة علي الشبكة بملايين المستهلكين ليجدون في هذه المتاجر الافتراضية كلي شيء يمكن أن يحتاجون إليه وبخاصة الكتب ـ لعب الأطفال ـ المجوهرات ـ الأسطوانات الموسيقية-

(22) د/ هشام مخلوف : التجارة الإلكترونية الحاضر وافاق المستقبل ـ مرجع سابق ص 28

تذاكر السفر بالطيران والقطار ـ تذاكر حضور الحفلات

بل وحتي بيع الزهور والعطور
وفطائر البيتزا..

الفرع الثاني

كيف تتم التجارة الإلكترونية عبر النت

كثيرا ما نسمع عن التجارة الإلكترونية ولكن قليل ما نعرف كيف تتم هذه التجارة عبر النت من هنا سوف نتناول في هذا الفرع كيفية حدوث هذه التجارة علي شبكة الإنترنت وكيف يقوم البائع بقبض ثمن البضاعة التي يبيعها وما هي وسيلة سداد المشتري لهذه البضاعة.

مراحل عملية البيع والشراء من خلال شبكة الإنترنت نتلخص هذه المراحل في التالي:

1ـ يقوم العميل في الوقت الذي يختاره بالدخول إلي موقع الشركة علي شبكة الويب website باستخدام جانب مرتبط بشبكة الإنترنت أي باستخدام جهاز كمبيوتر آيا كان المسلوب المستخدم في هذا الارتباط .

2ـ يقوم العميل بالبحث داخل كتالوج المنتجات المنشورة بالموقع عن السلعة المطلوبة ويطلع علي مواصفاتها وخصائصها وسعر بيعها ويمكنه مقارنه هذه المعلومات بتلك التي تجعل يحصل عليها من موقع المنافسين .

3ـ عندما يقرر الشراء فإنه يقوم باستيفاء نموذج طلب سداد القيمة متضمنا رقم البطاقة الائتمانية وتاريخ صلاحيتها والقيمة البيعية المطلوب سدادها ثم يعطي الإذن النهائي

للبائع بتنفيذ العملية والبطاقة الائتمانية الآن أصبحت منتشرة مع قطاع عريض من المواطنين مثل الموظفين وأصحاب المعاشات والقطاع الخاص أيضا.

4- يقوم نظام معالجة الصفقات بإخطار بنك التاجر إلكترونيا لتحصيل القيمة فيقوم هذا الأخير بتسوية القيمة مع بنك العميل بعد التحقق من عدم وجود موانع للصرف مثل سريان البطاقة الائتمانية ووجود رصيد كاف يغطي قيمة عملية الشراء وتتم هذه العملية الإلكترونية من خلال من خلال حسابات الخدمة في هذين البنكين وفي ثواني قليلة.

5- بعد التحقيق من إضافة القيمة إلي حساب البائع يقوم نظام معالجة الصفقات بإصدار إشهار إلكتروني إلي مخازن البائع لتنفيذ الطلبية وشحنها إلي محل العميل في الموعد المحدد

6- يقوم بنك العميل في نهاية كل شهر بإرسال كشف المطالبة بالمبالغ المستحقة علي العميل لسدادها نقدا أو خصما من حسابه الجاري بالبنك.

- الوسائل الإلكتروني للسداد عبر النت .

1- للتجارة الإلكترونية أنواعا وطرقا للسداد تختلف عن الطرق التقليدية حيث انه في التجارة الإلكترونية تفصل بين البائع والمشتري مسافات شاسعة وفي معظم الأحيان قد لا يعرف المشتري مكان البائع.

وهناك أربع طرق للسداد الإلكتروني:

1- التحويل الإلكتروني للأموال Eft

حيث أدي دخول الحاسبات الشخصية إلي وجود أنظمة مصرفية يمكن الوصول

إليها من الخارج تعرف بالصرافة باستخدام الحاسب الشخصي ويمكن للشركات التوقيع مباشرة في الأنظمة المصرفية باستخدام الحاسبات الشخصية ونقل الممول من خلال نظام يسمي نظام التحويل الإلكتروني للأموال .

2ـ بطاقة الائتمان Creditcards

في هذه الطريقة يقدم أي عميل بيانات باسمه ورقم بطاقته الائتمانية وتاريخ ائتمانها ويجب هنا حدوث عمليتين متكاملتين لاستكمال الصفقة.

أ ـ يجب أن يتم توثيق بطاقة الائتمان من خلال شركة متخصصة في ذلك بحيث يمكن استلام رقم توثيق ويوفر ذا ضمانا محدودا بأن الأموال ستصبح متوفرة للمؤسسة المالية للبائع عندما تستكمل ايداعاتك بضمان أن مستخدم البطاقة لا يتعدي حدوده الائتمانية وأن البطاقة سليمة وبها رصيد يسمح بذلك وغير مسروقة

ب ـ يجب أن يتم تحويل المبلغ المسدد ببطاقة الائتمان الإلكترونية إلي إيداع فعلي في المؤسسة المالية الخاصة بالباقي.

وتوفر بعض الشركات المتخصصة في السداد الإلكتروني مثل شركة Cxbercarh برنامجا خاصا لمعالجة السداد الفوري عبر شبكة الإنترنت من خلاله تقبل معلومات بطاقة الائتمان ومعالجتها من أجل استلام التوثيقات عبر شبكة الإنترنت ويسمح أيضا هذا البرنامج بإجراء الاتصالات بمؤسسة البائع المالية من أجل تنفيذ عمليات الإيداع الإلكترونية للمبالغ المحصلة لحسابها من بطاقات الائتمان .

3ـ الشبكات الإلكترونية E.chacks

تستخدم هذه الشيكات لإتمام عمليات السداد الإلكترونية بين طرفين من خلال طرف وسيط ولا يختلف ذلك كثيرا عن نظام معالجة الشيكات الحالي يما عدا أنه يتم توليد الشيكات الإلكترونية وتبادلها عبر شبكة الإنترنت ويقوم الطرف الوسيط بالخصم من حساب العميل ويضيف القيمة إلي حساب التاجر بطريقة إلكترونية .

ومن أبرز المؤسسات المتخصصة في هذا النوع من السداد الإلكتروني مؤسسة paytuast

4ـ حافظة النقود الإلكترونية E cash portfollio

هذه الطريقة هي أحد طرق السداد النقدي يتم كنتيجة لتعدد زيارة العملاء لموقع الشركة علي شبكة الإنترنت لغرض عقد صفقات جزئية كما أنها تتم أيضا بين شركتين أو أكثر تعملان علي شبكة الإنترنت من أجل المساعدة علي جذب الزائرين من خلال الاتصالات وتتلخص الطريقة التي يتم بها هذا النوع من السداد فيما يلي.

1ـ أن تقوم الشركة المعنية بقيد نفسها عند آية شركة تتحقق من جميع الأطراف ، وتعد تقارير عن مستويات الزيارات بين الموقعين.

ـ يتم حساب أي مبلغ مدفوع لكل رابطة تشعبيه يطرقها الزائر

ـ عندما تصل المبالغ المستحقة عن كل عميل إلي قيمة محددة يتم السداد الفوري للقيمة وذلك تحويلا أما من الحساب المصرفي الفعلي أو من الحساب الافتراضي الخاص بالعميل إلي الحساب المصرفي الخاص بالتاجر.

وهذا النوع من السداد يتم بين الشركات العاملة علي شبكة الإنترنت بغرض نقل المبالغ المسددة من شركة إلي أخري ويمكن أيضا للزائرين من الأفراد استخدامه من أجل سداد مقابل استخدام الألعاب واستعراض الصور أو مشاهدة الأفلام علي الهواء وغير ذلك من العمليات المتكررة الحدوث.

الطبيعة الخاصة للتجارة الإلكترونية :

تتميز التجارة الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت بثلاث صفات :

1ـ أن التجارة الإلكترونية هي معاملات تجارية لا تتم من خلال مجلس للعقد يضم مورد السلعة أو الخدمة وطالبها أو مشتريها بل تعقد الصفقة بين الطرفين وهو علي مسافة كبيرة تبعد كل واحدة منهما عن الآخر.

2ـ أن التجارة الإلكترونية هي تجارة لا تتقيد بالحدود الإقليمية لدولة محددة الأمر الذي يسبب مشاكل كثيرة مثل ما هو القانون الواجب تطبيقه في حالة النزاع.

3ـ أن التجارة الإلكترونية هي تجارة تقوم علي تعاقد الإلكتروني يحدث من خلال صفحات المتاجر الافتراضية علي شبكة الإنترنت

المبحث الثالث

كيفية مواجهة التهرب الضريبي عبر التجارة الإلكترونية

تعد التجارة الإلكترونية وسيلة مستحدثة لاجراء البيع والخدمات عن طريق شبكة الانترنت كشبكة اتصال متطورة فرضها التقدم التكنولوجي الهائل الذي أجتاح العالم خصوصا في العقدين الآخرين وقد أثار نشوء التجارة الإلكترونية واحدة من أهم القضايا التي تواجهها الأنظمة الضريبية ليست في مصر وحدها بل في كثير من الدول

الأخري وهي كيف يمكن فرض ضريبة علي العمليات التجارية التي تدر أرباح طائلة عن طريق النت مما يسبب خسارة فادحة لخزانة الدولة جراء عدم ملاحقة هذه العمليات ومحاسبتها ضريبيا حيث أن التطبيق العملي لفرض الضرائب علي الصفقات التجارية التي تتم عبر النت ما زال غير واضح وغير محدد المعالم لدرجة أن الولايات المتحدة الأمريكية التي هي معقل التجارة الإلكترونية والدولة الأشهر في هذا المجال مترددة فرض الضريبة علي التعاملات الجارية عبر الإنترنت مما دفع الكونجرس الأمريكي إلي إصدار قانون إعفاء الإنترنت من الضرائب عام 1998 فإذا كان الوضع كذلك في الولايات المتحدة الأمريكية أكثر دول العالم تقدما فيما يخص المعاملة الضريبية للتجارة الإلكترونية فلا ريب ومن باب أولي أن تفتقر التشريعات الضريبية للدول النامية إلي تقنين مثل هذه المعاملة الضريبة للصفقات الجارية عبر الإنترنت خصوصا وأن الضرائب علي التجارة الإلكترونية توصف بأنها عمياء وغير عادلة ويري الباحث أن هذا ليس مبررا لعدم الاجتهاد وإيجاد حلول لهذه المشكلة فالإنسان أقوي بفكره فهو الذي صنع الحاسبات الآلية وأبتكر فكر التجارة الإلكترونية وقادرا علي إيجاد حلول عملية وإيجاد معالجة ضريبية للتجارة الالكترونية من أجل تحقيق العدالة الضريبية التي هي من سمات الضريبة فلا يعقل أن يتم فرض ضريبة علي صاحب منشأة صغيرة ولتكن مثلا محل بقالة تجزئة أو بائع في كشك سجائر وحلويات ونترك من يتعامل في تجارة تدر عليه مئات المقابل والملايين لكونه يستخدم التكنولوجيا الحديثة من خلال التجارة الإلكترونية عبر شبكة النت لذل سوف نجتهد لإيجاد الحلول العملية لعدم إفلات هذه التجارة الإلكترونية من المحاسبة ضريبيا لعله يأتي يوم نري فيه محاسبة ضريبة لجميع العمليات التجارية التي تتم عبر شبكة النت وسوف نقسم ذلك المبحث الي مطلبين

المطلب الاول : مواجهة التهرب من الضريبة عبر التجارة الإلكترونية علي المستوي الداخلي
علي المستوي الداخلي.

المطلب الثاني : مواجهة التهرب الضريبي علي المستوي الدولي الخارجي

المطلب الاول

مواجهة التهرب الضريبي عبر التجارة الإلكترونية علي المستوي الداخلي

كما أوضحنا سابقا عن التهرب الضريبي ينقسم إلي تهرب ضريبي داخلي بكونه داخل نطاق الدولة وإقليمها وتهرب ضريبي خارجي يكون أحد أطرافه خارج حدود الدولة والتهرب الضريبي الداخلي برغم صعوبته إلا أنه يمكن الحد منه وذلك في صور التهرب التقليدي حيث تكون واقعة التهرب التقليدي حيث تكون واقعة التهرب ومكان النشاط شيء مادي يمكن معرفته وتتبعه إلا أنه يجب أن نعترف أن التهرب الضريبي عبر التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت هناك صعوبات في تتبعة إلا أنه ليس من المستحيل السيطرة عليه أو الحد منه وبرغم هذه الصعوبات إلا أنه يجب ألا نقف عاجزين أمام هذه الصورة من صور التهرب الحديثة من خلال إجراء عمليات تجارية عبر الإنترنت لذلك

يري الباحث للحد من هذه الظاهرة والسيطرة عليها علي الأقل التهرب الضريبي عبر التجارة الإلكترونية الداخلية التي يكون كل من طرفيها البائع والمشتري علي نفس الإقليم الوطني المصري فلا بد من القيام بإجراء بعض الأمور التي يري الباحث أنها قد تكون نواه في إيجاد حلول لإخضاع التجارة الإلكترونية الداخلية للمحاسبة الضريبية وإيجاد معالجة ضريبية لها ومن هذه الأمور .

1- يجب أن نتعامل مع هذا النوع من التجارة بطريقة تختلف عن المعاملة الضريبية للتجارة العادية وذلك نظرا لان هذه التجارة الحديثة التي تتم في عالم الانترنت الذي هو عالم غير مرئي للكثير.

2- يجب أن ينص صراحة في قانون الضرائب علي الدخل في اعتبار هذه الصور الجديدة من التجارة الإلكترونية إذا لم يخطر بها الممول ويذكر حجم تجارته في إقراره الضريبي أن تعد صوره من صور التهرب الضريبي لأنه طبقا للقاعدة الأصولية لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص ، فلا يجوز تجريم التهرب من الضريبة عبر التجارة الإلكترونية دون أن يكون هناك نص صريح يجرم هذه الصورة المستحدثة من صور التهرب الضريبي من خلال إ جراء عمليات البيع والشراء عبر الإنترنت .

3- يجب أن يقر صراحة الممول عند قيامه بفتح ملف ضريبي هل يمارس أعمال التجارة من خلال شبكة الإنترنت أم لا يزاولها.

4- يجب عند مناقشة الممول معرفة عما إذا كان يمارس التجارة الإلكترونية أن يذكر حجم المبيعات الناتجة من جراء القيام بالعمليات التجارية من خلال استخدام شبكة الإنترنت وإلزام الممول بالاحتفاظ بأرقام وحجم التجارة علي جهاز كمبيوتر خاص به أو CD يقدمها عند الفحص ويكون مسئول عما بها من عما بها من بيانات

5- إدخال تعديلات علي الإقرار الضريبي بحيث يتضمن بند الإيرادات الناتجة من التجارة الالكترونية

6- تدريب العاملين بالقطاع الضريبي علي كيفية استخدام الحاسب الآلي بطريقة جيدة.

7ـ كذلك إيجاد طرق للفحص الضريبي الإلكتروني وعمل برنامج خصيصا لهذا الغرض بحيث يشمل علي كل العمليات التجارية الإلكترونية التي يجريها الممول واحتساب الضريبة عليها.

8ـ إخضاع العمليات التجارية لضريبة الدخل إذا كان نشاطه علي الإنترنت يتمثل في بيع أو تصدير سلعة أو تقديم خدمة.

9ـ إذا كان نشاط التاجر يقتصر علي استيراد مادة أو سلعة من الأسواق فإن هذه العملية يمكن أن تخضع للضرائب الجمركية أو ضريبة المبيعات.

10ـ يجب إخضاع الإعلانات التي تقوم بعض الشركات بالإعلان عنها من خلال شبكة الإنترنت لضريبة الدمغة حيث أن شبكة الإنترنت أصبحت سوق مفتوح للأعمال التجارية والإعلان عنها.

مع العلم بأن الإعلانات التجارية عبر شبكة الإنترنت تجذب قطاع عريض من مستخدمي الإنترنت وبالتالي تعمل علي زيادة حجم هذه الشركات التي تقوم بالإعلان عن نفسها ونشاطها .

11ـ إيجاد وسيلة مراقبة للعمليات التجارية التي تتم من خلال إيجاد وسيط (خادم) يكون معلوم لهذه الشركات التي تقوم بممارسة التجارة الإلكترونية أن تقوم بهذه العمليات

من خلاله والوسيط ليس مقصود به شركة خاصة بل جهة تتبع الحكومة (مثل موقع او شبكة تتبع مصلحة الضرائب المصرية) وتكون كحافظة تحتوي علي كل العمليات التجارية أقرب مثال لها في العمليات التجارية العادية ؟

الخصم والتحصيل تحت حساب الضريبة(الادارة المركزية للخصم والتحصيل) ويلزم القانون أي ممول يقوم باي عمليات تجارية ان يبلغ عن حجم هذه العمليات لذلك الوسيط حيث أنها تعتبر مرجع يرجع إليه يستند إليه مأمور الفاحص في تتبع ومعرفة العمليات التي قام بها الممول مع الجهات .

12- إنشاء إدارة ضريبة بمسمي وحدة البحث والتحري الإلكتروني يكون عملها قاصر علي تجميع بيانات عن أسماء الشركات التي تمارس أعمال التجارة الإلكترونية والدعاية والإعلانات علي شبكة الإنترنت تشبه شعبة الحصر علي الطبيعة التي تقوم بحصر أنشطة الممولين من خلال التفتيش والنزول إلي المحلات والمقار التجارية وهذه الوحدة تقوم بمتابعة هذه البيانات ومعرفة عما إذا كان الممولين قد أبلغوا عن هذا النشاط في ملفاتهم الضريبية أم أنه نشاطا مخفي .

- في اطار مكافحة التجارة الالكترونية وخطوة في سبيل حصرها قامت المصلحة استناد الي قرار السيد وزير المالية رقم 307 لسنة 2020 بانشاء وحدة بمكتب رئيس المصلحة المصرية تختص بتعاملات التجارة الالكترونية والاعلانات الرقمية
- صدر قرار رئيس المصلحة رقم 212 لسنة 2021 بانشأء وحدة التجارة الالكترونية
- ايضا قام قطاع المناطق بالتنبيه علي كافة المأموريات بضرورة الاستجابة لفتح الملفات الضريبية لمزوالي نشاط التجارة الالكترونية ،حيث ورد بالاشارة

بمناسبة احكام حصر نشاط التجارة الالكترونية وانشاء وحدة التجارة الالكترونية التابعة لمكتب السيد الاستاذ /وكيل اول الوزارة – رئيس مصلحة الضرائب المصرية وبدء فتح ضريبية للسادة مزوالي نشاط التجارة الالكترونية

يتم التنبيه علي كافة الماموريات التابعة للمنطقة رئاسة سيادتكم بضرورة الاستجابة لفتح الملفات الضريبية لمزوالي نشاط التجارة الالكترونية وفقا لاحدث بيانات – والمتمثلة في عقد الايجار أو التمليك موثق –ايصال تركيبب العداد –بطاقة الرقم القومي –رقم التليفون الارضي او الموبايل –وفي حالة الكيان القانوني شركة يتم عقد الشركة موثق –ويكون العنوان مفصلا وكيل اول الوزارة

رئيس قطاع المناطق الضريبية والمراكز والمنافذ

د /السيد محمود صقر

ثم تبع ذلك صدور استدراك يوضح فيه ان المقصود من عقد أو التمليك الموثق هو ان يكون قد تم اتخاذ اجراء قانوني عليه باثبات التاريخ أو التسجيل وذلك بالنسبة للاشخاص الاعتبارية اما فيما يتعلق بالاشخاص الطبعيين فكيتفي بعقد الايجار أو التمليك للمكان الذي يتم فيه مزوالة نشاط التجارة الالكتررونية علي ان تقوم المامورية المختصة بالمعاينة علي الطبيعة لتحقق من ذلك

وكيل اول الوزارة

رئيس قطاع المناطق الضريبية والمراكز والمنافذ

د/السيد محمود صقر

وبتاريخ 2021/11/21 اصدرت مصلحة الضرائب المصرية

تعليمات تنفيذية رقم 89 لسنة 2021 بشأن تسجيل مزاولي نشاط التجارة الالكترونية

في اطار حرص المصلحة علي تحقيق العدالة الضريبية بين افراد المجتمع وحفاظا علي حقوق الخزانة العامة للدولة ،والتي تقتضي حصر المجتمع الضريبي وضم الاقتصاد غير الرسمي الي الاقتصاد الرسمي ،وايماء الي قرار السيد الدكتور وزير المالية رقم 307 لسنة 2020 بانشاء وحدة التجارة الالكترونية وقرار رئيس مصلحة رقم 121 لسنة 2021 بتشكيل وحدة التجارة الالكتررونية لاجراء مسح لكافة مزاولي الانشطة التجارية أو غير التجارة علي المواقع الالكترونية والصفحات بمواقع التواصل الاجتماعي وتوعيتهم بضرورة الالتزام باحكام القانون الضريبي ،والتسجيل بالمصلحة ومتابعة ذلك مع كافة الماموريات ،وتوحبد للعمل داخل كافة الماموريات

لذا تنبه المصلحة الي ضرورة الالتزام بالاتي :

- تم تخصيص كود رقم (117) لنشاط التجارة الالكترونية ،وكود (118) لنشاط الانتاج ونشر المحتوي المقروء

- التسجيل لمزوالي الانشطة الالكترونية التجارية أو غير التجارية (الصفحات والمواقع التي تقوم بالبيع او التسويق لخدمة او سلعة او صانعي المحتوي وغيرهم) من مقر اقامته

- تكون المستندات المطلوبة لفتح الملف الضريبي هي :

1-بطاقة الرقم القومي
2-عقد الايجار او التمليك
3-ايصال مرافق (كهرباء – مياه – غاز – تليفون)
4-عقد الشركة في حالة الاشخاص الاعتبارية

واذا كان الممول يزوال نشاطه من مقر اقامته المثبت ببطاقة الرقم القومي فانه يكتفي بصورة الرقم القومي مع اقرار كتابي من الممول بذلك

وعلي كافة وحدات المصلحة الالتزام بما ورد بهذه التعليمات التنفيذية بكل دقة

والله ولي التوفيق

رئيس مصلحة الضرائب المصرية

المطلب الثاني

مواجهة التهرب الضريبي للتجارة الإلكترونية علي المستوي الدولي

تعد ظاهرة التهرب الضريبي للتجارة الإلكترونية علي المستوي الدولي من المواضيع التي تثير كثيرا من المشاكل نظرا لأن طرفي التجارة في هذه الحالة البائع والمشتري كل منها يقع في دولة وكل دولة لها قانونها الذي يحكمها لذلك فإنه لإيجاد حلول عملية لإخضاع التجارة الإلكترونية التي تتم للمحاسبة الضريبية لا بد من تعاون دولي بين الدول لإيجاد آلية تساعد علي محافظة كل دولة في حقها في حماية الخزانة العامة نتيجة الفات كثيرا من العمليات التجارية التي تتم والتي تحقق مكاسب بالملايين لأصحاب هذه الشركات.

من جراء الأرباح التي تحققها دون أن يتكون هناك آلية لإخضاع هذه الأرباح للمحاسبة الضريبية لذلك لا بد من اتخاذ الإجراءات التالية .

1. وجود تنسيق قانوني دولي واتفاقيات مشاركة بين الدول لتجنب الازدواج الضريبي عند فرض الضرائب وحماية حقوق الدول ولا سيما الدول النامية منها للحصول علي إيرادات الضريبة الصحيحة وغير المنقوصة من التجارة الإلكترونية وخاصة أن هذه التجارة الإلكترونية تحتاج لدراسة واعية دقيقة.

2. وجود تجانس بين مبادئ الضريبة التقليدية وإمكانية المعالجة الضريبية لأنماط التجارة الإلكترونية
3. لابد من وجود تنسيق عربي في مجال الضرائب لمنع الاذواج الضريبي
4. انتهي الخبراء الي ضرورة تبادل المعلومات بين الدول وخاصة في المجال الضريبي**23** مما يعمل علي مواجهة التهرب الضريبي

23 د/انور محمد علي:اليات مكافحة التهرب الضريبي ،دراسة مقارنة وتطبيقية علي ليبيا ،رسالة ماجستير ،جامعة المنصورة ، كلية الحقوق ،سنة 2015 ،ص 90

الخاتمـــــة

يهدف البحث الذي تناولناه في اربع مباحث إلي ضرورة إيجار آلية ضريبية حديثة تواكب ثورة المعلومات والتكنولوجيا الحديثة لايجاد معالجة ضريبية للتجارة الإلكترونية التي تتم علي شبكة الإنترنت وتدر ربح لأصحابها دون إخضاعها ضريبيا مما يؤدي في النهاية إلي ضياع حصيلة كبيرة علي خزانه الدولة من جراء هذه التجارة الحديثة والتي نحن في أمس الحاجة الان في ان تحافظ علي مواردنا وننميها لكي تدور عجلة الإنتاج ونحي حياه كريمة بعد قيام ثورة 25 يناير المجيدة وأن يكون لدينا طاقة إيجابية وفكر مستنير يواكب مقتضيات الحياة العصرية وأمامنا الفرصة في أن نفكر جيدا في إيجاد حلول ولا نقف عاجزين مكتوفي الأيدي بحجة صعوبة فرض ضريبة علي التجارة الإلكترونية وذلك لأن فرض الضريبة علي التجارة الإلكترونية مبكرا سيتيح الفرصة في اكتساب الخبرات من الواقع العملي وعرض المشكلات والصعوبات أمام تحصيل الضريبة علي معاملات التجارة الإلكترونية وذلك من اجل الوصول إلي تحقيق مبدأ العدالة الاجتماعية بين الممولين والذي هو مطلب من مطالب الثورة وهو العدالة الاجتماعية لذلك ينبغي ادخال التشريعات اللازمة لجعل هذه الصورة من صور التهرب من الضرائب عبر التجارة الالكترونية من ضمن الجرائم الاقتصادية

التوصيـات

1ـ ضرورة زيادة الوعي الضريبي لدي الأفراد وإبراز الدور الحيوي الذي تلعبه الحصيلة الضريبية في استخدامه في المشاريع العامة من بناء مدارس ومستشفيات وإنشاء طرق جديدة للمدن الجديدة لكي ينعم أبناء مصر ويعيشون حياة كريمة تعوض مافات من إهمال وعدم إنفاق الإيرادات الناتجة عن الحصيلة الضريبية في المشاريع القومية مما يجعل المواطن لا يرغب في سداد الضرائب لأنه لا يري أي مردود إيجابي حيث بإحياء روح جديدة سوف تساعد علي التفكير بطريقة جديدة وتحد من ظاهرة الهرب.

2ـ إدخال تعديلات علي القانون 91 لسنة 2005وخاصة المادة 133 والنص صراحة علي اعتبارا الممارسة لنشاط التجارة الإلكترونية بدون الإفصاح عن ذلك من الممول يعد صورة من صور التهرب وتجرم وتشدد العقوبة .

3ـ تدريب العاملين بمصلحة الضرائب علي استخدام الحاسب الآلي بطريقة جيدة لمواكبه هذا النوع الحديث من التجارة ويسهل التعامل.

4ـ إيجاد وسيلة فحص الإلكتروني جديدة تواكب طبيعة التجارة الإلكترونية التي لا تعتمد علي مستندات ورقية مثل التجارة التقليدية بل علي تخزين البيانات علي شاشات الكمبيوتر أو في صورة اسطوانات.

5ـ إنشاء وحدة أو شعبة الحصر الضريبي الإلكتروني من أعمالها تتبع الشركات المنتشرة علي الإنترنت وتمارس أعمال التجارة الإلكترونية تشبه شعبة الحصر علي الطبيعة في التجارة الإلكترونية .

6- إيجاد خادم أو فيما يتبع مصلحة الضرائب يلتزم الممولين الذين بينهم أعمال تجارية بالإبلاغ عن تلك الصفات وحجم أعمالهم علي هذا الوسيط أو الخادم يشبه شعبة الخصم والتحصيل.

7- لا بد من التعاون الدولي لمكافحة التهرب الضريبي لانه من الجرائم العابرة للقارات

8- فرض ضريبة الدمغة عن أي إعلان ينشر علي شبكة الإنترنت.

9- فرض ضريبة الدخل علي الأنشطة التجارية.

10 – فرض ضريبية مبيعات عن استيراد السلع والخدمات المقدمة

11- ادخال التعديلات اللازمة لجعل جريمة التهرب الضريبي عبر التجارة الالكترونية من الجراءئم الاقتصادية وجعل الاختصاص بنظرها للمحاكم الاقتصادية

12- **التزام مصلحة الضرائب أصحاب الشركات : التى تقوم بتأجير المواقع على شبكة الإنترنت للشركات التى تتعامل فى التجارة الإلكترونية بإبلاغ مصلحة الضرائب عن هذه الشركات وعن أصحابها وأنشطتها والبيانات الأخرى التى تطلبها مصلحة الضرائب حتى تتمكن من حصر هذه الشركات التى تزاول نشاطات التجارة الإلكترونية**

-

المراجـــع

اولا : الكتب

1- أ/ رجب دسوقي عبد التواب :اضواء ومعلومات تحليللة حول قانون 91 لسنة 2005

2- د/ أحمد جامع ـ علم المالية العامة في : الجزء الأول ،دار النهضة العربيبة ،سنة 1970

3- د / حسني الجندي : القانون الجنائي الضريبي الجزء الاول دار النهضة العربية ، 2005،2006

4- د/ حسن المرصفاوي : التجريم في تشريعات الضرائب ،دار النهضة العربيبة، سنة 2006

5- د/ دولر علي وعبد المنعم فوزي مالية الدولة دار منشأة المعارف ،سنة 1963

6- د/ رمضان صديق الضرائب علي التجارة الالكترونية دار النهضة ،2001

7- د/ زين العابدين ـ علم المالية والتشريع ـ جامعة عين شمس طبعة 1982

8- د/ زين العابدين ـ علم المالية النظام الضريبي المصري عين شمس **.طبعة 2001**

9- د/ سامح عزيز المصري ـ الجرائم الضريبية ،دار مصر ،دار مصر ،سنة 2008

10-د/ عامر محمود الكسواني : التجارة عبر الحاسوب،دار الثقافة ،طبعة 2009

11-د/ عبد العال أساسيات في علم الضرائب ،بدون دار نشر،1967

12-/ عبد المولي محمد مرسي : الجزاءات العقوبية في الجريمة الضريبية ،دار النهضة العربيبة ،سنة 2009

13-د/ محمد حلمي مراد : تشريع الضرائب الجزء الأول ـ الضرائب المباشرة ،دار نهضة مصر، 1958

14-د هشام مخلوف : التجارة الالكترونية الحاضر وافاق االمستقبل دار الكتب طبعة 2000

ثانيا :الرسائل العلمية

1- د/ احمد سيد احمد : الجوانب الموضوعية والاجرائية للجرائم الضريبية ،رسالة دكتوراه جامعة عين شمس ، كلية الحقوق ،سنة 2012
2- د/ جميل عبد الرحمن صابوني التهرب الضريبي الدولي للشركات عابرة القوميات ـ رسالة دكتوراه ـ عين شمس 2005
3- د/ مجدي محمد علي : جرائم التهرب الضريبي. رسالة دكتوراه ، كلية جامعة عين شمس ، كلية حقوق ،سنة 1995
4- محمد سعد محمد الشريف : جرائم التهرب الضريبي،دراسة تطبيقية علي جرائم التهرب الضريبي علي المبيعات ،رسالة دكتوراه اكادمية الشرطة ،سنة 2001
5- د/انور محمد علي:اليات مكافحة التهرب الضريبي ،دراسة مقارنة وتطبيقية علي ليبيا ،رسالة ماجستير ،جامعة المنصورة ، كلية الحقوق ،سنة 2015 ،
6- دمحمد عبد الصبور احمد :الضوابط الاساسية للاجراءات الجنائية في الجرائم الضريبية ،رسالة دكتوراه ،جامعة عين شمس ، كلية الحقوق ،سنة 2018

ثالثا :الابحاث والمؤتمرات

1- أ/ كامل ابو صقر : الجوانب الادارية والقانونية للتجارة الالكترونية ،منشور علي حلقات في جريدة البيان ،العدد 169

رابعا :مواقع الانترنت

1-د نهله قصرواي : بئية وفرص التجارة الالكترونية في الامارات 2001 اصدار البيان الطبعة الاولي 2001 ص 15،موقع

https://altibrah.ae/book/813تاريخ

الدخول 2022/6/22

علاء الدين قليل
أستاذ محاضر قسم ب
جـامعة 20 أوت 1955 سكيكدة
a.kellil@univ-skikda.dz

إسمـاعيل بوقرة
أستـاذ التعليم العـالي
جـامعة عبـاس لغرور خنشلة
smailbouguerra3@gmail.com

الطـابع الاجتهـادي للقضـاء الإداري في ظل التوجهـات الحديثة

- دراسة تحليلية في ضوء التشريع والفقه المقـارن-

The jurisprudential nature of administrative law under recent trends
Analytical study in the light of jurisprudence and comparative legislation-

La jurisprudence de la juridiction administrative dans les tendances récentes
- Etude analytique à la lumière de la jurisprudence et de la législation comparée-

ملخص

إن عجز القانون, لا يعني عجز القاضي, فميزة المنشأ القضائي للقانون الإداري,أكبر دليل يدفعنا إلى التفريق والتمييز بين القاضي الإداري والقاضي العادي, فالقاضي الإداري تخطى تطبيق القانون فقط فمهمته الآن في ظل التوجهات الحديثة والمعاصرة للقضاء الإداري تتمثل في إنشاء وابتكار القاعدة القانونية في حالات ووضعيات عدة, نبحث ونحلل في ضوء هذه الدراسة مساهمة القاضي الإداري في إرساء دولة القانون من خلال الاجتهاد القضائي في ظل التوجهات الحديثة للقضاء الإداري.

الكلمات المفتاحية: القضاء الإداري- القاضي الإداري- الاجتهاد القضائي.

Abstract

The inability of the law, does not mean the inability of the judge,

The advantage of the judicial origin of administrative law, the biggest proof that leads us to differentiate between the administrative judge and the ordinary judge. The administrative judge has passed being the law executor only, his task now under the modern trends of the administrative judiciary is to create and invent the legal rule in many situations.

In this study, I looked closely at the contribution of the administrative judge in establishing the state of law through judicial jurisprudence in light of the modern orientations of the administrative judiciary

Key Words: administrative jurisdiction- administrative judge- jurisprudence-

Résumé

Le Droit administratif est fréquemment présenté comme un droit essentiellement jurisprudentiel. Toutes les solutions jurisprudentielles n'ont pas le statut de norme, de source du droit administratif. Nombre de règles ont été dégagés par le juge administratif : jurisprudence est une source de la légalité. Toutes les solutions ne peuvent être considérées comme des sources. À travers cet article à on va présenter le nouveau role jurisprudentiel des juridictions administratives vue les derniers tedances.

Mots clés: juridictions administratives- juge administratif- jurisprudentiel.

مقدمة

إن الطبيعة الخاصة لقواعد القانون الإداري و ظروف نشأته من الناحية التاريخية, وعدم تقنين كل قواعده و زيادة وتعدد مجالات النشاط الإداري, واحدة من بين العوامل التي كرست الطابع الاجتهادي للقضاء الإداري, وساهمت في أن يلعب القاضي الإداري دورا متميزا في ابتداع قواعد القانون الإداري في حال عدم وجود نص يحكم النزاع المعروض عليه,حقيقة إن الدور الاجتهادي للقاضي الإداري يؤكد على دوره الفعال و الحيوي و المتجدد في مجال القانون الإداري,فهذا القانون أبى أن يكون ثابتا جامدا, بل منح ثقته لقضاته لاثراءه من خلال اجتهاداتهم التي ترقى إلى قواعد قانونية,هدفها تكريس العدالة و إرساء دولة القانون, من هذا المنطلق نتساءل

- إلى أي مدى ساهم القاضي الإداري في كل من الجزائر وفرنسا من خلال الاجتهاد القضائي في إرساء دولة القانون و مواكبة الاتجاهات الحديثة للقضاء الإداري ؟

و سوف نتناول لتفصيل ما أجملناه في الخطة الآتية:

- **المبحث الأول- مفهوم الاجتهاد القضائي**
- **المبحث الثاني- دوافع و ضوابط ممارسة الاجتهاد القضائي**
- **المبحث الثالث- الدور الاجتهادي للقاضي الإداري في ظل التوجهات الحديثة للقضاء الإداري**

المبحث الأول- مفهوم الاجتهاد القضائي

إن الاجتهاد في معنى القضاء يطلق على المسلك الذي يتبعه القضاة في أحكامهم سواء منها ما يتعلق بنصوص القانون, أم استنباط الحكم الواجب تطبيقه عند عدم النص**1**, إن الحديث عن الاجتهاد القضائي الإداري يفرض التطرق إلى تحدد مدلول الاجتهاد القضائي العادي (الفرع الأول) من أجل بيان مفهوم الاجتهاد القضائي الإداري(الفرع الثاني).

المطلب الأول - تعريف الاجتهاد القضائي

إن عبارة الاجتهاد القضائي (la jurisprudence) تعود إلى أصل لاتيني و هي (jurisprudencia) و تعني علم القانون, ذلك أن مصطلح (juris) يعني القانون, و مصطلح (prudencai) يعني المعرفة و العلم**2**, حقيقة إن مصطلح الاجتهاد القضائي له عدة معاني, يقصد به غالبا مجموعة الأحكام الصادرة عن المحاكم في مسألة معينة.**3**

سابقا كان مصطلح "الاجتهاد القضائي" يستخدم على نطاق واسع للإشارة إلى علم القانون, لكن العريف الحالي هو أكثر دقة, فالاجتهاد القضائي هو الوضع القانوني المقدم إلى وضع قانوني معين

1 - حسين فريجة, الاجتهاد القضائي مفهومه و شروط, مجلة الاجتهاد القضائي, كلية الحقوق و العلوم السياسية, جامعة محمد خيضر بسكرة, العدد 01, 2004 ص12.

2 - محمد المجني, مناهج القاضي الإداري في خلق القاعدة القضائية, مجلة العلوم القانونية, جامعة محمد الخامس, المغرب, عدد2 ,2011 ,ص04.

3 - عبد المنعم البدرواي, مبادئ القانون, مكتبة عبد الله وهبة, القاهرة, مصر, 1972, ص244.

« Autrefois, le terme de jurisprudence était utilisé pour désigner largement la science du droit. La définition actuelle est plus précise , La jurisprudence est l'ensemble des solutions apportées à une situation juridique donnée… »**4**

و يطلق على الاجتهاد القضائي أيضا اسم القضاء و كلمة القضاء لا يقصد بها هنا جميع أحكام المحاكم , وإنما الأحكام التي تتضمن اجتهادات قضائية, فيما يعرض للقاضي من منازعات يستوجب عليه الفصل فيه**5** , فهو ذلك الحل الذي تتخذه الجهة القضائية في قضية معروضة أساسها في حالتي, عدم وجود النص القانوني الواجب التطبيق أو غموضه أو عدم كفايته**.6**

فمصطلح " الاجتهاد القضائي" هو مجموعة القرارات و الأحكام الصادرة عن المحاكم و المجالس القضائية من أجل حل وضعية قانونية معينة

« ..Le terme de "jurisprudence" à l'ensemble des **arrêts** et des **jugements** qu'ont rendu les Cours et les Tribunaux pour la solution d'une situation juridique donnée… »**7**

4 - Nathalie LEUVREY. Tout savoir sur la jurisprudence du droit du travail. Editions Tissot. Juin 2013. P9.

5 - ياسي محمد يحيى, مبادئ العلوم القانونية, ط6, دار النهضة العربية,مصر, 1987, ص 141**.**

6 - بوبشير محند أمقران, تغيير الاجتهاد القضائي بين النص و التطبيق, الملتقى الوطني السادس حول " الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في قضايا شؤون الأسرة" , كلية الحقوق و العلوم السياسية,جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي, يومي 29-30أفريل-2013 , ص01

7 - pour plus d'informations voir: **https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/jurisprudence.php**

المطلب الثاني- تعريف الاجتهاد القضائي الإداري

بداءة نشير أن لا المشرع الجزائري و الفرنسي قدموا تعريفا لمعنى الاجتهاد القضائي بوصفه العام, وهذا شيء طبيعي, إذ طالما ترك المشرع الخوض في الجدال الذي يتمخض عن تعريفات الفقهاء و رجال القضاء, لكن يمكن تقديم تعريف مبسط للمدلول الموضوعي للاجتهاد القضائي الإداري, بأنه مجموعة الأحكام و القرارات الصادرة عن جهات القضاء الإداري في مسائل و قضايا معينة, شابها سكوت أو غموض أو قصور في التشريع

و الأصل أن لا نركز في تحديد مفهوم الاجتهاد القضائي الإداري على مجموعة القرارات القضائية, بل على مجموعة المعايير التي أنشأها القاضي الإداري لاتخاذ قراره, وبناء اجتهاد قضائي, وفقا للفقيه " لافرييز" فالاجتهاد هو حق أساسي قضائي, انطلاقا من أن الاجتهاد ليس من حيث المبدأ مصدرا للقانون و إنما سلطة.

« ..Selon Lafferière c'est un Droit essentiellement jurisprudentiel, alors qu'en principe la jurisprudence n'est pas une source de Droit mais une autorité… »**8**

فالمقصود بالاجتهاد القضائي الإداري, بداءة لكونه صادر عن القضاء الإداري حصريا, في شكل أحكام في المسائل الإدارية التي تتضمن مبادئ لم يتعرض لها القانون,

8 - pour plus d'informations voir: **http://fichesdedroitcergy.e-monsite.com/pages/fiches-du-premier-semestre/la-jurisprudence-administrative.html**

أو أن تضع حدا لخلاف في القانون ذاته, حيث تسمى بالأحكام الأساسية أو الأحكام ذات المبادئ.**9**

ترتيبا على ما سبق يتضح أن الاجتهاد القضائي الإداري, هو مساهمة القضاء أو بتعبير آخر إضافات القضاة الإداريين, و نتائج جهودهم في تفسير القانون و سد النقص الموجود فيه أو تكملته, و رفع التناقضات الموجود بين قاعدتين أو تحديد معاني القواعد إذا انتابها الغموض , حيث يصبح القاضي الإداري بصريح اللفظ "مشرعا" يحل قضاءه محل القانون.**10**

وما يميز الاجتهاد القضائي الإداري عن الاجتهاد القضائي العادي هو النقاط الآتية:

- ارتباط الاجتهاد القضائي الإداري بأسس النظام السياسي و القانوني للدولة
- تجاوز القاضي الإداري لدوره كحكم في النزاع
- الواقعية و مراعاة الظروف المحيطة بالنزاع.**11**

- إمكانية أن يلبس القاضي الإداري ثوب المشرع في ضوء الاتجاهات الحديثة للقضاء الإداري.**12**

---

9 - عبد الجليل مفتاح, دور القاضي الإداري: وضع القاعدة القانونية أم تطبيقها, مجلة الاجتهاد القضائي, كلية الحقوق والعلوم السياسية ,جامعة محمد خيضر بسكرة, الجزائر , العدد02 , 2006, ص116.

10 - حنان براهيمي, اجتهاد القاضي في مجال الحقوق و الحريات في ظل الاتفاقيات الدولية, مجلة الاجتهاد القضائي, , كلية الحقوق و العلوم السياسية, جامعة محمد خيضر بسكرة, الجزائر, العدد04, 2009,ص330.

11 - عبد الجليل مفتاح, دور القاضي الإداري: وضع القاعدة القانونية أم تطبيقها, مجلة الاجتهاد القضائي. المرجع السابق. ص ص 117 118.

12 - pour plus d'information voir:

http://www.fallaitpasfairedudroit.fr/images/files/Droit%20administratif/Bl

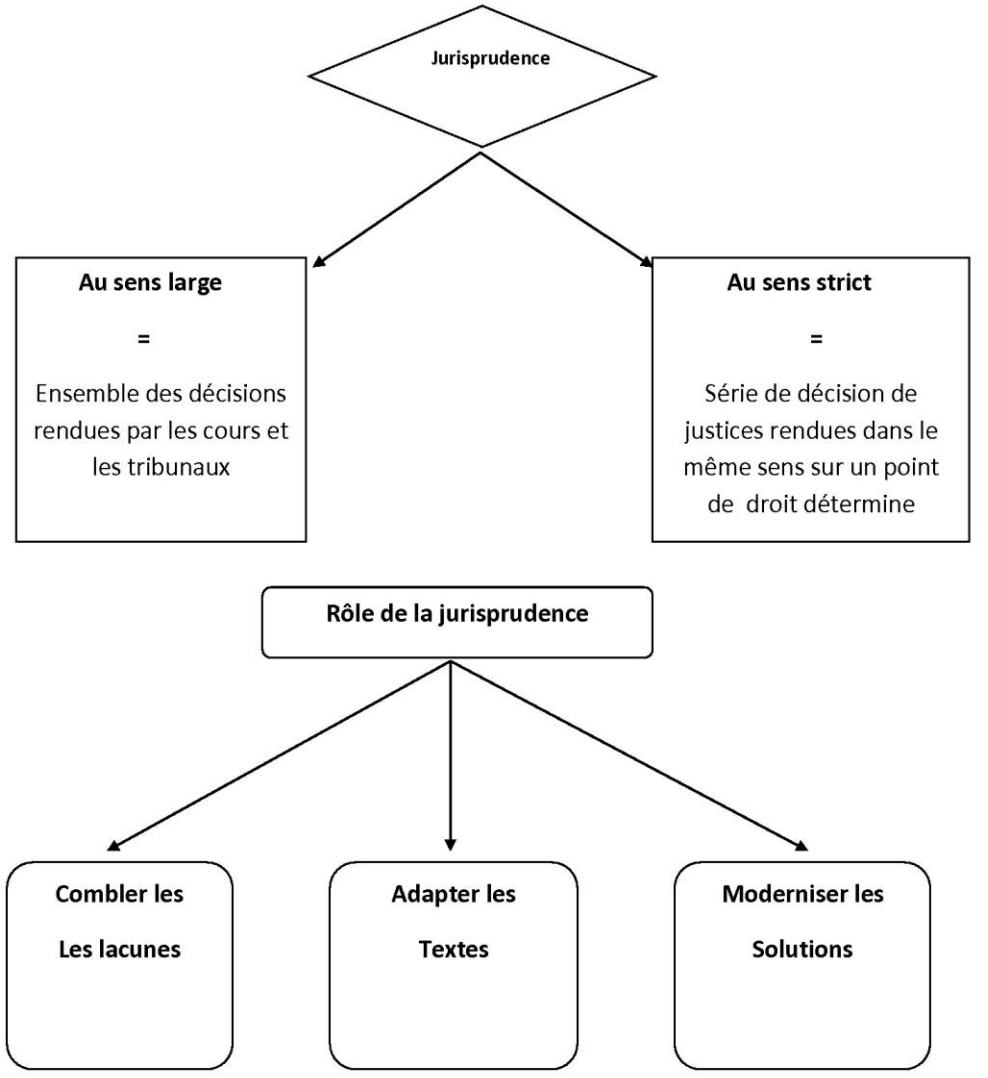

Schéma de synthèse sur la jurisprudence13

oc%20l%C3%A9galit%C3%A9/Jurisprudence/La_jurisprudence_du_Conseil_Etat_-_Source_du_droit_administratif.pdf (page 5).

13 - Droit et grands enjeux du monde contemporain. Ministère de l'Éducation Nationale (Dgesco).France. Juin 2012. P11.

المبحث الثاني- دوافع و ضوابط ممارسة الاجتهاد القضائي الإداري

هناك عدة دوافع و أسباب تدفع القاضي الإداري نحو الاجتهاد و الابتكار (الفرع الأول), لكن في ضوء ضوابط معينة وجب التقيد بها (الفرع الثاني) نبحث فيها كالآتي

المطلب الأول دوافع و أسباب الاجتهاد القضائي الإداري

تفيد القاعدة العامة أن لا اجتهاد مع النص, لكن هذه القاعدة لها استثناءات تجيز و تدفع القاضي نحو البحث والاجتهاد لدوافع و أسباب متعددة نبرزها كالآتي:

الفرع الأول- نقص و قصور التشريع

إن القاضي الإداري على خلاف القاضي العادي, فهو إلى جانب تطبيقه لقواعد القانون الإداري, وتفسيره لهما بما يناسب النزاع المعروض أمامه, فهذا في حد ذاته يعتبر اجتهادا, فالقاضي الإداري هنا يؤدي دورا ايجابيا مرده وجود النص الذي ينطلق منه, لكنه يؤدي دورا أكثر ايجابية و جدية و جرأة في مجال صناعة القاعدة القانونية في حالة غياب النص التشريعي**14** مستعينا في ذلك بأدوات الاجتهاد من طرق التفسير و القياس في حالة غموض أو قصور النص التشريعي, وهذا النوع من الاجتهاد هو الذي يساهم في وضع نظريات و مبادئ القانون الإداري.

تنص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري "يسري القانون على جميع المسائل التي تناولتها نصوصه في لفظها أو فحواها.

14 - الزين عزري, القاضي الإداري يصنع القاعدة القانونية, مجلة الاجتهاد القضائي, كلية الحقوق و العلوم السياسية, جامعة محمد خيضر بسكرة, الجزائر, العدد 02, 2006, ص108.

و إذا لم يوجد نص تشريعي, حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية, فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف

فذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة"

إن نص المادة يمثل اعترافا واضحا من المشرع بقصور التشريع, وبالتالي فان القاضي الإداري خصوصا ملزم بالاجتهاد, فهو من يقوم بالبحث والتفسير في مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة من أجل تحري حل للنزاع المعروض عليه.

الفرع الثاني- حتمية الفصل في النزاع المعروض على القاضي

إن القاضي الذي يرفض الحكم بحجة الصمت, الغموض, أو عدم كفاية القانون, يمكن متابعته باعتباره متهما بإنكار العدالة **15**, هذا ما نصت عليه المادة 04 من القانون المدني الفرنسي

« Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice » **16**

هذا الفعل أكد على خطورته المشرع الفرنسي و أفرد له عقوبات مشددة في قانون العقوبات الفرنسي

طبقا لما ورد في المادة (434-7-1)من قانون العقوبات الفرنسي التي تنص:

15 - تقوم جريمة إنكار العدالة على فعل ذا طابع سلبي صادر من القاضي, يمتنع من خلاله عن الفصل في النزاع المعروض عليه بسبب أو دون سبب.

16 - voir: article 4 du code civil français.

« Le fait, par un magistrat, toute autre personne siégeant dans une formation juridictionnelle ou toute autorité administrative, de dénier de rendre la justice après en avoir été requis et de persévérer dans son déni après avertissement ou injonction de ses supérieurs est puni de 7 500 euros d'amende et de l'interdiction de l'exercice des fonctions publiques pour une durée de cinq à vingt ans »**17**

انطلاقا من النصين السابقين نجد أن المشرع الفرنسي,فرض التزاما على القاضي, بالحكم و الفصل في النزاع المعروض عليه, حتى في غياب النص التشريعي, تحت وطأة الملاحقة القضائية بتهمة "إنكار العدالة" و هذا ما يبرز حقيقة الدور الإبداعي للقاضي الإداري باعتبار حامي الحقوق و الحريات وأداة رئيسة لإرساء دولة القانون.

ورد في نص المادة 469 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري (السابق) " كل قضية ترفع لدى جهة قضائية يجب أن يقضى فيها بحكم ولو انتهت الدعوى بشطب" كما تنص المادة 10 من القانون العضوي رقم 04-11 يتضمن القانون الأساسي للقضاء**18** " يجب على القاضي أن يفصل في القضايا المعروضة عليه في أحسن الآجال".

كما تنص المادة 136 من قانون العقوبات الجزائري " يجوز محاكمة كل قاض أو موظف إداري يمتنع بأية حجة كانت عن الفصل فيما يجب عليه أن يقضي فيه بين الأطراف بعد أن يكون قد طلب إليه ذلك ويصر على امتناعه بعد التنبيه عليه أو أمر بذلك من رؤسائه .." **19**

17- voire: l'article 434-7-1 du code pénal français

18 - القانون العضوي رقم 04-11 المؤرخ في 6 سبتمبر 2004, يتضمن القانون الأساسي للقضاء, ج ر عدد 57 لسنة 2004.

19 - المادة 136 من قانون العقوبات الجزائري.

وفي ذلك تأكيد من المشرع الجزائري على أن القاضي العادي أو الإداري ملزم بالفصل في النزاع المعروض عليه, ولا يقبل له أي احتجاج أو سبب يمنعه من الفصل, حتى وان غاب النص التشريعي ما يؤكد على الطابع الاجتهادي للقضاء الإداري الجزائري.

الفرع الثالث- عدم المساواة بين طرفي الدعوى الإدارية

إذا كانت الصفة الاتهامية هي الغالبة في القانون الخاص, فلا يجوز للقاضي العادي أن يحل محل الخصوم في الإتيان ببيانهم و إثباتاتهم, باعتبار أن القاضي حكم محايد بين الخصوم, لا يجوز أن يخفف عن كاهل احدهما, أو يثقل كاهل آخر, لكن بخلاف الإجراءات القضائية الإدارية التي توصف بأنها تحقيقية **20**(تنقيبية) في الغالب, إذ أن المقصود بهذه الصفة هو تولي و إشراف القاضي الإداري صيرورة الإجراءات من بدايتها إلى نهايتها, فهو الذي يأمر بالتحقيق و فحص الوثائق و الأوراق المقدمة بل والتدخل لإجبار الإدارة على تسليمها**21**, و يقدر ما قدم له من إثبات فالمدعي لا يكلف نفسه عناء عديد الإجراءات, والمبرر الرئيسي للطابع التحقيقي هو أن طرفي المنازعة الإداري غير متساويين في مركزهما, ولذلك يجب على القاضي الإداري و جبرا لهذا النقص و تعويض و حماية لحقوق و حريات الفرد, من سلطة و امتيازات الإدارة

20 - للتوضيح أكثر حول خصائص الإجراءات القضائية الإدارية أنظر:

- محمد الصغير بعلي, الوسيط في المنازعات الإدارية, دار العلوم للنشر و التوزيع, عنابة, الجزائر, 2009, ص 297 وما بعدها.

- أحمد محيو, المنازعات الإدارية, ترجمة فائز أنجق و خالد بيوض, الطبعة السادسة, ديوان المطبوعات الجامعية,الجزائر, 2008, ص 72

- عبد الله طلبه, القانون الإداري, الرقابة القضائية على أعمال الإدارة, القضاء الإداري, الطبعة الثانية, مديرية الكتب و المطبوعات الجامعية, سوريا, 2009, ص 423 وما بعدها.

21 - المادة 819 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

التي تباشرها عليه, أن يتدخل لتحقيق التوازن العادل بين الطرفين, نحن نتفق أن لا اجتهاد مع النص كقاعدة عامة, لكن حقيقة القانون الإداري قضائي المنشأ غير المقنن, و قصور و نقص أو غموض نصوص المشرع, مع ضرورة الفصل في النزاع, هو دافع للقاضي الإداري للاجتهاد و ابتكار الحلول, ولعل أهم دافع لدى القاضي الإداري المتخصص هو اعتباره حامي الحقوق والحريات الفردية والجماعية من تعسف وتجاوزات السلطة العامة.

المطلب الثاني - ضوابط ممارسة الاجتهاد القضائي

يتعين على القاضي الإداري عند قيامه باجتهاده الموائمة بين المصالح الأساسية المتعارضة وبين الحرية والسلطة ويستدعي ذلك مراعاة النقاط الآتية:

- الطبيعة الخاصة للخصومة الإداري

- الأهداف المميزة لرقابة القاضي الإداري

- الوسائل التي يستطيع القاضي الإداري إتباعها

أما الخصومة الإدارية فتقوم على التنازع بين انتظام المرافق العامة و مصالح الأفراد, ولذلك لا يجوز كمبدأ عام تغليب طرف على طرف حتى لا ينهار التوازن بين طرفي الخصومة الإدارية.

أما الأهداف التي يجب أن توجه القاضي الإداري في اجتهاده, فهي وان بدت متعددة و متفاوتة في مراتبها و متباينة في أصولها, فهي تدور في إجمالها في فلك الشرعية, والقاضي

الإداري يجب عليه أن ينزل مبادئ الحرية والعدالة دائما في المنزلة الأولى من تقديره واجتهاده.

أما الأساليب التي يجب أن يتبعها القاضي الإداري فنعتقد أنها لن تحقق معاني العدالة, إلا إذا اتفقت مع روح القانون, و أهدافه, وتمثلت سنناً محكمة, ومعايير منضبطة, يطبقا القاضي في جميع الحالات, أما أن يسلك القاضي الإداري في كل قضية, أسلوبا خاصا و أن يضع لكل منازعة معيارا ذاتيا فهو ما يزعزع الثقة ويودي بالاستقرار ويلحق بالمتقاضين أفدح الظلم.22

المبحث الثالث- الدور الاجتهادي للقاضي الإداري في ظل التوجهات الحديثة

إن عجز و قصور القانون بمعناه الواسع, لا يعني عجز القاضي, فميزة المنشأ القضائي للقانون الإداري,أكبر دليل يدفعنا إلى التفريق و التمييز بين القاضي الإداري و القاضي العادي, فالقاضي الإداري تعدى كونه مطبقا جامدا للقانون, فمهمته الآن في ظل التوجهات الحديثة و المعاصرة للقضاء الإداري تتمثل في التأسيس و الإنشاء و الإبداع للقاعدة القانونية في حالات و وضعيات عدة, نبحث نحلل في ضوء هذا المطلب الدور الاجتهادي للقاضي الإداري في ظل التوجهات الحديثة للقضاء الإداري.

22 - عادل السعيد أبو الخير, اجتهاد القاضي الإداري في مجال الحقوق و الحريات, مجلة الاجتهاد القضائي, كلية الحقوق و العلوم السياسية, جامعة محمد خيضر بسكرة, الجزائر, العدد 02, 2006, ص38.

المطلب الأول- القاضي الإداري مشرع تكميلي في ظل التوجهات الحديثة للقضاء الإداري

هل يمكن للقاضي الإداري أن يخلق القاعدة القانونية ؟, لطالما شغل هذا السؤال الفقه الغربي في الآونة الأخيرة, لقد أجاب أحد الفقهاء عن هذا التساؤل في كتاب شهير له بعنوان

" The Nature Of The Judicial Process"**23** الذي يؤكد من خلاله إمكانية أن القاضي يمكن أن يلبس ثوب المشرع, لان القضاة « ...لديهم السلطة, لكن ليس الحق, للسفر خارج أسوار الثغرات, فالحدود ثابتة, داخل الاجتهاد القضائي و العرف... » وهو ما نستشفه من قوله:

"..They have the power, though not the right, to travel beyond the walls of the interstices, the bounds set to judicial innovation by precedent and custom…" **24**

لكن حقيقة قد يبدو هذا السؤال غير مناسب في ظل التشريع الجزائري بل وحتى الفرنسي, هذه النظم التشريعية التي تكون فيها سلطة التشريع صاحبة الحق-الأساسي- في ممارسة التشريع, ومن حيث المبدأ فان المشرع هو من يؤلف وينشئ القانون و المالك الحصري لهذه السلطة.

لا يمكننا الحديث عن هذا التوجه الحديث للقضاء الإداري في النظام التشريعي الجزائري الذي ما لبث أن بدأ يكون نفسه ويضع دعائمه الأساسية في نجل و بطء ,

23 - Benjamin N. Cardozo. The Nature of the Judicial Process.**Universal Digital Library**. **Yale University Press**.1921.(pour consulter ce livre voir : **https://archive.org/details/natureofthejudic008454mbp**)
24 - Benjamin N. Cardozo. The Nature of the Judicial Process .op .cit .p 129.

مازال فيه الدور الاجتهادي للقاضي بسيط و ضيق يتجسد في تفسير القانون, بل و حتى رغم ذلك إلى أن الاجتهاد القضائي يبقى متذبذبا و مجهولا **25**

شخصيا أظم رأيي إلى ما سجله الدكتور (بوبشير محند أمقران) عندما وصف الاجتهاد القضائي الجزائري بأنه متذبذب و مجهول, و دعما لهذا الرأي نستشهد- على سبيل المثال لا الحصر- ب:

- قرار المحكمة العليا (الغرف مجتمعة) بتاريخ 16 ماي 1981 قضية (الآنسة م.ف ضد وزير الداخلية و والي...) قرار غير منشور **26** , و نتلخص أهم حيثيات هذا القرار في ما يلي:

- يتعلق موضوع الدعوى بطلب المدعية إلغاء قرار والي ولاية... المتضمن منح الشقة التي تحتلها إلى شخص آخر,و دفع الوالي بعدم الاختصاص تطبيقا للمادة 7 من ق.ا.م القديم, التي كانت تجعل منازعات أملاك الدولة من اختصاص المحاكم المنعقدة في مقار المجلس(حاليا الغي هذا الاستثناء بموجب تعديل 1986), و نفس الدفع تقدم به وزير الداخلية , بدورها أحالت الغرفة الإدارية القضية إلى رئيس المحكمة العليا, الذي قرر إحالة القضية إلى المحكمة العليا (الغرف مجتمعة).

- و هكذا قررت هذه الأخيرة أنه في ما يتعلق بالاختصاص فان النزاع لا يمكن حله إلا من خلال فحص علاقات الدولة بالمستأجرين في إطار نصوص الأملاك الشاغرة,

25 - بوبشير محند أمقران, تغيير الاجتهاد القضائي بين النص و التطبيق, المرجع السابق, ص14.

26 - مسعود شيهوب, المبادئ العامة للمنازعات الإدارية , الجزء الثاني, نظرية الاختصاص, الطبعة السادسة, ديوان المطبوعات الجامعية, الجزائر, 2013, ص 108.

و تضيف أن هذه العلاقة هي علاقة تعاقدية " علاقة إيجار" وعلى هذا فان دفع وزير الداخلية و الوالي في محله.

- فالمحكمة العليا ترى أنه من حق القضاء العادي تقدير مدى مشروعية القرارات المتعلقة بأملاك الدولة, ولقد جاء رأيها واضحا و بعبارات واضحة " حيث أنه تطبيقا لقاعدة قاضي الدعوى هو قاضي الاستثناء فان المصلحة العلمية التي تتماشى مع نية المشرع في تبسيط إجراءات المنازعات و تقريب القضاء من المتقاضين تتطلب منح الاختصاص بتقدير مشروعية قرارات الإدارة, ويكون الهدف منها شل آثار القرار دون إلغائه.."

بعد استقراء فحوى القرار إن أول ما يلاحظه القارئ ابتداءا, كون هذا القرار يعتبر بمثابة اجتهاد قضائي(صادر عن الغرف مجتمعة) المحكمة العليا, كان من الأجدر مثل ما قام به القضاء و المشرع الفرنسي,تثمينه و الحرص على تكريسه و تطبيقه في سابق القضايا المتعلقة به, لكن ما أعيبه على المحكمة العليا خصوصا و المشرع الجزائري عموما هو عدم حرصهم على تثمين و ترسيخ هذا الاجتهاد القضائي, و التأكد على تكريس مضمونه في جميع النزاعات المرتبطة به, في الجانب الآخر كان على المشرع أن يثمن هذا الاجتهاد القضائي و يحرص على ترجمته في شكل نصوص قانونية توفي هذا الاجتهاد حقه , لكن حقيقة بعد صدور هذا الاجتهاد , عرفنا تناقض و تضارب في قضية إسناد الاختصاص بتقدير المشروعية بين المحاكم الإدارية و العادية في قضايا لاحقة.

رجوعا إلى الواقع المهيمن في فرنسا , حقيقة لا يوجد ما يمنع القاضي الإداري الفرنسي من أن يكون " المشرع التكميلي" أو " المشرع في حالة خاصة"27 في ظل حتمية فصله

27 - il n'y a aucun moyen d'empêcher le juge d'être, "le législateur des cas particulier" (pour plus d'information voir: **http://blogs.u-**

في النزاع طبقا للمادة 4 من القانون المدني الفرنسي, ما يعطيه مجالا قانونيا و دافعا نحو إرساء قواعد قانونية جديدة, لكن بالاظافة إلى ذلك, يتبين لنا و أن المشرع الفرنسي يتردد في إطلاق هذا الحق الأساسي المكفول للقاضي " الحق في الاجتهاد القضائي " وهذا ما نستشفه من المدلول الضمني للمادة 5 من القانون المدني الفرنسي

« Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises »**28**

انطلاقا من نص المادة نستنتج و أن المشرع الفرنسي يحظر على القاضي النطق بقواعد أو أحكام عامة و تنظيمية بشأن القضايا المعروضة عليهم, وبالتالي منعه من وضع قواعد من شأنها حل نزاعات في المستقبل, أي منعه من أن يكون بديل للجهاز التشريعي أو مساعدا له, وفي هذا الصدد لا يستطيع القاضي أن يرسي و ينشئ قواعد قانونية, و أن يفسر القانون ببساطة, و يعدله أو يعيد أو إعادة تأهيله, كما أن مبدأ الفصل بين السلطات يحظر على القاضي الإداري التدخل في مهام و صلاحيات السلطة التشريعية.

خلافا لهذا القول إن التوجهات الحديثة للقضاء الإداري العالمي, أثبتت -تاريخا و حاضرا- إن دور القاضي الإداري تطور حتما من التطبيق إلى المساهمة في إنشاء القاعدة القانونية و المساهمة في بناء و تكريس دولة القانون, يقول الفقيه الفرنسي " Marcel WALINE" بأنه ".. لولا الاجتهادات القضائية لمجلس الدولة لما كان هناك وجود للقانون الإداري في فرنسا أو على الأقل سينحصر في مجموعة من الأجهزة

paris10.fr/content/vers-la-reconnaissance-du-juge-comme-cr%C3%A9ateur-de-r%C3%A8gles-de-droit-par-cyprien-dufournier .

28 - voir: l'article 05 du code civil français

و تجميع اختصاصاتها فاجتهادات مجلس الدولة كانت وراء صياغة و تشكيل أعمال فقهية كبرى في القانون العام الفرنسي "**29**

كما أن تاريخ القضاء الإداري الفرنسي اثبت أنه قضاء اجتهادي إنشائي بامتياز, أسس و كرس مبادئ و قواعد القانون الإداري من خلال أحكامه و قراراته, وساهم في إرساء دول القانون و ترسيخ العدالة الإدارية, وفي ما يلي نعرض- جزء- من قائمة تضم كبرى قرارات الاجتهاد القضائي الإداري الفرنسي التي أسست و ساهم في وضع قواعد القانون الإداري**30**

1- Blanco, 8 févr. 1873

2- Pelletier, 30 Juilly. 1873

3-Prince Napoléon, 19 févr. 1875

4-. Pariset 26 nov. 1875

5- Cadot, 13 déc. 1889

في ختام هذا الجزء يمكن التأكيد على أن الاتجاه الحديث في القضاء الإداري, يؤكد أن دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية أصبح اليوم محل إجماع فقهي, فلم يعد القاضي الإداري مجرد أداة تطبيق أو تنفيذ لإرادة المشرع في كثير من الأحيان

29 - Marcel WALINE, traite élémentaire de droit administratif, 6ème édition, librairie de recueil, Paris ,1950. P. 160

30- Pour plus d'information voir :

- Philippe COSSALTER. LES GRANDS ARRÊTS DE LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE. Mémoire pour le DEA de Droit Public Interne de L'Université Panthéon-Assas (Paris II). Soutenue publiquement le 17 septembre 1999. P126.

فطبيعة النشاط الإداري المتغير وضرورة مواكبة التطور ومسايرة الركب الحديث, جعلت من القاضي الإداري "صانعا" للقاعدة القانونية في الأعم من الحالات. **31**

المطلب الثاني- دور القاضي في تطوير و تجديد القانون

كشفت عدة دراسات حديثة في كل من الفقه الفرنسي حول دور القاضي في تطوير و تجديد القاعدة القانونية, و عن إمكانية وجود علاقة وثيقة بين دور القاضي وإنشاء القاعدة القانونية في ميدان العلوم القانونية, وذلك عن طريق ما يسمى ب" الاجتهاد القضائي" الذي يعتبر وسيلة صالحة إلى حد كبير لتطوير قواعد جديدة للقانون.**32**, و حقيق لا يوجد فرق جوهري بين تطبيق القانون و تطويره التدرجي انطلاقا من فكرة " الاجتهاد القضائي".

إن تطوير القانون من خلال الاجتهاد القضائي هو نقطة معترف بها و ضرورية للسلطة القضائية, وتتعلق هذه النقطة أيضا بملء أي "فجوة" أو فراغ, معروف في القانون, بيد أن الولاية الممنوحة للقضاة في ميدان التكوين التدريجي للقانون, لا تعتمد على وجود ثغرة في القانون أو الحق.

« ..Faire évoluer le droit par la jurisprudence est une tâche reconnue et nécessaire du pouvoir judiciaire. Cette tâche concerne également le comblement de toute « lacune » reconnue de la loi ; cependant, le

31 - ابتسام فاطمة الزهراء شقاف, دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية, رسالة ماجستير في القانون الإداري المعمق, جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان, كلية الحقوق و العلوم السياسية, قسم الحقوق, 2015-2016, ص136.

32 - Peter BADURA. LE RÖLE DE LA JURISPRUDENCE EN DROIT PUBLIC ALLEMAND, Revue internationale de droit compare,N° spécial vol 6, (4es JOURNEES JURIDIQUES FRANCO-ALLEMANDES (Lübeck, 13-17 juin 1984),p298.

mandat confère aux juges en matière de formation progressive du droit ne dépend pas de l'existence d'une lacune de la loi ou du droit. .. »**33**

كما تعترف القوانين الإجرائية صراحة بأن مهمة الهيئات القضائية هي " تشكيل القانون تدريجيا" ولا سيما من قبل الغرف المجتمعة لهيئات النقض**34**, إذن انطلاقا مما سبق يمكن القول أنه في حالة وجود نص قانوني صريح, يقتصر دور القاضي فقط على تطبيقه ,أي النطق بالقانون القائم في خصوصية النزاع المعروض عليه, أما إذا كان النص غامضا أو سكت المشرع عن مسالة ما, هنا نلمس الدور الإبداعي للقاضي, باعتبار انه هو من يتولى مهمة التفسير وتبيان مضمونه و مدلوله, وتحديد مقصوده, مستخلصا الحلول المناسبة لفض النزاع- الذي هو مجبر على فضه- فالقاضي الإداري من خلال قيامه بالتفسير يتمكن إما من سد الثغرات القانونية أو أن يلعب دور المشرع التكميلي ليفسر و يوضح و يحدد مقاصد المشرع دو أن يخالف روح القانون, أن عملية التفسير ليست عملية آلية أو أوتوماتيكية, بل هي عملية معقدة و مركبة, يتبين من ثناياها الدور الذي يساهم به القاضي المتخصص - le juge spécialisé- لأنه تلقى و نشأ على مبادئ و نظريات القانون الإداري, القضائي المنشأ أصلا, ما سيساعده على تطوير و تجديد القواعد القانونية.

المطلب الثالث- واقع الاجتهاد القضائي في الجزائر

رغم المجهودات التي تبذلها مل من المحكمة العليا و مجلس الدولة في نشر القرارات التي تصدر عن مختلف غرفهما, فإنها تبقى غير كافية ويشوبها نقص كبير, إذ أن العديد من القرارات تبقى مجهولة من المتقاضيين و المحامين و حتى القضاة, ولا شك في أن هذا

33 - Peter BADURA. LE RÖLE DE LA JURISPRUDENCE EN DROIT PUBLIC ALLEMAND, Op,cit ,p299.

34 -Peter BADURA, Op, cit, p299.

سيساهم في إحداث تذبذب في الحلول القانونية التي تقدمها مختلف الجهات القضائية للمشاكل المعروضة عليها.**35**

في هذا الإطار نص القانون العضوي رقم 98-01 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه و عمله**36**, في مادته الثامنة على انه " ينشر مجلس الدولة قراراته, ويسهر على نشر كل التعاليق و الدراسات القانونية" تطبيقا لهذه المادة صدر المرسوم التنفيذي رقم 01-413 يتضمن إنشاء مجلة مجلس الدولة**37**, والذي ذكر في مادته الثانية على أن الهدف من تلك المجلة هو التعريف بنشاط الجهات القضائية الإدارية, من أجل توحيد الاجتهاد القضائي و التطبيق السليم للقانون, و هذا ما تؤكده المادة الثانية من القانون العضوي لمجلس الدولة بأنه " يضمن توحيد الاجتهاد القضائي الإداري في البلاد, و يسهر على احترام القانون.." فمجلس الدولة يضمن توحيد الاجتهاد القضائي, و عبارة اجتهاد قضائي, تشير إلى أنه باستطاعة القاضي الإداري خلق القانون الإداري إذا لم يجد للقضية حلا في القانون.**38**

لكن الواقع الاجتهادي في القضاء الجزائري كما أشار له الدكتور بوبشير محند أمقران, يبقى مشوشا و متذبذبا في إجماله, متضارب في أحكامه مثلما أشرنا سابقا, وان لم يكن

35 - بوبشير محند أمقران, تغيير الاجتهاد القضائي بين النص و التطبيق, المرجع السابق, ص 14.

36 - القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 مايو 1998 يتعلق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه و عمله, ج ر عدد 37...المعدل والمتمم بموجب:

- القانون العضوي رقم 11-13 المؤرخ في 26 يوليو 2011 يعدل و يتمم القانون العضوي رقم 98-01 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه و عمله, ج ر عدد 43 لسنة 2011.

37 - المرسوم التنفيذي رقم 01-413 المؤرخ في 19 ديسمبر 2001 يتضمن إنشاء مجلة مجلس الدولة و تنظيمها و سيرها, ج ر عدد 78

38 - لحسين بن الشيخ اث ملويا, المنتقى في قضاء مجلس الدولة, الجزء الثاني, الطبعة الرابعة, دار هومه, الجزائر, 2013,ص11

متضاربا لم يطبق و يكرس في لاحق النزاعات المشابهة –مثلما بينا سابقا- فيعمد القضاء بنفسه على القضاء على هذا الاجتهاد, الذي كان يجب تكريسه و الحرص على تطبيقه في المستقبل, ومن بين أهم أساب ذلك هو النقطة السوداء التي أراها في جبين الهيئات القضائية العليا عموما,هي فكرة النشر, وفسح المجال من أجل نشر قرارات الجهات القضائية العليا أمام الكافة وذوي الاختصاص خصوصا,وأسباب هذا التعنت في رفض و نشر و إعطاء ذوي الاختصاص هذه القرارات القضائية متعددة نرفض الخوض فيها, و يجب التنبيه إلى أن نشر جميع قرارات المحكمة العليا و مجلس الدولة لا يرمي فقط إلى تحقيق غرض إعلامي, و المتمثل في إعلام الكافة, و لاسيما القضاة و المتقاضين و ذوي الاختصاص في الحقل القانوني, بالحلول التي تضمنتها- للمساهمة في نقاشها و إثرائها- بل يرمي إلى تحقيق غرض وقائي ايجابي يتمثل في حث القضاة و خاصة قضاة الدرجة الأولى, على البحث الجدي عن الحل القانوني التي تتضمنها عرائض الطعن بالنقض أو الاستئناف , وإثارة الأوجه التي يمكن لهم استخلاصها من عناصر الملفات المعروضة عليهم, بالشكل الذي يضمن توحدي الاجتهاد القضائي.**39**

39 - بوبشير محند أمقران, تغيير الاجتهاد القضائي بين النص و التطبيق, المرجع السابق, ص17.

خاتمة

إن دولة القانون تعني أساسا مبدأ سيادة القانون و احترامه من طرف المواطن و مؤسسات الدولة, ولتحقيق ذلك لابد من مجود هيئة قضائية عليا مستقلة تراقب تطبيق القواعد القانونية من الجهات القضائية الدنيا على مختلف درجاتها,وتضمن إحداث و إثراء و توحيد الاجتهاد القضائي على مستوى الوطن**40**, و الحقيقة أنه بعد مضى (20 سنة) على إنشاء مجلس الدولة على هرم القضاء الإداري الجزائري, إلا انه يبقى في طابعه الاجتهادي بعيداً عن الجادة المؤدية إلى تحقيق الغرض الأصيل للاجتهاد القضائي الإداري, إذ كيف يتسنى لمجلس الدولة الجزائري أن يمارس وظيفة الاجتهاد القضائي على الصعيد الإداري من جهة, ويساهم في تقنين و تطوير قواعد و مبادئ القانون الإداري الجزائري في مرحلة الازدواجية خصوصا , إذا كانت الاختصاصات المعهود إليه متنوعة و متعددة , لكن هذا لا ينقص من مسؤولية القاضي الإداري نفسه في نفس الوقت, باعتباره مكون و فاعل أساسي في دولة القانون, الذي لم نلمسه إلى حد الساعة في قضائنا, حتى في ظل الانفتاح الكبير الذي يعرفه القضاء الإداري , لا يمكننا مقارنة مجلس الدولة الفرنسي بالجزائري بالتأكيد لعدة اعتبارات, لكن لا يختلف اثنان حاضرا, أن القاضي الإداري على مستواه قد انشأ نظريات و قواعد و مبادئ أساسية قام عليها القانون الإداري من جهة, كانت دعامة أساسية لقيام و بناء دولة القانون, التي أصبح فيها يطلق على القاضي الإداري بقاضي الخدمة العامة.

وفي ختام هذه الدراسة نقترح بعض التوصيات التي تخص القضاء الإداري الجزائري, من أجل تحقيق غرضه الاجتهادي المنشود:

40 - المجلة القضائية, العدد 01, 1989, ص8.

- تفعيل الطابع الاجتهادي لمجلس الدولة, كي يتسنى له ضمان احترام القانون و توحيد كيفية تطبيقه على كامل التراب الوطني, من خلال إعادة النظر في الاختصاصات المعهودة إليه.

-جعل الإجراءات المقررة لتطبيق الاجتهاد القضائي, في أول و آخر درجة من النظام العام, وتخويل حق التماس إعادة النظر-دون التقيد بشرط الميعاد-ضد كل قرار يصدر دون مراعاة الاجتهاد القضائي.

- ضرورة نشر كل القرارات الصادرة عن مجلس الدولة, وتسهيل إجراءات الحصول عليها و الاطلاع عليها من طرف القائمين على مجلس الدولة خصوصا.

- مراعاة مبدأ " القاضي المتخصص" في داخل المدرسة الوطنية للقضاء المستحدثة مؤخرا, ومراعاة مبدأ تكوين القاضي المتخصص في برامجها.

- الحرص على اختيار أفضل الكفاءات الداخلية و حتى الخارجية من أساتذة القانون, و السهر على عقد ندوات و ملتقيات علمية لمناقشة و إثراء الطابع الاجتهادي للقضاء الإداري الجزائري.

- يجب أن يقتنع القاضي الإداري بان اجتهاده هو وسيلة للتطبيق السليم للقانون و إرساء دولة القانون, من خلال ملء الفجوات التي تعتري التشريع, وتفسير الغموض الذي يشوبه, لن يتحقق ذلك إلا من خلال مواكبة المشرع و التشريع للاجتهاد القضائي.

قائمة المصادر و المراجع

أولا- النصوص القانونية

- القانون العضوي رقم 04-11 المؤرخ في 6 سبتمبر 2004, يتضمن القانون الأساسي للقضاء, ج ر عدد 57 لسنة 2004.
- الأمر 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم, ج ر عدد 49 لسنة 1966.
- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008, يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية, ج ر عدد 21 لسنة 2008.
- القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 مايو 1998 يتعلق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه و عمله, ج ر عدد 37. المعدل و المتمم بموجب:
- القانون العضوي رقم 11-13 المؤرخ في 26 يوليو 2011 يعدل و يتمم القانون العضوي رقم 98-01 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه و عمله, ج ر عدد 43 لسنة 2011.
- المرسوم التنفيذي رقم 01-413 المؤرخ في 19 ديسمبر 2001 يتضمن إنشاء مجلة مجلس الدولة و تنظيمها و سيرها, ج ر عدد 78.
- code civil français ,Edition : 03/01/2018.
- code pénal français, Edition : 07/11/2017.

ثانيا- الكتب و المؤلفات العامة

- ياسي محمد يحي, مبادئ العلوم القانونية, ط6, دار النهضة العربية,مصر, 1987.
- عبد المنعم البدرواي, مبادئ القانون, مكتبة عبد الله وهبة, القاهرة, مصر, 1972.

- محمد الصغير بعلي, الوسيط في المنازعات الإدارية, دار العلوم للنشر و التوزيع, عنابة, الجزائر, 2009
- أحمد محيو, المنازعات الإدارية, ترجمة فائز أنجق و خالد بيوض, الطبعة السادسة, ديوان المطبوعات الجامعية,الجزائر, 2008.
- عبد الله طلبه, القانون الإداري, الرقابة القضائية على أعمال الإدارة, القضاء الإداري, الطبعة الثانية, مديرية الكتب و المطبوعات الجامعية, سوريا, 2009.
- مسعود شيهوب, المبادئ العامة للمنازعات الإدارية , الجزء الثاني, نظرية الاختصاص, الطبعة السادسة, ديوان المطبوعات الجامعية, الجزائر, 2013.
- لحسين بن الشيخ اث ملويا, المنتقى في قضاء مجلس الدولة, الجزء الثاني, الطبعة الرابعة, دار هومه, الجزائر, 2013.
- **Benjamin N. Cardozo,** The Nature of the Judicial Process,**Universal Digital Library**, **Yale University Press**,1921.
- **Marcel WALINE**, traite élémentaire de droit administratif, 6ème édition, librairie de recueil, Paris ,1950.

ثالثا- المقالات و المجلات القضائية

- حسين فريجة, الاجتهاد القضائي مفهومه و شروط, مجلة الاجتهاد القضائي, كلية الحقوق و العلوم السياسية, جامعة محمد خيضر بسكرة, العدد 01, 2004.
- محمد المجني, مناهج القاضي الإداري في خلق القاعدة القضائية, مجلة العلوم القانونية, جامعة محمد الخامس, المغرب, العدد02 , 2011 .
- عبد الجليل مفتاح, دور القاضي الإداري: وضع القاعدة القانونية أم تطبيقها, مجلة الاجتهاد القضائي, كلية الحقوق و العلوم السياسية, جامعة محمد خيضر بسكرة, الجزائر,العدد02, 2006.

- حنان براهيمي, اجتهاد القاضي في مجال الحقوق و الحريات في ظل الاتفاقيات الدولية, مجلة الاجتهاد القضائي, , كلية الحقوق و العلوم السياسية, جامعة محمد خيضر بسكرة, الجزائر, العدد04, 2009
- الزين عزري, القاضي الإداري يصنع القاعدة القانونية, مجلة الاجتهاد القضائي, كلية الحقوق و العلوم السياسية, جامعة محمد خيضر بسكرة, الجزائر, العدد 02, 2006.
- عادل السعيد أبو الخير, اجتهاد القاضي الإداري في مجال الحقوق و الحريات, مجلة الاجتهاد القضائي, كلية الحقوق و العلوم السياسية, جامعة محمد خيضر بسكرة, الجزائر, العدد 02, 2006.
- Peter BADURA, LE RÖLE DE LA JURISPRUDENCE EN DROIT PUBLIC ALLEMAND, Revue internationale de droit compare, N° spécial vol 6 , (4es JOURNEES JURIDIQUES FRANCO-ALLEMANDES (Lübeck, 13-17 juin 1984) .
- المجلة القضائية, العدد 01, 1989.

رابعا - الرسائل و البحوث

- Droit et grands enjeux du monde contemporain. Ministère de l'Éducation Nationale (Dgesco).France. Juin 2012.
- Philippe COSSALTER. LES GRANDS ARRÊTS DE LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE. Mémoire pour le DEA de Droit Public Interne de L'Université Panthéon-Assas (Paris II). Soutenue publiquement le 17 septembre 1999. P126.
- ابتسام فاطمة الزهراء شقاف, دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية, رسالة ماجستير في القانون الإداري المعمق, جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان, كلية الحقوق و العلوم السياسية, قسم الحقوق, 2015-2016.

- Droit et grands enjeux du monde contemporain. Ministère de l'Éducation Nationale (Dgesco).France. Juin 2012.
- بوبشير محند أمقران, تغيير الاجتهاد القضائي بين النص و التطبيق, الملتقى الوطني السادس حول " الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في قضايا شؤون الأسرة" , كلية الحقوق و العلوم السياسية,جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي, يومي 29-30أفريل-2013.

دراسات

L' "Etat palestinien" : une entité en devenir
The "Palestinian State": an entity in the making
"الدولة الفلسطيـــــنية": كيـان في طور التكوين

SAIDANE Lamis

Dr. Enseignant chercheur- Faculté des sciences juridiques et économiques et gestion – Université de Jendouba – Tunisie

aitemlamis@hotmail.fr

Résumé

L'Etat est insusceptible de définition communément admise. Cependant la majorité de la doctrine admet que l'Etat est une entité juridique, formée de la réunion de trois éléments constitutifs additionnels: une population, un territoire, et une autorité politique qui exerce ses compétences d'une façon souveraine. L'Autorité palestinienne dans les territoires peut-elle être considérée comme-t-elle ? .Le cas palestinien représente un cas singulier car il dispose d'une assise territoriale assortie d'une population avec un gouvernement effectif mis en place, cependant les pouvoirs octroyés aux Palestiniens suite aux accords de paix entrepris depuis Madrid limitent les attributions palestiniennes et compromettent sa souveraineté. La phase d'Autorité intérimaire aurait dû prendre fin en 1999 mais est sciemment reportée à chaque fois par Israël lui refusant d'accéder au rang d'Etat plein et entier pour des raisons stratégiques et sécuritaires.

Mots clés : Etat, accords de paix, Autorité palestinienne, souveraineté.

Abstract

The State is a theoretical construction, a reality that is historical, sociological, and organizational at once. It is not susceptible to a unanimously accepted definition. However, most doctrine admits that the State is a legal entity formed by combining three additional constituent elements: a population, a territory, and a political authority that exercises its powers in a sovereign manner. Can the Palestinian Authority in the territories be considered so? Does it meet its cumulative conditions? The Palestinian case represents a singular case because it has a territorial base combined with a population with an effective government in place; however the powers granted to the Palestinians following the peace agreements undertaken since Madrid have limited the Palestinian attributions and have compromised its sovereignty. The Interim Authority phase should have ended in 1999 but was deliberately postponed by Israel, refusing its access to full State status for strategic and security reasons.

Keywords: State, peace agreements, Palestinian Authority, sovereignty.

الملخص

لا تخضع الدولة لتعريف موحد، ومع ذلك، هنالك مقومات يشترط وجودها تمت شبه الموافقة عليها فلإقامة دولة لابد من توفر عددا من العناصر تتمثل في : السكان ، الإقليم ، وسلطة سياسية حاكمة تمارس صلاحياتها وسلطاتها بصفة سيادية.

وفي هذا الإطار، هل تستجيب مقومات السلطة الفلسطينية لهذه الشروط ؟ .

إن المثال الفلسطيني يعد حالة فريدة من نوعه لأنه يمتلك أرض يعيشوا فيها سكان ولديه حكومة فاعلة، ولكن تبقى الصلاحيات الممنوحة للفلسطينيين عقب اتفاقيات السلام التي تم التوصل إليها منذ اتفاقية مدريد محدودة مما يعرض سيادتها للخطر. إن الفترة الإنتقالية كان يجب أن تنتهي في أواخر سنة 1999 ولكن تم تأجيلها عمدا في كل مرة من قبل إسرائيل التي ترفض أن ترتقي السلطة الفلسطينية إلى دولة كاملة المقومات وذلك للأسباب استراتيجية وأمنية.

الكلمات المفاتيح: الدولة ، اتفاقيات السلام ، السلطة الفلسطينية ، السيادة.

> «*L'Etat naît parce que l'histoire, les vicissitudes et la volonté humaine le font naître* ».
> **D. Anzilotti,** « *Le concept moderne de l'Etat et le droit international public* », Droits, 2014, vol. 58,pp197-213, p. 197)

L'Etat est une réalité à la fois historique ; sociologique; organisationnelle et juridique dont « l'émergence corrélative du mot et du concept a procédé, au XVI éme siècle, à la fois du besoin et de la volonté d'institutionnaliser le pouvoir. »1. Il n'y a pas de définition communément admise de l'Etat. Il existe cependant deux courants de pensée, une version, objectiviste et une autre volontariste qui essayent de définir la notion d'Etat. Pour la première, l'Etat est insusceptible de définition juridique et ne peut être défini que par des critères matériels et d'ordre historico- politiques figée dans ses dimensions matérielles qui sont : le territoire, la population et le gouvernement. Lorsque ces trois éléments sont réunis il y a un Etat et la reconnaissance n'a qu'un effet déclaratif et n'est pas considérée comme élément décisif pour la définition de l'Etat2 . Dans la seconde approche et contrairement à la première, l'accent est mis sur la personnalité juridique comme critère d'existence d'un Etat, plutôt que sur ses éléments constitutifs. La

1Duval(C), Ettori (F)., « États fragiles…ou États autres ? Comment repenser l'aide à leur développement, notamment en Afrique? »,Géostratégiques, no 25,octobre2009,pp.43-55, p.43.

2 La définition fut retenue par la Commission d'arbitrage de la Conférence pour la Paix dans l'ex-Yougoslavie, avis n° 1, 29 novembre 1991, R.G.D.I.P, 1992, pp 264-269, p. 264.

-Scelle(G)., « Règles générales du droit de la paix », R.C.A.D.I, Paris, Librairie du recueil Sirey, Vol. 46, 1933, pp. 331-697, p.343.

-Kelsen(H)., « Théorie générale du droit international public : problèmes choisis », R.C.A.D.I, Paris, Librairie du recueil Sirey, Vol. 42, 1932, p. 117-352, p. 261.

volonté est à la base de la personnalité juridique sans pour autant nier l'approche des objectivistes. L'Etat, sujet de droit international, tire sa personnalité de sa reconnaissance par les autres Etats3. L'entité4 étatique reste « une réalité abstraite »5. Il serait « une entité juridique, formée de la réunion de trois éléments constitutifs (population, territoire, autorité politique) et à laquelle est reconnue la qualité de sujet du droit international[…] .Groupement d'individus fixé sur un territoire déterminé, et soumis à l'autorité d'un même gouvernement qui exerce ses compétences, en toute indépendance, en étant soumis directement au droit international.»6. Il doit disposer d'éléments constitutifs. Il s'agit « […] d'une population, d'un territoire, d'une autorité politique ainsi que d'un quatrième élément, la souveraineté. »7.La convention régionale sur les droits et devoirs des

3 Combacau(J), Sur(S)., Droit international public, L.G.D.J, 11éme éd., 2014, p. 275 et s.

Kamto(M)., « La volonté de l'État en droit international», R.C.A.D.I, Vol. 310, 2004, pp.9-428, p. 27.

Anzilotti(D)., « Le concept moderne de l'État et le droit international public », Droits, 2014, Vol. 58, pp. 197-213, p.226 et s.

4 L'« entité », peut être définie comme « une réalité abstraite, qui n'est conçue que dans l'esprit. ».In : Dictionnaire, Le Petit Larousse, Larousse, 2008, p.373.

Une entité «constitue l'essence d'un genre […]objet considéré comme un être doué d'unité matérielle, alors que son existence objective n'est fondée que sur des rapports […] une entité rationnelle : abstraction[…]l'Etat».In Dictionnaire de la langue française, Le Petit Robert, Le Robert, Paris, 1993, p 872.

5 Dictionnaire, Le Petit Larousse, Larousse, 2008, p. 373.

6Vocabulaire Juridique, Gérard Cornu (dir), Association Capitant, PUF, 5e édition, 1996, p.327.

7 Quoc Dineh(N), Dallier (P), Pellet (A)., Droit International Public, LGDJ. 1999, p. 404 et s.

Etats de Montevideo de 1933 précise que pour qu'une collectivité puisse être considérée comme telle, elle doit disposer de quatre éléments additionnels constitutifs à savoir un élément personnel, matériel et formel: I.Une population permanente;II. Un territoire déterminé; III. Un gouvernement ;IV.Une capacité d'entrer en relations avec les autres Etats. Il est à préciser que le quatrième élément est la résultante rattachée au gouvernement 8.

Dans ce cadre, l'actuelle entité étatique palestinienne répond-elle à ses conditions cumulatives ?

Pour répondre à cette question, obligation est faite de démontrer dans ce cas que la population et le territoire sont des facteurs primaires qui conditionnent l'élément formel. Une autorité politique souveraine, bénéficiant d'une légitimité et assortie d'une reconnaissance internationale s'impose pour compléter les éléments additionnels constitutifs de l'entité palestinienne. Le cas palestinien est loin d'être une hypothèse d'école. Il représente un cas singulier. On exposera dans une première partie l'existence d'une assise territoriale assortie d'une population constituant des composants existant malgré les contestations (I) et dans la seconde partie on traitera de la forme particulière de pouvoir dévolu à l'Autorité palestinienne(II).

Première partie I- Assise territoriale et population : des composants existants malgré les contestations

Les éléments matériels et physiques, sont importants pour affirmer l'existence d'un Etat. Ils sont imposés par le droit international tel que le stipulée la Convention de Montevideo de 19339.On peut dire que l'Etat palestinien existe, puisqu'il bénéficie d'une population, vivant dans les territoires de l'Autorité en Palestine. Mais dans ce contexte, le

8 Verhoeven (J)., Droit international public, Bruxelles, Lancier, 2000, p. 58.

9 Convention de Montevideo du 26 décembre 1933, op.cit.

territoire et la population sont deux éléments objet de controverse. On remarque qu'en dépit de toutes les difficultés, les Palestiniens continuent à exister, comme société, plus ou moins homogène malgré les contradictions existantes10. L'Autorité palestinienne dispose d'une assise territoriale quasi déterminée, tout en étant disloquée (A) ainsi que d'une population permanente, sciemment éparpillée(B).

A- Une assise territoriale quasi déterminée, tout en étant disloquée

Le territoire est un « cadre naturel dans lequel les gouvernants exercent leurs fonctions […].Qui tient le sol, tient l'habitant.»11. Il est à indiquer que la géopolitique de la Palestine, a toujours changée au gré des occupants12. Ainsi, le territoire palestinien fut, depuis le plan de partage de 1947, fixé dans des limites territoriales, par la résolution 181 de l'A.G de l'O.N.U. Les Palestiniens récupéreront une partie de leur territoire perdu avec les accords d'Oslo. Il s'agit seulement des territoires occupés en 1967. Le territoire de l'Autorité est « élastique » avec des espaces et des couloirs sécuritaires israéliens qui grignotent les territoires palestiniens normalement rétrocédés. Il est à retenir que l'occupation israélienne de Gaza et de la Cisjordanie, depuis 1967, a unifié les territoires occupés, ceux de 1948 et de 1967. L'idée se consolida dans les accords de paix israélo-palestiniens. Les deux territoires formeront ainsi une unité territoriale malgré qu'elles soient toutes deux loin l'une de l'autre. Ce morcèlement ne les aidera pas à gérer ces

10Heacock (R)., « Vers une nouvelle épistémologie de l'histoire palestinienne », CONF.MED

, Vol. 4, n°43,2002, pp.13-21, p.21.

11 Bureau(G), Hamon (F), Troper (M)., Droit constitutionnel, op. cit., p. 25.

12Le principe de mandat ne conférait pas aux Britanniques de céder ce territoire selon l'article 5 du mandat pour la Palestine. Les Britanniques devaient « […] garantir la Palestine contre toute perte ou prise à bail de tout ou d'une partie du territoire[…].».

zones13.Israël s'est débarrassé en réalité de territoires pauvres et sous-développés14 qui pesaient sur son économie.

La Bande de Gaza15 : est une région agitée des plus denses du monde. Israël y décréta perpétuellement l'état d'urgence. Les conditions de vie sont difficiles et où la population n'est presque jamais autorisée à quitter la Bande. C'est une prison, à ciel ouvert16avec une absence d'infrastructure17.Elle symbolise la résistance islamiste contre tous les traités de paix avec Israël18.

La Cisjordanie : a une histoire tourmentée19. Avec la conférence de Madrid, l'intérêt ira aux questions tenant à la fois, à la paix et à la sécurité20. Le premier territoire Cisjordanien rétrocédé fut

13 Heacock (R)., « Vers une nouvelle épistémologie de l'Histoire Palestinienne, op. cit., p. 16.

14 Gebi(H)., La Paix d'Oslo, Maison Universitaire de Beyrouth, 1995, p. 27.

15 Gaza est une bande de 365 km² avec 45 km de long et de 5 à 12 km de large. L'Autorité ne gardera selon les accords israélo-palestiniens que 219 km².

16Chaude(P)., L'enfer De Gaza, Le Monde Septembre 1993, p.13.

17Chagnollaud (J-P)., « Palestine : un pays tout entier empêché de vivre », Conf.Méd, Vol. 4, n°43, 2002, pp.9-12, p. 9 et s.

18 Ibidem, p. 11 et s.

19 En 1948, elle fut sous contrôle jordanien. En 1967, Israël l'occupa lui conférant le nom de Judée-Samarie. Sa superficie est de 5000 km2 avec une population de plus d'un million, formée essentiellement de réfugiés(1948). Avant 1967, la ligne de cessez- le- feu, proclamée à la suite des accords de Rhodes en 1949, faisait d'elle une région difficilement contrôlable. Elle fut annexée par la Jordanie et séparée d'Israël.

20 La restitution de Gaza et de la Cisjordanie, a fait l'objet de compromis. La déclaration de principes du 13 septembre 1993 précisera la zone autonome.

Jéricho21.Une extension des zones autonomes suivra. Les Palestiniens réclameront en vain d'autres territoires afin de faciliter l'échange économique entre Gaza et la Cisjordanie22 avec une ville proche du pont Allenby, en relation avec la Jordanie, vu que l'autre partie, sous autorité palestinienne (Gaza) est enclavée dans Israël et n'a de frontière qu'avec l'Egypte qui n'est pas en bon terme avec le Hamas en présence à Gaza. Les frontières entre Israël et la Palestine restent floues faute d'inexistence de textes clairs en la matière, régénérant tensions et instabilité dans les rapports israélo-palestiniens et régionaux. L'accès au statut d'Etat ne peut avoir lieu en principe, sans un contour définitif, précis, du territoire tel que le soutient J.Combacau et S.Sur23. Selon ces auteurs, il peut avoir un doute sur la question de l'existence ou l'inexistence d'un Etat palestinien à l'état actuel24.Face à cette position,

---

L'accord Gaza-Jéricho octroie aux Palestiniens 280 km2 de territoire par rapport aux 6170 km de la région.

21Le Marchand(P), Radi(L)., Israël/Palestine Demain, Paris, Atlas Prospectif, Complexe, 1996, p.112.

22 Jéricho fut rétrocédée parce que ses habitants n'ont pas participé à l'Intifada et d'après les Israéliens, c'est une ville qui a été maudite par Dieu.

- Les Palestiniens ont deux parcelles de territoires en forme de taches de léopard, séparées de plus de 100 km l'un de l'autre. La discontinuité ne fait qu'affaiblir les missions de l'Autorité.

23 Combacau et Sur précisent qu' « il n'y a pas d'espace trop restreint pour se prêter à la formation d'un Etat. En second lieu, l'assiette spatiale […] peut être discontinue. Certes, la fragmentation du territoire risque de nuire à la viabilité future de l'Etat.». In : Combacau(J), Sur(S)., Droit international public, op. cit.p. 276

24Cette attitude s'explique par «[…]l'absence de définition explicite, par ses promoteurs mêmes, des contours de l'espace où ils peuvent prétendre le constituer […]. Rigoureux quant à l'exigence d'un espace identifiable, le droit international est indifférent, en revanche, à certaines particularités de l'assiette

une thèse adverse est soutenue notamment par J.Verhoeven.Pour lui, la question des frontières, bien qu'importante, n'est pas déterminante dans la mesure où il a pu y avoir un Etat25. Cela dit, il n'est pas indispensable que la masse territoriale sur laquelle celui-ci se trouve soit délimitée26. Mais, selon l'auteur dans le cas palestinien, cela peut compliquer les rapports internationaux sans pour autant nier le caractère étatique de l'entité qui face à ces analyses est confrontée à plusieurs problèmes27.Israël refusent la délimitation finale des territoires ce qui constituera une des causes de la non reconnaissance de l'Etat palestinien par certains Etats. A la suite de l'accord intérimaire Oslo II (septembre 1995), les parties fixeront différentes zones à départager en Cisjordanie28mais malgré cela, on signale toujours la

---

du futur Etat, qui font davantage partie des conditions matérielles de viabilité politique du pays qui aspire à ce statut » Ibidem.

25 Verhoeven(J)., Droit international public, Larcier, Bruxelles, 2000, p. 52.

26 Selon Verhoeven, il suffit que la masse territoriale sur laquelle cet Etat s'appuie, ne prête pas à contestation tel le cas palestinien dont nul ne doute qu'elle revient de droits aux Palestiniens. Israël, si contesté dans son existence existe incontestablement depuis 1948 sans avoir de frontières internationalement reconnues avec les Etats voisins. Ibidem, p. 51 et s.

27Perrin de Brichambaut(M), Dobelle (J-F), D'Haussy (M-R)., Leçons de droit international Public, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2002, p. 84.Pour les auteurs l'existence de colonies compliquent les faits sur terrain. Elles sont sciemment semées au long des frontières présumées soulevant un problème de découpage territorial. S'ajoute à cela la construction du « Mur de séparation » […] départageant Jérusalem […] encloitrant les territoires autonomes. […] mettent en doute l'existence, d'un Etat palestinien homogène et souverain. Idem.

28 La zone « A », représentant 3 % de la Cisjordanie, avec un contrôle civil et militaire palestinien. La zone « B », représentent 27 % de la Cisjordanie, le contrôle civil sera attribué à l'Autorité avec, un contrôle militaire israélo-palestinien conjoint. La zone « C » sera sous contrôle exclusif israélien. Avec le

présence israélienne sur ces territoires. Le fait colonial se poursuit. La création d'un Etat palestinien aux frontières déterminées, reste difficilement négociable. Les limites existantes ne peuvent, dans l'immédiat faire l'objet de protestations palestiniennes, car cette possibilité ne figure pas dans les accords de paix. Malgré les critiques qui s'y rapportent (territoire restreint, disloqué et discontinu) les caractéristiques du territoire sont conformes à l'exigence du droit international, correspondant aux critères de formation de l'Etat. Plus tard, il suffira à Israël de déclarer que l'Etat palestinien existe pour qu'il le soit29. La question territoriale se répercutera sur le devenir du futur Etat palestinien tout comme la question tenant à la population.

B-Une population permanente, sciemment éparpillée

La population, élément important de l'Etat, est sa substance humaine. C'est une masse « d'individus sédentaires, qui représentent une individualité par rapport à d'autres, au point de constituer une nation»30.Le droit international « […] n'impose, en l'occurrence, ni quantité, ni composition particulière, ni prétexte que les nationaux sont en nombre insuffisant, si peu nombreux fussent-ils […] il est indifférent à leur existence que leur population soit ou non ethniquement, linguistiquement, religieusement, culturellement […] homogéne.»31.Partant de la définition, on peut affirmer l'existence d'un

Mémorandum de Wye River du 23 octobre 1998, il était prévu d'évacuer 13 % de territoire Cisjordanien. A partir de cette date, le processus fut bloqué.

29 Les critères constitutifs ne seront plus évoqués par Israël et fera taire les thèses adverses.

30 Gicquel(J)., Droit constitutionnel et institutions politiques, Paris, Montchrestien, 1997, p.44.

31 Verhoeven(J)., Droit international public, op. cit., p. 52 et s.

rattachement des palestiniens à leur territoire d'un point de vue juridique. Les accords d'Oslo sont un gage reconnaissant la nationalité des palestiniens, « palestiniens de l'intérieur » qui n'ont pas quitté les territoires d'une façon continue depuis 1967. Dans ce cadre, les « Arabes Israéliens » seront exclus32. Les palestiniens qui s'y trouvent sont ou bien des Palestiniens qui y ont toujours vécu, ou des réfugiés33 palestiniens ou des apatrides, exceptés les déplacés ayant fui les villes palestiniennes depuis la création d'Israël en 1948. La rupture de l'un annonce la fin de l'autre, d'où l'importance du territoire pour les Palestiniens34. La reconnaissance du peuple palestinien dans ce cas, lui

-La population fut définie comme « le peuplement, c'est-à-dire, l'ensemble des personnes qui habitent un espace, une terre ».In Dictionnaire Micro-Robert, Ed.1995, p. 1483.

32 Israël a exclu les réfugiés de 1948 ainsi que les Palestiniens de Cisjordanie et de Gaza de 1967, alors qu'il existe un lien étroit entre peuple et territoire. In : Fabrizi-Ruiz(H)., «Genèse et disparition de l'Etat à l'époque contemporaine», A.F.D.I, 1992, pp.153-178, p.153.

-Selon les accords d'Oslo, l'Autorité délivre des passeports /document de voyage aux palestiniens de Gaza et de Cisjordanie. Ces derniers peuvent obtenir un passeport contrairement à ceux de Gaza qui ne peuvent l'avoir que s'ils possèdent un numéro d'identité délivré par Israël lors de son occupation en 1967. Ce fait exclut ceux qui étaient hors des territoires lors de l'occupation. Ces derniers sont considérés comme réfugiés ou apatrides.

33 La Palestine étant un territoire réduit, ne pourra pas répondre aux revendications du droit de retour des réfugiés palestiniens qui dépend de la portion territoriale cédée par Israël.

34 La notion de peuple palestinien ne figure pas dans la déclaration Balfour(1917). L'empire ottoman, devenu (Turquie) va céder à la S.D.N le mandat sur la Palestine et la mention du peuple palestinien et de Palestine y figurent. L'O.N.U a reconnu le caractère de la population arabe palestinienne. L'administration américaine parle des Palestiniens et à Camp David (1978), on parle des droits des Arabes de la terre d'Israël (citoyens non juifs dans un Etat juif.

donne droit sur la Palestine. Il reste difficile d'imaginer un Etat fantôme, ou une population sans territoire à moins d'y être déplacée de gré ou de force.

Cette hypothèse s'applique pour les Palestiniens. Les Sionistes retiendront la thèse qui répondra à leur conviction laissant croire que la Palestine est un territoire sans peuple pour tirer les effets juridiques de la qualification « terra nullius »35. Cela légitime la colonisation israélienne et argumentera son occupation36 et interdira aux palestiniens ayant quitté la patrie le droit de retour. Les recensements effectués dès 1945, contrairement à la thèse israélienne, constitue une preuve de la continuité du rattachement des palestiniens à leur territoire37. A partir de là Israël sera toujours sur ces gardes. La loi de la citoyenneté israélienne sera discriminatoire pour préserver un taux

35 Knop (K).,Diversity and Self-Determination in International Law, Cambridge University Press, Cambridge 2002, p.1 22 et s.

36Charbit(D)., « Qu'est-ce qu'une nation post-sioniste ? », Controverses, no 3, octobre 2006, pp.88-114.

37 Les recensements sont une preuve de la présence des palestiniens dans leur territoire. Un document élaboré(1946) par les Britanniques à l'intention du «Comité spécial des Nations Unies pour la Palestine», (UNSCOP, United Nation Spécial Committee on Palestine), contient des données sur la Palestine : sur une population totale de 1 845560 personnes, on compte 1076780 musulmans, 608230 Juifs, 145060 chrétiens et 15490 «autres». Les propriétés juives représentent 6,6 % du territoire total de la Palestine, les propriétés palestiniennes 87%; les 5,9 % restants étant «State land», selon la classification du mandat britannique. In: A Survey of Palestine: Prepared in December, 1945 and January, 1946 for the Information of the Anglo-American Committee of Inquiry, vol 1, Washington, and Institute for Palestine Studies, 1991, p.12.

-First Intérim Report of UN Survey Mission for Middle East, UN Document A/1106,17 novembre 1949 indique qu'« en septembre 1949, 280 000 réfugiés palestiniens se trouvaient en Cisjordanie, 70 000 en Transjordanie, 190 000 dans La bande de Gaza (alors sous contrôle égyptien), 100 000 au Liban, 75 000 en Syrie, 7 000 en Egypte et 4 000 en Irak ».

élevé de juif en Israël par rapport aux Arabes musulman israéliens qui ont un taux de natalité plus élevé que ceux des Juifs israéliens. Ce qui fera que la population juive israélienne sera minoritaire 38 et les Arabes de 1948 pourraient devenir majoritaires en Israël vers 203539.Ainsi, un conjoint palestinien d'un conjoint ayant la nationalité israélienne, n'a pas le droit de vivre en Israël40.Cela fut institué pour mettre fin à d'éventuels flux de Palestiniens qui risquent de réintégrer Israël officieusement41.Les Arabes israéliens, souhaitant rejoindre la Palestine

38Bachi(R)., « La population juive de l'Etat d'Israël», Population, Vol.7, n° 3,1952, pp. 405-452.

- Bachi(R)., « Données récentes sur la population juive d'Israël », Population, Vol. 12, n°4, 1957, pp. 711-718.

39 La confirmation fut faite par le Bureau central des statistiques israélien, 2011, (en ligne) http:// www1 .cbs.gov.il/www/yarhon/c1e.htm. (Page consultée le 27 mars 2022).

- Abd Al-Magid Wahid, Al-Ahram's Arab Strategic Report, (en ligne), http://www .geopo pulation. com/20111203/ demographie-israel-la-population-musulmane-majoritaire-dans-40-ans/. (Page consultée le 27 mars 2022).

- Cette analyse pousse Israël à proposer le regroupement des palestiniens dans un futur Etat en Cisjordanie, après le démantèlement des colonies. La question se complique lorsqu'on évoque les « Arabes chrétiens » de Nazareth, représentant une vieille communauté d'Israël .Le problème se pose avec les Druzes habitant le Golan, se considérant israéliens et refusent de s'intégrer en tant qu'Arabes et Musulmans avec les autres communautés arabes.

40 Greenberg (J)., "Israeli Court Rules Arab Couple Can Live.In: Jewish Area", New York Times, 9 mars 2000.

41 La nationalité israélienne est réglementée par la loi du 01-04-1952.Ce sont ceux nées en Israël, y résidant ou le souhaitent (sans considération de race, religion, croyance, sexe ou conviction politique). Elle peut s'acquérir par naissance, la loi du Retour, la résidence ou la naturalisation. La double nationalité est interdite.

devaient se dessaisir de la nationalité israélienne pour bénéficier de la palestinienne et perdront leurs droits en Israël. En ce qui se rapporte à la nationalité palestinienne, elle a toujours existé. La nationalité est fondamentalement « l'expression du rattachement d'un individu à un Etat, par rapport auquel chacun est, aujourd'hui, national ou étranger, s'il n'est pas apatride […] si un Etat disparait, cela ne signifierait pas que la « nation», hors l'Etat, ait nécessairement disparu […]. Si le mot évoque un rattachement, il renvoie à la « nation » et non point à l'Etat »42. Sous la domination turque et selon la loi sur la nationalité ottomane (19 janvier 1869), les habitants de la Palestine étaient citoyens ottomans43. A l'époque « il n'existait ni Palestine, ni nationalité palestinienne, ni Palestiniens, pas plus qu'existaient Israël, nationalité israélienne ou Israéliens »44. Il fallut attendre l'institution du mandat britannique et le traité de Lausanne pour que les habitants de la Palestine aient une nationalité propre. Il y'avait un vide juridique. En droit international, lorsqu'un Etat disparait et qu'un autre Etat prenne sa place ces citoyens « […]obtiennent automatiquement la nationalité de l'Etat lui succédant sur le sol duquel ils résidaient déjà »45. Ainsi,

42 Verhoeven(J) ., « Etat, nation et nationalité », in : Droit international et nationalité, Colloque SFDI de Poitiers, Pedone, 2012, p. 519 et s.

43Qafisheh (M-M)., « Genèse de la citoyenneté en Palestine et en Israël, nationalité palestinienne de 1917 à 1925 », Bulletin du Centre de recherche français à Jérusalem, pp. 1-20, traduction française de Grumbach (J),l'article original : Genesis of Citizenship, in : Palestine and Israel,01-03-2011. (En ligne)http://bcrfj.revues.org/6405.(Page Consultée le 10 mai 2022).

44 Ibidem, p.1.

45 Selon Qafisheh (M-M)., les Palestiniens « étaient citoyens ottomans sur la base de la législation internationale sur la succession des Etats, les Palestiniens l'étaient également conformément à la Loi sur la nationalité ottomane du 19 janvier 1869 ». Ibidem, p.5.

- Lors du mandat sur la Palestine, « les sujets étaient toujours considérés comme sujets ottomans.». Ibidem, p.9.

et en droit international, la nationalité palestinienne fut instituée le 6 août 1924. Le traité de Lausanne, « transformait le statut de fait de la nationalité palestinienne […] le 6 août 1924, pour la première fois, la loi internationale déclarait la naissance du « peuple palestinien » différent des autres peuples »46. Cela n'explique pas le refus de procéder à la reconnaissance d'un Etat palestinien alors que l'élément territorial a toujours existé. L'élément de la nationalité laissait croire, pour les Arabes palestiniens, qu'ils pouvaient aspirer à l'indépendance. D'un autre côté, on va octroyer la nationalité palestinienne aux immigrés juifs, pour préparer le futur partage de la Palestine qui selon la version qui en suivra aura lieu entre deux communautés religieuses ne pouvant vivre ensemble, ni former en conséquence une nation homogène. Cependant, la nation palestinienne n'a pas pu créer l'Etat palestinien alors que l'Etat israélien a réussi à créer de toutes pièces une nation juive, un Etat et effriter le peuple palestinien47.La population palestinienne a toujours existé en tant qu'ensemble d'individus, auxquels la nationalité fut accordée, en tant que Palestiniens, ou en tant qu'Arabes israéliens, sur cette assise territoriale, de façon permanente. S'il s'avère qu'ils se trouvent éparpillés dans un territoire fragmenté, cela ne les a pas empêché d'entretenir des liens qu'ils n'ont jamais rompus. Après Oslo, face aux contraintes tenant au territoire et à la population, s'ajoutera un autre élément se rapportant au gouvernement

-Le traité de Lausanne(24 juillet 1923) stipule que «[…]les habitants étaient dans les faits considérés comme Palestiniens… la plupart des règlements sur la nationalité du traité de Lausanne furent adoptés dans l'Ordonnance sur la citoyenneté palestinienne du 1er août 1925 devinrent partie intégrante du droit du pays ».Ibidem,p.17.

46 Idem.

47Dieckhoff (A)., « La nation en Israël entre démocratie et ethnicité », La pensée politique, n°3,1995, pp. 56-70.

de l'Autorité palestinienne dans les territoires qui aura lui aussi ses particularités.

II-L 'Autorité palestinienne : une forme particulière de pouvoir

Pour l'Etat, l'élément formel est important puisqu'il complètera l'élément personnel et matériel. Il permettra à l'autorité politique de s'exprimer en tant que pouvoir à travers des institutions. Ainsi, l'Autorité palestinienne fut instituée par accords israélo-palestiniens. L'entreprise fut à Oslo en 1993 suivant le plan tracé à Madrid en 1991. Différents transferts de pouvoirs ont été octroyés à l'Autorité, en tant que nouvelle institution palestinienne dans les territoires autonomes .Cette Autorité a des pouvoirs réduits. Les accords intérimaires vont étendre les compétences et les pouvoirs de l'Autorité palestinienne, ce qui ne représente pas pour autant un pas vers la reconnaissance israélienne du droit des Palestiniens à un Etat .Le transfert sous conditions sera assorti de plusieurs restrictions israéliennes considérables48. Ils auront un pouvoir institué par accords internationaux (A) ce qui va leur permettre de bénéficier, en tant que nouveau sujet de droit, de certaines capacités reconnues à l'échelle internationale et d'avoir un gouvernement avec des institutions fonctionnelles (B) malgré toutes les crises qu'il a traversé.

A-Un pouvoir institué par accords internationaux

Les différents accords depuis Madrid jusqu'à Taba, institueront une Autorité représentant le peuple palestinien, et chargée de le régir par la suite. L'O.L.P sera l'unique représentant et interlocuteur vis-à-vis d'Israël. Elle conclura l'accord du 13 septembre 1993, engageant deux entités différentes, un mouvement de libération nationale, et un Etat.

48 Benchikh (M)., « L'accord intérimaire israélo-palestinien sur la Cisjordanie et la bande de Gaza du 28 septembre 1995 », A.F.D.I, Vol. 41, n0 1, 1995, pp.7-32, p. 10.

Les Palestiniens furent les premiers à reconnaitre Israël, ensuite c'était au tour d'Israël de le faire49. En exigeant des Palestiniens sa reconnaissance pour entrer en pourparlers avec eux, Israël a élevé l'organisation au rang de «quasi-Etat », lui reconnaissant sa capacité de négocier. Israël reconnaîtra le droit du peuple palestinien sur la Palestine ainsi que l'existence de ce peuple, et inéluctablement, son droit à l'autodétermination50. Les Palestiniens choisiront la voie de la reconnaissance déclarative et non plus constitutive. Seulement, cette reconnaissance israélienne ne donne pas automatiquement aux Palestiniens le droit de s'ériger en Etat. Il faut que les Palestiniens s'imposent car on n'a guère « besoin de reconnaître l'Etat, il suffit de constater son existence »51. Il appartient aux Etats de se faire reconnaître et accepter par les autres Etats52. Les Palestiniens auront un pouvoir semblable à celui «d'un Etat de fait ». Les éléments de l'Etat qui lui manquaient, existent à présent par la présence de l'Autorité dans les

49 Verhoeven (J)., La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine, Pedone, 1975, p. 653.

-L'accord d'Oslo constitue un précédent, hors norme, dans les relations internationales parce que ce sont les Etats qui reconnaissent ou refusent de le faire lorsqu'il s'agit de mouvement de libération nationale. Avec le cas palestinien il y a une inversion des rôles. La reconnaissance «apparaît comme une prérogative des Etats », idem.

50 Ben Achour (R)., « L'accord israélo-palestinien du 13 septembre 1993 », R.G.D.I.P, Vol. 98, 1994, pp. 337-376, p. 353.

51 Lapidoth (A.R), Goller (N, K)., « Les éléments constitutifs de l'Etat et la déclaration du Conseil National Palestinien du 15 Novembre 1988 », R.G.D.I.P, no. 4, 1992, pp. 778-809.

52 Verhoven (J)., « La reconnaissance internationale, déclin ou renouveau », A.F.D.I, Vol. 39, 1993. pp. 7-40, p.31.

territoires53. Il est important de rappeler qu'il ne faut pas confondre la notion de «personnalité internationale » avec celle de «capacité internationale » qui sont deux attributs de la «subjectivité internationale »54.Les accords rentrent dans ce cadre et auront un caractère international car les expressions «ne sont pas celle qu'on emploie dans des accords entre une entité sans statut international et un Etat »55. Dans cette phase transitoire, les Palestiniens, devaient prouver qu'ils peuvent maîtriser territoires et institutions, afin de gérer un Etat. L'accord de Madrid du 13 septembre 1993 fut porté sur la procédure par étapes, permettant un transfert progressif des responsabilités d'Israël aux Palestiniens dans le cadre de la déclaration de principes fixant les bases d'un processus d'autonomie engageant un dialogue entre les parties afin de se familiariser et travailler ensemble56. A chaque accord, les Palestiniens arracheront de nouvelles prérogatives57.Avec l'accord du 4 mai 1994 on va mettre en place une

53 Lazarus(C)., Lazarus(C)., «Le statut des mouvements de libération nationale à l'organisation des Nations-Unies », A.F.D.I, 1974, pp. 173-200, p.195.

54 virally (M): « L'ONU devant le droit », J.D.I, 1972, n° 3, pp 501-533, p 525 et s.

- L'avis de la C.I.J, rendu dans l'affaire de la réparation des dommages subis au service des Nations-Unîtes, avance qu' « […] on n'a pas besoin d'être un Etat, de le lui ressembler ou d'avoir vocation à former un Etat, pour être un sujet plein du droit international.». Il y a seulement des capacités, de degrés différents. In : Avis de la C.I.J rendu dans l'affaire de la réparation des dommages subis au service des Nations-Unies. Recueil C.I.J, 1949, p.178.

55 Benchikh (M)., « L'accord intérimaire israélo-palestinien sur la Cisjordanie et la bande de Gaza du 28 septembre 1995 », A.F.D.I, Vol. 41, n0 1, 1995, pp.7-32, p. 27.

56 Souss(I), Elpeleg(Z)., Dialogue entre Israël et la Palestine, Paris, Plon, 1996, p. 175 et s.

57Calvo-Goller (N-K) ., « Le régime d'autonomie prévu par la Déclaration de Principes du 13 Septembre 1993 », A.F.D.I, n 0 39, 1993, pp. 435–450, p. 440.

autonomie intérimaire et prévoir des élections parlementaires (Conseil palestinien)58.Dans l'accord Gaza-Jéricho on mentionnera l'existence d'une « Autorité palestinienne »59, au sein de son article V60. L'article IV structurera et organisera l'Autorité, et ne fait plus référence à l'O.L.P61.Israël transférera à une administration palestinienne certaines attributions précisant que l'Autorité ne se substituera pas à l'O.L.P alors qu'en fait toutes deux forment une entité car selon l'accord le pouvoir de l'Autorité est partagé entre l'O.L.P, le Conseil et le chef de l'Autorité. L'Autorité aura cependant des compétences limitées. Plus tard, l'accord de Taba (Oslo II), du 28 septembre 1995 transférera plus de pouvoirs et de responsabilités au Conseil imposant un type d'autorité et d'institution s'incarnant dans une Autorité intérimaire d'autogouvernement permettant aux Palestiniens «de se gouverner selon des principes démocratiques.»62.Le pouvoir est remis à un Conseil suivant l'article III de la Déclaration de 1993. L'accord intérimaire donnera plus de précisions sur l'opération électorale du

- Les Palestiniens insistent pour ajouter l'expression « O.L.P » à côté du mot équipe. Ils réussiront à former une délégation autonome, indépendante des Etats arabes.

58 Bockel (A)., « L'autonomie palestinienne, la difficile mise en œuvre des Accords d'Oslo-Washington », A.F.D.I, Vol. 40, 1994, pp. 261-286, p. 264.

59 Mouton (J-D)., « L'autonomie Palestinienne après l'accord intérimaire, israélo-palestinien du 28 Septembre 1995 », R.G.D.I.P, 1996, Vol.4, pp.951-977, p. 957.

60 Le terme « autorité » comme désignant « le pouvoir donné pour l'exercice d'une fonction […] organe investi de ce pouvoir ».In : Vocabulaire Juridique, Gérard Cornu(dir), Association H. Capitant, PUF, 1987, p.85,

61Dictionnaire Constitutionnel, A. Duhamel, Y. Meni (dir), PUF, Première édition, 1972, p.60.

62 Calvo-Goller (N-K) ., « Le régime d'autonomie prévu par la Déclaration de Principes du 13 Septembre 1993 », A.F.D.I, n 0 39, 1993, pp. 435-450, p. 61 et s.

Conseil et du président de l'Autorité63. L'opération électorale légitima l'O.L.P en tant qu'autorité mais, resta imparfaite puisque les Palestiniens de la diaspora et ceux de Jérusalem, n'ont pas pris part. Israël voulait avoir un gouvernement élu et non désigné par l'O.L.P. Le processus devait en apparence assurer la démocratisation des institutions palestiniennes. Depuis, Israël exerce un contrôle ardu sur les missions concédées à l'Autorité. Cette ingérence s'explique par la fatidique question sécuritaire évoquée par Israël pour se prémunir contre toutes actions allant à l'encontre de ces intérêts et s'assurer des intentions de l'adversaire. L'élément formel tenant à l'existence de l'Etat est rattaché à l'existence d'une autorité politique avec des capacités inconditionnelles et autonomes64 lui permettant de gouverner. Malgré les embuches semées par Israël, l'Autorité maitrise la situation dans les territoires avec un gouvernement effectif ayant une capacité limitée.

B-Un gouvernement effectif avec une capacité limitée

Le territoire, permet aux institutions politiques de s'exercer sur une collectivité humaine dans un périmètre géographique déterminé et relativement stable65.Le gouvernement mettra en œuvre sa politique et doit être doublement légitimé, par ses gouvernés et reconnu comme tel par les Etas tiers pour une habilitation à l'exercice de ses fonctions

63 Les articles I, II, III et IV de l'Accord du 28 septembre 1995, op.cit.

64 Pellet(A) ., Note sur la commission d'arbitrage de la conférence européenne pour la paix en Yougoslavie, A.F.D.I 1991, pp.329-348.

-Pellet(A) ., Premier avis rendu le 29 novembre 1991 par la commission d'arbitrage de la conférence européenne pour la paix en Yougoslavie, R.G.D.I.P 1992, pp.264-269.

65 Burdeau (G), Hamon(F) Troper(M) ., Droit constitutionnel, L.G.D.J, 1997, p.24 et s.

gouvernementales66. L'Etat, élément abstrait, a besoin d'organes et d'agents agissant en son nom et non à sa place67. Il essayera de concilier l'inconciliable et satisfaire à la fois israéliens et palestiniens68. A ce effet, les palestiniens disposent d'un appareil qui gère la vie politique dans les territoires établie par des élections libres et directes depuis 199669. La procédure d'accensions à cette institution reste propre à chaque Etat qui reste libre de choisir son mode de gouvernement70.Le gouvernement doit être « […] effectif, pour que l'ordre que postule le droit puisse être préservé, et qu'il soit indépendant, pour que l'autonomie de la personnalité de l'Etat, dont il est l'organe, puisse être sauvegardée »71. La question est délicate, lorsqu'on est en présence de plus d'une autorité tel que vécue par le gouvernement palestinien mais elle fut réglée avec le Hamas en place dans la Bande72.L'effectivité d'un

66 Ibidem, p. 30 et s.

67 Combacau (J), Sur (S) ., Droit international public, op. cit., p. 277.

68 Les premiers sont des partenaires aux accords de paix et dont l'avenir en dépend. Les seconds ont collaboré aux élections pour mettre en place le pouvoir.

69Le gouvernent,est le porte-parole des Palestiniens, n'a jamais cessé de remplir ses fonctions.

70 Ce qui importe, c'est sa représentativité et légitimité qui lui permettra de parler au nom de l'Etat, de l'engager et d'entrer en relation avec ses semblables. Un gouvernement contestée dans son essence et sa composition ne peut se maintenir que momentanément.

71 Verhoeven (J) ., Droit international public, Bruxelles, Larcier, 2000, p.81

72Le Hamas, détenant Gaza, n'a jamais cherché à créer une Autorité parallèle. Une prise du pouvoir par le Hamas, eut lieu et exercera un pouvoir effectif à Gaza en 2007. Il n'a jamais été question de renverser l'Autorité en place ni de mettre en cause son gouvernement.

gouvernement peut être appréciée suivant certains indices73. Ces derniers restent applicables au gouvernement palestinien. En lui transférant des pouvoirs, les Israéliens légitimeront le gouvernement en place. Reconnaitre un gouvernement est « un prolongement de la reconnaissance d'Etat74 ». Israël se contredit dans ce cadre lorsqu'elle s'oppose à la reconnaissance d'un Etat palestinien en se limitant à la reconnaissance d'une simple Autorité autonome. Israël remet en cause la légitimité du gouvernement en s'ingérant dans ses affaires. Il cherchera

à l'affaiblir et montera les gouvernés contre lui selon l'adage : diviser pour mieux régner à l'instar des pratiques utilisées par les grandes puissances pour déstabiliser des régimes qui déplaisent. Cette attitude est illicite parce qu'elle touche la souveraineté de l'Autorité constituant une ingérence dans les affaires intérieures palestiniennes75. L'Autorité telle que structurée usera de pouvoirs légués par Israël à l'échelle interne et internationale dans les limites des accords.

73 Un minimum de services publics doit être assuré tel : la sécurité, le maintien de l'ordre, la justice, l'enseignement […]. Les engagements internationaux entrepris par l'Etat doivent être respectés et il n'y a pas de mesures uniformes pour mesurer le degré d'effectivité d'un gouvernement, les vis-à-vis restent libres d'en juger selon des critères objectifs et subjectifs. In : Verhoeven (J)., Droit international public, op.cit., p.82 et s.

74Verhoeven (J) : La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine, op.cit., p. 65 et s.

75 La Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats(le 24 octobre 1970) stipule que« tout Etat a le droit inaliénable de choisir son système politique […] sans aucune forme d'ingérence […] d'un autre Etat. ».

-La CIJ confirmera cette thèse car « aucune règle de droit international n'exige que l'Etat ait une structure déterminée.». In : Avis consultatif C.I.J relatif au « Sahara occidental », 16 oct.1975, CIJ Rec., 1975, par 94, pp. 43-44.

A l'échelle interne, elle jouit d'un pouvoir triplement structuré, comme le reste des Etats, avec un pouvoir exécutif76, législatif et judiciaire. Malgré les restrictions, elle gère des domaines classiques77. Sa mission la plus ardu serait de maitriser la situation interne sur le territoire qu'il détient en se faisant obéir78. Des incidents ont eu lieu suite aux élections de 1996, entre Hamas et le Fath et le gouvernement a sagement riposté en se contentant d'appeler à une réconciliation nationale qui n'a abouti qu'en juin 2014.La situation fut rétablie depuis. Suite à cela, il y a certes un partage des territoires. Le Hamas garde Gaza et l'Autorité la Cisjordanie. Un équilibre particulier est assuré entre les parties, permettant au Hamas d'assurer un prolongement de la fonction sécuritaire de l'Autorité dans la Bande sans pour autant se superposer à elle. Les Palestiniens sont contraints d'agir ainsi pour des raisons sécuritaires. Ils doivent s'auto défendre à travers cette milice privée du Hamas à côté de celle de l'Autorité. Cette acceptation tacite légitime la présence du Hamas dans la Bande en tant que prolongement du Fath et de l'Autorité. Le gouvernement ne peut faire pression, pour mettre fin à cette pratique79. De plus, en Cisjordanie, l'Autorité n'a qu'une simple

76 Le poste de premier ministre était imposé par Américains et Occidentaux. Ils voulaient avoir un interlocuteur à part le président de l'Autorité. On constate que les institutions palestiniennes ont toujours été fonctionnelles dans les territoires.

77Legrain (J-F)., « Le Conseil législatif palestinien », M.A.M.M, n° 161, 1998, pp.8-17, p. 11.

-Madi(K) : Le système juridique et institutionnel de l'Autorité palestinienne, in : séminaire organisé par ASF sur le rôle des avocats œuvrant dans le domaine des droits de l'homme en Israël et Palestine, Université Panthéon-Sorbonne Paris I ,7-8 avril 2006.

78 Combacau (J), Sur (S) ., Droit international public, op. cit., p. 278.

79 Jolly(C)., Les difficultés d'émergence d'un Etat : la Palestine, AFRI, Vol. 2/ 2001, pp. 78-96.

police et sera dispensée d'armée suivant les accords d'Oslo80. Ce fait renvoie à la question de capacité et de souveraineté limité de l'Autorité suivant la conception organique et fonctionnelle des pouvoirs et compétences fixant les tâches dévolues à l'Autorité sur le plan interne et international. Cette reconnaissance d'autonomie reste rattachée aux pouvoirs légués par l'Etat détenteur mais dans le cas palestinien, Israël ne peut y procéder car ces pouvoirs sont illégalement détenus, puisqu'il agit sur un territoire qu'il ne lui revient pas81. L'Autorité est tenue de préserver la sécurité et intérêts vitaux d'Israël, stipulées dans la Déclaration de principes de 199382 . Il en est de même de l'accord Gaza-Jéricho (4 mai 1994), ou Israël exclura les colonies des territoires cédés aux Palestiniens 83. Plus tard, les principes d'Oslo II de 1995 ne seront

80 La question sécuritaire et le contrôle des frontières, relèvent d'Israël qui contrôle le moindre détail, même le pouvoir local de l'Autorité, qui encadre les activités des municipalités palestiniennes. L'accord de 1995 interdit aux équipes municipales toute expansion de frontières dans les zones « C », définies par les accords d'Oslo, constituant une contrainte dans la mesure où elles ont, théoriquement, en charge l'aménagement du territoire. Il les empêche également d'envisager de construire, à proximité des colonies.Ces pratiques empêchent tout projet d'investissement ou de développement régional des territoires revenant à l'Autorité. In : Signoles (A)., Le système de gouvernement local en Palestine, STIN, 2010, p. 32.

81 Accord du 4 mai 1994 et l'accord de Taba du 28 septembre 1995 comportent des centaines de pages accompagnées de cartes, et une liste détaillée des pouvoirs ou Israël peut intervenir simultanément avec l'Autorité palestinienne.

- Article II (2) du Protocole d'accord israélo-palestinien sur les modalités du redéploiement israélien de la ville d'Hébron du 17 janvier 1997.

82 L'article VII (5) du mémorandum de 1993 stipule que les domaines réservés aux israéliens concernent la distribution d'eau, l'énergie, la poste et les télécommunications.

83 Article I de l'Accord Gaza-Jéricho du 04 mai 1994.

- Israël assure la sécurité des colonies et va se redéployer vers les implantations et la Zone d'installation militaire, ce qui fait qu'il ne quittera pas les territoires.

pas meilleurs et réduiront la souveraineté palestinienne et ne présente pas une avancé dans le processus allant vers la proclamation d'un statut définitif.

Le pouvoir législatif palestinien « le Conseil »connait lui aussi des restrictions84. L'autorité exécutive doit demander l'aval préalable d'Israël, en tant que contrôle préventif, ce qui signifie un véritable droit de veto. L'Autorité « bénéficie » de compétences dans des domaines qu'Israël ne veut plus gérer et sur des sujets qui ne sont pas les siens. Israël gardera, les secteurs-clefs tels l'économie monétaire, les réserves naturelles et l'agriculture, touchant directement aux intérêts vitaux israéliens85. Au-delà de ces pratiques, Israël procèdera contrairement aux accords à contrôler abusivement les espaces terrestres, aériens et maritimes palestiniens86entravant la circulation des personnes et des

L'article II ajoute que des forces militaires israéliennes peuvent comprendre la police ainsi que d'autres forces de sécurité israéliennes, ce qui représente un réel danger pour l'Autorité et l'armée peut envahir les territoires sous prétextes sécuritaires, à tout moment.

84L'Autorité ne peut procéder, ni à l'annulation, ni à l'amendement des lois et ordonnances militaires sans l'examen préalable de la commission juridique conjointe. Les compétences transférées sont : l'Education, la Culture, l'Emission de timbres, la Sécurité sociale, les Affaires sociales, la Santé, le Logement, l'Emploi et la délivrance de passeports aux résidents.

85 Bien qu'ils aient le droit de créer leur propre système bancaire, les Palestiniens, restent soumis à l'approbation du comité mixte économique pour avis favorable de la commission.

86 Israël a interdit les vols via l'aéroport palestinien de Gaza et procédera à la destruction du tarmac et des infrastructures en 2009, imposant ainsi un passage forcé par Israël. Il réduira l'espace maritime palestinien qui passera de dix milles marins (18,5 km) à trois milles marins (5,5 km) en janvier 2009 alors que selon les accords d'Oslo, le territoire de pêche est fixé à 20 milles marins (37 km).Les heures de pêche et le tonnage en a été fortement touché.

biens entre les deux territoires, réduisant les efforts de développement de l'Autorité.

-A l'échelle internationale, l'Autorité peut entrer en relation sous-conditions avec d'autres Etats. Lorsqu'une entité accède à l'indépendance elle mettra du temps87 pour mettre en exercice ses capacités. Mais, l'Autorité n'a, ni pouvoirs, ni responsabilités dans le domaine des relations extérieures88.En revanche, l'O.L.P peut mener des négociations et conclure des accords dans ce sens, au profit de l'Autorité .Ils seront limités à titres d'exemples à l'établissement, dans les territoires de bureaux de représentation89.Le champ de compétences ne s'étend pas aux espaces et aux hommes sous souveraineté israélienne90.Il est à indiquer que la capacité de l'entité palestinienne à entrer en relation avec les Etats différent de la reconnaissance internationale de l'Autorité. La reconnaissance est « […] l'acte juridique unilatéral, par lequel un Etat atteste l'existence, à son égard, d'une situation de fait et s'engage à en tirer les conséquences que le droit attache à cette existence »91. La reconnaissance internationale n'est pas une condition exigée par le droit international pour que l'entité ait un

87 Combacau (J), Sur (S) ., Droit international public, op. cit., p. 278.

88 L'Autorité ne peut disposer d'ambassades, de consulats à l'étranger. La nomination ou l'accréditation du personnel diplomatique ou consulaire sont hors de ses compétences.

89 Article VI sur les pouvoirs et responsabilités de l'Autorité Palestinienne de la Déclaration de Principes sur les aménagements intérimaires d'autonomie, ou Oslo I, 1993.

-Accord Gaza-Jéricho (article 2)1994 et l'article IX (5) de l'accord de Taba1995.

90 Mouton (J.D)., L'autonomie Palestinienne après l'accord intérimaire, israélo-palestinien du 28 Septembre 1995,op. cit.,p. 975.

91 Combacau(J), Sur(S)., Droit international public, op. cit., p. 288.

statut d'Etat92. Par contre, la capacité internationale est le pouvoir de poser des actes qui vont se répercuter et avoir des effets de droit dans l'ordre international. La capacité internationale […] si elle est reconnue à ces nouveaux sujets, les met en mesure de participer eux-mêmes à l'activité juridique[…]cette capacité consiste en des « pouvoirs », destinés à leur permettre d'agir, à leur tour sur l'ordre juridique international, soit en se créant, par leurs engagements, de nouveaux droits et obligations, soit, en poursuivant, par leurs «actions légales», la réalisation effective des droits dont ils sont titulaires (pouvoirs processuels).»93. Suivant la Convention de Montevideo de 1933, l'existence politique de l'Etat serait indépendante de sa reconnaissance par les autres Etats « même avant d'être reconnu, l'Etat a le droit de défendre son intégrité et son indépendance, de pourvoir à sa conservation et à sa prospérité […] de s'organiser comme il l'entendra, de légiférer sur ses intérêts, d'administrer ses services et de déterminer la juridiction et la compétence de ses tribunaux. L'exercice de ces droits n'a d'autres limites que celles de l'exercice des droits des autres Etats, conformément au Droit international »94.La capacité serait le résultat de la reconnaissance. Dans cette perspective, les Palestiniens œuvrent pour avoir plus de droits et être reconnus en tant qu'Etat. Ils chercheront à s'imposer sur la scène internationale alors qu'Israël veut les discréditer pour ne pas avoir d'aides ni d'appuie international. Leur existence resterait virtuelle et incomplète alors que les Etats ne doivent pas la réfuter95. L'existence d'une capacité palestinienne limitée à l'échelle interne et internationale ne constitue pas un frein au gouvernement palestinien sous ses différentes dénominations (Autorité, Etat, entité

92 Combacau(J), Sur(S)., Droit international public, op. cit., p. 289.

93 Ibidem, p. 287 et s.

94 Article 3 de la convention de Montevideo, op.cit.

95 Combacau(J), Sur(S)., Droit international public, op. cit., p. 28 et s.

palestinienne) de se comporter comme s'il disposait d'un Etat avec toutes les prérogatives qui lui est dévolue96. Les Palestiniens ne sont pas soucieux du problème que peut poser la question d'effectivité et la dissocient de la caractéristique étatique. Pour eux peu importe les prérogatives du gouvernement. Son existence est nécessaire pour s'imposer dans les territoires sous une autorité palestinienne qui les représente ce qui fait qu'ils ne remettront jamais en cause celui-ci l'Autorité en place qui essaye de souder ses composants.

Conclusion

Les Palestiniens enregistrent des succès sur la scène politique et se font de plus en plus intégrer à l'échelle internationale et à l'O.N.U. Ils assument, tant bien que mal, leurs devoirs en se surpassant, en attendant d'être reconnus par Israël comme Etat et non comme une simple autorité autonome étroitement encadrée avec des pouvoirs limités ayant des territoires autonomes aux contours délibérément non clairement définis, une population sciemment éparpillées sur un territoire disloqué et une Autorité amputée de certaines prérogatives régaliennes propres aux Etats. Ce n'est qu'au moment où sera conclu l'accord sur les dispositions permanentes qu'on pourra parler d'un Etat

96 Le droit « de faire flotter l'emblème national palestinien à l'intérieur de la zone autonome, d'apposer un tampon palestinien sur les titres de voyage, délivrer des passeports, émettre des timbres - poste , délivrance de document d'état civil aux Palestiniens et aux personnes vivant et résidant dans les Territoires occupés, délivrer de documents d'identité, de voyage, et de permis de résidence. Bien que les autorités palestiniennes puissent aussi délivrer des passeports, il n'existe pas de nationalité palestinienne au sens ou le droit international l'entend. La compétence personnelle de l'Autorité ne s'étend pas aux Palestiniens de la diaspora. Les Israéliens se trouvant dans les territoires occupés bénéficient d'une immunité de juridiction vis-à-vis des autorités palestiniennes ». Perrin De Brichambaut(M), Dobelle (J-F), d'Haussy (M-R) ., Leçons de droit international public, op.cit, p.88.

palestinien plein et entier. Les palestiniens dans cette phase transitoire sont soumis à de rudes épreuves et doivent réussir aux différents défis lancés par l'Etat hébreu pour leur Etat en construction. Leurs échecs est aussi celui du devenir du futur Etat palestinien. L'exemple palestinien reste à ce titre un cas unique en son genre.

LISTE DES REFERENCES

- A Survey of Palestine: Prepared in December, 1945 and January, 1946 for the Information of the Anglo-American Committee of Inquiry, vol. 1, Washington, Institute for Palestine Studies, 1991.
- Abd Al-Magid Wahid, Al-Ahram's Arab Strategic Report, (en ligne), http://www .geopo pulation. com/20111203/ demographie-israel-la-population-musulmane-majoritaire-dans-40-ans/.Accord du 4 mai 1994 et l'accord de Taba du 28 septembre 1995 comportent des centaines de
- Accord Intérimaire Relatif à la Cisjordanie et à la Bande de Gaza » (Accord De Taba Ou D'Oslo II, 28 Septembre 1995).
- Accord relatif à la Bande de Gaza et la Région de Jéricho (Le Caire, 4 Mai 1994).
- Accord sur le Transfert Préparatoire des Pouvoirs et Responsabilités. (Erez, 29 Août 1994).
- Accord sur les Modalités du Redéploiement Israélien de la Ville D'Hébron (17 Janvier 1997).
- Anzilotti(D)., « Le concept moderne de l'État et le droit international public », Droits, 2014, Vol. 58, pp. 197-213.
- Avis (Premier) de la Commission d'arbitrage de la Conférence européenne pour la paix en Yougoslavie, du 29 novembre 1991, RGDIP, 1992, pp 264-269.
- Avis consultatif C.I.J relatif au « Sahara occidental », 16 oct.1975, CIJ Rec., 1975.
- Avis de la C.I.J rendu dans l'affaire de la réparation des dommages subis au service des Nations-Unies. Recueil C.I.J, 1949, p 178.
- Bachi(R)., « Données récentes sur la population juive d'Israël », Population, Vol. 12, n°4, 1957, pp. 711-718.

- Bachi(R)., « La population juive de l'Etat d'Israël », Population, Vol. 7, n° 3,1952, pp. 405-452.
- Ben Achour (R)., « L'accord israélo-palestinien du 13 septembre 1993 », R.G.D.I.P, Vol. 98, 1994, pp. 337-376.
- Benchikh (M)., « L'accord intérimaire israélo-palestinien sur la Cisjordanie et la bande de Gaza du 28 septembre 1995 », A.F.D.I, Vol. 41, n01, 1995, pp.7-32.
- Bockel (A)., « L'autonomie palestinienne, la difficile mise en œuvre des Accords d'Oslo-Washigton », A.F.D.I, Vol. 40, 1994, pp. 261-286.
- Burdeau (G), Hamon(F) Troper(M) ., Droit constitutionnel, L.G.D.J, 1997.
- Bureau central des statistiques israélien, 2011.
- Calvo-Goller (N-K) ., « Le régime d'autonomie prévu par la Déclaration de Principes du 13 Septembre 1993 », A.F.D.I, n 0 39, 1993, pp. 435–450.
- 1Chagnollaud (J-P)., « Palestine : un pays tout entier empêché de vivre », Conf.Méd, Vol. 4, n°43, 2002, pp.9-12.
- Charbit(D)., « Qu'est-ce qu'une nation post-sioniste ? », Controverses, no 3, octobre 2006, pp.88-114.
- Chaude(P)., L'enfer De Gaza, Le Monde Septembre 1993.
- Combacau(J), Sur(S)., Droit international public, LGDJ, 11éme éd., 2014.
- Convention sur les droits et devoirs des États, adoptée par la septième conférence internationale américaine, signée à Montevideo le 26 décembre 1933, R.T.S.D.N., 1936, pp. 32-42.
- Declaration Balfour, 2 November 1917.
- Déclaration De Principes sur les Arrangements Intérimaires D'autonomie. (Washington 13 Septembre 1993).
- Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats, adoptée le 24 octobre 1970
- Dictionnaire Constitutionnel, A. Duhamel, Y. Meni (dir), PUF, Première édition, 1972.
- Dictionnaire de la langue française, Le Petit Robert, Le Robert, Paris, 1993.

- Dictionnaire Micro-Robert, Ed.1995.
- Dictionnaire, Le Petit Larousse, Larousse, 2008.
- Dieckhoff (A)., « La nation en Israël entre démocratie et ethnicité », La pensée politique, n°3,1995, pp. 56-70.
- Duval(C), Ettori(F)., « États fragiles…ou États autres ? Comment repenser l'aide à leur développement, notamment en Afrique ? », Géostratégiques, no 25, octobre 2009, pp.43-55.
- Encyclopédie Larousse en ligne : larousse.fr <http://www.larousse.
- Fabrizi-Ruiz(H)., «Genèse et disparition de l'Etat à l'époque contemporaine», A.F.D.I, 1992, pp.153-178. .
- First Intérim Report of UN Survey Mission for Middle East, UN Document A/1106,17 novembre 1949.
- Gebi(H)., La Paix d'Oslo, Maison Universitaire de Beyrouth, 1995.
- Gicquel(J)., Droit constitutionnel et institutions politiques, Paris, Montchrestien, 1997.
- Greenberg (J).," Israeli Court Rules Arab Couple Can Live in Jewish Area", New York Times, 9 mars 2000.
- Heacock (R)., « Vers une nouvelle épistémologie de l'histoire palestinienne », CONF.MED , Vol. 4, n°43,2002, pp.13-21.
- Jolly(C) ., Les difficultés d'émergence d'un Etat : la Palestine, AFRI, Vol. 2 / 2001, pp. 78-96.
- Kamto(M)., « La volonté de l'État en droit international », RCADI, Paris, Librairie du recueil Sirey, Vol. 310, 2004, pp.9-428.
- Kelsen(H)., « Théorie générale du droit international public : problèmes choisis », RCADI, Paris, Librairie du recueil Sirey, Vol. 42, 1932, p. 117-352.
- Knop (K)., Diversity and Self-Determination in International Law, Cambridge Universty Press, Cambridge 2002.
- Lapidoth (A.R), Goller (N, K)., « Les éléments constitutifs de l'Etat et la déclaration du Conseil National Palestinien du 15 Novembre 1988 », R.G.D.I.P, no. 4, 1992, pp. 778-809.
- Lazarus(C)., «Le statut des mouvements de libération nationale à l'organisation des Nations-Unies », A.F.D.I, 1974, pp. 173-200.
- Le Marchand(P), Radi(L)., Israël / Palestine Demain, Paris, Atlas Prospectif, Complexe, 1996.

- Legrain (J-F) ., « Le Conseil législatif palestinien », M.A.M.M, n° 161, 1998, pp. 8-17.
- Loi sur la nationalité israélienne du 1 er avril 1952.
- Loi sur la nationalité ottomane du 19 janvier 1869.
- Madi(K)., « Le système juridique et institutionnel de l'Autorité palestinienne », in : séminaire organisé par ASF sur le rôle des avocats œuvrant dans le domaine des droits de l'homme en Israël et Palestine, Université Panthéon-Sorbonne Paris I ,7-8 avril 2006.
- Mandat sur la Palestine, Londres, le 24 juillet 1922, Société des Nations, C.529.M.314.1922.VI.
- Mémorandum de Wye River du 23 octobre 1998.
- Mouton (J.D)., L'autonomie Palestinienne après l'accord intérimaire, israélo-palestinien du 28 Septembre 1995.
- Mouton (J-D)., « L'autonomie Palestinienne après l'accord intérimaire, israélo-palestinien du 28 Septembre 1995 », R.G.D.I.P 1996, Vol.4, pp.951-977.
- Ordonnance sur la citoyenneté palestinienne du 1er août 1925
- Pellet(A) ., « Premier avis rendu le 29 novembre 1991 par la commission d'arbitrage de la conférence européenne pour la paix en Yougoslavie », R.G.D.I.P 1992, pp.264-269.
- Pellet(A) ., « Note sur la commission d'arbitrage de la conférence européenne pour la paix en Yougoslavie », A.F.D.I 1991, pp.329-348.
- Perrin De Brichambaut(M), Dobelle (J-F), D'Haussy (M-R) ., Leçons de droit international public, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2002.
- Protocole d'accord israélo-palestinien sur les modalités du redéploiement israélien de la ville d'Hébron du 17 janvier 1997.
- Qafisheh (M-M)., « Genèse de la citoyenneté en Palestine et en Israël, nationalité palestinienne de 1917 à 1925 », Bulletin du Centre de recherche français à Jérusalem, pp. 1-20, traduction française de Grumbach (J) d'après l'article original : Genesis of Citizenship in Palestine and Israel,01 mars 2011, (En ligne) http://bcrfj.revues.org/6405.
- Quoc Dineh(N), Dallier (P), Pellet (A)., Droit International Public, LGDJ. 1999.

- Résolution 2625 (XXV) A.G/N.U sur « la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies », 24 octobre 1970.
- Scelle(G)., « Règles générales du droit de la paix », RCADI, Paris, Librairie du recueil Sirey, Vol. 46, 1933, pp. 331-697.
- Signoles (A)., Le système de gouvernement local en Palestine, STIN, 2010.
- Souss(I), Elpeleg(Z)., Dialogue entre Israël et la Palestine, Paris, Plon, 1996.
- Traité de paix de Lausanne du 24 juillet 1923.
- Verhoeven (J) : La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine, Pedone, 1975.
- Verhoeven (J) ., Droit international public, Bruxelles, Larcier, 2000.
- Verhoeven(J)., « Etat, nation et nationalité », in : Droit international et nationalité, Colloque SFDI de Poitiers Pedone, 2012.
- Verhoeven(J) ., « L'Etat et l'ordre juridique international-Remarques », R.G.D.I.P, 1978, Vol. 82, n 0 3, pp. 749-774.
- Verhoeven(J)., « La reconnaissance internationale, déclin ou renouveau ? », A.F.D.I, Vol. 39, 1993. pp. 7-40.
- virally (M).,« L'ONU devant le droit », J.D.I, 1972, n° 3, pp 501-533.
- Vocabulaire Juridique, Gérard Cornu (dir), Association H. Capitant, PUF, 5e édition, 1996

قـراءة في القـانـون رقـم: 21 ـ 14 المـؤرخ في: 28 ديسمبر 2021 المعدل والمتمم لقـانـون العقوبـات (ج. ر عدد 99)

الأستـاذ الدكتور عبد الرحمـان خلفي
أستـاذ محاضر للقـانون الجنـائي والإجراءات الجزائية
مدير مخبر البحث حول فعلية القاعدة القانونية
كـلية الحـقوق والعلوم السيـاسيـة
جـامعة عبد الرحمـان ميرة بجـاية
abderrahmane.khelfi@univ-bejaia.dz

تقديـــــم

لازال المشرع الجزائري يواصل تعديلاته بشأن قانون العقوبات، ولكن هذه المرة بموجب القانون رقم: 21 ـ 14 المؤرخ في 28 ديسمبر 2021 وعلى غير العادة نال التعديل القواعد العامة بشأن القانون العام، إضافة إلى القانون الجنائي الخاص، وقد جاء في عمومه بأربعة (4) مواد؛ المادة الأولى فيها إشارة إلى أن هذا القانون يهدف إلى تعديل وتتمة قانون العقوبات، والمادة الرابعة فيها إشارة إلى أن هذ القانون يُنْشر في الجريدة الرسمية، لذا نجد أن هذا التعديل من حيث الواقع ورد في مادتين فقط وهما:

المادة الثانية: والتي تضمنت تعديل العقوبة الاصلية في الجنايات، وتعديل نظامي ظروف التخفيف والعود، وأخيرا ضبط مفهوم الموظف في جريمة عرقلة تنفيذ الحكم القضائي.

المادة الثالثة: والتي تضمنت إضافة مادتين جديدتين؛ **الأولى** تتعلق بتجريم غلق الإدارات، **والثانية** تتعلق بتجريم استغلال طريق كموقف للمركبات.

قد لا يطرح اشكال بالنسبة لقواعد القانون الخاص من خلال إضافة مواد تجرم أفعال جديدة زاد انتشار تأثيرها السلبي على سلوكيات أفراد المجتمع وسببت مشاكل نتائجها تصل إلى الأقسام الجزائية، لذا حاول المشرع تجريم الفعل في حد ذاته بدلا من انتظار نتائجه الضارة، وهنا جرم فعل غلق مقرات الإدارة الذي أصبح يشكل ظاهرة في المجتمع الجزائري، ناهيك عن تجريم فعل استغلال الطرقات بالقوة واستعمالها كموقف للمركبات.

أما التعديلات التي طالت قواعد القانون العام ومن أهمها التعديل الذي زاد من الحد الأقصى لعقوبة الجناية، فلا شك أن ذلك سيؤثر على القواعد المرتبطة بهذا التوسيع، لذا قد نتساءل عن كيفية حدوث هذا التأثير في مجال تطبيق ظروف التخفيف أو التشديد أو الحكم بالفترة الأمنية؟ ونطرح هذا التساؤل خاصة عند وجود الحاجة الملحة لتعديل كل القواعد التقليدية في تقسيم الجرائم إلى جنايات وجنح ومخالفات.

لذا سيتم توضيح محتوى القانون رقم: 21 ـــــ 14 من خلال تقسيمه إلى محورين: **المحور الأول** يشمل التعديلات التي وردت في القسم العام من قانون العقوبات، **والمحور الثاني** يشمل التعديلات التي وردت في القسم الخاص منه مع اتباع المنهج الوصفي والاستقرائي من خلال تحليل المواد الموضوعة.

أولا: تعديلات في القسم العام لقانون العقوبات

بالنسبة للتعديلات الواردة في القانون المذكور أعلاه من حيث القسم العام فقد ورد فيه تعديل للعقوبة الأصلية في الجنايات برفعها إلى حد 30 سنة، وما نتج عن ذلك من تعديل في نظامي ظروف التخفيف والعود، وتأثير الجميع على الفترة الأمنية.

يعد تعديل عقوبة الجناية في السجن المؤقت سابقة في مجال تعديل العقوبات الأصلية، فلم يسبق وأن فعلها المشرع، بالنظر إلى آثارها التي ستطال أحكام أخرى سيكشف عنها العمل القضائي بغض النظر عن مجال تطبيق ظروف التشديد والتخفيف.

1/ تعديل في العقوبة الأصلية للجنايات (المادة: 5 ق. ع):

قام المشرع الجزائري برفع الحد الأقصى في السجن المؤقت إلى 30 سنة بدلا من 20 سنة: وترجع دواعي رفع الحد الأقصى إلى هذا الحد لصدور القانون رقم: 21 ـــــ 15 المؤرخ في نفس التاريخ ونفس العدد من الجريدة الرسمية والمتعلق بمكافحة المضاربة غير المشروعة والذي ورد في نص المادة: 14 منه جعل العقوبة بين: 20 سنة و30 سنة.

بالتالي حتى لا يقع المشرع في تعارض بين نص خاص والنص المقابل الذي يحدد القواعد العامة، بادر أولا بوضع تعديل للمادة 5 من قانون العقوبات المتضمنة العقوبات الأصلية في الجنايات حتى يأتي النص الخاص بالمضاربة غير المشروعة ويجب نفسه غير متعارض مع ما قبله.

هنا نتساءل، هل كان هناك مبر ر مقبول لتعديل هذا النص ورفع الحد الأقصى للسجن المؤقت للجناية إذا علمنا وأن المادة: 5 المعدلة من قانون العقوبات كانت سابقا تنص على أن السجن المؤقت يكون بين: 5 و20 سنة **ما عدا الحالات التي يُقر فيها القانون حدودا أخرى قصوى،** بمعنى أن مدة: 30 سنة هي من الحدود القصوى الأخرى، ولا تعارض بين النطق بعقوبة تتجاوز الحد الأقصى ومبدأ شرعية العقوبة، طالما أن المادة: 5 السابقة تجيز ذلك ولم تغلق الباب في حدود: 20 سنة.

أما **العقوبات الأصلية في الجنح بقيت على حالها:** ما عدا التعديل في صياغة المادة: 5 من قانون العقوبات التي وردت فيها إضافة على النحو التالي:

"... العقوبات الأصلية في مادة الجنح هي:

1/ الحبس مدة تتجاوز شهرين (2) إلى خمس (5) سنوات، ماعدا الحالات التي يقرر فيها **هذا القانون أو القوانين الخاصة حدودا أخرى...".**

ما يلاحظ أن العبارة المضافة زائدة، كان بالإمكان الاكتفاء بالنص القديم الذي استعمل عبارة "**ما عدا الحالات التي يقرر فيها القانون حدودا أخرى**" فمصطلح قانون يشمل المدونة الرئيسية لقانون العقوبات وكل القوانين العقابية الخاصة.

كما أن المادة: 5 من قانون العقوبات بشأن الجنح استعملت عبارة **حدودا أخرى دون أن تخصص الحدود القصوى،** على خلاف ما ورد بشأن العقوبات الأصلية في الجنايات في الصياغة القديمة، ومعنى ذلك أن عقوبات الجنح قد تقل عن الحد الأدنى كما قد

تزيد عن الحد الأقصى وذلك بالنص القانوني، وخير مثال على ذلك في النزول إلى أقل من الحد المحدد في العقوبات الأصلية في الجنح ما نصت عليه المادة: 298/2 بشأن جريمة القذف (من شهر واحد إلى سنة) والمادة: 298 مكرر بشأن السب (من 5 أيام إلى ستة أشهر) والمادة: 299 بشأن السب الموجه إلى فرد أو عدة أفراد (من شهر واحد إلى ثلاثة أشهر) أما أمثلة الرفع من الحد الأقصى فهي كثيرة جدا خاصة في القوانين الجزائية الخاصة.

2/ تعديل نظام ظروف التخفيف عند تطبيق الحد الأقصى الجديد في الجنايات (المادة: 53 و53 مكرر ق.ع):

لا شد أن إعمال ظروف التخفيف يعني من حيث الواقع النزول عن العقوبة المقررة قانونا، ولا يمكن النزول إلا وفقا لما حدده المشرع بالرجوع إلى نص المادة 53 من قانون العقوبات، هذه الأخيرة وقع فيها تعديل على النحو المبين أدناه، بحيث يمكن النزول إلى؛

10 سنوات ... إذا كانت العقوبة المقررة للجناية هي: **الإعدام؛**

07 سنوات ... إذا كانت العقوبة المقررة للجناية هي: **السجن المؤبد؛ (مضافة)**

05 سنوات ...إذا كانت العقوبة المقررة للجناية هي: **من 20 سنة إلى 30 سنة؛ (مضافة)**

03 سنوات ... إذ كانت العقوبة المقررة للجناية هي: من **10 سنوات إلى 20 سنة؛**

سنة واحدة ...إذا كانت العقوبة المقررة للجناية هي: من **5 سنوات إلى 10 سنوات.**

وبالتالي قد أضاف المشرع فقرتين عندما زاد من الحد الأقصى للجناية إلى 30 سنة سجن، فكلما كانت العقوبة الأصلية للجناية هي عقوبة الإعدام فيمكن النزول إلى عقوبة 7 سنوات إذا توافرت ظروف التخفيف. أما إذا كانت العقوبة المقررة للجناية هي السجن المؤقت من 20 سنة إلى 30 سنة فيمكن النزول بظروف التخفيف إلى 5 سنوات، ويبقى هذا التعديل متوافقا مع رفع الحد الأقصى.

أما حالة اشتراك ظرف تخفيف مع ظرف تشديد عام فإن المادة 53 مكرر عالجت هذا الأمر عبر ذات التعديل بجعل العقوبة لا تنزل عن 5 سنوات سجن عندما تكون العقوبة السالبة للحرية أكثر من: 20 سنة إلى 30 سنة.

مع ضرورة الإشارة وأن المشرع حافظ على النص القديم إذا كانت العقوبة الجديدة السالبة للحرية من: 05 سنوات إلى 20 سنة فإنه قد أجاز أن يكون الحد الأدنى للعقوبة المخففة لا يقل عن: 03 سنوات حبسا.

3/ تعديل نظام العود (المادة: 54 مكرر ق.ع):

جاء المشرع الجزائري بالجديد بشأن حالة العود بحيث؛

- إذا كان الحكم السابق في جناية أو جنحة حدها الأقصى تزيد عقوبتها عن 5 سنوات حبس **(الجريمة السابقة)**
  ثم ارتكب جناية حدها الأقصى: 30 سنة **(الجريمة الجديدة)**
  فإن الحد الأقصى للعقوبة يصبح السجن المؤبد.

- إذا كان الحكم السابق في جناية أو جنحة حدها الأقصى يزيد عقوبتها عن 5 سنوات حبس **(الجريمة السابقة)**
ثم ارتكب جناية حدها الأقصى: 20 سنة **(الجريمة الجديدة)**
فإن الحد الأقصى للعقوبة يصبح: **30 سنة.**

غير أن المشرع حافظ على النص القديم بشأن ما يلي؛

- إذا كان الحكم السابق في جناية أو جنحة حدها الأقصى تزيد عقوبتها عن 5 سنوات حبس **(الجريمة السابقة)**
ثم ارتكب جناية أدت إلى إزهاق روح انسان **(الجريمة الجديدة)**
فإن العقوبة المقررة تصبح **الاعدام.**

- إذا كان الحكم السابق في جناية أو جنحة حدها الأقصى تزيد عقوبتها عن 5 سنوات حبس **(الجريمة السابقة)** ثم ارتكب جناية حدها الأقصى يساوي أو يقل عن: 10 سنوات **(الجريمة الجديدة)** فإن عقوبة الحبس في حدها الأقصى يصبح **الضعف.**
- يرفع الحد الأقصى للغرامة إلى الضعف.

4/ تعديل الفترة الأمنية (المادة: 60 مكرر1 ق. ع):

يقصد بالفترة الأمنية وفقا لنص المادة 60 مكرر حرمان المحكوم عليه من تدابير التوقيف المؤقت لتطبيق العقوبة، والوضع في الورشات الخارجية أو البيئة المفتوحة وإجازات الخروج والحرية النصفية والافراج المشروط.

وكانت الفقرة الثانية من المادة تنص على أنه يترتب على استبدال عقوبة السجن المؤبد بمدة عشرين (20) سنة تقليص الفترة الأمنية إلى عشرة (10) سنوات

فتم تعديلها على النحو التالي؛ ويترتب على استبدال عقوبة السجن المؤبد بمدة ثلاثين (30) سنة تقليص الفترة الأمنية إلى عشرة (10) سنوات

ثانيا: تعديلات في القسم الخاص لقانون العقوبات

أما عن التعديلات الواردة في القانون من حيث القسم الخاص فقد ورد فيه تعديل للمادة: 138 مكرر من خلال إضافة مفهوم الموظف العمومي، وبعدها تم إضافة مادة جديدة تحت رقم: 187 مكرر 1 تتعلق بتجريم غلق مقرات الإدارات، وإضافة مادة جديدة أخرى تحت رقم: 386 مكرر تتعلق باستغلال طريق كموقف للمركبات، وسيتم التطرق إليها تباعا؛

1/تحديد مفهوم الموظف العمومي الذي يُعرقل تنفيذ حكم قضائي (المادة:138 مكرر ق.ع):

كانت المادة: 138 مكرر قانون عقوبات سابقا تجرم فعل وقف تنفيذ حكم قضائي أو عرقلة تنفيذه من طرف موظف عمومي استعمل سلطته لذلك الغرض، وكانت مدة العقوبة من: 6 أشهر إلى 3 سنوات والغرامة من: 20000 دج إلى 100000 دج.

لكن من الناحية العملية كان هناك لبس عند تحريك الدعوى حول ضبط من يدخل ضمن الموظف العمومي المدرج في محتوى المادة: 138 مكرر ومن يخرج منه، وهل

يمكن الاعتماد على تعريف الموظف الوارد في قانون الوقاية من الفساد؟ أم يمكن الاعتماد على مفهوم الموظف طبقا لقانون الوظيف العمومي.

لكن المشرع الجزائري فَضَل استعمال طريق ثالث من خلال القانون رقم: 21 ـ 14 الذي قام بتحديد الموظف العمومي المعني بإمكانية المساءلة، دون التفكير في الإحالة، كما قام بإضافة تعديل في العقوبة المقررة لهذه الجريمة.

أما الموظف الوارد في الفقرة الثانية من المادة: 138 مكرر ق. ع فهو على النحو التالي:

- كل شخص يشغل منصب تشريعي،
- كل شخص يشغل منصب تنفيذي،
- كل شخص يشغل منصب إداري،
- كل شخص موجود في أحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة (البلدية، الولاية) سواء كان معينا أو منتخبا، دائما أو مؤقتا، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر ولا تهم رتبته أو أقدميته.

ما يلاحظ على تعريف الموظف في المادة: 138 مكرر ق. ع أنه يتطابق مع تعريف الموظف في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في النقطة ب من الفقرة الأولى من المادة 2 منه، والفقرة الأولى من المادة: 3 من الأمر رقم: 21 ـــــ 09 المؤرخ في: 08 يونيو سنة 2021 المتعلق بحماية المعلومات والوثائق الإدارية (عدد 45).

لكن لا بد أن نشير وأن هذا التطابق ليس كلي لأن القانونين المشار إليهما أعلاه أضافا فئتين أخرتين من الموظف ليستا واردتين في قانون العقوبات.

يبقى السؤال المطروح؛ هل من الضروري تعريف الموظف في كل قانون خاص مرتبط بتنظيم مسألة لها علاقة بالموظف العام؟ وهل كل تجريم لعمل الموظف يُحتم عليها مراعاة من هو الموظف المعني بالتجريم؟ وفي الحقيقة كان بإمكان المشرع تحديد مفهوم الموظف في نص واحد يمكن الرجوع إليه عن طريق الإحالة من النصوص الأخرى، وفي حالتنا هذه كان بالإمكان وضع مفهوم للموظف طبقا لقواعد قانون العقوبات وهو النص العام وباقي النصوص الخاصة تحيل إليه مباشرة.

2/ إضافة مادة جديدة تُجرم فِعل غلق مقرات الإدارات والمؤسسات العمومية (المادة: 187 مكرر 1 ق.ع):

ظاهرة غلق المقرات الإدارية باستعمال القوة من طرف بعض الغاضبين انتشرت مؤخرا في بعض المناطق من الوطن، وتسببت في عرقلة عمل المرفق العام أو تعطيله كلية، وتطلب تدخل المشرع الجزائي حتى لا تستفحل وتمتد أكثر إلى مناطق أخرى، وتم تجريم هذا الفعل من خلال إضافة مادة جديدة في قانون العقوبات وهي المادة: 187 مكرر 1.

وتبعا لذلك يُجرم فعل غلق المقرات الإدارية في صورتين؛

فالجريمة في صورتها البسيطة: تكون وفقا لفرضية غلق إحدى مقرات الإدارات أو المؤسسات العمومية أو أي مؤسسة أخرى تُقدم خدمة عمومية أو الجماعات المحلية بأي وسيلة كانت ولأي غرض كان. فتكون العقوبة الحبس من: 3 سنوات إلى 7 سنوات، والغرامة من: 300.000دج إلى 700.000 دج.

أما الجريمة في صورتها المشدّدة، فتكون في حالتين:

الحالة الأولى: هي فرضية ارتكاب نفس الأفعال وأمام نفس الإدارات، ولكن تؤدي هذه الأخيرة إلى:

- عرقلة الدخول إليها أو الخروج منها،
- أو سيرها العادي،
- أو منع مستخدميها من القيام بمهامهم.

وتكون العقوبة الحبس من: 5 سنوات إلى 10 سنوات وغرامة من: 500.000 د.ج إلى 1.000.000 د.ج

أما الحالة الثانية: فهي فرضية ارتكاب نفس الأفعال وأمام نفس الإدارات، ولكن تتم:

- **باستعمال القوة أو التهديد باستعمالها،**
- **أو من طرف أكثر من شخصين (ثلاثة فما أكثر)،**
- **أو بحمل سلاح.**

وتكون العقوبة الحبس من: 10 سنوات إلى 20 سنة وغرامة من: 1.000.000 د.ج إلى 2.000.000 د.ج

يعاقب على الشروع في هذه الجنحة بالعقوبة المقررة للجنحة التامة وذلك بنص صريح وارد في الفقرة الأخيرة من نفس المادة.

لكن ما يلاحظ على هذا النص:

- **هل يقصد بالغلق وضع أقفال خاصة للباب المؤدي إلى المقر أو منع فتح الأقفال الموجودة؟ هل يكفي لقيام السلوك مجرد إعاقة الدخول إلى المقر**

بالتجمع أمامه؟ وإذا وجد مدخل آخر غير الذي تم غلقه يتيح الدخول إلى المقر فهل يعتبر ذلك غلقا؟ وهل يقصد الغلق التام لكامل المقر أم يكفي لقيام الجريمة مجرّد غلق أحد المكاتب داخل المؤسسة أو الإدارة كغلق مكتب رئيس البلدية؟

- عند تِعداد الإدارات أو المؤسسات العمومية من طرف المشرع تم إضافة الجماعات المحلية، لكن النص غَفِلَ عن ذكر مقر المجلس الشعبي الوطني أو مقر مجلس الأمة، وقد حدث أن تم غلق مقر البرلمان وفق النموذج الوارد في النص الحالي من طرف أعضاء البرلمان أنفسهم.
- هناك خروج عن القاعدة في التعدد عندما ذكر النص ظرف التعدد في الحالة الثالثة وحدده بأكثر من شخصين، أي ثلاثة أشخاص فما أكثر.
- كما أن هناك خروج لافت وفاضح في تشديد العقوبة نحو عقوبة الجناية بدلا من عقوبة الجنحة، لأن الحد الأدنى والحد الأقصى كلاهما في الجناية، وهذا غير مقبول. **ربما هذا سبب قوي لدعوة المشرع نحو ضرورة تعديل حَدَيْ الجنحة والجناية في المادة: 5 من قانون العقوبات.**
- كان يمكن إضافة ظرف مشدد آخر في الحالة الثالثة يتعلق بغلق مقر الإدارات من طرف موظفين أو أعوان ينتمون إلى هذه الإدارة.
- حاول المشرع أن يفصل بين حالة غلق مقر الإدارة دون عرقلة وغلقها مع العرقلة، والحال أن هذه الفرضية واحدة لأنه لا يوجد غلق لمقر الإدارة دون عرقلة الدخول والخروج وتقديم الخدمة.

- لا ندري هل التجريم الوارد في نص المادة:187 مكرر 1 من قانون العقوبات يشمل فعل غلق الجامعات والمدرجات ومقرات إدارات الجامعات من طرف الطلبة أم لا؟ لأن الجامعة بدورها مؤسسة عمومية تنشئها السلطة العامة وتقدم خدمة عمومية.

3/ إضافة مادة جديدة تُجرم فِعل استغلال طريق كموقف عمومي دون رخصة (المادة:386 مكرر ق. ع):

انتشرت في السنوات الأخيرة كذلك ظاهرة استغلال الطرقات من طرف بعض الافراد كموقف للسيارات دون رخصة من الإدارة، وبمقابل مادي يدفعه صاحب المركبة.

فهذا الفعل يشمل ثلاث مخالفات على الأقل وهي:

- استغلال طريق دون تقديم ترخيص ودون دفع مقابل؛
- أخذ أموال من المواطنين دون وجه حق؛
- **القيام بعمل مربح دون دفع ضريبة.**

لذا تدخل المشرع مؤخرا باستحداث المادة: 386 مكرر ضمن قانون العقوبات تجرم كل شخص يقوم باستغلال طريق أو جزء من طريق أو مساحة عمومية أو خاصة كموقف للمركبات، ومن الضروري أن تثبت النيابة العامة وأن هذا الاستغلال تم بمقابل مادي يحصل عليه الفاعل من المواطنين أصحاب المركبات دون أن يكون له رخصة في

استغلال هذا الطريق. وحدد المشرع عقوبة تتمثل في الحبس من: 6 أشهر إلى سنتين (2) والغرامة من: 25.000 دج إلى 200.000 دج.

لكن ما يلاحظ على هذا النص أن:

- هناك مسألة احتلال الطرقات بدلا من استغلال الطرقات بمقابل، ويدخل ضمن هذه الحالة أصحاب المحلات الذين يحجزون جزء من الطريق، أو أصحاب الفنادق الذين يحجزون أجزاء من الطريق دون رخصة لغرض وضع موقف لمركبات عملائهم دون مقابل، فهل ينتبه المشرع لمثل هذه التصرفات ويدرجها ضمن الأفعال غير المشروعة والمعاقب عليها بنص المادة 386 مكرر من قانون العقوبات.

خاتمة:

جاء القانون رقم 21 ـــــ 14 المؤرخ في 28 ديسمبر 2021 بتعديلات هامة ضمن قانون العقوبات أصابت جزء يتعلق بقواعد القانون العام وجزء يتعلق بقواعد القانون الخاص؛

أما الجزء المتعلق بقواعد القانون الجنائي العام؛ فهو خطير بما يكفي للقول أنه كان على المشرع أن يضع نظرة شاملة للتعديل قبل إدراجه، خاصة وأن رفع الحد الأقصى لعقوبة

الجنائية من شأنه أن يلقي بآثاره على الكثير من القواعد العامة الاخرى من إعمال لظروف التخفيف وظروف التشديد وغيرها.

ثم إن الحدود الموجودة حاليا للجرائم تبقى قديمة خاصة ما تعلق بالجنح التي عقوبتها بين الشهرين (2) والخمسة (5) سنوات، وكثيرا ما نجد المشرع يخرج عن هذا النطاق بشكل فاضح، ويمكن الرجوع إلى أغلب عقوبات السرقة المشددة وجرائم الفساد وجرائم المتاجرة بالمخدرات وغيرها التي يتجاوز حدها الأقصى الجنحة، بل نجد جرائم كلا من حدها الأدنى والأقصى موجود في الجناية رغم أنها جنحة وذلك في المادة 187 مكرر1 من قانون العقوبات.

لذا نوصي بأنه آن الأوان لوضع تعديل شامل لحدود الجرائم، ولا بأس بترك المخالفات للغرامات فقط، أما باقي الجرائم التي فيها حبس فكلها جنح ما عدا الجرائم التي عقوبتها تزيد عن 10 سنوات فتحمل تكييف جناية، فيسهل بذلك ترتيب الجرائم وتقسيمها على نحو يواكب التعديلات الحديثة من جهة وتوجه المشرع نحو سياسة التجنيح من جهة أخرى وكذا التخفيف على محاكم الجنايات.

أما الجزء المتعلق بقواعد القانون الجنائي الخاص؛ فقد شمل فيه التعديل المادة: 138 مكرر قانون عقوبات من خلال إضافة مفهوم الموظف العمومي، وكان على المشرع الخروج من دوامة وضع تعريف للموظف لكل قانون جنائي خاص. كما تم إضافة مادة جديدة تحت رقم: 187 مكرر 1 تتعلق بتجريم غلق مقرات الإدارات، وتمت الإشارة إلى وجود فرضيات كثيرة لم يشملها النص وعليه أن يلتفت إليها، كما أضاف المشرع

مادة جديدة أخرى رقمها: 386 مكرر تتعلق باستغلال طريق كموقف للمركبات، واكتفى فيها المشرع بالاستغلال دون الاحتلال.

في كل الأحوال كان المشرع الجزائري على يقظة من ضرورة مواجهة ظواهر جديدة خطيرة تغزو المجتمع الجزائري وتعمل دور المقدمات لأعمال إجرامية كثيرة، لذا حسنا فعل عندما غطى هذا النقص، لكن عليه الإحاطة بقدر المستطاع بأغلب الفرضيات ولا يترك المجال لتسلط القاضي في تبرئة من شاء وإدانة من شاء، فمن الضروري الوضوح في وضع النصوص احتراما لمبدأ الشرعية الجنائية.

لذا نوصي بجعل مفهوم موحد للموظف العام المعني بالقانون الجنائي، وليتم إدراجه في قانون العقوبات العام مع جعل النصوص الجزائية الخاصة تحيل إليه مباشرة.

كما نوصي بتوسعة مجال تطبيق جريمة غلق الادارات والمؤسسات لتشمل حتى مؤسسات الجامعة وقبة البرلمان ومجلس الأمة والمحكمة الدستورية، وكان من الأحسن زيادة فرضيات الغلق والعرقلة وهي كثيرة.

نوصي كذلك بشأن تجريم فعل استغلال الطرقات بمقابل، أن يضيف إليها المشرع فعل احتلال الطرقات من طرف **أصحاب المحلات الذين يحجزون جزء من الطريق، أو أصحاب الفنادق الذين يحجزون أجزاء من الطريق دون رخصة لغرض وضع موقف لمركبات عملائهم دون مقابل.**

Université Abderrahmane Mira - Bejaia

Faculté de Droit et des Sciences Politiques FDSP

REVUE DE DROIT PUBLIC COMPARÉ

Revue semestrielle référencée

Publiée par la Faculté de Droit et des Sciences Politiques

Université Abderrahmane Mira de Bejaia

TOME PREMIER - ANNEE 2023

ISSN : 2830-9979

Dépôt légal : MAI 2023

جامعة بجاية
Tasdawit n Bgayet
Université de Béjaïa

Université Abderrahmane
Mira - Bejaia
Faculté de Droit et des
Sciences Politiques FDSP

REVUE DE DROIT PUBLIC COMPARÉ

Revue semestrielle référencée

Publiée par la Faculté de Droit et des Sciences Politiques
Université Abderrahmane Mira de Bejaia

TOME PREMIER - ANNEE 2023

ISSN : 2830-9979

Dépôt légal : MAI 2023